

Dom Helder

Revista de Direito

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Reitor: Paulo Umberto Stumpf, SJ.
Vice-Reitor: Estevão D'Ávila de Freitas

EDITORA DOM HELDER

Coordenador de Editoria: José Adércio Leite Sampaio
Diretora Executiva: Beatriz Souza Costa
Endereço: R. Álvares Maciel, 628, B. Santa Efigênia, CEP: 30150-250 – Belo Horizonte-MG.
Tel.: (31) 2125-8836. E-mail: revistadomhelder@domhelder.edu.br

Editora Chefe:

Beatriz Souza Costa

Editores Adjuntos:

Anacélia Santos Rocha
Franclim Jorge Sobral de Brito

Secretários de Edição:

Cristalian Belça da Silva
Rafael Faber Fernandes

Editoração, arte-final, capa:

Rômulo Garcias

Foto da capa:

Rômulo Garcias

Periodicidade: quadrimestral**Versão Eletrônica:**

<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/dhrevistadedireito/user>

Ficha catalográfica

D666 Dom Helder Revista de Direito
v. 1, 2019. Belo Horizonte: Escola Superior Dom
Helder Câmara, 2019.

v. 2, n. 2, Jan./Abr. 2019. (Ed. Dom Helder)

ISSN 2596-0601 (Eletrônico)

1.Direito – periódicos, 2. Escola Superior Dom Helder Câmara
I. Título.

CDU 34 (05)
CDD 340.05

Bibliotecário responsável: Anderson Roberto de Rezende CRB6 - 3094

**Revista dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação
(Lato Sensu e Stricto Sensu) da Escola Superior Dom Helder Câmara**

EXPEDIENTE

Editora Chefe: Beatriz Souza Costa

Conselho Editorial

Prof.ª Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – Universidade de São Paulo (São Paulo, SP), Brasil. Prof. Dr. Délton Winter de Carvalho – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (São Leopoldo, RS), Brasil. Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo, SP), Brasil. Prof.ª Dra. Helena Regina Lobo da Costa – Universidade de São Paulo (São Paulo, SP), Brasil. Prof.ª Dra. Liziane Paixão Oliveira – Universidade Tiradentes (Aracaju, SE), Brasil. Prof.ª Dra. Mariana Ribeiro Santiago – Universidade de Marília (Marília, SP), Brasil. Prof.ª Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado – Universidade Federal do Ceará (Fortaleza, CE), Brasil. Prof. Dr. Valmir Cesar Pozzetti – Universidade do Estado do Amazonas (Manaus, AM) e Universidade Federal do Amazonas (Manaus, AM), Brasil. Prof. Dr. Wagner de Oliveira Rodrigues – Universidade Estadual de Santa Cruz (Ilhéus, BA), Brasil.

Conselho Avaliador

Carlos Alberto Simões de Tomaz – Universidade Vila Velha (UVV) – Vila Velha-ES, Brasil. Renato Campos Andrade – Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) – Belo Horizonte-MG, Brasil. Kelly de Souza Barbosa – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) – São Leopoldo-RS, Brasil. Michel Wencland Reiss – Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) – Belo Horizonte-MG, Brasil. Valter Moura do Carmo – Universidade de Marília (UNIMAR) – Marília-SP, Brasil. Wagner de Oliveira Rodrigues – Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC) – Ilhéus-BA, Brasil. Tainá Fernanda Pedrini – Universidade do Vale do Itajaí (univali) – Itajaí, SC, Brasil. Leonardo Estrela Borges – Centro Universitário UNA (UNA) – Belo Horizonte-MG, Brasil. Raquel Cavalcanti Ramos Machado – Universidade Federal do Ceará (UFC) Fortaleza-CE, Brasil. Humberto Gomes Macedo – Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) – Belo Horizonte-MG, Brasil. André Ricci de Amorim – Universidade Federal Fluminense (UFF) Niterói-RJ, Brasil. Carlos Henrique Carvalho Amaral – Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) – Belo Horizonte-MG, Brasil. Maurício Pedroso Flores – Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) – São Leopoldo-RS, Brasil. Vinícius Lott Thibau – Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) – Belo Horizonte-MG, Brasil. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Universidade Presbiteriana Mackenzie (Mackenzie) – São Paulo-SP, Brasil. Rayneider Brunelli de Oliveira Fernandes – Universidade Federal de Uberlândia (UFU) – Uberlândia-MG, Brasil. Álisson José Maia Melo – Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7) – Fortaleza-CE, Brasil.

Sumário

- 6 APRESENTAÇÃO
- 9 UM NOVO *MODUS VIVENDI*
BASEADO EM “VIDAS SECAS”
Ana Carolina de Mari Rocha
- 27 ANÁLISE JURÍDICO-FILOSÓFICA DO SACRIFÍCIO
DE ANIMAIS NÃO HUMANOS NO CANDOMBLÉ
Pedro Henrique Moreira da Silva
- 45 DIREITO E VIDA: MEDIAÇÕES EM FOUCAULT,
AGAMBEN E ESPOSITO
Rennan Klingelfus Gardoni
- 63 ENERGIA NUCLEAR: DESAFIO ATUAL,
UNIVERSALIZAÇÃO E MEDO SOCIAL
Lucas Emanuel Goecking Liesner de Souza
Carolina Carneiro Lima
- 91 ANÁLISE CRÍTICA DO ARTIGO 20 DA LEI N. 8.429/1992
Samara Fernandes da Cruz Aguiar
- 113 O TITULAR DAS POSIÇÕES JUSFUNDAMENTAIS
Felipe Bizinoto
- 131 POSSE DE ARMA DE FOGO: POSSIBILIDADE DE *ABOLITIO*
CRIMINIS A PARTIR DA SUCESSÃO DE NORMA DE
COMPLEMENTAÇÃO DE LEI PENAL EM BRANCO NO TEMPO
Tarcísio Chaves Mendonça
- 153 A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO TRIBUNAL DO JÚRI
Danilo Henrique Nunes
Rafael Catani Lima
Jonatas dos Santos Silva
- 171 ANÁLISE DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE REFERENTE À CONTRIBUIÇÃO
SINDICAL FACULTATIVA
Miriam Carla Lemos

APRESENTAÇÃO

A *Dom Helder Revista de Direito* é um periódico interdisciplinar cuja linha editorial conecta: Justiça, Estado e Cidadania nas Sociedades Contemporâneas. Tendo em vista a diversidade temática, o leitor encontrará, neste segundo número, artigos atuais, criativos e inovadores sobre problemas brasileiros. Logo, este periódico é uma fonte riquíssima para pesquisadores de todas as áreas do Direito.

Os artigos contemplados nesta edição são de qualidade espetacular, como se pode ver no texto: “Um novo *modus vivendi* baseado em ‘Vidas Secas’”, de Ana Carolina de Mari Rocha, bolsista FAPEMIG de graduação da UFMG. Nesse artigo, a autora analisa os direitos humanos à luz da obra literária *Vidas Secas*. Com esse espectro inovador, a autora visa a demonstrar questões socioambientais e culturais envolvidas no sertão nordestino brasileiro que persistem até os dias atuais.

Sob o título: “Análise jurídico-filosófica do sacrifício de animais não humanos no Candomblé” Pedro Henrique M. da Silva, mestrando na Dom Helder, discute a questão do conflito entre liberdade religiosa e direito animal no que tange ao sacrifício de animais não humanos nos cultos de Candomblé. Demonstra o autor, dessa forma, a complexidade do tema, o qual envolve o direito dos animais e o direito à cultura.

Por sua vez, Rennan Klingelfus Gardoni, mestrando da Universidade do Paraná, desenvolve o artigo intitulado “Direito e vida: mediações em Foucault, Agamben e Esposito”. A pesquisa envolve o conhecimento de todos esses autores no que diz respeito à biopolítica e ao biopoder, entre outros conceitos, para cotejar o entendimento dos filósofos na relação entre Direito e vida.

Da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, o especialista em Direito Público Lucas Emanuel G. Liesner de Souza e a mestre em Direito Ambiental Carolina Carneiro Lima desenvolveram a pesquisa “Energia nuclear: desafio atual, universalização e medo social”. O tema, além de interessante, perpassa pela crise energética que vive o mundo atual. Os autores preocupam-se em demonstrar que a eletricidade é a forma mais comum de energia e que garante bem-estar e dignidade humana. Todavia, o alcance dessa energia é limitado, e universalizá-la e produzi-la com menos impactos negativos é o grande desafio atual.

Samara F. da Cruz Aguiar, especialista pela UNA/MG, apresenta o artigo: “Análise Crítica do Artigo 20 da Lei n. 8.429/1992”, que evidencia a viabilidade jurídica de percepção de remuneração proporcional ao tempo de serviço para servidores públicos afastados cautelarmente da função quando a medida se fizer necessária à instrução processual, nos termos do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992.

Do estado de São Paulo, Felipe Bizinoto, especialista em Direito Constitucional, traz sua cooperação com o artigo sobre direitos fundamentais intitulado “O titular das posições jusfundamentais”. O autor explica a evolução dos direitos fundamentais e os paradigmas que acompanham tais marcos, e procura demonstrar que as bases jusfundamentais superam a figura da personalidade jurídica e conferem direitos essenciais às entidades despersonalizadas.

De forma absolutamente atual, o Doutor Tarcísio Chaves Mendonça desenvolveu o artigo intitulado “Posse de arma de fogo: possibilidade de *abolitio criminis* a partir da sucessão de norma de complementação de lei penal em branco no tempo”. O autor traz à luz a nova redação dada ao art. 16, § 2º, do Decreto n. 5.123/2003 pelo Decreto n. 9685/2019. A questão desenvolvida consiste em estabelecer os critérios para definir a amplitude da *abolitio criminis* quando da sucessão de norma de complementação de lei penal em branco no tempo.

Mantendo, ainda, a temática penal, o mestre Danilo Henrique Nunes, de Ribeirão Preto, o doutorando Rafael Catani Lima, de Barretos, da PUC-SP, e o advogado Jonatas dos Santos Silva, também de Barretos, desenvolveram o artigo “A influência da mídia no tribunal do júri”. Por ser o tribunal do júri um instituto judicial com participação popular, torna-se inquestionável sua exposição muito maior na mídia, e é exatamente por esse fato que os autores analisam a influência midiática exercida no tribunal do júri e a relação com a presunção de inocência, a qual pode ser afetada pelo uso demasiado das fontes de informação.

Por fim, Miram Carla Lemos, especialista em Direito Tributário pela PUC-MINAS, analisa a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI n. 5.794, referente à contribuição sindical facultativa, em 2017, pela Suprema Corte. A abrupta mudança do sistema de financiamento dos sindicatos impactou diretamente na manutenção dos sindicatos e na assistência aos trabalhadores filiados a muitas instituições sindicais.

Com temáticas tão diversificadas, esta Revista tem a finalidade de propiciar a pesquisa científica de qualidade para toda a comunidade científica. Também este periódico tem o compromisso com a *excelência*, que é a marca da Dom Helder no decorrer de toda a sua existência, pois há o respeito à pessoa que ela representa no cenário brasileiro.

Assim, fica o convite a toda a comunidade acadêmica para apreciar os artigos desta revista científica que veio para acrescentar e contribuir com a pesquisa brasileira.

Beatriz Souza Costa

Editora da Dom Helder Revista de Direito

Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental
e Desenvolvimento Sustentável da Dom Helder Escola de Direito

UM NOVO *MODUS VIVENDI* BASEADO EM “VIDAS SECAS”

Ana Carolina de Mari Rocha¹

Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Artigo recebido em: 05/12/2018.

Artigo aceito em: 10/06/2019.

Resumo

Os direitos humanos são analisados à luz da obra literária *Vidas Secas* visando compreender questões socioambientais e culturais envolvidas no sertão nordestino brasileiro que perduram até hoje. Busca-se descortinar a realidade de esquecimento e enfatizar o tempo em que acontecem, e assim demonstrar a atemporalidade da história. O problema consiste na indagação acerca da possibilidade de uma hermenêutica jurídico-social atual por meio da obra de Graciliano Ramos escrita em 1938. O estudo tem os ideais de “solidariedade” de Zygmunt Bauman e “outridade” de Enrique Leff como marcos teóricos principais. Além disso, a ideia de “alteridade” traba-

lhada por Emmanuel Levinas foi utilizada como referencial teórico subsidiário. Utiliza-se pesquisa doutrinária, de maneira analítico-descritiva, para concluir sobre a atemporalidade do texto e a emergência da necessária formação de um padrão de outridade em relação à região sertaneja, e a outras igualmente esquecidas. São espaços que necessitam de uma ressignificação coletiva capaz de transformar seus moradores em verdadeiros atores sociais aptos a influenciarem o ambiente em que vivem.

Palavras-chave: ambiente; outridade; alteridade; direitos humanos; multidisciplinaridade.

¹ Graduanda em Direito pela UFMG. Bolsista da FAPEMIG em pesquisa de Iniciação Científica da UFMG. E-mail: anacarolinamari@hotmail.com

A NEW MODUS VIVENDI BASED ON “VIDAS SECAS”

Abstract

*In this paper the book *Vidas Secas* is used as support to the understanding of Human Rights over the life, culture and socio-environmental matters in the Northeast region of Brazil, the Sertão, which endures to this day. It intends to reveal the reality of the Sertanejo life and emphasize the time in which it happens, thus demonstrating the timelessness of the story. The matter consists in questioning the possibility of a modern social and legal hermeneutics through the work of Graciliano Ramos, written in 1938. The study carries the ideals of 'solidarity' from Zygmunt Baumann and 'otherness' from Enrique Leff as fundamental frameworks. Besides, the idea of 'alterity' from Emmanuel*

Levinas' work was utilized as a subsidiary theoretical framework. Through doctrinal research, in an analytically-descriptive manner, it concludes on the timeliness of the text and the emergency of an necessary formation of a pattern of alterity in relation to the Sertanejo region, and other equally forgotten regions. They are spaces that need a collective re-signification capable of transforming its inhabitants into true social actors capable of influencing the environment in which they inhabit.

Keywords: *environment; otherness; Human Rights; alterity; multidisciplinary.*

Introdução

O livro *Vidas Secas* leva à constatação de uma situação socioambiental não meramente fictícia, mas real, de esquecimento e abandono do sertão nordestino e de seus moradores. É uma realidade que perdura, desde que o livro foi escrito, há quase cem anos no cenário brasileiro, devido a um forte desinteresse, econômico e social, de investimento na região.

A obra aborda diversos aspectos de opressão sobre as personagens que representam, de certa forma, a 'coletividade dos sertanejos nordestinos'. Das várias releituras possíveis de serem feitas sobre o texto, desde discussões acerca da dominação e subjugação pelo uso (ou falta) do conhecimento linguístico a até teorizações sobre a forma como as personagens enxergavam o Estado dentro de suas posições sociais, a presente pesquisa tenta dar ênfase à dimensão ambiental envolvida na narrativa. A partir disso, busca compreender como os diversos espaços descritos ao longo do livro contribuem para fixar relações hegemônicas e acentuar as desigualdades existentes, e como isso interfere nas demais releituras relacionadas.

O problema da pesquisa, portanto, é tentar averiguar a possibilidade de uma hermenêutica jurídico-social atual por meio de *Vidas Secas*. Objetiva-se, genericamente, a demonstrar a atemporalidade da obra de Graciliano Ramos e a analisar os direitos humanos atingidos sob padrões de Direito Ambiental, de alteridade e de outridade. Especificamente, objetiva-se a analisar o livro, as personagens e seus ambientes por meio de uma leitura multidisciplinar e multirreferencial; a

perceber a possibilidade de uma hermenêutica jurídico-ambiental sobre o enredo da narrativa e, por fim, a investigar o desenvolvimento necessário de um padrão de alteridade e outridade como uma maneira para a ressignificação do sertão.

O primeiro capítulo aborda aspectos mais técnicos e literários da obra e considerações sobre o autor. São traçados alguns apontamentos sobre o Regionalismo brasileiro para reforçar que essa perspectiva ideológica, traduzida em um estilo literário, foi a principal responsável em transformar o romance da década de 30 no suporte de uma observação crítica da relação entre sujeito e sociedade. Para além disso, representou também uma forma de resistência e denúncia das condições degradantes, sobretudo, do Nordeste.

O segundo capítulo trabalha noções de Direitos Humanos envolvidos na situação das personagens, mormente no tocante à zoomorfização tão expressiva no livro, e explora as demais barreiras humanas, para além das naturais, que impedem uma ascensão social dos sertanejos de outrora e de agora.

O terceiro capítulo instaura uma discussão acerca do ambiente sertanejo e do ambiente urbano e, conseqüentemente, da migração para as cidades e o posterior abandono do sertão com algumas de suas implicações.

Por fim, o último capítulo é dedicado a uma tentativa de encontrar, a partir de uma nova visão sobre o 'outro', uma possível solução para o reconhecimento da importância do sertão e de seus habitantes.

O texto possui método analítico-descritivo, recorrendo-se à pesquisa bibliográfica embasada, como marco teórico, nas ideias de 'solidariedade' do sociólogo Zygmunt Bauman, de 'outridade' do ambientalista Enrique Leff e, subsidiariamente, de 'alteridade' trabalhada pelo filósofo Emmanuel Levinas. Essas ideias demonstram a natural interdisciplinaridade e complexidade da racionalidade ambiental e a necessidade da conjugação de saberes para a construção de novos mundos de vida e de novos atores coletivos. Todos os referidos autores possuem pesquisas críticas na área social. Os livros de Bauman são utilizados como fundamento de uma nova visão acerca dos vínculos humanos e dos ambientes urbanos. Leff é a base das discussões que envolvem a racionalidade ambiental e os ideais de outridade e, por fim, as observações de Levinas são empregadas como o parâmetro das ideias de alteridade. Também foi utilizado um texto da arquiteta e urbanista Raquel Rolnik para uma ponderação acerca da formação e da evolução das cidades. Ademais, outros estudos sobre o livro *Vidas Secas* e sobre Graciliano Ramos compuseram o sustentáculo da pesquisa.

1 Uma hermenêutica jurídico-ambiental em *Vidas Secas*

O livro *Vidas Secas*, de Graciliano Ramos, é um romance regionalista escrito na década de 30 do século XX, época em que grandes turbulências econômicas

e históricas aconteciam não apenas no Brasil como no mundo todo. De forma semelhante, o movimento literário também sofria transformações. De cunho mais realista, os artistas do momento denunciavam as mazelas sociais por meio de suas obras, sendo *Vidas Secas* um clássico exemplo disso.

O regionalismo literário, sobretudo no que tange aos romances nordestinos, caracterizou-se, de forma geral, por adotar uma visão crítica das relações sociais. Dessa forma, o recorte da realidade abordada nos livros passa a ser:

O trabalho com regiões não hegemônicas do ponto de vista econômico e social, a tematização de espaços “outros” ou a representação de territórios que demarcam a desigualdade do processo de modernização brasileiro, que não se concretizou igualmente de norte a sul. A ideia de que o regionalismo é um retrato de sobrevida do subdesenvolvimento fomentaria a necessidade de escamoteação do dado local e faria desse lastro fundador algo a ser superado (SANTINI, 2014, p. 120).

A partir desse estilo literário, o autor do livro, que viveu durante anos no Nordeste, aponta na narrativa a opressão e a precariedade às quais os nordestinos estão sujeitos de maneira mais contundente do que em outras regiões do país. Isto é,

[...] o autor denuncia a situação de miséria nordestina e traz para a realidade nacional uma parte do país de forma dura e sincera, e faz com que o leitor trace reflexões sobre as mazelas geradas pela seca e pela falta de um plano/envolvimento político com a região (SARAIVA, 2009, p. 131).

Os autores desse período utilizaram-se do romance regionalista inclusive como um instrumento de resistência às injustas e desiguais condições que se formaram – e ainda permanecem – no país. Entre os escritores da década de 30, “Graciliano Ramos talvez tenha sido o que soube exprimir, com mais sutileza, a difícil realidade do homem nordestino sem se deixar seduzir pelo imaginário da região, fazendo com que o psicológico prevalecesse sobre o social” (SILVA, 2010, p. 2).

Assim, por meio da função da Arte de reinventar a vida, a história narrada expressa as contingências de uma grande parcela da população brasileira e alerta para uma região esquecida pelo olhar público, afinal “Uma leitura mais atenta de *Vidas Secas* revela que Graciliano Ramos alude que a situação de miséria dos nordestinos não está vinculada apenas às condições climáticas, mas vincula-se, também, à falta de políticas públicas de promoção de cidadania local” (SARAIVA, 2009, p. 131).

O enredo da história desenvolve-se no meio ambiente natural do sertão nor-

destino, de clima semiárido e vegetação típica da caatinga caracterizada por passar longos períodos de seca. Pela descrição da paisagem no livro é possível ter uma ideia da aridez do lugar: “tinham deixado os caminhos, cheios de espinhos e seixos, fazia horas que pisavam a margem do rio, a lama seca e rachada que escaldava os pés” (RAMOS, 2014, p. 10). No espaço descrito, naturalmente inóspito, constrói-se o ambiente de vida familiar e de trabalho de Fabiano (vaqueiro protagonista do romance), bastante precário e com poucos recursos e oportunidades de aprimoramento. Por conta disso, o meio ambiente construído (artificial) da personagem mistura-se de tal forma com a sequidão do meio ambiente natural nordestino que as características da flora sertaneja são transplantadas às pessoas da história, como no trecho: “tudo seco em redor. E o patrão era seco também, arreliado, exigente e ladrão, espinhoso como um pé de mandacaru” (RAMOS, 2014, p. 24).

Fabiano via-se preso àquele ambiente hostil como as árvores fincadas ao solo: “ele, sinhá Vitória, os dois filhos e a cachorra Baleia estavam agarrados à terra. [...] Entristeceu. Considerar-se plantado em terra alheia!” (RAMOS, 2014, p. 19). Por vezes, sentia-se como um próprio elemento da fazenda que poderia ser facilmente retirado caso não mais desejado ali: “Fabiano, uma coisa da fazenda, um traste, seria despedido quando menos esperasse” (RAMOS, 2014, p. 23).

Os traços literários e a narrativa mais descritiva, portanto, são desenvolvidos de tal forma a transmitir, no máximo de detalhes possíveis, as críticas sociais envolvidas com o contexto da história. A própria linguagem utilizada “é fundamental para entender a obra. É uma linguagem sucinta e sem sentimentalismo, adequada à seca, um estilo seco que diz muito com poucas palavras” (FERREIRA, 2016).

Assim, verifica-se que, a partir da análise do livro, é possível desenvolver um olhar jurídico sobre a situação das personagens e sobre os ambientes nos quais estão inseridas. A interface entre o Direito e a Literatura permite uma hermenêutica jurídica sobre o tema tratado na obra, ou, nas palavras de Enrique Leff, a interdisciplinaridade “se abre para uma disputa de sentidos e para um diálogo de saberes no encontro de visões e interesses nos processos de reapropriação social da natureza” (2012, p. 81). É interessante notar como um romance escrito há quase um século anuncia os mesmos problemas que são verificados atualmente no Brasil, e que, portanto, ainda precisam de solução. Por isso a importância de uma multirreferencialidade das áreas de conhecimento, uma vez que a complexidade ambiental “abre-se para um diálogo intersubjetivo e intercultural que transcende o espaço de articulação das ciências e o intercâmbio interdisciplinar” (LEFF, 2012, p. 34). A partir dessa complexidade constata-se a viabilidade de uma hermenêutica jurídico-ambiental sobre *Vidas Secas*.

2 Zoomorfização e antropomorfização: os humanos que eram mais bichos do que homens

O Brasil, por razões históricas e sociológicas, não conseguiu desenvolver o Nordeste no mesmo patamar das outras regiões, fato que gera, continuamente, situações de completo desamparo de famílias como a de Fabiano. A situação social, ambiental e cultural do nordestino já poderia ter sido aprimorada se fosse vista com um pouco mais de atenção. Fica evidente, portanto, a importância do Direito Ambiental, sendo o meio ambiente direito difuso e direito humano de terceira dimensão, na ressignificação de espaços como o sertão e de ‘vidas secas’. Nas palavras de Henrique Leff (2012, p. 63),

Nesse sentido, as leis-limite da natureza e da cultura, as categorias de território, de habitat, de autonomia, estabelecem o vínculo entre o real e o simbólico na reinvenção de identidades coletivas e a constituição de novos atores sociais que configuram estratégias diferenciadas de apropriação da natureza e construção de mundos de vida.

Fabiano e sua família estavam tão despidos da dignidade humana que lhes deveria ser inerente e tão esquecidos no seu ambiente precário que não se enxergavam como atores sociais capazes, de fato, de modificar a natureza e ter uma identidade própria. Ao contrário, suas identidades misturam-se continuamente com as dos animais e da vegetação da caatinga, de maneira tal, que o protagonista se enxerga mais ‘bicho’ do que ‘homem’, como no trecho: “e, pensando bem, ele não era homem: era apenas um cabra ocupado em guardar coisas dos outros. [...] – Você é um bicho, Fabiano” (RAMOS, 2014, p. 18).

As características animais das personagens deixam clara a intenção de zoomorfização presente no livro. Em outras palavras, “o que se pode perceber em relação a Fabiano, é que ele passa por um procedimento de animalização/coisificação dentro da obra, o qual é determinado por suas condições de vida e pelo meio ambiente que o cerca” (BOTOSO, 2013, p. 56). A sensação de ser mais bicho do que humano é tão clara para o protagonista que, em um trecho da narrativa, Fabiano revela-se esperançoso de ser homem no futuro: “Estava escondido no mato como tatu. Duro, lerdo como tatu. Mas um dia sairia da toca, andaria com a cabeça levantada, seria um homem” (RAMOS, 2014, p. 24).

A própria aparência física de Fabiano descrita no livro sugere uma imagem animal: “Os seus pés duros quebravam espinhos e não sentiam a quentura da terra. Montado, confundia-se com o cavalo, grudava-se a ele. [...] A pé, não se aguentava bem. Pendia para um lado, para o outro lado, cambaio, torto e feio” (RAMOS, 2014, p. 20).

Além disso, a língua também era um fator de dificuldade para o vaqueiro. Sem dominar muitas palavras, a personagem via-se, frequentemente, impossibilitada de defender a si mesma e, mais uma vez, sua dignidade era ofendida e seu *status* reduzido a de um animal:

[...] falava uma linguagem cantada, monossilábica e gutural[...]. Às vezes utilizava nas relações com as pessoas a mesma língua com que se dirigia aos brutos – exclamações, onomatopeias. Na verdade falava pouco. Admirava as palavras compridas e difíceis da gente da cidade, tentava reproduzir algumas, em vão, mas sabia que elas eram inúteis e talvez perigosas (RAMOS, 2014, p. 19).

Ao mesmo tempo em que as personagens humanas comportam-se como animais, os demais seres viventes ganham características humanas para realçar ainda mais o contraste de marginalização em que a família vivia. Dessa forma, por exemplo, na serra perto da fazenda “[...] fervilhava uma população de pedras vivas e plantas que procediam como gente” (RAMOS, 2014, p. 56).

A antropomorfização presente na obra, no entanto, sem sombra de dúvida, torna-se mais evidente e expressiva na cachorra Baleia. A cadela de estimação é a personagem que mais tem traços humanos no livro.

Baleia tinha sentimentos julgadores: “farejando a panela, franzia as ventas e reprovava os modos estranhos do amigo” (RAMOS, 2014, p. 62); solidários: “o menino continuava a abraçá-la. E Baleia encolhia-se para não magoá-lo, sofria a carícia excessiva” (p. 62); e também autoritários: “era bom que a deixassem em paz. [...] Agora precisava dormir, livrar-se das pulgas e daquela vigilância a que a tinham habituado” (p. 70). Ela sabia ser indiferente: “tentaram explicar-lhe que tinham tido susto enorme por causa dela, mas Baleia não ligou importância à explicação” (p. 83); e desaprovava determinadas situações: “achava é que perdiam tempo num lugar esquisito, cheio de odores desconhecidos. Quis latir, expressar oposição a tudo aquilo [...]” (p. 83).

A cadela também era realista: “[...] mas percebeu que não convenceria ninguém e encolheu-se, baixou a cauda, resignou-se ao capricho dos seus donos” (p. 83); e entendia que deveria ser submissa: “não poderia morder Fabiano: tinha nascido perto dele, numa camarinha, sob a cama de varas, e consumira a existência em submissão, ladrando para juntar o gado quando o vaqueiro batia palmas” (p. 89).

O animal tinha tantos outros sentimentos à semelhança de emoções exclusivamente humanas que, por vezes, ganha o mesmo *status* dos filhos do casal. Aliás, sua personalidade e seu lado ‘humano’ são mais desenvolvidos que os dos próprios

meninos – “Ela era como uma pessoa da família: brincavam juntos os três, para bem dizer não se diferenciavam [...]” (RAMOS, 2014, p. 85). As crianças viviam em uma condição de tamanha precariedade e opressão que a cachorra era dotada de mais ‘humanidade’ do que elas mesmas.

A ausência de identificação e individualização dos filhos do protagonista também revela a condição de inferioridade e esquecimento a qual estavam submetidos, como no trecho: “os filhos não possuem nomes, são chamados de Menino Mais Novo e Menino Mais Velho, se tornam a representação do anonimato dos meninos nordestinos” (FERREIRA, 2016). Assim como os pais, também sofrem o processo de animalização: “[...] deixava os filhos soltos no barreiro, enlameados como porcos” (RAMOS, 2014, p. 21), o que contribui ainda mais para o contraste entre ‘homens-bichos’ e ‘bichos-homens’ presente no livro.

Eles também não dominavam as palavras; o diálogo entre a família era bem precário e quase inexistente. Por isso, também se valiam dos sons da natureza: “Como não sabia falar direito, o menino balbuciava expressões complicadas, repetia as sílabas, imitava o berro dos animais, o barulho do vento, o som dos galhos que rangiam na caatinga, roçando-se” (RAMOS, 2014, p. 59). O vocabulário era tão escasso e o contato com outro ambiente diferente tão reduzido que eles ficam admirados quando vão à festa na cidade: “O menino mais novo teve uma dúvida e apresentou-a timidamente ao irmão. Seria que aquilo tinha sido feito por gente? O menino mais velho hesitou, espiou as lojas, as toldas iluminadas [...] Talvez aquilo tivesse sido feito por gente” (RAMOS, 2014, p. 83).

A ausência de um domínio linguístico inquietava-os a partir das coisas que viam e não sabiam como se denominavam:

Nova dificuldade chegou-lhe ao espírito, soprou-a no ouvido do irmão. Provavelmente aquelas coisas tinham nomes. [...] Sim, com certeza as preciosidades que se exibiam nos altares da igreja e nas prateleiras das lojas tinham nomes. Puseram-se a se discutir a questão intrincada. Como podiam os homens guardar tantas palavras? Era impossível. Ninguém conservaria tão grande soma de conhecimentos. Livres dos nomes, as coisas ficavam distantes, misteriosas. Não tinham sido feitas por gente (RAMOS, 2014, p. 83).

Assim, a animalização das personagens humanas, a presença de uma humanidade nos animais mais intensa do que nas próprias pessoas do enredo, a mescla entre o sertão e as personalidades e a ausência de um mínimo de conteúdo linguístico traduzem-se em uma importante crítica social a todos os demais fatores ‘não naturais’ que contribuem para isso. É dizer:

Num meio-ambiente tão duro e cruel como o do sertão nordestino, adaptar-se com vigor ao meio-ambiente hostil talvez requiera, como coloca Graciliano Ramos através de Fabiano, se tornar um bicho, forte e objetivo o suficiente para vencer qualquer dificuldade. No entanto, se há a natureza cruel, há também outras formas de crueldade, mais humanas, e que, por intermédio de astúcia, se faz *naturalizada* (COELHO, 2006).

Seguindo a ideia de que outros elementos não apenas naturais, mas, sobretudo humanos, contribuem para a animalização das personagens, percebe-se que todos os cenários da obra contêm meios de dominação e subjugação da pequena família de retirantes. Em outras palavras,

Em Vidas Secas, os meios de opressão não eram apenas das condições naturais. Fabiano é considerado sem terra, comparado a um nômade, mas suas andanças não se devem apenas à seca. O protagonista vivencia a opressão do homem através das relações de poder, que estão presentes em vários capítulos da obra (FERREIRA, 2016).

Tudo isso agrava o sentimento de inferioridade existente no vaqueiro: “comparando-se aos tipos da cidade, Fabiano reconhecia-se inferior. Por isso desconfiava que os outros mangavam dele” (RAMOS, 2014, p. 76). Tal sensação só ampliava o isolamento social da família de retirantes e diminuía as chances de modificação do ambiente – “Vivia longe dos homens, só se dava bem com os animais” (p. 19).

Por não saber nem conversar direito, Fabiano era ludibriado de todas as formas possíveis e isso aumentava sua permanente necessidade de se distanciar das pessoas, principalmente da cidade, pois era desprovido de meios com os quais pudesse se defender:

Fazia-se carrancudo e evitava conversas. Só lhe falavam com o fim de tirar-lhe qualquer coisa. Os negociantes furtavam na medida, no preço e na conta. O patrão realizava com pena e tinta cálculos incompreensíveis. Da última vez que se tinham encontrado houvera uma confusão de números, e Fabiano, com os miolos ardendo, deixara indignado o escritório do branco, certo de que fora enganado (RAMOS, 2014, p. 76).

O vaqueiro mal reconhece os homens da cidade como pertencentes ao mesmo ‘grupo de humanos’, isto é, se já existe uma barreira social entre os próprios moradores do sertão, contrastada à cidade, essa barreira é ainda maior e mais difícil de ser transposta: “Os caixeiros, os comerciantes e o proprietário

tiravam-lhe o couro, e os que não tinham negócio com ele riam vendo-o passar nas ruas tropeçando. Por isso, Fabiano se desviava daqueles viventes” (RAMOS, 2014, p. 76). Assim, constata-se, capítulo por capítulo, que não apenas a humanidade das personagens era-lhes retirada por todos os meios possíveis – sejam eles naturais ou notadamente antropogênicos – mas também a própria identidade e o autorreconhecimento como *peças* tornavam-se elementos inatingíveis para eles, da mesma forma como ainda acontece hoje com os sertanejos.

3 O retirante e o seu eterno *locus* de segregação

O protagonista via-se compelido a mudar constantemente com a família. Seja pela seca que os assolava ou pelas infundáveis dívidas com o patrão, não possuíam alternativa a não ser sair vagando pelo sertão à procura de novos lugares nos quais pudessem fixar-se por algum período: “[...] largou-se com a família, sem se despedir do amo. Não poderia nunca liquidar aquela dívida exagerada. Só lhes restava jogar-se ao mundo, como negro fugido” (RAMOS, 2014, p. 116). Nas ideias de Zygmunt Bauman (2007, p. 74):

Os indivíduos se vêem abandonados aos seus próprios recursos – lamentavelmente escassos e evidentemente inadequados. A dilapidação e decomposição dos vínculos coletivos fizeram deles, sem pedir seu consentimento, indivíduos *de direito*, embora o que aprendam nas atividades de suas vidas seja que verdadeiramente tudo no atual estado de coisas milita contra sua ascensão ao modelo postulado pelos indivíduos *de facto*.

Em busca de novas oportunidades e desejosos para serem, então, “indivíduos *de facto*”, as personagens pensam em mudar do ambiente sertanejo para o ambiente urbano no final do livro – “iriam para adiante, alcançariam uma terra desconhecida. Fabiano estava contente e acreditava nessa terra, porque não sabia como ela era nem onde era. [...] Uma cidade grande, cheia de pessoas fortes” (RAMOS, 2014, p. 126). Novamente, fica em evidência o caráter atemporal do romance, uma vez que a mesma trajetória se repete com os retirantes atuais. Muitos sertanejos ainda migram para as cidades, em um ritmo constante, acreditando ser esta a melhor escolha, gerando superlotação. A complexa realidade explica em parte porque a “política local – e particularmente a política urbana – encontra-se hoje desesperadamente sobrecarregada” (BAUMAN, 2009, p. 33).

A esperança da maior parte das famílias de retirantes, todavia, frustra-se tão logo eles chegam à cidade, pois o ambiente urbano continua sendo-lhes hostil (talvez até mais) como o ambiente do sertão. Nos grandes centros, fora dos padrões citadinos, eles são apenas

Homens e mulheres que não se encaixam em nenhuma divisão social legítima, indivíduos deixados fora das classes e que não são portadores de nenhuma das funções reconhecidas, aprovadas, úteis e indispensáveis que os membros “normais” da sociedade executam. Pessoas que nada acrescentam à vida da sociedade, a não ser o que esta poderia fazer muito bem sem elas e de fato ganharia por se livrar delas (BAUMAN, 2007, p. 76).

A crescente marginalização de migrantes nas cidades é consequência, muitas vezes, de certo padrão de homogeneidade que se forma nos ambientes urbanos e que os torna um *locus* gerador, em potencial, de segregação espacial e de isolamento. Assim, para que fosse possível uma verdadeira interação de outros grupos sociais nesses espaços seria preciso, primeiramente, uma ruptura com

[...] a ideia de homogeneidade e eliminação das diferenças, tão constituinte do pensamento urbanístico moderno e que tem correspondido à experiência histórica de alisamento de territórios existenciais em detrimento de uma ordem única e hegemônica, produtora permanente de exclusão e ilegalidade (ROLNIK, 1994, p. 359).

Ou seja, as chances efetivas de incorporação dos migrantes no novo ambiente social são mínimas. Eles tendem a permanecer na cidade como já eram no campo: pessoas esquecidas com vidas desperdiçadas. Permanecem invisíveis no ambiente urbano, sem se perceberem ‘atores sociais’ que podem influir no novo ambiente, tal como Fabiano sente-se quando vai à festa na cidade com a família:

A sensação que experimentava não diferia muito da que tinha tido ao ser preso. Era como se as mãos e os braços da multidão fossem agarrá-lo, subjuguá-lo, espremê-lo num canto de parede. Olhou as caras em redor. Evidentemente as criaturas que se juntavam ali não o viam, mas Fabiano sentia-se rodeado de inimigos” (RAMOS, 2014, p. 75).

É como se, tanto no ambiente do sertão, como no espaço urbano, os retirantes ficassem presos ao que Bauman chama de guetos involuntários e conceitua como sendo “a área na qual estão confinados (por serem excluídos de outras)” (2007, p. 82). Isto é, para além de uma área física, trata-se de uma área social de isolamento e cultural de esquecimento.

Diante da constatação de pouca ou nenhuma mudança no cotidiano dos migrantes da vida real como os da história de Graciliano Ramos, é possível, e,

aliás, necessário indagar se sair do sertão (e de outros ambientes semelhantemente esquecidos) é, de fato, a melhor opção – dentro de um contexto ambientalista, pós Constituição de 1988 e com fulcro na dignidade humana – a ser tomada. O sertão deve ser abandonado por seus moradores?

Sinhá Vitória desejava uma vida melhor para sua família e via, na cidade, uma alternativa para tanto. Mas, ao mesmo tempo, sabia que sentiria saudades de seu lugar de origem: “não voltariam nunca mais, resistiriam à saudade que ataca os sertanejos na mata” (RAMOS, 2014, p. 122). A mudança para a cidade, além de tudo, representa um abandono dos próprios costumes e hábitos tão peculiares do povo sertanejo. Significa afastar-se da cultura que os identifica e os faz pertencidos. Retiram-lhes direitos civis, políticos e de fraternidade, pois, ao mesmo tempo que saem voluntariamente, não o fazem espontaneamente e, sim, por necessidade e tentativa de sobrevivência.

A pergunta a que se chega é se realmente a praticada migração é proveitosa para os dois espaços (sertão e cidade) se as vidas dos retirantes continuam no *status* de ‘subclasses’, uma vez que “ainda não chegamos perto de perceber e entender os efeitos de longo alcance das massas cada vez maiores de *peessoas desperdiçadas* no equilíbrio político e social da coexistência humana” (BAUMAN, 2007, p. 35). Portanto, resta compreender que, enquanto as amarras sociais em relação ao “outro” não forem desnaturalizadas, de nada adianta a mudança de ambiente das classes marginalizadas, pois, como já anteriormente explorado, mais do que as dificuldades naturais do próprio meio, as barreiras humanas de padronização da vida são as principais causadoras da formação de coletividades ‘descartáveis’.

4 Um novo *modus vivendi* segundo a lógica da outridade

Fabiano e sua família, assim como os sertanejos da vida real, foram moldados por um ambiente inóspito, seco, difícil de penetrar, afinal,

Como crítica social, a obra trabalha as raízes da opressão no Brasil, principalmente no campo brasileiro, para isso cria personagens opressoras e oprimidas. Através das personagens mostra as dificuldades, tanto sociais como discursivas, de forma que explora em conjunto a dimensão individual e social de cada uma, com o objetivo de problematizar as questões sociais em um tom crítico e denunciativo (FERREIRA, 2016).

Todo o contexto demonstra, assim, o claro desamparo social que a família personagem sofre no seu ambiente familiar e de trabalho. No entanto, esse ambiente também tem suas belezas e preciosidades que não podem ser, simplesmente,

ignoradas ou esquecidas. Bauman pontua que “nada pode verdadeiramente ser, ou permanecer por muito tempo indiferente a qualquer outra coisa: intocado e intocável. O bem-estar de um lugar, qualquer que seja, nunca é inocente em relação à miséria de outro” (2007, p. 12). Em outras palavras, seria dizer que o sertão e seus habitantes precisam ser percebidos, respeitados – ressignificados.

É perceptível, portanto, a crítica geral feita por meio das personagens que, para além de comporem o enredo da narrativa, também representam um conjunto de pessoas que vivem sob os mesmos problemas. Isto é,

As personagens em *Vidas Secas* simbolizam a coletividade, uma vez que Fabiano, por exemplo, não representa somente um homem sofrido, enganado, já que pode ser considerado como um representante de todos os homens que habitam um universo causticante e injusto, cercados por exploradores de todos os tipos. Do mesmo modo, Sinhá Vitória reflete não só a vida de uma mulher, mas a de todas as mulheres que vivem no sertão, sofrendo, passando necessidades (BOTOSO, 2013, p. 55).

Dessa forma, enquanto o sertão for esquecido, “Fabianos” e “Sinhás Vitórias” também serão olvidados por serem “diferentes” como o espaço em que vivem, por não fazerem parte da homogeneidade habitual da população das cidades e de outros espaços mais valorizados e desenvolvidos. Entra em cena, portanto, o necessário exercício da alteridade e da outridade. Ninguém enxerga Fabiano como *alter* e o meio ambiente em que vive como ‘outrem’ a serem respeitados. São ambientes e vidas secas que podem ser descartados ou abandonados.

A realidade hodierna mostra que “os vínculos humanos são confortavelmente frouxos, mas, por isso mesmo, terrivelmente precários, e, é tão difícil praticar a solidariedade quanto compreender seus benefícios, e mais ainda suas virtudes morais” (BAUMAN, 2007, p. 30). É justamente essa ‘frouxidão’ dos laços humanos que fomenta o isolamento do Nordeste, de forma geral, e a dificuldade de inserção social dos migrantes nas cidades.

No entanto, os sertanejos não precisam migrar em busca de novas terras e nem mesmo ser, forçosamente, assimilados por uma cultura urbana se o ambiente do sertão não for esquecido. Leff (2012, p. 60) ensina que

A racionalidade ambiental é forjada pela reconstrução das identidades pessoais, grupais e culturais, através do saber, e pela construção de um futuro sustentável através do encontro com o Outro [...] traz em si uma reapropriação do mundo a partir do ser e no ser. O saber ambiental revive a questão das lutas sociais pela

apropriação da natureza e a gestão de seus modos de vida, do ser no tempo e o conhecer na história [...].

A perspectiva descrita envolve a consideração e o aprimoramento de todos os ambientes, com todas as suas singularidades. Ter um corpo social e um espaço social homogêneos, por meio de segregações e isolamentos de outras áreas, diminui a tolerância à diferença entre as pessoas. Afinal,

Quanto mais as pessoas permanecem num ambiente uniforme – na companhia de outras ‘como elas’ com as quais podem ter superficialmente uma ‘vida social’ sem correrem o risco da incompreensão e sem enfrentarem a perturbadora necessidade de traduzir diferentes universos de significado- mais é provável que ‘desaprendam’ a arte de negociar significados compartilhados e um *modus vivendi* agradável (BAUMAN, 2007, p. 94).

Urge, portanto, a necessidade de investimentos efetivos em ambientes como o sertão e em seus habitantes. Enxergá-los como outros, semelhantes a todos, “implica uma ressignificação cultural do mundo diante dos desafios da sustentabilidade, da equidade, da democracia e da justiça social” (LEFF, 2012, p. 121). É também trazer à tona uma racionalidade ambiental que “abre o caminho para uma política da diferença e para uma ética das relações sociais abertas para o dissenso, para a diferença e para a outridade, que nem sempre remetem a contradições ontológicas e políticas” (LEFF, 2012, p. 121).

Conjugar esses sentimentos de outridade e solidariedade é perceber que as diferenças podem ser uma fonte de criação e produção de novos mundos no encontro do ‘outro’, que não é necessariamente um oposto ou um adversário. O medo de enfrentar as diversidades pode ser superado a partir da ideia de que

O enfrentamento com o outro não é a oposição de contrários irreconciliáveis. A diferença não é tão somente uma contradição mais sutil. O outro é algo diferente que pode chocar, mas também alguém com quem é possível conviver harmoniosamente. Envolve uma ética e uma visão diferente das relações sociais onde o encontro com a diferença e a outridade é dialético no sentido de que podem ser entidades conflitivas, mas também visões e processos que podem coexistir sem ter que ignorar, eliminar, explorar ou negar outras entidades, visões e processos para poder se afirmar (LEFF, 2012, p. 123).

Como se vê, desenvolver uma racionalidade ambiental é abrir-se para um feixe de diferenças que se complexificam de acordo com as diversidades biológicas

da natureza e com as diversidades culturais da humanidade. É construir uma rede de relações de alteridade, na qual “o ser e sua identidade se reconfiguram na diversidade e na diferença, e onde se abrem para um além do pensável, guiados pelo desejo insaciável de saber e de justiça” (LEFF, 2012, p. 67).

O reconhecimento de pessoas que vivem em ambientes mais hostis é fundamental para o aprimoramento social, econômico e cultural de ditos espaços. Levinas (2015, p. 38) pontua que

Abordar Outrem no discurso é acolher a sua expressão onde ele ultrapassa em cada instante a ideia de que dele tiraria um pensamento. É, pois, *receber* de Outrem para além da capacidade do Eu; o que significa exactamente: ter a ideia do infinito.

Para que vidas secas como as dos retirantes da história possam florescer em meio menos árido e menos isolado, faz-se necessária uma visão baseada na outridade. Caso um novo olhar não seja desenvolvido, grande parte da população sertaneja continuará sem espaço e, conseqüentemente, sem oportunidades:

Que iriam fazer? Retardaram-se, temerosos. Chegariam a uma terra desconhecida e civilizada, ficariam presos nela. E o sertão continuaria a mandar gente pra lá. O sertão mandaria para a cidade homens fortes, brutos, como Fabiano, sinhá Vitória e os dois meninos (RAMOS, 2014, p. 126).

Uma sociedade globalizada só consegue preservar suas peculiaridades se entender que elas são importantes em cada nuance, material ou imaterial, racional ou não, e se permitir a construção de novos mundos e estilos de vida mais responsáveis. Do contrário, o final do livro continuará a repetir-se por mais anos.

Conclusão

O livro *Vidas Secas*, conforme demonstrado, é uma obra atemporal que pode – e deve – ser interpretada até hoje para a identificação dos problemas existentes no nordeste brasileiro que abrangem, devido à característica difusa do meio ambiente, questões de Direitos Humanos, Direito Constitucional e Direito Ambiental. É indiscutível, portanto, a permanente contemporaneidade da obra.

A narrativa demonstra que Graciliano Ramos, oriundo do Nordeste, conseguiu absorver e transcrever as contingências sociais e econômicas da região no enredo da história. Certamente, ele foi um dos autores regionalistas brasileiros que mais se utilizou do estilo literário como um instrumento capaz de mostrar a miséria nordestina e trazer ponderações críticas acerca do descaso político e social com a região.

Por conseguinte, há um alerta, por meio da história, para uma situação de manutenção dessa realidade de miserabilidade desde a primeira metade do século passado até os dias de hoje. Isso demonstra que o ‘olhar’, de uma forma geral, ainda não foi expandido de modo a perceber o contexto difícil, ambiental e social como ‘outrem’, dos habitantes do sertão, que necessitam de dedicação, atenção e solidariedade, motivo pelo qual foram exploradas a alteridade e a outridade como parâmetros analíticos.

As personagens do livro, representando a coletividade dos sertanejos que vivem em iguais condições as da história, tornam-se, claramente, uma denúncia da injusta – e atual – situação fundiária do país, fazendo com que o livro subsista durante anos não apenas por ser uma obra de arte, mas também, e principalmente, por revelar uma condição social que permanece viva até hoje no Brasil.

Resta claro, desse modo, que o problema enfrentado pelos sertanejos nordestinos não está restrito exclusivamente ao meio ambiente natural mais seco, mas estende-se a todos os demais ambientes construídos e seus instrumentos de dominação dotados de significados sociais. Afinal, como demonstrado, as personagens enfrentam, constantemente, opressões advindas das relações de poder entre os homens.

Tudo indica, portanto, a viabilidade de uma hermenêutica jurídica atual, rompendo com paradigmas que estagnam o Direito que é uma ciência dinâmica, cujo saber encontra-se ligado às vicissitudes da coletividade, representadas, inclusive, por obras literárias atemporais.

A partir das inquietantes críticas à construção dos ambientes e dos valores a eles atribuídos, verifica-se a necessidade de políticas públicas, tanto urbanas quanto rurais, que consigam, de fato, abranger os diversos grupos sociais existentes e permitir uma verdadeira promoção dos direitos humanos a todos.

Possibilitar que classes como a dos sertanejos ressignifiquem seu ambiente e sejam atores sociais dentro de sua região, requer mudanças profundas em uma sociedade segregacionista e já enraizada na intolerância. Uma verdadeira transformação nesse cenário exige uma ruptura com as políticas atuais que só favorecem determinados grupos e espaços. Por isso, o livro aponta a necessidade urgente de uma nova visão social que abranja, até mesmo, as vidas mais secas da humanidade.

Referências

BAUMAN, Z. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BAUMAN, Z. *Confiança e medo na cidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BOTOSO, A. Opressores e oprimidos: uma leitura do romance *Vidas Secas*, de Graciliano Ramos. *Revista de Letras da Universidade Católica de Brasília*, Brasília, v. 6, p. 49-66, dez. 2013.

COELHO, V. O. P. Vidas Secas e Graciliano Ramos: uma análise da obra de Graciliano Ramos. *Literatura e Autoritarismo*, Santa Maria, n. 11, 2006. Disponível em: <http://w3.ufsm.br/literaturaeautoritarismo/revista/num11/art_06.php>. Acesso em: 13 ago. 2018.

FERREIRA, M. S. A realidade social e a linguagem no romance Vidas Secas. *Sabedoria Política – Um site dedicado ao estudo da política*, maio 2016. Disponível em: <<https://www.sabedoriapolitica.com.br/products/a-realidade-social-e-a-linguagem-no-romance-vidas-secas/>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

LEFF, E. *Aventuras da epistemologia ambiental: da articulação das ciências ao diálogo de saberes*. São Paulo: Cortez, 2012.

LEVINAS, E. *Totalidade e infinito: ensaio sobre a exterioridade*. 3. ed. Lisboa: Edições 70, 2015.

RAMOS, G. *Vidas Secas*. 124. ed. Rio de Janeiro: Record, 2014.

ROLNIK, R. *planejamento urbano nos anos 90: novas perspectivas para velhos temas*. In: ORLANDO JUNIOR, L. R. (Org.). *Globalização, fragmentação e reforma urbana: o futuro das cidades brasileiras na crise*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1994. p. 351-360.

SANTINI, J. Realidade e representação no romance regionalista brasileiro: tradição e atualidade. *Revista O Eixo e a Roda*, Belo Horizonte, v. 23, n. 1, p. 115-131, 2014.

SARAIVA, E. S. O regionalismo e suas faces: uma análise de Vidas Secas e Dois Irmãos. *Revista Urutáguá – Acadêmica Multidisciplinar*, Maringá, v. 19, p. 127-137, 2009.

SILVA, E. F. Graciliano Ramos: o escritor e o homem. *Revista Graduando*, Feira de Santana, v.1, p. 139-152, jun. 2010.

ANÁLISE JURÍDICO-FILOSÓFICA DO SACRIFÍCIO DE ANIMAIS NÃO HUMANOS NO CANDOMBLÉ

Pedro Henrique Moreira da Silva¹

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Artigo recebido em: 03/12/2018

Artigo aceito em: 08/02/2019

Resumo

O estudo pretende suscitar a questão do conflito entre liberdade religiosa e direito animal, no que tange ao sacrifício de animais não humanos nos cultos de Candomblé – religião de matriz africana. Recorrendo ao método hipotético-dedutivo e à pesquisa bibliográfica, buscar-se-á uma análise da temática pelas perspectivas do Direito e da Filosofia, sem furtar-se da consideração dos aspectos éticos, sociais, étnicos, teológicos e do ordenamento jurídico internacional. Isto é, ao mesmo tempo em que os animais não humanos serão apresentados nas perspectivas dos princípios da dignidade – que decorrem das noções de “outridade” –, também serão

consideradas as dimensões da liberdade religiosa e da necessidade de coesão sociocultural para fortalecimento do debate. Nesse sentido, justifica-se a pesquisa pela complexidade do tema, pela necessidade de coerência sócio-política na discussão e em razão do futuro julgamento da pauta pelo Supremo Tribunal Federal – que mais que recorrer às jurisprudências estrangeiras, também deve se preocupar com as dimensões filosóficas e teológicas que envolvem a causa religiosa e animal.

Palavras-chave: liberdade religiosa; Direito Animal; Candomblé; Religião; Direitos Fundamentais.

