



Leitura Constitucionalizante do Direito

Alex Ian Psarski Cabral
Cristiane Helena Lima de Paulo Cabral
Hellom Lopes Araújo
João Salvador dos Reis Neto
(Orgs.)



O Direito está em constante transformação devendo sempre se adequar aos anseios da sociedade com vistas a possibilitar o acesso à justiça por todos. Diante dessas considerações é importante se discutir acerca das suas implicações na Constituição Brasileira, especialmente, após a comemoração dos seus 30 anos no ano de 2018. Nesse sentido, e ciente da importância de demonstrar a evolução do Direito no Brasil, esse livro foi lançado com o intuito de permitir que todos participem da transformação e da discussão acerca do papel do Direito na sociedade brasileira.



Leitura Constitucionalizante do Direito

Leitura Constitucionalizante do Direito

Organizadores:

Alex Ian Psarski Cabral

Cristiane Helena Lima de Paulo Cabral

Hellom Lopes Araújo

João Salvador dos Reis Neto



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CABRAL, Alex Ian Psarski et al (Orgs.)

Leitura constitucionalizante do direito [recurso eletrônico] / Alex Ian Psarski Cabral et al (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

280 p.

ISBN - 978-85-5696-353-6

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito; 2. Constituição; 3. Interpretação; 4. Leitura; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Sobre os autores	9
1.....	11
Mercosul jurídico: as opiniões consultivas e o princípio constitucional da integração na República Federativa do Brasil	
Alex Ian Psarski Cabral; Cristiane Helena de Paula Lima Cabral	
2.....	35
O direito fundamental ao meio ambiente saudável e a degradação ambiental ocasionada pela empresa ultracargo	
Mirelle Fernandes Soares; Raquel Santana Rabelo	
3.....	61
O princípio da dignidade da pessoa humana como limite à aplicação das medidas de segurança	
Simoni Caetano Miranda; Rene Vial	
4.....	83
O respeito à diferença no direito internacional privado	
Mayra Thais Andrade Ribeiro	
5.....	113
Uber: da configuração da relação de emprego no exercício das funções de motorista privado através do uso de aplicativos	
Maria Antonieta Fernandes; Hellom Lopes Araújo	
6.....	135
Limites à soberania em face da dignidade da pessoa humana	
Miguel Ornelas Prates; Raquel Santana Rabelo Ornelas	

7	155
O direito à educação nas constituições brasileiras: do império à constituição de 1988	
Emerson Luiz de Castro; Filipe Martins de Oliveira	
8	175
Reforma trabalhista sob o prisma neoliberal: um embate ao neoconstitucionalismo	
Sheila Martins de Lana Abreu; Mirelle Fernandes Soares	
9	203
Politização do judiciário pela imprensa	
Fernanda Zilli do Nascimento; Romison Eduardo Paulista	
10	233
Análise cognitivo-discursiva do programa político “uma ponte para o futuro”	
Karoline Faria do Valle; Romison Eduardo Paulista	
11	263
Direitos, peculiaridades e a demissão sem justa causa do empregado público	
Marcele F Maia; Nelson Luiz dos Santos Garcia; Hellom Lopes Araújo	

Sobre os autores

Alex Ian Psarski Cabral - Doutor em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Ciência Jurídico Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor Universitário

Cristiane Helena de Paula Lima Cabral - Doutora em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Ciência Jurídico Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora Universitária.

Emerson Luiz de Castro: Advogado, Mestre em Direito, Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Promove de Belo Horizonte.

Fernanda Zilli do Nascimento: Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Linguística e Língua Portuguesa pela PUC Minas. Bolsista pela CAPES. Professora nas Faculdades Kennedy. Email: fezilli@gmail.com

Filipe Martins de Oliveira: Advogado, Especialista em Direito processual Civil, Professor do Curso de Direito da Faculdade Promove de Belo Horizonte

Hellom Lopes Araújo: Mestre em Direito Empresarial pela Fundação Mineira de Educação e Cultura – Universidade FUMEC. É professor universitário há nove, com experiência coordenação e em pesquisa jurídica. Ministra aulas de Direito do Trabalho e Direito Empresarial. Possui diversos artigos publicados em livros, periódicos e jornais. É advogado há onze anos

Karoline Faria do Valle: Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Linguística e Língua Portuguesa, PUC-Minas, bolsista (CAPES – 2016/2017), orientadora, Prof^a Dr^a. Sandra Maria da Silva Cavalcante

Marcele F Maia: Advogada, Pós Graduada em Direito do Trabalho pela Faculdade Promove

Maria Antonieta Fernandes: Graduada em Direito. Mestranda em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Mayra Thais Andrade Ribeiro - Doutora e Mestra em Direito Público, Direitos Humanos, Processo de Integração e Constitucionalização do Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Estudos Diplomáticos pelo Centro de Direito Internacional (CEDIN). Professora Universitária e Advogada. Email: mayrathais@gmail.com

Miguel Ornelas Prates: Bacharel em Direito. Servidor Público

Mirelle Fernandes Soares: Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do grupo de estudo “Administração da Justiça” – PRUNART/UFGM coordenado pelo professor Doutor Antônio Gomes de Vasconcelos. Bacharela em Direito, advogada e sócia da empresa Fernandes Alves Advogados. Professora universitária da Faculdade Kennedy de Minas Gerais. E-mail: soares_mirelle@hotmail.com

Nelson Luiz dos Santos Garcia: Advogado, Mestre, Pós-Graduado em Direito do Trabalho, Professor convidado da Pós Graduação de Direito do Trabalho do Centro Universitário UNA, Professor das Faculdades Kennedy de Minas Gerais

Raquel Santana Rabelo Ornelas: Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Lisboa. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora das Faculdades Kennedy. Professora Orientadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Promove e da Faculdade Kennedy de Minas Gerais. E-mail: raquelsrabelo@gmail.com

Rene Vial: Mestre em Direito. Professor de Graduação da Faculdade Kennedy de Minas Gerais. Advogado. rene.vial@kennedy.br

Romison Eduardo Paulista: Doutor em Linguística e Língua Portuguesa pela Puc Minas. Professor nas Faculdades Kennedy e PUC Minas. Email: eduardo.casmurro@gmail.com

Sheila Martins de Lana Abreu: Bacharel em Direito da Faculdade Kennedy de Minas Gerais

Simoni Caetano Miranda: Bacharela em Direito pela Faculdade Kennedy de Minas Gerais. Advogada. simonymiranda@yahoo.com.br

Mercosul jurídico: as opiniões consultivas e o princípio constitucional da integração na República Federativa do Brasil

Alex Ian Psarski Cabral¹

Cristiane Helena de Paula Lima Cabral²

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, consagra em seus artigos iniciais, os princípios fundamentais que regem as relações entre o Estado brasileiro, os indivíduos e as demais nações em âmbito internacional.

Desses artigos, subtrai-se do parágrafo único do artigo 4^o o intuito do Estado brasileiro em desenvolver-se através da integração econômica, alcançando a formação de uma comunidade latinoamericana de nações.

Um dos desdobramentos desse processo de desenvolvimento foi o Mercado Comum do Sul, ou MERCOSUL, bloco econômico formado por Brasil, Argentina, Venezuela, Paraguai e Uruguai³.

¹ Doutor em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Ciências Jurídico-Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito do Estado. Professor universitário.

² Doutora em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestra em Ciências Jurídico-Internacionais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora universitária.

³ O Paraguai, após decisão polêmica, teve as suas atividades suspensas no bloco, enquanto a Venezuela tornou-se membro pleno no ano de 2012. O Suriname, no início do ano de 2013, manifestou o seu interesse em participar como membro associado do Mercosul, que já conta com

Criado em 1991, consoante o tratado constitutivo de Assunção, o bloco tinha como propósito o estabelecimento de um mercado comum num prazo de três anos, que envolveria a liberdade de circulação de bens e serviços, pessoas e capitais.

Apesar de todos os esforços, após mais de vinte anos de criação o desenvolvimento do bloco ainda é lento, esbarrando na assimetria e no nacionalismo que envolve os Estados Parte. Reflexo disso, o próprio Tribunal Permanente de Revisão (TPR) ainda não gerou os frutos esperados, e é constantemente negligenciado pelos próprios integrantes do Mercosul em face de outros sistemas de solução controvérsias.

A partir da concepção de que para se alcançar o mercado comum é necessário adotar medidas concretas e eficazes, o presente artigo analisará a contribuição das opiniões consultivas do Tribunal Permanente de Revisão e a sua adoção pelo Supremo Tribunal Federal.

A discussão se baseará na competência para solicitar as opiniões consultivas e qual a sua devida função para a concretização do sistema de solução de controvérsias do Mercosul, analisando ainda, a participação do TPR em todo esse processo.

É importante destacar ainda, que será objetivo de análise, deste artigo a regulamentação das opiniões consultivas por parte dos tribunais dos Estados partes (Argentina, Uruguai, Paraguai, Venezuela e Brasil) para que se possa estatuir o devido respeito que há com as normas criadas pelo Mercosul.

E nessa esteira, verificaremos a possibilidade de criação de um Tribunal de Justiça do Mercosul, sobretudo diante dos esforços do Governo e Tribunais brasileiros para a concretização dos objetivos da República e a efetivação das segurança jurídica das normas do Mercosul.

Chile, Colômbia e Peru. Vide MERCOSUL/CMC/DEC. Nº 57/12; LEO, Sergio. Suriname deve se tornar membro associado do Mercosul, diz Patriota. São Paulo, **Valor Econômico**, 18/02/2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3010220/suriname-deve-se-tornar-membro-associado-do-mercosul-diz-patriota>>, acesso em 27 de fevereiro de 2013.

1. O sistema de solução de controvérsias do Mercosul e a criação do Tribunal Permanente de Revisão – primeiro passo na consolidação das decisões em âmbito do Mercosul

O sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL está disciplinado no artigo 3º e Anexo III do Tratado de Assunção, que indicaram um sistema ainda provisório. As controvérsias intra-bloco passariam a ser resolvidas mediante negociações intergovernamentais diretas.

Apenas em caso de insucesso é que o Grupo do Mercado Comum (GMC) seria chamado a intervir, tendo um prazo de sessenta dias para recomendar às partes uma alternativa diversa. A palavra final caberia ao Conselho do Mercado Comum (CMC), caso a recomendação apresentada pelo GMC não fosse satisfatória.

O Protocolo de Brasília de 1991 foi a alternativa apresentada pelos Estados Partes para cumprir o disposto no item 2 do Anexo III, no que tange à resolução dos litígios no âmbito do bloco⁴

Passou a dispor que as controvérsias existentes entre os estados partes acerca da interpretação, aplicação ou o não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção seriam submetidas aos procedimentos de solução de controvérsias⁵.

⁴ Segundo Luiz Olavo Baptista, a sistemática do TA influenciou a criação do sistema de solução de controvérsias através de três características: origem do TA que foi um acordo bilateral e a adoção da regra do consenso para as decisões; cooperação como modo de operar a integração, evitando-se a criação de órgãos supranacionais; transitoriedade para a instauração do Mercado Comum, num prazo de cinco anos. Cfr. *O Mercosul – suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTR; 1998. pp. 147-148

⁵ Cfr. Artigo 1º - As controvérsias que surgirem entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das decisões do Conselho do Mercado Comum e das Resoluções do Grupo Mercado Comum, serão submetidas aos procedimentos de solução estabelecidos no presente Protocolo. MERCOSUL. Protocolo de Brasília para Sistema de Solução de Controvérsias. 17 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSR/brasil/pbrasil_p.asp>. Acesso em 04 de março de 2013.

A primeira fase do procedimento para resolução dos litígios, também denominada de diplomática, se basearia na negociação direta entre os Estados envolvidos e, dentro de um prazo de quinze dias, estes deveriam informar à Secretaria Administrativa os resultados da mesma.

Caso não se lograsse êxito, um dos Estados poderia acionar o GMC que num prazo de trinta dias deveria propor uma recomendação às partes.

Nesse ponto, o Protocolo de Brasília⁶ traz uma inovação, ao dispor do procedimento arbitral como meio de resolução dos conflitos, desde que nenhum dos dois procedimentos descritos acima não fossem satisfatórios, devendo a Secretaria Administrativa ser comunicada de tal ato.

Um tribunal arbitral *ad hoc* seria criado⁷ formado por três árbitros, segundo critérios do artigo 9º e seguintes do Protocolo de Brasília, que teria um prazo de sessenta dias, prorrogáveis por mais trinta, para formular o laudo arbitral que deveria ser adotado pela maioria dos árbitros.

A controvérsia é decidida tendo como base o TA, os acordos celebrados, as decisões do Conselho do Mercado Comum, Resoluções do Grupo do Mercado Comum, assim como os princípios e disposições do direito internacional e, caso às partes acordem, a *ex aequo et bono*⁸.

Os laudos arbitrais não são passíveis de recurso, sendo de cumprimento obrigatório para as partes, que após o recebimento da notificação terão um prazo de quinze dias para o cumprimento.

⁶ Aprovado pela Decisão/CMC nº 01/91. Cfr. SECRETARIA DO MERCOSUL/SETOR DE NORMATIVA E DOCUMENTAÇÃO. *Solução de controvérsias no MERCOSUL* - recopilação normativa. Montevidéu, 2007, p. 131-141.

⁷ Conforme MERCOSUL/CMC/Decisão nº 28/94. *Tribunais ad hoc do Protocolo de Brasília*, os Tribunais *ad hoc* terão sede na cidade de Assunção. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/show?contentid=504>>. Acesso em 04 de março de 2013.

⁸ Cfr. Artigos 19 e seguintes do Protocolo de Brasília para Sistema de Solução de Controvérsias. cit.

As partes podem apenas solicitar esclarecimentos e interpretações a respeito da forma de execução da decisão⁹.

As decisões dos tribunais *ad hoc* atingem somente as partes interessadas na solução do litígio, não sendo possível, desta forma, existir uma uniformidade da jurisprudência desses tribunais.

As pessoas de direito privado, conforme capítulo V do Protocolo de Brasília poderiam apresentar as suas demandas perante os Tribunais *ad hoc*, desde que o seu Estado de origem litigasse a seu favor.

O anexo ao Protocolo de Ouro Preto introduziu alterações substanciais no que diz respeito ao sistema de solução de controvérsia do Mercosul. Ao dispor no artigo 21 que cabia à Comissão do Comércio do Mercosul, dentro da sua competência, a atribuição de considerar reclamações apresentadas pelas Seções Nacionais, também passaria a ter competência para examinar as questões interpostas pelos países, emitindo opiniões ou recomendações referentes à demanda¹⁰.

Em 2002, o Protocolo de Olivos (PO) instituiu um novo sistema de solução de controvérsias, derogando assim o Protocolo de Brasília.

O novo Protocolo disciplinou as matérias que serão objeto de sua interpretação, aplicação ou não cumprimento, são elas: o Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto, os protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, as decisões do Conselho do Mercado Comum, as Resoluções do Grupo do

⁹ No âmbito dos tribunais *ad hoc* foram produzidos dez laudos arbitrais, dentre eles, os mais importantes dizem respeito às controvérsias entre Brasil e Argentina. Vide os laudos completos em: <http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=440&site=1&channel=secretaria&seccion=6>. Acesso em 04 de março de 2013.

¹⁰ Destaca-se, porém, que o recurso à instância arbitral não estava eliminado. Caso a solução proposta pela CCM ou GMC não fosse satisfatória ou não fosse acatada pelas partes, estas poderiam recorrer-se à formação do Tribunal *ad hoc*. Cfr. Artigo 7º, Anexo do Protocolo de Ouro Preto. SECRETARIA DO MERCOSUL/SETOR DE NORMATIVA E DOCUMENTAÇÃO. *Solução de controvérsias no MERCOSUL* – recopilación normativa. Montevideo, 2007. p 154.

Mercado Comum e as diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul¹¹.

Manteve a previsão relativa aos procedimentos para a solução das controvérsias, ou seja, negociação direta, recomendações do GMC, criação de tribunais *ad hoc* e a dependência dos particulares dos Governos Nacionais para apresentar as suas demandas. Por outro lado, o Protocolo de Olivos inovou em outros aspectos referentes à solução de controvérsias no Mercosul.

Primeiro, possibilito aos estados partes submeterem a controvérsia a um outro sistema de solução que não esteja estabelecido no Protocolo. A obrigação consiste no fato de comunicar a outra parte da demanda o foro escolhido.

A segunda inovação diz respeito à criação de uma instância permanente, responsável por garantir a correta interpretação, aplicação e cumprimento dos instrumentos fundadores do processo de integração, é o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), o órgão máximo do sistema de resolução de controvérsias, responsável por dirimir os litígios relativos à interpretação e aplicação do Direito do Mercosul.

O Tribunal foi formalmente constituído e inaugurado em 13 de agosto de 2004 e tem sede na cidade do Paraguai.

O TPR será composto por cinco árbitros, sendo quatro dos estados partes e um que será escolhido por unanimidade. Estes árbitros deverão estar sempre à disposição para atuar quando forem convocados¹².

O TPR tem a faculdade de ser a primeira e única instância num procedimento de solução de controvérsias se as partes assim

¹¹ Cfr. Artigo 1º do Protocolo de Olivos. O referido artigo ainda faculta às partes a possibilidade de submeterem à demanda ao sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio ou de outros esquemas preferenciais de comércio que sejam parte. SECRETARIA DO MERCOSUL/SETOR DE NORMATIVA E DOCUMENTAÇÃO. *Solução de controvérsias no MERCOSUL* – recopilação normativa. Montevideu, 2007. p 10.

¹² Cfr. Artigo 19 do Protocolo de Olivos.

acordarem, funcionando como um tribunal arbitral *ad hoc* conforme disposições expressas do Protocolo de Olivos.

Ainda pode funcionar como um revisor do laudo arbitral advindo de um processo de solução de um tribunal arbitral *ad hoc*, no qual uma das partes não concorda com a referida decisão. Nesse sentido, conforme o artigo 22 do Protocolo de Olivos, o TPR poderá confirmar, modificar ou revogar as decisões dos tribunais arbitrais *ad hoc*, sendo irrecorrível essas decisões.

Pode, ainda, julgar as medidas excepcionais ou de urgências que são solicitadas pelos estados partes no início de qualquer controvérsia e que se referem à adoção de uma medida provisória contra outro Estado com a finalidade de se evitar danos ao Estado solicitante no que tange à não aplicação da normativa mercosul.

As decisões serão obrigatórias para os Estados litigantes e deverão ser cumpridas nos termos expostos.

Com a criação do Tribunal Permanente de Revisão, a resolução de conflitos do Mercosul, mesmo que complexa, passa a ser contemplada por uma instituição permanente, dotada de poder decisório e decisões que passam a ter o condão de unificarem a aplicação do Direito do Mercosul.

2. As opiniões consultivas – a tentativa de uniformização da aplicação do direito no Mercosul

Além da criação do Tribunal Permanente de Revisão, o Protocolo de Olivos também inovou ao criar as próprias opiniões consultivas, que significam um verdadeiro avanço ao tentarem estabelecer a aplicação e interpretação uniforme do Direito no Mercosul, permitindo a aplicação da normativa mercosulina pelos juízes dos Estados Partes, contribuindo desta forma, com a segurança jurídica no bloco.

Dispostas de maneira tímida no Protocolo de Olivos, as opiniões consultivas ganharam destaque nos artigos 2º ao 5º do

Regulamento do Protocolo de Olivos, que procurou, mesmo que de forma inicial, dispor da sua regulamentação.

Sendo assim, elas poderão ser requeridas pelos Estados partes do Mercosul, pelo Grupo do Mercado Comum, Conselho do Mercado Comum, Comissão do Comércio Comum e pelos tribunais superiores com jurisdição nacional.

O artigo 3º do Regulamento estabelece o âmbito da consulta e da emissão da opinião consultiva pelos Estados partes e órgãos decisórios do Mercosul e, principalmente, sobre qual matéria poderá versar a consulta: sobre qualquer questão jurídica compreendida no Tratado de Assunção, no Protocolo de Ouro Preto, nos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, nas Decisões do CMC, nas Resoluções do GMC e nas Diretrizes da CCM.¹³

As opiniões consultivas podem ser compreendidas como, conforme definição do próprio Tribunal Permanente de Revisão:

As opiniões consultivas são consideradas pronunciamentos do TPR, mas sem força vinculante e obrigatória no que se refere à interpretação e aplicação das normas do MERCOSUL em um determinado caso concreto. Tem o intuito de criar uma certa segurança jurídica ao dispor a aplicação uniforme das normas do bloco no território dos Estados Partes. Se o TPR admitir a solicitação, ele terá um prazo de quarenta e cinco dias para apresentar uma resposta, que deverá estar fundada numa normativa do MERCOSUL¹⁴.

Trata-se de respostas fundamentadas do Tribunal, não dotadas de obrigatoriedade e efeito vinculativo, referentes à

¹³ Vide Regulamento do Protocolo de Olivos. Decisão/CMC nº 37/2003, disponível em: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/DEC_37_03_es_Reglamento_Protocolo_de_Olivos.pdf>. Acesso em 04 de março de 2013.

¹⁴ Para informações acerca das opiniões consultivas, vide: Tribunal Permanente de Revisão: <http://www.tprmercosur.org/pt/sol_contr_opiniones.htm> . Acesso 04 de março de 2013. Desde a sua criação, o TPR emitiu apenas três opiniões consultivas

interpretação e aplicação da normativa do Mercosul para que sejam aplicadas de maneira uniforme em todos os estados partes¹⁵.

Apesar do Regulamento do Protocolo de Olivos trazer importantes avanços no sistema de solução de controvérsias, um grande entrave para a definitiva regulamentação das opiniões consultivas, se deu em virtude da necessidade de ingerência dos tribunais superiores dos Estados partes.

Além disso, as opiniões apresentadas pelo Tribunal Permanente de Revisão não são obrigatórias e não há qualquer obrigação por parte dos tribunais nacionais solicitados, caso haja alguma divergência de aplicação do direito mercosulino¹⁶.

A Decisão da CMC n^o 02/2007 aprofundou o sistema de solicitação das opiniões consultivas e estabeleceu quais seriam os órgãos legitimidades para efetuarem a referida consulta pelos Estados partes: pela Argentina a Corte Suprema de Justiça da Nação; pelo Brasil o Supremo Tribunal Federal (STF); pelo Paraguai a Corte Suprema de Justiça e pelo Uruguai a Corte Suprema de Justiça e o Tribunal Contencioso Administrativo^{17 18}.

¹⁵ Destaca-se que o cidadão não tem competência para solicitar uma opinião consultiva.

¹⁶ Este ponto, divergente consideravelmente do modelo europeu, uma vez que as questões prejudiciais sempre devem ser suscitadas quando há alguma dúvida de aplicação do direito comunitário pelo tribunal nacional dos vinte e sete estados membros. Inclusive, em caso de ausência, o Estado poderá ser responsabilizado civilmente. Cfr. Fausto de Quadros. Direito da União Européia. Coimbra: Almedina, 2009.

¹⁷ Cfr. Decisão/CMC n^o 02/2007 - Regulamento do procedimento para a solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados partes do Mercosul. Disponível em: < http://www.mercosur.int/innovaportal/v/524/1/secretaria/decis%C3%B5es_2007>. Acesso em 04 de março de 2013.

¹⁸ Para os Estados que posteriormente aderirem ao Tratado de Assunção, a continuação do artigo 2^o determina que: “Los Estados que en el futuro se adhieran al Tratado de Asunción e, *ipso jure*, al Protocolo de Olivos notificarán a los Estados Partes respecto del órgano competente designado para tramitar las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión. Esta designación será formalizada mediante Decisión del Consejo del Mercado Común”. Decisão/CMC n^o 02/2007 - Regulamento do procedimento para a solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados partes do Mercosul. Disponível em: < http://www.mercosur.int/innovaportal/v/524/1/secretaria/decis%C3%B5es_2007>. Acesso em 04 de março de 2013.

A referida decisão ainda contempla a possibilidade de delegação de competência da corte responsável pela solicitação da opinião consultiva a um outro tribunal de âmbito nacional, no caso do Brasil, o Superior Tribunal.

Apesar de mais uma decisão dos órgãos decisórios do Mercosul dispor acerca do procedimento de solicitação e regulamentação das opiniões consultivas, mais uma vez, foi dispensado aos Estados partes a criação de regras próprias para o pedido das opiniões consultivas no âmbito do TPR¹⁹.

Nesse sentido, as Cortes Supremas da Argentina, Uruguai e Paraguai já regulamentaram a tramitação referente à solicitação dessas opiniões nos anos de 2008 e 2007²⁰, respectivamente²¹.

¹⁹ Cfr. Artigo 1º: El procedimiento de solicitud de opiniones consultivas formuladas por los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Partes obedecerá las reglas establecidas en este Reglamento. Cada Tribunal Superior de Justicia de los Estados Partes, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, establecerá las reglas internas de procedimiento para la solicitud de opiniones consultivas a que se refiere este Reglamento, verificando la adecuación procesal de la solicitud. Em: Regulamento do procedimento para a solicitação de opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão pelos Tribunais Superiores de Justiça dos Estados partes do Mercosul. Disponível em: < http://www.mercosur.int/innovaportal/v/524/1/secretaria/decis%C3%B5es_2007>. Acesso em 04 de março de 2013.

²⁰ Cfr. URUGUAI. Acordada n.º 7604, de 24 de agosto de 2007. Montevideo, 2007. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/pls/portal30/docs/FOLDER/PJUDICIAL/OR/ORCA01/ORCA07/086-07.PDF>>; ARGENTINA. Acordada n.º 13/2008. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/documentos/>; PARAGUAI. Acordada n.º 549, de 11 de novembro de 2008. Asunción, 2008. Disponível em: <<http://www.pj.gov.py/centro/acordada.pl?q=549&lr=on>> . Acesso em 04 de março de 2013

²¹ Cfr em João Grandino Rodas. Interpretação das normas do Mercosul. *O Estado de São Paulo*, 08 de Janeiro de 2009. Disponível em: <<http://supremoemdebate.blogspot.com/2009/01/interpretao-das-normas-do-Mercosul.html>>. Acesso em 04 de março de 2013. Em sua opinião, as opiniões consultivas podem ser consideradas o primeiro passo para a institucionalização do Tribunal de Justiça do Mercosul onde irá permitir que o modelo intergovernamental seja, mesmo que em alguns órgãos, desconsiderado, assim como as inúmeras criações de novos órgãos para suprimirem as necessidades de adequações do bloco. A primeira opinião consultiva requerida no âmbito do TPR refere-se aos autos “Norte S.A Imp. Exp. c/ Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financeira, Inmobiliaria y Agropecuaria s/ Indemnización de Daños y Perjuicios y Lucro Cesante”, de 03 de abril de 2007, e definiu questões referentes à primazia das normas do Mercosul frente ao direito interno de cada Estado parte. Cfr em: João Grandino Rodas. A competência do tribunal permanente de revisão do Mercosul para emitir opiniões consultivas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Expositores/A_Competencia_do_Tribunal_Permanente_de_Revisao_do_Mercosul_para_emitir_Opinioes_ConsultivasJoao_Grandino_Rodas_portugues.pdf>. Acesso em 04 de março de 2013.

No Brasil, esse procedimento encontrou enorme resistência no Supremo Tribunal Federal, especialmente, em virtude do caráter rígido da Constituição da República e da relação do nosso país com as normas advindas do Mercosul.

Apenas no ano de 2012, através da Emenda Regimental número 48, o STF incluiu no seu regimento interno as diretrizes para a solicitação e regulamentação das opiniões consultivas pelo Brasil e pelos tribunais nacionais²².

O tribunal passou a dispor, em seu regimento interno, de um título próprio que dispõe de todas as diretrizes a serem alcançadas para a correta solicitação das opiniões consultivas²³.

²² Cfr em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. atualizado até novembro de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Novembro_2012_eletronica.pdf>. Acesso 04 de março de 2013.

²³ Art. 354-H. A solicitação de opinião consultiva deve originar-se necessariamente de processo em curso perante o Poder Judiciário brasileiro e restringe-se exclusivamente à vigência ou interpretação jurídica do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no âmbito do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum – CMC, das Resoluções do Grupo Mercado Comum – GMC e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul – CCM.

Art. 354-I. Têm legitimidade para requerer o encaminhamento de solicitação de opinião consultiva ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, o juiz da causa ou alguma das partes.

Art. 354-J. A solicitação de opinião consultiva indicará:

- I – a exposição dos fatos e do objeto da solicitação;
- II – a descrição das razões que motivaram a solicitação;
- III – a indicação precisa da Normativa Mercosul a respeito da qual se realiza a consulta; e
- IV – a indicação do juízo e da ação em que originada a solicitação;

Parágrafo único. A solicitação deve ser feita por escrito e poderá estar acompanhada das considerações, se as houver, formuladas pelas partes em litígio e pelo Ministério Público acerca da questão objeto da consulta e de qualquer documentação que possa contribuir para sua instrução.

Art. 354-K. Ao receber a solicitação, o Presidente do Supremo Tribunal Federal iniciará o processo de colheita de votos dos demais Ministros pelo processo virtual ou, se entender conveniente, encaminhará cópias aos demais Ministros antes da sessão administrativa designada para deliberação sobre a presença dos requisitos de admissibilidade do pedido e sua pertinência processual.

Art. 354-L. Uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, a solicitação será encaminhada ao Tribunal Permanente de Revisão, com cópia para a Secretaria do Mercosul, e para as demais Cortes Supremas dos Estados Partes do Mercosul.

Art. 354-M. A opinião consultiva emitida pelo Tribunal Permanente de Revisão não terá caráter vinculante nem obrigatório. Cfr em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno.

Tem-se com isso que todos os tribunais dotados de competência para a interpelação de uma opinião consultiva junto ao Tribunal Permanente de Revisão já trouxeram regulamentações que serão importantes ao desenvolvimento de um arcabouço jurídico que alcance os ideais da segurança jurídica.

Apesar disso, ainda questiona-se, qual o papel das opiniões consultivas para o Mercosul e para o desenvolvimento da sua jurisprudência?

3. Presente e futuro do sistema de solução de controvérsias do Mercosul

Conforme exposto no item anterior, as opiniões consultivas²⁴ são um importante mecanismo de integralizar e unificar as decisões dos órgãos decisórios, não apenas do Mercosul, mas também dos Estados Partes na aplicação das normas mercosulinas.

Insta reforçar a relevância e contribuição das opiniões consultivas para a consolidação da segurança jurídica no processo de integração e, especificamente no caso brasileiro, na concretização dos princípios da República.

Os tribunais nacionais são os maiores responsáveis pelo julgamento e aplicação da norma advinda do Mercosul, nesse

atualizado até novembro de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Novembro_2012_eletronica.pdf>. Acesso 04 de março de 2013.

²⁴ Conviene recordar que las “Opiniones Consultivas” constituyen “el **mecanismo de cooperación judicial** que permite a todo juez interno de un Estado Parte, de cualquier fuero y jurisdicción territorial (federal, nacional o provincial), que se encuentre ante un caso en el cual se discuta La interpretación o aplicación de una norma del Mercosur, o su validez, remitir al Tribunal del Mercosur una petición para que éste desentrañe el alcance y sentido de la misma; actualmente, dicha solicitud debe ser encaminada al Tribunal regional por el juez interno, por medio de la Corte Suprema, **sin la intervención de la Cancillería**”. Perotti, Alejandro Daniel. Reglamentan mecanismo para acceder al Tribunal del Mercosur. INFOBAE Profesional, Buenos Aires, 30 de junho de 2008. Disponível em: <<http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/68351/-Reglamentacion-mecanismo-para-acceder-al-tribunal-del-Mercosur.htm>>. Acesso em 28 de abril de 2013.

sentido, eles têm uma contribuição importante para o desenvolvimento e interpretação das referidas normas²⁵

Sendo assim,

La posibilidad de que los Tribunales Superiores nacionales pueden elevar consultas es la que desarrolla más efectos, pues abre la oportunidad para el poder judicial nacional de recibir opiniones consultivas de una instancia regional centralizada, lo que contribuye a la penetración de interpretaciones jurídicas uniformes de la normativa del Mercosur al territorio nacional de los Estados Miembros. Sin embargo, no está muy claro a que tribunales se refiere exactamente el art. 4.1 RPO, cuando alude a los ‘Tribunales Superiores de los Estados Partes con jurisdicción nacional’. Parece que se excluye a los órganos judiciales inferiores, porque el art. 4.1 RPO habla de opiniones consultivas solicitadas ‘por’ los Tribunales Superiores y no ‘a través’ de los Tribunales Supremos²⁶

Diante disso, a regulamentação já realizada por todos os Estados partes do Mercosul, permitirão que os seus tribunais superiores sejam provocados a requerem uma opinião consultiva, sempre que houve dúvida quanto à aplicação de uma normativa Mercosul.