¹ Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela ESDHC. Bacharel em Direito pela ESDHC. Bacharelado em Letras pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8217-2169> / e-mail: pedroadvdireito@gmail.com

JURIDIC-PHILOSOPHICAL ANALYSIS OF THE SACRIFICE OF ANIMALS IN THE CANDOMBLÉ

Abstract

The study intends to raise the issue of the conflict between religious freedom and animal rights, regarding the sacrifice of animals in the cult of Candomblé – religion of african origin. Using the hypothetical-deductive method and the bibliographical research, it will seek an analysis of the thematic by the perspectives of Law and Philosophy, without evading the consideration of ethical, social, ethnic, theological and international legal order. That is, at the same time that animals will be presented in the perspective of the principles of dignity – which stem from the notions of otherness – the dimensions of religious freedom and the need for so-

cio-cultural cohesion to strengthen the debate will also be considered. In this sense, the research is justified by the complexity of the topic, by the need for socio-political coherence in the discussion and due to the future judgment of the agenda by the Supreme Court - that rather than resort to foreign jurisprudence, must also be concerned with the philosophical and theological dimensions that involve the religious and animal cause.

Keywords: *religious freedom; Animal Rights; Candomblé; Religion; Fundamental rights.*

Introdução

A liberdade religiosa consagra-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Constituição da República Federativa do Brasil como direito fundamental – essencial para o alcance da dignidade humana. Nesse sentido, o Estado não pode impor ou vetar religiões e mais, deve tratar de viabilizar o exercício das crenças – seja no que tange aos rituais, liturgias e demais organizações.

Referido direito ganha importante destaque no ordenamento pátrio, tendo em vista a constituição religiosa do Brasil. Isto é, com o processo de colonização e as particularidades que lhe são próprias, o desenvolvimento social no país foi consideravelmente miscigenado e plural – resultando na absorção de identidades religiosas já consolidadas e na produção de novas identidades e crenças. É o que se verifica, por exemplo, nos casos da Umbanda e do Candomblé que, por meio do esforço dos africanos para conservarem a tradição originária em face da imposição da doutrina católica no império, se sobressaíram como religiões sólidas e que agregam inúmeros crentes.

Algumas dessas religiões – como o Candomblé – distanciam-se da ética cristã hegemônica e do maniqueísmo místico, de forma que são cultuadas entidades que, não raras vezes, exigem sacrifícios como forma de romperem o véu que separa as dimensões humanas das dimensões espirituais. Assim, o abate de animais não humanos é uma questão tradicional – além de requisito para a própria viabilidade dos cultos – que tem gerado controvérsias quando contraposto ao Direito animal.

Isso porque, apesar da sociedade brasileira ser majoritariamente consumidora de carne (RIBEIRO; CORÇÃO, 2013), conserva-se a concepção de que os animais não humanos são constrangidos ao sofrimento durante os rituais do Candomblé, o que seria suficiente para vetar a prática. Não obstante, considerando-se o *status* do direito de liberdade religiosa e o racismo institucionalizado – que já se delinea incontroverso –, faz-se necessária uma discussão mais profunda acerca da problematização do sacrifício nas religiões de matriz africana.

Nesse sentido, a pesquisa propõe-se – por meio do método hipotético-dedutivo e do estudo bibliográfico – a invocar as dimensões jurídicas e filosóficas que viabilizem uma análise dual da questão suscitada. Assim, pela delicadeza e pertinência do debate, serão considerados os aspectos sociais, éticos, políticos, jurídicos, teológicos e filosóficos que envolvem o sacrifício dos animais não humanos no Candomblé para que, ao fim, seja formulada uma conclusão a respeito da prática – ou seja, responder-se-á se o abate desses animais é legítimo na perspectiva jurídico-filosófica delineada.

1 Liberdade religiosa no Brasil

O Constituinte brasileiro, ao redigir a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, tratou de estender um farto rol de direitos fundamentais – com significativa concentração no artigo 5º. Para o que pretende a pesquisa, vale invocar por primeiro o inciso VI do artigo supra, que versa acerca da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, “sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e às suas liturgias” (BRASIL, 1988).

As raízes históricas da liberdade religiosa são marcadas pelas reformas de Lutero e Calvino, enquanto experiências contra hegemônicas. Isto é, as garantias de ruptura ocidental com a Igreja Católica Apostólica Romana demandaram um aparato legislativo para supressão do poder religioso – possibilitando crenças alheias aos padrões culturais europeus da alta Idade Média (MARMELSTEIN, 2009).

Referido direito decorre dos princípios gerais de liberdade e igualdade, na medida em que assegura que o Estado não discrimine seus cidadãos, ao contrário, que os trate como iguais – independentemente dos credos e tendências culturais

(CANOTILHO, 2002). Trata-se, portanto, de direito fundamental de primeira dimensão, que surge para proteger o indivíduo de possíveis arbitrariedades do Estado (PAES, 2013).

Essa liberdade implica na impossibilidade de o Estado impor determinada religião a qualquer indivíduo e mais, define também o dever do Estado na garantia e viabilização das religiões (MIRANDA, 2000). Assim, pode-se dizer que a liberdade religiosa é gênero que abarca a liberdade de crença, de culto e a liberdade de organização religiosa (MORAIS, 2011).

José Afonso da Silva (1989) leciona que a liberdade de crença se relaciona à possibilidade de crer em determinadas entidades e a liberdade de organização religiosa com a possibilidade de criarem-se estabelecimentos e organizações. A liberdade de culto, por sua vez, diz respeito à possibilidade da prática de rituais, cantos e demais liturgias (COIMBRA; KUO, 2009).

A liberdade religiosa, enquanto gênero, para além da positivação na Constituição Federal brasileira, decorre da liberdade em sentido amplo e da liberdade de pensamento consagradas na Declaração Universal dos Direitos Humanos que dispõe em seu artigo 18, *in verbis*:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular (ONU, 1948).

O que pode ser concluído, portanto, é que o direito de professar crenças individuais, particulares e múltiplas, praticando os rituais que elas demandem, é uma garantia humana – requisito para a dignidade. Importa dizer, todavia, que esse direito não pode ser tutelado no caso de ofender outras disposições jurídicas e principiológicas. Isto é, não se torna defensável o sacrifício humano em nome da liberdade de pensamento – por exemplo –, tendo em vista que alguns interesses e direitos mais gerais não podem ser ofendidos – como é o caso da vida.

É nesse contexto que surgem as discussões que contrapõe a liberdade religiosa com o direito à vida e dignidade dos animais não humanos, na medida em que as religiões de matriz africana – principalmente – se apropriam dessas “bestas”, abatendo-as durante seus cultos. Assim, tendo em vista a natureza do conflito de interesses, deve-se recorrer à hermenêutica para uma solução satisfatória do entrave – sem que sejam ignorados os valores socioculturais envolvidos na questão, que é abstrata, genérica e complexa (PIRES, 2012).

Conforme explana Teresinha Inês Teles Pires (2012), o positivismo e as

interpretações lógico-semânticas são insuficientes para a solução desses conflitos, em razão de sua baixa praticidade. Assim, no que diz respeito à questão do direito animal em face do sacrifício nas religiões de matriz africana, há que se recorrer ao método hermenêutico concretizador – que possibilita a consideração das subjetividades da causa e do contexto sociopolítico (PIRES, 2012).

O debate acerca da questão deve ser descentralizado, recorrendo-se aos diferentes âmbitos da sociedade – direito, ciência, teologia, sociologia, por exemplo. Ademais, também deve ser considerada a participação da comunidade e das entidades representativas dos setores sociais, de forma que as instituições sejam aprimoradas e fortalecido o paradigma democrático (UNGER, 2004).

Por esse caminho – considerando-se a densidade do tema –, contorna-se a possibilidade de esvaziamento democrático (HÄBERLE, 2002) e as chances de “conluio entre poder político e vantagem econômica” (UNGER, 2004, p. 36) sobre os interesses sociais, sobretudo por se tratar de direitos de ordem humana, indispensáveis à manutenção da condição de dignidade. É justamente por meio desta perspectiva que procura a pesquisa uma conclusão a respeito da questão do sacrifício de animais não humanos nos cultos de Candomblé – o que demanda, por primeiro, uma apresentação acerca das religiões derivadas da cultura mística do continente africano.

2 O Candomblé e a questão do abate de animais não humanos

As religiões de matriz africana organizam-se em linhas patrilineares e matrilineares, com a característica geral de culto aos antepassados e divindades superiores – quais sejam, orixás, voduns e inquices. Essas religiões são marcadas pelos aspectos dos ensinamentos principiologicos (com forte influência da cultura oral) e pelos aspectos de religiosidade concreta, ou seja, a exteriorização da fé em comportamentos e cultos (FERREIRA; GONÇALVES, 2008).

Em geral, as crenças perpetuadas ao longo dos séculos têm como ponto de partida o mito iorubá a respeito da criação do mundo: *Olorum*, o deus criador, fez o mundo e confiou-o a *Odudua*. A ela entregou um lenço cheio de terra e uma galinha, para que derramasse aquela terra por sobre as águas e fizesse o solo habitável. Esta história, note-se, preocupa-se mais em informar a ordem das coisas do que em fornecer detalhes. Estes últimos são dados em mitos secundários, que apontam para a ascensão de divindades (FERREIRA; GONÇALVES, 2008).

Ainda segundo a crença iorubá, os primeiros humanos mantinham uma relação comum na terra, mas possuíam capacidades especiais – o que os faziam

melhores que os demais seres que povoavam o mundo. “Dentre essas habilidades, estavam: os segredos da mata e do ferro, o poder sobre os ventos e tempestades, os conhecimentos sobre a caça, o poder de cura de doenças e muitos outros” (BARBOSA, 2012, p. 13). Assim, quando morreram, foram renascidos na forma dos orixás.

A partir desse centro mítico, a cultura iorubá trata de afirmar que os homens são descendentes dos orixás, o que confere aos humanos origens plurais – ao contrário da lógica criacionista do cristianismo. O que se pode dizer é que “os humanos são apenas cópias esmaecidas dos orixás dos quais descendem” (PRANDI, 2001, p. 4).

Importa dizer ainda que as culturas religiosas africanas apontam para a existência de dois planos: o *Orum* e o *Aiye*. No primeiro, vive *Olorum*, o ser supremo, que habita uma dimensão não palpável. Os humanos, por sua vez, encontram-se no *Aiye*, onde é permitida a entrada dos orixás. Para tanto, é necessário que seja realizado um ritual de invocação, cujo encantamento é suficientemente poderoso para romper o véu do sistema *Orum-Aiye* – assim, são promovidos cultos, oferendas e sacrifícios, que podem ser entendidos como os instrumentos que viabilizam a comunicação e contato entre homens e divindades (FERREIRA; GONÇALVES, 2008).

O culto de Candomblé é, portanto, uma maneira de contornar a divisão entre as dimensões espirituais e carnis, fazendo reinar o equilíbrio dos mundos. O anseio dos rituais é garantir a unidade primitiva entre *Orum* e *Aiye*, “compreendida como uma situação de total harmonia e felicidade; por isso mesmo, ela é sempre novamente buscada” (BERKENBROCK, 2007, p. 18).

Assim, o papel das religiões africanas assume a importância de referência de identidade. No Brasil, o Candomblé assume a imagem e a força da resistência contra as tentativas de proibição de cultos não cristão. Dessa forma, muito do que foi criado com os iorubás foi recriado a partir da associação com as imagens sacras cristãs (D’ADESKY, 2001). A própria construção dos terreiros é uma tentativa de promover uma materialização da África para invocação das divindades ali nascidas (FERREIRA; GONÇALVES, 2008)

O Candomblé, assim como a maioria das religiões de matriz africana, é marcado por tranSES e cultos a espíritos – que se viabilizam pelo sacrifício animal. O *sacrificium* – “tornar sagrado” – pode ser definido como uma oferta para outro plano, como referência a renúncia de um bem ou ser (GROTTANELLI, 2008).

Essa prática pode ocorrer em três esferas e modalidades distintas, quais sejam: a) oferta das primícias, que se funda na percepção de que os bens ambientais pertencem a outro plano, de forma que o consumo e abate desses elementos está

condicionado à restituição de parte do que o homem toma para si; b) sacrifício-doação, que se funda na percepção que o homem é senhor dos bens ambientais e, buscando o agrado dos orixás, oferece-os a seus superiores, renunciando a estes bens; c) comunhão, em que o “ser extra-humano é comensal do homem no ato de consumir a vítima ou a comunhão se obtém mediante a absorção do próprio ser extra-humano” (ROCHA, 2015, p. 46).

Todavia, por se tratar de uma manifestação religiosa sem a preocupação ética do dualismo entre bem e mal, há uma tendência de discriminação do Candomblé. Inclusive, importa dizer que essa marginalização também se materializa em razão da cultura racista e de inferiorização e depreciação dos modos africanos (NASCIMENTO, 2010).

Assim, tendo em vista o contexto colonial – cujo legado paradigmático se estende até a atualidade –, verifica-se que o questionamento acerca da legitimidade do sacrifício de animais não humanos no Candomblé pode ser entendido como parte de um movimento sistêmico de supressão da cultura negra. Como outrora a Igreja Católica Apostólica Romana no Brasil entendeu os batuques e transes africanos como a manifestação do mal (NASCIMENTO, 2010), hoje a comunidade em geral tende a projetar essa mesma percepção quando das discussões acerca da temática do sacrifício animal nos cultos realizados dentro de terreiros. Trata-se do paradoxo da sociedade ocidental que se escandaliza com o abate religioso de “bestas” e cultiva uma significativa cultura de consumo de carne (RIBEIRO; CORÇÃO, 2013).

Considerando-se que a doutrina básica do Candomblé ensina que a aproximação entre o *Orum* e o *Aiye* é possível tão somente por meio do sacrifício animal, restringir o abate desses seres significa restringir a própria realização dos cultos, na medida em que o instrumento de comunicação entre o profano e o divino estaria vetado. Nesse tocante, vale retomar as reflexões acerca da garantia constitucional de manifestação religiosa – cujo vilipêndio implica na violação de Direito Humano inegociável.

Ademais, não há que se relevar a informação de que os próprios praticantes do Candomblé se incumbem da tarefa de induzir o animal não humano a um estado que atenua seu sofrimento – o que se faz por meio da sedação alcoólica, por exemplo. Isso ocorre tendo em vista que o sacrifício não é uma prática sádica e conectada à magia negra. Ao contrário, trata-se de um ritual que carece de respeito e cuidado, já que o abate viabiliza a recepção de entes sagrados dentro do terreiro.

Os contextos da discussão supra foram invocados em uma debate jurídico-político no estado brasileiro do Rio Grande do Sul. A deputada Regina Becker, do PDT, propôs projeto de lei para vetar a utilização de animais nos cultos

de Candomblé, sob a alegação de ofensa ao Código Estadual de Proteção aos Animais. Segundo a parlamentar, o abate de animais é uma questão de saúde pública, na medida em que a principal consequência da prática é a putrefação das “bestas” em locais públicos, o que termina por constranger os cidadãos que não compactuam com a prática (ROCHA, 2015).

A questão foi suscitada no Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário nº 494.601, com o posicionamento do Relator Ministro Marco Aurélio Mello no sentido de que o sacrifício de animais não humanos deve ser permitido em todas as religiões, sob pena de se incorrer na violação do direito constitucional de liberdade de crença. Não obstante, esse sacrifício ficaria condicionado à vedação da tortura e ao consumo posterior da carne (STF, 2018a).

Para chegar a referido posicionamento, o Ministro Relator utilizou-se de decisões de Cortes Constitucionais de outros países que outrora foram mobilizadas em relação a temas similares. O primeiro caso invocado é o *Chá'are Shalom Ve Tsedek vs. France*, do ano 2000, em que ficou decidido pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem que o artigo 9º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem contempla o abate religioso como direito inquestionável. Em sentido similar também decidiu o Tribunal Federal da Alemanha, em 2002, suscitando que a permissão para o sacrifício de animais em cultos depende tão somente da declaração da convicção religiosa (STF, 2018a)

Os Tribunais Constitucionais da Áustria, Estados Unidos da América e Israel também adotaram posicionamentos semelhantes. Assim, o abate de animais é considerado como parte integrante do livre exercício de religião, de forma que é inconstitucional qualquer lei que proíba o sacrifício destas “bestas” (STF, 2018a) A tendência jurídica, portanto, é que o abate animal seja relativizado para garantia dos Direitos Humanos – sobretudo aqueles relacionados à cultura e à religião.

No Brasil, a discussão no Supremo Tribunal Federal não foi encerrada, tendo em consideração o pedido de vistas do Ministro Alexandre de Moraes, conforme consta nos autos no REExt 494.601. Assim, mais que promover uma cópia das tendências mundiais acerca da temática, propõe a pesquisa ser necessário ao STF aprofundar uma discussão filosófica que considere, para além dos Direitos Humanos, também as questões de alteridade e outridade e os paradigmas que se conectam à sustentabilidade e respeito com os animais não humanos, conforme apresentar-se-á.

3 Percepções filosóficas acerca do sacrifício de animais não humanos em cultos religiosos

A tratativa animal, para além das construções histórico-sociais, está diretamente ligada às percepções acerca das capacidades racionais humanas e da não racionalidade das “bestas”. Trata-se de uma dinâmica ocidental que, se não conectada com a realização de cultos e expressão cultural, está atrelada com o próprio consumo de carne.

No Oriente, por outro lado, a ética com os animais é delineada de forma distinta, com traços de uma tratativa pautada no respeito à vida humana e não humana. Nos mosteiros na Ásia, por exemplo, o cozimento de qualquer carne animal não é aceito, tendo em vista que demanda a retirada da vida de outros seres (ROCHA; MONTEIRO, 2017).

Essa conduta, note-se, é desvinculada da lógica das religiões de matriz africana ou das construções judaico-cristãs. O hinduísmo, predominante mais a oriente, toma por sacras as coisas que existem na natureza, sem juízo acerca das capacidades racionais ou cognitivas. Trata-se de uma percepção mais enrijecida no que tange a ética ambiental. Isto é, “sobre a base democrática da filosofia oriental, é imperdoável que o homem se sirva do animal para sua alimentação, matando-o, uma vez que vigora estreita afinidade entre homem e animal; seria uma espécie de canibalismo” (RHODEN, 1982, p. 16).

O cristianismo, por sua vez, possibilita uma interpretação mais aberta e menos protecionista da condição animal. O homem, por ser imagem e semelhança do Criador, pode exercer controle sobre as outras coisas – a posição equiparável à divindade confere ao ser humano o *status* de senhor. Cabe-lhe, portanto, o domínio sobre os peixes que habitam o mar, as aves que povoam os céus e sobre as bestas que pisam sobre a terra.

Essa corrente interpretativa acaba sendo avalizada pelo pensamento cartesiano, na medida em que o *res cogitans* é elencado a posto superior ao *res extensae*: o homem como amo da natureza. Assim, afasta-se a culpa pelo abatimento de animais não humanos – sendo condicionado o abate a questões alimentícias, na maioria das vezes.

Isso significa dizer que, pela lógica ocidental – sobretudo aquela proveniente do pensamento cristão –, a separação entre animal humano e animal não humano se dá pelo simples desenvolvimento de um sistema nervoso capaz de conferir consciência e razão. Tudo o que foge ao referido padrão é passível de objetificação, sem a consideração das capacidades de sentiência que conservam as “bestas”.

A respeito do tema, qual seja a capacidade de sentir, Darwin confirmaria que

os animais não humanos são capazes de sentir dor, alegria, ciúme e respondem a estímulos relacionados ao prazer. Inclusive, essa capacidade de sentir provoca alterações fisiológicas, alterando a pressão arterial, ritmo cardíaco e contrações musculares, tal qual ocorre com os humanos (DARWIN, 2004).

Ademais, o conhecimento *darwiniano* permitiu que fossem constatadas múltiplas personalidades nos animais não humanos. Assim, da mesma forma que existem homens ranzinzas e homens extrovertidos, também existem cavalos com as mesmas variações de humor. Os animais não humanos também apresentam comportamentos altruístas, como se nota nas fêmeas primatas que adotam filhotes abandonados e nas baleias cachalotes que protegem outros animais de seus predadores (SALLES, 2017). Esse comportamento, por si só, bastaria para incluir as “bestas” no contexto moral.

Marcelo Antônio Rocha e Márcia Sales Monteiro confirmam a questão ao dissertarem que

O fato de os animais não serem autoconscientes não é condição permissiva para que as pessoas ignorem seus interesses sempre que for conveniente a elas, nem as desobriga de deveres para com os animais [...] Embora, para Singer os animais não tenham autoconsciência, isso não significa que eles devam ser excluídos da comunidade moral (ROCHA; MONTEIRO, 2017, p. 47).

Essa questão fortalecer-se-ia a partir de 1972, com a instituição do paradigma da sustentabilidade pela Convenção de Estocolmo – a ética ambiental enrobustece-se e consolida a necessidade de uma “viver” respeitoso no mundo, “incluindo além dos recursos naturais, todos os seres vivos que constituem a fauna, a flora e todos os habitats do planeta” (ROCHA; MONTEIRO, 2017, p. 48).

A transmutação de condutas, culturas e saberes é uma demanda para mitigar o colapso das sociedades (SACHS, 2009), sob risco de tornar-se descartável o princípio da responsabilidade intergeracional. Essa questão permite concluir que a crise ecológica é, sobretudo, uma crise de valores (ROCHA; MONTEIRO, 2017).

Não obstante, impera constatar que o paradigma da sustentabilidade não demanda a interrupção de todo e qualquer abate animal – sobretudo por se tratar de um “caminho do meio”. Ao contrário, a essência do desenvolvimento sustentável procura a harmonização das questões sociais, ambientais e econômicas, de forma a fugir de um fundamentalismo ecológico.

Acerca da questão que importa à pesquisa – a tratativa animal –, vale invocar os termos da Declaração Universal dos Direitos dos Animais que, apesar de ser

oficiosa, representa uma tendência jurídica para os planos internacionais e nacionais (TINOCO; CORREIA, 2010). Referida declaração foi proposta por Georges Heuse e consolidou uma tomada de posição filosófica “no sentido de estabelecer diretrizes para o relacionamento do homem com o animal”, respaldando a ciência que reconhece a necessidade de percepção de unidade do direito à vida (DIAS, 2017).

Nesse tocante, o artigo 3º, inciso II da Declaração dispõe que a morte de um animal deve ocorrer somente se necessário e, sendo este o caso, sem dor ou angústia (UNESCO, 1978). E mais, os artigos 10, inciso I, 11 e 12, inciso I indicam que os animais não humanos não devem ser empregados para divertimento sob risco de configurar-se biocídio.

Nos termos de Schopenhauer (2005), as indicações da Declaração supra e a inclinação moral pela não morte de animais estão ligadas à dignidade de caráter. Segundo o pensador, a compaixão pelas “bestas” está também associada à compaixão pelos humanos. “A pessoa que é cruel com relação às criaturas vivas não é um bom homem” (SCHOPENHAUER, 2005).

Essa questão é repetida pelo Papa Francisco, em sua *Laudato Si*, na medida em que as práticas sustentáveis também incluem um olhar mais fraterno para os “irmãos” animais. Trata-se da encíclica de um “grito profético, que aborda a questão ambiental com mais firmeza e convicção para despertar a responsabilidade universal e a solidariedade planetária” (REIS; BIZAWU, 2015).

A reflexão dos autores acima citados permite concluir que é urgente uma transmutação no que diz respeito à tratativa animal, tendo em vista que as demandas sustentáveis são insustentáveis à visualização das “bestas” enquanto instrumentos para as realizações pessoais e culturais do animal humano (REIS; BIZAWU, 2015).

Impera invocar os ensinamentos de Emmanuel Lévinas (1988), no sentido de que a visão do animal não humano como “Outro” deve ser rompida. Isso porque a sacralidade de todas as vidas coordena outros valores (EINSTEIN, 1955), de forma que a aproximação dos animais – humanos e não humanos – estabelece uma dinâmica mais sustentável. Ou seja, a responsabilização por todos os seres leva à repulsa por qualquer sofrimento desnecessário (LÉVINAS, 1988).

Acompanhando os referidos entendimentos, alguns Estados na Europa já trataram de providenciar legislações que retiram dos animais o caráter de coisas e conferem o *status* de sujeitos de direitos. Na Alemanha, por exemplo, o artigo 20ª da Lei Fundamental já dispôs acerca dos animais enquanto seres passíveis de proteção estatal. No mesmo sentido o artigo 90ª do Código Civil alemão expressa que “os animais não são coisas. Eles são protegidos por estatutos especiais” (DEUTSCHLAND, 1896).

A França também tratou de dispor em seu Código Civil que a senciência animal é bastante para que não sejam as “bestas” submetidas a sofrimento, dor ou morte (FRANCE, 2015). Em sentido similar, a Suíça proíbe a morte, tortura e até mesmo a exposição e a exploração de animais com vertebrados (SUIÇA, 1978).

Todavia, a análise da utilização de animais não humanos para realização dos cultos de Candomblé não pode ser pautada única e exclusivamente a partir dos parâmetros éticos e morais ocidentais e judaico-cristãos. Isso porque a cultura africana não é atrelada às perspectivas europeias de construção de pensamento. Sobretudo no caso do Candomblé no Brasil, trata-se do resultado de culturas múltiplas que resultaram em particularidades significativas.

O que se verifica das informações supra é que o contexto histórico e cultural dos afrodescendentes no Brasil seria bastante para legitimar a realização de sacrifícios de animais não humanos nas cerimônias religiosas – sobretudo se considerarmos que as “bestas” utilizadas para oferenda se resumem a “bodes, cabras, carneiros, porcos, pombos, codornas, patos, frangos, galos e galinhas” (AFLALO, 1996, p. 6).

Trata-se de uma constatação importante, “Na medida em que permite identificar um *ethos* da comunidade em relação aos animais em questão, e assim impede um tratamento discriminatório em relação a grupos religiosos minoritários que se valem desses mesmos animais em seus rituais de sacrifício” (LEITE, 2013, p. 102).

Ou seja, mesmo dentro da lógica ocidental orientada pelo eixo filosófico europeu, o abate dos animais supra é abarcado pela cultura de consumo de carne. Ora, sendo abatidos centenas de animais diariamente para abastecimento de grande demanda de carne, a restrição do sacrifício de algumas dezenas de “bestas” não alcançaria a utopia absoluta da outridade pretendida.

Fábio Leite (2013) afirma que esse raciocínio foi adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América para julgar a inconstitucionalidade do Regulamento 87-71 de Hialeah, na Flórida – que tornava ilegal o sacrifício de qualquer animal em ritual público ou privado enquanto mantinha lícita a caça esportiva, eutanásia de animais sem donos e “o uso de coelhos vivos para treinar cachorros de caça!” (LEITE, 2013, p. 103).

Isso permite dizer que o ânimo dispensado para a discussão acerca da proibição do sacrifício animal em cultos está ligado à discriminação das práticas associadas às religiões de matriz africana (PASSALACQUA, 2010). A própria condicionante geral para o abate – o consumo – carrega um teor segregacionista, na medida em que o “sacrifício nas religiões afro visa inicialmente à oferenda aos orixás, ficando o consumo de carne em segundo plano” (PASSALACQUA, 2010, p. 22).

Ademais, o sofrimento do animal sacrificado em honra a um orixá é equivalente ao sofrimento do animal sacrificado em um abatedouro, de forma que é inviável a sustentação do argumento que restringe as possibilidades de sacrifício às demandas alimentícias. Ora, não há que se estabelecerem hierarquias nesta questão, se considerarmos que a religião – enquanto manifestação cultural – carrega o peso e os sentidos de um Direito Humano inalienável.

Nesse tocante, importa sopesar os interesses elencados no debate: de um lado, a proteção à identidade cultural e à manifestação religiosa das crenças de matriz africana; de outro, o respeito integral à condição de vida dos animais não humanos, cuja dignidade é a mesma do humano. Assim, é possível dizer que, enquanto não forem transmutadas as tendências alimentícias voltadas para o consumo de carne – responsável pelo abate de milhões de animais (no primeiro trimestre de 2018 foram registrados 7,72 milhões de cabeças abatidas no Brasil) (IBGE, 2018) –, a discussão acerca do sacrifício de animais não humanos nos cultos de Candomblé torna-se frágil e pouco coesa com as realidades sociais.

Considerações finais

A liberdade religiosa é direito fundamental prescrito na Constituição da República Federativa do Brasil. Assim, é vedada a imposição de credos, bem como sua restrição. Ao contrário, incumbe ao Estado viabilizar a materialização das religiões no território brasileiro, sob pena de ser ofendido direito de ordem humana. Isso porque, conforme demonstrado, a liberdade de crença e de culto é medida da própria dignidade do homem, enquanto indivíduo e enquanto coletividade.

Não obstante, referido direito é questionado quando suscitado no campo do sacrifício de animais não humanos pelas religiões de matriz africana – sobretudo o Candomblé. Ora, a comunidade em geral, pautada pela cultura judaico-cristão, tende a projetar a percepção de que os animais são constrangidos quando da realização do abate religioso. T tamanha a extensão da problemática que a discussão foi suscitada na Corte Constitucional, após a tramitação de um projeto de lei no estado do Rio Grande do Sul que vetava a utilização das “bestas” nos rituais de Candomblé, sob a alegação de violação do Código Estadual de proteção aos animais.

O entrave ainda não foi pacificado pelo Supremo Tribunal Federal. Todavia, as discussões filosóficas e as tendências internacionais a respeito da temática já apontam para um provável resultado. Apesar de ser incontroversa a importância da preservação das espécies e da indispensabilidade de atribuir aos animais não humanos um olhar fundamentado nos princípios da dignidade e no paradigma

da outridade, as bases da crítica do sacrifício de animais despontam como uma manifestação da rejeição pelos cultos de matriz africana.

Assim, a pesquisa tratou de demonstrar que a cultura de consumo de carne da sociedade brasileira torna pouco coesa a investida pela proibição do abate religioso. Isso porque, o debate parece se preocupar mais com as dezenas de animais sacrificados nos terreiros de Candomblé que com as milhões de cabeças abatidas de forma comercial. O que se delinea, portanto, é que – antes de se tratar da emancipação da causa animal – a retaliação da prática sacrificial é um instrumento de negação e coerção da cultura negra que, historicamente, é vilipendiada em prol da lógica europeia e judaico-cristã hegemônica.

Referências

AFLALO, F. *Candomblé: uma visão do mundo*. 2. ed. São Paulo: Mandarin, 1996.

BARBOSA, D. S. O conceito de orixá no candomblé: a busca do equilíbrio entre os dois universos segundo a tradição iorubana. *Sacrilegens*, Juiz de Fora, v. 9, n. 1, p. 76-86, jan-jun, 2012.

BERKENBROCK, V. J. *A experiência dos Orixás: um estudo sobre a experiência religiosa no candomblé*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COIMBRA, A.; KUO, D. D. *Liberdade religiosa: conceitos*. São Paulo: Ordem dos Advogados do Brasil, 2009.

D'ADESKY, J. *Pluralismo étnico e multi-culturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil*. Rio de Janeiro: Pallas, 2001.

DARWIN, C. *The descente of man, and selection in relation to sex*. London: Penguin Books, 2004.

DEUTSCHLAND. *Bürgerliches Gesetzbuch (1896)*. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), 1896.

DIAS, E. C. A evolução da legislação de proteção animal e os movimentos sociais na pós-modernidade. In: DIAS, E. C.; SALLES, Á. A (Orgs.). *Direito Animal: a*

defesa dos animais sob uma perspectiva ética, histórica e jurídica. Belo Horizonte: 3i, 2017. p. 9-36.

EINSTEIN, A. *Como vejo o mundo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1955.

FERREIRA, M. F. F. GONÇALVES, J. H. R. *A cosmologia do candomblé*. Curitiba: Secretaria de Estado da Educação, 2008.

FRANCE. *Code Civil* ordonnance n. 2015-1288 du 15 octobre 2015. Paris: Organisation Internationale du Travail, 2015.

GROTTANELLI, C. *O sacrifício*. São Paulo: Paulus, 2008.

HÄBERLE, P. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estatística de produção pecuária*: jan.-mar. 2018. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Producao_Pecuaria/Fasciculo_Indicadores_IBGE/abate-leite-couro-ovos_201801caderno.pdf>. Acesso em: 03 dez.2018.

LEITE, F. C. A liberdade de crença e o sacrifício de animais em cultos religiosos. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 163-177, jul.-dez. 2013.

LÉVINAS, E. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 1988.

MARMELSTEIN, G. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

MIRANDA, J. *Manual de direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAIS, M. E. P. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no Estado Constitucional Democrático Brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 18, jul.-dez. 2011.

NASCIMENTO, A. A. S. Candomblé e Umbanda: Práticas religiosas da identidade negra no Brasil. *RBSE*, n. 9, p. 923-944, dezembro, 2010. Disponível em: <http://www.cchla.ufpb.br/grem/AlessandraArt.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2018.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html>. Acesso em: 3 dez. 2018.

PAES, A. C. G. A liberdade religiosa como direito fundamental. *Colloquium Humanarum*, v. 10, n. especial, jul.-dez. 2013.

PASSALACQUA, G. P. Apartheid religioso: a Suprema Corte dos EUA e o caso Church of the Lukumi Babalu Aye vs Hialeah City. In: LEITE, F. C. (Org.). *Cadernos do Departamento de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2010. p. 26-67. (Série Monográfica: Laicidade e liberdade religiosa, v. 1).

PIRES, T. I. T. Liberdade de consciência, liberdade de crença e pluralismo político. *Revista do Senado Federal*, Brasília, n. 195, v. 49, jul.-set. 2012.

PRANDI, R. *Mitologia dos orixás*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

REIS, É. V. B. BIZAWU, K. A encíclica Laudato Si à luz do Direito Internacional do Meio Ambiente. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, p. 29-65, jan.-jun. 2015.

RHODEN, H. *Mahatma Gandhi*. São Paulo: Alvorada, 1982.

RIBEIRO, C. S. G.; CORÇÃO, M. O consumo de carne no Brasil: entre valores socioculturais e nutricionais. *Demetra*, v. 3, n. 8, p. 428-438, 2013.

ROCHA, M. A.; MONTEIRO, M. S. Considerações acerca dos fundamentos éticos e conceituais dos direitos dos animais. In: DIAS, E. C.; SALLES, Á. A (Orgs.) *Direito Animal: a defesa dos animais sob uma perspectiva ética, histórica e jurídica*. Belo Horizonte: 3i, 2017. p. 36-60.

ROCHA, S. A. O significado do sacrifício para as religiões de matriz africana: estudos sobre direito dos animais e o princípio constitucional da liberdade religiosa. *Revista de Direito da FAT*, v. 12, p. 01-26, 2015. Disponível em: <https://saber-juridico.fat.edu.br/publicacoes/edicao12/convidados/Artigo_direitos-animais_Simone_azevedo.pdf>. Acesso em: 1 dez. 2018.

SACHS, I. *Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 19-26.

SALLES, Á. A. O cuidado com o animal e com o planeta. In: DIAS, E. C.; SALLES, Á. A (Orgs.) *Direito Animal: a defesa dos animais sob uma perspectiva ética, histórica e jurídica*. Belo Horizonte: 3i, 2017. p. 23-38.

SCHOPENHAUER, A. *The basic of morality*. 2. ed. New York: Dover, 2005.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: REExt 494.601 RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. *JusBrasil*, 2018a. Disponível

em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/853cb2cd9a2d25be3f-92005203fc3923.pdf?x48657>>. Acesso em: 1 dez. 2018.

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Boletim de Jurisprudência Internacional*. 4. Ed. Setembro, 2018b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/BJI4SACRIFICIODEANIMAISEMRI-TUAIISRELIGIOSOS.pdf>>. Acesso em: 1 dez. 2018.

SUÍÇA. *Ato Federal de Bem-Estar animal, de 09 de agosto de 1978*. Cloutier Collection, p. 06-07, 1978.

TINOCO, I. A. P.; CORREIA, M. L. A. Análise crítica sobre a Declaração Universal dos Direitos dos Animais. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 5, n. 7, p. 169-195, 2010.

UNESCO – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. *Declaração Universal dos Direitos dos Animais*, 1978. Disponível em: <<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em: 29 nov.2018.

UNGER, R. M. *O Direito e o futuro da democracia*. São Paulo: Boitempo, 2004.

DIREITO E VIDA: MEDIAÇÕES EM FOUCAULT, AGAMBEN E ESPOSITO¹

Rennan Klingelfus Gardoni²

Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Artigo recebido em: 27/12/2018

Artigo aceito em: 27/05/2019

Resumo

O presente trabalho visa investigar a pertinência leitura da biopolítica para a compreensão do fenômeno jurídico contemporâneo. A pesquisa teve como objetivo específico analisar as principais contribuições de Michel Foucault, Giorgio Agamben e Roberto Esposito para o tema. Para tanto tomou-se como metodologia a análise conceitual para a leitura das categorias que abarcam a relação entre direito e vida nas principais obras dos autores, levantando as especificidades das construções teóricas e dos resultados em cada abordagem. Em Michel Foucault é visível uma dimensão das relações de poder que possui pontos de intersecção com o direito: a biopolítica. A análise desta categoria revela o direito em relação indireta com

a vida, mediada pelo biopoder. Já em Agamben percebe-se uma relação direta entre direito e vida a partir de conceitos limiares que evidenciam as formas de constituição da dimensão jurídica por elementos extrajurídicos. Por outro lado, Esposito demonstra a imbricação da semântica da autoconservação da vida em algumas das principais categorias jurídico-políticas da modernidade. Finalmente, foram exemplificados sumariamente fenômenos contemporâneos que podem ser cotejados com as categorias analisadas.

Palavras-chave: direito e biopolítica; Michel Foucault; Giorgio Agamben; Roberto Esposito.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Finance code 001.

² Mestrando em Direito do Estado no Programa de Pós-graduação da UFPR. Bacharel em Direito pela UFPR. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), no Programa de Excelência Acadêmica (PROEX). E-mail: rennangardoni@gmail.com

LAW AND LIFE: MEDIATIONS IN FOUCAULT, AGAMBEN AND ESPOSITO

Abstract

The present work aims to investigate the relevance of the biopolitical reading to the understanding of the contemporary legal phenomenon. The research had the specific objective of analyzing the main contributions of Michel Foucault, Giorgio Agamben and Roberto Esposito to the theme. In order to do so, the conceptual analysis was selected as a methodology for the reading of the categories covering the relationship between law and life in the authors' main works about the theme, highlighting the specificities of the theoretical constructs and the results in each approach. In Michel Foucault is visible a dimension of the relations of power that has points of intersection with the law: the biopolitics. The analysis of this

category reveals the law in indirect relation with life, mediated by biopower. In Agamben, a direct relation between law and life is perceived from threshold concepts that evidence the forms of constitution of the juridical dimension by extralegal elements. On the other hand, Esposito demonstrates the imbrication of the semantics of self-preservation of life in some of the main legal-political categories of modernity. Finally, contemporary phenomena that can be faced with the analyzed categories were summarized.

Keywords: law and biopolitics; Michel Foucault; Giorgio Agamben; Roberto Esposito.

Introdução

A modernidade jurídica inaugurou uma forma peculiar de perceber a relação entre direito e poder. O iluminismo jurídico propagou uma visão de um Estado capaz de centralizar todas as relações jurídicas e fazê-las coincidir com o exercício do poder. Essa visão subsumiu a análise das relações entre direito e poder a uma série de conceitos político-jurídicos com centralidade própria da modernidade, como “soberania”, “indivíduo”, “propriedade”, “liberdade”, “igualdade”, “democracia”, entre outros.

Fonseca (2004a) demonstra as limitações de tal visão da relação entre poder e direito, trazendo a lume uma reflexão sobre a contribuição dos estudos de Michel Foucault para a teoria do Estado. Fonseca apresenta duas faces da “normalização” em Michel Foucault: a disciplina e a biopolítica. Ambas constituem uma forma de atuação do poder sobre a vida (individual ou da população) que não necessariamente depende dos mecanismos do direito e que escapa à análise jurídica tradicional. A

análise de Fonseca demonstra a relevância da percepção de tais relações de poder no âmbito da teoria do Estado, eis que a distinção entre a normalização e o direito não impede a ocorrência de pontos de intersecção na incidência de ambas.

Todavia, em que pese a contribuição da análise foucaultiana, há na obra de Michel Foucault uma explícita recusa da análise do modelo – e do aparato conceitual – jurídico. Com efeito, a relação entre as categorias do direito e a vida não são analisadas de forma mais aprofundada. Desta forma, para melhor compreender a importância da categoria “biopolítica” para o mundo jurídico, o presente trabalho, tomando como metodologia a análise conceitual, busca investigar a relação específica entre o direito e a vida, ou seja, como esse novo modo de conceber o poder se relaciona com o direito ao se referir à vida.

Nesse sentido, inicialmente são retomadas as reflexões foucaultianas sobre a biopolítica e abordadas as implicações com o pensamento jurídico, partindo de algumas das principais passagens acerca do biopoder para observá-las sob o enfoque da sua relação com o direito. Em seguida, passa-se à investigação da contribuição de outros dois autores que se debruçaram sobre o conceito de biopolítica: Giorgio Agamben e Roberto Esposito. A análise conceitual de algumas passagens dos estudos destes filósofos, sobretudo aquelas em que o direito aparece de forma mais expressa ligado à vida, levou à conclusão de que suas obras se diferenciam tanto da análise tradicional da soberania, quanto da foucaultiana, e também entre si. Isso porque os filósofos trabalham a relação entre o direito e a vida, pensando-as não a partir do direito (como na teoria clássica do Estado), nem como indiretamente interligadas (como em Foucault), mas percebendo conceitos jurídicos que abarcam mecanismos (dispositivos) biopolíticos, de maneira que o biopoder é visto perpassando o direito (nos limites constitutivos de sua essência, como é possível ler em Agamben) ou mesmo transpassando o fenômeno jurídico (como elementos ontologicamente imbricados que adquirem uma especificidade semântica na modernidade, em Esposito). Finalmente, foi possível apontar sumariamente alguns fenômenos para os quais o instrumental teórico levantado poderia constituir importante ferramenta de pesquisas no direito.

1 Normalização: Foucault e a virada na leitura da relação entre poder, vida e direito

O poder abordado por Michel Foucault a partir da década de 70 é distinto daquele que havia criado raízes na teoria jurídica a partir do século XIX. O filósofo francês (FOUCAULT, 1999, p. 21 e ss.) parte do pressuposto de que o poder não se detém, mas “se exerce e só existe em ato”, eis que é relacional, que é “uma

relação de força”. Inicialmente, Foucault denomina essa forma exercício do poder de “dominação”, definindo-a, em suma, como o conjunto das múltiplas formas de sujeição que são exercidas sem um centro definido. Esse se torna o foco da análise do poder na análise foucaultiana, ao contrário do modelo tradicional (“jurídico”) da filosofia política, cujo objeto era a soberania. Com isso, Foucault pretende demonstrar que o âmbito jurídico não é constituído unicamente sob uma vontade soberana, mas também é permeado por relações de dominação. Ou seja, a preocupação deixa de ser a legitimidade do poder soberano e passa a ser o conjunto de práticas de sujeição que atravessam o direito e a própria soberania.

Para empreender essa análise Foucault (*Ibidem*, p. 32 e ss.) lista algumas precauções metodológicas. A primeira consiste em examinar o “poder em suas extremidades”, percebendo o seu exercício periférico, extrajurídico, incorporando-se em instituições, técnicas e práticas materiais. A segunda é a visão do poder em sua efetividade, em seus efeitos materiais. Trata-se investigar como as práticas de poder constituem os sujeitos e não o contrário. A terceira precaução é a visão do poder como algo fragmentário e circulante, que não se detém ou partilha, algo que atravessa os indivíduos, vistos simultaneamente como efeito e intermediários do poder. A quarta, se refere ao sentido da análise: não descendente, mas ascendente. Foucault pretende, nesse sentido, buscar o poder exercido em “mecanismos infinitesimais” entender como estes são englobados por mecanismos mais gerais. O quinto e último mecanismo corresponde à análise do poder nos dispositivos de dominação, com foco em seus efeitos materiais de sujeição e de constituição do saber. Com efeito, tais pesquisas levaram à identificação de uma forma de poder que emerge nos séculos XVII e XVIII, distinta da soberania. Essa nova “mecânica do poder”, de forma oposta à soberania, tem como objeto o corpo e suas funções, a extração do tempo e do trabalho dos sujeitos, se exerce por uma vigilância contínua e se baseia em “coerções materiais”.

Em *Vigiar e Punir*, Foucault (2013) apresenta mecanismos de exercício desse poder, denominado “disciplinar”, que revelam sua incidência nas relações concretas de produção da subjetividade individual. Em apertada síntese, o poder disciplinar se exerce por meio de três mecanismos: a vigilância hierárquica (uma disposição institucional dos espaços afim de colocar os corpos em evidência transversalmente); a sanção normalizadora (um sistema hierarquizante infra legal de modulação dos corpos pela punição ou recompensa); e o exame (uma combinação dos anteriores, cuja característica principal é a produção de uma verdade sobre o sujeito a partir da classificação individualizada)³.

³ Tendo em vista o objeto deste trabalho ser a biopolítica, bem como sua extensão limitada, os mecanismos do poder disciplinar foram destacados apenas de forma sumária. Para a definição dos mecanismos, cf. Foucault (2013, p. 164-185).

Como aponta Fonseca (2004a, p. 264) a sociedade disciplinar combina tais mecanismos e transforma o sujeito em “um produto das tramas de poder (e do discurso) que atravessam a sociedade, já que sujeitado por elas”. Nesse sentido, Foucault (*op.cit.*, p. 186-214) destaca o panóptico de Jeremy Bentham como modelo da vigilância para as instituições nessa sociedade da disciplina.

Tais mecanismos estabelecem uma classificação individualizada: “O poder disciplinar, aqui, atribui a cada indivíduo um ‘status’ de sua própria individualidade, que, por sua vez, estará ligada pela norma aos traços, padrões e medidas que perceberão a adequação ou o desvio” (FONSECA, 2004a, p. 265). Essa tecnologia de poder, de acordo com Foucault (1999), é incrementada e transformada por outra que a ela se soma na segunda metade do século XVIII: um conjunto de técnicas voltadas à espécie, à população como conjunto global de viventes em seu caráter biológico, denominado “biopolítica”. Uma série de instrumentos é desenvolvida para mapear e intervir sobre os processos biológicos globais, como a estatística e a higiene pública. Alguns deles “acarretam também consequências análogas de incapacidade, de pôr indivíduos fora de circuito, de neutralização” (*Ibidem*, p. 291), por meio de técnicas menos institucionais e mais tênues. Coloca-se, ainda, para o exercício dessa nova tecnologia de poder, a relação entre a espécie e o meio, a geografia, a epidemiologia e o urbanismo.

Portanto, como Fonseca (2004a) destaca, a biopolítica não exclui a disciplina, mas a ela se sobrepõe, compondo uma “sociedade da normalização”. À disciplina se acopla a biopolítica, a primeira visando o corpo, o detalhe que escapava à tecnologia de poder soberano, a segunda visando a população, a centralização do controle sobre os processos biológicos que também escapavam à soberania.

As técnicas biopolíticas se voltam, portanto, a um corpo que não é o individual e também não é a sociedade da teoria do direito, mas à vida, à população em seu viés político e biológico. A biopolítica, assim, se diferencia do poder disciplinar e do poder “jurídico”⁴ na medida em que toma a população em seus processos biológicos como conjunto sobre o qual a política deve se voltar amparada em uma técnica científica, como a estatística e a medicina social.

De qualquer maneira, a biopolítica e a disciplina têm sua efetividade e circulação não tanto pela lei quanto por meio da “norma”: “A norma é o que pode tanto se aplicar um corpo que se quer disciplinar quanto a uma população que se quer regulamentar” (FOUCAULT, 1999, p. 302). A “norma” traduz o ponto de articulação entre ambas, que caracteriza a “sociedade de normalização”. Destaca-se, ainda, que tanto a biopolítica quanto a disciplina, ainda que sejam mecanismos extrajurídicos de exercício do poder, não extinguem ou mitigam a soberania e as instituições, mas as atravessaram e foram atravessadas por elas, se articulando com o direito e entre si.

4 Expressão utilizada por Fonseca (2004a, p. 268).

Nesse sentido, Fonseca (2004a, p. 277) sugere uma leitura da teoria foucaultiana pertinente ao estudo do direito. Segundo ele, é possível perceber em Foucault uma “implicação entre direito e norma”, uma vez que sua distinção no plano teórico não afasta sua imbricação no âmbito das práticas: ainda que possam atuar separadamente, “o direito pode funcionar (e de fato funciona em diversas vezes) articuladamente com uma nítida função de ‘normalização’”.

Ao nosso ver, essa leitura permite perceber como o exercício do poder sobre a vida natural, característico do fenômeno biopolítico descrito por Foucault, se faz valer do direito. Com efeito, fenômenos como o direito sanitário e o direito urbanístico podem ser percebidos como parte de um conjunto de medidas que são reflexo indireto de um poder difuso sobre a população, como conjunto de viventes, ou seja, é possível perceber objetos jurídicos que podem ser lidos a partir de seu atravessamento pela norma.

É certo que o próprio Michel Foucault (1999, p. 44-45) já destaca que o poder disciplinar não extingue a soberania, que continua a se manifestar, sobretudo nos “códigos napoleônicos”: “essa teoria e a organização de um código jurídico, centrado nela, permitiram sobrepor aos mecanismos da disciplina um sistema de direito que mascarava os procedimentos dela, que apagava o que podia haver de dominação e de técnicas de disciplina [...]”. Contudo, a autonomia e a forma das normas disciplinares não são do âmbito “da regra jurídica derivada da soberania, mas [d]o da regra natural, isto é, da norma. Elas [as técnicas disciplinares] definirão um código que será aquele, não da lei, mas da normalização [...]”.

Disciplina e direito, nesse sentido, não se combinam, mas se enfrentam. Ainda, a tendência visível na leitura de Foucault é a de que na sociedade de normalização a dimensão jurídica seja gradualmente invadida pelas práticas de poder que se referem à vida. A relação entre direito e vida não aparece mais mediada somente pela soberania, pelo direito de vida e morte do soberano sobre os súditos. É, portanto, possível perceber a norma que materializa o biopoder como fator de mediação indireta dessa relação. Nesta leitura, a tecnologia de governo biopolítica atravessa o aparato jurídico, das Constituições e dos Códigos, para ser posta em prática. Vale destacar a seguinte passagem de Foucault sobre esse atravessamento:

Não quer dizer que a lei se apague ou que as instituições de justiça tendam a desaparecer; mas que a lei funciona cada vez mais como norma, e que a instituição judiciária se integra cada vez mais num contínuo de aparelhos (médicos, administrativos, etc.) cujas funções são sobretudo reguladoras. [...]

Foi a vida, muito mais do que o direito, que se tornou o objeto das lutas políticas, ainda que estas últimas se formulem através de afirmações de direito. O ‘direito’ à vida, ao corpo, à saúde, à satisfação das necessidades, o ‘direito’, acima de todas as opressões ou ‘alienações’, de encontrar o que se é e tudo o que se pode ser, esse ‘direito’ tão incompreensível para o sistema jurídico clássico, foi a réplica política a todos esses novos procedimentos de poder que, por sua vez, também não fazem parte do direito tradicional da soberania (*Idem*, 2014, p. 156-157).

Fonseca percebe que o ponto de vista de Michel Foucault abre um campo de análise do direito distinto daquele em que se destacam os clássicos conceitos de “liberdade”, “igualdade”, “autonomia da vontade”, entre outros: o campo da normalização. Nesse sentido, ele aponta que:

Em outros termos, se de um lado o saber jurídico em geral visualiza o “sujeito de direito” e de “poder” como categorias que estão envoltas em noções como autonomia da vontade, interesse, contrato, igualdade entre as partes, racionalidade, poder do Estado, autoridade legítima etc. – o que denota uma dívida muito grande com toda a conceptualização em torno do sujeito e do poder feita entre os séculos XVII e XIX –, de outro lado assistimos a um sujeito “real” cada vez com menos autonomia política, com cada vez menos autonomia intelectual para destacar-se do caráter sistêmico das diversas racionalidades que o envolvem, cada vez mais envolto em dispositivos e tecnologias de poder que o tornam mais controlado, disciplinado e “normalizado” (FONSECA, 2004a, p. 279).

Portanto, a visão da biopolítica de Michel Foucault abre uma leitura do direito em articulação com dispositivos extrajurídicos que atuam sobre a vida da população. A relação entre direito e vida é mediada indiretamente pelos mecanismos da biopolítica, os quais adentram o aparato jurídico por meio de saberes-poderes que visam normalizar os processos biológicos da população. Tal conjunção é visível sobretudo nas regras jurídicas voltadas à normalização de políticas de saúde ou à distribuição espacial urbana, porque se tratam de ramos do direito fortemente influenciados por conhecimentos relativos à vida cujo teor invade algumas disposições jurídicas.

Todavia, Foucault não se aprofunda mais especificamente sobre as formas dessa relação entre biopolítica e direito. Essa investigação será empreendida principalmente por dois filósofos italianos contemporâneos. Giorgio Agamben

e Roberto Esposito dão prosseguimento à análise da biopolítica, buscando compreender, de formas distintas, a relação entre ela e o direito.

2 Regra e exceção: figuras limiars entre o direito e a vida

Giorgio Agamben retoma as reflexões de Michel Foucault acerca da biopolítica para dar um passo adiante: pensar nas zonas de indiscernibilidade entre a incidência do biopoder e do direito. Essa reflexão se dá principalmente na análise da figura político-jurídica do estado de exceção. Agamben (2010) parte da distinção no léxico grego clássico entre *bíos* e *zoé*. Apesar de ambos os termos se referirem à vida, o primeiro tem relação com a vida qualificada, o modo de vida, enquanto o segundo diz respeito à vida natural, ao simples fato de viver. A última é, para ele, aquela sobre a qual se volta o poder estatal moderno na leitura de Foucault, configurando a biopolítica.

Todavia, Agamben (*Ibidem*, p. 12) aponta que Foucault, em que pese tenha notado essa chave essencial de leitura da especificidade política moderna, deixou de investigar o totalitarismo do século XX e os campos de concentração, “áreas por excelência da biopolítica moderna”. Ele considera que essa falta se relaciona com o fato de Foucault ter se voltado às práticas extrajurídicas de exercício do poder sobre o corpo, recusando a análise das categorias de poder tradicionais (da soberania). Essa recusa, segundo Agamben teria levado Foucault a reconhecer a existência de uma intersecção entre as “técnicas de individualização subjetivas” e os “procedimentos de totalização objetivos”, sem, contudo, definir em quais pontos tais planos da política moderna se tocariam.

A exceção, como estrutura essencial da política, seria a operadora dessa articulação entre soberania e biopolítica, na medida em que se refere à indistinção entre a vida natural e a política, o ponto em que o direito apreende a vida nua, incluindo-a e excluindo-a simultaneamente do ordenamento jurídico. Nesse sentido, a íntima relação entre soberania e exceção, que Agamben nota em Carl Schmitt, revela “o conceito-limite da doutrina do Estado e do direito, no qual esta (visto que todo conceito limite é sempre um limite entre dois conceitos) confina com a esfera da vida e se confunde com ela” (*Ibidem*, p. 18). Aqui a relação entre direito e vida é, portanto, percebida como direta, mediada figura limite da exceção: o direito atua como mecanismo biopolítico de captura da vida, dos processos biológicos da população.

Essa relação entre a regra e a exceção é constitutiva da soberania e do direito, revelando um limiar entre o direito e uma forma de exercício do poder que não

é completamente abarcada pelas categorias jurídicas tradicionais, um poder que interliga diretamente regra jurídica e vida nua. É nesse sentido que se pode dizer que a suspensão do ordenamento jurídico é “[...] o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si [...]” (AGAMBEN, 2004, p. 12).

Para compreender esse paradigma, Giorgio Agamben (*Ibidem*, p. 55 e ss.) retoma a construção teórica do estado de exceção elaborada por Carl Schmitt. Este, segundo Agamben, apresenta uma reflexão sobre a ditadura e outra sobre o poder soberano. Ambas são momentos de uma estratégia para inscrever o estado de exceção no ordenamento jurídico. A primeira representa uma inscrição da exceção no léxico jurídico, enquanto a segunda a insere na articulação entre o direito e sua aplicação, entre a ordem jurídica e sua constituição, entre norma e decisão. Juntas revelam uma cisão entre norma e aplicação mediada pelo estado de exceção. Este, percebe Agamben, ainda que configure uma zona de anomia, se torna indispensável para a passagem da norma à realidade. Nesse sentido, o autor demonstra que Schmitt apresenta uma relação intrínseca entre norma e exceção: a exceção, o conceito limite que liga direito e vida nua, é vista como elemento constitutivo da ordem jurídica. Isto porque a instituição da ordem depende da decisão soberana:

A decisão é o ato fundador e a vontade do soberano o princípio da ordem. No entanto, o ato (do) soberano se sustenta sobre uma exceção, cuja paradoxal estrutura significa que estamos compelidos a obedecer a ordem (o Direito, na medida em que a decisão do soberano é o ponto de suspensão de todo o direito. [...] Neste sentido é que o ato de vontade, a decisão (soberana) torna possível a passagem – faz a mediação – de uma ordem puramente normativa à realidade da vida social (CHUEIRI, 2005, p. 95).

A relação entre a norma e a anomia revela a exceção como o fundamento da ordem jurídica. É de tal natureza (do estado de exceção em relação íntima com o direito) que se desdobra o “paradoxo da soberania”. Uma vez que soberano é aquele que decide sobre a suspensão da ordem, o próprio conceito de soberania se situa na zona de indiscernibilidade entre o direito e a política: “o soberano, tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se legalmente fora da lei” (AGAMBEN, 2010, p. 22). A decisão soberana sobre o estado de exceção, portanto, também é situada na zona de indistinção entre o direito e a vida.

Ao se voltar à normalização da vida, de acordo com Agamben (*Ibidem*, p. 32), essa decisão significa “a aplicação originária do ser vivente na esfera do direito, ou, nas palavras de Schmitt, a ‘estruturação normal das relações de vida’, de que a lei necessita”. Sendo assim, a figura da decisão não pertence exclusivamente ao direito ou à vida, mas as ambas: a própria hipótese normativa se refere à vida pela

estrutura da exceção, na medida em que abarca originariamente a hipótese ilícita.

Ainda, a figura do *homo sacer*⁵ habita esse limiar: uma vez que o direito o inclui pela exclusão, ele evidencia a estrutura política que liga vida e direito. A soberania opera como bando quando se volta à vida pelo mecanismo da exceção: “Aquele que foi banido não é, na verdade, simplesmente posto fora da lei e indiferente a esta, mas é abandonado por ela, ou seja, exposto e colocado em risco no limiar em que vida e direito, externo e interno se confundem” (*Ibidem*, p. 35).

Finalmente, o campo descrito por Agamben (*Ibidem*, p. 164 e ss.) como espaço em que a exceção cada vez mais se converte em regra, é também uma figura limiar entre o direito e a vida. Partindo da análise da lógica da inclusão exclusiva que permeia as declarações de direitos modernas, da referência à vida nos direitos humanos e da cisão entre vida digna e indigna de ser vivida, Agamben afirma que o campo é o paradigma biopolítico contemporâneo. Isso porque os campos de concentração levados a cabo pelo regime nazista representam o emblema de políticas de apreensão da vida nua pelo direito. Portanto, é possível perceber também pela figura do campo a biopolítica como poder que integra o próprio direito (ainda que não seja considerado “jurídico” pela teoria tradicional), estabelecendo entre este e a vida nua uma relação intrínseca.

Enfim, ao enunciar todas essas figuras-limite que permeiam a estrutura da exceção, se torna visível a emergência de uma “crise radical de toda possibilidade de distinguir com clareza entre pertencimento e inclusão, entre o que está fora e o que está dentro, entre exceção e norma” (*Ibidem*, p. 31).

Portanto, o aparato teórico acerca da relação entre direito e vida pode servir para a análise de fenômenos contemporâneos que extrapolam a análise estritamente ‘jurídica’. Um caso exemplar nesse sentido é a atual crise mundial de migração e refugiados. Involuntariamente retirados de seu país, estes têm sua vida exposta à anomia que circunscreve o direito. Isto porque, não se enquadrando nos critérios tradicionais de cidadania, se aproximam da existência como mera vida nua, aberta à possibilidade de extermínio pelo poder soberano, sobretudo no momento de entrada nas fronteiras. Outro exemplo interessante a se apontar como possibilidade de pesquisa, talvez mais próximo à realidade brasileira, é o fenômeno das milícias. Compostas muitas vezes por agentes públicos, as milícias tomam para si a tarefa de garantir a segurança. Em consequência, agem à margem da lei sob o pretexto de defender a ordem, colocando em prática muitas vezes o extermínio da vida, de modo muito próximo à figura do estado de exceção, assim como aproximam da figura do *homo sacer* aqueles indivíduos que consideram seus inimigos.

5 Pela extensão do presente trabalho, limita-se a análise da figura do *homo sacer* à leitura de sua posição entre o direito e a política, sem aprofundar-se em seu caráter *sacro* proveniente do direito romano. Sobre esse tema, cf. Agamben (2010, p. 74-113).

Com efeito, a análise de Agamben contribui para uma abordagem do direito distinta da empreendida tradicionalmente. O fenômeno jurídico é percebido para além das categorias jurídicas “puras”, uma vez que dotado de uma essencial relação com a biopolítica. Ainda, essa relação, na forma que Agamben a apresenta, também se distingue da análise foucaultiana, pois não é de mero atravessamento indireto do direito pelo biopoder. Nela é possível perceber o ordenamento jurídico intrinsecamente ligado à vida na medida em que os conceitos-limite do direito apreendem os fenômenos biológicos da população.

3 Invólucro imunitário: a semântica da vida nos conceitos jurídicos

Roberto Esposito propõe-se a prosseguir na investigação sobre a biopolítica iniciada por Michel Foucault. Na esteira deste, Esposito (2017a, p. 139) busca realizar uma “ontologia do presente”. Isto significa que ele percebe uma ligação entre a vida e a política que é ontológica, mas adquire uma especificidade moderna no plano histórico-conceitual.

É com base nesta forma de abordagem que Esposito (2017b, p. 22 e ss.) situa a biopolítica moderna no plano histórico-conceitual. Ele afirma que o próprio Michel Foucault, ainda que seja um ponto fora da curva, é parte de uma construção mais longa do léxico biopolítico. Primeiramente, há uma linha organicista, desenvolvida principalmente na Alemanha a partir dos anos 1920. Essa tendência inclui no vocabulário político-jurídico um léxico referente à vida e uma semântica do Estado como organismo vivo. Em oposição à concepção liberal, os teóricos dessa visão da biopolítica entendem o Estado como uma entidade corpórea composta por indivíduos, não como o resultado de um contrato voluntário. Eles inserem, como aponta Esposito, no discurso político-jurídico a necessidade de que o Estado mantenha a saúde do corpo social e de incorporar o discurso médico para conferir institucionalidade para os mecanismos de defesa desse organismo: desenvolve-se um discurso político-jurídico de viés imunológico que dá origem a mecanismos racistas.

O segundo conjunto de estudos sobre a biopolítica levantado por Esposito surge na França da década de 1960. Essa linha, com viés antropológico, realizou uma modificação em relação à primeira diante dos acontecimentos do regime nazista. Ela adotou o historicismo e o humanismo como formas de abordagem da biopolítica, aproximando-se mais de uma ontologia política que enfraquece o sentido da biopolítica. A terceira onda, teve lugar no Reino Unido nos anos 1970. De cunho naturalista, ela tomou como inspiração o darwinismo social e a etologia alemã. Assim, provocou uma mudança conceitual no âmbito da política inserindo

a dimensão na natureza como ponto determinante para aquela. Os conceitos de origem na biologia passam, então, a ser integrados na descrição (plano do ser) e na prescrição (plano do dever-ser) da política. É na passagem para o plano da normatização do ser que se coloca a essência e a tarefa da política e do direito para a vertente anglo-saxã: a coincidência entre história e natureza. Aqui é possível perceber como a leitura de Esposito revela que o léxico da vida permeia o debate jurídico contemporâneo, inserindo-se sub-repticiamente nos enunciados do direito.

Segundo Esposito, Foucault realiza uma análise da biopolítica que se distancia muito das demais, ainda que as tangencie no que toca à “insatisfação geral acerca do modo como a modernidade construiu a relação entre política, natureza e história” (*Ibidem*, p. 33). Em que pese a originalidade e a importância da contribuição de Foucault, Esposito aponta um nó teórico não resolvido pelo francês: a variação entre uma biopolítica afirmativa e outra negativa, uma que produz a vida e outra que a extermina. Para o italiano o cerne dessa questão em Foucault é a relação tensa entre soberania e biopolítica. No entanto, Esposito considera que esse tema permanece em aberto diante da ausência de uma articulação ontológica dos termos “política” e “vida” na obra foucaultiana. Diante disto, ele busca desatar o problema por meio da noção de imunidade, capaz de articular soberania e vida em uma relação dialética entre o plano ontológico e o histórico-conceitual:

Mas há na noção de imunização algo a mais, diverso, que determina sua característica também a respeito da noção foucaultiana de biopolítica. Trata-se do caráter intrínseco que une fortemente os dois elementos dos quais esta última é composta. Mais do que superpostos ou – justapostos – numa forma externa que submete um ao domínio do outro, no paradigma imunitário *bíos* e *nómos*, vida e política, são os dois constituintes de um único e separável conjunto que só adquire sentido a partir da relação entre eles. A imunidade não é só a relação que conecta a vida ao poder, mas o poder de conservação da vida (*Ibidem*, p. 59-60).

A imunidade, nesse sentido, evidencia a ligação intrínseca entre vida e direito, conectando as duas formas de manifestação da biopolítica pela percepção de uma prática de proteção da vida pela sua própria negação. Essa visão está presente tanto na constituição do poder voltado à autoconservação da vida em Hobbes, quanto na dialética hegeliana e até mesmo nas referências imunológicas de Nietzsche, Durkheim e Luhmann. Por outro lado, Esposito (2017b) destaca o significado original de imunidade. O termo deriva de *immunitas*, que é o oposto correlato de *communitas*, o que estabelece, segundo ele, uma relação essencial entre imunidade e comunidade. Ambos se referem à uma obrigação:

[...] se a *communitas* é a relação que, vinculando seus membros ao compromisso de doação recíproca, põe em perigo a identidade individual, a *immunitas* é a condição que dispensa dessa obrigação e, logo, de defesa diante de seus efeitos expropriatórios (*Ibidem*, p. 65).

Com efeito, a especificidade histórico-conceitual do paradigma imunitário que caracteriza a modernidade remete ao plano ontológico da dupla relação com o *mínus* (obrigação) que funciona em torno da vida e da política. Constituem, assim, na leitura de Esposito (2017b), uma relação de oposição e de composição do plano biopolítico. A modernidade, porém, opera de forma particular a auto-conservação imunitária. Isso porque, além de ser consciente dela, cria um aparato central para leva-la a cabo:

[...] todas as grandes categorias políticas da modernidade devem ser interpretadas não em termos absolutos, isto é, por aquilo que declaram ser, tampouco, exclusivamente, com base na sua configuração histórica, mas antes como formas linguísticas assumidas pela lógica imunitária para garantir a vida dos riscos derivados da sua configuração e conflagração coletiva. Que essa lógica se exprima através de figuras histórico-conceituais quer dizer que a implicação moderna entre política e vida é direta, mas não imediata: para realizar-se de maneira eficaz precisa de mediações constituídas justamente por aquelas categorias. Para que a vida possa conservar-se, e até mesmo desenvolver-se, deve ser ordenada por procedimentos artificiais capazes de subtraí-la de seus riscos naturais (*Ibidem*, p. 71-72).

Nesse sentido, os principais conceitos político-jurídicos da modernidade podem ser lidos como uma manifestação histórico-conceitual da biopolítica permeada pela ontologia que estabelece uma ligação intrínseca entre direito e vida. Em outras palavras, a relação entre direito e vida em Esposito é descrita como ontológica, essencial, ao mesmo tempo que adquire uma expressão particular na modernidade.

Esposito (*Ibidem*, p. 73 e ss.) exemplifica tal perspectiva levantando três categorias centrais do direito e da política na modernidade cujo teor considera impregnado pela semântica imunitária: soberania, propriedade e liberdade. A soberania, na acepção conferida por Thomas Hobbes, tem seu fundamento na autoconservação do indivíduo em estado de natureza. A natureza é evocada como elemento constituinte do direito à vida. Caracterizado inicialmente pelo corpo, pela vida natural, o indivíduo hobbesiano se vê impelido a constituir um aparato que negue

o seu potencial (auto)destrutivo resultante da igual possibilidade de aniquilação entre os sujeitos

Portanto, na leitura de Esposito da teoria do contrato social de Hobbes, o Estado emerge como “artifício” elaborado pela razão e constituído pela vontade de se autoconservar, negando a iminente tendência à guerra e à destruição recíproca. A soberania é, assim, um aparato voltado à proteção da vida natural e definição de uma forma de vida. Todavia, o reverso também está inscrito na soberania: a renúncia em favor do soberano confere a este o direito de morte sobre aquele que deseja se autoconservar. Os direitos individuais, nessa linha, são mediados pela representação, que significa, ao mesmo tempo, a identificação e a diferença entre o soberano e o indivíduo. O plano comum do conflito é substituído pelo abandono dos direitos à esfera individual e a obrigação recíproca é dispensada pelo absoluto da soberania:

É isso justamente o que quer dizer ‘indivíduo’: ser tornado indiviso – unido a si mesmo – pela mesma linha que o separa de todos os outros. Mais do que pelo poder positivo do soberano, ele é protegido pela margem negativa que o faz ser ele mesmo: não outro. Poder-se-ia afirmar que a soberania, em última análise, não é mais do que o vazio individual criado em volta do indivíduo – o negativo da relação ou a relação negativa entre entidades não relacionadas (*Ibidem*, p. 79).

Sendo assim, é possível notar que a soberania em Esposito é um conceito moderno impregnado pela relação ontológica entre vida e direito, uma vez que permeada pela lógica imunitária. Nesse sentido, direito e vida são essencialmente ligados pelo *mínus* comum e pela proteção contra à invasão da individualidade por esta obrigação. Mas tal categoria também possui seu viés específico em seu contexto histórico, sempre em relação com o plano da ontologia. Assim, o privilégio dado aos direitos individuais na constituição do Estado soberano acentua o viés imunitário da relação entre direito e vida, de tal forma que a soberania aparece como invólucro da lógica imunitária. Em outras palavras, o direito se apresenta cada vez mais na modernidade como revestimento que protege e ao mesmo tempo nega a vida.

Também é atravessado pela semântica imunitária o conceito de propriedade. É que, para além da tensão originária entre o “próprio” e o “comum”, a propriedade adquire um significado imunitário acentuado na medida que representa uma difusão do mecanismo da soberania sobre a vida natural dos indivíduos. Em Locke, Esposito (2017b, p. 81) percebe que a propriedade aparece como consequência e “também condição factual de permanência da vida”. Então, a propriedade

é vista na modernidade como condição para a manutenção das funções naturais da vida e extensão material da identidade individual. Ademais, o trabalho é, para Locke, o princípio biológico que fundamenta a incorporação da propriedade pelo indivíduo, na medida em que surge da função corpórea e se destina à transformação e à apropriação do natural:

[...] visto que a coisa apropriada mediante o trabalho é incorporada no corpo do proprietário, ela forma um todo com a sua própria vida biológica – que deve ser defendida até com a supressão violenta de quem a ameaça no que se tornou sua parte integrante (*Ibidem*, p. 84).

Portanto, a “propriedade”, na acepção moderna, é também um conceito jurídico permeado pela semântica biopolítica. Direito e vida aparecem aqui ligados pela ontologia do individual em oposição ao comum. Esta, por sua vez, é enunciada de maneira singular na modernidade através da relação jurídica que liga o proprietário ao bem pela incorporação da coisa à vida biológica e estabelece, conseqüentemente, a proteção do bem como uma expressão da autoconservação do vivente.

Finalmente, o conceito de “liberdade” também é percebido por Esposito (*Ibidem*, p. 84 e ss.) como “invólucro imunitário da modernidade”. Originalmente ligada à noção positiva de expansão da vida em uma ligação com o comum, com a comunidade, a categoria político-jurídica adquire significado oposto na acepção moderna. Ela passa a ser definida principalmente pela negação, como oposto da condição da condição de escravidão, de exclusão em relação ao *mínus* comum ou como referência a um não-fazer. Ainda, o conceito moderno de liberdade é atrelado à conservação da vida convertendo sua semântica para a noção de “segurança”:

[...] a liberdade moderna consiste essencialmente no direito de qualquer súdito singular ser defendido dos arbítrios que ofendem sua autonomia e, ainda antes, a sua própria vida. Em termos mais gerais, ela assegura o indivíduo nos confrontos com a ingerência alheia mediante sua subordinação voluntária a uma ordem mais potente que a garante (*Ibidem*, p. 92).

Nesse sentido, a leitura de Esposito do direito como invólucro imunitário pode servir como ferramenta de análise de fenômenos jurídicos contemporâneos cuja complexidade não é resolvida pela aplicação dos conceitos tradicionais da teoria do Estado e do Direito. A crise de representatividade no sistema democrático poderia, por exemplo, ser analisada sob a luz da lógica da imunidade, investigando-se a dialética entre o plano histórico-conceitual e o ontológico para

perceber como a vida é tomada pela soberania na democracia e em que medida a própria democracia contemporânea assume a proteção da vida e simultaneamente nega o vivente. É possível, ainda, analisar a partir dos conceitos de liberdade e propriedade, na perspectiva que nota sua semântica imunitária, situações em que dispositivos de Estado se voltam contra a vida para garantir a proteção do bem ou da liberdade individual, cotejando a análise do fenômeno contemporâneo com o plano ontológico da relação indivíduo e comunidade.

Portanto, Esposito percebe que algumas das principais categorias do pensamento jurídico moderno estão essencialmente impregnadas pela semântica imunitária. Ele retoma os conceitos correntemente abordados pelas análises do Estado e do direito, mas os lê de outra forma, os percebe como manifestações de uma ontologia que adquire feição particular na modernidade. O direito é ligado à vida, nesta leitura, por meio de aparatos, invólucros, dispositivos destinados a proteger a vida em face dos mecanismos comunitários, mas que acabam negando-a. O fenômeno jurídico, assim, não é atravessado pela biopolítica, como via Foucault, nem essencialmente ligado à vida por suas categorias-limite, como em Agamben, mas ontologicamente constituído por ela, carregando a vida em seu cerne, ainda que com uma semântica singular na modernidade. Nesse sentido, sua leitura permite pensar as relações entre o direito e a vida como categorias entrelaçadas tanto em seu viés ontológico, quanto no histórico-conceitual.

Conclusão

Michel Foucault empreendeu importante análise das relações de poder referentes à vida, capaz de trazer à lume reflexões sobre o direito mesmo tendo evitado a análise das categorias jurídicas tradicionais. A análise biopolítica foucaultiana percebe o direito como fenômeno distinto do biopoder, mas que por ele é atravessado. Assim, em Foucault é possível perceber que a relação entre direito e vida é mediada de forma indireta pelo biopoder. Todavia, Agamben e Esposito apontam insuficiências na leitura foucaultiana e levam a análise da biopolítica para os pontos em que a relação entre o direito e a vida aparece de forma mais direta.

Ambos os filósofos buscam dar continuidade aos estudos de Foucault através de análises que tratam da biopolítica em relação às categorias jurídicas. Agamben percebe que o direito se refere diretamente à vida na forma de conceitos-limite ou figuras-limíares como o estado de exceção. Tais conceitos, por se encontrarem na fronteira entre o direito e o não-direito, mediam a essencial referência direta ao vivente na constituição do ordenamento jurídico em tensão com a anomia. A mediação é operada de forma diferente da análise foucaultiana e insere na essência

do direito a ligação com a vida nua.

Na leitura de Esposito verifica-se a incorporação do léxico biopolítico e da semântica imunitária pela teoria jurídica moderna e seus conceitos elementares. Nesse sentido, a vida adquire centralidade no ordenamento jurídico moderno, sobretudo por seu viés negativo: a proteção imunitária. Direito e vida são mediados por uma ontologia que adquire uma nova face da modernidade, impregnando os conceitos elementares da teoria jurídica, tais como liberdade, propriedade. Assim, a análise de Esposito difere da de Foucault e de Agamben, na medida em que toma a vida como elemento central para o direito.

Com base na análise realizada, alguns exemplos podem constituir linhas de pesquisa a partir dos conceitos em torno da relação entre direito e vida nos autores abordados. É possível listar sumariamente fenômenos como a cidadania dos refugiados, a natureza político-jurídica das milícias e a eventual sobreposição da propriedade à vida pela semântica imunitária, além das crises de representação, das guerras permanentes em nome da democracia, entre tantas outras questões urgentes da atualidade não se enquadram nas soluções jurídicas que tomam como chaves de leitura as noções de soberania, cidadania, liberdade e igualdade afirmadas pelo pensamento jurídico-político moderno.

Referências

AGAMBEN, G. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, G. *Homo Sacer: poder soberano e vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2010.

CHUEIRI, V. K. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: FONSECA, R. M. (Org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 93-107.

ESPOSITO, R. *Termos da política: comunidade, imunidade, biopolítica*. Curitiba: UFPR, 2017a.

ESPOSITO, R. *Bíos: biopolítica e filosofia*. Belo Horizonte: UFMG, 2017b.

FONSECA, R. M. O poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na teoria do Estado. In: FONSECA, R. M. (Org.). *Repensando a teoria do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004a.

FONSECA, R. M. Estado de exceção (resenha). *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, n. 41, p. 171-174, 2004b.

FOUCAULT, M. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, M. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2013.

FOUCAULT, M. *História da sexualidade 1: a vontade de saber*. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

ENERGIA NUCLEAR: DESAFIO ATUAL, UNIVERSALIZAÇÃO E MEDO SOCIAL

Lucas Emanuel Goecking Liesner de Souza¹

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS)

Carolina Carneiro Lima²

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Artigo recebido em: 10/01/2019.

Artigo aceito em: 07/03/2019.

Resumo

A energia alicerce condicional da vida é, constantemente, reinterpretada para melhor atender à vontade humana. A eletricidade forma mais comum de energia atualmente garante bem-estar e dignidade humana. Seu alcance, entretanto, é limitado, já que nem todos usufruem deste bem. Universalizar o acesso à energia, produzindo-a com menos impactos negativos, é o grande desafio atual. Por isto, o objetivo geral é analisar a fonte nuclear, forma alternativa de produção de energia, subutilizada no país, mas, que representa uma alternativa sustentável, frente às externalidades da geração de eletricidade. O sustentáculo teórico adotado é o princípio do desenvolvimento sustentável, sob a ótica constitucional da obra de Ignacy Sachs, “Caminhos para o De-

envolvimento Sustentável”. O método é o teórico-descritivo, por meio de pesquisas bibliográficas e normativas para responder ao problema sobre as razões de se fomentar a produção de energia elétrica por fonte nuclear no Brasil. Esta fonte, em função da sua densidade energética, detém um potencial gerador superior às fontes ou à matriz principal brasileira. Com impactos negativos passíveis de mitigação, reflexos sociais e econômicos benéficos e certa independência em relação aos ciclos naturais, a energia nuclear possui as características essenciais para as mudanças almejadas.

Palavras-chave: energia nuclear; desenvolvimento sustentável; acesso à energia elétrica; energias alternativas; princípio da informação.

1 Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Bacharel em Direito pela ESDHC. Advogado com dedicação e atuação exclusiva no setor de infraestrutura de energia elétrica no Brasil. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1334-2785> / e-mail: lkemanuel@hotmail.com

2 Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela PUC-MINAS. Professora Assistente I da PUC-MINAS. Assessora de Juiz no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Primeira Instância. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1619-7958> / e-mail: carolcarneirolima@yahoo.com.br

NUCLEAR ENERGY: CURRENT CHALLENGE, UNIVERSALIZATION AND SOCIAL FEAR

Abstract

The energy conditional foundation of life is constantly reinterpreted to better meet the human will. The most common form of energy electricity currently guarantees human well-being and dignity. Its scope, however, is limited, since not all enjoy this good. Universalizing access to energy, producing it with fewer negative impacts, is the major challenge today. For this reason, the general objective is to analyze the nuclear source, an alternative form of energy production, underutilized in the country, but which represents a sustainable alternative to the externalities of electricity generation. The theoretical underpinning adopted is the principle of sustainable development, under the constitutional view of Ignacy Sachs's "Paths to

Sustainable Development". The method is the theoretical-descriptive, through bibliographical and normative research to answer the problem about the reasons of fomenting the production of electric energy by nuclear source in Brazil. This source, due to its energy density, holds a generating potential higher than the Brazilian main sources or matrix. With negative impacts that can be mitigated, beneficial social and economic impacts and a certain independence from natural cycles, nuclear energy has the essential characteristics for the desired changes.

Keywords: nuclear energy; sustainable development; access to electricity; alternative energies; principle of information.

Introdução

A geração de energia insere-se nos mais desafiadores problemas atuais. Amálgama importante tarefa no crescimento de riquezas dos povos, assim como as degradações ambientais. A difícil virtude de conciliar a produção energética ao desenvolvimento sustentável vem se mostrando desgastada, principalmente, no cenário brasileiro. Levando em consideração que a energia é notável bem e recurso necessário à vida. É indispensável, desta forma, planejar o uso dos recursos naturais com as tecnologias mais eficientes a fim de atender às gerações atuais e vindouras em razão de determinação do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1998 (CRFB).

Com o aperfeiçoamento científico atual, novos horizontes são inaugurados, o que possibilita, à manufatura de energia elétrica, alcançar o equilíbrio entre geração e consumo. Dentre as alternativas modernas, o potencial elétrico extraído de fontes nucleares destaca-se, permitindo ao Estado e ao setor privado, suplantam a

demanda crescente por energia. A energia nuclear, ou em outros termos, a energia proveniente da matéria atômica, permite algo inusitado no âmbito elétrico, pois não é baseada na combustão de hidrocarbonetos, não produz os poluentes usais como o gás carbônico, presente na queima dos combustíveis fósseis, podendo ser encontrada em duas modalidades: fusão e fissão dos núcleos elementares.

A termeletricidade nuclear desafia as energias eólicas, fotovoltaicas e hídricas, pois, além de deter um potencial superior em gerar grandes quantidades de energia em espaços relativamente compactos, não se limita aos ciclos naturais, menos ainda à disposição, já disputada, por água, recurso cobiçado e sobremaneira usufruído no território brasileiro. A seu turno, a energia nuclear, desponta em duas modalidades, fissão e fusão. O método de fissionar átomos radioativos não é novo na física, sua história origina propriamente de um subproduto da Segunda Grande Guerra Mundial (1939-1945). Embora detenha problemas de custo, *know-how* de operação, segurança para com os resíduos tóxicos e a desativação do complexo da usina, continua, ainda hoje, representando grande parte da eletricidade usada no mundo.

É fundamental esclarecer o motivo de fomentar o uso da fissão nuclear, em um primeiro momento no Brasil. Fissionar os radioisótopos é uma das medidas adotadas por outros países, pois consagra o viés alternativo de se produzir eletricidade de grande monta, já que a tecnologia é mais acessível e consistente. O Brasil faz uso da fissão em Angra I e II, porém, a sociedade carece de informação e de um mínimo de compreensão acerca da energia nuclear, perdurando o medo que se mostra paralisante para a aplicação deste formato de produção de energia. A fusão, por sua vez, é uma realidade distante, trata-se de uma inovação única, entretanto, encontra-se em fase de estudos e testes. Sugerindo que a sua chegada no Brasil, seja vagarosa, por motivos de alto custo, da ausência de políticas públicas e pela educação socioambiental tímida. Portanto, a fissão (quebra de átomos de elementos radioativos), diferente da fusão (união dos átomos de hidrogênio, por exemplo) mostra-se a melhor opção em se produzir energia elétrica para o Brasil.

O objetivo da pesquisa é de fato conciliar, a deficiência em se gerar eletricidade no Brasil com os princípios da informação e do desenvolvimento sustentável ao promover o uso da eletricidade por fonte nuclear. Há uma cultura brasileira marcada pela construção de hidrelétricas que reforça a desinformação acerca das externalidades ao meio ambiente, por ambas as modalidades produtivas de eletricidade. Alçando a termeletricidade nuclear ao vazio do medo, fomentando hiatos factuais e empecilhos a universalização da energia.

Os capítulos abordarão a história por de trás da energia desde os tempos primitivos até hoje e como ela acompanhou a humanidade. Compreendendo,

também, as externalidades sociais, econômicas e ambientais da fissão nuclear e o porquê das dificuldades em se ampliar a produção de energia pela fonte nuclear no Brasil. Discutindo, após explicitar o processo fissionável, a facilidade em possibilitar o acesso universal a energia elétrica, bem como as suas repercussões econômicas, dentro do contexto nacional. Não se olvidará da aceitação social, fator de relevante importância para a matriz energética que no caso da fonte nuclear carrega consigo um legado de medo e traumas coletivos.

O método é teórico-descritivo, pois requer a abordagem técnica acerca da fissão nuclear, sua aplicação a lógica socioeconômica e legislativa brasileira, aplicando o caráter do desenvolvimento sustentável. As pesquisas são bibliográficas e normativas. O parâmetro basilar é oriundo da interpretação da Constituição da República de 1988, elegendo como marco teórico o princípio do desenvolvimento sustentável e a obra do autor Ignacy Sachs (2009a), *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*, visando responder ao problema de o porquê fomentar a produção de energia elétrica por fonte nuclear no Brasil?

A humanidade requer uma mudança, não só na forma de se gerar a energia elétrica, mas, na maneira pela qual reconhece os recursos disponíveis no planeta terra. O meio ambiente encontra-se, dentro de alguns parâmetros, é comprometido em sua sustentabilidade e países como o Brasil precisam fornecer eletricidade a milhares de pessoas, o que exige o aperfeiçoamento de todo o ciclo existente, desde a geração até o consumo energético.

Assim, a hipótese aponta a fissão nuclear como uma forma de energia alternativa eficiente, permitindo o aproveitamento de um potencial gerador significativo face aos entraves naturais, com impactos negativos conhecidos e passíveis de mitigação, atendendo, portanto, às necessidades do desenvolvimento sustentável e da universalidade do acesso à energia.

1 A história da produção de energia elétrica por fonte nuclear

A conquista tecnológica que permitiu a diferenciação categórica entre o presente e o pretérito foi a energia. O seu domínio e a sua produção em larga escala provocaram externalidades, grandes alterações na ordem geopolítica mundial, sempre gerando impactos positivos e ou negativos. Além disso é responsável pelo contexto social, econômico e ambiental vigente. A história da energia teve seu grande marco não faz muito tempo, entre os séculos XVIII e XIX.

Até pouco antes de 1800 tudo que era fabricado dependia do trabalho manual, retirado da força humana ou animal. Todo o gasto energético era sustentado

pela agricultura, a energia era consumida pelo ser humano advinha da caloria obtida nos alimentos. Na medida em que, a demanda por alimentos subia, qualquer que fosse o motivo, a mão de obra bruta era intensificada, exigindo mais comida. Com o decorrer do tempo e com o avanço tecnológico, novos instrumentos surgiram para facilitar as atividades mais penosas como os moinhos de água e vento.

Entretanto com a revolução industrial e a descoberta da energia armazenada em substâncias químicas extraídas dos recursos naturais passamos a substituir a energia sustentável proveniente do sol e a da água, por uma energia mais barata, porém mais degradante ao meio ambiente oriunda de fonte fóssil. Utilizada ainda hoje, é eminentemente poluente e não renovável, sendo encontrada no carvão, petróleo e demais derivados de mesma matriz natural.

A Revolução Industrial, naturalmente, não é apenas a história da força a vapor, mas foi ela que deu início a tudo. Mais do que qualquer outra coisa, permitiu-nos superar as limitações da força bruta, humana e animal, e gerar quantidades incríveis de energia útil a qualquer momento. Isso levou a fábricas e produção em massa, bem como ferrovias e transporte em massa; levou, em outras palavras, à vida moderna. A Revolução Industrial trouxe consigo a primeira era das máquinas da humanidade – a primeira vez que nosso progresso foi impulsionado, principalmente, pela inovação tecnológica – sendo o tempo de transformação mais profunda que nosso mundo já viveu (BRYNJOLFSSON; McA-FEE, 2015, p. 7).

Dentre as mais acentuadas transformações proporcionadas pela revolução das máquinas ou científica a termelétricidade nuclear é a grande campeã. Ela acabou envolvendo não só o setor energético, mas o poderio militar (bélico) de diversos Estados. Historicamente surge em 420 a.C. com Demócrito, filósofo naturalista da Grécia Antiga autor da teoria de que toda substância viva ou não, conservava em si uma estrutura comum a todos os outros seres. O componente universal de toda matéria foi chamado pelos gregos de átomo.

Em sua gênese a palavra átomo (do grego – *atomos*) sintetiza algo que é indivisível e inquebrável. Na ótica filosófica de Demócrito era a origem formadora de todo o cosmos, ou seja, tudo aquilo passível de compreensão, segundo a lógica dos gregos. Já no século XIX com uma abordagem completamente diferente, John Dalton, químico inglês, iniciou uma revisão atômica. Seus métodos demonstraram vários elementos agregando-se para formar outras substâncias químicas. Pode concluir, assim, que cada elemento é constituído de átomos, as unidades básicas da matéria, tal como os gregos.

Agora, porém, foi demonstrado que cada elemento detinha apenas um tipo de átomo, variando conforme o material analisado, sendo distintos em suas especificidades. Logo, as configurações físicas e as propriedades químicas também variavam. Mais tarde a ciência acabou afastando a lógica filosófica do conhecimento da Física e da Química: “evidências concretas de que os átomos não eram esferas duras indivisíveis nem uma partícula elementar tomaram-se disponíveis no fim do século XIX, com as descobertas do elétron e da radioatividade” (HINRICHS; KLEINBACH; REIS, 2014, p. 529)³.

Foi finalmente com Joseph John Thomson (prêmio Nobel em Física de 1906), cientista britânico, que a nova era atômica para energia nuclear emergiu. Thomson permitiu sistematizar o entendimento da estrutura atômica, conhecida até hoje, por um modelo didático, comumente chamado de “pudim de passas”. O estudo apresentava grandezas físicas e as reações no núcleo dos átomos, bem como os primeiros estudos com os elétrons. A hipótese atômica foi o liame científico para a descoberta da radioatividade natural e artificial, abrindo posteriormente espaço para a termeletricidade nuclear.

A descoberta da radioatividade natural ocorreu em 1896 por Becquerel. Mas foi o casal Pierre Curie e Marie Skladowska Curie que aprofundou e desenvolveu os principais estudos a seu respeito. Outro fato relevante para a física nuclear foi a descoberta da radioatividade artificial, em 1934, pelo casal Frédéric Joliot e Irène Curie. Ambos conseguiram vislumbrar a produção de radioatividade artificial, através de elementos não-radioativos (RIBEIRO, 2004, p. 28).

O grande alvoroço decorrente do uso a radiação, na prática, ocorreu após a descoberta da sua manipulação artificial. A matéria prima usada era proveniente de alguns minerais encontrados na crosta terrestre como o urânio, o estrôncio e o tório. A energia nuclear, chamada assim, por acontecer em reações no núcleo dos átomos, é aquela que se desprende quando, numa reação nuclear, provocada artificialmente por partículas físicas produz, mudanças perceptíveis no mundo físico, como a emissão de calor e criação de outros elementos químicos.

Nuclear do latim *nucleu*, núcleo, formaram-se em português núcleo e nuclear. À simples menção da palavra, já nos lembramos de um invento terrível, a fissão nuclear, que levou à descoberta da bomba atômica, noticiada pela primeira vez numa carta enviada ao então presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt

³ Os aceleradores de partículas já comprovaram que o próton e o nêutron parecem ser compostos por partículas menores chamadas *quarks*

e assinada, entre outros, pelo cientista Albert Einstein (SILVA, 2014, p. 336).

A reação nuclear pode ser provocada por meio de dois princípios físicos, valendo destacar, neste momento, o porquê da hipótese da presente pesquisa ser a fissão e não da fusão nuclear. A união de elementos químicos (fusão), ainda depende de melhorias e apuração das técnicas e mecanismos existentes no padrão científico atual. Seu custo de operação é alto e a lógica é idêntica aos fenômenos físicos ocorridos na superfície de estrelas, como o sol.

A principal característica da fusão é também o seu maior obstáculo no contexto científico atual⁴, temperaturas elevadas, próximas ou até maiores das encontradas no sol. Limitada pelas razões apresentadas, a fusão torna-se impossível e improvável de ser utilizada, pelo menos nos próximos anos.

A primeira reação física fissionável autônoma, por sua vez, ocorreu em 1942 no reator da Universidade de Chicago, nos Estados Unidos da América. “A descoberta, em 1939, da fissão com sua liberação de grandes quantidades de energia foi um evento histórico. Fontes de energia enormes, porém, intocadas, pareciam estar ao nosso alcance [...]” (HINRICHS; KLEINBACH; REIS, 2014, p. 556). A fissão conhecida por intermédio da termoeletricidade nuclear nasceu de um subproduto da 2ª Grande Guerra Mundial deflagrada em 1945.

Apesar de ser usada como fonte principal de eletricidade em vários Estados desde o século passado, seu uso comercial no setor elétrico veio somente após os acontecimentos de Hiroshima e Nagasaki (agosto de 1945) cujos reflexos negativos para a humanidade não dispensam comentários.

Após a Guerra a euforia pela tecnologia fissil ficou sobrevalorizada, acreditou-se muito na rentabilidade e sustentabilidade dos projetos, do processo dos combustíveis, inclusive, para a geração elétrica. Assim o reator da Universidade de Chicago foi novamente usado, agora como molde para os grandes reatores.

Em 1951, um reator experimental de grande porte⁵, próximo à cidade de Detroit nos (EUA), conseguiu gerar a primeira eletricidade de um processo físico nuclear fissionado. Outros projetos foram surgindo, como o submarino nuclear *Nautilus* de 1953. Até que finalmente em 1957 o primeiro reator a produzir e comercializar eletricidade por fissão foi finalizado, no Estado da Pensilvânia (EUA).

Em se tratando do Estado brasileiro o primeiro momento de contato da energia nuclear de forma institucionalizada foi com a edição da Lei 1.310, de 1951, que criou o Conselho Nacional de Pesquisas – CNPq. Logo após o discurso, intitulado “átomos para a paz” de Dwight Eisenhower⁶ na ONU em 1953, a

4 O ITER é um dos projetos mais ambiciosos do mundo no campo da energia, visa gerar eletricidade por fusão nuclear. Os cientistas pretendem alcançar as temperaturas necessárias com o uso de um Tokamak, um invólucro que permite a reação e a união dos elementos, capaz de efetivar as altas temperaturas e contê-las, no estado de plasma. A plataforma iter.org prevê a operação do deutério-trítio no reator em 2035.

5 O reator da Universidade de Chicago serviu como protótipo depois para os grandes reatores fisséis.

6 Ex-general norte-americano, Dwight D. Eisenhower foi o 34º Presidente dos Estados Unidos (1953-1961).

preocupação brasileira em deter maior controle sobre a tecnologia e a geração de combustíveis físséis alcançou seu ápice e começou a ter êxito durante o governo de Juscelino Kubitschek – JK (1956-1961).

JK como presidente eleito determinou a criação do Instituto de Energia Atômica, por meio do Decreto 39.872 de 1956. E a Comissão Nacional de Energia Nuclear – CNEN que se tornaria uma autarquia pela Lei 4.118 de 1962. “No início do regime militar, o governo Castelo Branco firmou tratados de acordo de cooperação de uso pacífico da energia nuclear. [...] bem como buscou a adesão do Brasil ao Tratado de Proscrição de Armas Nucleares na América Latina (Tratado de Tlatelolco)” (SANCHES, 2011, p. 234).

Em 1968 o governo brasileiro decide construir a sua primeira usina elétrica termonuclear, denominada de Angra I. Foi conectada à rede elétrica pela primeira vez em 1982. Angra II, por sua vez, entrou em operação no ano de 2001, compreendendo parte de um acordo entre Brasil e Alemanha celebrado em 1975, momento em que foram encomendados a compra de oito reatores. Em 1984, Angra III tem o começo de suas obras que perduram até hoje.

Com impactos negativos mitigáveis, a termoelectricidade nuclear, é uma das formas que se adequam ao princípio do desenvolvimento sustentável (considerado *prima facie* do Direito Ambiental). A sustentabilidade depende da harmonização de três vertentes: “[...] os critérios de relevância social, prudência ecológica e viabilidade econômica [...]” (SACHS, 2009a, p. 35). A instrumentalidade que o princípio concede e também exige nas atividades antrópicas, “talvez seja”, a mais importante das éticas socioambientais. Pois pauta-se em uma responsabilidade presente e futura ou sincrônica e diacrônica, respectivamente.

Sincrônica pois tem como ponto de partida a realidade atual, deficitária em produzir eletricidade, portanto, limitada na garantia de uma vida digna aos seres humanos. Assim o acesso universal da energia elétrica perpassa necessariamente a sustentabilidade sincrônica e diacrônica. Exigindo que as pessoas escolham (sabidamente) dentre as alternativas atuais, patenteando o contexto futuro da humanidade. A sobrevivência e a dignidade das gerações atuais e construção das gerações futuras depende, eminentemente, da ação presente em promover práticas ecologicamente mais sustentáveis, sendo a energia nuclear uma delas.

É a garantia da dignidade humana de ter acesso universal a energia elétrica, seja pela fonte nuclear ou qualquer outra. Desde que através do tempo as pessoas possam ser acauteladas pelos benefícios socioambientais, tutelando-se assim um ambiente ecologicamente protegido para as atuais e as futuras gerações.

Ao passo que é consolidado, através da ótica termelétrica nuclear, entre outros princípios a informação, a prevenção e a precaução à população, ao privilegiar o espaço decisório, do uso da radiação, de forma consciente na e para a comunidade.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, de 1972, ocorrida em Estocolmo, colocou a dimensão do meio ambiente na agenda internacional. Ela foi precedida pelo encontro Founex, de 1971, implementado pelos organizadores da Conferência de Estocolmo para discutir, pela primeira vez, as dependências entre o desenvolvimento e o meio ambiente, e foi seguida de uma série de encontros e relatórios internacionais [...]. À ética imperativa da solidariedade sincrônica com a geração atual somou-se a solidariedade diacrônica com as gerações futuras e, para alguns, o postulado ético de responsabilidade para com o futuro de todas as espécies vivas na Terra (SACHS, 2009a, p. 48-49).

Mesmo com os benefícios para o desenvolvimento sustentável o que marca a energia nuclear são os seus fortuitos acidentes, não raras as vezes de ordem humana. O caso brasileiro ocorrido no estado de Goiânia (setembro de 1987) ilustra muito bem a irresponsabilidade com o poder da radiação nuclear. Tecnicamente não se tratou de um acidente nuclear das mesmas proporções que Chernobyl⁷.

O incidente do Césio¹³⁷, como ficou conhecido no Brasil, ceifou inúmeras vidas e deixou outras muitas com complicações médicas. Isto porque um aparelho radiológico foi retirado de uma clínica desativa e aberto por duas pessoas que venderam as peças para um “ferro-velho”. A luz azul brilhante, emitida pelo elemento químico radioativo, chamou a atenção das pessoas locais, mal sabiam elas que se tratava do início de uma grande lástima.

O mais recente, ocorrido em Fukushima – Japão (março de 2011), originou-se de um terremoto (de magnitude 9.0 o quinto maior já registrado no planeta) seguido de um *tsunami*. Estes eventos trouxeram rachaduras ao complexo da usina, inclusive falhas aos mecanismos de segurança instalados nos reatores. Houve vazamento de radiação (posteriormente contida), mas em proporções muito menores e menos graves das ocorridas em Chernobyl (abril de 1986).

Desde o uso militar da tecnologia e com os desastres ocorridos as dificuldades em se viabilizar empreendimentos elétricos de origem radioativa são grandes. O uso pacífico da radiação encontra indubitavelmente várias celeumas, ao mesmo tempo que apresenta externalidades que solucionariam problemas históricos (alguns países ainda hoje geram mais da metade de sua eletricidade a partir da fissão)⁸.

7 Foi o pior acidente nuclear da história, estudos técnicos da época já criticavam os reatores usados em Chernobyl construída em 1983 (sendo ausente um vaso de contenção adequado para suportar a explosão do núcleo). E em 26 de abril de 1986 após uma série de testes, não autorizados, questionados por especialistas o reator tornou-se instável.

8 A França é um dos principais exemplos, com 77%, a Coreia do Sul próximo de 35% e a Alemanha, cerca de 30%. O Japão provia, antes de 2011, 30% de sua eletricidade. Em 2011, havia 442 reatores em operação no mundo. Sessenta e oito reatores estão em construção (HINRICHS; KLEINBACH; REIS, 2014, p. 558).

2 Impactos ambientais e socioeconômicos da energia por fissão nuclear

Toda atividade antrópica gera repercussões, imediatas, no espaço físico e imediatas no âmbito socioeconômico. Ambas são diferidas por um lapso temporal, muito embora, sejam próximas, em termos de externalidades. O conceito de externalidade foi concebido pelo economista inglês Arthur Cecil Pigou⁹ em 1920. Tratam-se de ações derivadas de outros sistemas, externos ao sistema originário de produção, que lhe deu causa (MOURA, 2011).

As externalidades e os impactos são reflexos perceptíveis no mundo fático, independentes, da sua causa fundadora, possuem imensa importância cognitiva, como por exemplo, as de vinculação ambiental. Diferentemente daquilo que é comumente divulgado os impactos podem ser tanto benéficos como prejudiciais. Seu conceito no Brasil é definido pela Resolução nº 1 de 1986 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA.

Artigo 1º – Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II – as atividades sociais e econômicas;

III – a biota;

IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V – a qualidade dos recursos ambientais (BRASIL, 1986).

Há muitas críticas acerca do conteúdo proposto pelo referido ato normativo, sua inexatidão é o grande descontentamento entre os estudiosos e profissionais. Não é por acaso que o seu conceito deontológico é, não raras as vezes, reinterpretado na técnica avaliativa dos impactos ambientais.

Categoricamente, o texto normativo apresenta uma definição de poluição, basta retomar a menção a seguir: “qualquer forma de matéria ou energia” incumbida da “alteração das propriedades físicas, químicas ou biológicas” do ambiente. De forma contrária, a definição de poluição apresentada pela Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938 de 1981) corresponde a um conceito de impacto ambiental, no que tange somente ao impacto negativo. Como se sabe, impacto ambiental também pode ser positivo (SÁNCHEZ, 2008, p. 30-31).

⁹ A ideia foi desenvolvida no livro *The Economics of Welfare* publicado em 1920, pela editora Macmillan.

Ao voltarmos a estes paradigmas no âmbito de geração de energia, sobretudo as utilizadas na atualidade, o princípio do desenvolvimento sustentável, não se torna uma mera faculdade, mas, sim algo cogente que exige observância. A realidade complexa e truncada pode ser vislumbrada na divisão de atribuição e pelo comportamento dos agentes públicos frente às metas estabelecidas:

Operadas pela Eletronuclear, subsidiária da estatal Eletrobrás, as usinas nucleares de Angra I (660 MW) e Angra II (1350 MW) foram responsáveis em 2003 por 3,6% da eletricidade no país. A usina de Angra III (1350 MW), prevista para entrar em operação em 1998, não foi terminada ainda e contém US\$ 700 milhões em equipamentos embalados. Os investimentos diretos em energia nuclear não são muito mais elevados do que numa grande hidrelétrica. Contudo, o enriquecimento do urânio, o reprocessamento, o armazenamento de lixo atômico e sobretudo riscos causam os principais custos. A usina de Angra III teria potência nominal de 1350 MW, igual a de Angra II. A retomada das obras foi aprovada pelo Conselho Nacional de Política Energética (GOLDEMBERG, 2012, p. 185).

A viabilidade de projetos mais efetivos na prestação elétrica, como as de fonte radioativa – fissil, historicamente no Brasil e no mundo, seguem por um caminho intrincado. Isto se deve não só a cultura do medo criada e depositada sob a tecnologia ou ao custo, mas, especificamente no caso brasileiro, do conforto em deter o *know-how* hídrico. O que se perpetua no Brasil, hodiernamente, é uma política-cultural monopolista pautada na hidroeletricidade¹⁰ (há funcionando, hoje, apenas duas usinas nucleares fisséis Angra I e II).

A hidroeletricidade foi eficiente. Hoje, sozinha, não é mais. Então, a revisão de uma matriz até então eficiente e sustentável por ser baseada em fonte renovável, necessita de investimentos e informações (participação democrática) para a sua implantação. O parâmetro, engessado, adotado para o setor elétrico brasileiro, dificulta, a gestão sustentável dos recursos naturais e econômicos do país.

Não obstante as hidrelétricas utilizarem uma fonte primária renovável, seus impactos negativos destoam mais do que aqueles produzidos pelas usinas fisséis. Isto porque a energia nuclear detém um custo e desempenho de funcionamento mais efetivos do que as outras modalidades.

A habitualidade em usar as águas no Brasil, produz acentuados danos ambientais e por tabela danos sinérgicos percebidos em outros setores

¹⁰ Ideia defendida pela autora Carolina Carneiro Lima em sua dissertação de mestrado na Escola Superior Dom Helder Câmara, requisito do título de Mestre em Direito (LIMA, 2017).

socioambientais, igualmente importantes para o desenvolvimento do país. Em razão de existir externalidades negativas na matriz principal do país, fez-se imprescindível discorrer sobre os impactos da energia que se propõe neste estudo, principalmente, para que a decisão respeite o princípio da informação.

A democracia nasce e vive na possibilidade de informar-se. O desinformado é um mutilado cívico. Haverá uma falha no sistema democrático se uns cidadãos puderem dispor de mais informações que outros sobre um assunto que todos têm o mesmo interesse de conhecer, debater e deliberar (MACHADO, 2006, p. 50).

Para o funcionamento, propriamente, do reator, a energia nuclear, não se utiliza da queima dos hidrocarbonetos. Nem produz poluentes resultantes do processo de operação dos combustíveis fósseis. “[...] a produção de eletricidade a partir dos combustíveis fósseis predomina e é a principal fonte de poluentes. [...] a produção de eletricidade ainda tem um peso preponderante nas emissões de CO₂ pela queima de combustíveis fósseis no mundo” (GOLDEMBERG, 2012, p. 175). Mesmo com impactos ambientais moderados, a fissão, ainda, não é uma energia renovável¹¹ e limpa, conquanto, sustentável se planejada a partir das análises ambientais, as quais, internalizam suas externalidades quando de um prognóstico.

Não há, de fato, formas em se gerar energia limpa, toda e qualquer fonte energética, produz, mesmo que mínimos, impactos socioambientais negativos. O que acaba ocorrendo na prática é a confusão conceitual com a energia renovável. Por isto é mais sensato utilizar o termo “produção mais limpa”, introduzido pelo programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente e pela Organização das Nações Unidas para Desenvolvimento Industrial na década de 80, motivado na Convenção de Estocolmo de 1972 (CUSTÓDIO; VALLE, 2015, p. 29-30).

Isto porque o maior problema ou dilema da tecnologia é o ciclo interdependente do combustível usado para o fissionamento de partículas radioativas – os radioisótopos. O urânio, principal mineral utilizado, é coletado de forma muito similar aos outros minérios metálicos (a céu aberto ou no subsolo).

Portanto o primeiro grande impacto da energia nuclear advém da mineração e o processamento dos combustíveis físeis¹². Os quais degradam o solo e as formas

11 A fusão nuclear, por outro lado, é considerada o futuro da eletricidade, seu combustível renovável, é basicamente retirado da água, o deutério (D). “[...] na qual um em cada 6.500 átomos de hidrogênio é este isótopo. A fusão completa de apenas 1 g de deutério (obtido de 8 galões de água vai liberar a energia equivalente à queima de 2.400 galões de gasolina” (HINRICH; KLEINBACH; REIS, 2014, p. 652).