Os tribunais nacionais, os responsáveis pela correta interpretação das normativas terão uma papel significativo na concreta integração do direito do Mercosul, evitando que ele caia

²⁵ No original: “Una vez incorporada y vigente en el territorio nacional, la normativa Mercosul debe ser aplicada por las autoridades administrativas y los tribunales nacionales como norma nacional. La tarea de aplicación e interpretación del derecho del Mercosur, sobre todo por los jueces nacionales, constituye la última y más importante de las fases de la vigencia práctica de la normativa regional. [...] En el Mercosur los jueces nacionales son la principal autoridad de aplicación del derecho de la integración y, por tanto, los respectivos tribunales nacionales se transforman en la instancia decisiva de la interpretación y de la aplicación del Derecho del Mercosur.” KLUMPP, Marianne. La efectividad del sistema jurídico del Mercosul. In: BASSO, Maristela. (Org.). MERCOSUL-MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Atlas, 2007. p. 53-96. p. 82.

²⁶ KLUMPP, Marianne. La efectividad del sistema jurídico del Mercosul. In: BASSO, Maristela. (Org.). MERCOSUL-MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso. São Paulo: Atlas, 2007. p. 53-96. p. 84

no ostracismo e que o bloco seja cada vez mais contagiado com as inúmeras incertezas que o rodeia²⁷.

A segurança de um bloco também depende da aplicação das normas advindas do bloco de integração pelos tribunais nacionais. Um dos exemplos mais promissores é a União Europeia, onde as questões prejudiciais estão descritas no Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Ao contrário das opiniões consultivas, as questões prejudiciais têm como condão estabelecer uma cooperação entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia, que possui, dentre as suas diversas atribuições, aplicar o Direito Comunitário de maneira uniforme em virtude da obrigatoriedade de aplicação desse direito²⁸, sendo possível, nessa maneira, a instituição de diversos princípios basilares do direito europeu, como por exemplo, o da primazia, efeito direito e efeito imediato das decisões comunitárias²⁹.

E, como já se observou, as opiniões consultivas podem ser aceitas ou não pelo juiz, ao contrário do que ocorrer com o reenvio prejudicial, que é dotado de obrigatoriedade. Verifica-se, portanto, que o bloco europeu, ousou mais no seu sistema de solução de controvérsias ao estabelecer um sistema que, uma vez solicitado, terá efeito vinculante aos tribunais internos.

O que se percebe é que esse sistema de solicitação de opiniões consultivas ao TPR seja pelos tribunais nacionais e até mesmo pelo Tribunal Permanente de Revisão deveria acarretar numa maior segurança jurídica das relações entre os países, uma

²⁷ Cfr. Maristela Basso: “A jurisprudência também pode desempenhar papel importante na consolidação do Mercosul e integra seu direito”. Mercosul: dez anos de construção do seu arcabouço jurídico. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito da integração*: estudos em homenagem Weter R: Faria, p. 134.

²⁸ Em contrapartida, no Mercosul, que recebe inúmeras críticas especialmente pela visão retórica dos seus estados partes, a existência das chamadas *opiniões consultivas* não possibilita qualquer modificação ou aplicação no direito advindo do próprio bloco.

²⁹ Cfr em: CAMPOS, João Mota de. *Manual de direito comunitário*. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 192-193 e QUADROS, Fausto de Quadros. *Direito da união européia*. cit. pp. 281 e ss.

vez que as decisões que aplicam o direito do Mercosul já estariam revestidas de uniformidade, não só de aplicação, mas também de interpretação.

Com isso, apesar da criação e instituição das opiniões consultivas, como forma de otimizar o sistema de solução de controvérsias do Mercosul, o mecanismo ainda padece de estruturas concretas para a sua efetivação. A necessidade de adoção de mecanismos capazes de tornar a opinião proferida pelo Tribunal Permanente de Revisão obrigatória para todos os Estados partes sem necessitar submeter-se aos complexos processos de efetivação da normativa mercosulina é um exemplo disso.

A despeito do atual sistema de solução de controvérsias, merece destaque a própria postura dos Estados na resolução das controvérsias. Nas constantes disputas comerciais Brasil-Argentina, o país portenho tem recorrido à Organização Mundial do Comércio ao invés de buscar o próprio sistema de solução de controvérsias do Mercosul³⁰.

Prova disso é que, desde a sua efetivação e criação, o Tribunal Permanente de Revisão deu apenas três opiniões consultivas, solicitadas pelos Governos do Uruguai e Paraguai.

Ainda é possível perceber a existência de um contraponto entre o Tribunal Permanente de Revisão e o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, tendo em vista que esse exerce um importante papel na construção do Direito Comunitário, uma vez que as decisões exerceram relevante papel na construção de todo o arcabouço jurídico comunitário, como por exemplo, na concretização do princípio da subsidiariedade³¹.

³⁰ Atualmente, a Argentina já se manifestou o interesse em rever o seu acordo de livre mercado com o Brasil para veículos. Cfr. LEO, Servio. Argentina rejeita livre mercado para veículos. *Valor Econômico*, Brasília, 11 de março de 2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3039262/argentina-rejeita-livre-mercado-para-veiculos>>. Acesso em 12 de março de 2013

³¹ Cfr. SALDANHA, Jânia Maria Lopes., *Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial - um mecanismo de direito processual a serviço do Direito Comunitário*. Perspectiva para sua adoção no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Por outro lado, observou-se que o TPR encontra diversos empecilhos na efetivação e a própria opinião consultiva não reúne os elementos necessários para a obrigatoriedade no seu cumprimento e assim, criar mecanismos capazes de modificação na estrutura de solução das controvérsias do Mercosul.

Nesse sentido, a criação de um tribunal supranacional, com a participação não só dos Estados partes, mas também dos cidadãos permitiria um aprofundamento na integração mercosulina, tendo em vista que passaria a representar uma decisão única, aceita em todos os membros, efetivando o acesso à justiça de todos os participantes do processo de integração.

Cabe ressaltar que, as decisões desse tribunal deveriam estar revestidas de mecanismos que pudessem concretizar o seu cumprimento, inclusive com o estabelecimento de incursão em responsabilidade internacional por parte daquele Estado parte descumpridor³².

Qualquer processo de integração pressupõe etapas contínuas e globais, tal como ocorreu na gênese das comunidades européias, sua construção e respectivos alargamentos, culminando na União Européia. Daí afirmar-se que o regionalismo internacional está

³² “La Corte Suprema cumple así con su rol institucional, en tanto cabeza de uno de los Poderes Del Estado, garantizando de esta manera que los jueces puedan contar con una **valiosa herramienta a la hora de aplicar el Derecho del Mercosur** y, muy en especial, asegurando a los particulares El acceso a la justicia en el bloque, a través de la posibilidad de que la solicitud de opinión consultiva sea efectuada por el juez “a pedido de parte”. Todo ello consolida la uniformidad en La interpretación y aplicación del ordenamiento mercosureño y con ello, la siempre anhelada seguridad jurídica. Es de destacar muy positivamente que, tal como se llamó la atención en la oportunidad previa citada al comienzo, la Corte Suprema se apartó de la Acordada de la Suprema Corte de Justicia uruguaya sobre este mismo asunto, ya que esta última prevé, en primer lugar, que, bajo pena de inadmisibilidad del pedido que realiza el juez interno, la interpretación o validez de la norma Del Mercosur “no fuera manifiestamente clara” – causal no prevista en el derecho regional –, y, em segundo término, que las opiniones consultivas emitida por el TPR “**no pueden afectar em absoluto el derecho interno ni las potestades del Poder Judicial**”. Cfr. PEROTTI, Alejandro Daniel. Reglamentan mecanismo para acceder al Tribunal del Mercosur. INFOBAE Profesional, Buenos Aires, 30 de junho de 2008. Disponível em: <<http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/68351/-Reglamenta-mecanismo-para-acceder-al-tribunal-del-Mercosur.htm>>. Acesso em 28 de abril de 2013

relacionado, ao mesmo tempo, a conceitos políticos, econômicos e jurídicos.

Do ponto de vista jurídico, destaca-se uma função internacional geral, que consistente em favorecer as instituições regionais e reforçar o “corpus” das normas regionais, evitando-se os mecanismos universais e a adoção de regras de alcance geral.

A integração política é decorrente de uma afinidade preexistente no campo econômico³³, nomeadamente nas trocas comerciais entre os Estados³⁴. Ou seja, embora a proposta da integração se construa pelo viés econômico, a iniciativa econômica não é mais que um instrumento a favor da integração, orientado, nesse sentido, por decisões de caráter político-econômico.

Além disso, para a realização dos objetivos pretendidos pelos Estados do Mercosul, é imprescindível que haja também uma integração no âmbito normativo. O dogma da segurança jurídica impõe a criação de uma ordem jurídica comum e harmoniosa, respeitada por todos os Estados integrantes.

Foram sempre objetivos de natureza política que determinaram decisivamente os processos de integração. Assim sucedeu na Europa, quer com as CEs, quer com a EFTA.

³³ “Do ponto de vista econômico a integração internacional é um instrumento – e não um fim – ao serviço de interesses econômicos nacionais dos países participantes. Aliás, sempre a análise é feita em relação aos efeitos produzidos sobre as economias nacionais por comparação com a situação anterior à integração. Integram-se as economias com vista a melhorar a eficiência da sua estrutura produtiva e comercial (...)” FERREIRA, Graça Enes. *A Teoria da integração econômica internacional e o modelo de integração do espaço econômico europeu*. Porto: Legis Editora, 1997.

³⁴ Segundo Mendonça Pinto, “a integração monetária surge, de fato, como consequência lógica e inevitável do aprofundamento da integração nos domínios comercial, produtivo e financeiro, assim como também será um potente mecanismo de convergência das políticas econômicas e de aproximação dos comportamentos sociais nos vários Estados-membros, originando, a prazo, uma maior integração política”. De certo modo, continua ele, pode dizer-se que no processo da União Monetária, para além dos argumentos económicos, há também uma intenção política de manter a Europa no caminho da integração. Tal como uma bicicleta só se mantém em equilíbrio se estiver em andamento, assim também a integração monetária parece ser agora a força necessária para fazer avançar a UE, vindo a propósito citar Jacques Rueff, o economista conselheiro do general De Gaulle, que em tempos escreveu: “A Europa far-se-á pela moeda, ou não se fará”. PINTO, Mendonça. *União monetária europeia*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1995

Nas outras experiências de integração as razões políticas foram também as determinantes (tendo estado, posteriormente, também na origem do seu relativo fracasso). Nas mais recentes evoluções da integração econômica internacional as razões políticas não estão afastadas e relacionam-se diretamente com o fenômeno de polarização que as relações econômicas internacionais assumem atualmente³⁵.

Isto posto, inobstante admitirmos que o procedimento de integração econômica tangencia a integração política, não como negar-se que, para tanto é necessário um complexo regime jurídico e econômico.

Daí afirmar João Mota de Campos³⁶ a existência de um “método de integração institucional ou voluntarista”, que, segundo ele,

supõe a intervenção de uma organização habilitada a promover, usando de instrumentos jurídicos e políticos adequados, a compatibilização dos planos de conjunto dos diversos centros de decisão (indivíduos, empresas, Estados) que se pretende integrar num único sistema econômico

A integração política aqui é, ao mesmo tempo, o método e o objetivo, o fim e o meio.

Com isso, apesar dos inúmeros esforços em se criar mecanismos próprios de decisões, com a aplicação e observância por todos os Estados partes, e mesmo com um grande avanço já alcançado pelas opiniões consultivas, percebe-se que há uma dificuldade muito grande em efetivar esse sistema e permitir a criação de um tribunal de justiça, com força supranacional, para o Mercosul.

³⁵ FERREIRA, Graça Enes ferreira. cit.

³⁶ Cfr. CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Europeu: O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento econômico da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Conclusão

Certamente, a instituição do Protocolo de Olivos provocou um grande avanço no bloco, principalmente, no que diz respeito aos sistemas de solução de controvérsias e a criação de um Tribunal Permanente, que pode funcionar como um órgão julgador e um órgão consultor, estabelecendo uma seara que pode servir de base para a criação de um Tribunal Supranacional.

No entanto, o fato é que o Mercosul ainda padece de uma organização institucional que contemple órgãos e instrumentos eficazes, capazes de fazer prevalecer suas decisões, de modo que sejam aplicadas de forma uníssona em todos os Estados Partes.

Além disso, não há qualquer previsão no PO no que diz respeito à apresentação de demandas direitas pelos particulares, sendo estes excluídos, mais uma vez, de toda a marcha integracionista que reflete-se apenas nos desejos dos estados partes.

Um sistema de solução de controvérsias forte, com órgãos cujas decisões são de aplicação imediata para todas os membros e não apenas para as partes interessadas permite a um bloco econômico estabilizar as disputas e as tensões internas.

Apesar das suas deficiências, o TPR é um primeiro passo do Mercosul para à institucionalização de um tribunal de justiça supranacional, indispensável não só para uniformizar a aplicação do Direito do Mercosul, mas também para tornar o bloco cada mais democrático, ao permitir que um cidadão apresente a sua demanda a um tribunal que irá julgar com total independência e que terá as suas decisões aplicadas de modo imediato e obrigatório a todos os estados partes³⁷.

³⁷ Cfr. informações em: Alejandro Perotti. Elementos básicos para la constitución de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR. *VI Encontro de Cortes Supremas do Mercosul*, Brasília, 21 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sextoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Expositores/Elementos_basicos_para_la_constitucion_Alejandro_Perotti.pdf>, acesso em 15 de abril de 2010. E Jorge Fontoura. Criação do Tribunal de Justiça do Mercosul. *VII Encontro de Cortes Supremas do*

Apesar de todo o sistema criado pelo Tribunal Permanente de Revisão e as opiniões consultivas, percebe-se que a fragilidade desse mecanismo impossibilita a criação de um tribunal de justiça comum, dotado de supranacionalidade e com a participação de todos os atores da integração. O aprimoramento da integração mercosulina só será capaz depois que todas os empecilhos forem superados, como por exemplo, a rigidez do texto constitucional de Brasil e Uruguai que não permitir a criação desse tipo de instituição.

Só depois disso, é que seremos capazes de alcançar uma integração completa, conforme o modelo europeu.

Referências

ARGENTINA. Acordada n.º 13/2008. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/documentos/>; PARAGUAI. Acordada n.º 549, de 11 de novembro de 2008. Asunción, 2008. Disponível em: <<http://www.pj.gov.py/centro/acordada.pl?q=549&lr=on>> . Acesso em 04 de março de 2013

BAPTISTA, Luiz Olavo. *O Mercosul – suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTR; 1998. pp. 147-148

BASSO, Maristela. Mercosul: dez anos de construção do seu arcabouço jurídico. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito da integração: estudos em homenagem Weter R: Faria*.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento Interno. atualizado até novembro de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Novembro_2012_eletronica.pdf>. Acesso 04 de março de 2013.

CAMPOS, João Mota de. *Manual de Direito Comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009

Mercosul, Brasília, 01 e 02 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/setimoEncontroConteudoTextual/anexo/Criacao_do_Tribunal_de_Justica_Dr._Jorge_Fontoura.pdf>. Acesso em 28 de abril de 2013.

FERREIRA, Graça Enes. *A Teoria da integração econômica internacional e o modelo de integração do espaço econômico europeu*. Porto: Legis Editora, 1997.

FOUNTORA, Jorge. Criação do Tribunal de Justiça do Mercosul. *VII Encontro de Cortes Supremas do Mercosul*, Brasília, 01 e 02 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/setimoEncontroConteudoTextual/anexo/Criacao_do_Tribunal_de_Justica_Dr._Jorge_Fontoura.pdf>. Acesso em 28 de abril de 2013.

KLUMPP, Marianne. La efectividad del sistema jurídico del Mercosul. In: BASSO, Maristela. (Org.). *MERCOSUL-MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 53-96. p. 82

LEO, Sergio. Suriname deve se tornar membro associado do Mercosul, diz Patriota. São Paulo, **Valor Econômico**, 18/02/2013. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3010220/suriname-deve-se-tornar-membro-associado-do-mercosul-diz-patriota>>, acesso em 27 de fevereiro de 2013.

MERCOSUL/CMC/DEC. N° 57/12;

MERCOSUL. Protocolo de Brasília para Sistema de Solução de Controvérsias. 17 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www.sice.oas.org/Trade/MRCSR/brasil/pbrasil_p.asp>. Acesso em 04 de março de 2013.

MERCOSUL/CMC/Decisão n° 28/94. *Tribunais ad hoc do Protocolo de Brasília*, os Tribunais *ad hoc* terão sede na cidade de Assunção. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/show?contentid=504>>. Acesso em 04 de março de 2013.

MERCOSUL. LAUDOS ARBITRAIS. <http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=440&site=1&channel=secretaria&seccion=6>. Acesso em 04 de março de 2013.

MERCOSUL. Regulamento do Protocolo de Olivos. Decisão/CMC n° 37/2003, disponível em: <http://www.tprmercosur.org/es/docum/DEC_37_03_es_Reglamento_Protocolo_de_Olivos.pdf>. Acesso em 04 de março de 2013.

MERCOSUL. Tribunal Permanente de Revisão:
<http://www.tprmercotur.org/pt/sol_contr_opiniones.htm> . Acesso
04 de março de 2013

PEROTTI, Alejandro Daniel. Elementos básicos para la constitución de un Tribunal de Justicia del MERCOSUR. *VI Encontro de Cortes Supremas do Mercosul*, Brasília, 21 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sestoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Expositores/Elementos_basicos_para_la_constitucion_Alejandro_Perotti.pdf>, acesso em 28 de abril de 2013.

_____. Reglamentan mecanismo para acceder al Tribunal del Mercosur. INFOBAE Profesional, Buenos Aires, 30 de junho de 2008. Disponível em: <<http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/68351/-Reglamenta-mecanismo-para-acceder-al-tribunal-del-Mercosur.htm>>. Acesso em 28 de abril de 2013

PINTO, Mendonça. *União monetária europeia*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1995

QUADROS, Fausto de. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2009

RODAS, João Grandino. Interpretação das normas do Mercosul. *O Estado de São Paulo*, 08 de Janeiro de 2009. Disponível em: <<http://supremoemdebate.blogspot.com/2009/01/interpretao-das-normas-do-Mercosul.html>>. Acesso em 04 de março de 2013

_____. A competência do tribunal permanente de revisão do Mercosul para emitir opiniões consultivas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sestoEncontroConteudoTextual/anexo/Texto_dos_Expositores/A_Competencia_do_Tribunal_Permanente_de_Revisao_do_Mercosul_para_emitir_Opinioes_ConsultivasJoao_Grandino_Rodas_portugues.pdf>. Acesso em 04 de março de 2013.

PEROTTI, Alejandro Daniel. Reglamentan mecanismo para acceder al Tribunal del Mercosur. INFOBAE Profesional, Buenos Aires, 30 de junho de 2008. Disponível em: <<http://abogados.infobaeprofesional.com/notas/68351/-Reglamenta-mecanismo-para-acceder-al-tribunal-del-Mercosur.htm>>. Acesso em 28 de abril de 2013.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes., *Cooperação jurisdicional: reenvio prejudicial – um mecanismo de direito processual a serviço do Direito Comunitário. Perspectiva para sua adoção no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SECRETARIA DO MERCOSUL/SETOR DE NORMATIVA E DOCUMENTAÇÃO.
Solução de controvérsias no MERCOSUL – recopilação normativa.
Montevideu, 2007, p. 131-141.

URUGUAI. Acordada n.º 7604, de 24 de agosto de 2007. Montevideo, 2007.
Disponível em: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/pls/portal30/docs/FOLDER/PJUDICIAL/OR/ORCA01/ORCA07/086-07.PDF>>. Acesso 04 de março de 2013.

O direito fundamental ao meio ambiente saudável e a degradação ambiental ocasionada pela empresa ultracargo

Mirelle Fernandes Soares¹

Raquel Santana Rabelo²

Introdução

Nas últimas décadas, os Estados, sobretudo a comunidade internacional, estão cada vez mais conscientes da necessidade de manter um elo entre biodiversidade e desenvolvimento sustentável para a preservação da vida humana na Terra. Há uma preocupação de que o desenvolvimento econômico, principalmente com o processo globalizante, possa comprometer a diversidade biológica ainda existente e a consequente irreversibilidade dos danos ambientais que impossibilitem a vida sadia dos humanos.

Nesse sentido, o Brasil, por meio da Constituição de 1988, influenciada pela Declaração de Estocolmo de 1972 e recepcionando totalmente a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, bem como as nações que integram a ONU, durante a

¹ Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do grupo de estudo “Administração da Justiça” – PRUNART/UFMG coordenado pelo professor Doutor Antônio Gomes de Vasconcelos. Bacharela em Direito, advogada e sócia da empresa Fernandes Alves Advogados. Professora universitária da Faculdade Kennedy de Minas Gerais. E-mail: soares_mirelle@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Lisboa. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora das Faculdades Kennedy. Professora Orientadora do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade Promove e da Faculdade Kennedy de Minas Gerais. E-mail: raquelsrabelo@gmail.com.

ECO-92 – a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), realizada no Rio de Janeiro em junho de 1992 – reconheceram a gravidade da crise ambiental e como ela poderia afetar os principais desafios de desenvolvimento do planeta. Nesta conferência foram firmados vários acordos, com destaque para a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB). Essa última passou a ser os mais importantes instrumentos internacionais relacionados ao meio ambiente. O tratado foi assinado por mais de 160 países, dentre os quais o Brasil, que o ratificou através do Decreto Legislativo de nº 2 de 1994, entrando em vigor em fevereiro do mesmo ano.

Dentre os objetivos dessa Convenção a serem cumpridos pelos Estados membros são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias. Para o alcance dos objetivos, os países devem desenvolver estratégias, planos ou programas, bem como integrar planos, programas e políticas setoriais ou intersetoriais pertinentes para a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica.

Entretanto, em meio a um contexto global de taxas alarmantes de perda de biodiversidade no mundo e a consequente poluição ambiental, a ONU promoveu, em outubro de 2010, na cidade de Nagoia (Província de Aichi), no Japão, a 10ª Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica (COP-10). A COP-10 teve por objetivo fazer com que os 193 países signatários da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) chegassem a um acordo sobre as ações que seriam executadas nas próximas décadas para a conservação da biodiversidade.

Na conferência foi aprovado o Plano Estratégico de Biodiversidade para o período de 2011 a 2020. O plano dispõe um quadro global sobre a diversidade biológica, o qual busca

estabelecer ações concretas para deter a perda da biodiversidade planetária. O plano serve de base para estratégias do sistema das Nações Unidas e todos os outros parceiros envolvidos na gestão da biodiversidade e desenvolvimento de políticas. Para que fosse feita uma estatística sobre o cumprimento do plano pelas nações, foi estabelecido um conjunto de metas, objetivos de médio prazo, que foram materializados em 20 proposições atingíveis até 2020. Denominadas de Metas de Aichi para a Biodiversidade, estas proposições são todas voltadas à redução da perda da biodiversidade em âmbito mundial.³

Sendo o Brasil signatário da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), bem como a Constituição de 1988 conferir ao meio ambiente saudável o *status* de direito fundamental, deve, o Brasil, atingir as metas de Aichi para a Biodiversidade, assim como efetivar o direito fundamental ao meio ambiente saudável. A par disso, o Estado brasileiro deve promover medidas (jurídica, política, econômica e social) para que o desenvolvimento econômico não acarrete a perda da biodiversidade nacional e a conseqüente degradação ambiental.

Nesse contexto, o presente artigo, sob um enfoque constitucional, objetiva fazer uma leitura do direito fundamental ao meio ambiente saudável, bem como apresentar, de forma crítica-descritiva, o caso do acidente ambiental ocorrido na cidade de Santos, interior do estado de São Paulo, e suas implicações para a sociedade quanto à perda da diversidade biológica e os impactos gerados ao meio ambiente.

3 “As Metas estão organizadas em cinco grandes objetivos estratégicos: (A) tratar das causas fundamentais de perda de biodiversidade, através da conscientização do governo e sociedade das preocupações com a biodiversidade; (B) reduzir as pressões diretas sobre a biodiversidade e promover o uso sustentável; (C) melhorar a situação da biodiversidade, através da salvaguarda de ecossistemas, espécies e diversidade genética; (D) aumentar os benefícios de biodiversidade e serviços ecossistêmicos para todos; e (E) aumentar a implantação, por meio de planejamento participativo, da gestão de conhecimento e capacitação”. Metas de Aichi 2011 a 2020. Disponível em: http://cebds.org/wp-content/uploads/2014/10/CEBDS_RBMA_COP12_PORTUGUES.pdf. Acesso em: 20 mai. 2015.

Na sequência concluir se as punições que são sendo aplicadas são condizentes com degradação gerada, a fim de se verificar se no ordenamento jurídico brasileiro há a aplicação do *punitive damages* em dano ambiental.

O estudo se justificada por demonstrar, ainda que exclusivamente no caso em comento, como o Estado brasileiro vem tratando as questões da perda da biodiversidade – degradação ambiental – provocada por acidentes de conglomerados empresariais no exercício de suas atividades mercantis.

1 Direito fundamental ao meio ambiente saudável: proteção constitucional

O reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais decorre de momentos históricos pelos quais passou a sociedade humana. Sendo contemporaneamente classificados em direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações ou dimensões. (BOBBIO, 1992, p. 50)

Os direitos de primeira dimensão desenvolveram-se no período iluminista momento em que burguesia necessitava conter o absolutismo do rei. Portanto, surgidos no século XVIII a partir das ideias do Iluminismo e que culminaram com sua positivação da Constituição Norte-Americana de 1787 e com a Constituição Francesa de 1792 (apesar de suas balizas remontarem à Magna Carta de 1215), consagraram o princípio da liberdade e asseguraram os direitos civis e políticos individuais com caráter negativo, por exigirem diretamente uma abstenção do Estado.

No transcorrer do século XIX, e muito especificamente, nas lutas sociais que se travaram em meados do século e, posteriormente, na Comuna de Paris, a Revolução Industrial e o conflito entre capital e trabalho, teve-se a necessidade de consagrar os direitos de segunda dimensão ou geração (direitos econômicos, sociais e culturais), os quais foram positivados na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. Pautando-

se no princípio da igualdade, os direitos de segunda geração são direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado para efetivá-los.

Por sua vez, no século XX, após a Segunda Guerra Mundial e com a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, ganharam proteção os direitos de terceira dimensão. Consagrados pelo princípio da solidariedade ou fraternidade, constituíram um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados como valores fundamentais indisponíveis por proteger o gênero humano. (SILVA, 2005, p. 113)

Os direitos de terceira geração são relacionados ao desenvolvimento ou progresso nacional, a paz, à autodeterminação dos povos, a proteção do patrimônio comum da humanidade, ao direito de comunicação, bem como ao meio ambiente saudável. Logo, são direitos transindividuais, não possuem como destinatários indivíduos determinados, mas sim à humanidade. (SILVA, 2005, p. 114)

O direito ao meio ambiente, sobretudo ecologicamente equilibrado, no rol dos direitos humanos segundo as dimensões do direito, justificou-se, inclusive, em razão da imprescindibilidade à vida digna por ser um direito transindividual de natureza indivisível, encaixando-se no plano dos direitos difusos, os quais são titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias de fato. (FREITAS, 2002, p. 85)

No tocante aos interesses difusos, a indivisibilidade é ampla e absoluta, na medida em que, como não se consegue determinar os seus sujeitos, não se pode falar em partição de algo que pertence a todos indistintamente, ou, em outras palavras, não se pode dividir algo que pertence a pessoas indefinidas. (LENZA, 2005, p. 76)

Nos interesses difusos, o objeto (ou bem jurídico) é indivisível, na medida em que não é possível proteger um indivíduo sem que essa tutela não atinja automaticamente os demais membros da comunidade que se encontram na mesma situação. Ou atinge todos ou não atinge ninguém. Ela não é, portanto, mera soma de uma pluralidade de pretensões individuais. (DINAMARCO, 2001, p. 53)

No contexto de proteção dos direitos humanos transindividuais ou metaindividuais, o direito ao meio ambiente ganha destaque, dentre os demais por ser “o mais elaborado” dos direitos transindividuais (FILHO, 2000, p. 62), na medida em que a vida humana depende de sua proteção para sua manutenção no planeta (BOBBIO, 1992, p. 43); portanto, fundamental a pessoa humana, logo é um direito imprescritível e irrevogável.

A par disso, a Constituição brasileira de 1988 buscou elencar no seu texto robusta proteção ao direito ao meio ambiente saudável. Dada sua importância, garantiu um capítulo próprio no texto normativo. O capítulo VI da Constituição dispôs sobre o meio ambiente e mais especificamente o art. 225⁴ estatui que todos

4 “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

tenham o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Segundo a melhor doutrina, a preservação e manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado pressupõem alguns aspectos: “meio ambiente ser um bem de uso comum do povo, essencial não só para sobrevivência do ser humano, mas, sobretudo, para sadia qualidade de vida, caracterizando-se como verdadeiro plus”. (FIORILLO; RODRIGUES, 1997, p. 88)

O *plus* aduzido pelos autores refere-se à importância conferida pelo constituinte ao direito ao meio ambiente sadio como direito humano fundamental dada sua essencialidade para a vida humana, o qual o reveste das mesmas peculiaridades aplicáveis aos direitos humanos fundamentais, sobretudo quanto à irrevogabilidade do direito, e, portanto, equivalente à cláusula pétrea adotada pelo regime constitucional brasileiro, bem como a imutabilidade. (SOUZA, 2004, p. 91)

Ancorado numa axiologia constitucional de solidariedade e com vistas a efetivar o direito fundamental ao meio ambiente saudável, inclusive para as futuras gerações, a legitimidade para defender em juízo ou fora dele a preservação do meio ambiente foi concedida ao poder público e à sociedade, segundo a parte final do *caput* do art. 225. Nesse sentido, o capítulo I da Constituição, que versa sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, definiu, no inc. LXXIII do art. 5º, que qualquer cidadão tem legitimidade para

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mai. 2015.

propor ação popular⁵ (Lei 4.717/65) com vista a anular ato lesivo ao patrimônio público, ao patrimônio histórico e cultural, à moralidade administrativa e, inclusive, ao meio ambiente.

Por sua vez, o título III da Constituição que trata sobre a organização do Estado impôs aos entes federativos a competência de proteger o meio ambiente e combater à poluição em qualquer de suas formas (art. 23, inc. VI), bem como de preservar as florestas, a fauna e a flora (art. 23, inc. VII).

Na sequência, a Constituição atribuiu competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal a legislar sobre: florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente, controle da poluição (art. 24, inc. VI) e responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético histórico, turístico e paisagístico (art. 24, inc.VIII). Do mesmo modo, garantiu aos municípios a competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, inc. I), o que inclui, decerto, o meio ambiente.

Além de velar pela preservação e promoção do direito fundamental ao meio ambiente saudável, o poder público e a sociedade, caso venham a provocar danos ao meio ambiente, devem ser responsabilizados pela conduta antijurídica. Segundo o § 3º do art. 225 da Constituição, “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.⁶

5 “A ação popular consta no art. 5º, LXXIII, trata-se de um remédio constitucional pelo qual qualquer cidadão foca investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no art.1º, da CF; podemos a definir como instituto processual civil, outorgado a qualquer cidadão como garantia político-constitucional, para a defesa do interesse da coletividade, mediante a provocação do controle jurisdicional corretivo de atos lesivos do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural”. (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 390)

6 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mai. 2015.

Portanto o Estado ou o particular – pessoas físicas ou jurídicas – estão sujeitos às responsabilizações civil, penal e administrativa, que lhe são pertinentes. (SOUZA, 2004, p. 93) Além disso, ancorado no princípio do poluidor pagador, a parte final do § 3º do art. 225 da Constituição é taxativo ao determinar que os lesadores ao meio ambiente deverão reparar o dano causado, ou seja, o agente infrator, além de incorrer em punições civis, penais e administrativas deve restabelecer os danos causados ao meio ambiente.

No caso de pessoa jurídica, a responsabilização é decorrente também em razão da defesa do meio ambiente ser um princípio constitucional balizador da ordem econômica, na medida em que a atividade econômica deve ser desenvolvida sustentavelmente, sobretudo no tocante a preservação ambiental com o fim de assegurar a todos, existência digna, conforme determina o inc. VI do art. 170 da norma constitucional.

Entretanto, ainda que o exercício da atividade econômica receba um “freio” constitucional na medida em que a atividade exercida pelos conglomerados deva estar pautada no desenvolvimento sustentável, deve-se questionar até que ponto, em caso de degradação ambiental provocada por determinado conglomerado, seria possível a reversão dos prejuízos gerados ao meio ambiente. Reflete-se também se há de fato, preocupação por parte das empresas quanto à utilização de mecanismos, sobretudo tecnológico, para que suas atividades mercantis, não venham a causar danos ambientais.