12 “Os produtos finais da reação de fusão são hidrogênio, hélio e nêutrons, por isso não temos que nos preocupar com os resíduos radioativos duradouros dos reatores de fissão, embora haja algumas partes radioativas do reator que

de vida ali dependentes, ao consumirem no desenrolar da atividade, bastante água e combustíveis fósseis, na operação do maquinário. Por outro lado, positivamente, a extração mineral gera muitos empregos e riquezas para a região em que se encontra a mineradora, e posteriormente para a economia do país.

E em se tratando do urânio, após a lavra e o beneficiamento, seus valores despontam no mercado. Após a prospecção mineral (física) a fase de processamento é basicamente desempenhada por métodos químicos. Há um risco de contaminação das próprias substâncias usadas no beneficiamento do mineral quanto da geração do combustível final dedicado às usinas, mas são passíveis de controle. Ao mesmo passo que giram um setor econômico promissor pelos insumos e a mão de obra necessária.

O comportamento dos preços reflete a relação oferta/consumo, referente ao *yellowcake*. Os preços subiram de maneira acentuada durante a fase de expansão da construção de usinas nucleares, recuaram bruscamente na década de 80 e se mantiveram em baixa durante quase 20 anos, para registrar ligeira recuperação após o ano 2000 – período em que se nota um aumento no número de unidades instaladas e de MWh (megawatts-hora) produzidos (ANEEL, 2008, p. 123).

Manufaturado os combustíveis radioativos o reator fissil pode entrar em atividade. Mas primeiro é preciso erigir todo o complexo da usina, fundamental para o seu funcionamento seguro e coeso. A usina depende de várias camadas de concreto e aço capazes de conter eventuais externalidades ou mesmo acidentes, sejam eles oriundos do ambiente externo ou interno. Todo este sistema é ainda ligado aos instrumentos de resfriamento, pelo qual a água armazenada passa e é bombeada pelo vaso de pressão, aquecido, do reator. Este percurso gera um vapor que movimenta uma turbina ligada a um gerador obtendo-se a eletricidade.

Há aqui a ocorrência de impactos negativos ao meio ambiente, simplesmente pelo espaço que o complexo de uma usina nuclear ocupa. Seus impactos de edificação podem ser compensados e até mitigados ao passo que não precisam ser acopladas dentro ou conforme o ciclo habitual dos recursos naturais. Não interferindo, propriamente, nos fluxos hídricos, nos oceanos, na flora e na fauna, como outras fontes de energia.

Por outro lado, é demandado para sua implementação e funcionamento labor de diversas origens, dado socioeconômico positivo. Uma rede de termelétricas por fissão nuclear alavanca sobremaneira a economia de um país, até porque sua tecnologia influencia não só a produção de eletricidade, mas demais setores do país, como a agricultura, as universidades e a medicina.

merecem nossa atenção” (HINRICHS; KLEINBACH; REIS, 2014, p. 652).

As usinas podem até ser implementadas próximas das regiões litorâneas e dos centros urbanos o que geraria economia de funcionamento na geração e na entrega (linhas de transmissão) da eletricidade. Seu maior risco decorre de alguma falha no resfriamento das placas de fissão. Com o superaquecimento o núcleo, encontrado no vaso do reator, é fundido, sua explosão é iminente. Os danos provocados são locais e diferidos com a radiação, como nos casos mencionados de Chernobyl e Fukushima.

Até porque dentro da normalidade do equipamento, o maior entrave é disposto primeiro no aproveitamento, uso ou reuso e posterior descarte do combustível fissil; segundo no descomissionamento do complexo nuclear, pois cabalmente a usina dispõe de uma vida útil. “A licença de operação tem, geralmente, a duração de 35 a 40 anos, com possibilidade de renovação por 20 anos” (HINRI-CHS; KLEINBACH; REIS, 2014, p. 587).

Explicitadas as externalidades ambientais e socioeconômicas do uso desta modalidade de produção elétrica há um elemento, eminentemente ligado ao Estado brasileiro, portanto finalístico, face a geopolítica do país, qual seja, a disponibilidade do mineral combustível. Não fazendo sentido algum para um país que já possui usinas em funcionamento, portanto detém o *know-how*, possuir apenas duas usinas termonucleares em operação, o que ratifica a expansão do seu potencial fissil represado.

Dentre as variáveis estipuladas pela *Nuclear Energy Agency* – NEA, órgão da *Organization for Economic Co-operation and Development* – OECDE o custo brasileiro (compreendendo as etapas extração, beneficiamento, transporte, custos ambientais, e outros) em comparativo a outros países (Austrália, Cazaquistão, EUA, Canadá, África do Sul, Nigéria, Namíbia, Rússia, Ucrânia, Uzbequistão, Jordânia) é economicamente viável. O Brasil é 9º colocado dos países detentores de jazidas *significativas* de urânio asseguradas abaixo de US\$ 40 por quilograma de urânio. E ocupa o 5º lugar em *prováveis* reservas existentes no subsolo, com custo entre 40 e 80 dólares (BORGES, 2012, p. 111-114).

As informações dos reais males da radiação devem ser apresentadas e esclarecidas, sendo que os impactos podem ser mitigados e até eliminados com as técnicas existentes e desenvolvidas após os acidentes de *Three Mile Island*, *Chernobyl* e *Fukushima*. Neste contexto de maior acesso às informações, inclusive oriundas dos acidentes retro mencionados, verifica-se que o Brasil possui vasto potencial minério e condições adequadas para utilização da fonte mineral como insumo capaz de participar da matriz energética nacional no formato suplementar ou complementar, mostrando-se, ainda, fonte alternativa mais sustentável.

Assim, estar-se-á diversificando e fortalecendo a geração de energia no país,

garantindo segurança e acesso universal à eletricidade. Com tais melhorias sociais que envolvem o bem-estar, propicia-se, por via transversa, uma maior e melhor informação sobre a tecnologia e combate-se o medo que ainda perdura na produção de energia nuclear.

3 O dilema em universalizar o acesso à energia elétrica pela fonte nuclear frente sua aceitação social

A maioria dos indicadores de externalidades (sociais, econômicas e ambientais) está intimamente correlacionado ao consumo de energia per capita. As estatísticas levam em conta uma série de informações, diferidas no tempo e espaço. O Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, por exemplo, se vale da longevidade (expectativa de vida), da instrução (educação) e da qualidade de vida (poder de compra, baseado no Produto Interno Bruto – PIB de cada país).

Os critérios não são estáticos, anualmente, sofrem reinterpretações para que as informações adotadas sejam, de fato, um instrumento de mudança social real. As análises visam identificar as discrepâncias que impedem a melhora e a manutenção da estabilidade econômica, social e ambiental das nações. Em outros termos, o próprio desenvolvimento daquela nação associado a uma qualidade de vida melhor.

Portanto, mesmo sendo apenas indicadores, é possível, obter uma ideia de como anda o uso sustentável (ou não) dos recursos naturais, bem como, a gestão das fontes energéticas que refletem diretamente na qualidade de vida das pessoas, nos serviços públicos prestados, no regime democrático e em todo o aparato organizado do Estado (jurídico, político e econômico).

Projeções do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC, na sigla em inglês), diante do crescimento populacional mundial, apontam a necessidade de se quintuplicar o fornecimento de energia no mundo até 2050. Essa demanda maior deverá ocorrer em países emergentes como o Brasil, China, Índia e outros da América do Sul, Ásia e África. Esse cenário, associado às preocupações com as mudanças climáticas e a escalada de preços de geração de outras tecnologias, provocou o ressurgimento de usinas nucleares para geração de potência. Atualmente, existem no mundo 443 usinas nucleares, correspondendo a 370 GW (e) de potência nominal, que representam 17% da potência mundial instalada. No mundo, desde 1980, a produção nuclear de energia elétrica saltou de 0,7 milhão para 2,6 milhões de GWh por

ano. No Brasil, com a entrada em operação da usina Angra 2, em 2000, essa produção está em torno de 14 mil GWh por ano (CARAJILESCOV; MOREIRA, 2008, p. 33).

Esses padrões de medidas que são adotados surgem, também, de uma preocupação baseada a partir dos impactos ambientais provenientes da produção e utilização da energia. Mas, sobretudo, para a preservação da espécie humana sob o manto terrestre. Como já mencionado, em um curto lapso temporal (cerca de 150 a 200 anos após a Revolução Industrial) as externalidades de origem antropogênica se destacaram frente aos efeitos naturais do ambiente, muito em razão da sua amplitude e das formas de energia erigidas. “[...] nas considerações do cientista russo Vernadsky: homem se tornou uma força de proporção geológicas” (GOLDEMBERG, 2012, p. 112), vale esclarecer que o patamar civilizatório ou antropológico atual, com todas as suas externalidades, positivas e principalmente negativas só foi possível graças a energia e o aprimoramento da mesma.

Dentre as variadas maneiras pelas quais a sociedade se organiza, a energia, em todas elas, não pode ser negligenciada ou até mesmo relativizada. Isto porque todo e qualquer processo civilizatório, hoje, depende da energia. Ao seu modo, a eletricidade, uma das espécies de energia, alcançou condição especial, quase genealógica para o nível de organização dos países hoje.

A lógica da convivência atual, baseada no consumo desenfreado de bens e serviços, faz com que a dependência por fontes energéticas cresça, mesmo que a população mundial se estabilize ou mesmo diminua. Isto porque o ciclo do consumo já tomou autonomia própria. Quanto maior a produção e os serviços gerados mais energia é necessária, para isto requer-se mais, do insumo básico – energia. Na tentativa de balancear ou mesmo equilibrar as equações avassaladoras atuais o desenvolvimento sustentável é um paradigma decisivo.

Essa é a justificativa principal de se ter um sistema elétrico eficiente, seguro e assim funcional, conquanto, igualmente equilibrado desde a geração até a distribuição elétrica. E dado que a relação entre a energia e o desenvolvido da humanidade é amalgamada, podendo variar conforme cada cultura e regionalidade, estes parâmetros executivos e técnicos tornam-se essenciais para qualquer gestão governamental ao longo das políticas públicas.

Portanto a presença de um sistema de energia elétrica eficiente ou equilibrado e porque não sustentável, jamais deixará de ser fundante e presente nas situações mais comuns do cotidiano antropológico. A revolução tecnológica, ainda em andamento, desenvolvida por fontes energéticas e principalmente pela eletricidade só será destruidora ou negativa, quando da sua ausência, da má aplicação (ineficiência elétrica) ou mesmo do seu uso limitado pelas pessoas. Fatalmente

e com infelicidade as práticas energéticas ao redor do mundo subsistem fora dos padrões da sustentabilidade, o quadro já acena retraídas mudanças, porém:

O consumo de energia pelo homem é, porém, a principal origem de grande parte dos impactos ambientais, em todos os níveis. Em uma escala micro, desencadeou, por exemplo, doenças respiratórias, com o uso primitivo de lenha. Num nível, é a principal fonte das emissões de gases de efeito estufa, que intensifica as mudanças climáticas e causa perda de biodiversidade. Em algumas situações, a energia não tem um papel dominante, mas ainda assim é importante: é o caso, por exemplo, da degradação costeira e marinha, devida, em parte, a vazamentos de petróleo e outros desastres ambientais (GOLDEMBERG, 2014, p. 37).

Universalizar o acesso à eletricidade por si só já constitui um desafio técnico, político e econômico. Somado ao panorama globalizado e ao estado democrático, hodierno, o objetivo se torna progressivamente mais complexo e melindroso. Entretanto o acesso universal lograria o adimplemento de uma série de compromissos internacionais. Ademais, fixaria, após toda a inteligência analítica produzida no tempo, a conciliação do bem-estar humano com o meio ambiente natural, se e somente se, forem dirigidas por prismas de sustentabilidade sincrônicas e diacrônicas¹³.

No caso do Brasil, a exigência do acesso universal à rede elétrica é igualmente preocupante. Os índices mencionados, da precisão latente e crescente por energia, asseveram celeumas, paulatinamente, verticalizadas que envolvem a qualidade de vida do brasileiro. Tanto quanto a guarida legal, disposta, particularmente, no cerne da Constituição da República de 1988, veja:

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CR/88 – dedicou todo um capítulo ao assunto, e, no caput de seu art. 225, estabeleceu que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, para, logo em seguida, impor “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Percebe-se, portanto, que a CR/88 não apenas consagrou o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado como ainda o apontou como sendo condição para que alguém tenha qualidade

¹³ O desenvolvimento sustentável é aquele que proclama a conciliação entre o crescimento econômico, a preservação do meio ambiente *latu sensu* e a equidade social, conjuntamente. “Esse tripé de ecodesenvolvimento é sustentado por um duplo conceito ético: de solidariedade sincrônica com todos os passageiros da nave espacial Terra e de solidariedade diacrônica com as gerações futuras” (SACHS, 2009b, p. 14).

de vida, sem esquecer de destacar que a sua importância se estende para além da presente geração. Aqui convém apontar que o tratamento constitucional do tema autoriza dizer que a promoção do meio ambiente sustentável é um valor indissociável da própria concepção do Estado brasileiro (COUTINHO; MORAIS, 2016, p. 192).

Energia em sua acepção mais abrangente congloba não só o setor econômico, mas, as redes de distribuição, funcionamento de toda uma nação, sua soberania nacional (segurança territorial) e as políticas socioambientais. As quais devem surgir de um pressuposto de dignidade humana intergeracional, almejando, na medida do possível, a viabilização de técnicas e ferramentas mais eficientes e duradouras.

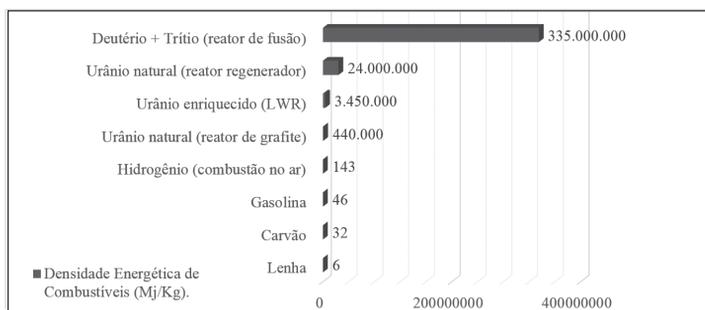
Salta na contemporaneidade o desafio de situar a população para um debate quanto aos avanços tecnológicos oriundos e correlatos do setor elétrico. Para isto é impreterível o elastecimento da dialeticidade de maneira franca e transparente, evidenciando todos os potenciais benéficos e por ventura malefícios em se gerar grandes massas de energia no mundo. Não há, por óbvio, outro modo de perpetrar o uso das fontes energéticas de maior complexidade sem a participação e o conhecimento popular das suas externalidades.

O enquadramento atual brasileiro por energia elétrica (e também em âmbito internacional) além de ser discrepante na geração, carece de severas atualizações nas redes de transmissão (entrega final ao consumidor). O princípio do desenvolvimento sustentável, novamente, é trazido à baila, no intuito de inovar e proteger ao máximo o meio ambiente.

Quando se tem como pano de fundo a necessidade do uso de métodos tecnológicos inovadores. O Gráfico 1 demonstra o potencial de determinados combustíveis na produção elétrica, o destaque é ainda para as fontes radioativas:

Gráfico 1 Densidades energéticas de combustíveis.

Fonte: Tennenbaum (2009 apud BORGES, 2012, p. 104).



Quer dizer que 1 joule equivale a 1 watt/segundo, seguindo o gráfico a cada quilograma (KG), conforme o combustível, é gerado 1.000 joules. Ato contínuo 1 KG de gasolina gera 46 megajoules (MJ) e 1KG de urânio enriquecido gera 3.450.000 MJ. Cruzando estes dados a geração de energia por fissão nuclear é exorbitante, uma vez que o urânio enriquecido dispõe de densidade energética superior a gasolina (BORGES, 2012, p. 104-105).

Sem embargos aos posicionamentos contrários quanto ao uso da termoelectricidade nuclear, seu trato e compreensão carecem de elucidações acessíveis às pessoas. Energia elétrica, por fontes radioativas, é uma realidade já há um bom tempo, seu abandono por completo, talvez seja, impensado e fatalmente um retrocesso legal. De tal forma que o núcleo do debate acerca do risco proveniente da tecnologia, se desenvolve a partir de um paradigma límpido, paritário e participativo da informação, dos atos que envolvem o interesse público e coletivo, veja:

O Conceito de Estado da Informação Democrático de Direito abrange a informação democrática, onde a isonomia possibilite a todos, sem exceção, acessar a informação existente, ou recebe-la, em matéria de interesse público ou geral. “Estado de Direito” porque tanto o acesso como a divulgação da informação não são absolutos, estando subordinados às normas legais preexistentes e à interpretação e decisão dos tribunais, nos casos conflitantes (MACHADO, 2006, p. 50).

Necessariamente o risco em se fornecer eletricidade é alto, todavia, quando sua origem é resultado da técnica fissionável de radioisótopos seu maior obstáculo, ao redor do mundo, depreende-se do medo. As razões de temor estão esculpadas na história recente, vide os eventos de 11 de março de 2011, ocorridos, ao nordeste do Japão em Sendai, local do complexo nuclear de Fukushima Daiichi. Apesar disso, nenhum acidente, até hoje, que envolve energia nuclear e radioisótopos conseguiu alcançar os níveis nefastos de destruição no espaço e tempo¹⁴ do planeta terra como os de Chernobyl sucedidos em 1986.

As matrizes elétricas, atuais, compostas por usinas de fissão possuem, seguramente, procedimentos e mecanismos potencializados no âmbito da segurança, já que historicamente os maiores desastres envolvendo este tipo de produção elétrica decorreram de falhas humanas ou de acidentes naturais. As fatalidades existem, muito em conta do tipo da atividade, qual seja, manipulação da energia através matéria física dos átomos, por isto os cuidados preventivos e repressivos devem ser exaustivos.

Criar e distribuir a energia elétrica em qualquer parte do mundo possui riscos elevados de operação e execução. Por isto o montante financeiro requerido

¹⁴ Para uma leitura de tônica visceral, detalhes políticos e históricos, reais, sobre o palco de acontecimentos ocorridos em Chernobyl após a detonação do reator de fissão nuclear, vide Aleksievitch (2016).

para as operações de fornecimento de energia, demandam altas quantias de capital e conhecimento técnico especializado. Sendo assim com o aumento dos índices de crescimento demográfico para os próximos anos, para diversos países, principalmente os em desenvolvimento, como é o caso do Brasil fontes alternativas mais sustentáveis e efetivas são imprescindíveis. Políticas públicas que envolvam ampliação do acesso à energia partindo da alteração da densidade demográfica devem atentar-se as alternativas tecnológicas, cujo *know-how* técnico e científico é conhecido e dominado, como é o caso da energia nuclear devem ser utilizados. Para tanto suas características dentro do perfil da sociedade devem ser trabalhadas e esclarecimentos sobre as externalidades imediatas e potenciais elucidadas.

Mesmo sendo a maior barreira em viabilizar a termoelectricidade fóssil, a aceitação social precisa e merece uma leitura consciente. Distante de ídolos, compreendido na atualidade, pela cultura (desmotivadora) do medo. “Para um filósofo grego, essa ideia teria parecido grotesca, completamente absurda, o ser humano tomado pela angústia, sendo o contrário do sábio. O medo nos torna tolos e maus, incapazes de pensar livremente, ou de nos abrir ao outro” (FERRY, 2015, p. 11).

É possível dizer, sucintamente, que a prevenção trata de riscos ou impactos já conhecidos e vistos pelo campo científico, já a precaução se distingue por gerir riscos ou impactos desconhecidos (MILARÉ, 2011). A energia nuclear dentro todo o seu histórico, foi paulatinamente sendo sedimentada e dominada dentro do campo tecnocientífico. Portanto o princípio da precaução¹⁵ não é o instrumento hábil, em toda sua plenitude teórica, mecanismo categórico para solucionar eventuais externalidades do uso da energia nuclear, quanto menos ser subvertido na ótica do medo.

Ainda conforme esse discurso corrente hoje em dia nos meios empresariais, outro lado, agora intelectual e moral, vem imobilizar o crescimento: a absurda inscrição do princípio da precaução na Constituição seria o símbolo de uma sociedade que cede pouco a pouco à ideologia funesta do risco zero. [...] é verdade que nosso continente parece tetanizado pela angústia, temos medo de tudo: do sexo, do álcool, do fumo, da rapidez, dos OGM [organismos geneticamente modificados], do buraco na camada de ozônio, das nanotecnologias, das micro-ondas, da Turquia, da globalização, do aquecimento global, das antenas celulares [...] e de mil coisas ainda abomináveis (FERRY, 2015, p. 9).

15 Precaução e Prevenção não se confundem, há divergência semântica entre as expressões, ao menos em termos etimológicos. “Prevenção é substantivo do verbo prevenir (do latim *prae* = antes e *venire* = vir, chegar), e significa ato ou efeito de antecipar-se, chegar antes; induz uma conotação de generalidade, simples antecipação no tempo é verdade, mas com intuito conhecido. Precaução é substantivo do verbo precaver-se (do latim *prae* = antes e *cavere* = tomar cuidado), e sugere cuidados antecipados com o desconhecido, cautelosa para que uma atitude ou ação não venha a concretizar-se ou a resultar em efeitos indesejáveis” (MILARÉ, 2011, p. 1069).

Uma leitura íntegra se faz necessária se o objetivo é consubstanciado em políticas energéticas que visem a universalização da eletricidade para os povos. Isto se faz jus, uma vez que, não há espaço para criação de riscos inexistentes, o que é de fato, buscado desde os especialistas aos simpatizantes é o real potencial lesivo do empreendimento e não mitos, corroboradores dentro de um palco de especulações.

O temor proveniente da tecnologia nuclear existe, sua origem, entretanto, demanda uma percepção apurada, para então quebrar as resistências desnecessárias a ela circundantes. O hiato¹⁶ do Brasil em gerar eletricidade de fonte nuclear, mitigando os famosos apagões, deve abordar o espectro do medo. Estamos em uma sociedade que possui medo de tudo e que vacila rotineiramente em assumir sua responsabilidade para as consequências por elas geradas, basta observar os diversos danos ambientais já concretizados, envolvendo em sua maioria o setor elétrico.

A prisão que é estabelecida nas sociedades contemporâneas, através do medo, é erigida por dicotomias, problemas ou mesmo traumas pretéritos, assim, na ânsia por uma solução ou resposta, utopias coletivas são erguidas. Por isto há quem diga ser contrário à tecnologia nuclear, mas não apresente fundamentos basilares que envolvam todo o seu processo técnico, econômico, social, político, jurídico e acima de tudo ambiental.

Os problemas de outrora, que envolvam a fissão nuclear, propriamente, como os acidentes de Chernobyl em 1986 e de Fukushima em 2011, mal relacionados com o público local e também mundial, em nenhum momento podem ser repassados, na intransigência de uma contra resposta, ou seja, serem resumidos a partir de um slogan de poucas palavras, escoimando detalhes indispensáveis a superação dos efeitos reais ocasionados por desastres radioativos no meio ambiente.

Longe de mim a ideia de negar a parte de verdade que reside nesse discurso sobre o peso exorbitante do Estado, bem como sobre a sacralização constitucional do princípio da precaução. [...] Estou, porém, convencido de que é preciso ir mais longe, muito mais longe na análise se quisermos compreender em toda a sua amplitude a verdadeira origem dos elementos que suscitam a tendência geral das sociedades modernas à mudança contínua, à inovação, mas também em todos os campos da existência humana – a arte, os costumes, os valores, o vestuário, a cultura, a informação, a tecnociência, a escola –, tudo o que é “ultrapassado” ou “démodé” sendo destinado à obsolescência ou ao museu (FERRY, 2015, p. 12).

¹⁶ A produção de eletricidade é responsável por pouco menos de 20% do consumo de energia primária mundial e ainda dois bilhões de pessoas não têm acesso a esse bem em todo o mundo, razão pela qual programas de eletrificação são prioritários (GOLDEMBERG, 2012, p. 175).

Grande parte da população acha que é necessário hoje em dia, o medo como organizador social. O medo virou uma virtude no tempo atual, porque, foi criada uma cultura a partir dos grandes acontecimentos antropocêntricos dos últimos 250 anos de experimentação humana. Embora seja uma opção possível, sua escolha resulta no comodismo daquilo que já é dominado, mas que não necessariamente é o suficiente para abastecer as demandas sociais daquele momento e vindouras, assim, impedindo a criação inusitada, necessária dentro da fluidez das relações.

Zygmunt Bauman¹⁷ é um pensador Polonês cuja teoria possibilita uma análise mais atual das relações no mundo contemporâneo. O referido escritor permite o estudo analítico através da ótica prática das formas de convivência na modernidade. Bauman tem escritos famosos desde dos anos 60, mas é a partir da década de 1990 que o mesmo insere na literatura internacional o termo modernidade líquida.

Bauman se vale da figura de linguagem (modernidade líquida) para compreender a vida compartilhada na atualidade. Segundo o sociólogo, a liquidez consagra a ideia de mudanças constantes, logo jamais haverá a fixação de um padrão ou forma a ser seguida ou perquirida, entretanto, há ao mesmo tempo a conservação de algumas características, constituidoras do âmago da liquidez antrópica. E é exatamente este conflito, intermitente, entre a mudança contínua, que conserva um núcleo duro de inalterabilidade, que o autor usa para explicar a modernidade.

A partir de Bauman é possível interpretar que os indivíduos estão vinculados e por isto incontinentes há alguns sistemas, dotados também, da lógica paradoxal, de alterabilidade e de inexorabilidade. Assim as noções ou interpretações sobre determinados temas ou assuntos que envolvam a coletividade, e não há um tema sequer que não o seja, perpassam por dicotomias existenciais, imediatamente particulares, mas de repercussões perceptíveis no seio social, logo, mediamente plurais.

O conflito existente na coletividade gera sentimentos de índole social coordenados, portanto destrutivos, causando o que o autor considera propriamente como a ontologia do medo e da angústia (BAUMAN, 2007). Essas forças propuloras de um querer duvidoso (medo e angústia) para as soluções dos problemas de convivência, conforto e bem-estar são impeditivas de um paradigma, portanto, de uma vida sustentável em qualquer seara.

O exemplo significativo brasileiro, intimamente, ligado ao setor de geração de eletricidade, é o viés questionável em privilegiar o *know-how* hídrico em

¹⁷ Falecido em 09 de janeiro de 2017.

detrimento da fissão nuclear ou mesmo de outros modais, como o fotovoltaico e eólico. Há desta forma a permanência em se gerar a eletricidade, entretanto, o paradoxo reside nas formas extremamente impactantes e degradantes que as geram e que a longo prazo compelem a insustentabilidade de todo o sistema energético do país.

Há que se ter uma abertura de mentalidade para novas formas de geração de energia, objetivando a diminuição de impactos negativos pela diversificação. Se não é possível evitar todos os efeitos negativos reflexos da produção energética, e a coletividade de hoje mostra-se absolutamente dependente de energia em níveis cada vez maiores, além de uma educação ambiental bem-estruturada, faz-se prioritário pensar em modelos viáveis e menos impactantes, não minimizando o contexto exteriorizado de impacto à emissão de gases do efeito estufa, pois, como dito, o ambiente é muito mais diverso do que a qualidade do ar e o controle do clima na Terra (LIMA, 2017, p. 114).

A tão dita responsabilidade ética, serviente de uma consciência coletiva, propícia da convivência equilibrada, parece a solução inovadora dos duros caminhos a serem experimentados pela humanidade. Porém não se trata de algo novo, a Constituição da República trata do tema e diversos autores revolvem este assunto, mas parece que a gestão das informações e do conhecimento se rendeu há algo pontual e vigente, mas que deve ser corrigido “a paralisia do medo do desconhecido deve ser combatida, numa sociedade democrática, através da análise objectiva dos riscos e da sua comunicação” (GOMES, 2013, p. 196).

O otimismo racional não pode ser descartado, nem incorrido, portanto, confundido com as penumbras de destruição oriundas dos impactos negativos trazidos pelas inovações (RIDLEY, 2014). A gestão do ônus e do bônus sempre foi vital, hoje, suas dimensões baseiam-se no padrão de vida almejado e conquistado pela humanidade. Frente a multiplicidade de quesitos sociais, econômicos e ambientais, a dialeticidade humana não pode ser rivalizada com os desafios gerados pela própria sociedade.

A reformulação da matriz energética não é necessária somente em razão da proteção ambiental, mas, sobretudo, em razão de outros direitos fundamentais como o acesso universal à eletricidade, o bem-estar alcançado por meio do mercado de produtos de consumo e a questão de se impedir retrocessos no que tange a fatores vinculados à dignidade da pessoa humana e a conquistas sociais (LIMA, 2017, p. 59).

Tal reflexão é a noção fundante para optarmos, ajuizados do papel e do apreço da sustentabilidade, face ao descontrole antrópico, obrigatoriamente ligado ao setor de energia de capa país.

Considerações finais

Dentre as principais questões ambientais contemporâneas a energia, na configuração elétrica, imbuí-se de tarefas substanciais garantindo e efetivando o bem-estar e a dignidade humana. Mesmo ao garantir condições mínimas aos indivíduos, é importante destacar o custo operativo para a sua produção e para a manutenção do sistema. É inegável que a geração de eletricidade degrada o ambiente, possuindo externalidades sociais, econômicas e ambientais, tanto positivas quanto negativas. A diferença que se pode perceber encontra-se na forma de gestão que se destina esse setor, pelo Estado e pelo empreendedor.

Mesmo sendo um dos vários insumos principiologicos, dentro de uma cadeia produtiva, para a existência e continuidade das formas de vida, seu alcance, é diminuto, exíguo e às vezes inexistente, para grande parcela da população ao redor do planeta terra. Esta dicotomia deflagra a necessidade, premente, de universalizar o acesso à energia, entretanto, as produções energéticas de agora em diante devem ser assentadas dentro de um patamar de responsabilidade (civil, penal e administrativo) distinto dos anteriores, ou seja, mais consciente das externalidades, da importância de uma gestão responsável e comprometida com a sustentabilidade do negócio, precipuamente em relação ao tema dos impactos.

A preservação ambiental, o crescimento econômico e a equidade social devem caminhar lado a lado. A noção de evolução e progresso até então, questionadas durante os séculos XIX, XX e intensamente agora no XXI não podem mais convergir ao absurdo, basicamente, desconsiderando o princípio do desenvolvimento sustentável. A natureza suporta ainda os surtos da industrialização, que eclodiram no passado recente da história do mundo. E o cerne de qualquer política ambiental pautada na ótica sustentável deve, obrigatoriamente, partir das fontes de energia manufaturas em todo planeta, pois é a partir disto que qualquer bem ou sistema organizado de consumo se baseia.

É a energia que serve de base a todo o aparato industrial desde a revolução industrial, quando mais avançado for um país em gerar diversos tipos de energia, maior será seu poderio industrial e conseqüentemente político/militar. O porquê de fomentar a fissão nuclear como um dos múltiplos modais elétricos que um país pode executar, advém, prioristicamente, da sua densidade energética frente

as outras maneiras de se conseguir energia. O custo benefício da termelétricidade radioativa é muito alto, mesmo diante condições severas da natureza.

O Brasil assume a frente deste debate pois já detém conhecimento técnico, inclusive em operação no Estado do Rio de Janeiro, nas usinas term nucleares de Angra I e II. O contexto alça mais prosperidade dada a vantagem geoeconômica em dispor de grandes quantidades de combustível físsil. Mesmo que a continuidade de empreendimentos nucleares no Estado brasileiro seja tímida é uma opção válida e sustentável para ser levada à discussão pública, conjuntamente com a população que sofre de insuficiência e da má distribuição da eletricidade em um país de proporções continentais.

A fonte nuclear é forma alternativa e mais limpa de produção de energia. Ainda é subutilizada no Brasil, mas, que retrata propósitos sustentáveis, em relação às externalidades verificadas na geração de eletricidade. É uma forte candidata a mitigar os apagões brasileiros, chancelando o acesso universal à eletricidade e possibilitando a tão almejada estabilidade no abastecimento, fomentando investimentos para o país.

Nesse contexto, as fragilidades ambientais e operacionais, típicas do setor brasileiro, basicamente proeminentes e movidas por um viés particular das fontes energéticas (hidroelétricas e termelétricas – movidas à matéria orgânica) seriam repensadas.

As mudanças defendidas visam a segurança energética, tão perquirida por muitos países. Mas que dependem do aval de uma população ativa – participativa e conhecedora das dimensões e do feitio da tecnologia em destaque. A energia nuclear fissionável, ainda é o principal expoente mundial em garantir a funcionalidade das sociedades mais modernas, mesmo possuindo em seu histórico inúmeros contrapontos e uma origem de base militar.

A fusão nuclear, vista como o futuro da humanidade, do ramo radioativo propriamente, é tão inovadora, quanto a fissão. As condições de sobrevivência e preservação ambiental são muito bem adimplidas com os princípios sistêmicos da radioatividade, de tal maneira, que a mesma interage e provoca a revolução paradigmática em diversos campos científicos. Entretanto, para que sua implementação consciente ocorra, não só no Brasil, mas em todo o mundo, requerer-se-á necessária e imperativa superação dos medos e fantasmas, infundados, criados pelas pessoas. Basicamente a aceitação da angústia e o equilíbrio do medo em viver e conviver em um mundo dinâmico e prolixo como o atual.

Referências

- ALEKSIÉVITCH, S. *Vozes de Tchernóbil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- ANEEL – AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA. *Atlas de energia elétrica do Brasil*. Brasília, DF: ANEEL, 2008.
- BAUMAN, Z. *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BORGES, M. A. S. *Segurança energética no direito internacional*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- BRASIL. Constituição da República (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. 21. ed. In: *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. São Paulo: Rideel, 2015. (Série *Vade Mecum*).
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais. *Resolução Conama n. 001, de 23 de janeiro de 1986*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em: 11 abr. 2017.
- BRYNJOLFSSON, E.; McAFFEE, A. *A segunda era das máquinas: trabalho, progresso e prosperidade em uma época de tecnologias brilhantes*. Rio de Janeiro: Alta Books, 2015.
- CARAJILESCOV, P.; MOREIRA, J. M. L. Aspectos técnicos, econômicos e sociais do uso pacífico da energia nuclear. *Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 60, n. 3, set. 2008.
- COUTINHO, C. M. C.; MORAIS, J. L. B. Direito fundamental ao meio ambiente como elemento constitutivo da democracia. *Veredas do Direito – Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, Belo Horizonte, v. 13, n. 25, p. 173-198, 2016.
- CUSTÓDIO, M. M.; VALLE, C. N. L. Energia renovável, energia alternativa e energia limpa: breve estudo sobre a diferenciação dos conceitos. In: CUSTÓDIO, M. M. (Org.). *Energia e Direito: perspectiva para um diálogo de sustentabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 5-39.
- FERRY, L. *A inovação destruidora: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.
- GOLDEMBERG, J. *Energia nuclear: vale a pena?* 7. ed. São Paulo: Scipione, 1994.

GOLDEMBERG, J. *Energia e desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Blucher, 2014. (Série Sustentabilidade, v. 4).

GOLDEMBERG, J.; LUCON, O. *Energia, meio ambiente e desenvolvimento*. 3. ed. rev. ampl. São Paulo: Edusp, 2012.

GOMES, C. A. A idade da incerteza: reflexões sobre os desafios de gerenciamento do risco ambiental. In: LOPEZ, T. A.; LEMOS, P. F. I.; RODRIGUES JÚNIOR, O. L. (Coords.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 195-212.

HINRICHES, R. A.; KLEINBACH, M.; REIS, L. B. *Energia e meio ambiente*. 5. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

LIMA, C. C. *A interferência da cultura econômica monopolista na formação da matriz energética brasileira: o poder dos ventos como fonte alternativa e complementar de energia elétrica*. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável) – Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, 2017.

MACHADO, P. A. L. *Direito à informação e meio ambiente*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MILARÉ, É. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 7. ed. rev. atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MOURA, L. A. A. *Economia ambiental: gestão de custos e de investimentos*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

PIGOU, A. C. *The economist of welfare*. 4. ed. London: Macmillan, 1932.

RIBEIRO, V. M. *Tutela penal nas atividades nucleares*. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RIDLEY, M. *O otimista racional: por que o mundo melhora*. Rio de Janeiro: Record, 2014.

SACHS, I. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009a. (Coleção Ideias Sustentáveis).

SACHS, I. Prefácio: Ecodesenvolvimento e Justiça Social no Brasil. In: PÁDUA, José Augusto (Org.). *Desenvolvimento, justiça e meio ambiente*. Belo Horizonte: UFMG; São Paulo: Peirópolis, 2009b. p. 13-15.

SANCHES, L. A. U. *Curso de Direito de Energia: da história*, tomo I. São Paulo: Instituto Geodireito, 2011.

SÁNCHEZ, L. E. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. São Paulo: Oficina dos Textos, 2008.

SILVA, D. *De onde vêm as palavras: origens e curiosidades da língua portuguesa*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2014.

ANÁLISE CRÍTICA DO ARTIGO 20 DA LEI N. 8.429/1992

Samara Fernandes da Cruz Aguiar¹

Artigo recebido em: 24/01/2019

Artigo aceito em: 07/03/2019

Resumo

O objetivo deste artigo é demonstrar a viabilidade jurídica de percepção de remuneração proporcional ao tempo de serviço para servidores públicos afastados cautelarmente da função quando a medida se fizer necessária à instrução processual, nos termos do art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992. Para tanto, propõe-se o cotejo entre o instituto da disponibilidade e do afastamento cautelar. Traça-se uma breve análise da situação do servidor público posto em disponibilidade (art. 41, § 3º,

da CR/88), bem como dos efeitos provocados na esfera patrimonial desse, sem que isso viole o Princípio (ou Postulado) da Razoabilidade. Em arremate, demonstra-se a viabilidade de interpretar o parágrafo único do artigo 20 nessa mesma linha de intelecção.

Palavras-chave: disponibilidade; Princípio da Razoabilidade; Lei de Improbidade Administrativa; afastamento cautelar; remuneração parcial; viabilidade.

¹ Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Anhanguera. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNA. Estagiária de pós-graduação *lato sensu* no Ministério Público de Minas Gerais. E-mail: samaracfernandes@gmail.com

CRITICAL ANALYSIS OF ARTICLE 20 OF LAW N. 8.429/1992

Abstract

The purpose of this article is to demonstrate the legal feasibility of receiving remuneration proportional to the length of service for public servants precautionary leave from the function when the measure becomes necessary to the procedural instruction, under the terms of art. 20, sole paragraph, of Law n. 8.429/1992. In order to do so, we propose a comparison between the institute of availability and precautionary leave. A brief analysis of the situation of the public servant put into availability (article 41,

§ 3, of CR/88), as well as of the effects caused in the patrimonial sphere of this one, without violating the Principle (or Postulate) of the Reasonableness. In closing, it is demonstrated the feasibility of interpreting the sole paragraph of article 20 in the same line of intellection.

Keywords: *availability; Principle of Reasonability; Law of Administrative Improbability; precautionary removal; partial remuneration; viability.*

Introdução

O parágrafo único do artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 4 de junho de 1992) avaliza a possibilidade de afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.

O dispositivo legal, ao permitir o afastamento do servidor público de suas funções, tem por escopo garantir o bom andamento da instrução processual na apuração de eventuais atos ímprobos. Trata-se de instrumento de natureza processual, com nítida feição cautelar, sem qualquer traço sancionatório. De qualquer maneira, a norma deve ser avocada com prudência e somente casos de especial necessidade.

A literalidade do dispositivo dá nota de que o afastamento se dá “sem prejuízo da remuneração”, de modo que a interpretação comumente atribuída é que, nas hipóteses de aplicação, os vencimentos auferidos pelo agente público são concedidos em sua integralidade, como se estivesse no exercício regular da função pública.

Ocorre que as mudanças sociais e as alterações no texto constitucional ao longo dos anos solaparam projeção razoavelmente distinta da literalidade do dispositivo. A bem da verdade, descortinou-se cenário suscetível de afastar a exegese atribuída até então sem questionamentos.

Cumpre-nos aduzir, nesse contexto, a situação do servidor público civil posto em disponibilidade nos termos do artigo 41, parágrafo 3º, da Constituição da República de 1988. Um breve cotejo entre esses dois institutos, quais sejam, o afastamento cautelar (art. 20, § único, da Lei n. 8.429/1992) e a disponibilidade (art. 41, § 3º, da CR/88) é um bom começo para introduzir a discussão no meio jurídico.

Registre-se que não há pretensão, nesta modesta publicação, de esgotar o tema, mas tão somente de provocar a análise crítica do dispositivo legal, considerando sobretudo a atual performance do Legislativo Brasileiro no intento de conferir à Lei n. 8.429/1992 maior contemporaneidade e efetividade (a título de exemplo, vide, entre tantos outros, os Projetos de Lei n. 3.636/2015, 10.887/2018 e 10.106/2018, em trâmite na Câmara dos Deputados, e os Projetos de Lei n. 71/2017, 187/2018 e 380/2018, todos em curso perante o Senado Federal).

É com essa ótica que se passa à análise do tema, estabelecendo um breve cotejo entre os institutos da disponibilidade e do afastamento cautelar.

1 Do Instituto da Disponibilidade: histórico constitucional e breves reflexões críticas

A Constituição da República de 1988 dispõe que “extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor ficará em *disponibilidade*, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até o seu adequado aproveitamento em outro cargo” (artigo 41, § 3º, CR/88). A disponibilidade é instituto próprio do Direito Administrativo, afeto ao estudo dos direitos e garantias dos agentes públicos, aplicável aos servidores ocupantes de cargos de provimento efetivo.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho, a disponibilidade é a “situação funcional na qual o servidor passa à inatividade em virtude da extinção de seu cargo ou da declaração de sua desnecessidade” (2013, p. 733). Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, “a disponibilidade é a garantia de inatividade remunerada, assegurada ao servidor estável, em caso de ser extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade” (2013, p. 658).

Com efeito, o instituto da disponibilidade é revestido de envergadura constitucional há muitos anos. Embora omissas as três primeiras Constituições (Constituição do Império de 1824, Constituição da República de 1891 e Constituição da República de 1934), depreende-se que desde a Carta de 1937 a matéria é expressamente alocada no texto constitucional. Naquela época, era a dicção da lei maior:

Art. 157. Poderá ser posto em **disponibilidade**, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, desde que não caiba no caso a pena de exoneração, o funcionário civil que estiver no gozo das garantias de estabilidade, se, a juízo de uma comissão disciplinar nomeada pelo Ministro ou chefe de serviço, o seu afastamento do exercício for considerado de conveniência ou de interesse público (BRASIL, 1937, grifo nosso).

Constata-se que a disponibilidade, naquela oportunidade, era eivada de caráter eminentemente sancionatório, assim como a exoneração, que igualmente fora empregada para fins de punição administrativa. A Constituição da República de 1946, de outro modo, passou a disciplinar a disponibilidade da seguinte maneira:

Art. 189. Os funcionários públicos perderão o cargo:
I – quando vitalícios, somente em virtude de sentença judiciária;
II – quando estáveis, no caso do número anterior, no de se extinguir o cargo ou no de serem demitidos mediante processo administrativo em que se lhes tenha assegurado ampla defesa.

Parágrafo único – Extinguindo-se o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada até o seu obrigatório aproveitamento em outro cargo de natureza e vencimentos compatíveis com o que ocupava. (BRASIL, 1946, grifo nosso).

É a partir desse momento que a concepção garantista do instituto foi instituída em nosso Ordenamento Jurídico. A índole protetora do preceito foi ratificada pela Constituição de 1967, que dispunha:

Art. 99. São estáveis, após dois anos, os funcionários, quando nomeados por concurso.

§ 1º – Ninguém pode ser efetivado ou adquirir estabilidade, como funcionário, se não prestar concurso público.

§ 2º – **Extinto o cargo, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos integrais, até o seu obrigatório aproveitamento em cargo equivalente** (BRASIL, 1967, grifo nosso).

Com o advento do Ato Complementar n. 40, de 30 de dezembro de 1968, o parágrafo § 2º do artigo 99 da CR/67 foi alterado, passando a prescrever que “extinto o cargo ou declarada pelo poder executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com proventos

proporcionais ao tempo de serviço”. A Emenda Constitucional n. 1/1969 (tida por alguns como “Constituição de 1969”) reproduziu o preceito *ipsis litteris*:

Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969 – Art. 100. Serão estáveis, após dois anos de exercício, os funcionários nomeados por concurso.

Parágrafo único. Extinto o cargo ou declarada pelo Poder Executivo a sua desnecessidade, o funcionário estável ficará em disponibilidade remunerada, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço (BRASIL, 1969, grifo nosso).

Promulgada a Constituição da República de 1988, a disponibilidade passou a ser disciplinada pelo § 3º do artigo 41, cuja redação originária era a seguinte:

Art. 41. São estáveis, após dois anos de efetivo exercício, os servidores nomeados em virtude de concurso público. [...].

§ 3º Extinto o cargo ou declarada sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade remunerada, até seu adequado aproveitamento em outro cargo (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Quis a norma constitucional, a exemplo do que fizera o constituinte em 1946, manter-se neutra quanto ao valor dos proventos a serem recebidos pelo servidor estável em casos de extinção ou de declaração de desnecessidade do cargo. Perante a proposital omissão no texto constitucional, bem como diante da notória natureza protetiva do instituto, surgiram vozes defendendo, de um lado, a percepção proporcional dos vencimentos e, de outro, o recebimento integral.

Nesse contexto, em 20 de junho de 1990, dois anos depois de promulgado o texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal foi provocado a enfrentar o tema. Isso porque em 15 de junho de 1990 fora publicado o Decreto n. 99.300, cujo escopo é a regulamentação os proventos dos servidores postos em disponibilidade. Eis o teor dos artigos inaugurais:

Art. 1º Os proventos dos servidores estáveis, cujos cargos ou empregos forem extintos ou declarados desnecessários, serão calculados **proporcionalmente** ao tempo de serviço público, com base nos registros constantes dos respectivos assentamentos individuais.

Art. 2º No cálculo do valor dos proventos a que têm direito os servidores em disponibilidade serão incluídos exclusivamente:

a) o vencimento do cargo ou salário do emprego;

- b) o adicional por tempo de serviço;
- c) os quintos previstos no art. 2º da Lei n. 6.732, de 4 de dezembro de 1979;
- d) o salário-família;
- e) as vantagens pessoais nominalmente identificadas.

Parágrafo único. Para efeito de cálculo dos proventos proporcionais serão considerados como base os seguintes limites de tempo de serviço fixados para a aposentadoria voluntária:

- a) aos trinta e cinco anos de serviço, se homem, e aos trinta, se mulher;
- b) aos trinta anos de efetivo exercício em funções de magistério, se professor, e vinte e cinco, se professora;
- c) nos prazos especiais de proventos integrais regulados em lei (BRASIL, 1990, grifo nosso).

O Partido Democrático Trabalhista – PDT recorreu à Corte para pedir a declaração de inconstitucionalidade de todo o Decreto ou, subsidiariamente, do artigo 1º e do parágrafo único do artigo 2º. Em agosto de 1991, o Tribunal Pleno, por maioria de votos, julgou procedente o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 313/DF, declarando a inconstitucionalidade dos arts. 1º e 2º do Decreto n. 99.300, de 15.6.1990.

Assentou, em síntese, que a fixação de vencimentos proporcionais não era compatível com a índole garantista do § 3º do artigo 41 da CR/88:

CONSTITUCIONAL. Servidor em disponibilidade. Vencimentos, Súmula 358 STF. Segundo a Constituição de 1988, também era assim em 46 e 67, disponibilidade não e punição. Disponibilidade e aposentadoria. Vencimentos e proventos. Conceitos distintos: vencimentos de servidor em atividade, ainda que em disponibilidade, e proventos da inatividade. Linguagem legal e sumular. Irredutibilidade de vencimentos e de proventos. Dec. 99.300/90. Fixação de vencimentos proporcionais ao servidor em disponibilidade. Inconstitucionalidade em face do art. 41, par. 3., CF. Ação julgada procedente. STF. ADI 313. Relator Min. Paulo Brossard. Tribunal Pleno. Julgado em 21/08/1991. DJ 30/04/1992.

Com esse julgamento, a Suprema Corte reafirmou sua jurisprudência consolidada, ratificando o verbete n. 358, editado nos idos de 1963, segundo o qual “o servidor público em disponibilidade tem direito aos vencimentos integrais do cargo”.

Cumpra aduzir, no entanto, que a Emenda Constitucional n. 19, de 04 de junho de 1998, modificou sensivelmente o tratamento constitucional atribuído ao tema.

Inicialmente, é imperioso recordar que a Emenda Constitucional n. 19/98 pretendeu revigorar a Administração Pública, reestruturando o Estado e redefinindo sua forma de atuação, a fim superar a crise e a prolongada estagnação econômica que experimentava o Brasil naquela oportunidade. A Emenda pautou-se no fortalecimento da capacidade de gestão e engajou esforços para a retomada do desenvolvimento econômico, com impactos positivos sobre a ação governamental e sobre a sociedade.

De acordo com sua exposição de motivos, “a revisão de dispositivos constitucionais não esgota a reforma administrativa, mas representa etapa imprescindível ao seu sucesso, promovendo a atualização de normas”. Especificamente quanto à disponibilidade:

EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19, DE 04 DE JUNHO DE 1998 (Exposição De Motivos Interministerial n. 49, de 18 de agosto de 1995) – O instituto da disponibilidade remunerada foi revisto, prevendo-se expressamente a percepção de remuneração proporcional ao tempo de serviço, até o reaproveitamento do servidor em cargo de mesma natureza atributiva. A readequação proposta visa reforçar a sua viabilidade como instrumento destinado a facilitar processos de reorganização administrativa, podendo ser empregado alternativamente ao desligamento do servidor (BRASIL, 1998).

Diante disso, a redação conferida pela Emenda (e que permanece em vigor até os dias atuais) ao parágrafo 3º do artigo 41 é esta:

EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19, DE 04 DE JUNHO DE 1998

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam esta Emenda ao texto constitucional: [...].

Art. 6º O art. 41 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. [...].

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração

proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo (BRASIL, 1998, grifo nosso).

Nesse aspecto, a Emenda Constitucional n. 19/98 revelou-se numa bem-sucedida investida de *reversão jurisprudencial*, ou, em outras palavras, de *superação legislativa da jurisprudência*. O fato é que, a par de tamanho revertério no texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal foi compelido a rever seu posicionamento, passando a admitir a percepção de remuneração proporcional:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 90, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DISPONIBILIDADE REMUNERADA DOS SERVIDORES PÚBLICOS. EDIÇÃO DA EC N. 19/98. SUBSTANCIAL ALTERAÇÃO DO PARÂMETRO DE CONTROLE. ARTIGO 41, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA APROVEITAMENTO DO SERVIDOR. INCONSTITUCIONALIDADE. INTEGRALIDADE DA REMUNERAÇÃO. NÃO RECEPÇÃO PELA EC N. 19/98.

1. A Emenda Constitucional n. 19/98 alterou substancialmente parte do art. 41, § 3º, da Constituição Federal, o qual figura como paradigma de controle na ação. Necessidade de adoção de dois juízos subsequentes pelo Tribunal. O primeiro entre o preceito impugnado e o texto constitucional vigente na propositura da ação, com o fim de se averiguar a existência de compatibilidade entre ambos (juízo de constitucionalidade). Já o segundo entre o dispositivo questionado e o parâmetro alterado (atualmente em vigor), com o escopo de se atestar sua eventual recepção pelo texto constitucional superveniente.

2. A imposição do prazo de um ano para aproveitamento do servidor em disponibilidade ofende materialmente a Carta Federal, pois consiste em obrigação criada pelo Poder Legislativo que não decorre direta ou indiretamente dos pressupostos essenciais à aplicação do instituto da disponibilidade definidos na Constituição da República (art. 41, § 3º), e, principalmente, porque não condiz com o postulado da independência dos Poderes instituídos, ainda que em sede do primeiro exercício do poder constituinte decorrente.

3. O art. 41, § 3º, da Constituição Federal, na sua redação originária, era silente em relação ao quantum da remuneração

que seria devida ao servidor posto em disponibilidade. Esse vácuo normativo até então existente autorizava os estados a legislar sobre a matéria, assegurando a integralidade remuneratória aos seus servidores. Contudo, a modificação trazida pela EC 19/98 suplantou a previsão contida na Carta estadual, pois passou a determinar, expressamente, que a remuneração do servidor em disponibilidade seria **proporcional ao tempo de serviço**. 4. **Ação direta julgada parcialmente procedente.**

STF. ADI 239, Relator Min. Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 19/02/2014. Publicação 30/10/2014 (grifo nosso).

É a disponibilidade remunerada, a teor da atual Constituição da República, garantia especial do servidor público, corolário da harmoniosa ponderação entre o interesse público e as garantias constitucionais conferidas a esse agente, face a sua fundamentalidade. Constitui-se em manifesta prerrogativa, conforme lecionam Celso Antônio Bandeira de Mello e Diogenes Gasparini, respectivamente:

A disponibilidade é um *direito* que a Constituição confere ao servidor público civil *estável*, caso seu cargo venha a ser extinto ou declarado desnecessário (§ 3º do art. 41), ou ainda quando, em virtude de reintegração de outrem, seja desalojado do cargo que ocupava sem ter um cargo de origem para regressar a ele (art. 41, § 2º, precitado) (MELLO, 2011, p. 292, grifo nosso).

Nesses dois parágrafos está constitucionalmente instituída e regulada a *disponibilidade*, como garantia do servidor estável. Pode ser definida como *a garantia constitucionalmente assegurada ao servidor estável, que impede seu desligamento a Administração Pública quando extinto o cargo, declarada sua desnecessidade ou reintegrado seu titular, percebendo, enquanto durar a disponibilidade, proventos proporcionais ao tempo de serviço*. Não é, assim, pena (embora já tenha sido, na vigência da Carta de 1937 e na do Ato Institucional n. 5/68) aplicável ao servidor, nem tampouco instrumento de perseguição ou favoritismo de integrantes dessa espécie de agente público. Muito menos é modalidade de aposentadoria. É *direito*, repisa-se, do servidor estável, utilizável em razão do interesse público (GASPARINI, 2011, p. 276, grifo nosso).