2 A degradação ambiental ocasionada pelo grupo ultracargo

Entre os dias 02 e 09 de abril de 2015 a cidade de Santos – interior do estado de São Paulo –, mais especificamente nos arredores do bairro Alemoa, foi vítima de um grande “desastre” ambiental. Seis tanques de combustíveis – gasolina e etanol – do

terminal químico de Aratu/Tequimar do Grupo Ultracargo foram incendiados.⁷

Ao todo, foram mais de 197 horas de incêndio, que começou por volta das 10 horas do dia 2 de abril. “O episódio foi considerado o maior em região industrial do País e o segundo maior do gênero da história mundial, em volume de pessoal empregado, combatido por bombeiros – 118 homens, ante 180 em decorrência de 2005, na Inglaterra”.⁸

O desastre ambiental ocasionou danos ambientais (perda da biodiversidade, poluição do ar), impactos para a economia e para a população. Cerca de oito toneladas de peixes mortos foram recolhidas por técnicos ambientais da Cetesb – Companhia Ambiental do Estado de São Paulo – no Canal do Estuário e no Rio Casqueiro, em Cubatão, próximo ao local onde ocorreu o incêndio.⁹

A água usada durante o combate ao incêndio foi despejada no Estuário através do escoamento da Ultracargo. Segundo Salles (2005) “o hidrocarboneto (combustível com base no petróleo) quando atinge a água, dificulta a luminosidade do céu e a transferência de oxigênio, o que leva a morte dos peixes por sufocamento”. Os gases tóxicos, advindos do incêndio, em contato com a umidade ainda pode provocar chuva ácida, além de agravar

7 “A ULTRACARGO faz parte do ULTRA, um dos maiores grupos econômicos brasileiros, com posição de liderança em seus mercados de atuação conquistada ao longo de seus mais de 77 anos de história. O ULTRA atua no setor de distribuição de combustíveis pela Ipiranga e rede de drogarias com a Extrafarma, Gás LP com a Ultragaz; na indústria de especialidades químicas com a Oxiteno; e no segmento de logística para graneis líquidos, pela ULTRACARGO. Com cerca de 13.973 mil funcionários, o ULTRA opera em todo o território brasileiro. E por meio da Oxiteno, atua na América Latina, América do Norte e Europa”. Site ultracargo. Disponível em: <http://www.ultracargo.com.br/br/a-ultracargo/o-ultra>. Acesso em: 23 mai. 2015.

8 A TRIBUNA. *Bombeiros anunciam fim do incêndio no terminal da Ultracargo*. Disponível em: <http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/santos/bombeiros-devem-extinguir-totalmente-fogo-ate-sabado-diz-prefeitura/?cHash=eabe73ce600eb8bc45bd3777f6740e4b>. Acesso em: 23 mai. 2015.

9 A TRIBUNA. *Bombeiros anunciam fim do incêndio no terminal da Ultracargo*. Disponível em: <http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/santos/bombeiros-devem-extinguir-totalmente-fogo-ate-sabado-diz-prefeitura/?cHash=eabe73ce600eb8bc45bd3777f6740e4b>. Acesso em: 23 mai. 2015.

problemas respiratórios em razão da concentração de gases, inclusive enxofre, na atmosfera liberados pela fumaça durante o incêndio.¹⁰

Para alguns zoólogos, conforme Salles (2005), os danos ambientais nas regiões podem perdurar por pelo menos cinco anos, mas a extensão do dano pode ser muito maior, sobretudo para o ecossistema do manguezal.

A população ficou impedida de pescar nas águas que foram atingidas. O incêndio também afetou o tráfego de caminhões e a atracação de navios no Porto de Santos. Segundo estimativa do sindicato da categoria, o setor acumulou um prejuízo em cerca de R\$ 6 milhões, considerando apenas os custos de estadia dos navios na Barra de Santos. Isso porque ao menos dez embarcações foram impedidas de atracar no cais santista, por medida de segurança.¹¹

As causas do incêndio, segundo o especialista Julio Cesar Leitão, seriam decorrentes de problemas técnicos da empresa,¹² mas mesmo não sendo um incêndio intencional, a responsabilidade do grupo independe de culpa (responsabilidade objetiva), conforme art. 14 da Lei de nº. 6.938/81¹³ que dispõe sobre a Política Nacional de Meio ambiente.

10 SALLES, Carolina. *Desastre Ambiental em Santos nos torna reféns do tempo*. Disponível em: <http://justificando.com/2015/04/22/desastre-ambiental-em-santos-nos-torna-refens-do-tempo/>. Acesso em: 23 mai. 2015.

11 A TRIBUNA. Bombeiros anunciam fim do incêndio no terminal da Ultracargo. Disponível em: <http://www.tribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/santos/bombeiros-devem-extinguir-totalmente-fogo-ate-sabado-diz-prefeitura/?cHash=eabe73ce600eb8bc45bd377f6740e4b>. Acesso em: 23 mai. 2015.

12 Disponível em <http://radios.ebc.com.br/amazonia-brasileira/edicao/2015-04/incendio-no-porto-de-santos-causa-consequencias-ambientais>. Acesso em: 10 mai. 2015.

13 “Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

I - à multa simples ou diária, nos valores correspondentes, no mínimo, a 10 (dez) e, no máximo, a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTNs, agravada em casos de reincidência específica, conforme dispuser o regulamento, vedada a sua cobrança pela União se já tiver sido aplicada pelo Estado, Distrito Federal, Territórios ou pelos Municípios.

II - à perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público;

Assim, a Cetesb multou a empresa por: lançar efluentes líquidos no estuário de Santos, em manguezais e na lagoa contígua ao terminal, e emitir efluentes gasosos na atmosfera; colocar em risco a segurança das comunidades próximas, dos funcionários e de outras instalações localizadas na mesma zona industrial; ocasionar incômodos significativos ao bem estar da população; e provocar a mortandade de milhares de peixes, de várias espécies, no estuário e no rio Casqueiro, prejudicando a pesca na região. Além disso, por ocasionar a interrupção das atividades de outros terminais da região e do tráfego de caminhões no Porto de Santos, bem como pelos transtornos causados ao tráfego urbano e operações portuárias.¹⁴

A multa por danos ambientais, riscos à população e outras consequências do incêndio foi de R\$ 22,5 milhões. A penalidade se baseou nos artigos 61 e 62 do Decreto Federal de nº 6.514/08, que regulamenta a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98).¹⁵

III - à perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito;

IV - à suspensão de sua atividade.

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

§ 2º - No caso de omissão da autoridade estadual ou municipal, caberá ao Secretário do Meio Ambiente a aplicação das penalidades pecuniárias previstas neste artigo.

§ 3º - Nos casos previstos nos incisos II e III deste artigo, o ato declaratório da perda, restrição ou suspensão será atribuição da autoridade administrativa ou financeira que concedeu os benefícios, incentivos ou financiamento, cumprindo resolução do CONAMA". BRASIL. Lei de nº. 6.938/81 que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 10 mai. 2015.

14 Governo do Estado de São Paulo: sistema ambiental paulista. *Cetesb multa Ultracargo em R\$ 22,5 milhões pelo incêndio em Santos*. Disponível em: <http://www.ambiente.sp.gov.br/blog/2015/04/15/cetesb-multa-ultracargo-em-mais-de-22-milhoes-pelo-incendio-no-terminal-da-alemoa/>. Acesso em 10 mai. 2015.

15 Governo do Estado de São Paulo: sistema ambiental paulista. *Cetesb multa Ultracargo em R\$ 22,5 milhões pelo incêndio em Santos*. Disponível em: <http://www.ambiente.sp.gov.br/blog/2015/04/15/cetesb-multa-ultracargo-em-mais-de-22-milhoes-pelo-incendio-no-terminal-da-alemoa/>. Acesso em 10 mai. 2015.

Além do pagamento de multa, o grupo Ultracargo terá de cumprir cinco exigências segundo a Cetesb:

- a) Condicionar qualquer remoção de resíduos ou de produtos gerados no incêndio à apresentação de plano específico para esse fim pela Cetesb, que também terá de aprovar o local de disposição desse material, ao emitir o Certificado de Movimentação de Resíduos de Interesse Ambiental – CADRI;
- b) Adotar medidas adequadas na operação de rescaldo do incêndio, para que não haja poluição atmosférica e emissão de substâncias odoríferas fora dos limites do terminal;
- c) Realizar novo licenciamento ambiental, nos termos da legislação vigente, para a substituição, adequação ou reforma das instalações e equipamentos colapsados (tanques) ou não;
- d) Revisar, no prazo de 30 dias, contados a partir de 14/04, o PAE – Plano de Ação de Emergência e o PGR – Plano de Gerenciamento de Riscos, apontando as falhas que resultaram no incêndio ocorrido no terminal, bem como as medidas preventivas a serem implementadas;
- e) Efetuar, no prazo de 30 dias, o monitoramento das águas superficiais do estuário de Santos e lagoa contígua ao terminal, bem como da vegetação do entorno, inclusive de manguezais eventualmente impactados, adotando medidas necessárias para sua recuperação. Também contratar empresa especializada para fazer o resgate e atendimento emergencial da fauna silvestre aquática e terrestre, bem como o monitoramento de todos os grupos de fauna da área de interesse direto e indireto do local do incêndio (ictiofauna, invertebrados aquáticos, zooplâncton, aves, herpetofauna e mamíferos), com apresentação de cronograma de atividades, projeto de translocação e eutanásia (quando aplicável), e anuência do Departamento de Fauna da Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais (CBRN), órgão da Secretaria Estadual de Meio Ambiente, e da Polícia Ambiental, para a translocação das espécies que ainda poderão sofrer impacto após o incêndio. Para a identificação de um Centro de Triagem de Animais Silvestres (CETAS) apropriado para

receber esses animais, a Ultracargo deve consultar o Departamento de Fauna da SMA¹⁶

A multa e as exigências foram impostas pelo poder executivo do estado de São Paulo. O Ministério Público Federal (MPF) denunciou a empresa Terminal Químico de Aratu S/A, subsidiária da empresa Ultracargo, pela poluição do ar, do mar e do solo decorrentes do incêndio. Segundo a denúncia apresentada pelo MPF a empresa subsidiária agiu com dolo eventual a partir do momento que assumiu os riscos de causar poluição e, principalmente, ao falhar na adoção de medidas preventivas aptas a evitar que o desastre acontecesse.¹⁷ Na denúncia o MPF aponta que a empresa foi negligente em operar grandes quantidade de produtos inflamáveis e requereu a imposição de medidas restritivas de direito, prestações de serviços à comunidade e multas previstas pelos artigos 21 a 24 da lei de crimes ambientais (Lei 9605/1998), proporcionalmente ao dano ocorrido.¹⁸

Verifica-se que o poder público, desde a ocorrência do desastre, procura adotar as medidas cabíveis, ainda que não se possa afirmar se de fato a fiscalização da empresa era realizada constantemente devido à periculosidade da atividade exercida.

Além do mais, após o incidente pessoas físicas e jurídicas ingressaram em face do grupo Ultracargo, perante o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, pleiteando reparação por danos morais e materiais.¹⁹ Dentre as quais, foi movida uma ação civil

16 Governo do Estado de São Paulo: sistema ambiental paulista. *Cetesb multa Ultracargo em R\$ 22,5 milhões pelo incêndio em Santos*. Disponível em: <http://www.ambiente.sp.gov.br/blog/2015/04/15/cetesb-multa-ultracargo-em-mais-de-22-milhoes-pelo-incendio-no-terminal-da-alemoa/>. Acesso em 10 mai. 2015.

17 MPF. *MPF denuncia e Justiça Federal abre processo contra empresa por poluição gerada por incêndio que durou nove dias*. Disponível em: http://www.prsp.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/noticias_prsp/21-02-18-mpf-denuncia-e-justica-federal-abre-processo-contra-empresa-por-poluicao-gerada-por-incendio-que-durou-nove-dias. Acesso em: 30 mar. 2018.

18 0000226-11.2017.4.03.6104 Procedimento Ordinário/ Ação Penal, Terminal Quimico de Aratu S/A Tequimar. Recebido em:20/02/2018 - 5ª Vara Federal SP/ Santos.

19 1012252-59.2015.8.26.0562 Procedimento Ordinário / Indenização por Dano Moral , Reqdo: Ultracargo S/A

pública pelo Sindicato dos Trabalhadores da Movimentação de Mercadorias em Geral e Arrumadores das cidades de Santos, de São Vicente, do Guarujá, de Cubatão e de São Sebastião. O valor dado à causa foi de R\$1.101.788,05.²⁰

As informações foram levantadas através de pesquisa no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo, portanto, não houve acesso aos processos, mas estima-se que a ação civil pública adveio dos prejuízos econômicos que as empresas filiadas ao sindicato tiveram em razão da impossibilidade do embarque e desembarque de mercadorias do porto de Santos durante o incêndio na região.

Ainda que a empresa alegue que todas as exigências para a execução de suas atividades estivessem em dia e de acordo com a legislação,²¹ intui-se que o grupo carecia de programas ou ações preventivas que pudessem antever o “acidente” e realizar os

Recebido em: 22/05/2015 - 8ª Vara Cível; 1012142-60.2015.8.26.0562 Procedimento Ordinário / Perdas e Danos Reqdo: Ultracargo S/A Recebido em: 21/05/2015 - 9ª Vara Cível; 1012131-31.2015.8.26.0562 Procedimento Ordinário / Perdas e Danos Reqdo: Ultracargo S/A Recebido em: 21/05/2015 - 6ª Vara Cível; 1012101-93.2015.8.26.0562 Procedimento Ordinário / Indenização por Dano Moral Reqdo: Ultracargo S/A Recebido em: 21/05/2015 - 12ª Vara Cível; 1012097-56.2015.8.26.0562 Procedimento Ordinário / Perdas e Danos Reqdo: Ultracargo S/A Recebido em: 21/05/2015 - 10ª Vara Cível; 1012083-72.2015.8.26.0562 Procedimento Ordinário / Indenização por Dano Moral Reqdo: Ultracargo S/A Recebido em: 21/05/2015 - 7ª Vara Cível; 1012056-89.2015.8.26.0562 Procedimento Ordinário / Perdas e Danos Reqdo: Ultracargo S/A Recebido em: 21/05/2015 - 4ª Vara Cível; 1012052-52.2015.8.26.0562 Procedimento Ordinário / Perdas e Danos Reqdo: Ultracargo S/A Recebido em: 21/05/2015 - 12ª Vara Cível; 1012050-82.2015.8.26.0562 Procedimento Ordinário / Perdas e Danos Reqdo: Ultracargo S/A Recebido em: 21/05/2015 - 1ª Vara Cível; 1012042-08.2015.8.26.0562 Procedimento Ordinário / Indenização por Dano Material Reqdo: Ultracargo S/A Recebido em: 21/05/2015 - 11ª Vara Cível; 1011505-12.2015.8.26.0562 Procedimento Ordinário / Indenização por Dano Material Reqdo: Ultracargo S/A Recebido em: 15/05/2015 - 9ª Vara Cível; 1010754-25.2015.8.26.0562 Ação Civil Pública / Indenização por Dano Material Reqdo: Ultracargo S/A Recebido em: 08/05/2015 - 12ª Vara Cível; 1009969-63.2015.8.26.0562 Cautelar Inominada / Liminar Reqdo: Ultracargo Recebido em: 30/04/2015 - 6ª Vara Cível. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/search.do?jsessionid=52DF05B70A570263E36364BF25CEF2A2.cpo4?conversionId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdlLocal=-1&cbPesquisa=NMPARTE&tipoNuProcesso=UNIFICADO&dePesquisa=ultracargo>. Acesso em: 22 mai. 2015.

20 Ação Civil Pública de nº 1010754-25.2015.8.26.0562, indenização por Danos Material e Moral. Distribuição: 08/05/2015 às 16:39, 12ª Vara Cível - Foro de Santos, Juiz Rogério Márcio Teixeira, Valor da ação: R\$ 1.101.788,05. Disponível em: http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?processo_codigo=FM0002ZO0000&processo_foro=562. Acesso em: 22 mai. 2015.

21 Site ultracargo. Disponível em: <http://www.ultracargo.com.br/br/a-ultracargo/o-ultra>. Acesso em: 23 mai. 2015.

ajustes necessários, visto que apenas após nove dias conseguiram estancar o incêndio.

Em razão de a empresa atuar no setor de armazenamento e distribuição de produto químico e combustível, atividade altamente periculosa e propensa ao risco de explosão e de incêndio, acreditava-se na existência de ações preventivas e eficazes. Todavia, o incêndio mostrou que, na realidade, o grupo não volvia atenção a prevenção de acidentes, inclusive de cunho ambiental, pois o incêndio só foi contido após nove dias, depois da contratação de empresa americana especializada.

Neste ponto, é válido acrescentar que após a tragédia provocada pela empresa Ultracargo abordada neste artigo, novos desastres ambientais de vastas proporções ocorreram no território brasileiro. No mesmo ano do desastre em Santos, mais especificamente no dia 5 de novembro de 2015, a mineradora Samarco foi responsável pelo rompimento da barragem de Bento Rodrigues no município de Mariana, considerada a maior tragédia ambiental ocorrida no Brasil.²² Em 12 de março de 2018 a tubulação do mineroduto da empresa Minas-Rio, subsidiária da empresa Anglo American Minério de Ferro S.A., rompeu-se e a polpa do minério atingiu o Ribeirão Santo Antônio, situado no município de Santo Antônio do Grama, na Região da Zona da Mata, no estado de Minas Gerais, gerando imediatamente o corte no abastecimento de água na região afetando²³.

Entretanto, deve-se elucidar que, corriqueiramente ouve-se o discurso do ecologicamente correto, sobretudo pelos grandes conglomerados empresariais, no sentido de desenvolverem-se sustentavelmente, sobretudo em respeito ao direito ao meio

22 BBC. Após dois anos, impacto ambiental do desastre em Mariana ainda não é totalmente conhecido. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-41873660>. Acesso em: 20 mar. 2018.

23 G1. Tubulação de mineroduto se rompe em Santo Antônio do Grama, minério atinge ribeirão e abastecimento é interrompido. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/tubulacao-de-mineroduto-se-rompe-em-santo-antonio-do-grama-na-zona-da-mata.gh.html>. Acesso em: 20 mar. 2018.

ambiente saudável e equilibrado. No caso em comento, a realidade mostrada foi outra.

Daí a necessidade do poder público, bem como a sociedade atuarem ativamente na fiscalização em prol da preservação do meio ambiente sadio. O poder público através dos fiscais do meio ambiente, entes políticos, polícia local e, sobretudo, do Ministério Público. A sociedade por meio de denúncias, bem como, se for o caso, com a propositura de ação popular.

Um dos aspectos mais importantes da participação da sociedade na proteção do meio ambiente é o controle da Administração Pública, por intermédio do Poder Judiciário exercido diretamente, quando o cidadão ingressa com ação popular ou através do Ministério Público, o qual representa institucionalmente os interesses da sociedade, quando constatada lesão ao meio ambiente ou para garantir a higidez ambiental e a saúde da população, socorrendo-se, nesta hipótese, ao Poder Judiciário para garantir o exercício efetivo desse direito. (SILVA, 2005, p. 65)

Fato é que, além da proteção constitucional ser exaustiva, a legislação ambiental dá o respaldo necessário para a devida promoção do direito fundamental ao meio ambiente saudável.

3 Punitive damages

Ao imputar a Responsabilidade Civil àquele que eventualmente cometa ato ilícito observa-se que mesmo quando a reparação do dano se dá de forma efetiva, não há mecanismos aptos a garantir que a conduta danosa não se repita.

Nesse sentido, o Punitive Damage, instituto aplicado principalmente em ordenamentos jurídicos pautados na *Common Law*, possui o objetivo de evitar novas práticas que causem dano à pessoa, ou à coletividade, com a imposição de um acréscimo econômico em face do autor do ilícito, bem como desestimular o cometimento de novas práticas, tanto individualmente quanto em relação a terceiros.

Os *punitive damages* “constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. (ANDRADE, 2018)

A indenização punitiva visa não apenas ser um mecanismo eficaz em face à lesão e a ameaça de lesão, bem como aos princípios constitucionalmente assegurados, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Isso porque, em certos casos, não é possível conferir, com os mecanismos tradicionais, defesa eficaz à dignidade humana. É nesse ponto que se vislumbra a necessidade da imposição de punição dotada de fator apto a desestimular e dissuadir a prática de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. (ANDRADE, 2018)

De fato, a lei penal não tem como prever, em tipos penais fechados, toda conduta humana que possa gerar lesão a direito de terceiros. Além disso, a punibilidade penal nem sempre se mostra eficaz como forma de prevenir condutas lesivas. A indenização punitiva atende a dois propósitos específicos que a diferenciam da indenização de natureza compensatória, quais sejam, “a punição (no sentido de retribuição) e a prevenção (por meio de dissuasão). Essas duas finalidades estão intensamente interligadas e constituem como que as duas faces de uma moeda: a punição tende a prevenir”. (ANDRADE, 2018)

O caráter de especialidade no qual repousam os *punitive damages* garante que só se deve utilizá-los como instrumentos de proteção específicos, tanto em relação ao bem protegido, quanto no que se refere à conduta praticada:

A indenização punitiva deverá ser utilizada para sancionar os ilícitos civis dotados do mais alto grau de reprovabilidade (cujos agentes devem ter obrado de maneira intencional ou gravemente culposa, com irresponsável desconsideração quanto aos direitos alheios) e que tenham lesado direitos ou interesses da mais alta

relevância (a saber: os interesses existenciais e os metaindividuais) ou, ainda servido de instrumento para a obtenção ilícita de vantagens econômicas (ainda que, nesse caso, os prejuízos decorrentes do ilícito sejam de natureza patrimonial). (ANDRADE, 2018)

Ademais, é válido ressaltar que a aplicação do instituto no direito brasileiro carece de regulamentação legal, sem a qual se torna impossível sua utilização. A ausência previsão legal do *punitive damage* faz com que parcela do Judiciário entenda que seria o pressuposto indispensável sem o qual a aplicação seria ilegal e, conseqüentemente, inconstitucional.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ao se manifestar sobre o tema em 2011, asseverou:

A doutrina realça que, no caso da compensação de danos morais decorrentes de dano ambiental, a função preventiva essencial da responsabilidade civil é a eliminação de fatores capazes de produzir riscos intoleráveis, visto que a função punitiva cabe ao direito penal e administrativo, propugnando que os principais critérios para arbitramento da compensação devem ser a intensidade do risco criado e a gravidade do dano, devendo o juiz considerar o tempo durante o qual a degradação persistirá, avaliando se o dano é ou não reversível, sendo relevante analisar o grau de proteção jurídica atribuído ao bem ambiental lesado. Assim, não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro - que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos (*punitive damages*) -, haja vista que a responsabilidade civil por dano ambiental prescinde da culpa e que, revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o *bis in idem* (pois, como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal). (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018)

No que toca ao presente estudo, tem-se por necessária a análise da possibilidade do *punitive damage* nos casos de dano ambiental. Destarte, considera-se dano ambiental qualquer ato ou

conduta de pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado que cause lesão ao meio ambiente. (ANDRADE, 2018)

O grande impasse na responsabilização do dano ambiental é o fato de ser de difícil ou impossível reparação, em face da natureza do bem lesado, considerado como bem de uso comum do povo, incorpóreo e imaterial, ou, por causa dos elementos que compõem o meio ambiente, como os ecossistemas e os biomas.

Para que o dano ambiental gere o dever de indenização é necessário que haja a existência de um evento que altere as propriedades do meio ambiente, o nexo de causalidade que é verificação de que a atividade do infrator contribuiu para o dano, independentemente de culpa e dolo de causar prejuízo, e por fim o dano.

Diante disso, verifica-se que não é necessária para a configuração do dano ambiental a existência de culpa por parte do agente, sendo, portanto, hipóteses de responsabilidade civil objetiva.

De acordo com, Silvio Venosa, a responsabilidade civil objetiva constitui:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente. A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele. (VENOSA, 2002, p. 10)

Verifica-se, que a responsabilidade civil objetiva enquadra-se nas situações em que a realização de um ato praticado por alguém, provoca dano e por consequência gera o dever de indenizar,

independentemente da verificação de culpa, vez que a atividade do autor do dano acarreta risco para direitos de outrem.

É justamente nesse ponto que se verifica a oposição por parte da doutrina e até mesmo pelo STJ, conforme já demonstrado neste artigo, da aplicação do *punitive damage* nos casos de danos ambientais. O argumento assenta-se no fato de que enquanto a responsabilidade civil nos casos de danos ambientais é objetiva, ou seja, prescinde de culpa, os *punitive damages* atuam justamente na demonstração de grave culpa por parte do agente e seriam, portanto, aplicáveis nas cearas penais e administrativas, descabidas, sob esta ótica, à responsabilidade civil.

De fato, conforme já debatido, o que se pretende com a utilização dos *punitive damages* é, em última análise, assegurar a prevenção, a não ocorrência futura de dano grave o bastante a ensejar a utilização do instituto. O dano ambiental é, por natureza, uma espécie de dano que por vezes a reparação não se mostra capaz de restabelecer o *status quo* anterior à prática danosa e, nesse sentido, a prevenção apresenta-se como fundamental para a manutenção ambiental.

Em situações constatadas que o ofensor agiu, sobretudo, de maneira omissiva, pois ausentes mecanismos preventivos às ocorrências de danos ambientais, o *punitive damage*, tendo em vista o bem transindividual que se protege, necessitaria ser aplicado em situações de responsabilidade objetiva, considerando que o elevado *quantum* indenizatório possui os objetivos de punir (no sentido de retribuir) e prevenir (por meio de dissuadir) sopesando o caráter pedagógico da condenação.

Mesmo porque, diante da gravidade dos danos causados, sobretudo, por grandes conglomerados em razão de uma conduta omissiva (preventiva), através de perícia é possível comprovar o dolo ou a culpa do agente na produção do dano, o que possibilitaria além da punição pelo viés da responsabilidade civil objetiva, autorizaria a punição a título de indenização punitiva. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018)

Conclusão

Durante a elaboração do presente estudo uma das dificuldades encontradas foi a de conceituar de maneira sintética e, ao mesmo tempo, precisa, o meio ambiente. Isso se dá, sem dúvida, em razão do alto grau de abstratividade e amplitude que comporta o conceito, embora faça parte, por óbvio, do cotidiano de toda humanidade. A referida falta de concretude reflete-se também num certo sentimento, presente de forma mais visível no senso comum, de menor importância conferida ao meio ambiente. Isso porque, em muitos casos, as consequências de condutas ambientalmente danosas não são perceptíveis de imediato pelo agressor o que acaba por ocasionar certo desleixo generalizado.

É justamente nesse ponto que reside a importância da proteção estatal ao meio ambiente. A partir do momento em que o ordenamento jurídico nacional passa a tratar o meio ambiente com a atenção e a prioridade que o tema requer, incute, no seio social, a mesma percepção de importância, ainda que de forma lenta e gradual.

Por esse motivo, o presente estudo principiou por demonstrar que o meio ambiente é um direito fundamental, sendo imprescindível para a existência do ser humano e devendo ser garantido para a presente e para as futuras gerações. Nesse sentido, é preservado por meio tratados internacionais, pela constituição e pelas leis.

Entretanto, apesar da existência de uma legislação que possui o objetivo de garantir a existência de um meio ambiente saudável para todo indivíduo, recorrentemente, no Brasil, depara-se com tragédias ambientais que causam danos incalculáveis (por vezes irreparáveis), em razão da atuação descompromissada de empresas.

Como estudo de caso, o presente artigo analisou o dano ambiental ocorrido na cidade de Santos/SP, em decorrência do

incêndio de seis tanques de combustíveis – gasolina e etanol – do terminal químico de Aratu/Tequimar do Grupo Ultracargo. A dificuldade e a demora na contenção do incêndio servem para concluir que apesar da vasta legislação brasileira de proteção e prevenção ambiental, muitas empresas que possuem atividades que geram perigo de dano ao meio ambiente não possuem infraestrutura capaz de evitar ou conter desastres de grandes proporções.

Ademais, embora seja notório que a prevenção ao dano ambiental é o que se deve buscar, justamente por se tratar de modalidade danosa de difícil, algumas vezes até de impossível reparação eficaz, o direito ambiental deve se ocupar, também, da responsabilização quando da ocorrência de danos ambientais, seja para repará-los, seja para coibir novos desastres.

Como visto, a responsabilidade ambiental é objetiva, independentemente da verificação de culpa a empresa responde por seus atos que acarrete danos ao meio ambiente. Todavia, mesmo com essa modalidade de responsabilidade ainda não é suficiente para responsabilizar todos aqueles que causem dano.

Nesse sentido, surge a figura do *punitive damage* que possui o objetivo de fixar um valor monetário a mais, a título de punição para aquelas empresas ou pessoas que cometeram atos ilícitos, geradores de danos graves com o desiderato de desestimular práticas semelhantes. Embora o instituto não possua previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro por ser voltado, a priori, para os casos de responsabilidade subjetiva, é conclusiva a noção de que o *punitive damage* pode ser aplicado em caso de dano ambiental no qual haja a comprovação de grave culpa ou dolo do por parte do agressor, requerendo-se, para tanto, comprovação, a ser feita por perícia, das citadas formas de conduta.

Deste modo, em conclusão, entende-se que a utilização do *punitive damage* nos casos de danos ambientais é ferramenta eficaz para coibir o cometimento de futuras práticas danosas ao meio ambiente.

Referências

A TRIBUNA. *Bombeiros anunciam fim do incêndio no terminal da Ultracargo*. Disponível em: <http://www.atribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/santos/bombeiros-devem-extinguir-totalmente-fogo-ate-sabado-diz-prefeitura/?cHash=eabe73ce600eb8bc45bd3777f6740e4b>. Acesso em: 23 mai. 2015.

ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização Punitiva*. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a o. Acesso em: 01 maio. 2018

BBC. *Após dois anos, impacto ambiental do desastre em Mariana ainda não é totalmente conhecido*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-41873660>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 mai. 2015.

BRASIL. Lei de nº. 6.938/81 que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm. Acesso em: 10 mai. 2015.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva. 2001.

FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. RODRIGUES, Marcelo Abelha. NERY, Rosa Maria Andrade. *Direito Processual Ambiental Brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FREITAS, Vladimir Passos. *A Constituição e a efetividade das normas ambientais*. 2 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

G1. *Tubulação de mineroduto se rompe em Santo Antônio do Grama, minério atinge ribeirão e abastecimento é interrompido*. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/tubulacao-de-mineroduto-se-rompe-em-santo-antonio-do-grama-na-zona-da-mata.ghtml>. Acesso em: 20 mar. 2018.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO: Sistema ambiental paulista. *Cetesb multa Ultracargo em R\$ 22,5 milhões pelo incêndio em Santos*. Disponível em: <http://www.ambiente.sp.gov.br/blog/2015/04/15/cetesb-multa-ultracargo-em-mais-de-22-milhoes-pelo-incendio-no-terminal-da-alemoa/>. Acesso em 10 mai. 2015

LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual a coletivo, extrapatrimonial*. 2. ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Metas de Aichi 2011 a 2020. Disponível em: http://cebds.org/wp-content/uploads/2014/10/CEBDS_RBMA_COP12_PORTUGUES.pdf. Acesso em: 20 mai. 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2 ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SOUZA, Luciana Cordeiro de. *O meio ambiente na Constituição federal*. Revista da Faculdade de Direito Padre Anchieta, a. 5, n. 9, nov. 2004, p. 87-92.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=PUNITIVE+DAMAGES+&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 15 de maio. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Ação Civil Pública de nº 1010754-25.2015.8.26.0562, indenização por Danos Material e Moral. Distribuição: 08/05/2015 às 16:39, 12ª Vara Cível - Foro de Santos, Juiz Rogério Márcio Teixeira, Valor da ação: R\$ 1.101.788,05. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/show.do?processo.codigo=FM0002ZO1000&processo.foro=562>. Acesso em: 22 mai. 2015.

ULTRACARGO. Disponível em: <http://www.ultracargo.com.br/br/a-ultracargo/o-ultra>. Acesso em: 23 mai. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. Vol.4. 2ºed. São Paulo: Atlas S.A., 2002.

O princípio da dignidade da pessoa humana como limite à aplicação das medidas de segurança

Simoni Caetano Miranda¹

Rene Vial²

Introdução

O presente trabalho tem o objetivo de discutir acerca da aplicação das medidas de segurança no ordenamento jurídico brasileiro. Há celeuma jurídica no que tange ao lapso temporal do cumprimento dessas medidas, já que o Código Penal não estabelece um limite máximo, e os tribunais superiores divergem sobre o tema.