Assim sendo, cumpre registrar que há dois pressupostos elencados pela Constituição Cidadã para o advento da disponibilidade: (i) extinção do cargo público originalmente ocupado pelo servidor, por meio de lei ou, excepcionalmente, por Decreto Autônomo, quando vagos (artigo 84, inciso VI, “b”, CR/88); ou (ii) declaração da desnecessidade do cargo, por ato administrativo declaratório. Tais ocorrências podem derivar de eventuais demissões, exonerações ou até mesmo promoções que, desfeitas, implicam ao retorno do *status quo ante*.

Examinando sob essa ótica, percebe-se, o servidor público estável é afastado de sua atividade por interesse da Administração Pública. A Constituição não adentra ao mérito do bom ou mau desempenho das funções, limitando-se a relacionar como requisitos atos administrativos (declaração da extinção ou desnecessidade do cargo público). Nesse ínterim, até que sobrevenha outra forma de provimento, o agente público será posto em disponibilidade e auferirá a título de vencimentos *quantum* proporcional ao tempo de serviço.

Não custa salientar, novamente, que a hodierna conjuntura da disponibilidade não preserva em si qualquer traço sancionatório. A percepção de remuneração proporcional ao tempo de serviço não significa a aplicação de penalidade, antes, como visto, a disponibilidade é *direito* do servidor. Bem por isso a modalidade de disponibilidade em testilha se difere da chamada “disponibilidade punitiva”, como bem pontifica José dos Santos Carvalho Filho:

É oportuno salientar, desde logo, que o instituto em foco não se confunde com a *disponibilidade punitiva*, que conforme indica a própria expressão, estampa modalidade de sanção funcional, e nada tem a ver com a extinção ou desnecessidade do cargo. É o caso da disponibilidade punitiva de magistrados, prevista no art. 93, inc. VIII, da CF, pela qual o juiz fica afastado compulsoriamente de seu cargo pelo voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, percebendo subsídios proporcionais ao tempo de serviço. Idêntica sanção, aliás, aplica-se também aos membros do Ministério Público, como prevê o art. 130-A, § 2º, III, da CF introduzido pela EC 45/2004 (CARVALHO FILHO, 2013, p. 733, grifo nosso).

Por conseguinte, ao contrário do que se imagina, é possível, ainda que hipoteticamente, que o mais eficiente e prestativo servidor seja posto em disponibilidade, pois o que prevalece para esse fim é o *interesse público* quanto à manutenção do cargo.

Como regra, o servidor nomeado para cargo de provimento efetivo em

virtude de concurso público, após o decurso do prazo de três anos de efetivo exercício (estágio probatório), tem garantida a estabilidade no serviço público, vindo a perder o cargo somente em virtude de sentença judicial (com trânsito em julgado), de processo administrativo ou ainda por causa de procedimento de avaliação periódica de desempenho (§ 1º do artigo 41 da CR/88).

Todavia, embora impeça que o agente seja excluído dos quadros de pessoal da Administração Pública, a estabilidade ventilada pelo artigo 41 da CR/88 não tem o condão de tolher alterações na arquitetura organizacional da máquina administrativa.

Ora, os cargos públicos são criados e organizados com a finalidade de atender necessidades específicas da coletividade, tendo por parâmetros o momento histórico, político e social que a permeiam. São, por essa razão, instrumentos para a boa consecução de serviços públicos, conforme desde há muito tempo amestra José Cretella Júnior: “cargo público consubstancia programas a serem cumpridos pelos agentes para o atendimento do interesse público” (1999, p. 155). Porém, no eventual desaparecimento de tais necessidades, o suporte jurídico que amparava a conservação de toda uma categoria de servidores públicos deixará simultaneamente de existir.

A propósito, concludentemente afirma José dos Santos Carvalho Filho que “a estabilidade **não** protege o servidor contra a **extinção do cargo**, porque nesta se presume o **interesse maior da Administração**” (2013, p. 733). Outrossim, na mesma linha de raciocínio, segue Supremo Tribunal Federal, por meio da súmula n. 22: *o estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo* (atentese para a data de publicação do enunciado: Sessão Plenária de 13.12.1963).

Destarte, sobrevivendo vicissitudes capazes de esvaziar as atribuições de certos cargos públicos, torna-se necessário equacionar o interesse público, cujo desígnio é a respectiva extinção ou declaração da desnecessidade, e o interesse dos titulares desses cargos, que com fundamento no artigo 41 da CR/88, possuem estabilidade no serviço público.

A solução intermediária providenciada pelo legislador constituinte recaiu sobre o *cálculo dos vencimentos*: para não gerar o enriquecimento sem causa do agente público (uma vez que não há exercício tangível da função pública), a remuneração durante o período da disponibilidade é concedida com suporte no tempo de serviço prestado, ou seja, os vencimentos passam a ser, forçosamente, proporcionais ao tempo de serviço.

Repisa-se, nessa contextura, que a essência da disponibilidade não é de viés sancionatório. Antes, constitui-se ato jurídico de justa medida que irradia efeitos na esfera patrimonial do servidor com fundamentação adequada no princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado.

Nesse ínterim, a mensagem deôntica extraída do § 3º do artigo 41 da Constituição da República tem espeque no Princípio (ou Postulado) da Razoabilidade, norma elementar que reclama o agir coerente, moderado e orientado pelo bom senso. É o que, em seguida, pretende-se demonstrar.

2 Do Princípio da Razoabilidade. Da razoabilidade no § 3º do artigo 41 da CR/88

O Postulado da Razoabilidade é um conceito jurídico indeterminado, cujo núcleo axiológico, não obstante variável no tempo e no espaço, baseia-se nos critérios de *justiça*, *prudência* e *bom senso* regidos pela razão humana. Na seara do Direito Administrativo, a Razoabilidade é empregada como método para balizar o exercício da competência discricionária na Administração Pública.

Conquanto não se encontre expressamente previsto sob essa epígrafe na Constituição da República de 1988, a doutrina brasileira é cônsona quanto à força normativa desse princípio, que pode ser contemplado implicitamente nas entrelinhas do sistema constitucional pátrio.

De modo geral, a razoabilidade é a magnitude principiológica que determina o agir moderado e sensato, inspirado por critérios oriundos do senso comum, contrapondo-se à arbitrariedade. De acordo com Willis Santiago Guerra Filho, a razoabilidade tem função negativa, significando a máxime de “não ultrapassar o limite do juridicamente aceitável” (2001, p. 69). Celso Antônio Bandeira de Mello comunga do mesmo entendimento, afirmando que:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a **critérios aceitáveis do ponto de vista racional**, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada (MELLO, 2011, p. 108, grifo nosso).

Segundo o eminente jurista e professor Humberto Ávila, a razoabilidade é uma máxime plurívoca, destacando-se, em sentido técnico-jurídico, três acepções principais:

Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige a vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas (ÁVILA, 2005, p. 103).

Nessa esteira, a razoabilidade pode ser entendida como *dever de equidade* (ou dever de harmonização da norma geral com o caso individual), como *dever de congruência* (ou dever de harmonização do direito com suas condições externas) ou ainda como *dever de equivalência* (ou dever de vinculação entre duas grandezas).

Basicamente, a razoabilidade como dever de equidade provoca duas interferências, quais sejam: (i) a presunção de que as particularidades do caso concreto se enquadram nos padrões de normalidade; e (ii) se tais particularidades se revelam extraordinárias, o aspecto individual suplanta a previsão legal genérica. Em outras palavras, o dever de congruência determina o *ajustamento* do direito abstratamente concebido ao caso concreto.

Em primeiro lugar, a razoabilidade impõe, na aplicação das normas jurídicas, a consideração daquilo que normalmente acontece. [...]. A razoabilidade atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade. A razoabilidade atua na interpretação dos fatos descritos em regras jurídicas. A razoabilidade exige determinada interpretação como meio de preservar a eficácia de princípios axiologicamente sobrejacentes. Interpretação diversa das circunstâncias de fato levaria à restrição de algum princípio constitucional, como o princípio do devido processo legal, nos casos analisados. Em segundo lugar, a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo

desconsiderado pela generalização legal. Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável se pro tratar de caso anormal. [...]. Essas considerações levam à conclusão de que a razoabilidade serve de instrumento metodológico para dizer que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral. A razoabilidade atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio da justiça (preâmbulo e o art. 3º da Constituição Federal) (ÁVILA, 2005, p. 103, 105).

De outra sorte, a razoabilidade enquanto dever de congruência reclama a existência de um liame entre a norma jurídica e a realidade social subjacente, de modo que para sua escorreita interpretação é imprescindível a execução de um *confronto* com os parâmetros que lhes são extrínsecos. Ávila explica que, como dever de congruência, a razoabilidade acarreta a necessária existência de vínculo entre a norma jurídica e o mundo ao qual ela faz referência:

A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada (ÁVILA, 2005, p. 110).

Por fim, a razoabilidade na qualidade de dever de equivalência demanda a justa simetria entre a providência a ser empregada e o fim que é pretendido. Para Ávila, o dever de equivalência designa a inafastável proporção entre a *mediada adotada* e o *critério* que a dimensiona, sendo medida e critério, nessa relação, grandezas necessariamente vinculadas. O exemplo mais comum na literatura para essa tipologia é a dosimetria da pena em relação a culpabilidade do agente: o *quantum* da pena deve corresponder à culpa aferida.

A razoabilidade como dever de vinculação entre duas grandezas (dever de equivalência), semelhante à exigência de congruência, impõe uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Nessas hipóteses exige-se uma relação entre critério e medida, e não entre meio e fim (ÁVILA, 2005, p. 111).

Ainda de acordo com o proeminente autor, “a razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras” (ÁVILA, 2005, p. 102).

Nesse contexto, o parágrafo 3º do artigo 41 da Constituição da República assenta-se no especialmente no dever de congruência e no dever de equivalência. Senão, vejamos.

A remuneração com suporte no tempo de serviço prestado, como visto alhures, não decorre de qualquer punibilidade, antes advém do sopesamento de uma série de fatos que repercutem na situação funcional do servidor face à Administração Pública. Entre tais fatos, destacam-se: (i) o direito fundamental de estabilidade do servidor (art. 41, *caput*, da CR/88); (ii) a impraticabilidade de prestação de serviços (pois extinto ou declarado desnecessário o cargo); e (iii) vedação ao enriquecimento sem causa (aplicável tanto para o agente público, como para o Estado).

Destarte, inexistente desconformidade entre a disponibilidade e o vencimento proporcional. Inegável que o Direito, nesse caso, harmonizou-se com suas condições externas de aplicação, mormente considerando a inexecuibilidade fática de executar o serviço público e a impossibilidade jurídica de conferir, a quem quer que seja, condições para enriquecer-se sem causa. Atendido, portanto, o dever de congruência.

Ademais, o preceito constitucional também congloba o dever de equivalência, cuja estrutura essencial é a ponderação entre o meio adotado e a finalidade a ser atingida. O meio adotado (remuneração proporcional ao tempo de serviço) preserva a estabilidade (finalidade da norma estampada no *caput* do art. 41 da CR/88), ao mesmo tempo em que garante o interesse público. Logo, há equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

3 Da viabilidade jurídica da percepção parcial de salários, remuneração ou subsídio para servidores afastados cautelarmente do exercício da função

Na atual arquitetura constitucional, principalmente considerando as alterações promovidas no texto pela Emenda Constitucional n. 19/98, o parágrafo único do artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa não é razoável, conforme passa-se a expor.

Dispõe o artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa que:

Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Parágrafo único. A autoridade judicial ou administrativa competente poderá determinar o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual (BRASIL, 1992).

O afastamento do agente público, na hipótese, detém natureza processual com nítida feição cautelar, com finalidade precipuamente probatória, cujo deferimento exige a demonstração concomitante da “aparência do direito” (*fumus boni iuris*) e do “perigo na demora” (*periculum in mora*), a partir da exposição de evidências que espelham possível atuação perniciososa do agente público, prejudicando a instrução probatória.

Há certo consenso que a expressão “sem prejuízo da remuneração” determina que, durante o afastamento, os vencimentos sejam *integralmente* pagos, como se em atividade estivesse o servidor público. Todavia, é necessário conferir ao parágrafo único do artigo 20 uma releitura baseada no Princípio da Razoabilidade.

Recordemo-nos que as palavras iniciais desse modesto esboço foram dedicadas a apreciar, ainda que brevemente, a situação jurídica do servidor público posto em disponibilidade, nos termos do artigo 41, § 3º, da CR/88. Nesse caso, em que não se vislumbra medida sancionatória, perceberá o agente público remuneração proporcional ao tempo de serviço.

Por outro lado, ao servidor afastado por decisão cautelar, em prol da instrução processual relacionada a possível prática de ato de improbidade administrativa, é garantida a remuneração integral. Embora nesse último caso também não se verifique quaisquer objetivos sancionatórios, não se pode negar que sobre a conduta do servidor recaiu *juízo de reprovabilidade*, pelo menos no que diz respeito à potencialidade de causar embaraços à instrução processual, o que inexistente no primeiro caso.

É necessário considerar, ainda, que a possibilidade de afastamento liminar do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, é considerando pelo Superior Tribunal de Justiça como medida extrema, pelo que se exige *prova* de que a permanência do servidor pode ensejar *dano efetivo* à instrução processual. Nesse sentido: Recurso Especial n. 929.483/BA. Rel. Ministro Luiz Fux. Primeira Turma. Julgado em 02/12/2008. DJe 17/12/2008.

Ora, tendo em vista que o afastamento do servidor público, na condição do parágrafo único do artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa, decorre da burla ao dever de lealdade institucional e a observância dos princípios que orientam a Administração Pública (a respeito do qual, reitera-se, impescinde de prova) é correto concluir que houve contribuição contraproducente desse para a razão que motiva o afastamento.

Confrontando o afastamento do servidor público em casos de disponibilidade (art. 41, § 3º, da CR/88) e nos casos de afastamento cautelar quando a medida se fizer necessária à instrução processual (art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992), é possível perceber a falta de razoabilidade nesta disposição.

Na disponibilidade (art. 41, § 3º, da CR/88) não paira sobre o servidor nem mesmo a suspeita de prática de atos que, de algum modo, causem prejuízos à Administração Pública. De todo modo, a disponibilidade inegavelmente irradiará efeitos na esfera patrimonial do agente público. Como visto, a fundamentação baseia-se no princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado e no Princípio da Razoabilidade.

O afastamento, que também não se trata de sanção, é uma medida de caráter cautelar, preventiva, sem caráter punitivo e temporária, assemelhando-se, nesses aspectos, à disponibilidade.

Sendo assim, há duas situações similares, com soluções jurídicas opostas: (i) servidor público posto em disponibilidade e com percepção proporcional ao tempo de serviço até o reaproveitamento; e (ii) servidor afastado por decisão judicial, quando imprescindível à instrução processual (art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92), com remuneração integral.

A despeito de em ambos os casos não se vislumbrarem quaisquer objetivos sancionatórios – conforme repetidas vezes já dito –, diga-se, novamente, que sobre a conduta do servidor afastado recaiu juízo de reprovabilidade, o que inexistente no primeiro caso. Espantosamente, a solução jurídica mais vantajosa (recebimento integral de vencimentos) é deferida ao servidor afastado com fundamento no art. 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/92.

Ora, como admitir que tais situações convivam no mesmo sistema jurídico? No cotejo, percebe-se que a solução jurídica conferida pelo parágrafo único do art. 20 da Lei n. 8.429/92 é flagrantemente desarrazoada, já que não atende nem ao dever de congruência, nem o dever de equidade, conforme visto outrora.

Não se olvida que, quando do advento da Lei de Improbidade Administrativa, em 1992, vigorava a redação original do art. 41, § 3º, da CR/88, entendendo-se que na disponibilidade deferia-se o pagamento integral da remuneração ao posto em disponibilidade. Ocorre que, passados mais de 26 (vinte e seis) anos desde a sua homologação e 25 (vinte e cinco) anos de vigência, alterado o texto constitucional em situações semelhantes, é imperioso que se confira ao dispositivo interpretação conforme a Constituição.

Quando editada a Lei n. 8.429, em 1992, o cenário jurídico, político, social e econômico do país era outro, muito diverso do que atualmente se observa. Se na época de sua publicação a interpretação literal se justificava, hoje não é mais

possível persistir na defesa de sua autoridade, porque se tornou incompatível com a Constituição com o decorrer do tempo e com as mudanças na sociedade brasileira.

Assim, embora o artigo 20, parágrafo único, outrora fosse harmônico com a Constituição da República de 1988, fato é que, com o tempo, tornou-se antagônico. Desse modo, é imperioso equalizar o comando legal para que, em sintonia com as demais disposições do sistema jurídico, especialmente as determinações constitucionais, preservem-se simultaneamente o Interesse Público (e também o Patrimônio Público) e os direitos e garantias dos servidores públicos civis.

Em arremate, conclui-se que a percepção parcial de remuneração representa, tanto nas hipóteses do art. 41, § 3º, da CR/88, como do art. 20, § único, da Lei n. 8.429/1992, o ponto ótimo entre a Supremacia do Interesse Público (que engloba, e.g., o direito fundamental à boa administração e à moralidade administrativa) e o direito à contraprestação financeira que faz jus o servidor afastado do cargo.

Considerações finais

Diante do todo exposto, é possível arrematar que a literalidade do artigo 20, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992 deve ser interpretado não em sua literalidade, mas em conformidade com a atual arquitetura constitucional. É necessário fazer valer, nesse aspecto, o brocardo “*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*” ou, em vernáculo, “onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”.

O instituto da disponibilidade (artigo 41, parágrafo 3º, da Constituição da República de 1988) e o afastamento cautelar (art. 20, § único, da Lei n. 8.429/1992) se assemelham por não constituir penalidade administrativa. Todavia, se distanciam quanto a solução jurídica ofertada.

É que, para a promoção do afastamento cautelar, é imprescindível a existência de indícios (ou, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, de provas) da burla ao dever de lealdade institucional do servidor, cuja conduta contraproducente obstaculiza efetivamente a instrução processual. Recai sobre o agente público juízo de reprovabilidade, pelo menos em relação a seu comportamento no decorrer da coleta probatória.

Esse aspecto evidencia a disparidade entre a disponibilidade e o afastamento cautelar. Na disponibilidade (art. 41, § 3º, da CR/88) não paira sobre o servidor nem mesmo a suspeita de prática de atos que, de algum modo, causem prejuízos à Administração Pública. Mesmo assim, inegavelmente irradiará efeitos na esfera patrimonial do agente público. Como visto, a fundamentação baseia-se

no princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado e no Princípio da Razoabilidade.

Sem embargo, no afastamento cautelar, o servidor não prestará serviços (em razão, repisa-se, de seu comportamento reprovável durante o período de instrução probatória) e receberá a remuneração integral, conforme a interpretação comumente deferida. Ora, não há razoabilidade. Vide que as mesmas justificativas empregadas para respaldar a disponibilidade (quais sejam, o direito fundamental de estabilidade do servidor; a impraticabilidade de prestação de serviços; vedação ao enriquecimento sem causa), as quais demonstram sua razoabilidade, podem perfeitamente ser aproveitadas para o afastamento cautelar – o que, diga-se em arremate, apresentaria um teor de justiça maior, haja vista que nesses casos o servidor público contribui, negativamente, para a adoção da medida (o que não se vê na disponibilidade).

Referências

ÁVILA, H. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.

BRASIL. *Constituição (1937)*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. *Constituição (1946)*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 19 set. 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. *Constituição (1967)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. *Constituição (1967)*. *Emenda Constitucional n. 1*, de 17 de outubro de 1969. Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out.

1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoocompilado.htm>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). *Emenda Constitucional n. 19*, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 99.300*, de 15 de junho de 1990. Dispõe sobre os proventos dos servidores postos em disponibilidade e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jun. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99300.htm>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. *Lei n. 8.429*, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 03 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 239*. Tribunal Pleno, DF, 19 de fevereiro de 2014. Relator Ministro Dias Toffoli. Tribunal Pleno. Julgado em 19/02/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7065404>>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 313*. Tribunal Pleno, DF, 21 de agosto de 1991. Relator Ministro Paulo Brossard. Tribunal Pleno. Julgado em 21/08/1991. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266296>>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 22*. O estágio probatório não protege o funcionário contra a extinção do cargo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2110>>. Acesso em: 8 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 358*. O servidor público em disponibilidade tem direito aos vencimentos integrais do cargo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2079>>. Acesso em: 8 jul. 2019.

CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Filosofia do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA FILHO, W. S. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

O TITULAR DAS POSIÇÕES JUSFUNDAMENTAIS

Felipe Bizinoto¹

Escola de Direito do Brasil

Artigo recebido em: 04/04/2019

Artigo aceito em: 04/06/2019

Resumo

Este artigo objetiva demonstrar a evolução dos direitos fundamentais e os paradigmas que acompanham tais marcos, demonstrando que as bases jusfundamentais superam a figura da personalidade jurídica e conferem di-

reitos essenciais às entidades despersonalizadas.

Palavras-chave: direitos fundamentais; relação jurídica; sujeitos de direitos; paradigmas.

THE JUSFUNDAMENTAL POSITIONS HOLDERS

Abstract

This article aims to demonstrate the evolution of fundamental rights and the paradigms that accompany these milestones, demonstrating that the fundamental foundations surpass the figure of the legal personality and confer

essential rights to the despersonalized entities.

Keywords: *fundamental rights; legal relationship; legal subjects; paradigms.*

¹ Pós-graduando em direito constitucional e processo constitucional pelo Escola de Direito do Brasil (2019). Pós-graduando em direito registral e notarial pelo Escola de Direito do Brasil (2019). Pós-graduando em direito ambiental, processo ambiental e sustentabilidade pelo Escola de Direito do Brasil (2020). Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2017). e-mail: bizinoto.felipe@hotmail.com

Introdução

A ordem constitucional brasileira de 1988 concebe um catálogo de direitos e garantias fundamentais projetado em múltiplas dimensões: o Capítulo I, do Título II da Carta Constitucional prevê direitos e garantias individuais de caráter individual e coletivo.

Inúmeras foram e são as lutas de grupos pelo reconhecimento de viés material em relação aos direitos fundamentais, destacando-se, a partir da palestra proferida por Karel Vasak, no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo, França, em 1979, a clássica tripartição dos direitos fundamentais em primeira (direitos de *liberdade*), segunda (direitos de *igualdade*) e terceira (direitos de *fraternidade*) dimensões, fundados na tríade da Revolução Francesa (RAMOS, 2012).

Os direitos de primeira dimensão são as liberdades que envolvem, em carga preponderante, um *non facere*, uma conduta na qual o Poder Público deve se abster de interferir na esfera individual e resguardar os direitos à vida, à propriedade e à liberdade. O modelo político estatal visado era o do Estado Mínimo, que era uma entidade absentista cuja função era resguardar a esfera de individualidade dos cidadãos, excepcionalmente interferindo na vida privada (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018; ARAÚJO, 2018; MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Ao contrário do status negativo suscitado na primeira dimensão, os direitos de segunda dimensão têm caráter positivo e, portanto, consistem em um *facere* estatal. Aqui, o Estado cumpre com deveres positivos, age com o intuito de implementar políticas governamentais e proporcionar os meios para que as individualidades galguem a igualdade plena, p. ex., a prestação de saúde, educação, previdência social, segurança. O modelo instituído é o do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), entidade cujo grau de intervenção nos diversos segmentos sociais (economia, esfera privada, política) é intenso (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018; BARBOSA, 2003; MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Fechando a clássica tripartição, os direitos de terceira dimensão exigem que o Estado não apenas faça ou deixe de fazer, mas, também, transcenda para além do próprio território: exige-se um Estado Transfronteiriço, voltado à tutela concorrente de direitos ubíquos em todo ou boa parte do globo terrestre, p. ex., meio ambiente, consumo, patrimônio da humanidade (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018; BOSSELMANN, 2010; MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Paulo Bonavides (2006) vai além das três clássicas gerações ou dimensões e aduz que há uma quarta dimensão, resultante da globalização e que tem como enfoque a democracia, o pluralismo e a informação.

Vê-se que o trabalho desenvolvido sobre a categoria das posições jusfundamentais está centrada no conteúdo de cada direito, isto é, conferem uma esfera conceitual da dimensão ou geração a partir da determinação do direito, bem como, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, traduz um processo evolutivo de natureza complementar que reafirma a não substituição de um plexo de direitos por outro, e, sim, a sintonia entre os direitos de *liberdade*, de *igualdade* e de *fraternidade* (SARLET, 2007; SILVA, 2013; FERREIRA FILHO, 1988).

Duas pontuações dimanam da escala evolutiva dos direitos fundamentais, sendo a primeira de caráter geral a todo setor científico, enquanto a segunda, especificamente ao setor jurídico. Ambas demonstram que a evolução em questão nasce a partir do choque entre o sistema vigente com as novas questões sociais.

O primeiro ponto diz respeito ao contributo de Thomas S. Kuhn (2003) no que diz respeito à relação entre ciência e mudança. A partir de uma análise histórica da ciência, o autor desenvolve duas categorias a partir das quais trabalha o choque resultante da alteração de um modelo científico para outro que, inclusive, contrapõe-se ao sucedido, quais sejam, *emergência* e *paradigma*.

A emergência tem como origem o fato de que a ciência se cristaliza a partir do que é ordinário, ou seja, arbitrariamente, o modelo instituído determina quais são as problemáticas a serem enfrentadas e as soluções. A partir de dado momento, certas problemáticas extraordinárias (= além da proposta contida no modelo) começam a incidir no cotidiano científico e, direta ou obliquamente, no contexto social (KUHN, 2003).

Em primeiro momento, tais circunstâncias excepcionais são ignoradas pelo sistema instalado, no entanto suas incidências tornam-se tão frequentes que a classe científica começa a desenvolver um novo modelo, eis que o então vigente não responde a todas as questões apresentadas. A tal momento de criatividade da ciência é dado o nome de *emergência* (KUHN, 2003).

Diante da *emergência*, o modelo até então consolidado tem suas defasagens contrastadas em razão (i) da carência de soluções às problemáticas excepcionais e (ii) pelo desenvolvimento de um novo padrão. Ao modelo antigo ou novo, desenvolvido ou em desenvolvimento, é conferido o nome de *paradigma*. *Paradigma*, então, é o conjunto de feitos científicos reconhecidamente universais que propõem problemáticas e soluções modelares para uma comunidade científica (KUHN, 2003).

Thomas S. Kuhn, então, suscita que o *paradigma* instituído sofre com problemáticas que não se amoldam aos modelos propostos, nascendo a situação emergencial de desenvolvimento de um novo *paradigma*, apto a responder às exigências atuais, resultando a compreensão da transição de um modelo para outro como *revolução científica* ou *mudança de paradigma* (KUHN, 2003).

Subjacente e aditivo ao escólio do citado autor, Dalmo de Abreu Dallari (2010) e Ingo Wolfgang Sarlet (2007) destacam que as dimensões ou gerações jurídicas não ocorreram de forma convencionada, sob unanimidade ou maioria social ou política, e, sim, resultaram de constantes lutas: a trajetória traçada envolve conflitos inaugurados pelas *liberdades públicas*, de cunho liberal e com intento de modelar um Estado Mínimo; desenvolvem-se para conflitos em prol da *igualdade*, instituindo-se um catálogo de direitos de ordem econômica, cultural e social, sob intento de modelar um Estado Social; culminam em conflitos que exigem o reconhecimento de interesses juridicamente relevantes tanto ao âmbito estatal quanto internacional, com a intenção de modelar um Estado Transfronteiriço (SILVA, 2013; DALLARI, 2013).

A segunda pontuação encontra amparo no magistério de A. Junqueira de Azevedo (1999), pautado em Thomas S. Kuhn, acerca dos três *paradigmas* jurídicos, que não excluem, e, sim, complementam uns aos outros. Paralelamente ao panorama científico geral, a ciência jurídica tem três grandes modelos propostos e que sofreram críticas diante de problemáticas excepcionais, o que determinou a criação de um novo *paradigma*.

O primeiro modelo citado pelo autor paulista é o *paradigma da lei*, alinhado às razões históricas cumuladas até o séc. XVIII e que desembocaram na Revolução Francesa: a substituição do Estado Absolutista pelo Estado de Direito, da vontade do rei pela vontade da lei, o que, por sua vez, funda-se nas lições de J. J. Rousseau de que a lei é a expressão racional da vontade geral, um preceito universal, abstrato e claro quanto à sua hipótese de incidência (ROUSSEAU, 1944; AZEVEDO, 1999).

Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1988) corrobora com a tese de que o *paradigma da lei* tem duas características, quais sejam, disciplinam a relação entre liberdade do indivíduo e convívio em sociedade; e, por outro lado, disciplinam a pauta de atuação dos órgãos estatais. Esta feição, volta-se, em especial, à função judicial, que é traduzida na época como *la bouche de la loi* (a boca da lei).

Ocorre que o engessamento conferido às funções estatais criaram uma dualidade a ser enfrentada pelos juristas: ao mesmo tempo que há previsibilidade das condutas do Estado, principal destinatário das normas, anseios por justiça exigem maior adequação de preceitos normativos à atualidade, bem como maior atuação estatal em promover a igualdade (FERREIRA FILHO, 1988; AZEVEDO, 1999).

Acentuadas as exigências acima, com destaque ao pós-1ª Guerra Mundial, espíritos insatisfeitos com a inflexibilidade e rigidez da lei voltam-se ao juiz, figura representante do Estado e que concilia, ao mesmo tempo, a possibilidade

de atuação política e conhecimento técnico jurídico. Por isso, introduziram-se nos textos normativos conceitos jurídicos indeterminados e princípios, cláusulas gerais, que, conforme Karl Engisch (2014), afrouxaram o vínculo que prende à lei os tribunais e as entidades e órgãos administrativos. Por meio de tais cláusulas gerais é que nasce, então, o *paradigma do juiz*.

O fenômeno da judicialização das políticas públicas conduz à constatação do paradigma do juiz, eis que ao magistrado incumbe, diante dos direitos fundamentais sociais, forçar as demais funções estatais em implementar meios materiais que permitam aos indivíduos perseguir e, minimamente, concretizar suas aspirações materiais, psíquicas e espirituais (BARROSO, 2015; FERREIRA FILHO, 1988; DALLARI, 2013; SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013).

A dependência de concretização de textos dotados de extrema vagueza se somam à existência de situações fáticas que, essencialmente, prescindem de um Judiciário no papel de julgador, p. ex., divórcio, inventário e usucapião nos quais há consenso entre os envolvidos, geram maiores críticas ao *paradigma* jurídico vigente. Conforme enuncia A. Junqueira de Azevedo (1999), a pós-modernidade tende a fugir do juiz e buscar a melhor solução para o caso concreto.

O contexto gerado pela amplitude do juiz na vida social também é um dos fatores para o desenvolvimento crítico de um novo *paradigma*: o congestionamento do Judiciário com casos para que resolva geraram o influxo da morosidade judicial, o que, mais uma vez, gera a busca para meios alternativos e aptos a concretizar o direito no caso (PÁDUA, 2016).

Diante da emergência gerada, juristas tomam como centro a figura do caso, o eixo em torno do qual gravita o *paradigma* da pós-modernidade. Nasce, assim, o *paradigma do caso*, que deixa ao juiz os casos extremos e confere instrumentos alternativos para composição de questões, p. ex., os cartórios extrajudiciais, a Justiça Desportiva, a Bolsa de Valores (AZEVEDO, 1999).

Os paradigmas traçados por A. Junqueira de Azevedo se alinham com a evolução dos direitos fundamentais, que foram, em resumo, o motivo central para que os juristas se debruçassem sobre o modelo vigente e, assim, construíssem um novo paradigma, a fim de, justamente, conferir maior concretude às posições jusfundamentais.

A doutrina dos direitos e garantias fundamentais, portanto, acompanhou vários paradigmas, mas sempre manteve uma base em comum, pautando-se, direta ou indiretamente, na dignidade humana, princípio expresso no art. 1º, III da Constituição do Brasil. O ponto nevrálgico das posições jusfundamentais é a pessoa, figura que, segundo a doutrina, é o centro sobre o qual gravitam todos os poderes e deveres que a ordem jurídica confere e, portanto, indissociável da

categoria dos direitos fundamentais (SILVA, 2013; CANOTILHO et al., 2015; DALLARI, 2013; CHEVALLIER, 2013; ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, 2018).

Ana Paula de Barcellos (2011) leciona que os direitos fundamentais nascem para suprir as necessidades basilares do que considera como o maior valor da ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana, enfatizando que os sistemas jurídicos hodiernos são consensuais em colocar o valor essencial do ser humano como cerne.

Em suma, todos os *paradigmas* dos direitos fundamentais envolvem um cerne comum: a pessoa, o que, segundo as novas necessidades contemporâneas, merece novas considerações, eis que, conforme apontado por Thomas S. Kuhn, problemáticas excepcionais surgem ao ponto de o modelo proposto ignorar ou não resguardar o que pleiteado.

Tais problemáticas surgem a partir da análise dos titulares das posições jurídicas subjetivas fundamentais, porque, a partir do escólio de M. Bernardes de Mello (2014), duas categorias de sujeitos de direitos atuam no plano jurídico: aquelas dotadas de personalidade, as pessoas, e aquelas não dotadas de personalidade, os entes despersonalizados ou despersonalizados.

Este artigo espraia-se a partir de duas abordagens:

(i) a primeira diz respeito ao trajeto que parte da exposição da teoria geral da relação jurídica, identificando, a partir de uma visão estruturalista, seus elementos, e, por conseguinte, aplicando o marco teórico em questão aos direitos fundamentais, identificando-se, então, uma teoria geral jusfundamental, em primeiro momento expondo ao que K. Larenz (1978) denomina como *relação jurídica fundamental*; e

(ii) a partir do reconhecimento dos elementos da relação jurídica e da *relação jurídica fundamental*, desenvolver-se-á uma perspectiva mais ampla do que a esposada por K. Larenz, demonstrando que o personalismo ético, de bases kantianas, restringe sua visão às pessoas, sendo necessária uma correção da atualidade quanto a tal ponto, assim resultando numa nova perspectiva acerca do sujeito que titulariza as posições jusfundamentais.

1 Elementos da relação jusfundamental

As relações jurídicas traduzem a questão a partir da qual se identificam não apenas os envolvidos, mas, também, e em última análise, a disciplina jurídica incidente sobre a questão. É dizer: a partir da constatação dos elementos da relação jurídica é que o aplicador do direito poderá determinar (i) o regime jurídico aplicável e (ii) os efeitos que irradiarão.

O arquétipo desenvolvido a partir das lições de G. Lumia (2003), F. C. Pontes de Miranda (1970; 2012b) e Marcel Edvar Simões (2016) reconhece que a teoria geral da relação jurídica se inclina sobre os seguintes pressupostos ou elementos de existência: (i) sujeitos; (ii) objeto; (iii) fato jurídico constitutivo; e (iv) garantia.

Toda relação jurídica tem seus termos compostos por polos, aqui denominados como sujeitos ou sujeitos de direito, entidades que o ordenamento constitucional defere a titularidade sobre poderes e deveres, as posições jurídicas subjetivas ativas e passivas (LUMIA, 1981).

Do magistério de F. C. Pontes de Miranda (2012a) e M. Bernardes de Mello (2014), entende-se que o sujeito constitui um gênero dentro do qual há duas espécies, que são tanto as entidades que o ordenamento jurídico atribui personalidade jurídica, as pessoas, quanto entidades desprovidas de personalidade jurídica, os entes despersonalizados.

Segundo Enneccerus, Kipp e Wolff (1971), são os sujeitos que titularizam direitos ↔ deveres, pretensões ↔ deveres jurídicos, faculdades ↔ ausência de pretensões, poderes formativos ↔ sujeições, imunidades ↔ ausência de poderes formativos.

Acerca do *objeto* da relação jurídica, este consiste no centro sobre o qual todos os poderes e deveres são atraídos e, por isso, entende-se que é, necessária e imediatamente, um comportamento do sujeito e, desnecessária e mediatamente, bens de ordem material ou imaterial (SIMÕES, 2011; RÃO, 2005).

O *fato jurídico constitutivo* é o dado extraído de circunstâncias do mundo fenomenológico considerado no suporte fático da norma jurídica e cuja ocorrência conduz à incidência da norma, que gerará direitos e deveres, pretensões e deveres jurídicos, faculdades e ausência de pretensões, poderes formativos e sujeições, imunidades e ausência de poderes formativos. Nos dizeres de F. C. Pontes de Miranda (2012a), o fato jurídico constitutivo é o substrato do qual dimana eficácia jurídica.

Como último elemento, a *garantia* é uma constelação de meios conferidos ao titular de uma posição jurídica subjetiva ativa para que torne efetivos tais poderes. Coextensível tal categoria ao que F. C. Pontes de Miranda (1970; 2012b) denomina *ação em sentido material* e o que M. Bernardes de Mello (2014) denomina como fase de impositividade do direito, consistente no conjunto de mecanismos voltados à realização do direito, conjunto este denominado *ação em sentido material*.

Esboçado o panorama estrutural da relação jurídica, a partir das lições de K. Larenz (1978) pode-se conceber a relação jurídica de direito fundamental²:

² No mesmo sentido, cf. Simões (2011).

estruturalmente, tem-se (i) no polo ativo está o sujeito ativo universal, a universalidade das pessoas humanas; (ii) no polo passivo constam, igualmente, a universalidade de pessoas, que coincidem com o sujeito passivo universal; (iii) no *objeto* está todo e qualquer comportamento, comissivo ou omissivo, que respeite à dignidade da pessoa humana; (iv) no fato jurídico constitutivo está o nascimento com vida do ser humano, ponto a partir do qual todos os direitos e deveres têm sua gênese; e (v) a *garantia*, segundo Marcel Edvar Simões (2011), é o próprio sistema jurídico em sua totalidade.

O ponto central da teoria geral da relação jusfundamental suscitada é, como apontado, a pessoa, o ente que, dentro do gênero *sujeito de direito*, é provido de personalidade jurídica. Em suma, o marco basilar teórico dos direitos fundamentais é quem tem personalidade jurídica, o que, conforme segue, é passível de críticas diante do atual tráfico jurídico-social.

2 Do personalismo ético à contemporaneidade

A partir da constatação de que toda relação jurídica contém como um dos seus elementos de existência os polos, que são compostos por sujeitos, entidades que a ordenança jurídica atribui aptidão para contrair poderes e deveres, indaga-se: quem é titular de direitos fundamentais?

O prenúncio relacionado às fundações das posições jusfundamentais foi feito: trata-se do núcleo (nem tão) duro que se pauta no personalismo ético, baseado, por sua vez, nas lições kantianas acerca da *dignidade* e *valor* humanos, redundando na concepção jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana (KANT, 2013).

A influência do marco teórico em questão é tamanha que J. J. G. Canotilho e Vital Moreira (1993) consideram o princípio acima como o referencial central da ordem constitucional atual e unificador dos direitos e garantias fundamentais, assim como, no mesmo sentido, J. Afonso da Silva afirma que a dignidade humana é o valor supremo constitucional sobre o qual gravitam todos os direitos fundamentais do ser humano, desde o direito à vida.

O *personalismo ético* desenvolve-se a partir do pós-2ª Guerra Mundial, pela civilista alemã (LARENZ, 1978), que se inspirou no iluminismo do séc. XVIII e no pensamento kantiano de que os seres humanos são fins, e não meio, bem como as pessoas são dotadas de *dignidade*, enquanto as coisas têm *preço* (KANT, 2013).

Consoante o fundamento kantiano, a pessoa é central no ordenamento jurídico, em especial no ordenamento estatal (FERREIRA FILHO, 1988; DALLARI, 2010; MORAES, 2018), e culmina no princípio da dignidade

humana, cuja esfera conceitual alinha-se à dignidade (pessoa como um fim em si) de E. Kant.

J. J. Gomes Canotilho (2000) expressa o princípio da universalidade – que aduz que direitos fundamentais são direitos de todos, cf. art. 12º/2 da Carta de Portugal – para amparar que o regime de direitos fundamentais tem seu âmbito de titularidade adstrito às pessoas naturais e, dentro da compatibilidade com sua natureza, às pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado.

Conforme A. Junqueira de Azevedo (2008), o fundamento do *personalismo ético* tem sua raiz na pessoa, tanto o é que seu prefixo etimológico é *persona*, o que mostra a essencial ligação às pessoas, com destaque aos seres humanos, corolário que considere os não-humano (ou a vida não-humana) algo sem dignidade, uma coisa, dotadas de preço, o que se desliga da vida em geral. Extrai-se da teoria até então em voga que direitos e garantias fundamentais são conferidos a quem tem personalidade, que ostenta dignidade. É dizer: as posições jusfundamentais deferidas ao sujeito da relação de direito fundamental é atribuída a alguém pelo simples fato de ter dignidade (LARENZ, 1978).

Diante da problemática de que o *paradigma do personalismo ético* não abrange todos os sujeitos a cuja realidade exige que sejam conferidas constelações de posições jurídicas subjetivas, a própria realidade determina que aos sujeitos de direito, e não apenas às pessoas, é reconhecido um plexo de direitos fundamentais. Exige-se que as entidades despersonalizadas ostentem posições jurídicas tuteladas diretamente pelo texto constitucional, como, p. ex., propriedade, imagem, honra.

Em elucubrações anteriores, desenvolveu-se a concepção de sujeitos de direitos a partir da esfera jurídica, figura em cuja centralidade está o sujeito de direitos e em sua periferia gravitam todas as posições jurídicas subjetivas, ativa e passivas, elementares e complexas, patrimoniais e extrapatrimoniais sob uma única titularidade (PÁDUA, 2018). Dentro das espécies abstratas de posições titularizadas por um mesmo sujeito de direitos estão as resguardadas pelo texto constitucional, consideradas como fundamentais.

Destaque merecem, então, as entidades despersonalizadas, as quais titularizam posições jurídicas localizadas tanto no setor patrimonial quanto extrapatrimonial da esfera jurídica. Ver-se-á que tanto a jurisprudência quanto doutrina reconhecem, mesmo que pela via oblíqua, que direitos fundamentais podem estar sob titularidade de não-pessoas.

Primeiramente, o ordenamento legal defere diversas posições que se enlaçam com o texto constitucional, p. ex., o direito de propriedade do condomínio sobre unidade autônoma (art. 63, § 3º da Lei n. 4.591/1964), o direito de toda e qualquer entidade despersonificada fornecer serviços e produtos ao mercado (art. 3º, caput

da Lei n. 8.078/1990), à massa falida ostentar e cobrar créditos de seus devedores (art. 22, III, "I", da Lei n. 11.101/2005) e ser parte nas relações processuais (art. 75, V do CPC/2015), posição processual que é conferida ao espólio e à herança jacente (art. 75, VI e VII, do CPC/2015).

Por outro lado, o mesmo ordenamento legal reconhece direitos exclusivos das entidades providas de personalidade, p. ex., a autoria de obras de cunho literário, artístico e científico (art. 11 da Lei n. 9.610/1998), requerer o registro de marca (art. 128 da Lei n. 9.279/1996), beneficiar-se da recuperação judicial (art. 1º da Lei n. 11.101/2005), figurar como sócio dentro de uma sociedade empresária (art. 981 do CCB/2002), na mesma seara empresarial, segregação patrimonial em relação aos investidores (art. 1.022 do CCB/2002 e art. 795 do CPC/2015).

Quanto ao setor extrapatrimonial, atinente às posições jurídicas destituídas de imediata valoração econômica e conseqüente expressão pecuniária (MELLO, 2014), o texto constitucional reconhece que honra e a imagem são bens jurídicos invioláveis e cuja transgressão enseja em indenização por danos material e moral (art. 5º, X). Apesar de a Carta Fundamental identificar a pessoa como titular das posições sobre os bens em comento, a jurisprudência reconhece, p. ex., dano moral por violação à honra objetiva e à imagem de condomínio (AgRg no AREsp n. 189.780/SP), bem como violação à honra objetiva, e a conseqüente indenização, em prol de nascituro (REsp n. 1.487.089/SP). No mesmo sentido, mas agora com expressa posituação, a Constituição do Brasil determina que a família é base social e tem especial proteção estatal (art. 226).

Por sua vez, sobre as pessoas jurídicas há bens extrapatrimoniais comuns, p. ex., a honra objetiva, o nome, a imagem, enquanto que as entidades despersonalizadas carecem de tal uniformidade, porquanto o nascituro, juridicamente dizendo, não tem nome, imagem nem sexualidade, mas podem figurar como herdeiros testamentários (art. 1.798 do CCB/2002), enquanto que a sociedade não personificada e o condomínio não têm vocação hereditária (art. 5º, XXX da CRFB e art. 1.799 do CCB/2002).

Apesar das divergências quanto a quais direitos estão no setor extrapatrimonial dos entes sem personalidade jurídica, se o Pacto Basilar reconhece certos bens jurídicos dotados de fundamentalidade e a jurisprudência, cada vez mais, reconhece e tutela tais posições jusfundamentais em prol das entidades em comento, inevitável inferir da conclusão de M. Bernardes de Mello (2014) de que todo sujeito de direito tem poderes e deveres, inclusive os de caráter fundamental.

Concatena-se à relação entre *emergência* e *mudança de paradigma*, desenvolvida por Thomas S. Kuhn, no ambiente da ciência jurídica frente aos direitos fundamentais, as problemáticas ordinárias dizem respeito à tutela de tais

posições jurídicas em relação às pessoas que as titularizam; por outro lado, os fatos excepcionais dizem respeito à mesma categoria jusfundamental, mas, desta vez, quanto aos organismos não personificados.

A partir da incidência corrente de excepcionalidades no plano fenomênico, o *paradigma da pessoa*, fundada no *personalismo ético*, começa a sofrer críticas por sua incompletude, eis que isolam do mundo jurídico, e, conseqüentemente, da tutela respectiva, as não-pessoas, que existem no plano do direito por duas razões.

A primeira está na transitoriedade de tais entidades, isto é, a ordem jurídica não lhes confere personalidade por não terem estabilidade na sua duração temporal, eis que estão sujeitas à extinção ou regularização das situações nas quais colocadas, p. ex., o nascituro pode nascer com vida, a sociedade despersonalizada pode ter seu ato constitutivo levado a registro, o espólio pode ser extinto por meio da partilha; já a segunda razão está no fato de que o mundo fenomênico estabelece relações com tais entidades e, por isso, exige-se do mundo jurídico que assegure aos envolvidos, em especial os terceiros, com poderes e deveres (MELLO, 2014).

Considerando que tanto os entes personificados quanto despersonalizados são titulares de poderes e deveres de cunho fundamental, o ponto cerne não está mais no *quem*, e sim em *quais* direitos e deveres constam na esfera jurídica da segunda categoria de sujeito de direitos.

Os direitos fundamentais que, por sua natureza, podem ser exercidos não apenas por pessoas jurídicas, mas, também, por entidades despersonalizadas podem tê-las como titulares, ou seja, não há sentido em negar o direito de resposta, o direito de propriedade, o sigilo de correspondência, inviolabilidade domiciliar, as garantias do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido, a liberdade de imprensa (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Às entidades despersonalizadas calha o critério utilizado pela Constituição de Portugal, que determina, em seu art. 12º/2, que as pessoas jurídicas titularizam posições jurídicas fundamentais, ativas e passivas, desde que compatíveis com sua natureza. Tal parece ser uma via inicial que baliza o reconhecimento das entidades despersonalizadas como sujeitos de direitos fundamentais. Havendo compatibilidade fática e inexistência de óbice de ordem normativa, o direito deve ser reconhecido e, conseqüentemente, deferida a dispensada pertinente.

J. J. Gomes Canotilho (2000) ampara a tese acima ao afirmar que o princípio da universalidade das posições jusfundamentais compatibiliza-se com a natureza das *pessoas coletivas*, gênero do qual fazem parte as pessoas coletivas dotadas de personalidade jurídica, no Brasil, e as pessoas jurídicas, as pessoas coletivas sem personalidade jurídica, no Brasil, as entidades despersonalizadas³.

³ F. C. Pontes de Miranda (1996) compara o nascituro, única célula individual no rol mais conhecido de entidades despersonalizadas, à sociedade sem personalidade.

Novamente, o autor português aponta que o panorama científico atual superou o personalismo ético e, assim, atribuiu direitos fundamentais a quem não é pessoa, mas resta controvérsia quanto ao âmbito normativo do que inscrito no texto constitucional de Portugal, o conceito de *compatíveis com a sua natureza*, compatibilidade esta que envolve a negação de direitos fundamentais que se conectem às características intrínsecas ou naturais ao ser humano, ao corpo ou aos bens espirituais (CANOTILHO, 2000).

A descrição desenvolvida demonstra que, valendo-se do jargão português, as pessoas coletivas titularizam direitos fundamentais, indagando-se um último questionamento: há alguma diferença entre o que titularizado pelas pessoas jurídicas e entidades despersonalizadas?

Como prenunciado, depreende-se das lições de M. Bernardes de Mello (2014) que o diferencial entre as espécies de sujeitos de direito, pessoas e não-pessoas, está no grau: aqueles dotados de personalidade jurídica têm uma gama maior de posições jurídicas subjetivas, não restritas às limitações do texto constitucional ou legal. Já os sujeitos de direitos que não são pessoas têm um grau restrito de poderes e deveres ou por determinação legal, p. ex., o direito de registrar marca apenas às pessoas, ou por incompatibilidade lógica factual, p. ex., a imagem a quem está no útero materno.

À exigência de compatibilidade com a natureza da entidade soma-se outro marco limitador do grau de direitos de uma espécie para outra de *sujeitos de direitos*, o ordenamento legal, que, como parte integrante da ordem jurídica (SIMÕES, 2019), determina tanto de maneira positiva, p. ex., o direito de ser herdeiro testamentário ao nascituro e de o condomínio ser titular da propriedade sobre unidade autônoma, quanto negativa, nesta hipótese, por meio da destinação de certas posições jurídicas às pessoas, p. ex., a registrabilidade de marca e o direito autoral.

Em suma, aos sujeitos não-pessoas compatibilizam-se os direitos fundamentais que não considerem características intrínsecas do ser humano, da pessoa natural, cuja lei pressuponha a personalidade jurídica ou expressamente defira a titularidade, e, conforme amparo jurisprudencial acima, que se consiga extrair a partir da interpretação constitucional principiológica.

Conclusão

A sistemática que rege os direitos essenciais, tem-se a clássica compreensão das dimensões ou gerações de direitos fundamentais, que carregam em si um *paradigma* no sentido científico. Inicialmente há a superação do modelo monárquico e a

instituição do *paradigma da lei* como diretiva governamental e como meio de conferir igualdade a todos, inaugurando-se a primeira geração como *direitos de liberdade*, cujo Estado ostentava um dever de não intervir na esfera individual, salvo imperiosa necessidade, criando-se a figura do Estado Mínimo.

O segundo paradigma instituído é o *paradigma do juiz*, fundado em exigências de justiça material por alguns bons espíritos e que resulta na manutenção da lei, mas na sua mutação por meio da inclusão de cláusulas gerais, a fim de que o intérprete final, o magistrado, tenha maior campo de atuação. Paralelamente, a segunda dimensão ou geração de direitos fundamentais, os *direitos de igualdade*, começa a contrastar no seio social, exigindo-se do Estado não mais abstenção, e sim condutas comissivas aptas a criar um patamar material a partir do qual toda individualidade consiga perseguir seus projetos racionais e legítimos, inaugurando a figura do Estado Social.

O terceiro paradigma desenvolvido é o *paradigma do caso*, fundado na exigência social do melhor meio para solução da questão e na crítica de que o Judiciário não, necessariamente, precisa atuar sobre as diversas relações jurídicas. Paralelamente à exigência interna de fuga do juiz, o plano externo contrasta que a atuação das sociedades políticas não se dá apenas dentro do seu território, eis que há direitos que transcendem o espaço estatal, os *direitos de fraternidade*, e, por conseguinte, resultam na criação da figura do Estado Transfronteiriço.

A partir do pós-guerra, a doutrina alemã, com base no pensamento kantiano sobre *dignidade* e *valor*, teoriza as bases do que seria a relação jurídica fundamental, fundada no respeito à esfera jurídica da pessoa que titulariza posições jurídicas subjetivas, ativas e passivas, elementares e complexas, *paradigma* este que, com o desenvolvimento social, não atende a todas as relações jurídicas, porquanto muitas delas envolvem em um dos polos do trato uma entidade desprovida de personalidade jurídica, uma não-pessoa.

Tais entidades despersonalizadas levaram ao desenvolvimento científico jurídico do gênero denominado *sujeitos de direitos*, que comporta todos aqueles, com ou sem personalidade jurídica, que a ordem jurídica reconhece direitos ↔ deveres, pretensões ↔ deveres jurídicos, faculdades ↔ ausência de pretensões, poderes formativos ↔ sujeições, imunidades ↔ ausência de poderes formativos.

As entidades despersonalizadas têm poderes e deveres em razão da sua transitoriedade, o que confere razão para não haver personalidade jurídica, que exige estável duração temporal, e da contraparte e terceiros com os quais instituem, modificam e extinguem posições jurídicas subjetivas, exigindo-se, então, maior segurança jurídica para todos da relação.

Partindo dos *sujeitos de direitos*, critérios distintivos nascem para afunilar quais posições jusfundamentais (não apenas) são titularizadas pela espécie que não é pessoa, primeiramente havendo uma distinção a partir daquelas posições ostendadas pelas pessoas naturais, a saber, que não sejam inerentes à condição humana, ao corpo ou ao espírito humano.

O segundo marco afunilador está no ordenamento legal, que, por sua vez, exerce tanto uma função positiva, ao reconhecer posições que tanto as pessoas quanto não pessoas podem titularizar, quanto negativa, no sentido de reconhecer poderes tão somente às pessoas.

Um terceiro marco distintivo está na interpretação do texto constitucional em relação a certos bens jurídicos que são reconhecidos às entidades despersonalizadas, como o caso da imagem e da honra objetiva, bens sobre os quais não há óbice legal e que o tráfego social exige reconhecimento, o que ocorre, principalmente, por meio da jurisprudência.

Em síntese conclusiva, os *sujeitos de direitos* ostentam direitos e deveres fundamentais, variando, em primeiro grau, quanto àqueles intrínsecos aos seres humanos, num segundo grau, quanto àqueles que a ordem jurídica defere ou indefere e, num terceiro grau, quanto àquelas posições jurídicas sobre os quais a lei é omissa, mas cuja interpretação constitucional, somada às relações travadas e nas quais há entes não-pessoas, permitem o reconhecimento e a consequente tutela jurisdicional.

Referências

ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JÚNIOR, V. S. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

ARAÚJO, N. R. N. *Liberdade de expressão e o discurso de ódio*. Curitiba: Juruá, 2018.

AZEVEDO, A. J. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 94, p. 3-12, 1999.

AZEVEDO, A. J. Crítica ao personalismo ético da Constituição da República e do Código Civil. Em favor de uma ética biocêntrica. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 103, p. 115-126, 2008.

BARBOSA, N. F. *A eficácia e a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Maceió: Edufal, 2003.

- BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BOSELTMANN, K. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, I. W. (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 73-109.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CANOTILHO, J. J. G. et al. *Direitos fundamentais sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CANOTILHO, J. J. G.; MOREIRA, V. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CHEVALLIER, J. *O Estado de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- DALLARI, D. A. *A Constituição na vida dos povos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DALLARI, D. A. *Elementos de teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ENGISCH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- ENNECCERUS, L.; KIPP, T.; WOLFF, M. *Tratado de derecho civil – tomo I – vol. 1º*. 3. ed. Barcelona: Bosch, 1971.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- KANT, E. *Metafísica dos costumes*. Petrópolis: Vozes, 2013.
- KUHN, T. S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Debate, 2003.
- LARENZ, K. *Derecho civil – parte general*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.
- LUMIA, G. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- LUMIA, G. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. E^a ed. Milano: Giuffrè, 1981, pp. 102-123. Tradução, com adaptações e modificações, do Professor Alcides Tomasetti Jr. Versão revista e bastante alterada em abril de 1999.
- MELLO, M. B. *Teoria do fato jurídico – plano da eficácia*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, A. et al. *Constituição federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PÁDUA, F. B. S. Mas por que o árbitro? *Jusbrasil*, 2016. Disponível em: <<https://felipebpadua.jusbrasil.com.br/artigos/417310215/mas-por-que-o-arbitro>>. Acesso em: 24 mar. 2019.
- PÁDUA, F. B. S. O tempo e o direito – o tempo como bem jurídico. *Jusbrasil*, 2018. Disponível em: <<https://felipebpadua.jusbrasil.com.br/artigos/653091934/o-tempo-e-o-direito-o-tempo-como-bem-juridico>>. Acesso em: 25 mar. 2019.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado das ações – tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao código de processo civil – tomo I*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado – tomo I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012a.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado – tomo V*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RAMOS, A. C. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROUSSEAU, J. J. *Contrato social ou princípios de direitos políticos*. São Paulo: Cultura, 1944.
- SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, I. W. (Org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

SIMÕES, M. E. Ação em sentido material ainda existe em nosso sistema jurídico? (parte 1). *Consultor Jurídico*, 16 maio 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-16/direito-civil-atual-acao-sentido-material-ainda-existe-nosso-sistema-parte>>. Acesso em 24 mar. 2019.

SIMÕES, M. E. *Transmissão em Direito das Obrigações – Cessão de Crédito, Assunção de Dívida e Sub-rogação Pessoal*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

SIMÕES, M. E. Sistema jurídico e “fontes do Direito”. Lacuna e integração. In: CUNHA FILHO, A. J. C.; ISSA, R. H.; SCHWIND, R. W. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro – anotada*. v. I. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 203-204.

POSSE DE ARMA DE FOGO: POSSIBILIDADE DE *ABOLITIO CRIMINIS* A PARTIR DA SUCESSÃO DE NORMA DE COMPLEMENTAÇÃO DE LEI PENAL EM BRANCO NO TEMPO

Tarcísio Chaves Mendonça¹

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Artigo recebido em: 08/04/2019

Artigo aceito em: 18/06/2019

Resumo

O presente artigo teve como objetivo avaliar se a nova redação dada ao art. 16, §2º, do Decreto n. 5.123/2003 pelo Decreto n. 9.685/2019 tem o efeito de provocar, em relação aos autores do crime descrito no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, a extinção da punibilidade pela *abolitio criminis*. O art. 12 da Lei n. 10.826/2003 é uma lei penal em branco. Os decretos n. 5.123/2003 e n. 9.685/2019 são suas normas de complementação. A questão consiste em estabelecer os critérios para definir a amplitude da *abolitio criminis* quando da sucessão de norma de complementação de lei penal em branco no tempo. É importante definir bem os limites do

elemento em branco, diferenciando-o do normativo jurídico. Após, será analisada cada uma das teorias que buscam enfrentar o problema. Ao final, conclui-se que a teoria que melhor explica o problema é a diferenciadora; para ser mais específico, a teoria da alteração dos dados fáticos. Ela justifica a restrição da *abolitio criminis* nos casos de sucessão de norma de complementação de lei penal em branco no tempo a partir do princípio da isonomia. Será utilizado o método hipotético dedutivo

Palavras-chaves: posse de arma; lei penal em branco; norma de complementação; *abolitio criminis*.

¹ Doutor em Direito e Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor de Direito e Processo Penal na Faculdade Dom Helder Câmara. Advogado criminalista. E-mail: tarcisio@mrladvocacia.com.br

FIREARMS POSSESSION: POSSIBILITY OF THE ABOLITIO CRIMINIS FROM THE SUCCESSION OF A COMPLEMENTATION NORM OF IN WHITE PENAL LAW IN TIME

Abstract

The purpose of this paper is to evaluate whether the new composition given to art. 16, paragraph 2 of Executive Order n. 5,123/2003 by Executive Order n. 9,685/2019 has the effect of provoking, in relation to the perpetrators of the crime described in art. 12 of Law n. 10,826/2003, the extinction of punishment by the abolitio criminis. The art. 12 of Law n. 10,826/2003 is a “vague” criminal law (or as it is called in Portuguese: in white penal law). Executive orders n. 5,123/2003 and n. 9,685/2019 are its complement norms. The question is to establish the criteria to define the width of the abolitio criminis when the succession in time of a norm that comes to complement a vague (in white) penal law occurs. It is important to define

well the limits of the vague (in white) element, distinguishing it from the normative element. Afterwards, the research analyzed each one of the theories which faces the problem. In the end, the conclusion reached was that the theory that best explains the problem is the differentiating type; to be more specific, the theory of factual data alteration. This theory justifies the restriction of the abolitio criminis in cases of succession of complementation norm of a vague (in white) law in time based on the principle of isonomy. The hypothetical deductive method will be used.

Keywords: *firearm possession; vague (in white) penal law; norm of complementation; abolitio criminis.*

Introdução

O presente artigo tem como objetivo avaliar a incidência da *abolitio criminis* na sucessão de norma de complementação de lei penal em branco no tempo. Avaliaremos se a nova redação dada ao art. 16, §2º, do Decreto n. 5.123/2003 pelo Decreto n. 9.685/2019 tem o efeito de provocar, em relação aos autores do crime descrito no art. 12 da Lei n. 10.826/2003, a extinção da punibilidade.

O tema consiste em avaliar se o princípio da anterioridade, em matéria penal, também se aplica ao conflito, no tempo, de norma de complementação de lei penal em branco. O assunto é denso e muito pouco explorado pela doutrina nacional e estrangeira. Na doutrina alienígena, é digno de nota o trabalho de Gian Luigi Gatta (2008), cujo título é *Abolitio Criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*.

Em nossos Tribunais, o assunto também não foi discutido com a merecida verticalização. O tema já é conhecido da Suprema Corte desde a década de 50, por conta dos nossos sucessivos planos econômicos, ocorridos no último século. O Superior Tribunal de Justiça já se debruçou sobre a amplitude da *abolitio criminis* na sucessão de norma de complementação de lei penal em branco. Enfrentou o tema ao tratar do crime descrito no art. 90 da Lei n. 8.666/90 e na Lei n. 8.176/91, entre outras hipóteses. Todavia, não há o registro de um voto que delimite o conceito de lei penal em branco. Não se diferencia elemento em branco do normativo. Não conhecemos um só julgado que analisa a natureza da norma de complementação: pressuposto de aplicação da lei penal ou parte que a integra. A exemplo da doutrina, a jurisprudência também é pobre em reflexões sobre o tema, objeto do presente artigo.

O problema a ser analisado centra-se no tipo penal descrito no art. 12 da Lei n. 10.826/2003 que é assim descrito:

Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa (BRASIL, 2003).

Para que se possa, licitamente, possuir ou manter uma arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, o proprietário deverá ter um Certificado de Registro de Arma de Fogo. Esse certificado tem prazo de validade e autoriza o “proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência dessas, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou responsável pelo estabelecimento ou empresa” (BRASIL, 2003).

A validade do Certificado de Registro de Armas de Fogo condiciona-se a verificação periódica de uma série de requisitos. Uns estão estabelecidos na Lei n. 10.826/03 e outros no Decreto n. 5.123/04.

O art. 5º, §2º, da Lei n. 10.826/03 dispõe que Certificado de Registro de Arma de Fogo tem validade de 03 anos. Isso porque “os requisitos de que tratam os incs. I, II e III do art. 4º deverão ser comprovados periodicamente, em período não inferior a 3 (três) anos, na conformidade do estabelecido no regulamento desta lei, para renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo” (BRASIL, 2003).

O art. 4º e incisos da Lei n. 10.826/03, por sua vez, assim dispõe:

Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá, além de declarar a efetiva necessidade, atender aos seguintes requisitos: I – comprovação de idoneidade, com a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral e de não estar respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, que poderão ser fornecidas por meios eletrônicos; (Redação dada pela Lei n. 11.706, de 2008); II – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa; III – comprovação de capacidade técnica e de aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestadas na forma disposta no regulamento desta Lei (BRASIL, 2003).

O Decreto n. 5.123/04, que regulamenta a Lei n. 10.826/03, estabelece as condições do segundo prazo de caducidade. O art. 16, §2º, do Decreto n. 5.123/04 estabelecia que o proprietário da arma deverá, a cada três anos, comprovar os requisitos constantes do art. 12, incs. IV, V, VI e VII sob pena de levar a caducidade do Certificado de Registro de Arma de Fogo. Os requisitos originais eram os seguintes:

IV – comprovar no pedido de aquisição e em cada renovação do registro, idoneidade e inexistência de inquérito policial ou processo criminal, por meio de certidões de antecedentes criminais fornecidas pela Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral;

V – apresentar documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;

VI – comprovar, em seu pedido de aquisição e em cada renovação de registro, a capacidade técnica para o manuseio de arma de fogo atestada por empresa de instrução de tiro registrada no Comando do Exército por instrutor de armamento e tiro das Forças Armadas, das Forças Auxiliares ou do quadro da Polícia Federal, ou por esta habilitado; e

VII – comprovar aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestada em laudo conclusivo fornecido por psicólogo do quadro da Polícia Federal ou por esta credenciado” (BRASIL, 2004).

O Decreto n. 6.715/2008 dá nova redação aos incs. IV e VI do art. 12 do Decreto n. 5.123/2003 que passam a ter a seguintes redações:

IV – comprovar, em seu pedido de aquisição e em cada renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo, idoneidade e inexistência de inquérito policial ou processo criminal, por meio de certidões de antecedentes criminais da Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral, que poderão ser fornecidas por meio eletrônico;

VI – comprovar, em seu pedido de aquisição e em cada renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo, a capacidade técnica para o manuseio de arma de fogo; [...] (BRASIL, 2008).

Por fim, o Decreto n. 8.935/16 dá nova redação aos incs. IV e VI do art. 12 do Decreto n. 5.123/03 que passam a ter a seguinte redação:

IV – comprovar, em seu pedido de aquisição do Certificado de Registro de Arma de Fogo e periodicamente, a idoneidade e a inexistência de inquérito policial ou processo criminal, por meio de certidões de antecedentes criminais da Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral, que poderão ser fornecidas por meio eletrônico;

VI – comprovar, em seu pedido de aquisição do Certificado de Registro de Arma de Fogo e periodicamente, a capacidade técnica para o manuseio de arma de fogo; [...] (BRASIL, 2016).

O mesmo Decreto n. 8.935/16 também deu nova redação ao art. 16, §2º, do Decreto n. 5.123/03, que passou a ser assim redigido: “§ 2º Os requisitos de que tratam os incs. IV, V e VII do art. 12 deverão ser comprovados, periodicamente, a cada cinco anos, junto à Polícia Federal, para fins de renovação do Certificado de Registro” (BRASIL, 2016).

Restringiram-se os requisitos a serem demonstrados para renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo. Suprimiu-se a necessidade de comprovar “a capacidade técnica para o manuseio de arma de fogo”. O prazo para a verificação periódica dos requisitos foi estendido para cinco anos.

O Decreto n. 9.685/2019 dá nova redação ao art. 16, §2º, do Decreto n. 5.123/03: “§2º Os requisitos de que tratam os incs. IV, V, VI e VII do *caput* do art. 12 deverão ser comprovados, periodicamente, a cada dez anos, junto à Polícia Federal, para fins de renovação do Certificado de Registro” (BRASIL, 2019).

O requisito, constante do inc. VI do art. 12 do Decreto n. 5123/03, foi reintroduzido. Em contrapartida, o prazo da comprovação periódica dos requisitos constantes do art. 12, incs. IV, V, VI e VII foi estendido para 10 anos.

A questão é saber: a nova redação dada pelo Decreto n. 9.685/2019 ao art. 16, §2º, do Decreto n. 5.123/2003 tem o efeito de socorrer aquele que possuía, em sua residência, uma arma de fogo de uso permitido sem observância do prazo de renovação de 05 anos, mas dentro do novo limite de 10 anos?

Para desenvolver o presente artigo, será utilizado o método hipotético dedutivo.

1 Da identificação do elemento em branco

O tipo penal em análise é assim descrito:

Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa (BRASIL, 2003).

Trata-se de uma lei penal em branco.

Preferimos a designação lei penal em branco em vez de norma penal em branco. Nossa posição justifica-se pela relação existente entre lei e norma penal. A lei compõe-se de um preceito e uma sanção. A norma penal é o comando obtido a contrário senso da lei penal. A norma nunca está em branco porque verificada a partir da lei penal em branco já integrada pela norma de complementação. Tipo penal em branco também não é uma terminologia adequada. Horta foi o primeiro, na doutrina brasileira, a alertar para a incorreção da designação tipo penal em branco (HORTA, 2012)².

A lei penal em branco é uma técnica de integração normativa. Para observar o princípio da determinação taxativa³, deve integrar a sua estrutura uma norma de complementação. A partir da natureza desta, aquela pode ser classificada como homogênea⁴ ou heterogênea⁵.

2 “Não obstante, discorda-se da expressão empregada por Puppe – elementos em branco dos tipos penais –, por não se reconhecer no tipo, mas apenas na lei penal, a condição variável ou incógnita das obrigações ou proibições cuja infração se puna. O tipo, como figura conceitual ou elemento sistemático da teoria do delito, não admite o vazio. Ao contrário da lei, que é forma ou meio de expressão, o tipo – assim como a norma cuja infração se descreve é conteúdo, é mensagem” (HORTA, 2012, p. 95).

3 O princípio da determinação taxativa é, ao lado do princípio da reserva legal e anterioridade, um dos corolários do princípio da legalidade (LUIZI, 2003, p. 17-18). Preferimos a designação determinação taxativa ao invés de taxatividade.

4 “A lei penal em branco homogênea tem como norma de complementação uma lei de mesmo *status* que a lei penal” (MENDONÇA, 2016, p. 32).

5 As leis penais em branco heterogêneas são leis penais cujo complemento são normas de natureza e fonte distintas das leis penais. São normas administrativas federais, estaduais ou municipais, leis estaduais e municipais (MENDONÇA, 2016, p. 35).

A conduta proibida, descrita no art. 12 da Lei n. 10.826/03, possui um elemento em branco consistente na expressão “*em desacordo com a determinação legal ou regulamentar*”. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo só será uma conduta típica se *em desacordo com disposição legal ou regulamentar*. Sabemos que as normas que complementam o elemento em branco é a própria Lei n. 10.826/03 e o Decreto n. 5123/04. Concluiríamos que a lei penal em branco seria homogênea, na medida em que complementada pela própria Lei n. 10.826/2003, e heterogênea, na medida em que complementada pelo Decreto n. 5.123/03. Todavia, sustentamos que a lei penal em branco é exclusivamente heterogênea.⁶ Possuímos um conceito mais restrito de lei penal em branco homogênea que excluiria as homovitelíneas.⁷

O elemento em branco é o campo vago onde a norma de complementação se integra. É importante diferenciá-lo do elemento normativo. Horta afirma que:

[...] o que distingue os elementos em branco das leis penais, dos elementos normativos do tipo é a referência que aqueles fazem ao conteúdo imperativo de uma norma extrapenal, legal ou regulamentar, estabelecida por ato diverso da própria lei penal, sem remissão à qual não se extrai da lei um comando dotado de sentido (HORTA, 2012, p. 253).

Para Gatta (2008), as leis penais que possuem, em sua estrutura, elementos normativos jurídicos são completas. Por isso, sua integração normativa é aparente. Ao contrário da lei penal em branco que, incompleta, se vale de uma integração normativa real.⁸ A integração real e aparente seria a base de distinção, em Gatta

6 A lei penal em branco homogênea ou homóloga, por seu turno, por (sic) ser homovitelínea ou heterovitelínea: é homovitelínea quando o complemento normativo emana da mesma instância legislativa e se encontra na mesma estrutura normativa da descrição típica. O tipo incriminador e o complemento fazem parte da mesma estrutura normativa.” [...] É heterovitelínea quando o complemento normativo emana da mesma instância legislativa mas não se encontra na mesma estrutura normativa da descrição típica” (GARCIA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p. 72). Ainda sobre a classificação das leis penais em branco homogêneas, Alflen da Silva assevera: “1 – As leis penais em branco em sentido amplo, que fazem uma remissão interna (homovitelíneas), remetem a outros dispositivos contidos na mesma lei. [...] 2 – Leis penais em branco em sentido amplo que fazem uma remissão externa (heterovitelíneas) são aquelas que remetem a outra lei formal, porém emanadas da mesma instância legislativa” (ALFLEN DA SILVA, 2004, p. 68-69).

7 “Não há, nas leis penais em branco homogêneas homovitelíneas, o mesmo objetivo de promover a integração do ordenamento jurídico, observado nas heterovitelíneas. A norma penal não pode estar em branco, mas somente a lei. A norma é obtida a contrário senso da lei, mas nada restringe a norma a um artigo de um documento legal. Esses são pontos que nos levam a dúvidas de que as interpretações autênticas contextuais sejam hipóteses de leis penais em branco. Segundo Oliver Calderon, a maioria da doutrina espanhola também não inclui as leis penais em branco homogêneas homovitelíneas entre o conceito de lei penal em branco. Trata-se de uma posição intermediária entre os conceitos de lei penal em branco de Binding e Mezger” (MENDONÇA, 2016, p. 34-35).

8 “Quella distinzione mostra come solo alcune delle norme in vario modo richiamate della legge penale possono dirsi vere e proprie norme integratrici: quelle che contribuiscono a descrivere la fattispecie legale astratta e, quindi, a delineare il giudizio di disvalore espresso dal legislatore nella configurazione di una determinata figura del reato (43). Si tratta, come sappiamo, delle norme chiamate a ‘riempire’ il precetto di norme penali in tutto o in parte ‘in bianco’, e delle norme definitorie. Altre norme, invece, sono apparentemente integratrici: pur essendo richiamate dalla legge penale, non contribuiscono né a descrivere la fattispecie legale astratta, né a delineare il giudizio di disvalore espresso dal legislatore nella configurazione di una certa figura di reato. Si tratta – sappiamo anche questo – delle norme cui si riferiscono gli elementi normativi della fattispecie, giuridici o extragiuridici, quali criterio o presupposti delle qualifi-

(2008), nos elementos em branco dos normativos jurídicos. Discordamos parcialmente. A argumentação de Gatta (2008) não nos parece ser aplicável às leis penais de remissão interpretativa.⁹ Não convém seguir nessa discussão, porque não é o caso do art. 12 da Lei n. 10.826/03.

A expressão “*em desacordo com a regulamentação legal ou regulamentar*” é um elemento em branco complementado pelo Decreto n. 5.123/04. A posse ou manutenção de uma arma de fogo em desacordo com qualquer disposição regulamentar torna a conduta típica. Todas as regulamentações atuais acerca da posse ou manutenção de arma de fogo integram a lei penal. Interessa-nos, como ficou claro na introdução, o disposto no art. 16, §2º, do Decreto n. 5.123/04 com a redação dada pelo Decreto n. 9.685/19.

2 Do estado da arte: doutrina e jurisprudência

Entre nós, há dois livros que possuem capítulos específicos sobre o tema, tratado no presente artigo: um de Tarcísio Mendonça (2016) e outro de autoria Fábio Guaragni e Marion Bach (2014). José Henrique Pierangeli (2006) tem um artigo publicado no livro *Escritos jurídicos-penais*. Na Itália, o trabalho de Gian Luigi Gatta (2008) é digno de nota.

A questão da sucessão de norma de complementação do tempo chegou ao Supremo Tribunal Federal por conta de nossos sucessivos planos econômicos, vivenciados no último século. A matéria era, normalmente, tratada no contexto no art. 2º, inc. VI, da Lei n. 1.521/51. A Suprema Corte negava a *abolitio criminis* a partir da sucessão de norma de complementação no tempo. As discussões do presente tema, no contexto do art. 2º, inc. VI, da Lei n. 1.521/51, não tem muita valia. O mencionado dispositivo legal descreve uma lei penal em branco. Ocorre que a lei é também excepcional. E todos sabemos da disciplina que o código penal reserva às leis penais temporárias e excepcionais.¹⁰

che da essi espresse” (GATTA, 2008, p. 247). Nossa tradução: “Essa distinção mostra que apenas algumas das regras de várias formas mencionadas na lei penal podem ser consideradas verdadeiras e adequadas normas de integração: aquelas que contribuem para descrever o caso jurídico abstrato e, portanto, delinear o julgamento de valor negativo expresso pelo legislador na configuração de um específico figura do crime (43). Como sabemos, trata-se das normas chamadas a “preencher” o preceito das normas penais no todo ou em parte “em branco”, e das normas definidoras. Outras normas, por outro lado, são aparentemente complementares: embora sejam referidas pelo direito penal, não contribuem para descrever o caso jurídico abstrato, nem para delinear o julgamento do valor negativo expresso pelo legislador na configuração de um determinado tipo penal”.

⁹ As leis penais em branco que evidenciam, por sua estrutura, a demanda por uma norma de complementação são as de remissão geral, as de remissão específica que delegam à norma de complementação a restrição ou definição da ilicitude. Nessas hipóteses, a partir da diferença apontada por Gatta entre elemento em branco e normativo jurídico, fica claro que estamos diante de leis penais em branco. Gatta é insuficiente para explicar a diferença entre elemento em branco e normativo jurídico quando a lei penal em branco faz uso de uma remissão interpretativa (MENDONÇA, 2016, p. 83).

¹⁰ “O Ministro Nelson Hungria, em seu voto, argumentou que a mudança ou alteração dos atos normativos que complementam a lei penal em branco não pode levar à aplicação do princípio da retroatividade *in melius*. Pouco importa a alteração ou mesmo a extinção do ato administrativo que complementa a lei penal em branco, porque

O Supremo Tribunal Federal começou a admitir, em tese, a aplicação da retroatividade de norma de complementação de lei penal em branco menos gravosa no julgamento do HC 73.168/SP. Nota-se que a admissão da possibilidade se deu em tese, haja vista que, no caso concreto, a *abolitio criminis* não foi aplicada.¹¹

No HC 94.397/BA, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a *abolitio criminis* a partir da sucessão de norma de complementação no tempo. Não realizou, todavia, qualquer reflexão mais profunda sobre os limites na sucessão, no tempo, de norma de complementação de lei penal em branco (BRASIL, 2010a).

No Superior Tribunal de Justiça, dois casos se destacam: HC 113.094/BA (BRASIL, 2009) e HC 150.032/MG (BRASIL, 2010b). Os dois *Habeas Corpus* trataram do crime descrito no art. 1º, inc. I, da Lei n. 8.176/91. Os pacientes foram acusados de vender combustível em desacordo a regulamentação da ANP¹². Ao arrepio da Resolução n. 248/2000, não guardaram amostras testemunhas dos dois últimos carregamentos. Ocorre que a Resolução n. 248/2000 foi revogada pela Resolução n. 09/2007. Manter amostras testemunhas dos dois últimos carregamentos passou a ser uma faculdade. O responsável pelo posto de gasolina poderia optar por manter, em seu poder, um Boletim de Conformidade expedido pelo distribuidor.

Esses *Habeas Corpus* são importantes porque permitiram ao Superior Tribunal de Justiça debater o tema, objeto do presente artigo, com um pouco mais de profundidade. O HC 113.094/BA foi o primeiro das duas ações constitucionais que colocamos em relevo. Foi reconhecida, por maioria de votos, a *abolitio criminis*. O voto majoritário entendeu que o princípio da anterioridade se aplica de forma plena à sucessão de norma de complementação de lei penal em branco. O voto divergente, da lavra da Ministra Maria Thereza, deixou de reconhecer a *abolitio criminis*. Entendeu que o princípio da anterioridade só se aplica quando a norma de complementação posterior excluir o conteúdo do injusto. E isso não aconteceu no caso em análise. A Resolução n. 09/2007 não eliminou a necessidade de controle do combustível posto à venda. Só o previu de forma distinta.

O HC 150.032/MG não teve voto divergente. Acompanhou a orientação majoritária encampada pelo Superior Tribunal de Justiça no HC 113.094/BA. Perdeu uma ótima oportunidade de aprofundar as discussões levantadas pelo voto divergente, subscrito pela Ministra Maria Thereza.

o crime sempre deve estar ligado às condições do mercado à época de sua ocorrência. Além do mais, a julgar pela demora do processo penal e o tempo curto em que vigiam os tabelamentos de preços, os autores de crimes contra a economia popular terminariam impunes" (MENDONÇA, 2016, p. 115).

11 "A norma que complementa o preceito penal em branco, importa real modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insusceptível de modificar-se por circunstâncias temporárias ou excepcionais, como sucede quando do elenco de doenças contagiosas se retira uma por se haver demonstrado que não tem ela tal característica" (BRASIL, 1995).

12 Agência Nacional de Petróleo.

Há três correntes que buscam explicar o problema da sucessão, no tempo, de norma de complementação de lei penal em branco: teoria clássica, aplicação plena do princípio da anterioridade e teorias intermediárias.

3 Correntes doutrinárias

3.1 Teoria clássica

A teoria clássica sustenta a inaplicabilidade plena do princípio da anterioridade na sucessão da norma de complementação de lei penal em branco no tempo. Baseia-se na ideia de que a norma de complementação não integra a lei penal em branco. A primeira é somente um pressuposto de aplicabilidade da segunda. Dessa forma, a norma de complementação estaria fora do âmbito de incidência do princípio da anterioridade da lei penal. As primeiras referências a esse posicionamento ocorreram na *Corte di Cassazione Italiana* e no *Reichsgericht* alemão¹³.

Alarcon Borges (2015) atribui três fundamentos à teoria clássica: formalista, material e jurisprudencial.

A formalista lastreia-se na distinção entre lei e norma. A norma de complementação não integra a lei penal, somente a norma. Como o princípio da anterioridade só incide sobre a lei, não se aplicaria ao conflito de norma de complementação de lei penal em branco no tempo.¹⁴

O fundamento material justifica a não aplicação da *abolitio criminis* em razão do princípio da obediência às normas jurídicas. Mesmo a norma de complementação posterior sendo mais benéfica ao acusado, não há de se ignorar o fato de que o indivíduo, no tempo da ação, inobservou uma norma jurídica.

13 “La primera postura, denominada tradicional, se mostraba mayoritariamente contraria a la aplicación retroactiva de las modificaciones favorables al reo producidas en las normas penales en blanco a consecuencias de una variación en la normativa extrapenal objeto de remisión, Su principales exponentes se encontraban en la Corte di Cassazione Italiana y en la jurisprudencia sentada por el Reichsgericht alemán, seguida por los tribunales inferiores e incluso por algún pronunciamiento inicial del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo federal alemán)” (ALARCON BORGES, 2015). Nossa tradução: “A primeira posição, denominada tradicional, era em grande parte contrária à aplicação retroativa das modificações favoráveis aos internos, produzidas nas normas penais em branco, às consequências de uma variação do objeto de referência extra-penal, cujos principais expoentes estavam na Corte di Cassazione Italiana e na jurisprudência estabelecida pelo Reichsgericht alemão, seguida pelos tribunais inferiores e até mesmo por algum pronunciamento inicial do Bundesgerichtshof”.

14 “La básicamente formalista, que partiendo de la distinción entre normas y leyes penales, plantea que la expresión leyes, empleada en el artículo 2 del StGB, para aludir a la aplicación retroactiva, debía ser interpretada como alusiva a las ‘leyes penales’, pero no a las ‘normas’; en conclusión, sólo podría aplicarse retroactivamente una modificación de las leyes favorables al reo, pero no una modificación de las ‘normas’, que como se conocen, según la teoría de Binding, no pertenecen al Derecho penal, sino al Derecho Público general. La ‘ley’ es el total estado jurídico en que descansa la punibilidad, en ella se incluyen las disposiciones que completan a las leyes penales en blanco. Si una modificación de las mismas repercute una atenuación, es de aplicación el artículo 2, ante mencionado” (ALARCON BORGES, 2015). Nossa tradução: “O basicamente formalista, que baseado na distinção entre regras e leis criminais, afirma que as leis de expressão, usadas no Artigo 2 do StGB, para se referir a aplicação retroativa, devem ser interpretadas como aludindo às ‘leis criminais’, mas não às “normas”; Em conclusão, apenas uma modificação das leis favoráveis ao acusado poderia ser aplicada retroativamente, mas não uma modificação das ‘normas’, que como são conhecidas, de acordo com a teoria de Binding, não pertencem ao direito penal, mas ao direito público geral. A “lei” é o status legal total sobre o qual a punibilidade depende, incluindo as disposições que completam as leis criminais em branco. Se uma modificação do mesmo tiver uma atenuação, aplica-se o Artigo 2, conforme mencionado acima”.

O fundamento de matriz jurisprudencial, a que se refere Alarcon Borges, sustenta-se na premissa de que o direito penal seria meramente sancionador. O princípio da anterioridade não alcançaria as normas de complementação que moldam e delimitam os bens jurídicos a serem tutelados pela lei penal¹⁵.

Se aplicarmos a teoria clássica ao problema, objeto do presente artigo, veremos que o agente não poderá valer-se da *abolitio criminis*. A nova redação, dada ao art. 16, §2º, do Decreto n. 5.123/03 pelo Decreto n. 9.685/19, não retroage para ampliar o prazo de validade de Certificados de Registros de Arma de Fogo.

Discordamos da teoria clássica. Se considerarmos a norma de complementação um pressuposto de aplicabilidade da lei penal e não elemento de sua estrutura, teremos de admitir que a lei penal em branco afronta o princípio da determinação taxativa.¹⁶

Também não acreditamos ser razoável sustentar a legitimidade da pena criminal na desobediência ao comando estatal. Aquele que mata alguém não é punido porque desobedeceu ao comando “não matar”. É apenado porque, ao desobedecer ao comando estatal, lesou o bem jurídico vida.

Concluimos que a teoria clássica não traz a melhor solução. Portanto, terminamos por abandoná-la. Isso não implica reconhecer como correta a aplicação plena do princípio da anterioridade.

3.2 Teoria da Retroatividade Plena

Silva Sanchez (1992) sustenta que a aplicação plena do princípio da anterioridade na resolução do conflito de norma de complementação de lei penal em branco no tempo tornou-se uma corrente majoritária após a 2ª Guerra Mundial.

Parte-se da premissa de que a norma de complementação integra a lei penal e, portanto, está sob o âmbito de incidência do princípio da anterioridade. Welzel (1956) pensa dessa forma, embora excetue as leis penais em branco que também são temporárias.

Para os adeptos da corrente, ora em análise, a nova redação do art. 16, §2º, do Decreto n. 5.123/04, dada pelo Decreto n. 9.685/19 retroage para extinguir a

15 “Por último, la vertiente de índole jurisprudencial, que toma como punto de partida la consideración de que las normas penales no establecen por sí mismas sus “objetos de protección”, sino que se limitan a prestar protección penal a bienes jurídicos definidos fuera de las mismas, en otros sectores del ordenamiento jurídico. Sentado esto, se considera que el artículo 2 StGB se refiere solo –a efectos de su eventual aplicación retroactiva-, a modificaciones favorables de las normas protectoras, que son las que merecen realmente el apelativo de “leyes penales”; no, en cambio, a variaciones que afecten a la configuración del bien jurídico” (ALARCON BORGES, 2015).

16 “A integração da norma de complementação à lei penal em branco nos parece clara. Do contrário, admitiríamos leis penais em branco que violariam o princípio da determinação” (MENDONÇA, 2016, p. 95). Pierangeli tem o mesmo posicionamento: “Entendemos que a legislação extrapenal integra o tipo, pois, para nós resulta incompreensível a existência de uma lei penal que não individualize a conduta que proíbe, e a ela associe uma pena” (PIERANGELI, 2006, p. 128).

punibilidade daquele que possuía ou mantinha uma arma de fogo com Certificado de Registro de Arma de Fogo vencido há não mais do que 10 anos. A solução, todavia, não nos parece ser tão simples.

Há hipóteses em que a norma de regulamentação, posterior menos gravosa, exclui a ilicitude da conduta praticada. Há outras em que a norma de complementação somente regulamenta o ilícito – que se mantém preservado – de uma forma distinta. Na segunda hipótese, o injusto persiste. A tutela do bem jurídico somente é regulamentada de forma distinta. Na primeira hipótese, há, pela norma de complementação, um completo esvaziamento do injusto. Isso pode ocorrer em razão de uma reavaliação da conduta outrora típica. Ou porque o legislador passa a compreender que o bem jurídico não é mais digno de tutela penal ou porque entende que a conduta, outrora típica, não é grave o suficiente a ponto de merecer uma resposta penal. É possível também que, em razão de uma alteração do quadro fático, perceba-se que a conduta, outrora típica, não viola o bem jurídico de forma a merecer uma resposta penal.

Imaginemos que uma portaria “x” do IBAMA proíba a pesca no rio das Velhas em um determinado trecho em Matozinhos. Os técnicos perceberam que, naquela região, houve um desequilíbrio no ecossistema que ameaçava os peixes. Era necessário que a pesca cessasse. Aquele que desobedecesse a proibição, cometeria o crime descrito no art. 34 da lei 9.605/98. Tempo depois, em razão de uma conjunção de fatores, ficou constatado que os peixes da região não estavam mais em perigo. O IBAMA revoga a portaria “x”. É razoável admitir que o autor da pesca proibida a seu tempo possa valer-se da *abolitio criminis*? Imaginemos que não estamos tratando de uma lei penal excepcional. Os dados fáticos que interferiam no ecossistema e fragilizavam os peixes eram relativamente estáveis. A incidência do princípio da anterioridade no conflito de norma de complementação no tempo não nos parece oferecer, para o nosso caso hipotético, uma solução adequada. E a resposta para esse desconforto parece estar em seus fundamentos.

3.2.1 Princípio da anterioridade: fundamentos

O princípio da anterioridade impede que uma lei penal seja aplicada a fatos anteriores a sua vigência. Implica dizer que a lei penal não retroage para alcançar fatos passados. Não desconhecemos os fundamentos políticos do princípio da anterioridade e da própria legalidade. Também não ignoramos a importância do postulado da legalidade para a restrição e racionalidade do poder punitivo estatal. Ocorre que, quando aplicamos o princípio da anterioridade ao conflito de norma de complementação de lei penal em branco no tempo, o resultado

não é satisfatório. Reputamos tal fato à função regulamentadora que a norma de complementação exerce em relação ao disposto na lei penal. Acreditamos que a aplicação do princípio da anterioridade possa ser mitigada, restringindo a incidência da *abolitio criminis*, observando o fenômeno, objeto do presente estudo, pelas vias do princípio da isonomia. Registra-se que essas considerações são restritas ao conflito de norma de complementação de lei penal em branco no tempo.

O princípio da isonomia não implica tratar todos da mesma forma. Consiste em tratar o igual de forma igual e o desigual de forma desigual. Havendo uma base fática, é possível tratar indivíduos de forma distinta, no sentido de, superando as desigualdades fáticas, equilibrarmos os “pratos da balança”. A publicação de uma lei penal é um fato que permite tratar dois indivíduos que praticaram a mesma conduta de forma distinta. O indivíduo “A” praticou a conduta ‘Y’. No dia seguinte entra em vigor lei penal que tipifica a conduta “Y”, prometendo a seu autor uma pena de reclusão de 01 a 05 anos. Dois dias após a publicação da lei, o indivíduo “B” pratica a mesma conduta “Y” e é condenado a 01 ano de prisão. O fato de a lei penal já ter sido publicada permitiu ao indivíduo “B” orientar seu agir. Ainda assim, optou por cometer a conduta típica. O indivíduo “A” não teve a mesma possibilidade. O *discrimen* que permite o tratamento diverso a dois indivíduos que praticaram a mesma conduta está evidenciado.

Interessa-nos em especial a outra face do princípio da anterioridade. A lei penal que tipificava a conduta “Y” foi revogada. A conduta, outrora típica, torna-se atípica. Todos sabemos que a consequência é a extinção da punibilidade pela *abolitio criminis*. Vamos analisar a questão pela via do princípio da isonomia.

O indivíduo “A” pratica a conduta típica “Y”. Dois dias após, a lei penal que tratava a conduta como criminosa é revogada. O indivíduo “B”, dois dias após a revogação, pratica a conduta “Y”, outrora típica. Caso não houvesse a *abolitio criminis*, dois indivíduos iguais em seus atos seriam tratados de forma distinta, violando com isso o princípio da isonomia.

Imagine que a pesca de lambari esteja proibida no rio Paraopeba. Os estudos indicam que a população de lambari, naquele rio, reduziu-se sensivelmente. Os órgãos ambientais responsáveis trabalham no sentido de repovoar o rio. A população de lambaris atinge um nível bem satisfatório. A portaria do IBAMA que proibia a pesca de lambaris é revogada. Aquele que pescou lambaris, quando da vigência da proibição, pode, pela revogação da mencionada portaria, valer-se da *abolitio criminis*?

Se pensarmos somente no princípio da anterioridade, aplica-se a *abolitio criminis*. Todavia, se observarmos a questão sob a ótica do princípio da isonomia,

as certezas acerca da extinção da punibilidade ficam rarefeitas. Aquele que pescou lambari quando era proibido fazê-lo é distinto daquela que o fez quando era permitido. Não porque um inobservou a norma jurídica e o outro não, mas porque o primeiro, ao praticar a conduta, lesou o bem jurídico. O segundo não. A modificação do quadro fático faz com que o primeiro seja, em seus atos, diferente do segundo, justificando, portanto, o tratamento desigual.

Cientes de que a teoria da retroatividade plena não apresenta soluções satisfatórias, passamos ao estudo das teorias intermediárias.

3.3 Teorias intermediárias

As teorias intermediárias partem da premissa de que a clássica e da retroatividade plena não apresentam soluções satisfatórias para o conflito de normas de complementação de lei penal em branco no tempo. Embora a norma de complementação integre a estrutura da lei penal, a aplicação plena do princípio da anterioridade não nos parece correto. Reputamos tal fato a função regulamentadora que a norma de complementação exerce sobre a lei penal em branco. Resta-nos seguir a trilha das teorias intermediárias.

3.3.1 Alteração dos dados fáticos

A aplicação da *abolitio criminis* é condicionada a uma modificação da norma de complementação lastreada na alteração de dados fáticos, capazes de alterar a valoração que se faz de uma determinada conduta, outrora proibida.¹⁷

A análise desta corrente nos impõe tratar das leis penais temporárias ou excepcionais. A lei penal temporária já nasce com data marcada em seu próprio texto para que cesse a sua vigência. A lei penal excepcional tem sua vigência condicionada a uma situação de excepcionalidade. Ocorre que nem toda lei penal temporária ou excepcional é uma lei penal em branco. Nem toda lei penal em branco é temporária e excepcional.

É bem verdade que há uma coincidência de fundamentos. Tanto a lei penal temporária ou excepcional quanto a lei penal em branco podem atender a uma

¹⁷ "Según el referido criterio, adoptado por algún autor, el principio de retroactividad de las disposiciones posteriores más favorables al reo, no sería aplicable retroactivamente cuando su introducción hubiera sido debida a la apreciación de un cambio de circunstancias, esto es, a un elemento fáctico. En cambio, dicha nueva *lex mitior* gozaría de aplicación retroactiva cuando la introducción de la modificación favorable al reo tuviera su origen en un cambio en la valoración jurídica, esto es, en un factor axiológico" (SILVA SANCHEZ, 1992, p. 441). Nossa Tradução: "De acordo com o critério mencionado, adotado por alguns autores, o princípio da retroatividade de disposições posteriores mais favoráveis ao ofensor, não se aplicaria retroativamente quando sua introdução fosse devida à apreciação de uma mudança de circunstâncias, isto é, a um elemento de fato. Por outro lado, esse novo *lex mitior* teria aplicação retroativa quando a introdução da modificação favorável ao ofensor tivesse sua origem em uma mudança na avaliação legal, ou seja, é um fator axiológico".

situação transitória. Ocorre que esse não é o único fundamento de política criminal que inspira o legislador a utilizar a técnica da lei penal em branco. Ela também se justifica para atender a juízos de valor que prescindem de um conhecimento técnico específico. Ou pode servir para que cada Estado ou município possam contribuir, por meio de normas de complementação, na construção de leis penais.

Nos termos dessa corrente, a sucessão de norma de complementação no tempo levaria a *abolitio criminis* se não motivada por uma alteração fática que levasse o legislador a valorar a conduta de forma distinta.

Imaginemos que, após o desastre em Brumadinho, seja necessário proibir, por meio de portaria do órgão ambiental competente, a pesca no rio Paraopeba. Imaginemos que um indivíduo “X”, inobservando a determinação, pratique o crime descrito no art. 34 da Lei n. 9.605/98. Por hipótese, imaginemos que a situação se normalize e o rio Paraopeba se veja livre de toda a poluição. A portaria é revogada. Pode o indivíduo “x” valer-se da *abolitio criminis*?

Entendemos que, dentro da perspectiva da corrente ora em análise, não. Isso porque houve uma alteração do quadro fático que levou o legislador a valorar a conduta de forma distinta. Na primeira oportunidade, lesava ou expunha a risco o bem jurídico penalmente tutelado. Na segunda não. É esse o *discrimen* que permite tratar de forma diversa o indivíduo “x” e o indivíduo “y”.

Explicitadas as bases dessa corrente, vamos aplicá-la ao caso, objeto do presente artigo. Aquele que mantinha uma arma em sua residência com certificado de registro de arma de fogo vencido quando da entrada em vigor do Decreto n. 9.685/19 poderia valer-se da *abolitio criminis* se o certificado não foi emitido há mais de 10 anos. Isso porque não há nenhuma alteração de dados fáticos que justifique um reavaliação da conduta típica. A nova norma de complementação só entendeu por bem disciplinar o controle de arma de fogo de forma menos rigorosa.

3.3.2 Alteração do núcleo do ilícito típico

Essa corrente nasceu no *Bundesgerichtshof* não tinha como objeto inicial tratar da sucessão de normas de complementação de lei penal em branco no tempo. O *Bundesgerichtshof* cuidou de uma hipótese de sucessão de leis penais no tempo. A lei posterior incluiu uma qualificadora e retirou outra do crime de roubo. O acusado incidiu nas duas qualificadoras: a que não sobreviveu à modificação da lei penal e aquela que foi introduzida por ela. O sujeito ativo foi condenado por roubo qualificado porque o Tribunal alemão compreendeu que a nova lei não modificou o núcleo da conduta proibida.¹⁸

¹⁸ “O critério da continuidade do ilícito típico não nasceu para tratar da sucessão de uma norma de complementação. Seu berço foi o *Bundesgerichtshof*. Foi primeiro concebido pela jurisprudência e depois duramente criticado pela

Essa corrente, aplicada ao texto da lei penal propriamente dita, nos parece uma clara negação ao princípio da anterioridade. Isso porque mitiga o princípio da legalidade para prestar homenagens a uma necessidade político criminal de imposição de pena. Nenhum direito, minimamente liberal e democrático, pode da luz a uma perspectiva tão sombria.¹⁹

Essa corrente não causa tanta estranheza quando aplicada à sucessão de normas de complementação no tempo por conta da natureza regulamentadora desta em relação às leis penais.

Os italianos tratam da corrente, ora em análise, denominando-a de continuidade do ilícito típico.²⁰ A nova norma de complementação só poderá gerar a extinção da punibilidade pela *abolitio criminis* quando alterar o objeto de tutela penal. Em outras palavras, se a norma de regulamentação continuar a tutelar o bem jurídico penalmente tutelado, de uma forma mais branda, não haverá *abolitio criminis*.

Se adotarmos essa corrente, daremos outra resposta ao problema, ora em análise. Aquele que manteve uma arma de fogo em sua residência com certificado de registro de arma de fogo vencido há um ano, quando da vigência do Decreto n. 9.865/19 não poderá valer-se da *abolitio criminis*. Isso porque a nova redação dada ao art. 16, §2º, do Decreto n. 5.123/04 e agora dada pelo Decreto n. 9.865/19 não alterou a tutela do bem jurídico, mas a disciplinou de forma distinta.

3.3.3 Posição da doutrina

Jakobs filia-se à corrente diferenciadora. Seu critério de diferenciação passa por estabelecer categorias de leis penais em branco. No primeiro caso, a lei penal serve para assegurar a observância da norma de complementação. No segundo, a lei garante o efeito de regulamentação da norma de complementação. A sucessão de normas de complementação, no segundo grupo de leis penais em branco, não leva à *abolitio criminis*. O mesmo não pode ser dito em relação ao primeiro doutrina. O berço da teoria da continuidade do tipo de ilícito não oferece boas perspectivas. O *Bundesgerichtshof* tratou do delito de “roubo grave”. Houve uma sucessão de leis penais no tempo. Lei posterior retira uma qualificadora e insere duas outras até então inexistentes. Um agente comete o crime de roubo grave nos termos da lei penal de seu tempo. Por coincidência, incide também nas hipóteses futuras de qualificadoras do roubo. Questiona-se: o agente pode responder por roubo grave? O tribunal alemão entendeu pela punição do autor pelo crime de “*rapina grave*”. Justificou-se, no entender de Gatta, sustentando que a sucessão de leis penais no tempo não determinou uma alteração do objeto da tutela penal, preservando o núcleo do ilícito” (MENDONÇA, 2016, p. 105).

19 “O raciocínio desenvolvido, primeiramente pela jurisprudência alemã, é um subterfúgio teórico que tem como objetivo negar a aplicação do princípio da retroatividade fundando-se, em última medida, na necessidade político-criminal da pena (prevenção geral e especial). Mesmo que a conduta não mais se adeque à nova lei penal, havendo uma identidade de bens jurídicos penalmente tutelados, a punição permanece. Se a nova lei continua a dar relevância jurídica ao mesmo bem jurídico tutelado pela lei anterior é porque a necessidade da pena se mantém” (MENDONÇA, 2016, p. 106).

20 “Os italianos denominam esse critério de “continuidade do tipo de ilícito”. Não haverá *abolitio criminis* se a lei posterior não alterar o núcleo do tipo de ilícito. Em outras palavras: havendo uma unidade de bem jurídico entre a lei posterior e a anterior não se verifica a *abolitio criminis*, mesmo que formalmente o fato anterior não encontre um juízo positivo de subsunção típica em relação à lei penal posterior” (MENDONÇA, 2016, p. 104).

grupo²¹. Parece-nos que Jakobs se filia à teoria da continuidade do injusto, com a particularidade de não fundar o direito penal na tutela de bens jurídicos, mas na vigência da norma.

Marinucci e Dolcini (2012) abraçam a teoria da retroatividade plena. Diferenciam, como nós, elemento em branco do normativo jurídico. Afirmam que a norma de complementação leva à *abolitio criminis* se estamos cuidando de um elemento em branco. Não o fará se complementar um elemento normativo jurídico. Ora, então toda sucessão de norma de complementação de lei penal em branco gera a extinção da punibilidade pela *abolitio criminis*. Tratamos da teoria da retroatividade plena.

Gatta (2008) caminha no mesmo sentido de Marinucci e Dolcini. Ele condiciona a *abolitio criminis* a sucessão, no tempo, de normas de complementação em que se verifica uma integração real que se restringe aos elementos em branco. A integração aparente verifica-se nos elementos normativos jurídicos. Logo, condicionar a *abolitio criminis* à verificação de uma integração real é circunscrevê-la às leis penais em branco. Gatta, assim como Marinucci e Dolcini, filiam-se à teoria da retroatividade plena.

Considerações finais

Parece-nos que as teorias clássica e da retroatividade plena não atendem. A primeira parte da premissa é a de que a norma de complementação não integra a lei penal em branco. Isso é um problema porque implica admitir que as leis penais em branco afrontam o princípio da determinação taxativa. A teoria da retroatividade plena também não traz respostas satisfatórias. As teorias intermediárias nos parecem mais adequadas para a resolução do conflito de norma de complementação no tempo. Elas restringem a incidência da *abolitio criminis*. A questão é que não há um consenso sobre os critérios de restrição da incidência da *abolitio criminis*. Duas correntes tentam trazer soluções ao problema: alteração dos dados fáticos e continuidade do ilícito. Os autores pesquisados não fugiram da dualidade das correntes mencionadas na frase anterior.

Frente à impossibilidade de obter respostas satisfatórias ao problema, objeto do presente artigo, por meio da simples aplicação do princípio da anterioridade, optamos por visualizar o problema por meio do princípio da isonomia.

21 Jakobs filia-se à corrente das teorias diferenciadoras ao afirmar ser possível, em casos específicos, que a norma de complementação posterior possa justificar a extinção da punibilidade pela *abolitio criminis*. Para estabelecer um critério diferenciador, devemos, na visão de Jakobs, estabelecer categorias de leis penais em branco. A classificação das leis penais em branco, proposta por Jakobs, parte da função exercida pela lei penal frente à norma de complementação. No primeiro grupo, a lei penal serve para assegurar a obediência à norma de complementação. No segundo grupo, a lei penal assegura o efeito de regulamentação, objetivo da norma de complementação (MENDONÇA, 2016, p. 107-108).

A norma de complementação estabelece, em relação à lei penal, uma relação de regulamentação. Isso impede que o princípio da anterioridade apresente solução satisfatória em todas as hipóteses estudadas. Se não é possível negar a aplicação da *abolitio criminis* em todos os casos também não é possível admiti-la sempre. A questão é que não há um consenso sobre o âmbito de incidência da *abolitio criminis* no caso de sucessão de norma de complementação de lei penal em branco no tempo. O princípio da isonomia nos pareceu suprir as deficiências do princípio da anterioridade para solucionar o problema do âmbito de incidência da *abolitio criminis*. Isso somente nas hipóteses em que a sucessão da norma de complementação não eliminou por completo o conteúdo do injusto penal. Isso porque quando elimina, não há dúvidas sobre a incidência da *abolitio criminis*.

Caso a norma de complementação posterior restrinja o âmbito da tipicidade sem se fundar em qualquer alteração do quadro fático, haverá a incidência da *abolitio criminis*. Do contrário, viola-se o princípio da isonomia. Ao contrário, se a norma de complementação posterior restringe o âmbito da tipicidade fundada em alterações do quadro fático, não haverá incidência de *abolitio criminis*. A alteração do quadro fático funciona como *discrimen* a permitir o tratamento diverso entre aquele que praticou a conduta proibida antes da alteração da norma de complementação e aquele que praticou a mesma conduta depois.

A nova redação dada ao art. 16, §2º, do Decreto n. 5.123/04 pelo Decreto n. 9.685/19 restringe o âmbito de incidência do tipo penal. Não há nenhum dado fático que justifique a ampliação do prazo de 05 para 10 anos do certificado de registro de arma de fogo. Há somente uma nova visão política sobre a matéria. O direito não dá o mesmo valor ao controle de arma de fogo que dava antes do Decreto n. 9.685/19. Nesse sentido, não há como não reconhecer a incidência da *abolitio criminis* àquele que possuía ou mantinha arma de fogo sob sua guarda com o certificado de registro de arma de fogo vencido, desde que não superasse o prazo de 10 anos de sua emissão. Tudo nos termos da nova redação dada ao art. 16, §2º, do Decreto n. 5.123/04 pelo Decreto n. 9.685/19.

Referências

ALARCON BORGES, R. Y. La sucesión de leyes en los delitos económicos configurados como normas penales en blanco: propuestas para no transitar por una época de epílogos. In: PIERRE, M. G. (Coord.). *Globalización, delincuencia organizada, expansionismo penal y derecho penal económico en el siglo XXI*. Guadalajara: Universidad de Guadalajara; La Habana: Centro de Estudios Martianos, 2015. p. 361-398.

ALFLEN DA SILVA, P. R. *Leis penais em branco e o Direito Penal do risco: aspectos críticos e fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 73.168/SP*. Rel. Min. Moreira Alves. DJ 15.03.1996. Brasília, 21 nov. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74299>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRASIL. *Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 5.123, de 1º de julho de 2004*. Regulamenta a Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM e define crimes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5123.htm>. Acesso em: 18 fev. 2019

BRASIL. *Decreto n. 6.715, de 29 de dezembro de 2008*. Altera o Decreto n. 5.123, de 1º de julho de 2004, que regulamenta a Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM e define crimes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Decreto/D6715.htm#art1>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 113.094/BA*. Rel. Desembargadora convocada Jane Silva, DJe 18.05.2009. Brasília, DF, 19 mar. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=4314206&num_registro=200801752470&data=20090518&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 19 jan. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 94.397*. Rel. Min. Cezar Peluso. DJe 23.04.2010. Brasília, DF, 9 mar. 2010a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610170>>. Acesso em 8 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 150.032/MG*. Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 13.09.2010. Brasília, DF, 2010b. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequen>

cial=16460098&num_registro=200901973419&data=20110829&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 19 jan. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 8.935, de 19 de dezembro de 2016*. Altera o Decreto n. 5.123, de 1º de julho de 2004, que regulamenta a Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM e define crimes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8935.htm>. Acesso em: 18 fev. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 9.685, de 15 de janeiro de 2019*. Altera o Decreto n. 5.123, de 1º de julho de 2004, que regulamenta a Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM e define crimes. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9685.htm>. Acesso em: 18 fev. 2019.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.; GOMES, L. F. *Direito Penal*. Parte Geral. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GATTA, G. L. *Abolitio Criminis e successione di norme integratrici: teoria e prassi*. Milano: Giuffrè, 2008.