A fim de facilitar a compreensão do assunto, esse artigo será dividido em cinco partes, sendo que, na primeira, será apresentado o conceito de inimizabilidade penal, e, também, explicada a forma com a qual o direito pátrio trata os indivíduos inimutáveis que cometem conduta tipificada como ilícito penal.

Em seguida, haverá uma explanação acerca de todo o contexto histórico envolvendo as formas de aplicação das medidas de segurança sob uma perspectiva dogmática geral e também a

¹ Bacharela em Direito pela Faculdade Kennedy de Minas Gerais. Advogada.

E-mail: simonymiranda@yahoo.com.br

² Mestre em Direito. Professor de Graduação da Faculdade Kennedy de Minas Gerais. Advogado.

E-mail: rene.vial@kennedy.br

partir de como evoluiu a aplicação dessa sanção penal³ na legislação brasileira.

Mais adiante, o artigo tratará da expressiva dissonância de entendimentos jurisprudenciais, mormente entre o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, acerca da limitação temporal para o cumprimento das medidas de segurança.

Na última e principal etapa, delinear-se-á o conceito de dignidade da pessoa humana a fim de estabelecer uma análise sobre a falta de limites temporais para a aplicação das medidas de segurança tendo como contraponto o movimento da luta antimanicomial defendida juridicamente na Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, norma de status constitucional.

Apresentado todo o trabalho de pesquisa, serão oferecidos argumentos a fim de se verificar se ocorre ou não a violação dos direitos fundamentais quando da aplicação das medidas de segurança a quem, em situação de inimputabilidade, pratica conduta tipificada como crime.

1. A inimputabilidade penal

O Sistema Jurídico Penal brasileiro adota a teoria finalista no que tange ao conceito de delito. De forma analítica, para essa teoria, delito é a ação típica, ilícita e culpável⁴. Dessa forma, inexistindo um desses requisitos, a conduta deixa de ser considerada criminosa.

De acordo com o jurista Mirabete,

3 Embora não seja uma sanção penal típica, sendo considerada, por parte da doutrina, uma medida terapêutica, em verdade, a natureza jurídica da medida de segurança assemelha-se mais a uma sanção penal.

4 O Sistema Penal brasileiro adota a teoria tripartite em que o crime é uma ação típica ilícita e culpável, entretanto, há outras teorias de conceituação do delito, tais como a teoria quadripartite, para a qual o crime é fato típico, ilícito, culpável e punível, e a teoria bipartite, segundo a qual “delito é a junção de uma força física consubstanciada em uma ação executora e força moral, localizada na culpabilidade”. (BITENCOURT, 2014, p. 227).

há imputabilidade quando o sujeito é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e agir de acordo com esse entendimento. Só é reprovável a conduta se o sujeito tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender a antijuridicidade do fato e também adequar essa conduta a sua consciência. (MIRABETE, 2011, p. 196).

A imputabilidade penal é elemento da categoria dogmática, por esse motivo é relevante identificar quais são os parâmetros utilizados para determinar que o agente seja considerado inimputável, pois retirada a culpabilidade, a conduta praticada deixa de ser crime e o agente deverá ser submetido a medidas de segurança.

O Código Penal estabelece dois tipos de imputabilidade, a que tem como parâmetro o critério biológico, nesse caso, os menores de dezesseis anos; e o critério psicológico, que se refere a pessoas acometidas por doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Em relação à imputabilidade pelo critério biológico, são considerados penalmente imputáveis pessoas com idade igual ou maior que dezoito anos. Em contrapartida, os indivíduos menores de dezoito anos são considerados penalmente inimputáveis; isso ocorre porque, baseando-se no critério etário, é desconsiderada a capacidade de autodeterminação por razões de política criminal.

Pelos motivos acima expostos, quando os menores de dezoito anos cometem um ilícito penal, eles praticam ato infracional e são submetidos a medidas socioeducativas. Tais institutos, neste caso, são regulados pela Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Entretanto, o presente artigo visa tratar das medidas adotadas para aqueles que devido à doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado são total ou parcialmente incapazes de se autodeterminar à época do fato delituoso, ou seja, os inimputáveis pelo critério psicológico.

A imputabilidade penal pelo critério psicológico trata de demonstrar a capacidade que o indivíduo tem de discernir se seus

atos estão ou não em confronto com a lei penal no momento em que são praticados.

Dessa forma, caso o agente seja acometido por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado e, no momento da prática ilícita, não seja capaz de compreender o caráter ilícito de sua conduta ou autodeterminar-se conforme esse entendimento, a ele não será imputada culpa⁵ por tal prática sendo, dessa forma, isento de pena.

Ainda, conforme ressalta Mirabete,

A imputabilidade é aferida quanto ao momento em que o agente pratica o fato ilícito; é imputável aquele que, ao tempo da ação ou omissão, não tem capacidade de entendimento e autodeterminação. Passando a sofrer doença mental após o fato, o agente responderá pelo ilícito praticado, embora só passe a ser executada a pena quando não mais for necessário seu internamento no estabelecimento adequado. (Mirabete, 2011, pg. 201).

O critério de inimputabilidade psicológica é subdividido em semi-imputáveis e totalmente inimputáveis. Os semi-imputáveis são indivíduos que, à época da conduta delituosa, possuíam certa condição de discernimento. Nesse caso, haverá a diminuição da pena em razão do juízo de valoração da conduta, visto que não é possível “valorar adequadamente o fato e posicionar-se de acordo com essa capacidade” (BITENCOURT, 2014, p. 481).

Já os indivíduos totalmente inimputáveis, são aqueles que não têm capacidade de autodeterminar-se. Por esse motivo, quando esses sujeitos praticam conduta contrária à lei penal, é instaurado um incidente de sanidade mental a fim de avaliar o grau de imputabilidade. Sendo considerado inimputável, o indivíduo é absolvido imprópriamente e submetido à medida de segurança.

⁵ Não se está olvidando da polissemia da palavra culpa em nossa dogmática jurídico-penal, devendo-se esclarecer que, no contexto apresentado, está-se a referir à categoria dogmática culpabilidade.

1.2. A evolução das medidas de segurança

As medidas de tratamento foram criadas com o objetivo de proteger a sociedade das pessoas que não se encaixavam nos moldes sociais, em uma época em que a concepção de Direito Penal era meramente retributiva, ou seja, as normas criminais serviam principalmente ao objetivo de infligir castigo a quem não agia conforme os parâmetros da sociedade.

Salienta-se que a submissão do indivíduo à medida de tratamento se dava sem o conhecimento do Judiciário, pois bastava que alguém fosse considerado perigoso para que se impusesse essa medida, para tal não era necessário haver cometimento de crime. Dessa forma, as medidas de tratamento eram usadas de maneira análoga à pena, porém não eram institucionalizadas.

Caber frisar que essas medidas também possuíam caráter neutralizador, pois separando os marginais⁶ da sociedade, conseqüentemente esses não cometeriam crimes enquanto permanecessem submetidos ao tratamento. Por essa razão, tais medidas eram concebidas de forma perpétua.

A escola clássica do Direito Penal considerava as medidas de tratamento, conforme FERRARI (2001, p. 16), apenas como um “meio de defesa social contra os antissociais”, demonstrando, assim, o seu caráter neutralizador. Como dito, sob essa ótica, retirando os antissociais da sociedade o crime não aconteceria.

O Sistema Penal Tradicional Retributivo⁷ demonstrou-se demasiadamente falho e ineficaz, e por esse motivo houve a necessidade de modernização a fim de que o ordenamento jurídico fosse capaz de reabilitar os que viviam em situação marginal visando, inclusive, a não reiteração de práticas ilícitas.

6 Marginais, nesse sentido, são as pessoas que viviam à margem da sociedade, e não necessariamente indivíduos que cometiam crimes.

7 O caráter retributivo da pena significa aplicar um castigo em virtude do cometimento de uma conduta delituosa com o objetivo de proteger tanto o Estado quanto a sociedade.

Tal ideia encontrou embasamento na Escola Positivista Italiana, que considerava o crime como “uma doença social” e, por esse motivo, o tratamento para o indivíduo em confronto com a lei penal deveria ser “forçosamente aplicado, durante a execução da sanção”, caracterizando, assim, a ideia de proteção e justiça social (FERRARI, 2001, p. 20).

Por outro lado, o Determinismo julgava que as práticas delituosas eram cometidas em virtude das influências sociais sofridas pelo indivíduo, no entanto, o caráter retributivo da pena se justificaria já que, embora houvesse influência social, o sujeito possuía livre arbítrio e optava por se comportar de maneira contrária à lei.

Com o tempo, essa ideia de pena com caráter retributivo perdeu o sentido. Sob a ótica de periculosidade e responsabilidade social, chegou-se à conclusão de que “o delinquente não deveria ser punido diante da necessidade do castigo, mas, sim, em razão de apresentar a temibilidade social” (FERRARI, 2001, p. 22).

A ideia de temibilidade era a de que havia uma periculosidade constante no criminoso, dessa forma, seria necessária a medida de tratamento para proteger a sociedade. Com essa ideia veio a jurisdicionalização das medidas de tratamento, o que representou grande avanço, embora ainda eivada de caráter perpétuo.

Posteriormente, a Escola de Defesa Social defendeu o protecionismo, tendo como ponto central o ‘estado perigoso’ e a fim de conter tal estado, aplicava as medidas de tratamento. Entretanto, para essa doutrina, bastava que o indivíduo representasse perigo para que ele fosse submetido a tais medidas, sem que tivesse praticado qualquer delito.

Inspirado nas teorias de Von Listz a respeito das medidas de tratamento, o anteprojeto do Código Penal Suíço, escrito por Karl Stooss, constituiu um marco do Direito Penal. Por meio de suas diretrizes, estabeleceram-se critérios positivados para a aplicação das medidas de segurança, quais sejam:

a) Atribuir-se prioritariamente ao juiz; b) pronunciar-se sob a forma de sentença relativamente indeterminada, com duração condicionada à cessação da periculosidade; c) basear-se na periculosidade do delinquente; d) executar-se em estabelecimentos especializados e adequados ao tratamento do perigoso; e) constituir-se em medida complementar, algumas vezes substitutiva à pena, aplicando-se àqueles delinquentes incorrigíveis cuja execução da pena seria ineficaz. (FERRARI, 2001, pg 30).

O referido Anteprojeto do Código Penal Suíço influenciou diretamente o Direito Penal brasileiro. Embora propusesse uma substituição da pena pela medida de segurança, ambos institutos foram tidos como independentes, resultando na aplicação do que ficou conhecido como Sistema Duplo Binário caracterizado pela aplicação de pena e medida de segurança simultaneamente.

A primeira vez que foram reguladas as medidas de segurança no Brasil foi em 1904, com o Decreto 1.132. Estabelecia essa norma que, caso o agente portador de moléstia mental, cometesse conduta que afetasse a ordem pública em virtude de sua doença, seria submetido a tratamento em estabelecimentos para alienados, desde que a internação fosse requisitada pela autoridade policial ou por particulares.

O Decreto 1.132 também previa a obrigatoriedade de informar ao juiz, no prazo de 24 horas, a respeito da internação do agente inimputável, o que demonstra a atuação do Poder Judiciário na submissão do agente ao tratamento forçoso que, mesmo baseando-se na periculosidade, seria inspecionado pelas autoridades.

Em seguida, o Código Penal de 1940 firmou algumas diretrizes a respeito das medidas de segurança. Tais medidas eram aplicadas de forma suplementar ao cumprimento da pena. Isso ocorria porque vigia, nesse período, o Sistema Duplo Binário, no qual a submissão do autor de crime à medida de segurança independia de periculosidade. Dessa forma, o indivíduo era

submetido a dois tipos de penalização por uma mesma conduta, contrariando o princípio *ne bis in idem*⁸.

A imposição do sistema Duplo Binário era justificável tendo em vista que o Código Penal de 1940 surgiu em plena ditadura militar, período marcado pelo compromisso do Estado para com a segurança pública. Não havia, pois, a preocupação com o indivíduo, mas sim, tão somente, com a sociedade.

Nota-se que, originariamente, o Código Penal de 1940, em relação ao inimputável, baseava-se na periculosidade, sendo essa presumida para as pessoas que tinham doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, ébrios habituais, reincidentes em crimes dolosos e condenados em crimes praticados por formação de quadrilha ou bando. Vale destacar que a presunção era afastada caso transcorresse mais de dez anos entre a data do fato e a data da expedição da sentença.

Prevvia o referido Código que a duração do período de internação em clínicas ou manicômio judiciário iria variar conforme a quantidade de pena aplicada ao réu, compreendendo o intervalo de um a seis anos. Por sua vez, a presunção da periculosidade resultou na falta de limitação para o cumprimento dessas medidas, tornando-as perpétuas.

O Código de 1940 também trazia um rol taxativo de situações em que se podia presumir a periculosidade do indivíduo, a fim de que o juiz, em caráter excepcional, pudesse submetê-lo às medidas de segurança sem que houvesse o cometimento de crime. Essa previsão contradizia claramente o princípio da legalidade, visto que se aplicava a sanção-pena sem que houvesse o cometimento de crime.

Nesse mesmo Código houve uma separação das medidas de segurança em detentivas, que são os casos de internação, e não detentivas, que se referem à liberdade vigiada, à proibição de frequentar determinados lugares e ao exílio local. A substituição da

8 O Princípio *ne bis in idem* estabelece que ninguém pode ser apenado duas vezes pelo mesmo fato.

pena pela medida de segurança dava-se ao arbítrio do juiz, porém era necessária a perícia médica para embasar a sua aplicação.

Em 1969, houve a divulgação do Anteprojeto de um novo Código Penal para o Brasil, escrito por Nelson Hungria. Tal Código propunha boa parte do que já era tipificado no Código de 1940, no entanto, estabelecia outras formas de tratamento aos inimputáveis.

Nessa proposta de lei, permaneceu a subdivisão das medidas de segurança em detentivas e não detentivas, entretanto, houve mudanças no espectro de abrangência das medidas não detentivas que passou a prever a perda de direitos, tais como a permissão para dirigir e a proibição de frequentar determinados lugares, além de haver a previsão de penas patrimoniais.

Em relação ao período de internação em clínicas ou manicômio judiciário, previa o Anteprojeto que o prazo mínimo seria de um a três anos. No entanto, a limitação temporal para o fim de aplicação das medidas de segurança não foi determinada, permanecendo o seu caráter perpétuo.

A proposta de reforma também possibilitava ao juiz, por meio de sua discricionariedade, avaliar se o indivíduo era ou não imputável. Caso fosse imputável, o indivíduo que cometesse crime seria submetido às penas previstas conforme o tipo penal, caso não fosse imputável seria submetido à medida de segurança. Essa mudança marcaria a substituição do Sistema Duplo Binário de aplicação da pena para o Sistema Vicariante.

Todavia, mesmo contendo uma nova forma de se pensar as medidas de segurança, o Código Penal de 1969 nunca entrou em vigor, pois foi revogado antes da sua vigência devido a problemas de natureza política. Destarte, mesmo havendo uma inquietação entre os doutrinadores no que tange à aplicação dessas medidas, o Código Penal de 1940 permaneceu nos moldes do Sistema Duplo Binário, forma de aplicação de sanções inconcebível, visto ser contrária ao princípio da legalidade.

No final do período ditatorial, em 1984, em uma nova tentativa de modernizar a legislação criminal, iniciaram-se os

trabalhos para a produção de um novo Código Penal. Terminados os trabalhos, ao invés de se revogar o Código de 1940, optou-se por reformá-lo modificando toda a Parte Geral, trazendo como grande inovação a mudança do Sistema Duplo Binário para o Sistema Vicariante.

Tal alteração foi consideravelmente importante visto que, ao invés de o condenado ser submetido à medida de segurança de maneira complementar, ele seria submetido, se imputável, às penas previstas no tipo penal e, se inimputável, teria o direito à isenção de pena e seria submetido à medida de segurança nos termos do artigo 97 do Código Penal.

Também as medidas de segurança passaram, a partir do o Código de 1940, a se subdividirem em privativas, quando se trata da imposição de internação em manicômio judiciário, e em restritivas, quando da submissão do indivíduo a tratamento ambulatorial.

Curioso notar que para o totalmente inimputável a submissão de internação em manicômio judicial ocorrerá caso ele seja condenado por crime punível com reclusão. Caso seja condenado a crime punível com detenção, o tratamento do inimputável ocorrerá em ambulatório especializado.

Também após a reforma, passou a haver um período mínimo, que varia entre um a três anos, para que o inimputável permaneça internado. Durante o período de submissão a essas medidas, devem ser realizadas perícias, podendo o juiz determinar a internação de quem faz tratamento ambulatorial caso haja necessidade para fins curativos. Mas, no que se refere à limitação do tempo das medidas de segurança, essas permaneceram com caráter perpétuo.

Nota-se que, mesmo havendo modernizações no Direito brasileiro, o tratamento para com o portador de moléstia mental que comete crimes ainda fere os direitos e garantias fundamentais como se verá a seguir.

1.3. A aplicação das medidas de segurança

As medidas de segurança são aplicadas aos indivíduos que praticam ação tipificada como crime, mas que no momento da ação não possuem discernimento total ou parcial, esses são os chamados penalmente inimputáveis.

Assim, quando alguém que é penalmente inimputável comete a ação delituosa, ele é processado. Caso a sua única tese de defesa seja a inimputabilidade penal, será instaurado um incidente de sanidade mental tendo em vista a necessidade de se avaliar, no caso concreto, se o indivíduo possui ou não capacidade de autodeterminar-se e qual o seu grau de periculosidade.

Restando provado que no momento do crime o agente não tinha discernimento para entender o caráter ilícito da ação será absolvido impropriamente, ou seja, o processo criminal será extinto e o juiz determinará a submissão do indivíduo à medida de segurança que mais se adequa ao caso concreto.

Nos dizeres de Nucci (2017), as medidas de segurança são:

“uma forma de sanção penal, com caráter preventivo e curativo visando a evitar que o autor de um fato havido como infração penal, inimputável ou semi-imputável, mostrando periculosidade, torne a cometer outro injusto e receba tratamento adequado”.

Existem duas espécies de medidas de segurança, uma delas é a submissão do agente a tratamento ambulatorial. Essa modalidade é aplicada aos casos em que se pratica condutas típicas punidas com pena de detenção. Conforme Salo de Carvalho (2015 p. 507), “a principal característica do tratamento ambulatorial é a imposição do acompanhamento médico-psiquiátrico sem a obrigatoriedade de que o paciente permaneça recluso na instituição”.

A outra modalidade é a internação em hospital psiquiátrico, que é aplicada quando a conduta típica praticada é punível com a pena de reclusão. Para Salo de Carvalho,

a forma penitenciária dos hospitais de custódia ou manicômios judiciais é reforçada na própria Lei de Execuções Penais, que não apenas reserva pouco espaço para a descrição da estrutura dessas instituições como, em relação ao ambiente e à infraestrutura material, remete explicitamente ao modelo carcerário”. (CARVALHO, 2015, pg. 506).

Para a doutrina majoritária, as medidas de segurança não têm a natureza jurídica de sanção penal, todavia, é indubitável que elas repercutem em privação do direito fundamental de liberdade, notadamente de locomoção, após a submissão do agente ao devido processo penal. Assim, ainda que se defenda a natureza terapêutica das medidas a proximidade entre pena privativa de liberdade e medidas de segurança, deve conduzir à aplicação os princípios informadores da pena analogicamente, entre os quais ganha destaque o princípio da individualização e a vedação de penas de caráter perpétuo ou degradante.

A forma de aplicação das medidas de segurança é controversa, tendo em vista que na ordem jurídica brasileira há previsão do princípio da individualização da pena, que preleciona que o juiz deverá realizar a dosimetria da pena para cada réu especificamente, de modo a arbitrar a sanção conforme a conduta praticada no caso concreto.

Como pena e medida de segurança são tipos de reações a ilícitos penais, devem se submeter à mesma principiologia, naquilo em que se compatibilizarem. O cerne da questão é que a decisão judicial é engessada por não existirem parâmetros objetivos para limitar a intervenção do Estado sobre a esfera de liberdade do indivíduo, algo que conduz a crítica da dogmática jurídico-penal ao menos desde o século XVIII.

Ora, se o agente que tinha plena consciência da ilicitude de seus atos tem direito à individualização e à aplicação da pena conforme a conduta praticada, não parece lógico que ao inimputável seja aplicada uma medida de segurança engessada,

sem sequer analisar a melhor forma de tratamento para sua doença mental ou transtorno mental incapacitante.

Diante disso pode-se dizer que as medidas de segurança são aplicadas tendo como base a gravidade em abstrato do fato, já que a distinção entre as medidas de segurança se relaciona com a previsão de punição do crime com pena de reclusão ou detenção, descuidando que mesmo essa previsão legal não é rígida, pois há previsão de regressão de regime, o que, em tese, permitiria ao apenado com pena de detenção, cumprir parte de sua pena em regime fechado.

Assim, ao que parece, a crítica é que a modalidade de medida de segurança aplicada tem como norte uma sistemática de cumprimento de pena privativa de liberdade, embora não valde um de seus cernes que é a limitação temporal e individualizada.

Outro ponto contraditório é a estipulação de tempo mínimo para que o agente permaneça em cumprimento das medidas de segurança. A contradição se dá por não haver um critério para se decidir qual será o quantum mínimo a ser cumprido. Ademais, tal cumprimento se faz obrigatório mesmo que no início da medida o agente esteja plenamente recuperado.

Essa prática sancionatória revela que a única finalidade de se estabelecer um período mínimo para o cumprimento da medida de segurança é a de infligir castigo a quem, mesmo sem estar ciente da reprovabilidade de sua conduta delituosa, sofre uma sanção criminal.

A esse respeito, a Lei de Execução Penal estabelece a possibilidade de se realizar o exame pericial a fim de se detectar a cessação da periculosidade mesmo antes do fim do período mínimo para o cumprimento da medida de segurança. No entanto, a lei é silente a respeito da providência que deve ser tomada caso se detecte que o agente não é mais perigoso, tendo em vista a obrigatoriedade do período mínimo.

Considerando que a pena aplicada ao agente imputável é um tipo de sanção em que há modalidades nas quais ocorre a privação

da liberdade, tal qual ocorre com a medida de segurança, é necessário tratar tais medidas de maneira materialmente igual. Destarte, deve também o sancionado com medidas de segurança ter acesso aos benefícios concedidos aos agentes imputáveis.

Já em relação ao tempo de cumprimento das medidas de segurança, o Código Penal de 1940, em seu Artigo 97, parágrafo primeiro, estabelece que o período de duração das medidas de segurança é indeterminado e que a condição para a desinternação é a cessação da periculosidade do agente.

A celeuma que envolve a duração das medidas de segurança ocorre porque existe uma vedação constitucional a penas de caráter perpétuo⁹. Tal restrição conforme MORAES (2017, p.298), “decorre do princípio de natureza temporária, limitada e definida das penas e compatibiliza-se com a garantia constitucional à liberdade e à dignidade humana.”

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, por meio do Habeas Corpus 107.432 se posicionou realizando uma interpretação analógica, de modo a entender adequado que o tempo máximo para o cumprimento das medidas de segurança fosse de trinta anos, conforme determina o Código Penal ao se referir à limitação temporal das penas privativas de liberdade.

O Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, editou, quanto ao tema, a Súmula 527, posicionando-se de modo divergente em relação ao Supremo Tribunal Federal. Reza a referida súmula que “o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

Nota-se que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça atendeu ao princípio da individualização da pena que, conforme MORAES (2017), estabelece a obrigatoriedade de ser ela proporcional ao delito praticado, o que também reforça o princípio

⁹ Artigo 5, inciso XLVII, alínea b da Constituição da República.

da reserva legal, segundo o qual não deve haver pena sem prévia cominação em lei.

Tendo em vista ser a limitação temporal das medidas de segurança o ponto central desse trabalho, será necessário realizar a sua análise sob o ponto de vista constitucional, o que significa ter como parâmetro o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento maior da República Federativa do Brasil.

1.4 A dignidade humana como vetor constitucional

A Dignidade da Pessoa Humana foi inserida na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo elevada ao grau de meta-princípio tendo em vista a sua utilidade como meio interpretativo dos demais princípios constitucionais.

Para Fernandes, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

irradia valores e vetores de interpretação para todos os demais direitos fundamentais, exigindo que a figura humana receba sempre um tratamento moral condizente e igualitário, sempre tratando cada pessoa como fim em si mesma, nunca como meio (coisa) para a satisfação de outros interesses ou interesses de terceiros. (FERNANDES, 2017, p. 408)

Admitida como algo inerente ao ser humano, na concepção de Immanuel Kant (2003), a dignidade é tida como um atributo que não é possível valorar, visto que se relaciona intimamente com a liberdade que o indivíduo tem de se autodeterminar.

Por outro lado, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como vetor constitucional implica em um dever de prestação tanto por parte do Estado, que deve implantar políticas a fim de assegurar as liberdades individuais, como da sociedade que exerce a prestação negativa de não interferir nas escolhas pessoais.

Nota-se, portanto, que o Princípio da Dignidade Humana serve de limitação do poder estatal e está intimamente ligado à autonomia do indivíduo.

Nos dizeres de Sarlet:

Considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer ser humano física e mentalmente capaz” (SARLET, 2011, p.31)

O Princípio da Igualdade, como descrito no Artigo 5º da Constituição, é deveras relevante para a promoção da dignidade aos seres humanos. Nesse sentido, SILVA (2013) assinala que, embora as pessoas estejam eivadas de diferenças entre si, o que as iguala é o fato de pertencerem à mesma espécie humana e, por isso, é importante estabelecer um tratamento igualitário entre elas.

Ainda conforme SILVA (2013), o mandamento constitucional segundo o qual consta a exigibilidade de se aplicar o princípio da igualdade é primeiramente dirigido ao legislador, vez que os demais destinatários da norma devem obediência ao que já fora legalmente previsto.

Destarte, para que se possa tratar o deficiente de forma igualitária é necessário que se estabeleça uma conceituação para delinear melhor quem são esses indivíduos. Para tanto, a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência¹⁰, estabeleceu que:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de

10 A Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência figura no bloco de constitucionalidade brasileiro, pois foi aprovada sob o rito previsto no artigo 5º, §3º, CF, dessa forma, deve necessariamente condicionar o tratamento jurídico penal conferido às pessoas com deficiência.

condições com as demais pessoas. (Artigo 1º da Convenção Internacional das Pessoas com Deficiência).

Além da conceituação, a referida norma internacional define que a discriminação por motivos de deficiência abrange, dentre outras situações, a diferenciação ou restrição do exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais.

Por meio desse pacto, do qual o Brasil é um dos signatários, os Estados se comprometem à promoção da não-discriminação da pessoa com deficiência, e, tendo em vista esse compromisso, a promoção da igualdade entre os indivíduos se encontra para além da vontade estatal.

A Convenção trouxe ao ordenamento pátrio uma mudança nos critérios para se conceber a capacidade civil, a fim de assegurar a autodeterminação. Entretanto, no campo penal a mudança ainda é pouco significativa, principalmente no que se refere ao tratamento dispensado ao autor de condutas delituosas quando portador de doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Analisando as medidas de segurança sob a ótica da dignidade humana, e após a Constituição de 1988, resta evidente que a falta de limitação temporal vai além do tratamento dispensado ao indivíduo. Tal afirmativa pode ser confirmada quando, na Exposição de Motivos do Código Penal, nota-se que a medida de segurança foi estabelecida considerando apenas o critério da periculosidade.

Ademais, é possível observar traços de retributividade quando, na Exposição de Motivos do Código Penal, se reconhece o crescente movimento desinstitucionalizador, mas se desconsidera a possibilidade de eliminação da forçada internação manicomial. Curioso notar que, a fim de se minimizar os traços retributivos, tal Exposição de Motivos permitiu a possibilidade de tratamento ambulatorial para agentes que cometam crime punível com pena de detenção.

Em que pese a transferência do agente submetido a tratamento ambulatorial para a internação hospitalar, vale observar que no Código Penal há a possibilidade de desinternação, entretanto, ela fica condicionada à prática de ato que indique a persistência da periculosidade do agente no lapso temporal de um ano após a desinternação. Também prevê o referido Código a possibilidade de o juiz determinar a internação para fins curativos.

Tendo em vista que a medida de segurança na modalidade de tratamento ambulatorial ocorre também por prazo indeterminado, o sujeito será observado perpetuamente, podendo a qualquer momento ser internado em manicômio, mesmo que não haja novo cometimento de crime.

Ora, se o agente caracterizado pela imputabilidade quando comete conduta tipificada como crime ou contravenção penal tem a proteção legal da fixação máxima da pena, deve também o agente inimputável dispor da mesma garantia, tendo em vista que a medida de segurança impõe privação coercitiva de liberdade.

Deve-se ressaltar que o argumento de que a medida de segurança é instrumento terapêutico tampouco poderia levar ao indefinido isolamento do agente. Essa compreensão tem sido defendida desde o final da década de 1980 pelo Movimento Nacional da Luta Antimanicomial, organização que busca evitar o isolamento dos indivíduos, proporcionando um tratamento socialmente inclusivo, apto a assegurar o acesso à cidadania.

Nota-se, enfim, que o cometimento de uma conduta delituosa não pode, por força das normas constitucionais e internacionais, afastar a condição humana do apenado, visto que tanto Estado quanto a sociedade têm por obrigação respeitar a sua dignidade.

Conclusão

Conclui-se que a atual forma de aplicação das medidas de segurança fere a dignidade humana, uma vez que trata o portador

de doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado em confronto com a lei penal como alguém desprovido de dignidade.

Esse tratamento vai de encontro ao que prevê tanto a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência quanto a Constituição Federal, pois tais normas trazem regras e princípios que visam ao tratamento igualitário do deficiente em relação aos demais membros da sociedade.

Destarte, quando a pessoa com deficiência mental entra em conflito com a legislação penal deve ela ter tratamento processual semelhante ao que é dado a quem não é deficiente, gozando do direito a ter sua pena dosada de forma proporcional ao ilícito cometido de modo que haja a devida limitação temporal para o seu cumprimento.

Deve-se igualmente atentar para o fato de que essas pessoas quando praticam um ilícito precisam ser tratadas de modo que tenham a oportunidade de se medicar, voltando tão logo ao convívio familiar e social. Em relação a isso, sugere o Estatuto da Pessoa com Deficiência tratamentos que tentem, ao seu máximo, inibir a internação manicomial.

Como mecanismo jurídico de promoção da dignidade dos indivíduos com doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, sugere-se, em um primeiro momento, que o Poder Judiciário se comprometa com o tratamento digno das pessoas com deficiência que cometam ilícitos penais, recrudescendo o debate entre os tribunais superiores a fim de que sejam harmonizados os entendimentos desses tribunais, proporcionando simultaneamente respeito à individualização das medidas de segurança, maior segurança jurídica, menor arbítrio estatal e, perpassando tudo isso, maior respeito aos indivíduos.

A longo prazo, é forçoso reconhecer que será necessária a positivação legal a respeito da aplicação das medidas de segurança, sem a qual elas não poderão cumprir o seu papel de tratamento do

indivíduo, visando minimizar os problemas mentais para que ele seja reinserido na sociedade.

Referências

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado De Direito Penal: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código criminal do Império do Brasil, Lei de 16 de dezembro de 1830**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Consultado em 24 de julho de 2017.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em: file:///D:/Arquivos/Downloads/000750858.pdf. Consultado em 24 de julho de 2017.

BRASIL. **Código Penal de 1940 versão original**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>. Consultado em 29 de julho de 2017.

BRASIL. **Código Penal de 1984 versão original**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181608>. Consultado em 30 de julho de 2017.

BRASIL. **Decreto 1132 de 22 de dezembro de 1903**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1132-22-dezembro-1903-585004-publicacaooriginal-107902-pl.html>. Consultado em 29 de julho de 2017.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Código Penal de 1940**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Consultado em 29 de julho de 2017.

BRASIL. **Ordenações Filipinas, livro V, Título 68, Dos Vadios**. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1216.htm>. Consultado em 24 de julho de 2017.

FERNANDES, Bernardes Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador, JusPodivm: 2017.

FERRARI, Eduardo Reale. **Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. **(RE)Pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 2003. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: teoria geral**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal**. 13 Ed. Rio de Janeiro, Forence: 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

O respeito à diferença no direito internacional privado

Mayra Thais Andrade Ribeiro¹

Introdução

O Direito internacional Privado (DIPr) apresenta-se como a orientação mais próxima e compatível para a solução de um caso que envolva mais de um ordenamento jurídico, ou seja, conectado internacionalmente ou plurilocalizado. A Convenção de Roma de 1980 sobre a Lei aplicável às obrigações contratuais, a Lei italiana, a Lei venezuelana e a Convenção interamericana de 1994 sobre direito aplicável aos contratos, já determinavam que, no que tange ao direito internacional privado, as obrigações convencionais devem se reger pelo direito que as vincule mais fortemente de maior proximidade. O DIPr fundamenta-se no princípio da proximidade, segundo o qual a cada situação transnacional o julgador deverá se orientar conforme a lei que seja melhor e mais útil, que tenha mais aproximação com a pessoa, causa ou à questão jurídica. Seria um princípio que orienta a solução do conflito de leis na escolha do ordenamento jurídico a ser aplicado.

A mudança e a evolução do pensamento em direito internacional privado podem ser percebidas pela alteração da conexão mais importante a que rege a pessoa física em seu estado,

¹ Doutora e Mestre em Direito Público, Direitos Humanos, Processo de Integração e Constitucionalização do Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Especialista em Estudos Diplomáticos pelo Centro de Direito Internacional (CEDIN). Professora Universitária e Advogada. Email: mayrathais@gmail.com

capacidade e questões de direito de família que foi da lei nacional para lei do domicílio e desta para a lei da residência habitual como sendo mais apropriada a acompanhar a pessoa em sua jornada de vida, cuja evolução dos meios de transporte e comunicação fizeram com que tornássemos cada vez mais plurilocalizados.

Além da proximidade da lei com a pessoa, à causa, ao contrato, entre outros elementos plurilocalizados, percebe-se que o princípio da proximidade relaciona-se com a aproximação entre os povos, pessoas plurais e diversas relacionando-se das mais variáveis formas em comunicações e transações comerciais e civis ao redor do mundo. A importância desta pesquisa destaca a aproximação das leis de direito privado entre os Estados da América Latina e da Europa, principalmente, em razão da cooperação jurídica entre eles em questões de início comerciais, mas se expandiram e refletiram na proteção dos direitos humanos.

1. A aproximação dos estados respeitando as diferenças nas relações do direito privado transnacional

O pensamento do direito internacional privado faz com que deva aplicar a legislação, costume e valores do direito estrangeiro, respeitando-se a lei de outro Estado, distinto do foro e, desta forma, tolerando-se o diferente, sendo uma contribuição relevante para limitar ou por fim ao ódio. Tal entendimento reflete o que defendia Goldschmidt, jurista que escapou da Alemanha nazista e da Espanha fascista, vindo a se refugiar na Argentina advogando pela tolerância para que se respeite a aplicação do direito diferente, de outro povo, considerando que “o direito internacional privado baseia-se na tolerância do estrangeiro que é permitido viver entre nós de acordo com seu próprio modo de ser.” (GOLDSCHMIDT, 1990, p. 18).

O DIPr de cada Estado se mostra de extrema valia por indicar qual ordenamento jurídico (seja ele indígena ou estrangeiro) será efetivamente aplicado à solução do litígio, declarar direito ou extinguir obrigação. Tal indicação sobre qual lei

deverá ser competente para reger as situações plurilocalizadas – que incidem sobre mais de um ordenamento jurídico – são os denominados elementos de conexão, que são normas estabelecidas pelo próprio direito internacional privado para serem aplicadas a uma ou várias relações jurídicas afetadas por mais de um ordenamento jurídico. Alguns dos principais elementos de conexão são destacados como: *Lex patriae*, a lei da nacionalidade da pessoa física; *Lex domicilli*, a lei do domicílio; *Lex loci actus*, a lei do local do ato jurídico; *Lex fori*, a lei do foro onde corre a demanda jurídica entre as partes; *Lex loci contractus*, a lei do local onde o contrato foi firmado; *Lex loci delicti commissi*, a lei do local da prática do ato ilícito. (CASTRO, 2008).

Ressalta-se que a partir da doutrina e da jurisprudência a aplicação do DIPr tem feito um movimento de se manter cada vez mais próximo da pessoa, acompanhando-a em sua circulação cujo fluxo tem aumentado ao redor do mundo, portanto, utiliza-se bastante como elemento de conexão o local da residência habitual e não o domicílio permanente, bem como tem-se consagrado o princípio da autonomia das partes que poderão escolher a lei a ser aplicada aos seus contratos.

Os princípios do DIPr orientam seu sistema de aplicação do direito para os casos plurilocalizados, tais como o princípio do Reenvio, que é uma cláusula de exceção em que se recusa o direito indicado na regra de conexão por ser este um ordenamento jurídico muito fraco e distante da relação jurídica apresentada, considerando a lei estrangeira incompatível com a filosofia jurídica do foro. Há o princípio da Ordem pública, uma cláusula de exceção que afasta a aplicação do direito estrangeiro para proteger valores morais nucleares do ordenamento jurídico do foro, para que não haja resultados inconstitucionais e que firam direitos fundamentais. O princípio da Qualificação identifica em qual matéria específica a relação jurídica relaciona, seja questão de nacionalidade, domicílio, residência, local do contrato, a partir daí pode-se localizar a sede jurídica e seu elemento de conexão. O

princípio dos Direitos adquiridos defende que há mobilidade nos direitos conferidos nas relações jurídicas de modo que deverão ser respeitados e ter seus efeitos refletidos em um ordenamento jurídico distinto posterior. E o princípio da Proteção que determina a aplicação da lei conforme o melhor interesse das pessoas protegidas. (DOLINGER, 2003; 2009).

Existem diversas formas de convergência e diálogos normativos entre os Estados, de modo que se alcancem possibilidades de terem um direito internacional privado similar ou bem próximo a fim de se reduzirem os conflitos aparentes de normas que incidem sobre relações jurídicas privadas em casos plurilocalizados. Para aproximar os Estados e fixar um paradigma normativo a fim de se propor a operacionalização das relações vislumbrou-se alguns dos principais mecanismos que podem estar presentes na sistematização das normas, como: codificação, unificação, uniformização e harmonização.

A codificação é um processo histórico e cultural com reflexos políticos e jurídicos que objetiva regular ordenadamente a legislação esparsa anteriormente produzida, para tornar mais fácil e prática a compreensão e o manejo das normas, principalmente para os seus destinatários. Há os que defendem que uma codificação das normas de direito internacional privado caberia entre Estados com identidade e características muito próximas, como numa integração regional. (RODAS; MONACO, 2007).

A unificação é um processo verticalizado e compulsório que a partir da fusão dos diferentes sistemas jurídicos substitui-se por um único e idêntico modelo, assim há uma alteração orgânica e estrutural das normas. Por esta razão é considerada mais rígida e, portanto, pode trazer mais resistência para a sua implementação nos Estados. Justifica-se tal unificação quando os problemas combatidos são os mesmos ou semelhantes entre os Estados, que elaboram tratados, convenções ou regulamentos, de modo que a interpretação e a aplicação de seu conteúdo sejam as mesmas entre os membros. As regras antes conflitantes nos Estados são trocadas

por uma só regra a exemplo dos Regulamentos n.º 593/2008 (Roma I) e n.º 864/2007 (Roma II) sobre a lei aplicável às obrigações contratuais e Regulamento n.º 1259/2010 sobre a lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial, todos no âmbito da União Europeia. Unificam-se regras para lidar com disputas que envolvem elemento estrangeiro e por ser em determinadas áreas ou matérias do direito internacional privado pode-se considerar como unificação parcial das normas. Ressalta-se que tal mecanismo pode auxiliar a reduzir a existência de paralelismos e uma gama de normas internacionais versando sobre uma mesma questão. (NASCIMENTO; MUNIZ, 2012).

A uniformização visa aproximar as leis dos Estados em temas gerais ou específicos para que haja soluções comuns. Pode haver uniformização de forma espontânea, quando há coincidência entre direitos de dois ou mais Estados, ou de forma natural, casual por terem a mesma influência normativa ou, ainda, quando os Estados adotam total ou parcialmente ordenamentos jurídicos clássicos. Diferentemente da unificação, não há negociações para se adotar uniformizar normas semelhantes, mas observa-se a existência de influências comuns que faz com que instituições jurídicas podem ser uniformizadas, geralmente por tratarem de natureza internacional. Há diversas entidades criadas para aproximar as leis dos Estados em temas gerais ou específicos, tais como a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, as Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado e a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. (DOLINGER, 2008; BASSO, 2011).

A harmonização é uma proposta de aproximação normativa mais flexível para reduzir as diferenças legais entre os Estados sobre certos temas. É feita através de instrumentos normativos mais flexíveis como diretivas, leis modelos e princípios. Não exclui a ocorrência de uma unificação ou uniformização, mas é mais flexível que essas. As diferenças entre as leis dos Estados sobre

uma área específica são reduzidas ao mínimo, ou seja, estão em harmonia entre si. Este movimento pode ser feito entre grupos de Estados ou mesmo por cada Estado internamente através de seu poder legislativo no trabalho de reduzir as disparidades existentes no seu ordenamento jurídico. (VALLADÃO, 1970; CASELLA, 1998).

Cabe salientar que não se pretende alcançar um universalismo no direito internacional privado que elimine as particularidades de cada Estado. Tais procedimentos e movimentos não se referem à difusão de uma crença de que só há uma verdade que deva ser imposta sobre outra, isto porque as diferenças entre os povos e sua organização normativo-social existem e são necessárias, pois contribuem para a evolução e heterogeneidade das leis. O que se propõe é uma coesão de certos aspectos de leis que facilite o diálogo transacional. Como se depreende da afirmação de Casella (1998), abaixo transcrita:

A harmonização, unificação e uniformização do direito não se colocam como fins em si mesmas; seria supérfluo, como utópico, pensar em sistemas fechados, teoricamente perfeitos – trata-se, antes, de alcançar a adequação entre meios e fins. Mais do que pretender total alinhamento, trata-se de aparar e eliminar arestas, permitindo convivência harmônica dos sistemas, nos quais desempenham papel vital as normas de conflito. (CASELLA, 1998, p. 89).

A realidade mostra que se deve defender a tolerância e a compreensão do diferente, lidando com a diversidade de culturas, normas e valores dos vários povos. O direito internacional privado e o direito comparado têm trabalhado neste sentido. Portanto, códigos, leis internas e convenções têm criado cada vez mais o direito internacional privado, cujas regras de conexão auxiliam na escolha do ordenamento jurídico mais apropriado para cada situação jurídica. (DOLINGER, 2009).

Por tais aspectos plurais tem-se que as fontes que originam o direito internacional privado também são diversas que podem ser

classificadas didaticamente - dentre várias divisões doutrinárias - como fontes autônomas (ou nacionais) produzidas pela legislação interna de cada Estado, tais como as constituições, os códigos civis e os processuais civis, a legislação infraconstitucional, dentre outras regulamentações válidas dentro dos ordenamentos jurídicos nacionais, além dos costumes, doutrina e jurisprudência. E as fontes heterônomas (ou internacionais) emitidas por agentes externos aos Estados, tais como as normas oriundas dos tratados e convenções internacionais bilaterais (entre dois Estados) ou multilaterais (entre mais de dois Estados tal como ocorre nas Organizações Internacionais e Regionais), além dos costumes, doutrina e jurisprudência. Todas as fontes coexistem e devem contribuir na aplicação do direito internacional privado por isso defende-se o diálogo das fontes para que ao invés de orientar os fatos anormais acabem por causar confusão e incompreensão.

E sobre o conflito das fontes deve-se buscar a harmonização de sua convivência, não apenas excluir ou substituir a norma hierarquicamente inferior pela superior, a norma geral pela específica ou a norma antiga pela nova. Propõe-se, assim, o diálogo e a coordenação entre essas. Por sua complexidade e importância, o desenvolvimento do diálogo e da harmonização das normas de direito internacional privado é feito nos moldes da cooperação jurídica, pois o objetivo dessas normas é estabelecer a repartição de competências entre os sistemas jurídicos e jurisdicionais dos Estados que estejam interessados em reger uma mesma situação e relação fática e/ou jurídica que lhes dizem respeito, seja por tratar-se de direitos indisponíveis dos cidadãos ou das relações de comércio transnacionais.

2. Tolerar o diferente a partir da uniformização internacional do direito privado no continente americano

A cooperação jurídica internacional é “o conjunto de medidas e mecanismos pelos quais órgãos competentes dos

Estados solicitam e prestam auxílio recíproco para realizar, em seu território, atos pré-processuais ou processuais que interessem à jurisdição estrangeira.” (ABADE, 2013, p. 28).

Portanto, é a verdadeira face comprobatória de que os Estados não atuam mais diante do antigo sistema westphaliano, ou seja, as soberanias não estão mais apoiadas em pequenos Estados que vislumbram a possibilidade de se sustentarem exclusivamente por seus próprios recursos, regras e relações entre os seus cidadãos e sem relacionar com outros Estados ou compartilhar competências com organismos internacionais.

Atualmente a soberania dos Estados passa por uma transformação segundo a qual acima do poderio dos Estados encontra-se a proteção da dignidade da pessoa humana e a autonomia dos povos. E as relações internacionais pautam-se em negociações que podem ensejar no compartilhamento de soberanias através da atribuição de competências aos órgãos criados pelos próprios Estados no âmbito dos blocos regionais ou das organizações internacionais que visam à manutenção do sistema internacional, visto que este, ainda, não possui uma ordenança universal, pelo que se ser um sistema anárquico.

Para que o diálogo fosse mais acessível e tornasse a aplicação das normas mais céleres (sem se excluir direitos) conforme as transações internacionais fossem se desenvolvendo, houve um movimento nos séculos XIX e XX pela codificação de temas específicos. Estudiosos angariaram esforços para que o projeto de harmonização normativa pela unificação de normas do direito internacional privado tivesse êxito.

O enfoque dos trabalhos de harmonização e uniformização do DIPr seguiram duas metodologias conforme as manifestações dos representantes dos Estados. De um lado havia a defesa de criarem-se normas gerais sobre toda a matéria de direito internacional privado; por outro lado defendia-se um processo paulatino de criação de normas sobre temas específicos (como relações familiares, comércio, sucessão, contratos) buscando-se um

desenvolvimento gradual da disciplina em sua forma unificada nos Estados.

Tal processo de uniformização no Continente Americano pode ser sistematizado em quatro etapas que possuem particularidades que podem identificadas em cada momento específico. A primeira etapa inicia-se no Congresso de Lima (1877-1878) no Peru, convocado pelo governo peruano, sob influência dos estudos do internacionalista Pasquale Mancini, na tentativa de uniformizar a legislação privada, que ficou conhecido como a primeira conferência diplomática a firmar um tratado multilateral sobre o direito internacional privado. Não foi visto com bons olhos por todos os representantes governamentais, pois havia disparidades pela própria falta de codificação civil em uns Estados enquanto outros já tinham seus códigos civis em vigência². Foram representados os seguintes Estados: Argentina, Bolívia, Chile, Cuba, Equador e Peru. (SIQUEIROS, 1982).

A discussão se dividia entre os principais elementos de conexão nacionalidade *versus* domicílio e o objetivo geral não era a uniformização das legislações domésticas, mas padronizar os critérios de indicação das leis aplicáveis nos casos anormais, envolvendo concurso de jurisdições entre países. Ressalta-se que no decorrer das negociações foram observadas as particularidades de cada Estado à medida que indicavam a partir de sua legislação pátria as circunstâncias especiais que impediam tal conformidade segundo as disposições para a solução dos conflitos. Ao final foi elaborado um tratado estabelecendo regras uniformes de direito internacional privado em sessenta artigos sobre estado e capacidade das pessoas, casamento, sucessão, atos jurídicos,

² Brasil não compareceu com seus representantes. À época o Estado não possuía um código civil codificado e sob os argumentos de que os objetivos de unificação das normas privadas iriam além das leis dos Estados latino-americanos abrangendo uma diversidade de povos, dever-se-ia realizar uma Conferência internacional e não apenas um congresso voltado para o continente americano. (VILLELA, 1984).

jurisdição penal, legalização e execução de sentenças estrangeiras. Ocorre que apenas o Peru ratificou o referido tratado.

Buscava-se superar os obstáculos gerados pela disparidade de metodologias entre os Estados do continente americano a partir da criação de uma legislação uniforme que facilitaria as relações civis entre os particulares ou que fosse estabelecida uma lei comum capaz de dirimir os obstáculos quando não os suprimissem. (SIQUEIROS, 1982).

Na segunda etapa de uniformização, Argentina e Uruguai convocaram a realização do Congresso de Montevideú (1888-89), que com a participação de Bolívia, Peru, Chile e Brasil, discutiram sobre o desenvolvimento deste processo no continente americano e foi um dos fundamentos que deram origem posteriormente à Conferência Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP), que realiza encontros regularmente desde 1975 no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) e, mais recentemente, o bloco Mercosul (Mercado Comum do Sul) também discute tal uniformização em sua integração regional.

Durante os Congressos na cidade de Montevideú foram assinados oito tratados: Tratado de Direito Civil Internacional; Tratado de Direito Comercial Internacional; Direito Penal Internacional; Tratado de Direito Processual Internacional; Tratado de Propriedade Literária; Tratado de Marcas de Comércio e Fábrica; Convenção Sobre o Exercício de Profissões Liberais; Protocolo Adicional. Estabeleceu-se uma série de princípios indicando a norma a ser aplicada em uma relação jurídica anormal (envolvendo ordenamentos jurídicos de dois ou mais países). O domicílio das partes, nas questões envolvendo bens ou contratos, por exemplo, seria o elemento de conexão majoritariamente a ser observado. Com a ratificação de grande parte dos estados presentes os tratados alcançaram vigência internacional. O Brasil não ratificou nenhum dos tratados, pois discordava do critério domicílio visto que à época em seu ordenamento jurídico a

concepção territorialista não predominava. (SIQUEIROS, 1982; VILLELA, 1984; JAEGER JUNIOR, 2006).

No mesmo ano de 1889 os Estados Unidos da América (EUA) convocaram a Primeira Conferência Pan-americana de Washington cujo interesse inicial seria criar uma união aduaneira junto aos demais Estados do continente americano, o que não ocorreu, no entanto, tornou-se a gênese da criação da futura OEA. Nesta Primeira Conferência Pan-americana foram abordados temas específicos relacionados ao direito internacional privado além da elaboração de uma resolução determinando que os Estados membros aderissem aos Tratados de Montevideú e caso não o fizessem deveriam explicitar suas justificativas. Durante a Segunda Conferência ocorrida no México em 1902 elaborou-se uma Convenção para formar códigos de Direito Internacional Público e Privado, estabelecendo uma comissão de juristas do continente americano e do europeu para tratar de um Acordo sobre a proteção de obras literárias e artísticas e outro sobre intercâmbio de publicações oficiais e científicas e literárias e artísticas. Por não obter o número suficiente de assinaturas não logrou êxito. (SIQUEIROS, 1982; JAEGER JUNIOR, 2006).

Posteriormente foi convocada a Terceira Conferência Pan-americana no Rio de Janeiro em 1906, que criou uma junta de juristas que tinham a competência de firmar dois códigos: um de direito internacional público e outro de direito internacional privado. A Quarta Conferência Pan-americana ocorreu em Buenos Aires em 1910, ampliou e aperfeiçoou os textos da conferência anterior e foram assinados os Tratados sobre Patentes de invenção, desenhos e modelos industriais e uma Convenção sobre Marcas de Fábrica. Em 1923 na cidade de Santiago, no Chile foi realizada a Quinta Conferência Pan-americana, que reafirmou os compromissos anteriores e criou uma nova Convenção para a proteção de marcas de fábrica, comércio, agricultura e nomes comerciais. Foi emitida uma resolução que criou a Alta Comissão Interamericana que deveria prosseguir com os trabalhos de

unificação dos princípios e interpretações do direito comercial marítimo. (SIQUEIROS, 1982).

Em 1924 e 1927 foram realizadas reuniões nas cidades de Lima, e Montevideu pelo Instituto Americano de Direito Internacional que com seus especialistas no tema, teve a incumbência de preparar projetos de codificação, um de direito internacional público do jurista chileno Alejandro Alvarez e outro de direito internacional privado do internacionalista cubano Antonio Sánchez de Bustamante. Durante a Sexta Conferência Pan-americana em 1928 em Havana o projeto de codificação de Antonio Bustamante foi aceito e denominado de Convenção de Direito Internacional Privado de Havana (ou Código Bustamante), com 437 artigos, explicitou os trabalhos em prol da unificação dos elementos de conexão do direito privado entre os Estados do continente Americano. Há autores que destacam que o Código Bustamante conciliou os princípios do domicílio e da nacionalidade na chamada fórmula Bustamante do artigo 7º, ao determinar que cada Estado membro aplicasse como leis pessoais as do domicílio, as da nacionalidade ou as que tenham adotado ou adotassem futuramente em sua legislação interna. (VILLELA, 1984).

O Código Bustamante contém regras gerais em direito civil internacional, direito comercial internacional, direito penal internacional e direito processual internacional. Ao fim do seu texto há inúmeras declarações e reservas dos Estados sobre os temas que não seriam afetados pelo Código. As referidas reservas foram 15 no total e receberam críticas por serem bastante gerais sobre as legislações presentes e futuras de cada Estado, que praticamente retiraram todo o alcance da obra codificadora, o que reduziu bastante seu âmbito de aplicação para dez Estados latino-americanos, sendo oito da América Central. (VILLELA, 1984).

A terceira etapa do processo de uniformização no continente americano inicia-se com a realização das sétima e oitava Conferências Pan-americanas (1933-1938), segue com a aprovação dos Novos Tratados de Montevideu (1939-1940) que atualizaram

os de Montevideu de 1889 e assinaram tratados sobre asilo e refúgio, propriedade intelectual e uma convenção sobre o exercício das profissões liberais. Participaram Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai, Peru e Uruguai. Em 1940 Brasil e Colômbia se juntaram aos demais Estados membros e participaram da elaboração dos tratados sobre direito penal internacional, direito da navegação comercial internacional, direito comercial terrestre internacional e direito civil internacional. Contudo, o Brasil não assinou e sequer ratificou os tratados de Montevideu de 1940, tal como não o fez nos tratados de 1889. (JAEGER JUNIOR, 2006).

A quarta etapa de uniformização do direito internacional privado nas Américas começa a partir da Primeira Conferência Especializada de Direito Internacional Privado (CIDIP - I), no Panamá, em 1975, convocada pela Assembleia Geral da OEA. Voltava-se para elementos de aproximação mais gradual inserindo nas pautas temas de conflitos de leis e projetos de legislação uniforme, tendo em vista o grande número de tratados sobre direito internacional privado e seus textos que ficavam cada vez mais obsoletos transformando o que era um trabalho de harmonização em uma verdadeira confusão normativa que desorientava ao invés de guiar os Estados. (VILLELA, 1984; JAEGER JUNIOR, 2006).

Os trabalhos sobre transações comerciais internacionais foram adiados dando mais ênfase às questões relativas ao direito civil, processual e à cooperação jurídica internacional, sob os quais foram assinados seis tratados, como: Convenção Interamericana sobre notificações e cartas rogatórias; Convenção Interamericana sobre recepção de provas no exterior; Convenção sobre conflitos de leis em matéria de letras de câmbio, notas promissórias e faturas; Convenção sobre conflitos de leis em matéria de cheques.

A Assembleia Geral da OEA convocou a Segunda Conferência Especializada (CIDIP -II) em 1979 na cidade de Montevideu, na qual se elaborou oito tratados, ratificados por um número expressivo dos Estados membros da OEA. O direito processual,

comercial e a teoria geral do direito internacional privado foram os principais temas abordados, resultando em diversas Convenções, tais como: Protocolo adicional à Convenção interamericana sobre notificações e cartas rogatórias; Convenção Interamericana sobre eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros; Convenção Interamericana sobre conflitos de leis em matéria de sociedades mercantis; Convenção Interamericana sobre normas gerais de direito internacional privado; Convenção Interamericana sobre domicílio das pessoas físicas no direito internacional privado. (SIQUEIROS, 1982).

Buscando a eficiência na aplicação do direito internacional privado na região, os códigos gerais e intocáveis deveriam ser substituídos por textos mais objetivos, específicos e simplificados de claro entendimento e facilidade de aplicação. O consenso entre americanos do norte, do centro e do sul era o objetivo das CIDIPs, e para que a harmonização do direito internacional privado lograsse êxito foi inserida uma cláusula na CIDIP-II que incluída em cada Convenção ali aprovada limitava o uso das reservas dos Estados membros, de modo que sua aplicação fosse mais abrangente do que foi o Código Bustamante: “Cada Estado poderá formular reservas a esta Convenção no momento de assiná-la, ratificá-la ou a ela aderir, desde que a reserva verse sobre uma ou mais disposições específicas e que não seja incompatível com o objetivo e fim da Convenção.” (BRASIL, 1994).

O que parece ter sido construído neste processo de uniformização do direito internacional privado foi uma setorização deste ramo do direito em temas específicos. Isto pode ser considerado como uma descodificação, um desmembramento vez que os grandes códigos dão lugar às normas especiais como contratos, cumprimento de sentenças, comércio, sucessões, divórcio, proteção da criança entre outros.

As atividades de cooperação para a uniformização do direito internacional privado seguiram tendo-se como base a proposta de uma cooperação jurídica internacional entre os Estados nas

situações que envolvam normas, procedimentos, partes e outros elementos que se vinculam a mais de um ordenamento jurídico soberano, mas que cada um deles indique qual seria o ordenamento jurídico a ser utilizado, em comum acordo, para a melhor solução do litígio resguardando garantias fundamentais e garantindo o cumprimento das obrigações entre as partes.

3. O movimento de tolerância e uniformização no continente europeu em matéria de direito internacional privado

Através da uniformização não se pretendeu reduzir tudo à unidade (um reducionismo incompatível com a pluralidade dos sistemas normativos estatais) e sim promover a interação entre os Estados para garantir mais democracia, respeito e igualdade nas relações sociais que se tornam mais complexas devido ao aumento do dinamismo da comunicação e tecnologia global. Aplicou-se a hermenêutica dos direitos humanos na construção das normas do direito internacional privado, pois nos pilares da dignidade da pessoa humana não se legisla para privilegiar um grupo ou outro, não se visa institucionalizar privilégios, mas demonstrar o respeito àqueles que sofreram um passado de discriminações como mulheres, idosos, crianças, negros entre outros que devem ser respeitados em sua dignidade humana tanto quanto os demais.

Traçando um paralelo com o continente americano, observa-se que no continente europeu podem ser destacados dois instrumentos normativos de cooperação na União Europeia (UE) visando à harmonização normativa no direito internacional privado, quais sejam: a Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada na cidade de Roma em 1950 e; os Tratados da União Europeia, cuja última versão foi adotada em Lisboa em 2007, em vigor a partir de 2010.

A Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950) determinou a

criação de um Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o que ocorreu em 1959, tornando-se órgão permanente em 1998 com sede na cidade de Estrasburgo. Esta Corte atua de forma independente e imparcial (não representa os Estados), e analisa demandas sobre aplicação do direito comunitário europeu e em suas atividades consagrou o princípio de proteção dos direitos fundamentais pelo ordenamento jurídico comunitário. Segundo tal princípio, os direitos fundamentais garantidos pelas Constituições internas dos Estados membros do bloco serão protegidos em nível comunitário, vez que este respeitará os direitos essenciais para uma vida digna destinados aos sujeitos tutelados pelos Estados e suas instituições, sejam elas nacionais, internacionais ou comunitárias. Sobre a importância da tutela desses direitos, afirma Cançado Trindade (2006):

O denominador comum [da agenda mundial] tem sido a atenção especial às *condições de vida* da população (particularmente dos grupos vulneráveis, em necessidade especial de proteção), daí resultando o reconhecimento universal da necessidade de situar os seres humanos de modo definitivo no centro de todo processo de desenvolvimento. (TRINDADE, 2006, p. 111).

Nas atividades da Corte sobre os casos afetos ao direito internacional privado há entendimentos jurisprudenciais principalmente no sentido de analisar os elementos de conexão dos casos anormais e indicar a norma a ser aplicada, que é chamada neste sistema de norma neutra, pois não decide sobre a matéria no caso concreto apenas indica qual ordenamento jurídico traz pra si a competência para incidir. Esta chamada neutralidade das normas do direito internacional privado não foi reconhecida por todos os membros da UE, principalmente pelas Cortes constitucionais de Alemanha e Itália que perceberam disparidades de critérios nos elementos de conexão no direito de família em que certos ora indicavam normas favoráveis ao marido ou pai discriminando a

situação da mulher e da mãe em divórcios, guardas, entre outras questões. (CLERICI, 2011).

A atuação determinante Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sobre o direito internacional privado pauta-se no reconhecimento e na execução de sentenças estrangeiras, sempre verificado as condições formais para dar efetividade das sentenças sob o controle de conformidade com os direitos humanos, principalmente nos casos em que os Estados negam execução de sentença estrangeira sem motivos plausíveis. (UNIÃO EUROPEIA, artigo 46 do Protocolo adicional 11, 1994).

O referido Tribunal de Justiça, com sede permanente em Luxemburgo, possui a competência de interpretar e aplicar o direito comunitário criado no bloco europeu; promover a anulação de atos legislativos europeus dos Estados que descumprirem o direito comunitário; determinar ações dos organismos europeus conforme os objetivos da integração e as normas do bloco; aplicar sanções às instituições europeias. Isto para que todos os Estados membros concedam a mesma validade e respeito aos direitos e obrigações pertinentes às relações sociais, políticas e econômicas. (UNIÃO EUROPEIA, 2010).

As atividades afetas ao direito internacional privado se destacaram principalmente após a assinatura da Convenção sobre a competência, o reconhecimento e a execução das decisões em matéria civil e comercial, elaborada no ano de 1968 em Bruxelas e a Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, criada ano de 1980 em Roma.

Por fim, dentre as atividades da União Europeia sobre a uniformização do direito internacional privado está presente a elaboração de normas de direito comunitário pelo Conselho da União Europeia³ através de seus Regulamentos (CE), tais como: n° 1346/2000 sobre o procedimento de insolvência; n° 1348/2000

3 Órgão incumbido de emitir decisões e exercer a competência legislativa, agindo em certos assuntos comunitários em co-decisão com o Parlamento europeu.

relativo à notificação e comunicação nos Estados membros dos atos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial (derrogado pelo nº 1393/2007); nº 44/2001 sobre a competência jurisdicional, o reconhecimento e a execução das decisões em matéria civil e comercial; nº 1206/2001 a respeito da cooperação entre as autoridades judiciárias dos Estados membros no setor de obtenção de provas em matéria civil e comercial; nº 864/2007 que trata da lei aplicável nas obrigações extracontratuais; nº 593/2008 relativo à lei aplicável nas obrigações contratuais; nº 4/2009 sobre a competência, lei aplicável, reconhecimento e execução das decisões em matéria de obrigações alimentares; Regulamento (UE) nº 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho referente à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos atos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu. (UNIÃO EUROPEIA, 2017).

Destaca-se o Regulamento nº 2201/2003 que trata sobre a competência, o reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental. Dentre as medidas de proteção e respeito à criança observam-se as determinações sobre os casos de deslocamento ou retenção ilícita da criança (sequestro internacional) de um Estado membro, tais como: a criança deverá ser ouvida (com maturidade reconhecida pelo juiz) durante todo o processo de retorno; o tribunal não pode recusar o regresso da criança se a pessoa que o requereu não tiver tido oportunidade de ser ouvida; a sentença que determina o retorno da criança tem natureza executória plena dispensando qualquer declaração para conferir-lhe força executória. (UNIÃO EUROPEIA, 2003).

Tais determinações não se opõem à Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (1980) - de âmbito internacional - apenas complementa e adapta à relação comunitária dos Estados membros da União Europeia.

Tal movimento que ocorreu na União Europeia é conhecido como europeização do direito internacional privado – e em 2011 o Conselho da União Europeia enfatizou a importância dos trabalhos para harmonizar as leis dos Estados membros do bloco. Objetivou-se criar um quadro normativo claro aos casos plurilocalizados para que se tenha em uníssono a lei a ser aplicável, o tribunal competente e facilitar a circulação das decisões e atos entre os Estados de modo que as normas de conflitos de leis do bloco simplifiquem as diligências necessárias ao invés das dezenas de normas de cada Estado membro. (JAEGER JUNIOR, 2006).

Verifica-se que o auxílio mútuo entre os Estados é fundamental para o desenvolvimento dinâmico, célere e respeitoso nas interações globais e regionais. Destaca-se que tais atividades são formalizadas, muitas das vezes, através da criação de organizações interestatais com personalidade jurídica própria e eivada de competências executivas, legislativas e judiciais, concedidas pelos Estados membros a fim de que se viabilize o trabalho de harmonização das normas internacionais e sua aplicação no âmbito dos ordenamentos jurídicos nacionais. Portanto, na próxima seção serão ressaltadas as principais organizações responsáveis pelos trabalhos de uniformização do direito internacional privado em nível global.