GUARAGNI, F.; BACH, M. *Norma penal em branco e técnicas de reenvio em Direito Penal*. São Paulo: Almedina, 2014.

HORTA, F. G. A. *Do erro sobre os elementos em branco das leis penais: uma análise a partir do Direito Socioeconômico brasileiro*. Tese (Doutorado) Programa de Pós-graduação, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

LUISSI, L. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2003.

MARINUCCI, G.; DOLCINI, E. *Manuale di Diritto Penale*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

MENDONÇA, T. M. C. *Lei Penal em Branco: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PIERANGELI, J. H. *Escritos jurídicos-penais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA SANCHEZ, J.-M. *Legislación penal socio-económica e retroactividad de la disposicione favorables*: el caso de la leyes en blanco. Madrid, 1992. Disponível em: <http://dspace.usc.es/bitstream/10347/4191/1/pg_423-466_penales16.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2015.

WELZEL, H. *Derecho Penal*: parte general. Buenos Aires: Roque Depalma, 1956.

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO TRIBUNAL DO JÚRI

Danilo Henrique Nunes¹

Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP)

Rafael Catani Lima²

Centro Universitário FAFIBE.

Jonatas dos Santos Silva³

Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos/SP

Artigo recebido em: 27/01/2019

Artigo aceito em: 27/05/2019

Resumo

O tribunal do júri é o único instituto judicial previsto na Constituição Federal que conta com participação popular, não sendo possível negar seu papel relevante para a sociedade, já que visa, pelo menos em tese, inclusive, evitar o arbítrio estatal. Porém, em razão dos anseios midiáticos, torna-se um instituto devassado. Deste modo, o presente artigo tem como objetivo analisar a influência midiática exercida no tribunal do júri e sua relação com a presunção de inocência, a qual, muitas vezes, é afetada pelo uso demasiado das fontes de informação. Com a análise de diversos autores, o estudo trata de ressaltar o sensacionalismo como forma de atrair para os meios de comunicação a atenção da população, entre eles,

os jurados. Esta pesquisa guiou-se pelo método dedutivo, buscando contemplar as arbitrariedades impostas aos suspeitos, principalmente nos crimes dolosos contra a vida, e que são encontradas em livros, artigos científicos, publicações de grandes meios de comunicação, resultando na ponderação dos princípios da liberdade de informação e da presunção de inocência do acusado, buscando assegurar ao acusado a dignidade humana e, provisoriamente, o uso de do instituto do desaforamento, bem como a renúncia do respectivo tribunal do júri pelo próprio acusado.

Palavras-chave: influência da mídia; tribunal do júri; decisões dos jurados.

1 Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto – Unaerp – Ribeirão Preto/SP. E-mail: dhnunes@hotmail.com

2 Doutorando em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania. Professor e Coordenador do Curso de Direito e de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Fafibe em Bebedouro/SP. Advogado. E-mail: rafael.catani.adv@gmail.com

3 Graduado pelo Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos/SP. E-mail: jonatashet23@gmail.com

THE INFLUENCE OF THE MEDIA IN THE COURT OF JUSTICE

Abstract

The Jury's Court is the only judicial institute foreseen in the Federal Constitution that has popular participation, and it cannot be denied its relevant role for society, since it aims at least in theory to avoid state arbitration. But due to media anxieties, it becomes a destitute institute. Thus, this article aims to analyze the media influence exercised in the Court of the Jury and its relation to the presumption of innocence, which is often affected by the overuse of information sources. With the analysis of several authors, the study tries to emphasize sensationalism as a means of attracting the attention of the population, among them jurors, to the media. Their research was guided by the

deductive method, seeking to contemplate the arbitrariness imposed on the suspects, especially in crimes against life, which are found in books, scientific articles, publications of major media, resulting in the pondering of the principles of freedom of information and of the presumption of innocence of the accused, seeking to ensure to the accused the human dignity and provisionally the use of the instigation institute, as well as the resignation of the respective Court of the jury by the accused himself.

Keywords: *influence of the media; jury court; decisions of the jury.*

Introdução

A mídia tem um poder imenso, tendo aqueles que asseveram que ela é o quarto poder, ao lado dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, contando com proteção ressalvada pela Constituição Federal, em rol de garantias fundamentais da pessoa humana, sendo, desse modo, *clausula pétrea*.

Por ser um órgão composto por variados tipos de pessoas, o tribunal do júri é mais propício ao sensacionalismo da mídia, resultando em debates em locais públicos e que refletem em plenário de julgamento, muitas das vezes, condenando o acusado antes mesmo que este exerça sua defesa, já que figura como um “inimigo” da sociedade, o qual, da maneira o mais prolongada possível, deve permanecer enclausurado.

As políticas criminais, ao lado da influência midiática, ao transformar o suspeito de determinado crime em inimigo, atribuem à sociedade a sensação de dever de castigar aquele que está sendo julgado, mesmo que este não mereça receber qualquer tipo de punição, pois pode ser o caso de o acusado ser inocente. Isto

porque cada vez mais os delitos contra a vida são o embasamento central dos noticiários, os quais são mais presentes em quase todos os lares brasileiros, seja por meio da internet ou da televisão.

Desse modo, este artigo estuda a influência que os meios de comunicação exercem sobre os jurados e suas consequências ao extrapolar os poderes constitucionais concedidos, ignorando o dever de apenas informar os casos e emitindo juízos de valor, como se tem visto. Cumpre ressaltar que a influência afeta até a presunção de inocência dos acusados, produzindo em larga escala a cultura do medo, quando cada crime ocorre, com único objetivo de auferir lucro e captar audiência.

A partir desse contexto, e visando à dignidade humana daquele que está sendo submetido a julgamento, surge o fim de buscar a ponderação dos abusos comunicativos, não os suprimindo, visto que este estudo não tem como ideia o cerceamento do princípio da liberdade de expressão, e sim sua ponderação quando conflitante com outra garantia constitucional. O direito de ser julgado por seus semelhantes é visto com bons olhos se exercido de forma correta, proporcionando ao réu o devido processo legal. Cria-se a expectativa de que o tribunal do júri possa unicamente garantir a participação da população no poder judiciário, evitando-se quaisquer abusos autoritários, mantendo-se a coerência e a busca da efetiva verdade, caso esteja livre das pressões exercidas diariamente pelos noticiários.

1 Origem do tribunal do júri

O tribunal do júri é um órgão especial do Poder Judiciário de primeira instância, colegiado e heterogêneo, consistente em 1 juiz togado (presidente) e 25 cidadãos por sessão de julgamento, dos quais 7 serão escolhidos como jurados a partir de sorteio e que julgam os crimes dolosos contra a vida, conforme o art. 447 do Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL, 1941).

Cabe apontar que prezado instituto é um órgão temporário, em virtude de ser constituído em sessões periódicas no ano, com soberania em relação às suas respectivas decisões, tomadas de maneira sigilosa e com íntima convicção, não necessitando ser fundamentada pelos seus integrantes (jurados), como prececionam o art. 453 do mesmo diploma legal supracitado e o art. 5º, inc. XXXVIII, da Constituição Federal (CF) (BRASIL, 1941; 2018).

Trata-se de um direito fundamental estabelecido na Lei Magna vigente, com a participação de cidadãos na aplicação da justiça criminal nos crimes dolosos contra a vida, tornando-se umas das mais democráticas instituições, pois visa combater os arbítrios estatais.

Quanto a suas origens, ainda que tenha recebido os primeiros traços e aspectos de sua forma no solo britânico (BARBOSA, 1897), a origem do júri encontra-se de forma variada nas opiniões dos autores no que tange às suas origens mais remotas. O máximo que se pode afirmar é que: tribunais populares sempre existiram, tendo o júri que conhecemos atualmente surgido no mundo anglo-saxão (FREITAS, 2016).

Cumpra anotar que a antiguidade greco-romana também conviveu com ilustrado tribunal, constituindo as primeiras bases do júri atual, mas nada comparado à inserção que o modelo britânico proporcionou. Em solo brasileiro, o júri surgiu apenas no século XIX, com a promulgação do Decreto Imperial de 18 de junho de 1822, assinado pelo Príncipe Regente Dom Pedro I, antes mesmo da independência, com competência restrita aos delitos e abusos da imprensa (MARQUES, 1963 apud FREITAS, 2016, p. 15), definidos como toda publicação, ainda que verbal, que fosse contra a ordem e a tranquilidade da União, além das doutrinas incendiárias e subversivas, capazes de promover a anarquia e destruir o sistema do Reino.

A Constituição Federal de 1824 foi a primeira a tratar sobre o tribunal do júri, em seu art. 152, integrado ao Poder Judiciário, alcançando, assim, apenas *status* Constitucional. De igual modo, a Constituição de 1934 deixou o respectivo mecanismo fora do rol dos direitos e garantias fundamentais. As Constituições de 1891, de 1946, de 1967 e a derradeira Constituição de 1988, “é que deram menção ao Júri na enumeração dos direitos e garantias individuais” (PORTO, 2007, p. 26).

O júri na sociedade brasileira contemporânea tem previsão na Carta Magna, no art. 5º, inc. XXXVIII. Já a lei que prevê sua organização é infraconstitucional, estando mais precisamente nos arts. 406 a 490 do Código de Processo Penal, de outubro de 1941, com as alterações introduzidas pela Lei n. 11.689, de 2008.

Ainda que seja um preceito constitucional, os requisitos para ocupar cargo de jurado não são definidos pelo mesmo diploma, tampouco pelo Código de Processo Penal, o que enseja vários questionamentos e, infelizmente, seu mau uso, o que compromete a Justiça, bem como os preceitos legais e constitucionais, que serão abordados no presente trabalho.

2 Princípios constitucionais e processuais do júri

Como visto, a Constituição Federal de 1988 recepcionou a instituição do júri, fazendo previsão, em seu art. 5º, inc. XXXVIII, aos princípios expostos a seguir.

2.1 Plenitude de defesa e sigilo das votações

No júri, é necessário mais que a ampla defesa, que é cabível em todos os tipos de processos, pois, em tal situação, a atuação da defesa deve ser plena, devendo ser o trabalho do defensor o mais perfeito possível. O juiz e o promotor deverão ser vigilantes quanto ao desempenho do advogado, podendo ambos requerer (promotor) ou determinar (juiz) a dissolução do conselho de sentença, por considerar o acusado totalmente indefeso.

Renato Brasileiro de Lima menciona a diferença entre plenitude de defesa e ampla defesa, ressaltando que o advogado de defesa não precisa se restringir a uma atuação exclusivamente técnica, ou seja, é perfeitamente possível que o defensor utilize a argumentação extrajurídica, valendo-se de razões de ordem social, emocional etc. (LIMA, 2017).

É possível concluir que o referido princípio visa proteger o acusado, para que este, se inocente ou não tão culpável, seja condenado pela insuficiência de seu defensor.

Quanto ao sigilo das votações, os jurados, ao votar, decidem de forma secreta, não sendo possível identificar como cada um estabeleceu seu voto. O citado princípio busca manter a segurança e a tranquilidade dos jurados, sem medo de possíveis represálias. A votação é feita em sala especial, como faz disposição o art. 485, *caput*, do Código de Processo Penal, não violando de forma alguma o princípio da publicidade. Tal disposição já se encontra pacificada na jurisprudência em razão da previsão legal do art. 5º, inc. LX, da Lei Magna, que dispõe sobre a restrição de publicidade de atos processuais quando o interesse social exigir.

2.2 Soberania dos veredictos e competência para o julgamento dos crimes dolosos

Prelecionado princípio traduz que um tribunal formado por juízes de Direito não pode modificar a decisão de um corpo de jurados no que diz respeito ao mérito de suas decisões. Contudo, tal afirmação não demonstra que as decisões dos jurados são irrecorríveis, podendo ser revisada por Tribunal competente para isso. Para tanto, é necessário diferenciar duas situações, conforme a disposição dada pelo art. 593, inciso III e seguintes do Código de Processo Penal (CPP) (BRASIL, 1941):

- (i) Impugnação à decisão dos jurados propriamente em si, ou seja, aquela proferida por conselho de sentença. Nestes casos,

caso haja recurso de apelação, o Tribunal de Justiça não tem competência para alteração. O que se pode fazer é anulação a decisão dos jurados e determinar a realização de novo júri.

(ii) Impugnação à decisão do Juiz-Presidente. Neste caso, em caso de recurso de apelação, poderá o Tribunal de Justiça modificar a decisão imposta.

No tocante à competência do tribunal do júri, determinam o art. 5º, inc. XXXVIII, alínea *d*, da Constituição Federal c. com o art. 74, §1º, do Código de Processo Penal, que compete ao tribunal do júri a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sejam eles na forma tentada ou consumada. Complementando o dispositivo anterior, os arts. 76, 77 e 78, inc. I, do Código de Processo Penal doutrinam a aplicação do tribunal do júri nos crimes conexos aos dolosos contra a vida.

3 A mídia e sua influência nas decisões dos jurados

Nilo Batista (2003 apud FREITAS, 2016, p. 142) aponta que a vinculação entre a mídia e o sistema penal é algo que sempre existiu ao longo de toda história, o que se denomina criminologia midiática (ZAFFARONI, 2012).

Já Pierre Bordieu (1997, p. 23) reconhece que a influência da mídia nos dias atuais “exerce uma espécie de monopólio sobre a formação das cabeças de uma parcela muito importante da população”, principalmente no que se refere ao âmbito penal, demonstrando que os meios de comunicação, mesmo quando desprovidos de qualquer natureza, já demonstravam interesse no sistema criminal, fomentando, assim, a criação de estereótipo do criminoso e a cultura do medo.

A mídia dominou de forma predominante a questão criminal, tendo em vista que a violência faz parte da vida cotidiana, migrando de um jornalismo limitado, que, de forma coesa e sucinta, informava os fatos ocorridos, para atuar como verdadeira máquina estatal, visando apenas à instigação, o que se reflete diretamente nos tribunais do júri, deixando de ser imparcial e tomando parte no debate, expondo apenas seus pontos de vista e posições (ALMEIDA; GOMES, 2013 apud FREITAS, 2016, p. 181).

É sabido que “Crimes dolosos contra a vida, via de regra, têm atraído o sensacionalismo da mídia [...]” (PRATES; TAVARES, 2008, p. 34), que são de competência do tribunal do júri. Os juízes leigos, ao decidirem apenas por íntima convicção, favorecem os meios midiáticos, pois não é possível identificar qual jurado fora influenciado pelo sensacionalismo e deixou de observar a imparcialidade, tendo em vista o sigilo das votações.

A falta da imparcialidade pelos jurados está diretamente atrelada à liberdade de outrem, que está sendo discutida. Resta ressaltar que os jurados julgam segundo suas convicções, tomadas pelas provas produzidas em plenário, decidindo de maneira justa e buscando alcançar a justiça em sua plenitude. Para Capez (2009, p. 630), a imparcialidade busca a garantia individual dos acusados:

A finalidade do tribunal do júri é a de ampliar o direito de defesa dos réus, funcionando como uma garantia individual dos acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida, e permitir que, em lugar do juiz togado, atado a regras jurídicas, sejam julgados pelos seus pares.

Surge, assim, a difícil tarefa de reservar ao acusado um julgamento justo, pois maléfica é a atuação da imprensa na divulgação dos casos em que há grande uso de violência, a qual, via de regra, é utilizada nos crimes dolosos contra vida, sendo estes, geralmente, os que atraem o interesse da população.

3.1 Liberdade de imprensa

Preceituam Mendes e Branco (2016) que a liberdade de expressão é um dos direitos fundamentais mais preciosos, sendo reivindicada pelo ser humano em toda a história. Se não fosse assim, a Constituição Federal Brasileira de 1988 não reservaria vários dispositivos acerca do tema, surgindo como direito assegurado à sociedade e, principalmente, aos meios de comunicação, que entregam aos primeiros informações e fatos, que devem ser descritos e mencionados de forma imparcial.

É sabido que a liberdade de imprensa não pode sofrer censuras pelo poder estatal. Contudo, tal elemento não é absoluto, haja vista que pode sofrer restrições, conforme disposição do art. 220, §1º, da Constituição Federal.

Complementa Cruz (2003 apud LEITE, 2011, p. 9): “É que o disposto no artigo 220 está intimamente relacionado, também, à dignidade da pessoa humana. A constituição não permite um total sacrifício do particular ao interesse social. A relação tem um limite, que é a dignidade da pessoa humana”.

O respeito à dignidade humana é erigido à condição de limite da liberdade de expressão, pois o primeiro é a base do Estado democrático e vetor hermenêutico indispensável para a compreensão adequada de qualquer direito. Neste viés, a liberdade de imprensa deve ser utilizada apenas como forma de transmissão de informações e de notícias ocorridas nos cenários regional, nacional e mundial, cumprindo, assim, sua finalidade, sem que houvesse prejuízo ao indivíduo e à sua dignidade. Mello (2010, p. 119), neste sentido, pontua que:

Sabe-se que não é permitido aos meios de comunicação, se utilizar da prerrogativa da liberdade de informação jornalística, que lhe é garantida pela Constituição Federal, para divulgar notícias que ofendam a outras liberdades igualmente garantidas, tais como a intimidade, a vida privada e a presunção de inocência.

A ideia de insegurança, acusações a determinadas pessoas e pregação da cultura do medo trazem como consequência o isolamento de pessoas, que acarreta diretamente no tribunal do júri, já que os jurados representam aquela parcela de pessoas que se sentem ameaçadas, excluindo-se tacitamente o ideal de que o acusado fosse julgado por um semelhante a si e afastando, desse modo, a aplicação do princípio da presunção de inocência.

Deve-se, assim, buscar o interesse público, e não o privado, já que o último tem como único intuito o interesse de auferir lucro sobre os processos criminais, mesmo que, para tal, tenha de deixar de observar sua respectiva finalidade.

3.2 Da presunção de inocência

A Constituição Federal preceitua, em seu art. 5º, LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, demonstrando, assim, a presunção da inocência ou da não culpabilidade.

O respectivo princípio deve ser aplicado no tribunal do júri, haja vista que o denunciado, ao ser julgado pelos seus semelhantes, deverá ter observado o estado presumível de inocência garantida até que se prove o contrário, ainda que tenha sido “condenado” pela mídia e pela opinião pública.

Garantindo a presunção de inocência do réu, observará a dignidade da pessoa humana, e, nos termos de Sarlet (2012, p. 131), “[...] o Estado deverá ter como meta permanente, a proteção, promoção e realização de uma vida com dignidade para todos [...]”, impedindo que o réu seja alvo de humilhações, e o uso da força midiática de forma totalitária, pois em ambas situações servem aos ensejos dos meios de comunicação, que pregam a intolerância e a condenação dos suspeitos a qualquer custo.

Contudo, no Brasil, não há a observância desses preceitos constitucionais, bem como raros são os casos de tribunais que atuam com veredictos pré-moldados, seja pela cultura do medo implementada em nossa sociedade ou pela vigorosa opinião pública sobre determinado caso concreto.

3.3 Liberdade de imprensa e presunção de inocência do acusado

Conforme o desenvolver do estudo, verificou-se que os princípios da presunção de inocência do acusado e a liberdade de imprensa colidem, sendo que ambos são direitos ou garantias fundamentais relacionadas a liberdade, fixando de forma veemente os limites do poder estatal.

A utilização da liberdade de imprensa de forma arbitrária e sensacionalista, ou seja, de modo a interferir na composição da opinião pública e na construção de valores sociais e individuais, atinge diretamente o princípio da presunção de inocência do acusado. Neste aspecto, Garland (2008) relata que a mídia pós-moderna funciona como elemento oportunista, tomando os objetos do crime como objeto central de seus noticiários, já que estão inseridos em uma sociedade que cada vez mais vivencia o fenômeno criminal. Mediante a presente inserção apresentada, é possível verificar que programas inteiros são criados com matérias criminais, tornando-se um atrativo imperdível, já que muitas das vezes ocupam os horários de pico de audiência.

Importante ponderar que é sabido que, no ordenamento jurídico, os direitos em conflito não podem ser hierarquizados, sendo que o caso concreto dirá qual deles devem recuar, estabelecendo-se, assim, uma ponderação aceitável. Para isso, a utilização do princípio da proporcionalidade é a ferramenta essencial para resolver as possíveis diligências. Para definir proporcionalidade, ater-se-á à menção feita por Schäfer e DeCarli (2007 apud LEITE, 2011, p. 19):

O princípio da proporcionalidade permite que o magistrado; diante da colisão de direitos fundamentais, decida de modo que se maximize a proteção constitucional, impedindo o excesso na atividade restritiva aos direitos fundamentais. O objetivo não é anular um ou outro princípio constitucional, mas encontrar a solução que mantenha os respectivos núcleos essenciais.

Sendo analisado o caso concreto e verificada a dificuldade em estabelecer a proporcionalidade, é preferível que a liberdade de imprensa delimite sua atuação até o necessário, rejeitando a parte supérflua na presente situação, pois não é razoável que a liberdade de imprensa não essencial prevaleça em detrimento da presunção de inocência em seu grau necessário, em virtude de estar mais atrelada à liberdade do indivíduo, limitando-se, porém, para que não ocorram sacrifícios desnecessários de um em relação ao outro.

Importante observar que a presunção de inocência deve ser sempre garantida ao indivíduo, sob os ditames da própria Justiça. Por outro lado, é necessário ressaltar que é livre o fornecimento de informações à população, desde que se limitem às previsões legais e verídicas, não induzindo a erro seu público-alvo.

4 Análise de casos concretos

Como dito anteriormente, fica a encargo dos jurados o árduo trabalho de julgar sem se submeter à influência midiática. Nota-se, porém, que, em detrimento da própria dificuldade, o plenário do júri julga conforme suas emoções, que são aguçadas com o conteúdo dos noticiários, como se verá nos exemplos expostos a seguir.

4.1 Caso Daniella Perez

A atriz Daniella Ferrante Perez Gazolla, filha da romancista Glória Perez, foi morta em 1992 com 18 golpes de tesoura, na cidade do Rio de Janeiro. O ator Guilherme de Pádua, que atuava com a vítima na novela *De Corpo e Alma*, e sua esposa Paula Thomaz, foram denunciados como autores do delito.

Em virtude de a vítima ser jovem e atuar na maior emissora do país, a TV Globo, que de igual maneira empregava o então acusado do delito, causou-se grande mobilização midiática, e Freitas (2016) pondera que, até então, não havia crime anterior que tivesse mobilizado a mídia, atraindo a atenção diária de uma população inteira.

A veiculação em vários programas de televisão, rádios e capas de revista foi de tamanha proporção que se tornou impossível calcular sua abrangência. Freitas – novamente de modo objetivo – demonstra a influência de um programa de grande repercussão para o fato:

O programa JORNAL NACIONAL, exibido pela Rede Globo de Televisão na data de 29.12.1992, dá uma mostra razoável de como a televisão cuidou do crime em exame. O referido Jornal televisionado exibiu uma reconstituição não oficial do crime, a qual participaram atores muitos parecidos com a vítima e os acusados. [...]. Sem praticamente nenhum tipo de ressalva, o repórter [...], fez afirmações categóricas, como se não existisse nenhuma dúvida sobre quem seria o assassino da atriz Daniella Perez. Inclusive o nome do principal suspeito até então foi pronunciado e repetido incontáveis vezes [...] (FREITAS, 2016, p. 214).

Neste sentido, o complemento com a respectiva reportagem televisiva apontada:

[...] em seguida os dois saem, cada um no próprio carro. Guilherme segue Daniella Perez por dez quilômetros. Meia hora depois, eles entram numa rua pouco movimentada. Daniella vai para o carro de Guilherme e eles começam a brigar. Ele tenta estrangular a atriz, ela foge. Guilherme pega uma tesoura no porta-luvas e persegue Daniella. A atriz é assassinada com quinze golpes de tesouro no peito e três no pescoço. Guilherme abandona o corpo no mato e foge. O carro do ator foi levado para Delegacia e examinado pelos policiais. Não havia marcas de sangue. O carro havia sido lavado poucas horas antes. Guilherme de Pádua foi preso em casa no começo da manhã. Ele tem vinte e três anos, é casado e a mulher está grávida de quatro meses. A polícia interrogou Guilherme por mais de três horas, ele estava descontrolado. No início Guilherme negou tudo, mas acabou confessando o crime (FREITAS, 2016, p. 214).

O promotor de justiça José Muiños Piñeiro, que atuou no caso, citou em entrevista o peso da mídia e a percepção dos jurados para o caso:

Era a primeira vez que não era necessário explicar para os jurados quem era a vítima, inclusive eu disse isso no júri. Daniella Perez estava todos os dias na novela das oito, era como se fosse a irmã ou a filha de todos os brasileiros – observa ele. – Eu trabalhava no interior e tinha chegado há dois anos na capital. Quando me vi diante de um caso de tanta repercussão, senti o peso. Eu estava o tempo todo exposto, vigiado pela mídia. E se eu não conseguisse condenar os assassinos? (ROCHA, 2012).

Guilherme e sua esposa, Paula, foram condenados a 19 anos de reclusão e a 18 anos e 6 meses de reclusão, respectivamente, tendo sido a pena da última reduzida a 15 anos pelo Tribunal de Justiça. Porém, antes que tivessem sido submetidos a plenário, é possível perceber que estes já eram considerados culpados, pois eram tratados de tal maneira.

4.2 Caso Valíssia Fernandes de Jesus

No dia 12 de outubro de 2016, por volta das 19 horas, na cidade de Pitingueiras (SP), região de Ribeirão Preto, a acusada Mirian Aparecida Siqueira teria

matado com uma faca a adolescente Valíssia Fernandes de Jesus, de 15 anos, que estava grávida de oito meses, com o intuito de ficar com o bebê, utilizando-se, para tanto, de meios ardis para atrair a vítima à sua residência para que ali pudesse cometer o delito.

No dia 14 de outubro, foi decretada a prisão temporária da ré Mirian e, posteriormente, sua prisão preventiva, tendo esta, logo em seguida, apresentado sua defesa prévia, alegando insanidade mental. Porém, após saneado o processo, foi determinada a realização de audiência de instrução e julgamento, tendo contado com a revolta dos familiares e amigos da vítima (TESTEMUNHA NEGA..., 2017).

O site de notícias *GI*, vinculado à Rede Globo, destacou em seus títulos expressões que indicavam a autoria do delito e apontavam Miriam como a assassina, reproduzindo de forma prematura as suspeitas levantadas pela polícia, mesmo sem ter sido realizada qualquer diligência aprofundada sobre o caso:

Mulher fingiu gestação e matou jovem grávida para ficar com bebê, diz polícia

Delegado acredita que a suspeita tem gravidez psicológica e planejou crime. Adolescente de 15 anos foi morta a facadas e teve filho retirado da barriga (OLIVEIRA; FIGUEIREDO, 2016).

Após a publicação das manchetes e a inflamação em redes sociais, e antes mesmo de existir processo judicial contra os possíveis fatos praticados pela acusada, houve condenação pela população da pequena cidade, que de maneira constante demonstrou sua revolta.

Neste aspecto, é imprescindível o anexo de comentários tecidos no mesmo site que veiculou as matérias supramencionadas:

[...] É uma brutalidade sem tamanho. Muita maldade dessa assassina. Matou uma menina nova, e uma criança inocente. São dois crimes bárbaros. **Merece acabar a vida na cadeia. Assim pagará pelo seu erro.**

[...] “Suspeita” de matar jovem grávida e tirar feto do útero confirma crime”. Ela confessou ela não é mais suspeita.

[...] **Ela assassinou friamente a mãe e o filho que ainda não tinha nascido.** Agora ninguém pode tocar a mão nela. Ela tem a proteção da polícia da Justiça é de e Coisa e Tal. No Brasil, é assim se você quiser ter a justiça a seu favor seja bandido ou assassino.”

[...] estou arrepiado com esta notícia. **porque? preservar a vida de pessoas tão sujas, tão ruins, que já superou a maldade humana**, se algumas pessoas que está nesta terra não merece estar vivas, esta mulher com certeza é [sic.] uma delas, se ela fez isso mesmo (OLIVEIRA; FIGUEIREDO, 2016, grifos nossos).

Tais comentários são uma pequena parcela entre todos os que se encontram na reportagem em questão, denotando à acusada a culpa, mesmo que esta, até o presente momento, não tenha ido a julgamento do tribunal do júri, demonstrando que desejam a condenação da acusada, mesmo que antes da apreciação das provas em plenário.

Com base nesses dois casos concretos, verificou-se que aos jurados é imposto um árduo trabalho de representar a sociedade no Poder Judiciário e que, em virtude das citadas notícias e matérias, vem reiteradamente sendo utilizado de forma incorreta, desrespeitando os preceitos fundamentais, entre eles, a dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência do(a) acusado(a).

5 Possibilidades a serem analisadas e suas consequências

A atuação nos meios de comunicação implica diretamente a aplicação dos objetivos tutelados pelo tribunal do júri, que consistem em evitar o arbitramento estatal no tocante aos crimes dolosos contra a vida

A liberdade de imprensa, como visto anteriormente, não é plena e absoluta. Apesar de a Constituinte de 1988 dispor, no art. 220, sobre o irrestrito Direito à manifestação e à informação, cabe apontar que a supracitada norma ainda pontua uma orientação principiológica em seu art. 221 e seguintes. Deste modo, ao se informar e manifestar, as emissoras de rádio e televisão deverão atender concretamente aos desejos constituintes, pois diversas vezes influenciam o cidadão, o qual, de igual modo, exercita os direitos constitucionais acima apontados. Segundo as palavras de Sarlet (2014, p. 198), não se deve “[...] falar em direitos fundamentais absolutos ou conferidos ao seu titular de maneira ilimitada [...]”. Contudo, o direito de imprensa deve ser preservado, ainda que esta reiteradamente cruze as limitações pré-estabelecidas.

O ideal é que haja um corpo de jurados imparcial e apto a julgar segundo suas convicções, após a análise de provas com observação do contraditório e ampla defesa, e não reproduzir o que foi visto nas capas de revistas e matérias de telejornais. Contudo, até se alcançarem a responsabilidade de que o pré-julgamento é um vício a ser sanado no decorrer do processo e a aceção de que a mídia

produz efeitos, ainda que de forma indireta, deve-se buscar a adoção de medidas, institutos consistentes e concretos para garantir a integridade do réu.

Neste caso, o art. 427 do Código de Processo Penal dispõe sobre desaforamento, que é umas das maneiras de possibilitar um julgamento justo ao réu, consistindo em remeter o julgamento pelo plenário do júri para a comarca mais próxima, quando estão presentes os requisitos ali mencionados, entre eles, quando houver dúvida sobre a imparcialidade dos jurados:

Art. 427. Se o interesse da ordem pública o reclamar ou houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou a segurança pessoal do acusado, o Tribunal, a requerimento do Ministério Público, do assistente, do querelante ou do acusado ou mediante representação do juiz competente, poderá determinar o desaforamento do julgamento para outra comarca da mesma região, onde não existam aqueles motivos, preferindo-se as mais próximas.

Todavia, nos casos de repercussão nacional, seria quase impossível a resolução do impasse com a mídia, já que os cidadãos das comarcas próximas estariam afetados por ela.

Por outro lado, há de se mencionar que, nos Estados Unidos, há uma série de medidas dispostas em lei que podem ser adotadas pelo juiz togado com o intuito de sanar qualquer vício no julgamento. Entre essas medidas, está prevista a possibilidade de renúncia ao júri por escolha do acusado.

Já no Brasil, é mais que sabido que a Constituição Federal de 1988 reconhece o tribunal do júri, constituindo este como uma garantia fundamental, ainda que maculado por fatores extrajudiciais, entre eles, a mídia. Desse modo, a renúncia ao tribunal do júri pode se tornar uma opção para o réu, não sendo uma causa inédita em ordenamentos jurídicos de outros países.

Sabe-se que nossa Lei Superior nada trata sobre a renúncia ao exercício do direito fundamental citado (FREITAS, 2016), sendo majoritário o posicionamento de que, por serem direitos inatos, não podem ser renunciados pelo sujeito desse direito. O que se admite seria seu não exercício, mas não sua renunciabilidade.

Novais (1996 apud FARIAS; TEIXEIRA, 2016, p. 306), de modo diverso, pontua:

A renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive o sentido de sua limitação, desde que esta

seja uma expressão genuína do direito de auto-determinação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considere, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito.

Com base nas palavras do autor derradeiro e nos fatores midiáticos que influenciam nas decisões jurídicas, a renúncia ao tribunal do júri é uma situação plausível, visto que somente necessita de regulamentação sobre o tema. Isso porque, considerando que o réu possa, contra sua vontade, ser julgado por cidadãos que não estão em mesma situação que a sua e que, muitas vezes, se entregam às pressões midiáticas, torna-se inviável o uso desse direito fundamental.

Considerações finais

Com esta pesquisa, buscou-se analisar, a partir de preceitos elencados no decorrer do trabalho, a influência da mídia nas decisões proferidas pelo tribunal do júri, tendo o presente estudo realizado abordagem sobre o posicionamento dos jurados mediante a prática de delitos em grande repercussão.

Isso porque os meios de comunicação, ao exercerem seus papéis constitucionais, ultrapassam de forma violadora o objetivo de informar o cidadão sobre as notícias recorrentes, passando a induzir sobre este determinadas influências de pensamento, por intermédio do sensacionalismo, estando tais notícias diariamente à disposição da população. Cabe mencionar que as citadas induções são feitas de forma clara e sem receio algum, já que os meios midiáticos usam de suas prerrogativas constitucionais de liberdade de expressão/informação para abordar assuntos que trazem em seu âmago preconceitos enraizados desde a época de formação de nosso país, com o único intento de auferir lucro, gerado pelos índices de audiência.

Um dos principais focos estudados no presente artigo foi o dos conflitos evidenciados que o abuso na liberdade de informação gera na presunção de inocência do acusado, pois há recorrente juízo de valor exercido por uma pessoa que ainda não foi condenada em definitivo. A liberdade de comunicação deve ser orientada por meio de medidas públicas, assim como aqueles que, por anos, tiveram sentimento de vingança e por justiça de modo inconsciente, buscando satisfazer as garantias constitucionais, evitando, assim, que o sentimento pessoal gradualmente induzido anteriormente influa nas decisões em plenário.

Entre as medidas públicas, verificou-se a existência do instituto do desaforamento, já regulamentado pelo Código de Processo Penal e utilizado nos casos em que há dúvida sobre a imparcialidade dos jurados. Embora o citado instrumento, com redação dada pela Lei n. 11.689, de 2008, tenha muito a desenvolver, demonstra-se desde já ineficaz para assegurar um julgamento justo ao réu, já que não há barreiras para a propagação de informação, de modo que a comarca a que seja destinada a realização do plenário também tenha sido atingida.

Assim, encarando a realidade atual do júri, com reiteradas influências exteriores sobre os jurados, muitas delas difundidas pela própria mídia, verifica-se ser quase impossível a assecuração da dignidade da pessoa humana ao acusado, surgindo, ainda que de maneira íntima, o desejo de renúncia ao tribunal do júri, sendo julgado por juízes de Direito e não de fato, garantindo, assim, de maneira efetiva, ou pelo menos de forma mais ampla, os direitos fundamentais e sociais, a serem protegidos pelas autoridades judiciais.

Referências

BARBOSA, R. *O júri e a independência da magistratura*. Rio de Janeiro: MEC, 1897. p. 148. (Obras Completas de Rui Barbosa, v. XXIII, tomo III). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/ruibarbosa/18428/pdf/18428.pdf>>. Acesso em: 18 maio. 2018.

BORDIEU, P. *Sobre a televisão*. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BRASIL. Código de Processo Penal. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, 1824. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 21 abr. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 15. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. *Lei n. 11.689, de 9 de junho de 2008*. Altera dispositivos do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11689.htm>. Acesso em: 24 jul. 2019.

CAPEZ, F. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, C. M.; TEIXEIRA, J. P. A. Renúncia a direitos fundamentais: modalidades e efeitos a partir da teoria constitucional contemporânea. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 290-139, 2016.

FREITAS, P. C. *Criminologia midiática e tribunal do júri*: a influência da mídia e da opinião pública na decisão dos jurados. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GARLAND, D. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 338.

LEHFELD, L. S.; LÉPORE, P. E; FERREIRA, O. A. V. A. *Monografia jurídica*: guia prático para elaboração do trabalho científico e orientação metodológica. 2 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

LEITE, B. E. *A influência da mídia no princípio da presunção de inocência no tribunal do júri*. Tenente Portela: PUC-RS, 2011. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/bruna_leite.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2019.

LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. v. I. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

MELLO, C. G. Mídia e crime: liberdade de informação jornalística e presunção de inocência. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 5, n. 2, p. 106-122, ago. 2010. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/7381/6511>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (Série IDP).

OLIVEIRA, A.; FIGUEIREDO, T. Mulher fingiu gestação e matou jovem grávida para ficar com bebê, diz polícia. *G1*, 14 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2016/10/mulher-fingiu-gestacao-e-matou-jovem-gravida-para-ficar-com-bebe-diz-policia.html>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

PORTO, H. A. M. *Júri*: procedimentos e aspectos do julgamento – questionários. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRATES, F. C.; TAVARES, N. F. A. A influência da mídia nas decisões do conselho de sentença. *Revista Direito e Justiça*. Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 33-39, jul./dez. 2008.

ROCHA, C. Daniella Perez: 20 anos do assassinato que mudou a lei. *O Globo*. Rio de Janeiro, dez. 2012. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/daniella-perez-20-anos-do-assassinato-que-mudou-lei-7125130>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, I. W. Notas introdutórias ao sistema constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. G.; MENDES, G. F.; SARLET, I. W. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva-Almedina, 2014. p. 185-213.

TESTEMUNHA NEGA que acusada de matar grávida e tirar feto do útero para ficar com bebê eram amigas. *G1*, 9 jun. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/testemunha-nega-que-acusada-de-matar-gravida-e-tirar-feto-do-utero-para-ficar-com-bebe-eram-amigas.ghtml>>. Acesso em: 26 maio 2018.

ZAFFARONI, E. R. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANÁLISE DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE REFERENTE À CONTRIBUIÇÃO SINDICAL FACULTATIVA

Miriam Carla Lemos¹

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS)

Artigo recebido em: 19/04/2019

Artigo aceito em: 25/06/2019

Resumo

Este artigo propõe uma análise do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI n. 5.794, referente à contribuição sindical facultativa, em 2017, pela Suprema Corte. Alterada pela Lei n.13.467/2017, conhecida popularmente como Reforma Trabalhista, a abrupta mudança do sistema de financiamento dos sindicatos impactou diretamente na manutenção dos sindicatos e na assistência aos trabalhadores filiados a muitas instituições sindicais. Nesse ínterim, o presente trabalho discute, conforme instrumentos de hermenêutica jurídica, maior ativismo do Supremo Tribunal Federal para julgar em prol dos menores danos sociais.

Para isso, a Suprema Corte poderia atuar tanto modulando os efeitos da sentença dada, a qual julgou pela não inconstitucionalidade dos referidos artigos da Lei, quanto pela sugestão ao legislador para a ampliação do prazo de vacância da lei, sugerindo que seus efeitos seguissem o mesmo prazo, por exemplo, do Código de Processo Civil em 2015. O trabalho foi desenvolvido sob a metodologia jurídico-teórica e raciocínio dedutivo, com pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista; Contribuição Sindical; ADI n. 5.794; Ativismo Judiciário; Modulação de sentenças; *Vacatio Legis*.

¹ Pós-graduanda – Especialização em Direito Tributário pela PUC-MINAS. Graduada em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Graduada em Letras pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).E-mail: miriamcarlaprofessora@gmail.com

ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY REGARDING THE OPTIONAL TRADE UNION CONTRIBUTION

Abstract

This article proposes an analysis of the judgment of the direct action of unconstitutionality, ADI n. 5.794, referring to the voluntary union contribution in 2017, by the Supreme Court. Amended by Law n. 13,467/2017, popularly known as Labor Reform, the abrupt change in the system of financing the trade unions had a direct impact on the maintenance of unions and on the assistance of workers affiliated with many trade union institutions. In the meantime, the present work discusses, according to instruments of legal hermeneutics, greater activism of the Federal Supreme Court to judge in favor of minor social damages. In order to do so, the Supreme Court

could act both modulating the effects of the sentence given, which judged by the non-unconstitutionality of the referred articles of the Law, as well as by the suggestion to the legislator to extend the term of vacancy of the law, suggesting that its effects followed the same term, for example, of the Code of Civil Procedure in 2015. The work was developed under legal-theoretical methodology and deductive reasoning, with bibliographical and documentary research.

Keywords: *Labor Reform; Union Contribution; ADI n. 5,794; Judicial Activism; Modulation of sentences; Vacatio Legis.*

Introdução

Após anos de economia crescente, entre 1999 e 2013, o Brasil, a partir do ano 2014, enfrentou recessão econômica devido à estagnação do PIB (produto interno bruto), o qual sofreu queda de 3,8% em 2015 e suportou nova baixa em torno de 3% em 2016. Em razão da crise gerada por esse panorama, a economia nacional deixou de produzir superávits primários, existentes entre os anos anteriores a 2014 e passou a enfrentar déficits primários. Diante disso, constatou-se que em 2014 o débito do setor público foi de 0,57% do PIB, em 2015 foi 1,88%, e, em 2016, havia a expectativa de redução de 2,6% do PIB, como explicam Ferraz, Godoi e Spagnol (2017).

Perante o grave cenário de recessão econômica, o País se viu diante de um dilema para a recuperação da economia: aumentar suas receitas por meio de tributos ou reduzir despesas a partir de cortes de gastos públicos. Nesse contexto, uma das opções do governo foi a favor dos cortes de despesas e das reformas que

buscassem fomentar a economia. Exemplo de ações tomadas pela administração pública na busca da reversão desse quadro foi a Emenda Constitucional 95/2016, que impôs limites aos gastos primários – educação, moradia, saúde – dos três poderes e Tribunal de Contas, Ministério Público e Defensoria Pública da União.

Em vista desse contexto, o Governo de Michel Temer passou a direcionar todos os seus planos de governabilidade no intuito de aprovar seus projetos de reforma, especialmente a trabalhista. O objetivo primordial da alteração era atrair investimentos para o aquecimento da economia e cortar gastos públicos. Contudo, tal reforma foi proposta de maneira a sacrificar vários direitos do trabalhador comum, conquistas advindas de grandes lutas sociais e garantidas pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Nessa situação política, a reforma trabalhista foi sancionada no dia 13 de julho de 2017, Lei n. 13.467/2017, e trouxe mudanças significativas na Consolidação da Legislação do Trabalho (CLT). Dentre as principais alterações geradas pela reforma trabalhista no ordenamento jurídico brasileiro, pode-se destacar: alterações nos períodos de férias, rescisão do contrato de trabalho de maneira mais gravosa ao empregado, aprovação de jornadas de trabalho além ou aquém do previsto na Consolidação das Leis de Trabalho, instituição da sucumbência processual. Incluiu-se, nessas alterações, a extinção da obrigatoriedade da contribuição sindical, tema desta pesquisa.

Em razão dos impactos provocados no sistema de arrecadação financeira dos sindicatos, entidades sindicais propuseram ações declaratórias de inconstitucionalidade, ADIs, a fim de invalidar a nova redação dos arts. 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT, alterados pela Lei n. 13.467/2017, referentes à contribuição sindical facultativa. Ao julgar a lide, o Supremo Tribunal Federal considerou que a referida alteração não feriu os preceitos constitucionais. Destarte, a mudança passou a surtir efeitos no sistema jurídico vigente.

A decisão pela constitucionalidade da alteração dos artigos foi proferida em 29 de junho de 2018, no julgamento da ADI n. 5.794 – proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos (CONTTMAF). A esta foram conexas outras dezoito ações declaratórias de inconstitucionalidade. Por três votos contrários e seis favoráveis à manutenção da contribuição facultativa nos termos da reforma trabalhista, o Supremo Tribunal Federal, STF, decidiu que as mudanças nos artigos supramencionados eram consoantes à Constituição. Ao longo dos votos, foram debatidas a questão de a contribuição sindical ser ou não classificada como imposto – logo, compulsória – e as razões constitucionais para a manutenção dos artigos da reforma referentes a ela.

Entre os pontos discutidos, o ministro relator, Edson Fachin, contrário à alteração imposta, expôs que “o regime sindical estabelecido pela Constituição de 1.988 está sustentado em três pilares fundamentais: a unicidade sindical (art. 8º, II, da CRFB), a representatividade compulsória (art. 8º, III, da CRFB) e a contribuição sindical (art. 8º, IV, parte final, da CRFB)” (BRASIL, 2018b). E que, por isso, desestabilizar a base deste tripé, que possui amparo constitucional, é desestabilizar todo o regime sindical, pelo qual historicamente, os trabalhadores tanto lutaram.

Nesse sentido, o ministro relator afirmou que alterar esse sistema de contribuição de forma isolada não seria uma medida de interesse social, pois, segundo Galvão (2017 apud BRASIL, 2018b), em seu voto: “ao tocar apenas em um dos pilares da estrutura sindical, a reforma preserva uma das fontes de fragmentação e impede os sindicatos de buscar formas de organização mais eficazes para defender os direitos dos trabalhadores e resistir à ofensiva patronal”. Ademais, o Estado não pode ferir o princípio da não intervenção na organização sindical (BRASIL, 2018b). Acompanharam esse posicionamento o ministro Dias Toffoli e a ministra Rosa Weber.

Em entendimento contrário, o ministro Luiz Fux apresentou o argumento que a Constituição determina que ninguém é obrigado a se filiar ou a se manter filiado a uma entidade sindical (FUX, 2018). Proposição com a qual concordaram os ministros Alexandre de Moraes, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Cármen Lúcia. Ademais, concluíram os ministros que o fim da contribuição sindical obrigatória não ofende as regras constitucionais.

Por esse posicionamento ser majoritário quanto à questão da contribuição sindical facultativa, restou decidida a constitucionalidade do art. 545 e congêneres, da CLT, alterados pela Lei n. 13.467/2017, sobre a contribuição sindical, que, por conseguinte, passou a ser facultativa.

Decerto a decisão de manter o caráter facultativo da arrecadação gerou consequências ao custeamento das organizações sindicais, principalmente a de empregados. Entretanto, os sindicatos, além de rogarem pela declaração de inconstitucionalidade da nova legislação, poderiam também ter debatido sobre o exíguo prazo para a eficácia dela, uma das hipóteses desta pesquisa, como um pedido subsidiário, numa tentativa de conciliação de interesses e progressividade na mudança efetivada. Esse pedido justificar-se-ia porque, culturalmente, os sindicatos não são reconhecidos pelo povo como um serviço essencial, o que faz com que o custeio voluntário seja um ideal distante, especialmente em tempos de grave crise econômica, desemprego e severa perda de poder aquisitivo da população.

Nesse contexto, os sindicatos foram descapitalizados, e, sem dinheiro, torna-se iminente o prejuízo ao cumprimento das finalidades institucionais. Assim, para além da inconstitucionalidade da norma regulamentadora, torna-se propícia a discussão sobre a forma de implantação dessa norma e as possibilidades de sentença dadas pelo Supremo Tribunal Federal para mediar a alteração e seus efeitos econômicos e sociais, segunda hipótese a ser analisada.

Portanto, por meio das discussões promovidas neste trabalho, em uma abordagem teórica, tem-se como hipótese a possibilidade de modulação dos efeitos constitucionais da novel legislação e de recomendação de alteração do prazo de *vacatio legis* quando proferida a sentença pela constitucionalidade da mudança. Assim, o tema-problema a ser desenvolvido ao longo do artigo é: caberia ao Supremo Tribunal Federal modular os efeitos da declaração de constitucionalidade da nova lei e recomendar um novo prazo de vacância a fim de contribuir com a não descapitalização dos sindicatos? É cabível essa medida como um dos papéis institucionais do Poder Judiciário?

Por intermédio desta pesquisa, portanto, objetiva-se ampliar o debate sobre as mudanças laborais, econômicas e sociais promovidas pela legalidade da contribuição facultativa. Nesse ínterim, supõe-se que duas das alternativas possíveis para implantar a modulação dos efeitos da mudança seriam alterar o prazo de *vacatio legis*, ao menos quanto ao período de eficácia desses artigos referentes à contribuição sindical facultativa e, também, numa posição ativista e mediadora a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal, utilizar as sentenças intermediárias normativas, também chamadas de transacionais, ao proferir a decisão quanto à constitucionalidade da mudança da norma.

Para tanto, serão tomados como marcos teóricos da pesquisa as ideias propostas por Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, na obra Curso de Direito Constitucional; Bernardo Gonçalves Fernandes, em seu Curso de Direito Constitucional e, por fim, Alfredo Bochi Brum, no artigo A “*vacatio legis*” posterior à Lei Complementar n. 95/98 e seus reflexos na vigência do Código Civil e da Lei n. 11.232/05.

1 Panorama histórico da contribuição sindical no ordenamento jurídico brasileiro

O direito trabalhista, historicamente, adveio de longo processo de conflitos entre empregadores e empregados. Apenas a título ilustrativo de tais enfrentamentos, é possível recordar a narrativa da clássica obra cinematográfica “O Encouraçado Potemkin”, produzido na União Soviética em 1925, pelo cineasta

Serguei Eisenstein (1898-1948). A temática do filme é a revolução promovida pelos marinheiros do navio, homônimo da obra, contra as péssimas condições de trabalho a que eram submetidos, por isso, revoltam-se e acompanham a revolução proletária que ocorria em Odessa, na Rússia Czarista, em 1905. Tal movimento ocorreu de fato e esse emblemático exemplo remete ao surgimento da consciência de classe nas relações de trabalho e a importância da coletividade nas negociações laborais após o início da Revolução Industrial.

Outrossim, é relevante destacar que o contexto mundial em que surgiram os direitos trabalhistas está ancorado na ruptura com o período liberal, modelo de Estado mínimo, em que as atividades financeiras do Estado limitavam-se às essenciais, como justiça, defesa e ordem interna. Devido às distorções típicas do liberalismo, houve significativas oscilações na economia, aumento do desemprego, intensa exploração da mão de obra assalariada e crescimento das tensões sociais. A partir disso, como resposta à crise, houve crescimento do poder e, consequentemente, da pressão dos sindicatos em exigir atuação das estruturas estatais.

Diante desse panorama, após a quebra da bolsa de Nova Iorque, em 1929, iniciou-se a construção de outra forma de Estado: o de bem-estar social, este, por sua vez, viria a se fortalecer após as duas grandes guerras mundiais. Nesse novo modelo, cabe ao Estado criar políticas públicas para concretizar direitos econômicos e sociais, visando a crescente taxa de desenvolvimento (FERRAZ; GODOI; SPANGNOL, 2017).

No Brasil, as mudanças nas relações de trabalho não ocorreram de maneira diversa do momento mundial. Maurício Godinho Delgado, ao comentar sobre as alterações propostas na contribuição sindical a partir da Lei n. 13.467/17, analisa a importância do estímulo às negociações coletivas também a partir da vertente histórica. No período antecedente à Revolução de 1930, não havia institucionalização das questões trabalhistas, como explica:

O desestímulo à negociação coletiva trabalhista era manifesto desde sempre, quer no período pré-1930, onde as questões trabalhistas não eram sequer institucionalizadas e respeitadas, quer no período iniciado com a Revolução de 30. Vários fatores conduziam a esse desestímulo: a inexistência dos princípios cardeais da liberdade sindical e da autonomia dos sindicatos; a forte repressão aos movimentos sindicais e de greve; as dificuldades formais à celebração de instrumentos coletivos negociados então existentes na legislação. Em contraponto a isso, a própria ordem jurídica pós-1930 favorecia claramente a propositura da ação de dissídio

coletivo de natureza econômica para os fins de dar solução aos conflitos coletivos de trabalho (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 50).

Como evidencia o autor, após a Revolução de 1930 questões referentes ao direito do trabalho ganharam notoriedade. Nessa conjuntura, instituiu-se a contribuição sindical em 1939 por meio do Decreto-Lei n. 1.402, de 5 de julho do mesmo ano. Essa contribuição foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro “como uma das prerrogativas dos sindicatos, a saber, a de ‘impor contribuições a todos aqueles que participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas’” (ANDRADE; PAVELSKI, 2017, p. 36).

Apesar de esse dispositivo implantar a compulsoriedade da contribuição sindical desde o período em que foi instituído, não determinou a forma nem o valor da arrecadação. Apenas um ano após esse evento, por meio do Decreto n. 2.377, de 8 de julho de 1.940, as condições para a arrecadação da contribuição sindical foram estipuladas da seguinte forma:

Art. 1º As contribuições devidas aos sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais representadas pelas referidas entidades, consoante as alíneas a do art. 38 e f do art. 3º do decreto-lei n. 1.402, de 5 de julho de 1939 (2), serão, sob a denominação de “imposto sindical”, pagas e arrecadadas pela forma estabelecida neste decreto-lei. Art. 2º O imposto sindical é devido, por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, em favor da associação profissional legalmente reconhecida como sindicato representativo da mesma categoria. Art. 3º O imposto sindical será pago de uma só vez, anualmente, e consistirá:

a) na importância correspondente à remuneração de um dia de trabalho, para os empregados, qualquer que seja a forma da referida remuneração; [...] (BRASIL, 1940).

Em 1943, tais critérios foram incorporados à Consolidação das Leis de Trabalho, CLT, aprovada por meio do Decreto-Lei n. 5 452, de 1º de maio do referido ano.