4 Principais organizações internacionais e a aplicação do respeito às diferenças legislativas dos povos para a aproximação do direito internacional privado

Os foros internacionais de esfera global não distinguem os Estados membros em razão de quaisquer aspectos como (localização geográfica, família jurídica, ordem econômica, política religiosa ou social), e sim incentiva a participação de todos os interessados em seus trabalhos de harmonização e cooperação normativa. Três estão em evidência: o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), a Comissão das

Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) e a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH).

O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado foi criado como órgão auxiliar da Liga das Nações em 1926 para atuar na elaboração de pesquisas e ações em busca de promover a harmonização e coordenação sobre o direito privado e aspectos do direito público transfronteiriço entre os Estados para favorecer trocas comerciais, cooperação financeira e transferência de tecnologia. Após o fim da Liga das Nações com a Segunda Guerra Mundial, o UNIDROIT se restabeleceu em 1940, como uma organização internacional, com sede em Roma, contando com a participação atual de sessenta e três Estados dos cinco continentes.

Dentre suas principais atividades visa uniformizar os aspectos normativos através da preparação de projetos legislativos, conferências para o direito privado material e estudos para harmonizar e modernizar o direito privado dos Estados membros, em especial o direito comercial⁴. Sua composição inclui o funcionamento de um Conselho Diretor que supervisiona todos os aspectos políticos e o cumprimento dos objetivos da organização; uma Secretaria que executa o programa de trabalho criado pelo Conselho Direito; e uma Assembleia Geral, composta por um representante de cada Estado membro, atuando como o órgão decisório supremo do UNIDROIT que vota anualmente o orçamento do Instituto, aprova o programa de trabalho de três em três anos, elege o Conselho Diretor a cada cinco anos e emite as Convenções internacionais (de força vinculante). (UNIDROIT, 2017).

A orientação que move o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado é a busca por soluções novas em âmbito internacional para cada assunto levado à sua pauta pelos Estados membros agindo de forma que haja possibilidade de alteração em seus ordenamentos jurídicos para facilitar a solução

4 Considerados como todos aqueles que aceitarem o seu Estatuto. O Brasil depositou carta de adesão ao Estatuto em 1993, promulgado internamente pelo Decreto nº 884, de 02 de agosto de 1993.

de litígios e indicação do direito e obrigação relativa a cada parte numa transação internacional, na criação de princípios, guias jurídicos e contratuais (de força não vinculante). Não se limita a organização aos temas afetos ao direito privado, tendo atuação em direito público em questões de direito transnacional e regulatório. Como uma organização fundamentada nas ações de direito internacional privado, o UNIDROIT possui atuação mais técnica voltada para indicação da *Lex fori* que melhor dirima as questões relativas aos fatos anormais.

Destaca-se a forma de trabalho do UNIDROIT que, a partir dos seus grupos de estudos especializados avalia primeiro no direito comparado as condições dos Estados membros sobre a matéria ventilada e sua possibilidade de ser harmonizada, considerando estudos de impacto econômico e social nas alterações legislativas na tentativa de reduzir as disparidades normativas existentes, assegurando a representação mais equilibrada possível dos diferentes sistemas jurídicos e econômicos e das regiões geográficas do mundo. Após tal análise é que se iniciam os trabalhos de projetos de convenções. (UNIDROIT, 2017).

É preciso ressaltar os principais instrumentos normativos e estudos realizados pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado, a título de exemplo: Preparação de um novo Protocolo à Convenção da Cidade do Cabo sobre questões específicas dos equipamentos agrícolas, mineiros e de construção (programa de 2017-2019); Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais (atualizados em 2016); Protocolo à Convenção da Cidade do Cabo sobre matérias específicas dos bens espaciais (Cidade do Cabo, 2001); Convenção sobre garantias internacionais dos equipamentos móveis (Cidade do Cabo, 2001); Convenção UNIDROIT sobre objetos culturais roubados ou exportados ilegalmente (Roma, 1995); Convenção relativa a uma lei uniforme para a forma de um testamento internacional (Washington, 1973); Convenção relativa a uma lei uniforme sobre a venda internacional de bens (Haia, 1964). (UNIDROIT, 2017).

A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional foi criada em 1966, através da Resolução nº 2205(XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Instava-se, segundo a ONU, por reduzir os obstáculos ao fluxo do comércio internacional. Era a proposta por um Direito do Comércio Internacional regulamentando as relações de natureza privadas envolvendo países distintos. É a principal entidade jurídica do sistema ONU no domínio do direito do comércio internacional composta por sessenta Estados membros eleitos pela Assembléia Geral, cuja filiação é estruturada de forma representativa das várias regiões geográficas do mundo e os Estados desenvolvidos industrialmente e tecnologicamente e os em desenvolvimento com seus principais sistemas econômicos e jurídicos. Os membros da Comissão são eleitos por um período de seis anos. (UNCITRAL, 2017).

Com sede independente em Viena, a UNCITRAL atua no ramo especializado referente ao comércio, portanto, suas atividades são voltadas para a unificação do comércio internacional para facilitar as transações entre os Estados nas negociações e cooperações no mercado. A diferente metodologia desta Comissão é percebida no sentido de que atua estabelecendo normas uniformes que impedem conflitos de leis (não apenas harmoniza unificando elementos de conexão como UNIDROIT).

Os instrumentos legislativos utilizados pela UNCITRAL são as Convenções internacionais, Leis-modelo e Regulamentos uniformes emitidos após consensos alcançados em suas negociações. Os trabalhos são divididos entre os seis grupos de trabalho que atualmente se detém às matérias referentes à: Micro, Pequenas e Médias Empresas; Arbitragem e Conciliação, solução de controvérsias; Resolução de disputas *online*; Comércio eletrônico; Lei de insolvência; Interesses de segurança. (UNCITRAL, 2017).

Dentre os resultados dos trabalhos de unificação normativa da Comissão destacam-se: Projeto de Lei Modelo sobre Registros Transmissíveis Eletrônicos com Notas Explicativas (A/CN. 9/920 -

2017); Assistência técnica à reforma do direito sobre o reforço do apoio das Nações Unidas aos Estados para implementarem reformas sólidas de direito comercial (A/CN. 9/882 – 2016); Princípios sobre a Escolha da Lei nos Contratos Comerciais Internacionais (A/CN.9/847 – 2015; Convenção das Nações Unidas sobre a Transparência na Arbitragem (2015); Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para o Transporte Internacional de Mercadorias Total ou Parcialmente por Mar (2008); Convenção das Nações Unidas sobre a utilização de comunicações eletrônicas nos contratos internacionais (2005); Convenção das Nações Unidas sobre Regras de Conciliação (1980); Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (1980)⁵. (UNCITRAL, 2017).

Como visto anteriormente, o movimento do Continente Americano serviu de inspiração para os estudiosos europeus, encabeçados pelo holandês Tobias M. C. Asser e o Governo da Holanda que desenvolveram pesquisas sobre a harmonização do direito internacional privado em 1893 na convocação da primeira Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Percebe-se, neste fato, que a aproximação entre as Américas e a Conferência da Haia possui um histórico comum em prol da harmonização legislativa de modo a se fazer mais eficaz a elaboração de normas capazes de aproximar os Estados nas relações do direito privado com elementos internacionais. (RODAS, MONACO, 2007).

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado (HCCH) realiza reuniões temáticas desde 1893, mas a partir de 1951 durante a sétima Conferência entrou em vigor seu Estatuto tornando-a uma organização internacional de caráter e atuação permanente, com escritório estabelecido em 1955 em sua sede na cidade de Haia⁶. É um foro que adota a universalidade de temas

5 Promulgada internamente no Brasil pelo Decreto nº [8.327, de 16 de outubro de 2014](#).

6 Em 1977 o Brasil denunciou o Estatuto da Conferência da Haia e saiu da organização, retornado apenas em 2001 quando ratificou e promulgou o Estatuto através do Decreto nº 3832, de 01 de junho de 2001. Portanto, o país não participou de grande parte das discussões e da expansão do

para se vislumbrar a harmonização e unificação do direito internacional privado, estando a serviço da cooperação internacional judiciária e administrativa, relacionados ao direito de família, sucessões, acesso à justiça, com vistas à proteção da infância. Portanto, visa reduzir os problemas encontrados pelos Estados sobre a verificação dos elementos de conexão para a aplicação da norma. (ARAÚJO; VARGAS, 2012).

Após a emenda no Estatuto da HCCH em 2010 permitiu-se a admissão como membros qualquer Organização de Integração Econômica Regional a qual tenha enviado solicitação de adesão ao Secretário-Geral, desde que seus Estados membros soberanos façam parte da Conferência e que receba aprovação em reunião sobre assuntos gerais e políticas. Além desses requisitos a Organização de Integração Econômica Regional deve ter competências que foram transferidas dos seus Estados membros para tomar decisões vinculantes em relação a eles⁷. (BRASIL, 2001).

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é composta pelo Conselho de Política e Assuntos Gerais (Conselho), formado por todos os Membros, encarregado da operação da Conferência dirigindo a Secretaria Permanente, com reuniões anuais. A Secretaria (ou Escritório) Permanente é o órgão encarregado do preparo e da organização das Sessões Diplomáticas e das reuniões do Conselho e das Comissões Especiais, sendo

direito internacional privado e das 33 convenções apenas duas foram ratificadas pelo Brasil, a Convenção sobre sequestro (1980) e a Convenção sobre adoção internacional (1993). (DOLINGER, 2009). Três projetos de lei foram encaminhados à Câmara e ao Senado, o nº 4.905 de 1995; o nº 243 de 2002 e o nº 269 de 2004, todos sobre a atualização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que está com mais de setenta anos. Até os dias atuais nenhum desses projetos foi aprovado ou debatido amplamente no Congresso Nacional.

7 Conforme o artigo 81 da Versão Consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia - TFUE, os Estados membros da União Europeia compartilharam soberania conferindo aos órgãos comunitários daquela competência para legislar sobre o direito internacional privado em vistas à unificação dos elementos de conexão. (UNIÃO EUROPEIA, 2010). Esta Organização de Integração Econômica Regional é parte da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Até o momento é a única organização membro da Conferência ao lado dos demais Estados soberanos ao redor do mundo.

composta por um Secretário-Geral e quatro Secretários apontados pelo Governo da Holanda mediante apresentação do Comitê Governamental Permanente, cuja escolha deverá considerar o conhecimento legal, a experiência prática e a diversidade da representação geográfica. (BRASIL, 2001).

Há as Comissões Especiais estabelecidas pelo Conselho para preparar projetos de Convenções ou para estudar as questões de direito internacional privado, além de acompanharem a aplicação prática nos Estados das Convenções assinadas. Em algumas dessas Convenções determina-se a criação de autoridades centrais nos Estados para que façam a intermediação entre si com o objetivo de cooperar administrativamente ou juridicamente trocando informações, iniciando procedimentos e atividades pertinente à efetivar a implementação das Convenções. (BRASIL, 2001).

Os Estados da América Latina receberam em 2005 o apoio da Conferência da Haia através da aplicação de um programa para desenvolver a cooperação judicial e administrativa através da comunicação direta entre as autoridades centrais⁸, de modo a superar os obstáculos e as disparidades técnicas e socioeconômicas existentes. Para tanto foram realizados seminários judiciais (nacionais e internacionais) para tratar de cada tema específico sobre o funcionamento das autoridades centrais, iniciando-se pela Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (1980) em razão do grande número de adesões dos Estados Latino-Americanos a esta Convenção. Ao longo dos anos as demais Convenções foram trabalhadas nos mesmos moldes didáticos e técnicos para o cumprimento da proposta da Conferência da Haia. (VAN LOON, 2005).

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado não se limita aos temas comerciais, ou apenas civis e processuais, mas

8 O Decreto nº 3.174, de 16 de setembro de 1999, designa as Autoridades Centrais encarregadas de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, institui o Programa Nacional de Cooperação em Adoção Internacional e cria o Conselho das Autoridades Centrais Administrativas Brasileiras.

abrange uma diversidade de matérias sobre a indicação da *Lex fori*⁹ para a solução de fatos anormais que envolvam mais de um ordenamento jurídico soberano, algumas Convenções assinadas em destaque são: Protocolo sobre a Lei Aplicável às Obrigações de Alimentos (2009); Convenção relativa à Proteção Internacional de adultos (2000); *Convenção sobre a Proteção de Menores e a Cooperação em matéria de Adoção Internacional* (1993)¹⁰ - visa reforçar os direitos consagrados na *Convenção sobre os Direitos da Criança* das Nações Unidas; Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça (1980); Convenção sobre a Celebração e o Reconhecimento da Validade dos Casamentos (1978); Convenção sobre a Lei Aplicável a Responsabilidade sobre o Fato do Produto (1973); Convenção sobre a Lei Aplicável a Acidentes de Trânsito (1971); Convenção Relativa à Supressão da Exigência da Legalização dos Atos Públicos Estrangeiros (1961) - Convenção da Apostila¹¹; Convenção sobre a Lei Aplicável às Vendas de Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos (1955). (HCCH, 2017).

Ressalta-se a Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças assinada em 1980¹², que conta com 98 Estados membros, sendo uma das Convenções com mais Estados no mundo em razão dos impactos sofridos pela criança que passa por uma situação de sequestro internacional praticado pelos pais.

Conclusão

Percebeu-se que os esforços de cooperação entre Estados é uma realidade nas relações internacionais em que se preza pela boa-fé no cumprimento dos acordos e o respeito aos direitos

9 Lei do local em que a demanda foi apresentada ao judiciário.

10 Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 3.087, de 21 de junho de 1999.

11 Promulgada recentemente no Brasil pelo Decreto nº 8660, de 29 de janeiro de 2016.

12 Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 3413, de 14 de abril de 2000.

humanos, principalmente no que tange aos direitos das minorias que são afetadas por atos de violação à dignidade da pessoa humana. Todos os atores do direito internacional devem ser respeitados, desde os Estados, os grupos da sociedade civil organizada, as entidades privadas, bem como os sujeitos.

Nota-se que a área do direito de família bem como a vida internacional da pessoa recebe atenção especial pela Conferência da Haia. Este trabalho realizado pela Conferência da Haia sobre harmonização de leis e cooperação entre autoridades dos Estados mostra-se crucial por refletir no cotidiano social, político e econômico daqueles que em algum momento da vida se deparam com leis de Estados diferentes que podem incidir sobre sua questão, mas não se sabe como ou quando terão suas garantias efetivadas.

Portanto, não se pode deixar na incerteza a questão sobre qual o foro nacional responsável por tomar decisões que atinjam o desenvolvimento e dignidade humana de uma criança que está, por exemplo, sob a guarda de pessoas que respondem à ordenamentos jurídicos distintos.

Referências

- ABADE, Denise. **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional:** Extradução, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ARAÚJO, Nádia de; VARGAS, Daniela. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado:** reaproximação do Brasil e análise das convenções processuais. Revista de Arbitragem e Mediação, vol.35/Out, p.189, 2012.
- BRASIL. **Decreto nº 1.240 de 15 de setembro de 1994.** Promulga a Convenção Interamericana sobre Conflitos de Leis em Matéria de Cheques, adotada em Montevideu, em 8 de maio de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1240.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 3832, de 01 de junho de 2001**. Promulga o Estatuto da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, adotado na VII Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, de 9 a 31 de outubro de 1951. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3832.htm>. Acesso em 22 abr. 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CASELLA, Paulo Borba. “**Modalidades de harmonização, unificação e uniformização do direito** – o Brasil e as convenções interamericanas de direito internacional privado”. In: ARAÚJO, Nadia e CASELLA, Paulo Borba (coord.). Integração Jurídica Interamericana: as convenções interamericanas de direito internacional privado (CIDIPs) e o direito brasileiro. São Paulo: LTr, 1998.

CASTRO, Amílcar de. **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CLERICI, Roberta. **As normas de direito internacional privado na jurisprudência das cortes européias**. Anais Congresso de Direito Internacional Ius Gentium - A jurisprudência nos processos de integração: União Europeia e Mercosul. Editora Fundação Boiteux: Florianópolis, p.24-35, 2011.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado** – A criança no Direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Direito e Amor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Derecho Internacional Privado** – Derecho de La Tolerância. 7ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.

HCCH. **Conferência da Haia de Direito Internacional Privado** – Instruments, Conventions. 2017. Disponível em: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=29>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

JAEGER JUNIOR, Augusto. **Impasses do direito processual civil internacional do Mercosul e a oportunidade para o revival das CIDIPs**. Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito/UFRGS. n. 5, p. 129-160, 2006. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/51141/31771>>. Acesso em 12 abr. 2017.

NASCIMENTO, Victor Hugo Alcalde; MUNIZ, Tânia Lobo. **A Unificação do Direito Privado no Mercosul segundo o Direito Comparado Funcional**. Scientia Juris, Londrina, v.16, n.2, p.143-173, dez. 2012.

RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a Participação do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

SIQUEIROS, José Luis. **La condificación del derecho internacional privado en el Continente Americano**. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. Número 14. 1982. Disponível em: <<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/issue/view/636>>. Acesso em 12 abr. 2017.

UNCITRAL. United Nations Commission on International Trade Law - Functions and normative instruments. 2017. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>>. Acesso em 22 abr. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. **REGULAMENTO (CE) N.º 2201/2003 DO CONSELHO de 27 de Novembro de 2003**. Relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental e que revoga o Regulamento (CE) n.º 1347/2000. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201&from=PT>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Jornal Oficial da União Europeia**. EUR-Lex. 2017. Acesso ao Direito da União Europeia. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/oj/direct-access.html?locale=pt>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Versão Consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Jornal Oficial da União Europeia. 30.03.2010. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europa/Tratado_Funcionamento_U_E.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2017.

UNIÃO EUROPEIA. **Protocolo Adicional 11**. Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. 1994. Disponível em: <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007cdag>>. Acesso em 17 abr. 2017.

UNIDROIT. **International Institute for the Unification of Private Law** - Overview and Instruments. 2017. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/>>. Acesso em 21 abr. 2017.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1970.

VAN LOON, J. H. A. **The Hague Conference on Private International Law** - Work in Progress (2003-2004). Yearbook of Private International Law, 2005.

VILLELA, Anna Maria. **A unificação do direito na América Latina**: direito uniforme e direito internacional privado. Revista de Informação Legislativa. Brasília. vol. 21, n. 83, jul./set. 1984. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181517/000406383.pdf?sequence=3>>. Acesso em 12 abr 2017.

Uber: da configuração da relação de emprego no exercício das funções de motorista privado através do uso de aplicativos

Maria Antonieta Fernandes¹

Hellom Lopes Araújo²

Introdução

O advento de novas tecnologias, especialmente as relacionadas à telecomunicação, vem provocando profundas alterações no mundo do trabalho, ao introduzir um novo modelo de direção da força de trabalho, pelo qual trabalhadores são organizados para prestar atividades laborais, sem que sejam considerados empregados, ou mesmo trabalhadores autônomos.

Este novo modelo de organização e gestão empresarial é baseado no uso de aplicativos, *softwares* instalados em *smartphones*, pelos quais é possível controlar todo o *modus faciendi* da prestação de trabalho de milhões de trabalhadores espalhados em diversos países, de forma simultânea e ininterrupta, sendo todos conectados à mesma empresa.

¹ Maria Antonieta Fernandes, Aluna do Curso de Direito pela Faculdades Kennedy de Minas Gerais.

² Professor Ms. Hellom Lopes Araújo, bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos; Mestre em Direito Empresarial pela Fundação Mineira de Educação e Cultura – Universidade FUMEC. É professor universitário há nove, com experiência coordenação e em pesquisa jurídica. Ministra aulas de Direito do Trabalho e Direito Empresarial. Possui diversos artigos publicados em livros, periódicos e jornais. É advogado há onze anos.

O objetivo deste artigo é analisar o modo como a empresa Uber organiza sua atividade econômica pelo uso de aplicativo, procurando responder como na relação jurídica entre Uber e motoristas podem ser identificados os pressupostos fático-jurídicos da relação de emprego.

Esta pesquisa adota a abordagem metodológica dedutiva, analisando-se obras e documentos relacionados com o tema. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, quanto ao problema, e exploratória quanto ao objeto. Apesar de haver sido tomada a empresa Uber como exemplo, prevaleceu a pesquisa bibliográfica e a análise dos dados coletados foi realizada pela análise do discurso das narrativas contrárias ou favoráveis à hipótese levantada.

A Uber foi escolhida entre seus concorrentes como paradigma da pesquisa porque, por seu pioneirismo e poderio financeiro, ela tem sido a responsável por alterar o modo como as pessoas, em vários países do mundo, movimentam-se pelas cidades. Contudo, ao mesmo tempo, ela tem sido igualmente responsável por provocar uma onda internacional de precarização e retrocesso social, numa verdadeira campanha pela eliminação da centralidade do trabalho humano da análise de seu modelo de negócio.

Através da revisão bibliográfica e documento, são analisados os argumentos da Uber para substituir as relações de trabalho pelas relações de consumo quando as disputas entre Uber e motoristas chegam à Justiça do Trabalho; como a doutrina diferencia os dois institutos jurídicos; e, finalmente, como os pressupostos fático-jurídicos da relação de emprego estão presentes na relação entre Uber e motoristas.

1. Da livre iniciativa e valores sociais do trabalho

Primeiramente, antes de se avaliar todos os preceitos diferenciativos da chamada relação de consumo em confronto com a relação de emprego, importante se faz localizar a visão da

constituição federal brasileira com o núcleo da atividade laboral realizada.

Já no início de toda a sua normatização, no inciso IV do Art. 1º, a Constituição Federal estabelece de forma clara e prioritária a visão e a atuação do Estado brasileiro na preservação dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, em um nítido direcionamento da estruturação jurídica constituída para assegurá-lo como próprio fundamento da República.

Colimando a necessidade de manutenção de um estado de preservação da livre iniciativa, com franca valorização do trabalho, a Constituição Federal em seu art. 170, especificamente nos incisos IV e VIII, sopesa claramente os princípios constitucionais da ordem econômica e financeira, em que o Estado brasileiro estabelece como mote de sua prioridade existencial, a manutenção de uma ambiência de livre concorrência, com valorização do trabalho, proporcionando dignidade à própria existência humana.

Como se vê, não se pode iniciar a análise da atuação do motorista de aplicativo, sob a ótica da relação de emprego sem antes especificar a visão maior do próprio Estado brasileiro quanto a valorização do trabalho e os benefícios para o desenvolvimento econômico da própria nação.

A preservação de um ambiente sempre propício para o desenvolvimento de qualquer trabalho digno e lícito, além de ser um princípio da própria constituição, reflete uma prerrogativa visceral do Estado brasileiro, que deve declinar a sua atuação em favor da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, sempre em busca do pleno emprego e do desenvolvimento da sociedade.

2. Relação de consumo ou relação de trabalho

Ao desenvolver um novo modelo de negócio, a Uber descreveu-o basicamente como a oferta de uma plataforma tecnológica para que motoristas particulares ofereçam seus

serviços no mercado de transporte. Porém, o fato é que a Uber provocou um grande impacto neste mercado, ao entrar em uma concorrência direta com os taxistas que até então monopolizavam esta prestação de serviço, ao mesmo tempo em que impactou também o mundo do trabalho, ao criar entre ela, Uber, e os motoristas que utilizam seu aplicativo, uma relação jurídica até aqui ainda sem definição. A princípio, duas hipóteses se apresentam para a definição do que essa relação jurídica seria a) uma relação de consumo, em que a Uber seria a fornecedora de um produto/serviço - o aplicativo -, e os motoristas seriam os consumidores deste produto/serviço; ou b) uma relação de trabalho, sendo que, neste caso, esta relação de trabalho poderia ser uma i) uma relação de trabalho autônomo, sendo a Uber a tomadora de serviços, e o empregado, o prestador destes, sem subordinação; ou ii) uma relação de emprego, em que a Uber seria a empregadora, e os motoristas, seus empregados, a ela vinculados sob subordinação bem como sob os demais elementos fático-jurídicos configuradores da relação empregatícia.

A Uber procura afastar, de plano, a possibilidade de que suas relações com os motoristas sejam estabelecidas como relações de trabalho. É o que se pode verificar quando, em Reclamatória Trabalhista movida perante a 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte-MG, a Uber, ao suscitar preliminar de incompetência absoluta da Justiça do Trabalho, argumentou, por meio de seus advogados constituídos nos autos, que “não há qualquer relação de trabalho entre ela e o reclamante”, aduzindo que “a relação mantida entre as partes é de natureza civil, consubstanciada na contratação do uso do aplicativo Uber”³.

3 MINAS GERAIS. 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Reclamação Trabalhista nº 0011359-34.2016.5.03.0112. Rodrigo Leonardo Silva Ferreira versus Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Juiz do Trabalho: Márcio Toledo Gonçalves. Minas Gerais. Disponível em <<https://portal.trt3.jus.br/internet/imprensa/noticias-intitucionais/importadas-2017/juiz-da-jt-de-minas-reconhece-vinculo-entre-uber-e-motorista-que-atendia-pelo-aplicaitvo-13-02-2017-23-26-acs>>. Acesso em: 8 out. 2017.

Observe-se que, ao afastar a relação de trabalho, e ao afirmar que a relação existente seria de “natureza civil, consubstanciada na contratação do uso do aplicativo Uber”, a empresa está, pragmaticamente, declarando que o vínculo firmado com seus motoristas seria o de uma relação de consumo.

Segundo Mônica Queiroz, “a relação jurídica de consumo ocorrerá quando os sujeitos interligados forem o consumidor e o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços”.⁴ Há que se verificar, portanto, se na relação jurídica entre Uber-Motoristas estes dois sujeitos poderão ser definidos como consumidor e fornecedor, analisando-se se o objeto dessa relação, verificando-se se é a Uber que fornece uma mercadoria – o aplicativo-, aos motoristas, ou se são estes quem fornecem à Uber uma outra mercadoria – o trabalho humano. Mercadoria esta que, por sua relevância social e humana, recebe do ordenamento jurídico uma proteção especial, uma vez que o trabalho é considerado um instrumento de realização da dignidade humana.

Assim, naturalmente, dentro de uma relação de consumo, objetivada por uma prestação de serviço, haverá a realização de um trabalho, sempre que este serviço for consubstanciado pelo dispêndio de energia humana, pois

a utilização da força de trabalho é o próprio trabalho. O comprador da força de trabalho a consome fazendo com que seu vendedor trabalhe. Desse modo, este último se torna *actu* (em ato) aquilo que antes ele era apenas *potentia* (em potência), a saber, força de trabalho em ação, trabalhador. Para incorporar seu trabalho em mercadorias, ele tem de incorporá-lo, antes de mais nada, em valores de uso, isto é, em coisas que sirvam à satisfação de necessidades de algum tipo.⁵

4 QUEIROZ, Mônica. **Direito civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2010, p. 227.

5 MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política – Livro I: o processo de produção do capital. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, pag 255.

Isto é, ao incorporar seu trabalho em qualquer produto destinado a tornar-se mercadoria, o trabalhador, antes de mais nada, já transformou em mercadoria a sua própria atividade laboral. A mercadoria que o trabalhador oferece no mercado de consumo é sempre a sua própria força de trabalho “reificada”. Assim, os motoristas, ao utilizarem o aplicativo, não estão oferecendo um serviço de transporte aos usuários-passageiros, mas ofertando sua força de trabalho à Uber, que a utilizará para obter um ganho econômico com a oferta de serviços de transporte mais baratos e mais eficientes.

A realidade é que, apesar de toda a sofisticação, o trabalho vivo continuar a constituir-se na principal fonte de produção e reprodução de valor no modelo uberista de produção, uma vez que o faturamento dessa empresa não advém do mero fornecimento de tecnologia mas, sim, da extração de um percentual sobre o valor recebido pelos motoristas quando efetivamente realizam a prestação do serviço de transporte a um terceiro - o passageiro. Somente em 2016, segundo informações disponibilizadas à imprensa pela própria empresa, a Uber gerou mais de US\$ 20 bilhões em corridas.⁶

Desse modo, o diferencial tecnológico introduzido pelo uso de aplicativos como instrumento de trabalho propiciou um melhoramento no modo de prestação de serviços de transporte, porém não possui o condão de simplesmente extirpar do processo produtivo a presença fundamental do trabalho humano.

O trabalho de motorista constitui-se em “trabalho vivo”. Quando permite que um motorista utilize seu aplicativo para trabalhar, a Uber, na realidade, está adquirindo o direito de usar a força de trabalho desse motorista, por um certo período de tempo, para que, pelo uso dessa capacidade produtiva, incorporada aos demais meios de produção, ela possa oferecer no mercado um

6 Reportagem no site Estadão. Disponível em <<http://link.estadao.com.br/noticias/empresas,apesar-de-polemicas-faturamento-do-uber-cresce-no-final-de-2016,70001738845>>. Acesso em 24 ago. 2017.

serviço de transporte mais barato e mais eficiente que aquele prestado por seus concorrentes. Esse processo de apropriação do trabalho vivo pode ser compreendido por essa passagem d'O Capital, de Karl Marx:

O capitalista paga, por exemplo, o valor da força de trabalho por um dia. Portanto, sua utilização, como a de qualquer outra mercadoria – por exemplo, um cavalo – que ele aluga por um dia, pertence-lhe por esse dia. Ao comprador da mercadoria pertence o uso da mercadoria, e o possuidor da força de trabalho, ao ceder seu trabalho, cede, na verdade, apenas o valor de uso por ele vendido. A partir do momento em que ele entra na oficina do capitalista, o valor de uso da sua força de trabalho, portanto, seu uso, o trabalho, pertence ao capitalista. Mediante a compra da força de trabalho, o capitalista incorpora o próprio trabalho, como fermento vivo, aos elementos mortos que constituem o produto e lhe pertencem igualmente. De seu ponto de vista, o processo de trabalho não é mais do que o consumo da mercadoria por ele comprada, a força de trabalho, que, no entanto, ele só pode consumir desde que lhe acrescente os meios de produção. O processo de trabalho se realiza entre coisas que o capitalista comprou, entre coisas que lhe pertencem. Assim, o produto desse processo lhe pertence, tanto quanto lhe pertence o produto do processo de fermentação em sua adega.⁷

Portanto, quem consome a mercadoria oferecida no mercado pelos usuários-motoristas não são os usuários-passageiros, mas a própria Uber, que utiliza essa mercadoria, a força de trabalho humana, para a produção de uma segunda mercadoria, o serviço de transportes. Muitos fatores impedem que somente o ato de consumo da força de trabalho dos motoristas pela Uber seja suficiente para qualificar essa relação como uma relação de consumo. Entre esses fatores, está principalmente a exclusão dos “interesses de caráter trabalhista”, pois

⁷ MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política – Livro I: o processo de produção do capital. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, pag 262-263.

Segundo Geraldo Brito Filomeno, não poderão ser igualmente objeto das chamadas ‘relações de consumo’ os interesses de caráter trabalhista, exceção feita às empreiteiras de mão de obra ou empreitadas mistas (mão de obra mais materiais), exceção tal presente nos diplomas legais de todos os países que dispõem de leis ou Códigos de Defesa do Consumidor, como Portugal, Espanha, México, Venezuela e outros.⁸

Já que os “interesses de caráter trabalhista” são inadmissíveis como objetos das “relações de consumo” torna-se, portanto, indispensável fixar o entendimento de que, embora seja, economicamente, uma mercadoria, o trabalho, juridicamente, não é uma mercadoria qualquer, uma vez que a venda da força de trabalho humana possui mecanismos próprios de tutela jurídica, de acordo com o modo como é transacionada neste mercado.

Por essa razão, quando o objeto de uma relação de troca for constituído por “interesses de caráter trabalhista”, essa relação não será, juridicamente, consubstanciada como relação de consumo, mas como relação de trabalho, sendo as ações oriundas dessas relações processadas e julgadas pela Justiça do Trabalho, segundo o art. 114, I, da CF/88, e, portanto, fora do âmbito do tratamento jurídico dispensado às relações consumeristas. Neste ponto é esclarecedora a definição de Otávio Amaral Calvet, citado por Mauro Schiavi:

Assim, resta fixada a segunda premissa para a caracterização das relações de trabalho da competência da Justiça do Trabalho: o tomador dos serviços não pode ser o usuário final, mas mero utilizador da energia de trabalho para consecução da sua finalidade social (ainda que seja o tomador pessoa natural ou ente despersonalizado)⁹

8 SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 12. ed. de acordo com o Novo CPC. São Paulo: LTr, 2017, p. 238.

9 SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 12. ed. de acordo com o Novo CPC. São Paulo: LTr, 2017, p. 239.

Por essa definição dos “interesses de caráter trabalhista”, portanto, é relevante reforçar que a Uber utiliza a força de trabalho dos motoristas para “a consecução da sua finalidade social”, ou seja, para ofertar no mercado de consumo o serviço de transportes.

Outrossim, é importante que estejam claros os fatores que diferenciam os conceitos próprios das relações consumeristas dos conceitos próprios das relações trabalhistas, a fim de evitar que estes trabalhadores sejam impedidos de acessar a Justiça do Trabalho, sob o argumento da existência de uma relação de consumo.

Quanto à definição da relação de trabalho, pode-se afirmar que seja

aquela que diz respeito, repise-se, a toda e qualquer atividade humana em que haja prestação de trabalho, como a relação de trabalho autônomo, eventual, de empreitada, avulso, cooperado, doméstico, de representação comercial, temporário, sob a forma de estágio etc. Há, pois, a relação de trabalho pela presença de três elementos: o prestador do serviço, o trabalho (subordinado ou não) e o tomador de serviço.¹⁰

Na relação jurídica entre Uber e motoristas o que se verifica é que o objeto dessa relação é justamente a força de trabalho humana utilizada para conduzir veículos, pois estes motoristas não fornecem diretamente à Uber nenhum serviço de transporte, mas trabalho de motorista. Isso porque a Uber não os contrata para transportar seus empregados ou executivos, ou para enviar ou receber produtos quaisquer. Ela os contrata para a, utilizar a mão-de-obra deles, realizar a consecução do serviço por ela ofertado no mercado, este sim, o serviço de transporte. Os motoristas, portanto, são contratados pelo aplicativo para que a Uber realize o transporte de terceiros: milhões de pessoas indeterminadas, em

¹⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 267.

pelo menos 633 cidades espalhadas por 80 países, segundo informa o site da Uber.¹¹

Assim, na análise do modelo de negócio da Uber, trabalho de motorista e serviço de transporte devem ser tratados de modo diverso, por possuírem naturezas diversas. O primeiro é objeto da relação de trabalho entre motoristas e Uber, o trabalho humano; e o segundo, é o objeto da relação de consumo entre Uber e passageiros, o transporte de pessoas.

3. A relação de emprego na Uber: pressupostos fático-jurídicos

Uma vez demonstrado que se trata de uma relação de trabalho, resta verificar se se trata de uma relação de trabalho autônomo ou subordinado, sendo que “os diversificados vínculos de trabalho autônomo existentes afastam-se da figura técnico-jurídica da relação de emprego essencialmente pela falta do elemento fático jurídico da subordinação”.¹²

A espécie jurídica “relação de emprego” é constituída quando se verifica no gênero “relação de trabalho” a presença dos pressupostos fático-jurídicos que configuram o vínculo empregatício. Estes elementos são cinco, segundo Maurício Godinho Delgado: pessoa física, pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.¹³

3.1 Pessoa física

O art. 3º da CLT aduz que empregado é “toda pessoa física”, o que é juridicamente relevante, já que conforme explica a melhor doutrina

11 Site Uber. Disponível em <<https://www.uber.com/en-BR/>>. Acesso em 25 ago. 2017

12 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 358.

13 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 299.

os bens jurídicos (e mesmo éticos) tutelados pelo Direito do Trabalho (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer etc) importam à pessoa física, não podendo ser usufruídos por pessoas jurídicas. Assim, a figura do trabalhador há de ser, sempre, uma pessoa natural. Na verdade, a própria palavra trabalho já denota, necessariamente, atividade realizada por pessoa natural, ao passo que o verbete serviços abrange obrigação de fazer realizada quer por pessoa física, quer pela jurídica.¹⁴

Daí a relevância da diferenciação entre os trabalhos de motorista prestados por pessoas físicas, e os serviços de transporte que podem ser prestados tanto por pessoa física quanto por pessoa jurídica, a fim de marcar a diferença pela centralidade irrefutável do dispêndio de energia humana na prestação da atividade. Enquanto os carros autônomos não chegam, prevalece o trabalho vivo no centro do modelo produtivo dos negócios engendrados por aplicativos.

3.2 Pessoaalidade

O segundo pressuposto, a pessoaalidade, verifica-se nestes modelos de negócio quando os aplicativos não permitem que o motorista se faça substituir ao ser acionado para efetuar uma corrida, sendo obrigatório que, ao chegar ao veículo, o passageiro encontre o mesmo motorista que lhe foi sugerido pelo aplicativo, inclusive tratando-se, segundo a Uber, de uma medida de segurança para o passageiro. Tal exigência preenche perfeitamente o conceito de pessoaalidade, pois

é essencial à configuração da relação de emprego que a prestação do trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de *infungibilidade*, no que tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada – ou efetivamente cumprida – deve ser, desse modo, *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não

14 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 300-301.

poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados.¹⁵

Exatamente assim ocorre, já que a *infungibilidade* é exigida do motorista, enquanto o passageiro pode usar seus dados livremente para pedir uma corrida para outrem.

O fato de mais de um motorista poder utilizar um mesmo veículo não afasta a pessoalidade, sendo que esta irá se verificar no momento da efetiva prestação do serviço. Além disso, os motoristas devem passar, todos, pelos mesmos critérios de avaliação e terem cadastros individualizados.

3.3 Onerosidade

Já o quarto pressuposto, a onerosidade, verifica-se pelo plano subjetivo, já que os motoristas claramente trabalham para a Uber com a intenção de auferir um ganho econômico, isto é, pela “intenção contraprestativa”¹⁶; e, no plano objetivo, porque há efetivamente a obtenção deste ganho pelo valor que retiram das corridas após ser descontada a taxa pertencente à empresa.

3.4 Não eventualidade

O terceiro pressuposto, a não eventualidade, verifica-se pela conjugação de diferentes critérios, sendo o conceito um dos mais controvertidos do Direito do Trabalho¹⁷. Interpretando-os em conjunto, segundo a orientação do professor Maurício Godinho Delgado, os serviços prestados pelos motoristas a) *correspondem aos fins normais da empresa*, pois a Uber, conforme o que aqui se compreende, é uma empresa prestadora de serviços de transporte, que utiliza a força de trabalho dos motoristas para realizar sua

15 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 301.

16 IDEM, p. 309

17 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 303.

finalidade econômica e social; b) *o serviço de transporte não concerne a um evento certo, determinado ou episódico, pois é prestado pela Uber diuturnamente, sem interrupção, e corresponde à principal atividade empresa; além disso, os trabalhos de motorista, pelas mesmas razões, c) não têm curta duração no tempo, pelo contrário, tendem a perdurar, já que os motoristas são inclusive incentivados a permanecer na atividade através de estímulos constantes por meio de mensagens que o aplicativo lhes envia, além de muitos não terem outros meios de vida, em razão dos mais diversos fatores, como suas condições pessoais e as condições da própria economia em geral; por fim, os motoristas d) tendem a fixar-se à Uber, pois dependem do uso do aplicativo para a prestação do serviço, sendo importante salientar que a fixação jurídica não significa exclusividade, podendo um motorista fixar-se juridicamente a mais de um tomador de serviços.*

Conforme a lição de Amauri Mascaro Nascimento *apud* Maurício Godinho Delgado, “eventual é o trabalho que, embora exercitado continuamente e em caráter profissional, o é para destinatários que variam no tempo”¹⁸, portanto, quando o motorista se fixa a dois ou mais aplicativos, isso não quer dizer que ele esteja prestando trabalho para “destinatários que variam no tempo”, pois, na realidade, o trabalho é prestado para os mesmos destinatários ao longo do tempo, o que é substancialmente diferente.

3.5 Subordinação

Finalmente, a subordinação, pressuposto que mais se discute nesta relação jurídica e motivo de longos debates ao redor do mundo, a subordinação consiste:

na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviços.

¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 306.

Traduz-se, em suma, na ‘situação em que se encontra o trabalhador, decorrente da limitação contratual da autonomia de sua vontade, para o fim de transferir ao empregador o poder de direção sobre a atividade que desempenhará’.¹⁹

A subordinação deve ser averiguada no modo como o trabalhador realiza o seu trabalho, investigando-se até que ponto a mitigação de sua autonomia é suficiente para definir que não há, na realidade fática, espaço suficiente para o seu efetivo exercício. A subordinação oriunda do contrato de trabalho tem natureza jurídica, com três diferentes dimensões: clássica, objetiva e estrutural.²⁰ Dentre estas, destaca-se nas relações empregatícias a *subordinação clássica*, que

é a subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa. Manifesta-se pela intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o respectivo trabalhador.²¹

A subordinação jurídica se manifesta no recebimento pelo empregado de ordens diretas e pessoalmente emanadas do empregador, uma vez que

a subordinação nada mais é do que o dever de obediência ou o estado de dependência na conduta profissional, a sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador inerentes ao contrato, à função, desde que legais e não abusivas.²²

Para verificar a existência da subordinação nos trabalhos prestados por aplicativos, é relevante esclarecer que, ao contrário

19 IDEM, p. 311

20 IDEM, p. 313

21 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 313.

22 DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 301.

do que possa parecer, essa inovação tecnológica fez aumentar, e não reduzir, a possibilidade de os empregadores emitirem comandos aos trabalhadores, apesar da distância física entre eles. A lei n. 12.551/11 já havia tratado do tema ao reconhecer que os meios telemáticos possibilitam a manutenção da subordinação, quando incluiu no art. 6º da CLT um parágrafo único para determinar que os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

Portando, o legislador buscou tornar incontroverso que o trabalho externo não afasta o vínculo empregatício se o trabalhador continua a ser “controlado e fiscalizado pelo empregador, prática que foi permitida pelos modernos meios da tecnologia”²³.

O novo dispositivo celetista regula o denominado teletrabalho, que é

o trabalho realizado por uma pessoa (empregado, autônomo, trabalhador a domicílio) em outra localidade, que não o local de trabalho tradicional, para um empregador ou cliente, envolvendo o uso de telecomunicações e tecnologias avançadas de informação como uma característica essencial e central do trabalho.²⁴

Assim, podem-se identificar ao menos quatro “elementos caracterizadores do teletrabalho: a distância, a não presencialidade, a prevalência do uso dos equipamentos telemáticos e o horário flexível.”²⁵ Portanto, resta claramente definido que a subordinação jurídica pode-se verificar mesmo no que tange a trabalhadores que não exerçam suas atividades laborais dentro das dependências

23 BONFIM, Vólia Cassar. *Direito do Trabalho*. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 246.

24 RODRIGUES, Ana Cristina Barcelos. **Teletrabalho**: a tecnologia transformando as relações de trabalho. 2011. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011. Disponível em < <http://www.teses.usp.br/> > Acesso em 08 out. 2017

25 IDEM

físicas da empresa em que trabalha, desde que, apesar da distância, o poder diretivo do empregador se faça cumprir efetivamente pelo empregado, quando este acata as ordens e regulamentos que lhe são impostos por meio do uso de equipamentos telemáticos altamente sofisticados, dos quais os aplicativos são, certamente, o exemplo mais completo e perfeito.

Através dos aplicativos, as empresas de tecnologia podem controlar cada movimento dos trabalhadores, não só enquanto estão *on-line*, mas até mesmo enquanto não estejam efetivamente conectados. Softwares instalados nos *smartphones* permitem que os trabalhadores sejam não apenas controlados, mas também espionados pelas empresas desenvolvedoras do aplicativo.

Ao mesmo tempo, essas empresas desenvolvem aplicativos que espionam igualmente os seus concorrentes, pelos quais podem descobrir ainda quando seus próprios motoristas estão trabalhando simultaneamente para outras empresas, num jogo virtual sem regras, cujo exclusivo objetivo é o lucro a qualquer custo. Um exemplo é o aplicativo *Hell*, desenvolvido e utilizado pela Uber para espionar sua concorrente *Lyft* e os motoristas “uberistas” que também se conectavam à *Lyft*.²⁶

Os aplicativos permitem que os motoristas sejam monitorados em todos os aspectos relativos ao contrato de trabalho, o que eleva a subordinação a um nível mais alto de sofisticação em relação a que já se verificava no teletrabalho, enquanto a tecnologia utilizada ainda se baseava apenas em computadores ou notebooks. O desenvolvimento dos aplicativos, instalados em aparelhos de celular que acompanham os trabalhadores 24 horas por dia, alçou o poder diretivo dos empregadores a patamares até então imaginados apenas em obras literárias de ficção científica. Contudo, o Big Brother de George Orwell hoje, por exemplo, é certamente uma realidade tangível.

26 Reportagem no site Terra. Disponível em <<https://www.terra.com.br/noticias/tecnologia/canaltech/fbi-investiga-uber-por-ter-espionado-motoristas-da-rival-lyft.725694366985fec363e77c93250233eb8ru4el7g.html>>. Acesso em 7 out. 2017.

Neste início de século, toda pessoa que carregue consigo um aparelho celular está sujeita à vigilância intermitente. Aos trabalhadores esta vigilância se concretiza pela submissão constante às normas, metas e ordens dadas diretamente pelo aplicativo sobre todo o *modus faciendi* da prestação do serviço.

Deve-se fazer, neste ponto, uma crítica a uma grave modificação trazida pela Lei n. 13.467 de 13 de Julho de 2017, a lei da Reforma Trabalhista, que alterou o art. 62 da CLT, para incluir o inciso III, excluindo os “empregados em regime de teletrabalho” do Capítulo II, que trata da Duração do Trabalho. O texto da Reforma ignora justamente o que os legisladores mais levaram em consideração ao fundamentar a nova Lei, que seria a “modernização” da legislação. Isso porque os meios telemáticos já evoluíram consideravelmente desde que o teletrabalho foi incluído na CLT, e, hoje, a tecnologia de aplicativos permite que a jornada de trabalho dos teletrabalhadores seja perfeitamente controlada, inclusive são emitidos extratos diários, de acesso livre aos motoristas, pelos quais eles podem verificar quantas horas permaneceram trabalhando ao longo do dia. Assim, a alteração se torna irremediavelmente inconstitucional por ferir o inciso XIII do art. 7º da CF/88, que trata da duração normal da jornada diária e semanal.

O aplicativo é capaz de indicar exatamente por quanto tempo um trabalhador esteve *on-line*, quanto tempo esteve efetivamente cumprindo uma tarefa e quanto esteve à espera de novas ordens. Não há razão para afastar-se, portanto, a possibilidade do pagamento de horas-extras sob a alegação de falta de controle da jornada, como poderia acontecer com os teletrabalhadores que não estejam conectados a seus empregadores por meio de aplicativos.

Havia, até a chegada dos aplicativos, razões para a manutenção de uma “forte presunção de que o teletrabalhador não é fiscalizado e, por isso, está incluído na exceção prevista no art. 62, I, da CLT”.²⁷ No

27 BONFIM, Vólia Cassar. Direito do Trabalho. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 676.

entanto, o que os aplicativos fizeram foi justamente eliminar o fundamento dessa presunção, já que constituem, associados à tecnologia dos *smartphones*, o mais eficaz instrumento de controle até então disponível à direção do empregador. E controle não apenas da jornada, mas da atividade laboral como um todo. Diante da sofisticação dos instrumentos de controle, a Reforma Trabalhista teria sido realmente “modernizante” se tivesse excluído essa presunção e confirmado juridicamente o que no mundo dos fatos é uma realidade inexorável.

Ademais, a Lei 13.103/15, que regulamentou a profissão de motoristas rodoviários de carga e de passageiros, ao tratar da questão do controle da jornada, determinou em seu art.2º, V, b, que são direitos desses motoristas, entre outros, ter jornada de trabalho controlada e registrada de maneira fidedigna mediante anotação em diário de bordo, papeleta ou ficha de trabalho eterno, ou sistema e meios eletrônicos instalados nos veículos, a critério do empregador. Logo, não restam dúvidas de que há meios de controlar a jornada de trabalho dos motoristas profissionais, ainda que se trate de um trabalho externo por sua própria natureza.

A subordinação não se verifica, contudo, apenas pelo controle da jornada, mas, mais amplamente, pela presença de um controle hierárquico exercido pelo empregador sobre o modo geral como o empregado deve prestar o seu trabalho, ou seja, pela obediência a um poder de comando. Assim sendo,

O empregador é dotado do poder de direção por comandar, escolher e controlar os fatores de produção da empresa. O poder de direção se desdobra em poder diretivo, em poder disciplinar e em poder hierárquico ou de organização. O primeiro se constitui na capacidade do empregador em dar conteúdo concreto à atividade do trabalhador, visando os objetivos da empresa. O segundo traduz-se no poder que tem o patrão de impor punições aos empregados. O terceiro é a capacidade do empregador em determinar e organizar a estrutura econômica e técnica da

empresa, aí compreendida a hierarquia dos cargos e funções, bem como de escolher as estratégias e rumos da empresa.²⁸

Analisando esses desdobramentos do poder de direção no caso Uber, verifica-se que:

- a) o poder diretivo é exercido quando a Uber define cada detalhe da prestação do serviço, decidindo, pelo aplicativo, a qual motorista se destinará cada chamada, quais comportamentos este motorista deve ter no curso de sua jornada, como se dirigir aos passageiros, que gentilezas oferecer a eles, como devem se vestir, com deve estar a higiene e apresentação geral do veículo, que rádios devem ser preferencialmente sintonizadas, quando devem ou não conversar com os passageiros, e ainda por proibir que forneçam seus contatos pessoais aos passageiros, sendo estes apenas alguns exemplos, todos constando das regras que podem ser consultadas no site da empresa;
- b) o poder disciplinar é exercido de forma especialmente rigorosa já que os motoristas, quando não atendem às ordens de funcionamento da empresa, são automaticamente desconectados do aplicativo, por um rígido controle implementado pelo sistema de avaliação dos próprios clientes da empresa, através da atribuição de notas, ou “estrelas”, cuja lógica é internacionalmente conhecida; e, por fim;
- c) o poder hierárquico ou de organização, que de fato pertence exclusivamente à Uber, já que os motoristas não possuem nenhuma forma de participação no modo como a empresa organiza suas estratégias de atuação e ampliação, a nível local ou internacional, sendo a Uber quem define regiões de atuação, políticas de enfrentamento político e jurídico, incentivos econômicos, políticas de preço e descontos, enfim, tudo que se refere à organização como um todo. Especialmente quanto ao controle dos preços cobrados pelas corridas, não resta nenhuma margem de autonomia aos motoristas.

Presentes, portanto, todos os pressupostos fático-jurídicos do vínculo empregatício, a conclusão é de que afastada está a possibilidade de trabalho autônomo, e, portanto, esses motoristas deveriam receber a tutela jurídica do Direito do Trabalho na condição de empregados da Uber.

²⁸ BONFIM, Vólia Cassar. Direito do Trabalho. 13. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 246.

Conclusão

A chegada da tecnologia de aplicativos abalou as estruturas do transporte individual de passageiros em todos os países em que essas empresas começaram a atuar. Não somente pela concorrência imposta aos taxistas, que até então monopolizam o mercado, mas principalmente por romper com as legislações trabalhistas locais.

Apesar de essas normas serem bastante diferentes em cada país, e dentro de um mesmo país, em diferentes Estados, como ocorre no Estados Unidos da América, em todos os locais as empresas de tecnologia enfrentaram abertamente os institutos jus laborais, a fim de obter mão-de-obra flexível, barata e desregulamentada, empreendendo um enfrentamento franco e ostensivo contra as normas que tutelam as relações de trabalho.

Dentro da lógica da Sociedade de Consumo, em que as preocupações com as relações consumeristas têm prevalecido sobre preocupações com as relações de trabalho, em razão de que o consumo tem adquirido maior valor social do que o trabalho, a primeira estratégia adotada pelas empresas de tecnologia é tentar negar a existência de qualquer relação de trabalho, para, em seu lugar, fazer prevalecer uma possível relação de consumo no que se refere à definição do vínculo jurídico que se estabelece entre elas e seus trabalhadores.

Contudo, a análise da realidade em que o trabalho é prestado revela que, apesar da narrativa da autonomia e flexibilidade, o modelo de negócio da Uber impõe aos trabalhadores altas cargas de subordinação, outorgando-lhes pouquíssimas margens de autonomia real.

Por essas considerações, conclui-se que o trabalho prestado pelos motoristas, organizado pela Uber e controlado através do aplicativo, possui todos os pressupostos fático-jurídicos da relação de emprego, e, portanto, os seus trabalhadores podem ser

classificados como empregados. Por mais que as empresas de tecnologia insistam em resistir ao alcance da legislação trabalhista brasileira, o modo como desenvolvem sua atividade econômica não leva seus trabalhadores a outro destino jurídico senão aquele onde se situam os princípios e normas que tutelam os homens e mulheres que trabalham sob a forma de organização do trabalho que historicamente é a mais relevante do sistema capitalista de produção: a relação de emprego.

Referências

- ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2 ed., 10. Reimpr. rev. e ampl. São Paulo: Boitempo, 2009.
- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BAUMAN, Zygmund; tradução GRADEL, José. **A Sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- CASSAR, Volia Bomfim. **Direito do trabalho**. São Paulo: Método, 2015.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15 ed. São Paulo: LTr, 2016.
- QUEIROZ, Mônica. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 236
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 267.
- MARX, Karl. **O Capital**: crítica da economia política – Livro I: o processo de produção do capital. Tradução Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013, pag 262-263.

MARX, Karl; **Manuscritos econômico-filosóficos**; tradução RANIERI, Jesus. 4 reimpressão – São Paulo: Boitempo, 2010.

MINAS GERAIS. 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Reclamação Trabalhista nº 0011359-34.2016.5.03.0112. Rodrigo Leonardo Silva Ferreira versus Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Juiz do Trabalho: Márcio Toledo Gonçalves. Minas Gerais. Disponível em < <https://portal.trt3.jus.br/internet/imprensa/noticias-intitucionais/importadas-2017/juiz-da-jt-de-minas-reconhece-vinculo-entre-uber-e-motorista-que-atendia-pelo-aplicativo-13-02-2017-23-26-acs>>. Acesso em: 8 out. 2017.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho**. 12. ed. de acordo com o Novo CPC. São Paulo: LTr, 2017, p. 239.

Limites à soberania em face da dignidade da pessoa humana

Miguel Ornelas Prates¹

Raquel Santana Rabelo Ornelas²

Introdução

O objetivo deste artigo científico é a análise sobre a existência de limites à soberania estatal na configuração político-social contemporânea, haja vista a concepção atual do Direito Internacional em relação à proteção do indivíduo e, mais amiúde, da Dignidade da Pessoa Humana, como fundamento último do Direito.

A priori, buscar-se-á compreender o conceito de “soberania” e as variações de significado, principalmente etimológicas, que se observaram ao longo dos anos. A partir da definição dogmática, portanto, será possível afirmar se há ou não limites e, havendo, quais são e como atuam.

A soberania, nas palavras do jurista alemão Georg Jellinek, citado por (BARACHO, 2015), trata-se do “*poder do Estado em estruturar livremente sua ordem jurídica*”. O próprio Baracho, por seu turno, pondera que, sendo a soberania conceito construído

¹ Bacharel em Direito. Servidor Público.

² Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2008). Pós Graduação em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2009). Mestrado em Direito pela Universidade de Lisboa (2017).

pelo Direito, estaria a este subordinada e, por conseguinte, o Estado mesmo se subordinaria ao Direito posto.

Além disso, os horrores praticados na Segunda Guerra Mundial geraram, na humanidade, a concepção de que o ser humano é o mais importante, um fim em si mesmo, de valor maior do que o próprio Estado, ou seja, supranacional.

Essa reflexão culminou com uma mudança de paradigma, na medida em que, até então, se presenciava um verdadeiro culto ao Estado e sua onipotência para definir suas próprias regras. Agora, a ideia de inviolabilidade da vontade estatal é questionada, tendo em vista que princípios ganham status normativos e a dignidade da pessoa humana recebe o condão do bem jurídico mais importante.

O dito questionamento ganha contornos de concretude com a Carta das Nações Unidas de 1945 e a instituição de Organizações Internacionais que facilitam a proteção internacional dos Direitos Humanos.

O que se vê, a partir de então, é o crescimento contínuo das relações internacionais e da influência das decisões tomadas pelo conjunto de nações no ordenamento jurídico e, mais que isso, no processo político de cada Estado. Noutros termos, cada país passa a levar em conta o que orientam as Organizações Internacionais ao definir seu próprio arcabouço legislativo.

É debruçado neste cenário que o presente trabalho pretende definir a própria soberania, ou seja, como a sociedade contemporânea e os Estados nacionais devem entendê-la principalmente em razão do advento do princípio da dignidade da pessoa humana no contexto presente de um Direito Internacional pautado na garantia de Direitos Humanos.

1 Da soberania estatal

O poder sempre permeou as relações humanas. Em todos os níveis e desde que o ser humano passou a viver em sociedade, as

relações baseiam-se no exercício do poder, com menos ou mais intensidade. Nas relações familiares, profissionais e, inclusive, nas de amizade, há qualquer grau de poder entre os entes relacionantes. Os Estados nacionais, por seu turno, na medida em que se relacionam entre si e com seus populares, carecem de certo poder que lhes permita se autodeterminar e impor sua vontade perante outros Estados.

A esse poder, a doutrina chamou de soberania: a capacidade do Estado em definir autonomamente sua ordem política e jurídica. Não obstante, no decorrer dos anos, a variabilidade do conceito de soberania. É que, como as demais características do Estado, o emprego do poder soberano é tensionado à conjectura social a que se aplica.

Desse modo, conforme o contexto social, a soberania passou a ser vista de forma diferente. Atualmente, questiona-se sua amplitude e seu caráter absoluto, notadamente em face da necessidade contemporânea de efetivação dos Direitos Humanos num âmbito planetário.

Não obstante essa variação, é imperioso, para a ciência jurídica, a análise do conceito de soberania, bem como sua construção histórica.

O que se verifica, apesar disso tudo, é que o conceito de soberania é uma das bases da ideia de Estado Moderno, tendo sido de excepcional importância pra que este se definisse, exercendo grande influência prática nos últimos séculos, sendo ainda uma característica fundamental do Estado. (DALLARI, 1995, p. 63)

O jurista alemão Georg Jellinek, considerado um dos maiores expoentes no estudo do poder soberano, nos permite compreender que, no estudo da soberania, enquanto conceito fundamental do Estado, repousa a necessidade de investigação sobre sua evolução histórica.

Ninguno de los conceptos fundamentales del derecho político está tan necesitado de una investigación acerca de su evolución histórica como el de soberanía. Pero no se trata aquí de la historia de la literatura de este concepto, con objeto de conocer los diversos matices que ha recibido a ser tratada por distintos escritores, sino que la exposición pretende mostrar la situación histórico-política de donde ha nacido este concepto. La soberanía es, en su origen histórico, una concepción de índole política, que sólo más tarde se ha condensado en una índole jurídica. (JELLINEK, 2000, p. 401)³

Isso posto, passar-se-á ao sintético relato histórico do que se compreendeu como soberania ao longo dos séculos.

1.1 A soberania na história

Como referência cronológica, este trabalho adotará a divisão clássica entre períodos, ou seja, o início da história se deu no período denominado História Antiga, ou Antiguidade, era compreendida desde o surgimento da escrita, entre os anos 4.000 a.C e 3.500 a.C, e findado com a queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C. A Antiguidade deu lugar à Idade Média, que perdurou até a queda do Império Romano do Oriente em 1.453, sendo sucedido pela Idade Moderna, que se encerrou com a Revolução Francesa de 1.789 e deu lugar ao período contemporâneo (TAIAR, 2011, p. 40).

A soberania, na Antiguidade, se origina nos agrupamentos familiares, o poder patriarcal era soberano e definia, mormente por intermédio da religião, as leis a serem obedecidas no interior de cada família. “Esse direito de justiça, que o chefe de família exercia na casa,

3 Nenhum dos conceitos fundamentais do Direito Político está tão necessitado de uma investigação acerca de sua evolução histórica como o conceito de soberania. Mas não se trata, aqui, da história da literatura sobre esse conceito, com o objetivo de conhecer as diversas matizes que recebeu, ao ser tratado por distintos autores, mas uma exposição que pretende mostrar a situação histórico-política de onde nasceu tal conceito. A soberania é, em sua origem histórica, uma concepção de cunho político, que, apenas mais tarde, se condensou como índole jurídica (tradução nossa).

era completo e sem apelação. Podia condenar à morte, como fazia o magistrado na cidade; nenhuma autoridade tinha direito de modificar sua sentença” (COULANGES, 2006, p. 80).

Graças à religião doméstica, a família antiga tinha a forma de pequeno corpo organizado, com chefe e governo (*pater-familiae* – pai de família – poder familiar). Ressalte-se que a autoridade do *pater-familiae* não era um poder arbitrário como aquele que deriva do mais forte. As crenças reinantes nos espíritos eram suficientes, sem a necessidade do direito da força ou da autoridade de um poder social, para constituí-la regularmente, para dar-lhe disciplina, governo, justiça, e para fixar em todos esses detalhes o direito privado. (TAIAR, 2009, p. 42)

Com o passar dos anos, os agrupamentos familiares foram se tornando maiores, até se constituírem em cúrias. Várias cúrias formavam tribos e estas formaram as primeiras cidades. A autoridade das cidades vinha de cada família e era estruturada na religião. Cada chefe de família era um líder religioso e, a partir deste agrupamento familiar, emergiram as cidades antigas.

Não é necessário imaginar uma cidade, ao nascer, deliberando sobre o governo que vai escolher, procurando e discutindo leis, combinando suas instituições. Não é assim que se formaram as leis ou que se estabeleceram os governos. As instituições políticas da cidade trazia-os consigo, porque elas estavam em germe nas crenças e na religião de cada homem.

A religião prescrevia que o lar tivesse sempre um sacerdote supremo. Não admitia que a autoridade sacerdotal fosse dividida. O lar doméstico tinha um grão-sacerdote, que era o pai de família; o lar da cúria tinha seu curião ou patriarca; cada tribo tinha seu chefe religioso, que os atenienses chamavam de rei da tribo. A religião da cidade também devia ter um pontífice. (COULANGES, 2006, p. 153)

Como se pode perceber, embora o termo “soberania” não havia ainda sido inserido no contexto social, é fácil reconhecer, nesta primitiva forma de organização social, um poder soberano

do chefe de família e do líder religioso. O poder patriarcal era absoluto nas primeiras cidades e é possível que as sociedades vindouras tenham herdado esse sentimento de personificar o poder de mando sobre a coletividade, ainda que essa personificação repose, como ocorre atualmente nas democracias, no ente estatal.

Na Roma Antiga, *v.g.*, a despeito de ser possível visualizar com clareza os poderes civis ou militares, neles não se observava a representação do poder uno e indivisível do Estado. O que havia, por outro lado, era a já citada personificação do poder soberano, dessa vez, no imperador. “O poder de *imperium* era um poder político transcendente que se refletia na majestade imperial incontrastável. Porém não indicava poder supremo do Estado em relação a outros poderes ou para decidir sobre determinadas matérias” (TAIAR, 2009, p. 45).

O advento da Idade Média, a despeito das críticas normalmente acompanhadas de uma visão preconceituosa, deixou importante legado no campo de estudo da ciência política. Com efeito, a Idade Média foi um período transicional que fecundou algumas das principais ideias que afloraram na modernidade.

Na era medieval, observou-se a tentativa feita pelo cristianismo de separação entre a religião e o Estado. Além disso, a religião cristã propagava a universalidade e a liberdade, ou seja, são todos iguais perante Deus e, além disso, Ele concede o livre arbítrio, tornando a todos, a despeito da coerção estatal, paradoxalmente legitimada pela própria Igreja, homens livres.

Os princípios informativos das sociedades políticas medievais quebraram a rígida e bem definida organização romana, revelando novas possibilidades e novas aspirações que culminaram no Estado Moderno. Talvez a principal característica dessa época foi a personalização do poder: de um lado o poder do Estado e de outro o poder da Igreja (cristianismo), ambos utilizando como meio coativo a força.

Coube ao cristianismo separar a religião do Estado (...). Dominando o cenário religioso, a Igreja transformou-se na instituição mais poderosa da sociedade medieval, sendo que o

Estado, de outro lado, se em determinados negócios exerceu maior soberania, seu campo de ação tornou-se mais limitado, já que o domínio da parte espiritual do indivíduo lhe escapava. (TAIAR, 2009, p. 48)

É na Idade Média que se reconhece um grande número de Estados soberanos. Nesse período, se concebe a ideia de soberania como qualidade estatal e autoridade máxima com poderes que se submetiam apenas à lei divina e à lei natural.

Na modernidade, contudo, a doutrina colhe a semente plantada na Idade Média e introduz, de fato, a palavra soberania no linguajar jurídico e político. A partir de então, “o Estado passa a ser definido, basicamente, como o poder soberano sobre um grupo de pessoas de um determinado território” (TAIAR, 2009, p. 53).

A Idade Moderna presenciou o declínio das autoridades incontestáveis do Imperador e do Papa e, com isso, a formação do Estado como se conhece hoje.