Vinte e três anos mais tarde, o Código Tributário Nacional – Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966 – alterou o nome de imposto sindical para contribuição sindical, pois o legislador entendeu que a nomenclatura “imposto sindical” estava inadequada, visto que a maior parte do valor arrecadado era destinada a entidades não estatais de acordo com a função parafiscal dos tributos, com fulcro no art.

149 da CF; isto é, o Estado transferia a competência tributária ativa para entes sindicais, na espécie “de interesse das categorias profissionais e econômicas”. A alteração ocorreu nos termos do dispositivo a seguir:

Art. 217. As disposições desta Lei, notadamente as dos arts 17, 74, § 2º e 77, parágrafo único, bem como a do art. 54 da Lei 5.025, de 10 de junho de 1966, não excluem a incidência e a exigibilidade: (Incluído pelo Decreto-lei n. 27, de 1966)

I – da “contribuição sindical”, denominação que passa a ter o imposto sindical de que tratam os arts 578 e seguintes, da Consolidação das Leis do Trabalho, sem prejuízo do disposto no art. 16 da Lei 4.589, de 11 de dezembro de 1964; (Incluído pelo Decreto-lei n. 27, de 1966) (BRASIL, 1966).

A Lei n. 4.589, de 1964, a que o art. 217 do CTN faz referência, extinguiu a Comissão do Imposto Sindical e a Comissão Técnica de orientação Sindical; criou órgãos no Ministério do Trabalho e Previdência Social, e deu outras providências. No art. 16 da Lei n. 4.589, mencionado acima, determinou-se que a permanência ou extinção do imposto sindical deveria ser discutida por uma comissão do Ministério do Trabalho e Previdência social. Ainda, no mesmo documento, no art. 22, estipulou-se a distribuição do valor arrecadado pela contribuição sindical da seguinte maneira:

Art. 22. O § 2º do art. 588 os arts. 590, 591, 600 e 610 da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452, de 19 de maio de 1943) passam a ter a seguinte redação:

Art. 590. Das importâncias recolhidas de acordo com o artigo 586 o Banco do Brasil transferirá a uma conta especial denominada “Emprego e Salário”, vinte por cento do Imposto Sindical (BRASIL, 1966).

Assim sendo, 20% do valor arrecadado pela contribuição sindical era transferido aos cofres públicos, para financiar o Ministério do Trabalho e da Previdência social, com destinação específica para as questões relacionadas a emprego e salário; e 20% transferido às confederações. Nos termos do art.18 da mesma Lei:

Art. 18. Os vinte por cento do Imposto Sindical, que formam o “Fundo Social sindical”, passarão a constituir uma conta especial denominada “Emprego e Salário” que será utilizada, no exercício de 1965, exclusivamente nas despesas de instalação

e funcionamento dos órgãos criados ou transformados pela presente Lei, no pagamento do pessoal transferido dos seus cargos em comissão e funções gratificadas.

Parágrafo único. A partir do exercício financeiro de 1966 e enquanto vigorar o atual sistema concernente ao Imposto Sindical, o Banco do Brasil transferirá ao Tesouro Nacional, os vinte por cento da conta especial “Emprego e Salário”, para serem acrescidos ao orçamento do Ministério do Trabalho e Previdência social, como reforço de suas verbas ordinárias (BRASIL, 1966).

Já na Constituição Federal de 1988, a compulsoriedade da contribuição sindical permaneceu interpretada com base no art. 8º, IV: “a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei” (BRASIL, 1988), e no Art. 149: “Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas [...] (BRASIL, 1988)”. Portanto, conforme a interpretação majoritária, ambos os artigos levam à conclusão que a contribuição sindical se classificava como uma espécie tributária por ser compulsória.

1.1 A destinação dos recursos arrecadados por meio da contribuição sindical

Para melhor analisar a repercussão da não obrigatoriedade da contribuição sindical após a Lei n. 13.467/2017, é mister compreender a divisão e a destinação dos recursos arrecadados, conforme a determinação da Consolidação da Leis do Trabalho, CLT. Ressalta-se, ainda, que a alteração proposta pela lei em questão ocorreu apenas quanto à facultatividade da contribuição, não afetando, assim, o critério de distribuição dos recursos arrecadados.

Art. 589. Da importância da arrecadação da contribuição sindical serão feitos os seguintes créditos pela Caixa Econômica Federal, na forma das instruções que forem expedidas pelo Ministro no Trabalho: I – para os empregadores: a) 5% (cinco por cento) para a confederação correspondente; b) 15% (quinze por cento) para a federação; c) 60% (sessenta por cento) para o sindicato respectivo; e d) 20% (vinte por cento) para a “Conta Especial Emprego e

Salário”; II – para os trabalhadores: a) 5% (cinco por cento) para a confederação correspondente; b) 10% (dez por cento) para a central sindical; c) 15% (quinze por cento) para a federação; d) 60% (sessenta por cento) para o sindicato respectivo; e e) 10% (dez por cento) para a “Conta Especial Emprego e Salário; [...] Art. 590. Inexistindo confederação, o percentual previsto no art. 589 desta Consolidação caberá à federação representativa do grupo. [...] § 3º Não havendo sindicato, nem entidade sindical de grau superior ou central sindical, a contribuição sindical será creditada, integralmente, à “Conta Especial Emprego e Salário”. § 4º Não havendo indicação de central sindical, na forma do § 1º do art. 589 desta Consolidação, os percentuais que lhe caberiam serão destinados à “Conta Especial Emprego e Salário” (BRASIL, 2017a).

Conforme estipulado pela Consolidação das Leis do Trabalho, tanto a contribuição dos sindicatos patronais quanto a dos sindicatos de empregados são arrecadadas pela Caixa Econômica Federal e divididos conforme os percentuais acima descritos. Nas proporções definidas legalmente, os valores são distribuídos para as entidades sindicais, que são os sindicatos, as federações, as confederações e as centrais sindicais. Além disso, os recursos são também destinados, no percentual de 20 e de 10%, respectivamente, para a conta Especial de Emprego e Salário. Esta, por sua vez, é administrada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, tais valores integram os recursos do FAT (fundo de amparo ao trabalhador), em conformidade com o art. 18 da Lei n. 4.589/64:

Art. 18 Os vinte por cento do Imposto Sindical, que formam o “Fundo Social sindical”, passarão a constituir uma conta especial denominada “Emprego e Salário” que será utilizada, no exercício de 1965, exclusivamente nas despesas de instalação e funcionamento dos órgãos criados ou transformados pela presente Lei, no pagamento do pessoal transferido dos seus cargos em comissão e funções gratificadas.

Parágrafo único. A partir do exercício financeiro de 1966 e enquanto vigorar o atual sistema concernente ao Imposto Sindical, o Banco do Brasil transferirá ao Tesouro Nacional, os vinte por cento da conta especial “Emprego e Salário”, para serem acrescentados ao orçamento do Ministério do Trabalho e Previdência social, como reforço de suas verbas ordinárias (BRASIL, 1964).

Dessa forma, a verba arrecadada por meio da contribuição sindical não se limita apenas às funções sindicais previstas no art. 592 da CLT, tais como assistência técnica e jurídica; assistência médica, dentária, hospitalar e farmacêutica; assistência à maternidade; bolsas de estudo e outras. Parte dos valores arrecadados também é empregada para auxiliar nas funções estatais exercidas pelo Ministério do Trabalho e da Previdência social para financiar o fundo de amparo ao trabalhador e outras entidades pró-trabalho, como pagamento de seguro-desemprego. Logo, a contribuição sindical também é parte da verba para o custeio e a manutenção das atividades voltadas à segurança do trabalhador por meio da transferência de recursos, é, portanto, parte integrante das receitas públicas.

1.2 Hipótese de incidência da contribuição sindical

A hipótese de incidência, ou fato gerador da obrigação tributária, ocorre por meio da adequação da situação de fato aos aspectos da hipótese normativa. Portanto, em se tratando da contribuição sindical do empregado, qualquer trabalhador vinculado ao regime celetista enquadrado em alguma categoria profissional, antes da implementação da reforma trabalhista, era sujeito passivo da obrigação tributária; isto é, obrigado a pagá-la por meio do recolhimento obrigatório efetuado na folha de pagamento pelo empregador. Assim sendo, qualquer trabalhador estava submetido às normas antecedentes e consequentes da norma tributária.

São consideradas antecedentes da norma tributária as circunstâncias fáticas em seu caráter material, a própria essencialidade do fato: “as contribuições sindicais serão pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste capítulo” (art. 578, CLT); temporal, “folha de pagamento relativa ao mês de março de cada ano” (art. 582, CLT) e espacial, “base territorial da entidade sindical” (art. 581, CLT). Como consequentes oriundos dessa relação têm-se o sujeito ativo, responsável pela arrecadação, os entes sindicais; o sujeito passivo, o trabalhador contribuinte, e o aspecto quantitativo, “importância correspondente à remuneração de 1 (um) dia de trabalho, para os empregados, qualquer que seja a forma da referida remuneração” (art. 580, CLT).

Com o advento da Lei n. 13.467/2017 a contribuição sindical perdeu o caráter compulsório e, conseqüentemente, a natureza tributária. Consoante o art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN), “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (BRASIL, 1966). A contribuição sindical, nesse ínterim,

enquadrava-se na definição do CTN, pois era uma prestação pecuniária, paga em dinheiro, a toda evidência, sem caráter sancionatório, prevista em lei e cobrada compulsoriamente, no mês de março de todos os anos calendários para os trabalhadores e em outros meses, também definidos em lei, para contribuintes empregadores e autônomos.

No entanto, conforme a nova redação do art. 545 e seguintes da CLT “os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados” (BRASIL 2017a). Destarte, uma vez que o desconto da contribuição sindical passa a ser efetivado apenas mediante autorização do empregado, a obrigação deixa de ser compulsória, conseqüentemente, deixa de ser tributária, não se enquadrando mais na definição do art. 3º do CTN.

Na concepção de Delgado, com a mudança promovida pela reforma trabalhista, houve aviltamento das condições de negociação coletiva para o trabalho. Esse pensamento se justifica, visto que sem o caráter compulsório a tendência natural é a redução da quantia dos valores arrecadados a título de contribuição sindical. Isso, segundo o autor, teleologicamente é inconstitucional, pois a Carta Magna de 1988 tem como máximo norteador o princípio da dignidade humana e este é, entre outros fatores, atrelado ao trabalho. Conforme explica:

Afinal, a negociação coletiva trabalhista consiste em um instrumento de democratização do poder e da riqueza no âmbito da sociedade civil; é importante veículo institucionalizado para a busca da maior democratização e inclusão socioeconômica das pessoas humanas na sociedade civil. Entretanto, se não exercer esse papel – ao invés, passando a se transmutar em mecanismo de rebaixamento das condições de vida e trabalho da pessoa humana trabalhadora -, ela se encontrará desfigurada, descaracterizada, posta distante de sua função histórica, lógica e teleológica no Direito Coletivo do Trabalho. Ora, a Constituição da República, conforme já dito neste livro, resgatou a negociação coletiva de seu limbo jurídico e de sua inércia factual, que eram uma das marcas distintivas, nesse campo, do período precedente a 1988. Mas não a transformou, perversamente, em um mecanismo adicional de solapamento de direitos individuais e sociais humanísticos trabalhistas – os quais a própria Constituição de 1988 alçou a patamar magno e superior (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 252).

Assim como o renomado autor defende a inconformidade constitucional entre a mudança promovida pela nova lei e a Carta Magna, diversas instituições sindicais também interpretaram como equívoca a alteração quanto à constitucionalidade da norma. Assim, diante das interpretações sobre a alteração no mecanismo de cobrança da contribuição sindical, dezenove ações diretas de inconstitucionalidade foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal, órgão competente para julgá-las.

2 Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 5.794

Ação declaratória de constitucionalidade é um instrumento de controle normativo abstrato. Formalizada pela Emenda Constitucional n. 03/93, é concebida nos casos de relevante controvérsia judicial quanto à constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Por força constitucional, seu julgamento é de competência do Supremo Tribunal Federal, conforme preceitua o art. 102, I, “a”, segunda parte, da Constituição Federal de 1988:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...]. (BRASIL, 1988).

Diante da alteração no sistema de arrecadação da contribuição sindical, entidades sindicais propuseram ações declaratórias de inconstitucionalidade, ADIs, a fim de invalidar a nova redação dos arts. 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT, alterados pela Lei n. 13.467/2017, referentes à contribuição sindical facultativa, pelo Supremo Tribunal Federal.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos – CONTTMAF – foi a primeira entidade sindical a propor a ADI, identificada junto ao STF pelo número 5.794. Por esta ter sido a primeira ADI ajuizada, todas as outras dezoito ações foram conexas a ela em razão da matéria discutida. Na petição inicial do processo – de número 0012033-40.2017.1.00.0000 – foi alegada a inconstitucionalidade formal da norma, uma vez que se entendeu vício quanto à lei ordinária alterar lei complementar, excluindo-se um crédito de natureza tributária. Na página 6 da referida petição, é alegado que:

Gravame ao § 6º, art. 150 da Constituição: 8. Ainda que não cuidasse matéria regulada por Lei Complementar, não se poderia descurar que o dispositivo guerreado foi veiculado em lei geral configurando evidente testilha com o §6º. do art. 150 da Charta do Brasil a exigir, explicitamente, a especificidade, o que demandaria a elaboração de lei tributária específica e exclusiva para tal escopo. 9. Contudo, resta patente que no que na presente *quaestio* os dispositivos guerreados trazem a eiva da inconstitucionalidade formal também pelo fato de que, ao perfilhar o rito da lei ordinária em sua elaboração, restou descurado o procedimento legislativo adequado, i.e., o da lei complementar para estabelecer a exclusão de um crédito de natureza tributária (BRASIL, 2019).

Diante do pedido de declaração de inconstitucionalidade, arrazoou-se, também o empobrecimento das entidades sindicais e que a abrupta supressão de recursos dos Entes Sindicais inviabiliza a assistência jurídica a seus representados, sendo que ao sindicato não cabe atender somente aos empregados sindicalizados, mas toda a gama de empregados pertencentes às respectivas categorias profissionais. Assim, o esvaziamento do poder financeiro do sindicato representaria também prejuízos às garantias de direitos sociais fundamentais, como acesso à ampla defesa na esfera juslaborativa. Dessa forma, como pedido principal requereu-se a suspensão da eficácia dos artigos alterados referentes à contribuição sindical facultativa, em medida liminar, bem como a declaração de inconstitucionalidade definitiva destes. Como se observa a seguir:

26. Requer seja julgada procedente a pretensão autoral, mediante (a) a suspensão liminar da eficácia bem como (b) a declaração definitiva de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei que concernem aos indigitados artigos da CLT com sua retirada do ordenamento jurídico pátrio por se revelarem incompatíveis com os Comandos Constitucionais a imporem a ponderação axiológica dos Princípios que a norteiam (CONTTMAF, 2017).

Precedente ao julgamento da ADI, como relatado no parecer emitido pelo STF, no despacho publicado em 1 de agosto de 2018, DJE 153, a Presidência da República, o Senado Federal, a Câmara dos Deputados e a Advocacia Geral da União, ao proferir sobre a constitucionalidade da norma, negaram-lhe vício formal. O relator, em obediência ao art. 12 da Lei n. 9.868/99, submeteu o tema

a apreciação dos órgãos acima elencados, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, para então conduzir o processo diretamente ao Tribunal, com a faculdade de julgar definitivamente a ação. Segundo o despacho publicado, os pareceres foram os seguintes:

A Câmara dos Deputados afirmou que “Inegavelmente, a faculdade outorgada pela Constituição aos entes políticos para instituir tributos compreende a competência para, uma vez criados, extingui-los, segundo seus próprios critérios de ordem política e econômica.” [...] O Senado Federal, a seu turno, prestou informações e sustentou, em síntese, a impossibilidade jurídica do pedido, eis que, em sua ótica, as alterações promovidas pela norma impugnada elasteceriam garantias dos contribuintes, de modo que não poderiam ser tidas por inconstitucionais. [...] valendo destacar que tornar o “imposto sindical” facultativo terá como consequência sindicatos mais fortes [...]. A Presidência da República, por sua vez, em suas informações, afirmou inexistir qualquer inconstitucionalidade material na opção política tomada pelo Congresso Nacional, pois, na verdade, as alterações promovidas pela Lei n. 13.467/2017 reafirmam os valores sociais protegidos sob a égide constitucional. Destacou, ademais, que a norma impugnada se insere na ambiência da chamada reforma trabalhista “a qual possui como pedra de toque o aprimoramento das relações de trabalho [...]. Argumentou que outras entidades podem prestar assistência jurídica aos trabalhadores e que a lei objurgada não extingue as fontes de financiamento dos sindicatos, [...]. A Advocacia-Geral da União argumentou pelo não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade e, no mérito, pela improcedência do pedido [...] (BRASIL, 2018b).

Assim, diante de tais pareceres, no julgamento da ADI n. 5.794, em 29 de junho de 2018, por três votos contrários e seis favoráveis à manutenção da contribuição facultativa nos termos da Reforma Trabalhista, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da alteração efetivada. Ao longo dos votos, fora debatida a questão de a contribuição sindical ser ou não classificada como imposto – logo, compulsória – e as razões constitucionais para a manutenção dos artigos da reforma referentes a ela.

2.1 Julgamento da ADI n. 5.794

Durante as discussões promovidas no julgamento da ADI em questão, ao decidir sobre a alteração na contribuição sindical, o ministro Marco Aurélio Mello ressaltou que não considera a contribuição sindical como tributo propriamente dito. “Não concebo que pessoa jurídica de direito privado seja parte ativa tributária”, sustentou (BRASIL, 2018a). Segundo matéria veiculada pelo site do Supremo Tribunal Federal, em 29 de junho de 2018, na avaliação do ministro:

A contribuição sindical não se enquadra no artigo 149 da Constituição Federal, que trata das contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas. “Não me consta que essa contribuição vise a atuação do estado. Visa sim a atuação do fortalecimento das entidades sindicais”, assinalou. O ministro Marco Aurélio frisou ainda que o artigo 8º da Carta Magna repete duas vezes que é livre a associação profissional ou sindical e o inciso X do artigo 7º prevê a proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa (BRASIL, 2018a).

Dias Toffoli, um dos ministros que ponderou seu voto a favor da mudança progressiva, afirmou que seria necessário que o Congresso fizesse uma reforma gradativa quanto à contribuição sindical, e não uma abrupta ruptura. Segundo ele, não seria adequado subverter o sistema sem ter uma regra de transição, sem preparo para a substituição desse financiamento. “Penso que aí está a grande fragilidade do ponto específico que estamos a discutir. Não é possível essa subtração que houve da contribuição sindical sem ter preparado essa transição, sem ter preparado a assunção de mais sociedade civil com menos Estado” (BRASIL, 2018a).

A sugestão de progressividade na implantação da norma, mencionada por Dias Toffoli, por sua vez, talvez pudesse ser mensurada pela própria interpretação do Supremo Tribunal Federal, na modalidade de decisão proferida pela modulação dos efeitos da sentença. Seria um posicionamento ativo conciliatório, visando à equidade entre a mudança na norma vigente durante tantos anos com a repentina ruptura provocada pela nova legislação. Na própria decisão pela constitucionalidade seria passível a ponderação.

Por outro lado, uma questão diversa que poderia ter sido atacado nas ADIs propostas, e também pela própria recomendação do Supremo Tribunal Federal, é o instituto da *vacatio legis*, o período que institui a lacuna entre a vigência e a eficácia na norma legal. Contudo, embora fosse de interesse e relevância para o

equilíbrio nas mudanças ocorridas e a realidade da arrecadação dos sindicatos, essa questão não fora abordada pelas ADIs.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela improcedência dos pedidos, nos seguintes termos:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, julgou improcedentes os pedidos formulados nas ações diretas de inconstitucionalidade e precedente o pedido formulado na ação declaratória de constitucionalidade. Vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Rosa Weber e Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.6.2018 (BRASIL, 2018b).

3 A modulação dos efeitos da sentença

Quando um ente legitimado submete uma norma ao controle de constitucionalidade abstrato perante o Supremo Tribunal Federal espera que a norma em questão receba a interpretação conforme preceitua a Constituição Federal vigente. Assim, como leciona Gilmar Mendes, em seu curso de Direito Constitucional, “limita-se o Tribunal a declarar a legitimidade do ato questionado desde que interpretado conforme a Constituição” (MENDES; BRANCO; COELHO, 2017, p. 243).

A Lei n. 9.868/99, que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, no parágrafo único do art. 28, dispõe que os efeitos da decisão do STF serão *erga omnes* e vinculantes. Por a sentença ser declaratória quanto à constitucionalidade da norma, o Supremo Tribunal não poderá atuar como legislador positivo, isto é, apenas poderá analisar se a lei criada pelo legislador é compatível com a Constituição.

Contudo, consoante a doutrina, as sentenças proferidas podem ser subdivididas além da dicotomia constitucionalidade/inconstitucionalidade. Diante da possível alteração do *status quo*, visando à modulação dos efeitos da decisão, o STF pode aplicar sentenças intermediárias, normativas, também chamadas de sentenças manipulativas. Segundo leciona Fernandes:

As sentenças intermediárias são o conjunto de decisões (tipologias) as quais o órgão do Poder Judiciário, que controla a constitucionalidade, relativiza o binômio constitucionalidade/

inconstitucionalidade. Ou seja, à luz de fatores políticos econômicos, sociais e jurídicos, o Poder Judiciário passa a trabalhar com técnicas de decisão e efeitos de controle de constitucionalidade que vão além da mera (simples) declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei (FERNANDES, 2017, p. 1574).

A opção por sentenças intermediárias deve ser a via adotada quando se faz necessária a ponderação de interesses em relação à segurança jurídica ou excepcional interesse social, como leciona Fernandes. Um exemplo emblemático citado pelo autor diz respeito ao julgamento da ADI n. 2.240, sobre a criação do Município de Luiz Eduardo Magalhães, no estado da Bahia. Na referida decisão, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da lei que criou o município, contudo, não declarou nulos seus efeitos, em razão dos prejuízos sabiamente provocados por uma suposta declaração de nulidade da lei. Assim, ao declarar a inconstitucionalidade, ocorreu a modulação dos efeitos da decisão, visto que o STF manteve a vigência do dispositivo legal por até 24 meses para que o legislador estadual pudesse adequar nova lei.

Ainda segundo o autor supracitado, o Informativo n. 576 do STF é um exemplo ainda mais atual da possibilidade de declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei e ainda assim ponderar seus efeitos. Na decisão da ADI n. 875, e demais ações conexas quanto ao fundo de participação dos estados que originaram o informativo, foi declarado que:

Fundos de Participação dos Estados: Fixação de Coeficientes e Critérios de Rateio – 4

Por fim, não obstante a Lei Complementar 62/89 não satisfizer integralmente à exigência contida na parte final do art. 161, II, da CF, julgou-se que a sua imediata supressão da ordem jurídica implicaria incomensurável prejuízo ao interesse público e à economia dos Estados, haja vista que o vácuo legislativo poderia inviabilizar, por completo, as transferências de recursos. Em razão disso, fez-se incidir o art. 27 da Lei 9.868/99, e declarou-se a inconstitucionalidade, sem pronúncia da nulidade, do art. 2º, I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar 62/89, autorizando-se a aplicação da norma até 31.12.2012, lapso temporal que se entendeu razoável para o legislador reapreciar o tema, em cumprimento àquele comando constitucional. Vencido parcialmente o Min. Marco Aurélio, que julgava procedente

apenas o pleito formulado na ADI por omissão 1987/DF e, no caso, não aplicava o art. 27 da Lei 9.868/99 (BRASIL, 2010).

Como exemplificado, diante de possíveis e incomensuráveis prejuízos ao interesse econômico dos estados, sem a transferência de recursos, houve a declaração de inconstitucionalidade sem, contudo, a declaração de nulidade de seus efeitos. Dessa forma, evidencia-se a faculdade de o STF se posicionar diante das mudanças propostas ao julgar as ADIs e ao mesmo tempo equilibrar os efeitos da decisão. Portanto, é conciliatório declarar uma norma constitucional, como a alteração dos artigos referentes à contribuição sindical, e, ainda assim, ponderar seus efeitos visando ao não imediatismo na aplicação das normas que puderem alterar abruptamente um modelo econômico já consolidado no ordenamento jurídico nacional. Para isso, é importante analisar alguns modelos de sentenças que tornam possível esse exercício.

3.1 Sentenças intermediárias

O conjunto de tipologias de decisões nas quais os órgãos do Poder Judiciário, ao controlar a constitucionalidade, relativiza o binômio constitucionalidade/inconstitucionalidade, conforme explica Fernandes, é chamado de sentenças intermediárias. Tais sentenças são proferidas considerando-se fatores políticos, econômicos, sociais e jurídicos. A classificação destas pode se dar conforme os efeitos das decisões que se pretendem atingir.

Originadas na doutrina italiana, são chamadas de manipulativas as sentenças em que na decisão o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade adita normas submetidas à sua apreciação. Assim, a corte modifica diretamente a norma por meio de decisões autoaplicáveis. Em sua obra de Direito Constitucional, quanto às sentenças intermediárias, Fernandes explica dois modelos de sentenças manipulativas, as de efeito substitutivo e as de efeito aditivos:

Assim sendo haveria uma distinção entre as sentenças manipulativas de efeitos aditivos das manipulativas com efeito substitutivo. A primeira espécie verifica-se quando a corte constitucional declara inconstitucional certo dispositivo legal não pelo que expressa, mas pelo que omite, alargando o texto da lei ou seu âmbito de incidência. Já as manipulativas com efeitos substitutivos, por sua vez, são aquelas em que o juízo constitucional declara a inconstitucionalidade da parte em que a lei estabelece determinada disciplina ao invés de outra,

substituindo a disciplina advinda do poder legislativo por outra, consentânea com o parâmetro constitucional (FERNANDES, 2009).

A partir dessa interpretação, explica o autor, que a norma de conteúdo inconstitucional por insuficiência pode ser ampliada por meio da sentença aditiva. No Brasil, contudo, não há, segundo ele, tradição dessa modalidade de sentença. Na sentença substitutiva, por vez, a Suprema Corte invalida a norma e a substitui por outra mais adequada. Esse modelo também não é praticado no Brasil, principalmente porque não cabe ao Poder Judiciário ocupar o lugar do Poder Legislativo, pois comprometeria a tripartição de poderes.

Hans Kelsen, na obra *Teoria pura do Direito*, expõe que toda interpretação da norma deve estar coerente com a moldura na qual o espírito da lei se encaixa, possibilitando mais de uma interpretação, que está além do direito positivado. O autor analisa:

Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral (KELSEN, 1995).

Assim, ao avaliar-se a constitucionalidade de uma norma, não há apenas que se ater a esta tal qual como escrita, mas sim em qual contexto social, político e econômico, por exemplo, essa norma apresenta-se “emoldurada”. É cognoscível que, para a ciência jurídica, o que se declara como Direito é o complexo além do Direito positivado. Esse é o pensamento norteador que deve amparar as decisões jurídicas: que a lei não seja apenas tida como determinação legislativa porque fora

a vontade do legislador, mas que seja analisada conforme necessária e proveitosa ao bem-estar da sociedade, garantindo-lhe a necessária segurança jurídica.

Assim deve ser a interpretação jurídica, além do texto expresso, levar-se em consideração o conhecimento sobre normas de processo de criação jurídica, “normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.” (KELSEN, 1995). O autor ainda explicita que a diferença dessa forma de construir-se o Direito e o Direito positivado está no fato de serem interpretações produzidas por diversas operações do conhecimento. “A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito” (KELSEN, 1995). Para ele, essa aplicação se torna autêntica quando dotada de caráter geral e assume a forma de lei ou tratado internacional.

Em razão desses apontamentos sobre a interpretação das normas, é relevante destacar, pois, a atuação necessária ao Supremo Tribunal Federal em considerar variadas consequências na aplicação da lei declarada constitucional. Para tanto, importante também avaliar os consequentes prejuízos, não oriundos apenas da declaração de constitucionalidade dos artigos questionados perante a validade da norma, e que o fizesse considerando o caráter social de tais mudanças, e tentasse, por meio de sentenças intermediárias, equilibrar o confronto, exercendo, portanto, a função pacificadora do Direito.

3.2 Sentenças intermediárias no controle de constitucionalidade

Para José Adércio Leite Sampaio (1999 apud FERNANDES, 2017, p. 1578), é possível dividir as sentenças intermediárias em dois grupos: O primeiro deles é das sentenças normativas, em que se subdividem as sentenças interpretativas conforme a Constituição; as aditivas; as aditivas de princípio e as substitutivas. O segundo grupo é o das sentenças transitivas ou transacionais, que implicam a relativização e se subdividem em sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo; as com ablação diferida; as de apelo ou apelativas e as de aviso.

Em razão de o primeiro grupo, como já explicitado, não ser adotado como prática recorrente no Brasil, o trabalho limitar-se-á à análise das possibilidades do segundo grupo para avaliar a sentença dada na ADI n. 5.794.

Primeiramente, vale ressaltar que a possibilidade de sentença transacional foi positivada com a Lei n. 9.868/99, que regulamenta o trâmite das ADIs e ADCs, em cujo art. 27 é proclamada a possível restrição aos efeitos da lei, como se observa:

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de

excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (BRASIL, 1999).

Misabel Derzi, ao comentar o referido artigo sobre o poder de decisão e ponderação do Supremo Tribunal Federal, analisa que a diferenciação entre decisões de ações declaratórias deve ser dada considerando-se presente, passado e futuro no qual ensejam a decisão. Segundo a autora, “A obrigatoriedade de antecipação do futuro ou de sua projeção está implícita em toda decisão” (DERZI, 2009). Ela ainda explica que este é o pressuposto das súmulas vinculantes e sem a fundamentação analítica adequada das sentenças proferidas não há, nas palavras dela “expectativas legítimas de normatividade, essenciais à segurança, nem tampouco exigir a observância dos critérios legais” (DERZI, 2009). Nesse sentido, a autora destaca que:

A Lei 9868/01 não reduz, anula ou subtrai da decisão da Corte Suprema o que a ela é inerente. Se a Constituição Federal não estabelece claramente os efeitos da decisão judicial, nos casos da declaração de inconstitucionalidade, em abstrato ou nos casos concretos, então, os efeitos da decisão podem ser pesados e limitados à vista de critérios de alta relevância, em especial por razões de segurança jurídica, que imantam a própria Constituição (DERZI, 2009, p. 9).

A partir desse pensamento, reforça-se a concepção da necessidade de as decisões proferidas pelo STF considerarem os reflexos sociais que trarão. Logo, embora seja pertinente a discussão sobre os limites da atuação do Superior Tribunal no tocante às decisões que implicam muitas vezes a esfera legislativa, é de extrema relevância que haja ponderação dos efeitos da sentença para adequar-se à proteção social, visando-se a realidade fática além da dicotomia constitucional/inconstitucional.

Quanto às razões de segurança jurídica, norteadas por princípios constitucionais, dizem respeito à confiabilidade que a sociedade pretende exercer quanto à proteção que objetiva receber de um Estado Democrático de Direito. Humberto Ávila, ao avaliar o instituto da segurança jurídica em perspectiva dinâmica e intertemporal, explica que pensar em segurança jurídica com o sentido de imutabilidade conduz à interpretação por vezes pejorativa de tratar-se uma

petrificação do Direito. Por outro lado, contudo, pode-se entender a segurança jurídica como “estabilidade na mudança”, isto é, como a proteção de situações subjetivas já garantidas individualmente e a exigência de continuidade do ordenamento jurídico por meio de regras de transição e de cláusulas de equidade (ÁVILA, 2011).

Para o autor, essa segunda concepção implica uma alteração estável ou racional, sem modificações abruptas. Assim, prepara-se a sociedade para as mudanças gradativas às quais será possível adaptar-se. Ademais, o doutrinador explica que a segurança jurídica com vista ao futuro está relacionada à previsibilidade e calculabilidade:

Quanto à eficácia futura do Direito, pode-se, heurísticamente, também esboçar duas concepções. De um lado, pode-se sustentar que a segurança jurídica prescreve a total capacidade de antecipar as consequências jurídicas da conduta (própria ou alheia). O termo “previsibilidade” e a expressão “certeza absoluta” denotam esse sentido. Nessa significação, a segurança jurídica garante o direito de o particular, com exatidão, conhecer, hoje, o Direito de amanhã, antecipando o conteúdo da decisão futura que irá qualificar juridicamente o ato hoje praticado. De outro lado, no entanto, pode-se arguir que a segurança jurídica apenas exige a elevada capacidade de prever as consequências jurídicas de atos ou fatos pela maioria das pessoas. Nessa acepção, a segurança jurídica garante que se possa, em larga medida, antecipar alternativas interpretativas e efeitos normativos de normas jurídicas. A palavra mais correta para denotar esse sentido, em vez de “previsibilidade” (Voraussehbarkeit), é “calculabilidade” (Berechenbarkeit). Calculabilidade significa, pois, a capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais (ÁVILA, 2011).

Nesse sentido, tanto por possibilidade legal do art. 27 da Lei n. 9.868/01, quanto pela interpretação jurisprudencial, reforça-se a hipótese de que, ao declarar a constitucionalidade dos artigos referentes à facultatividade da contribuição sindical, alterando-lhe o caráter tributário para meramente contributivo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI n. 5.794, deveria exercer o papel mediador da transição visando promover à segurança jurídica. Com maior prazo

de adaptação, aos sindicatos de trabalhadores seriam permitidas alternativas de estudo de planejamento referente às funções sindicais dependentes dessa cobrança. Ademais, ressalta-se ainda a participação estatal nessas verbas para garantir as funções do estado de apoio ao trabalhador, por meio do fundo de amparo. Assim, os trabalhadores não apenas sofreram impacto da decisão repentina provocada pela reforma trabalhista, com a descapitalização dos sindicatos, mas também o Estado sofreu perdas em sua capacidade de promover proteção ao trabalho, comprometendo-se a execução de um direito e garantia fundamental, previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Ante essas reflexões sobre a relevância da segurança jurídica no panorama de transformações legais, e conseqüentemente sociais diante de novos atos normativos, passa-se a apresentar as tipologias de sentenças intermediárias e avaliar possibilidades de aplicação delas para ponderar e equilibrar os efeitos da lei declarada constitucional.

3.2.1 Sentenças de inconstitucionalidade sem efeito ablativo

A declaração de inconstitucionalidade sem efeito ablativo é uma modalidade alemã em que se reconhece a inconstitucionalidade da norma, contudo, em nome da segurança jurídica, não há pronúncia de nulidade dos efeitos da lei. Assim, provoca uma decisão *ex-nunc*, isto é, sem efeitos retroativos. É válido ressaltar a observação do professor José Adércio Leite Sampaio apud Fernandes, que a declaração de constitucionalidade sem efeito ablativo deve ser acompanhada de proibição da aplicação da lei inconstitucional, caso contrário, torna-se uma sentença nula em seu sentido. Um exemplo de declaração de inconstitucionalidade sem efeito ablativo, portanto, foi no caso já mencionado acerca da criação do município baiano, na ADI n. 2.240, que declarou a lei que criou o município inconstitucional, contudo, não anulou a criação deste.

3.2.2 Sentença de inconstitucionalidade com ablação diferida

As decisões de nulidade, em regra, são *ex-tunc*, isto é, retroagem para aplicação dos efeitos da lei declarada constitucional ou inconstitucional. Contudo, em razão da supremacia da Constituição, avaliando-se os efeitos da lei, num exercício de ponderação entre a nulidade e as razões de segurança jurídica e excepcional interesse social, é passível a aplicação gradual da lei, contrabalanceando-se outros valores envolvidos. Fernandes esclarece que essa alternativa, ablação diferida, não é uma sentença intermediária propriamente dita, mas por força da modulação dos

efeitos do art. 27 da Lei n. 9.869/99 tal modalidade de sentença pode ser incluída nesse rol de maneira não rigorosa.

3.2.3 *Sentenças apelativas e sentenças de aviso*

Também chamadas de sentenças de apelo, declaração de constitucionalidade progressiva ou de constitucionalidade provisória, nesse modelo de sentença, o órgão jurisdicional apenas reconhece a constitucionalidade da norma, mas adverte o legislador quanto à necessidade de mudanças normativas para que futuramente elas não incorram em inconstitucionalidade. Sampaio, segundo Fernandes, critica essa modalidade de sentença por ser apenas uma exortação ao legislador.

As sentenças de aviso, por sua vez, sinalizam uma possível mudança jurisprudencial futura, mas com a ressalva de o novo precedente não ser aplicado no caso *sub júdice*. Um exemplo, dado por Fernandes, dessa modalidade de sentença ocorreu no RE n. 630.733, em 2013, quando o STF manifestou-se sobre possibilidade de segunda chamada para testes de aptidão física em concurso público futuramente, mas que tal alteração não teria validade no caso em comento.

3.3 Críticas quanto às sentenças intermediárias

Não obstante a positivação dos possíveis efeitos das sentenças no art. 27 da Lei n. 9.868/99, há críticas consideráveis quanto à aplicação das sentenças intermediárias. Para Sampaio, consoante Fernandes, nas sentenças normativas o Tribunal Constitucional peca pelo excesso de atuação, ao passo que, nas sentenças transitivas, suas atuações não têm adequação na prestação jurisdicional por serem frágeis. Ainda segundo Fernandes, para o professor Álvaro Ricardo Souza Cruz, ambos os modelos de decisão, normativas ou transitivas, exorbitam a função do Poder Judiciário que é limitada à de intérprete constitucional.

Apesar das críticas, é relevante considerar que, no controle de constitucionalidade, é função do Poder Judiciário averiguar a legalidade das leis, tendo como parâmetro a Carta Constitucional, mas também avaliar os efeitos dela, pois é também para isso que existem as ações de controle de constitucionalidade, ADI, ADC e ADPF. Dessa forma, nas sentenças prolatadas poderiam ser aplicados princípios do direito intertemporal, em regras de transição.

No caso do julgamento da ADI n. 5.794, a oportunidade de se aplicar a sentença intermediária, transitiva, possibilitaria a ampliação do debate jurídico sobre a contribuição sindical, relativizando a norma imposta pela Reforma Trabalhista e resguardando os sindicatos bem como os trabalhadores em seu

âmbito de proteção constitucional. Ademais, o Supremo Tribunal Federal poderia garantir a segurança jurídica na implantação progressiva das normas, a partir das sentenças dessa tipologia, relativizando tanto a supremacia constitucional quanto os demais valores axiológicos envolvidos e preservando a segurança jurídica. Ainda mantendo a declaração de constitucionalidade da norma alterada, em uma sentença apelativa, poderia o Supremo solicitar ao legislador ampliação do prazo de *vacatio legis* para a implantação dos efeitos da lei, evitando-se, assim, o fator surpresa que acometeu os sindicatos, trazendo-lhes evidentes prejuízos.

4 Do prazo da *Vacatio Legis* como moderador dos efeitos da declaração de constitucionalidade da norma

Vacatio Legis é uma expressão latina que significa vacância da lei, é, portanto, o nome que se dá ao lapso entre a vigência e a validade da norma jurídica. Nesse ínterim, uma norma pode já estar publicada, mas não surtir efeitos até uma determinada data para que haja lacuna temporal para a adaptação da norma à realidade sociológica. Enquanto isso, prevalecem as normas antecedentes à mudança. Quanto maior a mudança promovida no *status quo* da sociedade por meio da alteração da lei, maior deve ser o prazo da *vacatio legis* para os efeitos da nova norma.

No julgamento da ADI n. 5.794, um dos ministros que ponderou seu voto a favor da mudança progressiva, Dias Toffoli afirmou que seria necessário que o Congresso fizesse uma reforma gradativa quanto à facultatividade na cobrança da contribuição sindical, e não uma abrupta ruptura. Segundo ele, não seria adequado subverter o sistema sem ter uma regra de transição, sem preparo para a substituição desse financiamento. Como afirma: “Penso que aí está a grande fragilidade do ponto específico que estamos a discutir. Não é possível essa subtração que houve da contribuição sindical sem ter preparado essa transição, sem ter preparado a assunção de mais sociedade civil com menos Estado” (BRASIL, 2018a).

A progressividade mencionada pelo ministro, por sua vez, poderia ser mensurada pela própria interpretação do Supremo Tribunal Federal. Uma das possibilidades de implantar a alteração quanto ao caráter tributário até então vigente e com a consequente perda na arrecadação da contribuição sindical poderia ser solucionada por meio da alteração do período da *vacatio legis*, por meio de uma sentença intermediária transitiva apelativa, conforme abordado no capítulo anterior.

Embora o tema sobre o prazo para a implantação dos efeitos da lei não seja muito discutido, é de extrema relevância avaliar que a validade da norma jurídica

depende estritamente do instituto *vacatio legis*. Gonçalves, citado por Brum, sobre as regras gerais do Código Civil explica que o prazo de *vacatio legis* de uma lei é “o intervalo entre a data de sua publicação e a sua entrada em vigor” (BRUM, 2006). Nesse prazo, a norma jurídica existe e é válida, contudo não tem eficácia, pois está em período de vacância. Conforme define Ulhôa Coelho (2003 apud BRUM, 2006, p. 1):

Vigência é aptidão genérica de produzir efeitos juridicamente válidos. Após a publicação na imprensa oficial a lei existe, mas isso não significa que esteja já produzindo efeitos. Em outros termos, ela já é conhecida, mas não pode ainda ser aplicada. Assim, se estabelece a obrigação de determinada conduta, as pessoas já podem ter conhecimento de seu conteúdo, mas ainda não estão obrigadas a se comportarem em consonância com os seus preceitos. Quem atua em desconformidade com o prescrito em lei existente que ainda não entrou em vigor não pode sofrer nenhuma sanção.

Assim sendo, uma norma pode estar publicada e ainda não produzir efeitos. Como exemplo, há o período de um ano de *vacatio legis* para a Lei n. 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, o Código Civil: “Art. 2.044. Este Código entrará em vigor 1 (um) ano após a sua publicação”. Na mesma lógica, o Código de Processo Civil de 2015 também teve estabelecido o prazo de um ano para a entrada em vigor da nova lei: “Art. 1045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial”.

Embora haja críticas quanto ao desrespeito ao art. 8º da LC n. 95/98, que prevê a determinação do prazo em dias, não em ano ou meses, o que se procura ressaltar neste trabalho é que o tempo estipulado para que a lei produza efeitos é relevante instrumento a ser analisado. É evidente que os efeitos de uma norma a ser aplicada com maior prazo, quando gera bruscas alterações na legislação e traz em si efeitos sociais, serão de uma norma menos danosa quando ocorrer o vigor e a consequente produção de efeitos jurídicos.

Dessa forma, ponderando-se o prazo de validade da lei evitar-se-á a abrupta ruptura com a legislação vigente, muitas vezes já arraigada na tradição. Isso ocorre porque o tempo de adaptação às novas normas, conforme determina a Lei Complementar n. 95/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, deve ser razoável, e, assim, consequentemente, também privilegiar o bem-estar social, indicando expressamente o período de vacância em dias, para que da lei se tome conhecimento.

Não obstante a LC n. 95/98 determinar o prazo para conhecimento e aplicação da lei atualizada, quando se trata de efeitos das normas ao longo do tempo, sua vigência, eficácia e aplicação, há situações de intervenção no lapso temporal pelos Tribunais. Por exemplo, na seara trabalhista, quando da alteração da prescrição do FGTS, de trintenária pra quinquenal, ao avaliar a aplicação da Súmula 362 do TST (Tribunal Superior do Trabalho), o STF julgou que o prazo prescricional de 30 anos era inconstitucional, ARE709212/DF. Então, o próprio STF modulou-lhe os efeitos dessa decisão, conforme sugestão do relator – ministro Gilmar Mendes – para aplicar a norma gradativamente. Como se observa a seguir:

[...] É certo que, na citada decisão, foi declarada a inconstitucionalidade dos artigos 23, § 5º, da Lei 8.036/90 e 55 do Decreto 99.684/80 “na parte em que ressalvam o ‘privilégio do FGTS à prescrição trintenária’, por violarem o disposto no art. 7º, XXIX, da Carta de 1988”. Contudo, em atenção à segurança jurídica e à boa-fé objetiva, seus efeitos foram modulados de modo a salvaguardar especialmente os direitos dos trabalhadores cujo prazo trintenário já estava em curso à época da decisão, conforme esclarecimento ofertado inclusive pelo Ministro Gilmar Mendes, relator, nos termos a seguir: “A modulação que se propõe consiste em atribuir à presente decisão efeitos ex nunc (prospectivos). Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão. Assim se, na presente data, já tenham transcorrido 27 anos do prazo prescricional, bastarão mais 3 anos para que se opere a prescrição, com base na jurisprudência desta Corte até então vigente. Por outro lado, se na data desta decisão tiverem decorrido 23 anos do prazo prescricional, ao caso se aplicará o novo prazo de 5 anos, a contar da data do presente julgamento (BRASIL, 2017b).

Como demonstrado, em nome da segurança jurídica e da boa-fé objetiva, ao avaliar a inconstitucionalidade da prescrição trintenária do FGTS, passando então para a prescrição quinquenal, entendendo que o FGTS se amolda ao mesmo prazo dos direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da súmula do TST e, assim, houve nova redação para esta:

Súmula n. 362 do TST

FGTS. PRESCRIÇÃO (nova redação) – Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015 – I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato; II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF) (BRASIL, 2015).

Embora o prazo para prescrição do FGTS e a contribuição sindical facultativa sejam temas diferentes, mas considerando-se que ambos pertencem à seara trabalhista, e que o segundo manifesta-se ainda mais prejudicial por tratar-se de todos os grupos sindicais, analogamente ao julgamento da inconstitucionalidade do prazo trintenário, o Supremo Tribunal Federal poderia também ter modulado o efeito da brusca alteração na contribuição sindical facultativa, como ponderou o ministro Dias Toffoli, na ocasião do julgamento da ADI n. 5.794.

Na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no art. 6, é declarado que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada” (BRASIL, 1942). Embora o imediatismo seja o sentido da norma em questão, prazo para a aplicação da Lei n. 13.467/2017 foi estritamente exíguo, e, como agravante, o legislador não fez previsão alguma sobre as normas de direito intertemporal. Nessa lacuna, cabe à doutrina e à jurisprudência adequar a transição normativa à prática social. Diante de uma norma de direito trabalhista que desprivilegia os trabalhadores e também as organizações sindicais dos quais fazem parte, cabe uma postura mais ativa dos órgãos aplicadores da lei, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, que guarda em sua função primordial, a garantia da obediência à Constituição Federal, em toda a sua eficácia.

Não obstante, é pertinente à crítica a constante situação do ativismo judicial, o qual, inúmeras vezes, compromete o princípio da separação dos Poderes. Contudo, deve-se considerar que os direitos trabalhistas têm natureza de direitos fundamentais sociais, por isso, é admissível nessa seara uma postura ativista do Poder Judiciário. Isso, sobretudo se considerarmos que, a uma só vez, várias normas protetivas dos direitos dos trabalhadores foram alteradas, e, além do prejuízo individual, há o dano coletivo ao qual às entidades sindicais estão sujeitas devido à fragilização na arrecadação financeira, porque a nova legislação desconsiderou

que estas são entidades constitucionalmente vocacionadas à proteção dos direitos trabalhistas.

Considerações finais

A Lei n. 13.467/2017, popularmente chamada de Reforma Trabalhista, alterou diversos dispositivos que regulamentam as relações de trabalho. Entre eles, houve mudança na contribuição sindical, que, por força da nova legislação, passou a ser facultativa, perdendo seu caráter compulsório, e, portanto, tributário, nos termos do art. 3º do CTN. Diante das alterações e dos prejuízos iminentes, sindicatos de trabalhadores ajuizaram dezenove ações declaratórias de inconstitucionalidade, ADIs, perante o Supremo Tribunal Federal, alegando, predominantemente vício formal da nova legislação.

No julgamento da ADI n. 5.794, à qual foram conexas as demais, o Supremo Tribunal Federal limitou-se a declarar a constitucionalidade da norma, numa decisão claramente política e isenta de reflexões sobre os efeitos que uma mudança repentina traria para os sindicatos e para os trabalhadores, afiliados a eles ou não. Contudo, diante da relevância do objeto em questão, caberia uma postura mais crítica e proativa do STF, uma vez que a mera declaração quanto à constitucionalidade/inconstitucionalidade da norma *sub júdice* gera efeitos de grandes proporções por se tratar de direito coletivo do trabalho, logo, de grande impacto social.

Assim sendo, a postura mais adequada a ser adotada pelo Supremo Tribunal Federal, pensando no bem-estar coletivo, poderia ser, além de declarar a constitucionalidade, optar pela modulação dos efeitos da sentença, quanto à vigência da lei no tempo. Assim, por meio de sentença intermediária, garantiria a segurança jurídica na implantação progressiva das novas normas, uma vez que o legislador não impôs regras de transição para o direito intertemporal. Ademais, caberia também ao STF indicar ao legislador a possibilidade de alteração no prazo para a aplicação das novas normas.

O prazo estipulado para a *vacatio legis* foi exíguo quanto à significância das normas alteradas, por isso, caberia um prazo maior, como ocorreu com a vigência do Código Civil de 2002 e com o novo Código de Processo Civil de 2015, ambos com o prazo de vacância equivalente a 12 (doze) meses. Nesse sentido, o STF também poderia tanto recomendar a alteração do dispositivo para evitar o abrupto prejuízo para as instituições sindicais quanto ele mesmo ponderar os efeitos da decisão na sentença.

Embora haja críticas quanto à usurpação do poder de legislar pelo poder judiciário, em um exercício de ponderação entre as perdas sofridas e considerando-se os valores constitucionais axiológicos envolvidos, deve prevalecer a medida menos gravosa. Seria, então, possível conciliar a redução dos prejuízos sofridos pelos sindicatos, sobretudo os sindicatos de trabalhadores, e a atualização da legislação trabalhista, concedendo tempo para que os sindicatos efetivamente trabalhassem junto aos sindicalizados para garantir a sua força sindical.

Ante os argumentos expostos, retomam-se as questões inicialmente propostas nesta pesquisa: “caberia ao Supremo Tribunal Federal modular os efeitos da declaração de constitucionalidade da nova lei e recomendar um novo prazo de vacância a fim de contribuir com a não descapitalização dos sindicatos? É cabível essa medida como um dos papéis institucionais do Poder Judiciário?”.

A conclusão a que se chega é que sim, considerando-se as técnicas de interpretação das leis, o contexto social em que a norma está inserida, a possibilidade de proferir sentenças intermediárias e a segurança jurídica que deve ser coerente com os dogmas do Direito, seria pertinente maior ativismo do Poder Judiciário, representado pelo Supremo Tribunal Federal no caso da Ação Declaratória de Constitucionalidade por força da própria Constituição Federal de 1988. Isso, não para declarar a inconstitucionalidade da contribuição sindical ter-se tornado facultativa, mas sim para ponderar meios menos danosos de aplicá-la perante as entidades sindicais.

Referências

ÁVILA, H. B. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização do Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, L. G.; PAVELSKI, A. P. Reflexos da Reforma Trabalhista na contribuição sindical: tributo que persiste com caráter obrigatório. *Revista Eletrônica Reforma Trabalhista III – TRTPR*, Curitiba, v. 7, n. 63, p. 34-45, nov. 2017. Disponível em: <<http://simepar.org.br/wp-content/uploads/2017/11/ARTIGO-ASSESSORIA-JURIDICA-1.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto-Lei n. 2.377, de 8 de julho de 1940*. Dispõe sobre o pagamento e a arrecadação das contribuições devidas aos sindicatos pelos que participam das categorias econômicas ou profissionais representadas pelas referidas entidades. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2377-8-julho-1940-412315-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 1 out. 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; Lei de Introdução ao Código Civil. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-4657-4-setembro-1942-414605-norma-pe.html>>. Acesso em: 1 nov. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei n. 4.589, de 11 de dezembro de 1964*. Extingue, a Comissão do Imposto Sindical, a Comissão Técnica de orientação Sindical, cria órgãos no Ministério do Trabalho e Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4589.htm>. Acesso em: 1 out. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 1 out. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 out. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em: 1 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF n. 576*, 22-26 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo576.htm>> Acesso em: 2 nov. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 6ª Região. Ementa: prescrição aplicável. Trintenária. Modulação dos efeitos. *Decisão STF-ARE-709212*, 13 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.trt6.gov.br/portal/sites/default/files/documents/0000077230.2016.5.06.0021.pdf>>. Acesso em: 1 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 362 do TST*, 2015. Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-362>. Acesso em: 28 set. 2018.

BRASIL. *Consolidação das leis do trabalho – CLT e normas correlatas*. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017a. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535468/clt_e_normas_correlatas_1ed.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 6ª Região. Recurso Ordinário : RO 00007723020165060221 – Inteiro Teor. *JusBrasil*, 29 mar. 2017b. Disponível em: <<https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/444664948/recurso-ordinario-ro-7723020165060221/inteiro-teor-444664960>>. Acesso em: 1 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF declara constitucionalidade do fim da contribuição sindical obrigatória. *Notícias STF*, 29 jun. 2018a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382819>>. Acesso em: 1 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 5.794*. MC/DF. Brasília, DF, 2018b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/fachin-fim-contribuicao-sindical-acabar.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5794*: processo número único 0012033-40.2017.1.00.0000. Brasília, DF: STF, 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288954>>. Acesso em: 1 out. 2018.

BRUM, A. B. A “vacatio legis” posterior à Lei Complementar n. 95/98 e seus reflexos na vigência do Código Civil e da Lei n. 11.232/05. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1150, 25 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8842>>. Acesso em: 25 set. 2018

DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. *A reforma trabalhista no Brasil*: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DERZI, M. A. M. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder de tributar. São Paulo: Noeses, 2009.

FERRAZ, L.; GODOI, M. S.; SPAGNOL, W. B. *Curso de direito financeiro e tributário*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FERNANDES, B. G. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2017.

KELSEN, H. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

MARTINS, I. G. S. Contribuição no interesse das categorias: natureza jurídica e a função delegada. *Revista Jurídica UNIARAXÁ*, Araxá, v. 20, n. 19, p. 189-206, ago. 2016. Disponível em <<http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/view/519>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.