A organização do mundo em Estado veio a lume em 1648, ano em que foi assinada a Paz de Westfália.

Saía-se da era medieval, onde o poder de mando repartia-se entre reinos feudos, cidades e corporações, convergindo na suprema autoridade do Papa e do imperador, fundamentos da soberania.

Havia necessidade de um poder que se colocasse em patamar superior a tais grupos. (HUSEK, 2008, p. 154)

Noutro giro, outra característica do período moderno é o advento de vasta doutrina sobre a teoria do Estado e, por conseguinte, da soberania, haja vista a compreensão, do pensamento moderno, de que essa última é elemento formador indispensável ao Estado.

Por todos, Rousseau defende que a soberania é o exercício da vontade geral que se consubstancia na busca do bem comum. Isto é, o laço que mantém a coletividade unida é o mesmo desejo de se alcançar, por intermédio de uma sociedade que transforma o indivíduo em um ser melhor, o bem de todos. A soberania, nessa

visão, seria a o exercício dessa vontade pelo soberano. Por isso mesmo, o autor francês assevera ser o poder soberano inalienável e indivisível.

Digo, pois, que outra coisa não sendo a soberania senão o exercício da vontade geral, jamais se pode alienar, e que o soberano nada mais é senão um ser coletivo, não poder ser representado a não ser por si mesmo; é perfeitamente possível transmitir o poder, não porém a vontade. (ROUSSEAU, p. 36)

Embora este trabalho tenha dedicado várias linhas sobre o desenvolvimento da soberania ao longo da história, não é possível esgotar o tema. O que se buscou, no entanto, foi delinear as principais características da soberania de acordo com o período. Esse apanhado demonstra-se importante na medida em que permite vislumbrar como a soberania e a forma de exercê-la sofrem variações de acordo com o *satus* da sociedade, seja ele econômico, social e, principalmente, temporal.

1.2 A soberania na atualidade e sua aplicação

O Estado contemporâneo é dotado de algumas características próprias, atributos peculiares que mudaram a visão sobre o poder soberano que se tinha na modernidade e que foram adquiridos em virtude de alguns personagens e acontecimentos históricos que, de certa forma, contribuíram para a formação do que hoje se entende por sociedade contemporânea.

No que se refere às formas de organização dos Estados Nacionais e, mais especificamente, ao Direito Internacional, inexoravelmente, a Segunda Guerra Mundial apresenta-se como um triste episódio que forçou a humanidade, por um lado, a repensar os valores que eram considerados absolutos e que possibilitaram o cometimento de horrores nunca vistos antes e, por outra ótica, dar prioridade à razão de ser de toda sociedade: o ser humano.

A despeito disso, o pós-guerra representou um culto ao Estado, muito em decorrência da disputa entre o capitalismo e o socialismo, polos da Guerra Fria. Nesse cenário, o mundo se via dividido entre aquelas nações que comungavam o pensamento soviético e os que ladeavam para a ideologia norte-americana; tudo isso com algum resquício do fascismo, o que ocasionou uma verdadeira idolatria aos Estados Nacionais (TAIAR, 2009, p. 59-60).

A criação de organismos internacionais, o medo de novos conflitos planetários e o fenômeno da globalização fomentaram as relações entre os países, culminando com uma nova ordem internacional, onde os Estados se inter-relacionam com maior intensidade e, por isso mesmo, carecem de instituições de alcance global, aptas a assegurar a harmonia entre as nações que se tornam, a partir de então, em número cada vez mais elevado.

Tudo isso consubstancia a crise do Estado, um número cada vez maior de países que, por ceder a comandos globais, acabam por diminuir, ainda que voluntariamente, sua autodeterminação.

Significa dizer, neste pensar, que a crise enfrentada pelo estado Contemporâneo traduz-se na própria fonte de sua proliferação, ou seja, os Estados ampliam-se em quantidade, porém significam cada vez menos em termos de soberania e autodeterminação, e neste centro de discussões e inseguranças encontra-se o ser humano. (TAIAR, 2009, p. 61)

Em paralelo, a proteção do ser humano ganha força e começa a fazer parte da discussão internacional muito em razão do fortalecimento das instituições internacionais.

Todo esse movimento de internacionalização do Direito, crise do Estado e proteção internacional dos Direitos Humanos com a inserção da dignidade da pessoa humana como fundamento último de todos os Estados, gera o questionamento sobre o atual alcance da soberania estatal. Em outros termos, a comunidade global passa a se ver cada vez mais interligada e, nesse cenário, a manutenção de barreiras pode não ser mais viável.

Nesse sentido, cabe a análise da dignidade da pessoa humana, para então colocá-la ao lado da soberania estatal na concepção atual e analisar se a proteção daquela implica em limitação desta ou, apenas, uma mudança conceitual de um ou de outro.

2 Os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana

A despeito da discussão contemporânea acerca da dignidade da pessoa humana e a sua posição de supremacia à luz do Direito, Immanuel Kant, ainda no século XVIII, já trazia o conceito do que, apenas recentemente, tomou seu devido lugar.

Supondo, porém, que existe alguma coisa, cuja existência em si mesma possua valor absoluto, alguma coisa que, como fim em si mesmo, possa ser um princípio de leis determinadas, então nisso e só nisso se poderá encontrar o princípio de um imperativo categórico possível, isto é, de uma lei prática. Agora digo: o homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si, não apenas como meio, do qual esta ou aquela vontade possa dispor a seu talento; mas, em todos os seus atos, tanto nos que se referem a ele próprio, como nos que se referem a outros seres racionais, ele deve sempre ser considerado ao mesmo tempo como fim. (KANT, 2007, p. 28)

Destarte, a dignidade da pessoa humana pressupõe o reconhecimento do ser humano como um fim em si mesmo. Por isso mesmo, a doutrina aponta um rol de direitos que devem ser observados para a promoção da dignidade da pessoa humana e os denomina de Direitos Humanos.

Nas palavras de Dalmo Dallari, correspondem às necessidades essenciais que cada ser humano possui e, por isso mesmo, devem ser garantidas.

A expressão “direitos humanos” é uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa

humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. Todos os seres humanos devem Ter asseguradas, desde o nascimento, as mínimas condições necessárias para se tornarem úteis à humanidade, como também devem Ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar. Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa pode valer-se como resultado da organização social. É a esse conjunto que se dá o nome de direitos humanos. (DALLARI, 1999, p.1)

É comum, na doutrina, relacionar a origem dos Direitos Humanos com o surgimento do Estado de Direito. É bem verdade que os primeiros documentos normativos conhecidos pela História, como o *Código de Hammurabi*, traziam, ainda que de forma rudimentar, a defesa da vida, da propriedade, da honra, dignidade e família, além de prever a superioridade da lei face aos governantes (TAIAR, 2009, p. 137).

Contudo, é a partir da contemporaneidade que os Direitos Humanos ganham espaço. A Revolução Francesa, de 1.789, apresenta ao mundo a primeira declaração contemporânea dos direitos humanos (TAIAR, 2009, p. 168).

Com efeito, reconhecendo e declarando, conforme seu artigo 1º que “os homens nascem e continuam livres e iguais em direitos” e que “as distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”, a Assembleia Nacional francesa deixou expresso que essa e as demais proposições se aplicavam a todas as sociedades políticas, Assim, diz o artigo 2º: “o fim de toda a associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do ser humano”. Esses direitos são: a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. E o artigo 16 expressa que: “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. (TAIAR, 2009, p. 169)

De fato, a mudança de paradigma observada na Revolução Francesa é responsável por um enorme progresso na proteção e no

respeito à dignidade da pessoa humana. Isso porque, a partir de então, o Estado começa a reconhecer o valor do ser humano. Valor esse que é por todos explicado na ótica de Dalmo Dallari:

Para os seres humanos não pode haver coisa mais valiosa do que a pessoa humana. Essa pessoa, por suas características naturais, pode ser dotada de inteligência, consciência e vontade, por ser mais do que uma simples porção de matéria, tem uma dignidade que a coloca acima de todas as coisas da natureza. Mesmo as teorias chamadas materialistas, que não querem aceitar a espiritualidade da pessoa humana, sempre foram forçadas a reconhecer que existe em todos os seres humanos uma parte não-material. Existe uma dignidade inerente à condição humana, e a preservação dessa dignidade faz parte dos direitos humanos. (DALLARI, 1999, p.1)

Esse progresso, no entanto, não foi capaz de evitar a existência de duas grandes guerras mundiais, toda a destruição que elas causaram e que o conhecimento geral dispensa a dedicação de linhas, neste trabalho. Vale o registro, no entanto, das consequências positivas advindas com o fim da Segunda Guerra Mundial.

O enfoque, nesse sentido, repousa sobre a criação de organismos internacionais de promoção da dignidade da pessoa humana, tendo como principal a Organização das Nações Unidas (ONU), cuja Assembleia Geral foi responsável pela promulgação do mais importante documento sobre os Direitos Humanos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.

Artigo I. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II

1- Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

2- Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. (ONU, 1948, n.p)

É válido ressaltar que a Declaração foi promulgada sem quaisquer reservas ou questionamentos, o que lhe confere uma plataforma global de proteção aos Direitos Humanos. Em outros termos, constitui a apresentação de uma ética universal, um valor que deve ser observado por toda a humanidade (PIOVESAN, 2010, p. 141).

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça puritana ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. (PIOVESAN, 2010, p. 142)

A partir de então, o que se observa é uma crescente ampliação da proteção da dignidade da pessoa humana em nível planetário. Diversos tratados sobre Direitos Humanos são celebrados e os Estados nacionais se comprometem, cada vez mais, ao respeito à pessoa humana e aos valores que lhe são inerentes.

No Brasil, a Constituição da República de 1988 foi pioneira ao consagrar a prevalência dos Direitos Humanos como parâmetro nas relações internacionais brasileiras. De fato, o constituinte optou por não inserir, na lista dos direitos e garantias

fundamentais, a dignidade da pessoa humana, incluindo-a, portanto, no status de princípio fundamental, conforme Art. 1º, III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988, n.p)

Não obstante, tal disposição da dignidade da pessoa humana não afasta sua aplicação como fundamentação de regras jurídicas, por exemplo, na proibição constitucional da tortura. Complementa Ingo Sarlet:

Embora entendamos que a discussão em torno da qualificação da dignidade da pessoa como princípio ou direito fundamental não deva ser superestimada, já que não se trata de conceitos necessariamente antiéticos e reciprocamente excludentes (não só, mas também pelo fato de que, além de os direitos fundamentais expressamente consagrados na Constituição encontrarem – pelo menos em grande parte – seu fundamento na dignidade da pessoa humana, também é possível reconhecer que do próprio princípio da dignidade da pessoa podem e até mesmo devem ser deduzidas posições jusfundamentais (direitos e deveres), ainda que não expressamente positivados, de tal sorte que, neste sentido é possível aceitar que se trata de uma norma de direito fundamental, muito embora daí não decorra, pelo menos não necessariamente, a existência de um direito fundamental à dignidade. (SARLET, 2012, p. 951)

Dúvidas não pairam, portanto, sobre a importância da dignidade da pessoa humana e seu âmbito global de proteção. A

inserção do ser humano em posição de destaque da ciência jurídica confere, aos Direitos Humanos, parâmetro legislativo e jurisprudencial em qualquer sociedade democrática de direito.

De outro lado, resta o questionamento se a internacionalização da proteção à pessoa humana configuraria diminuição ou, até mesmo, desconfiguração da soberania, elemento caracterizador do Estado, na formatação contemporânea. É o que se analisará a seguir.

3 A proteção internacional da dignidade da pessoa humana e limites à soberania

O atual processo de internacionalização do Direito é responsável por uma reflexão doutrinária sobre o tradicional conceito de soberania, que a apresenta absoluta. Ora, cada vez mais os Estados elevam suas participações na comunidade internacional e se submetem a regras comuns a todos os países, se sujeitando, inclusive, à sanções, em caso de descumprimento.

As modernas relações internacionais não se compadecem, pois, com o velho e arraigado conceito de soberania e pretendem afastá-lo para cada vez mais longe, a fim de tornar mais viáveis as relações entre os Estados, dando a estes direitos, mas também obrigações na órbita internacional. Trata-se, como se vê, da verdadeira negação do conceito de soberania no cenário internacional. (MAZZUOLI, 2002, p. 173)

Isso é intensificado quando se analisa a proteção dos Direitos Humanos. É inimaginável pretender promover a dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais a nível mundial com a existência da tradicional soberania estatal. Certamente, não é possível admitir que um Estado, sob o pálio da soberania, faça ou deixe de fazer o que lhes convier, em detrimento da proteção internacional dos Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2002, p. 173).

Alguns autores, entre eles, Kelsen, vão além e negam, em prol da existência de *civitas maxima*, ou seja, uma comunidade internacional universal, a tradicional soberania estatal, tal como defendida na modernidade, sob o argumento de se tratar de uma delegação feita aos Estados pela própria comunidade internacional, consubstanciando-se em um direito supranacional e humano capaz de limitar a liberdade do Estado (MAZZUOLI, 2002, p. 171).

Sem dúvidas, a doutrina avança no sentido de afirmar a superioridade do direito internacional em relação ao Estado. Conforme Rogério Tairar (2009, p. 306), “a noção de uma soberania absoluta é obsoleta, não mais condizendo com a realidade internacional contemporânea. O direito internacional está inserido acima do Estado, não em detrimento da soberania, mas em proveito do bem comum universal”.

Noutro giro, a maior parte da doutrina, empiricamente falando, atesta que, embora relativizada, a soberania ainda existe e tem importância jurídico-política. Por todos, o jurista espanhol Juan Antônio Carrillo Salcedo:

Sin embargo, la soberanía de los Estados, principio constitucional del orden internacional, no ha sido desplazada ni por el desarrollo del fenómeno de Organización Internacional ni por los derechos humanos en tanto que nuevo principio constitucional del Derecho internacional, aunque sí erosionada y relativizada. Soberanía de los Estados y derechos humanos son por ello dos principios constitucionales del Derecho internacional contemporáneo, que coexisten y se interaccionan recíprocamente en una tensión dialéctica cuya consideración es indispensable para comprender la complejidad y las contradicciones intrínsecas del Derecho internacional de los derechos humanos en la fase actual de su evolución histórica. (SALCEDO, 1997, p. 131)⁴

4 No entanto, a soberania dos Estados, princípio constitucional da ordem internacional, não foi substituída nem pelo desenvolvimento do fenômeno Organização Internacional, nem pelos Direitos Humanos, como um novo princípio constitucional do Direito Internacional, ainda que fragmentada e relativizada. A soberania do Estado e os Direitos Humanos são, portanto, dois princípios constitucionais do Direito Internacional contemporâneo, que coexistem e interagem reciprocamente em uma tensão dialética, cuja consideração é essencial para compreender a complexidade e as

É bem verdade que algumas nações, já cômicas da nova formatação global de proteção dos Direitos Humanos, inseriram, em seus textos constitucionais, a previsão de limitação à soberania em prol de valores humanitários de maior relevo do que o próprio Estado. Cita-se, como exemplo, as constituições, respectivamente, da Itália e do Chile:

Art. 11. A Itália repudia a guerra com instrumento de ofensa à liberdade dos outros povos e como meio de resolução das controvérsias internacionais; **consente, em condições de paridade com os outros Estados, nas limitações de soberania necessárias para um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações**; promove e favorece as organizações internacionais que visam essa finalidade. (grifos do autor).

Artículo 5. La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni Individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

*Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.*⁵ (grifos do autor)

O que se pode dizer, sem dúvidas, é que o conceito de soberania deve ser reformulado, levando-se em consideração a conjectura de

contradições intrínsecas do Direito Internacional dos Direitos Humanos na fase atual de sua evolução histórica (tradução nossa).

5 Artigo 5. A soberania reside essencialmente na Nação. Seu exercício é realizado pelo povo através do plebiscito e eleições periódicas e, também, pelas autoridades que esta Constituição estabelece. Nenhum setor do povo ou qualquer indivíduo pode atribuir a si mesmo seu exercício. O exercício da soberania reconhece como limitação o respeito pelos direitos essenciais que emanam da natureza humana. É dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos, garantidos por esta Constituição, bem como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e vigentes (tradução nossa).

relações internacionais entre os Estados e, mais amiúde, de proteção global dos Direitos Humanos e de promoção da dignidade da pessoa humana. Inexoravelmente, não se trata de expurgar a soberania estatal, mas, *a contrario sensu*, incutir esta nova visão de soberania, há algum tempo proposta pela doutrina, seria, por parte dos Estados, um ato verdadeiramente soberano, posto que se pauta no respeito à razão de ser do próprio Estado: o indivíduo.

Conclusão

Durante o desenvolvimento deste trabalho, demonstrou-se o caminhar da soberania estatal ao longo da história. Como visto, a noção de poder parece ser algo inerente às relações humanas e, por isso mesmo, é mais difícil definir limites. Por muito tempo, a doutrina classificou a soberania como ilimitada, não devendo nenhum Estado se submeter à vontade de qualquer outro.

Noutro prisma, a proteção internacional dos Direitos Humanos e, consonante, a promoção da dignidade da pessoa humana em nível global, observada após a segunda Guerra Mundial, representa um novo parâmetro de garantias individuais que devem ser respeitadas por todos os Estados.

Nesse cenário, a nem tão recente internacionalização do Direito coloca em cheque a soberania tradicionalmente entendida e obriga à reflexão do conceito e amplitude.

Não se trata, aqui, de desconsiderar a existência do poder soberano do Estado, mas observar que, como cada indivíduo abriu mão de parcela de sua liberdade individual, as nações também devem, em prol do respeito a estes mesmos indivíduos, restringir sua própria liberdade de autodeterminação.

É oportuno salientar que este trabalho buscou na doutrina as diferentes visões sobre o objeto de pesquisa com o desiderato de compreender, de fato, o que seria necessário para compatibilizar o exercício da soberania com a garantia da dignidade da pessoa humana.

Deste modo, tem-se que urge a elaboração teórica de uma soberania que compreenda a necessidade de proteção global dos Direitos Humanos e, então, caminhem lado a lado na busca pelo respeito ao ser humano. Afinal, não há nada de mais soberano ao Estado do que ser garantidor, ainda que lhe custe restringir sua autodeterminação, da dignidade da pessoa humana.

Referências

BARACHO, José Alfredo de Oliveira; HORTA, José Luis Borges (Org.). **Direito e política**: ensaios selecionados. Florianópolis: Conpedi, 2015.

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

CHILE. Constituição (1980). **Constituição Política da República do Chile**. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/10092>> Acesso em: 16 nov. 2016.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga** [online]. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: eBooksBrasil, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **O que são direitos humanos?** Direitos humanos: noção e significado. In: dhnet, 1999. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/textos/oquee/oquedh.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: LTR, 2008.

ITÁLIA. Constituição (1947). **Constituição da República Italiana**. Disponível em: <[http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20\(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano\)/Costituzione Italiana-Portoghese.pdf](http://www.educazioneadulti.brescia.it/certifica/materiali/6.Documenti_di_riferimento/La%20Costituzione%20in%2015%20lingue%20(a%20cura%20della%20Provincia%20di%20Milano)/Costituzione%20Italiana-Portoghese.pdf)>. Acesso em: 16 nov. 2016.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Tradução e Prólogo: Fernando de los Ríos. México: FCE, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos**. Brasília: STF, 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Artigo__Soberania_e_Direitos_Humanos__Valerio_Mazzuoli.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2016.

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **Declaração universal dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: UNICRIO, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social** [online]. Tradução de Ridendo Castigat de Mores. São Paulo: eBooksBrasil.

SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. **Soberania de los Estados y Derechos Humanos em Derecho Internacional Contemporáneo**. Madrid: Tecnos, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição brasileira de 1988 - Algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda**. Direito Constitucional e Justiça Constitucional. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2010.

TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos Direitos Humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção dos direitos humanos**. 2009. 321f. Tese (Doutorado) - Área de concentração: Direitos Humanos, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

O direito à educação nas constituições brasileiras: do império à constituição de 1988

*Emerson Luiz de Castro*¹
*Filipe Martins de Oliveira*²

Introdução

O Direito exerce um papel crucial para a sociedade, uma vez que proporciona a harmonia e paz para os indivíduos. Já a educação surgiu de maneira evolutiva, e particularmente no Brasil, ganhou espaço na medida que os anos se passaram, tendo seu passo inicial no sistema de governo geral, aquele que substituiu o regime de capitânicas hereditárias. Em 1549, Tomé de Souza ao desembarcar em Salvador, trouxe dois jesuítas e quatro padres, para implementar educação para os índios, notadamente, a língua portuguesa, gramática latina, doutrina cristã (igreja católica), o ato de ler e escrever, música, canto, atividades agrícolas e profissionais, sendo que no decorrer do tempo, tal instrução foi destinada para um grupo elitizado.

Todas nossas constituições abordaram, da sua maneira, a educação, podendo assim verificar que a cultura e política exerceram uma influência notória e crescente, até a que a última

1, Advogado, Mestre em Direito, Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Promove de Belo Horizonte.

2, Advogado, Especialista em Direito processual Civil, Professor do Curso de Direito da Faculdade Promove de Belo Horizonte.

carta magna fez uma abordagem mais complexa e integral da matéria, como um direito social do cidadão brasileiro.

São sete constituições federais instituída no Brasil: a Constituição de 1824, a de 1891, a de 1934, a de 1937, a de 1946, a de 1967 e a última de 1988.

Em comemoração aos 30 anos da Constituição de 1988, o presente artigo tem o intuito de realizar uma imprescindível abordagem do direito à educação em cada carta constitucional, sobretudo na última de 1988, que previu tal direito como social a todos os cidadãos do país.

Assim, importante tal abordagem, uma vez que proporciona um conhecimento histórico e constitucional aos acadêmicos e profissionais da educação, no sentido de averiguar que a educação surgiu como um privilégio para um pequeno grupo, de maneira sutil, até se tornar um direito basilar na formação da dignidade do ser humano.

1. A constituição de 1824

A Independência brasileira se deu em 1822, em decorrência de acordos políticos de interesse da classe dominante, formada pela camada senhorial brasileira, que entrava em sintonia com o capitalismo europeu. A Assembleia Constituinte e Legislativa, instalada após a proclamação da Independência para legar nossa primeira Constituição, iniciou os trabalhos propondo uma legislação particular sobre a instrução, com o objetivo de organizar a educação nacional.

A Constituição de 1824 foi outorgada, ou seja, tornada pública, pelo imperador D. Pedro I. Ela buscou fortalecer o poder pessoal do imperador criando um quarto poder que foi denominado de Poder Moderador. O Poder Moderador permitia ao soberano intervir em assuntos de competência dos Legislativo e Judiciário. Com relação às Províncias elas passam a ser governadas

por presidentes nomeados pelo Imperador. No texto constitucional estabeleceu-se eleições indiretas e censitárias.

Com relação à educação a Constituição de 1824 trazia:

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

XXXII. A Instrucção primaria, e gratuita a todos os Cidadãos.

XXXIII. Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes.

Verifica-se que nessa carta, foi estabelecido entre os direitos civis e políticos, a gratuidade da instrução primária para todos aqueles considerados cidadãos e previu a criação de colégios e universidades. Insta destacar que os escravos não eram considerados cidadãos, sendo estes, maior parte da população do Brasil, naquela época, que nos leva a entender que somente uma pequena minoria era privilegiada.

O acesso restrito à educação resultou, naturalmente, a um índice alarmante de analfabetismo, podendo-se dizer que naquela ocasião, o estudo era visto como supérfluo, até porque o Estado limitava seu acesso.

2. A constituição de 1891

A Constituição de 1891 foi promulgada pelo Congresso Constitucional e elegeu indiretamente para a Presidência da República o Marechal Deodoro da Fonseca. A Carta Constitucional de 1891 instituiu o presidencialismo, bem como eleições diretas para a Câmara e o Senado e mandato presidencial de quatro anos. O texto estabeleceu o voto universal, não-obrigatório e não-secreto; ficavam excluídos das eleições os menores de 21 anos, as mulheres, os analfabetos, os soldados e os religiosos. A

Constituição de 1891 foi alterada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926.

Com relação à educação a Constituição de 1891 trazia:

Art.34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional:

30. legislar sobre a organização municipal do Distrito Federal, bem como sobre a polícia, o ensino superior e os demais serviços que na Capital forem reservados para o Governo da União;

Art. 35 - Incumbe, outrossim, ao Congresso, mas não privativamente:

2º) animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e comércio, sem privilégios que tolham a ação dos Governos locais;

3º) criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados;

4º) prover a instrução secundária no Distrito Federal.

Título IV - Dos Cidadãos Brasileiros

Art. 70 - § 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados:

2º) os analfabetos.

Seção II - Declaração de Direitos

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 6º Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

Nesta constituição, foi especificada a competência legislativa da União e dos Estados, referente à educacional. À União coube legislar sobre o ensino superior, já aos Estados legislar sobre ensino secundário e primário, todavia ambos pudessem criar e manter instituições de ensino superior e secundário.

Ademais, o país ainda carregava os estigmas de uma educação inacessível, sendo que o índice de analfabetismo era exorbitante, e esta carta magna trouxe uma política de estímulo, uma vez que analfabetos não poderiam exercer o direito de voto. Todavia o direito a voto não foi estímulo suficiente para amenizar a

limitação ao acesso à educação, pois não se tratava de mera limitação, mas sim de um desafio social.

Outro marco importante foi a separação da Igreja e Estado, tornando este laico nos estabelecimentos públicos, a qual fora prevista pelo art. 72, Seção II, da Declaração de Direitos.

3. A constituição de 1934

A Constituição de 1934 foi promulgada pela Assembleia Constituinte no primeiro governo de Getúlio Vargas. No texto foi instituída a obrigatoriedade do voto que se tornou secreto. O direito de voto foi ampliado para mulheres e cidadãos de no mínimo 18 anos de idade. Não foram incluídos os analfabetos, os soldados e os religiosos.

Surge a Justiça Eleitoral com a finalidade de dar maior confiabilidade aos pleitos. Foi instituído o salário mínimo, a jornada de trabalho de oito horas, o repouso semanal e as férias anuais remunerados e a indenização por dispensa sem justa causa. Sindicatos e associações profissionais passaram a ser reconhecidos, com o direito de funcionar autonomamente.

Com relação à educação a Constituição de 1934 trazia:

Art 5º - Compete privativamente à União:

XIV - traçar as diretrizes da educação nacional;

XIX - legislar sobre:

k) condições de capacidade para o exercício de profissões liberais e técnico-científicas assim como do jornalismo;

Art 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados:

VI - difundir a instrução pública em todos os seus graus;

Art 108 - São eleitores os brasileiros de um e de outro sexo, maiores de 18 anos, que se alistarem na forma da lei.

Parágrafo único - Não se podem alistar eleitores:

a) os que não saibam ler e escrever;

Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;

b) estimular a educação eugênica;

e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;

Art 139 - Toda empresa industrial ou agrícola, fora dos centros escolares, e onde trabalharem mais de cinqüenta pessoas, perfazendo estas e os seus filhos, pelo menos, dez analfabetos, será obrigada a lhes proporcionar ensino primário gratuito.

Interessante ressaltar que na Constituição de 1934 temos um Capítulo dedicado especialmente à Educação e à Cultura como a seguir:

Art 148 - Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

Art 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

Art 150 - Compete à União:

a) fixar o plano nacional de educação, compreensivo do ensino de todos os graus e ramos, comuns e especializados; e coordenar e fiscalizar a sua execução, em todo o território do País;

b) determinar as condições de reconhecimento oficial dos estabelecimentos de ensino secundário e complementar deste e dos institutos de ensino superior, exercendo sobre eles a necessária fiscalização;

c) organizar e manter, nos Territórios, sistemas educativos apropriados aos mesmos;

d) manter no Distrito Federal ensino secundário e complementar deste, superior e universitário;

e) exercer ação supletiva, onde se faça necessária, por deficiência de iniciativa ou de recursos e estimular a obra educativa em todo

o País, por meio de estudos, inquéritos, demonstrações e subvenções.

Parágrafo único - O plano nacional de educação constante de lei federal, nos termos dos arts. 5º, nº XIV, e 39, nº 8, letras a e e, só se poderá renovar em prazos determinados, e obedecerá às seguintes normas:

a) ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória extensivo aos adultos;

b) tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário, a fim de o tornar mais acessível;

c) liberdade de ensino em todos os graus e ramos, observadas as prescrições da legislação federal e da estadual;

d) ensino, nos estabelecimentos particulares, ministrado no idioma pátrio, salvo o de línguas estrangeiras;

e) limitação da matrícula à capacidade didática do estabelecimento e seleção por meio de provas de inteligência e aproveitamento, ou por processos objetivos apropriados à finalidade do curso;

f) reconhecimento dos estabelecimentos particulares de ensino somente quando assegurarem a seus professores a estabilidade, enquanto bem servirem, e uma remuneração condigna.

Art 151 - Compete aos Estados e ao Distrito Federal organizar e manter sistemas educativos nos territórios respectivos, respeitadas as diretrizes estabelecidas pela União.

Art 152 - Compete precipuamente ao Conselho Nacional de Educação, organizado na forma da lei, elaborar o plano nacional de educação para ser aprovado pelo Poder Legislativo e sugerir ao Governo as medidas que julgar necessárias para a melhor solução dos problemas educativos bem como a distribuição adequada dos fundos especiais.

Parágrafo único - Os Estados e o Distrito Federal, na forma das leis respectivas e para o exercício da sua competência na matéria, estabelecerão Conselhos de Educação com funções similares às do Conselho Nacional de Educação e departamentos autônomos de administração do ensino.

Art 153 - O ensino religioso será de frequência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno manifestada pelos pais ou responsáveis e constituirá matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais.

Art 154 - Os estabelecimentos particulares de educação, gratuita primária ou profissional, oficialmente considerados idôneos, serão isentos de qualquer tributo.

Art 155 - É garantida a liberdade de cátedra.

Art 156 - A União e os Municípios aplicarão nunca menos de dez por cento, e os Estados e o Distrito Federal nunca menos de vinte por cento, da renda resultante dos impostos na manutenção e no desenvolvimento dos sistemas educativos.

Parágrafo único - Para a realização do ensino nas zonas rurais, a União reservará no mínimo, vinte por cento das cotas destinadas à educação no respectivo orçamento anual.

Art 157 - A União, os Estados e o Distrito Federal reservarão uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação.

§ 1º - As sobras das dotações orçamentárias acrescidas das doações, percentagens sobre o produto de vendas de terras públicas, taxas especiais e outros recursos financeiros, constituirão, na União, nos Estados e nos Municípios, esses fundos especiais, que serão aplicados exclusivamente em obras educativas, determinadas em lei.

§ 2º - Parte dos mesmos fundos se aplicará em auxílios a alunos necessitados, mediante fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica, e para vilegiaturas.

Art 158 - É vedada a dispensa do concurso de títulos e provas no provimento dos cargos do magistério oficial, bem como, em qualquer curso, a de provas escolares de habilitação, determinadas em lei ou regulamento.

§ 1º - Podem, todavia, ser contratados, por tempo certo, professores de nomeada, nacionais ou estrangeiros.

§ 2º - Aos professores nomeados por concurso para os institutos oficiais cabem as garantias de vitaliciedade e de inamovibilidade nos cargos, sem prejuízo do disposto no Título VII. Em casos de extinção da cadeira, será o professor aproveitado na regência de outra, em que se mostre habilitado.

A década de 30 teve um destaque por causa dos movimentos sociais na defesa da democratização do ensino, embora ainda existisse o alto índice de analfabetismo.

Já se mostra notável uma presença mais completa da educação nesta constituição, impondo uma organização, prevendo os órgãos de sua composição como corolário do próprio princípio federativo e destinação de recursos para a manutenção e desenvolvimento do ensino, como se deu com a criação do Ministério da Educação e da Saúde Pública.

Ainda, foi abolida a característica descentralizadora da primeira Constituição republicana de 1891, assumindo, assim, o desafio de realizar um projeto de educação nacional, descrevendo as diretrizes do novo sistema educacional brasileiro, representando, portanto, um passo adiante no processo de modernização do ensino e sendo a pioneira, e ainda a mais evolutiva Constituição no que diz respeito à educação.

4. A constituição de 1937

A Constituição de 1937 foi outorgada no governo Getúlio Vargas. Inicia um regime ditatorial do Estado Novo com a instituição da pena de morte, a suspensão de imunidades parlamentares, a prisão e o exílio de opositores. A Carta Constitucional de 1937 Suprimiu a liberdade partidária e extinguiu a independência dos poderes e a autonomia federativa. Os Governadores e prefeitos passaram a ser nomeados pelo presidente, cuja eleição também seria indireta. A Constituição de 1937 foi alterada pela Lei Constitucional nº 9 de 1945.

Os poderes foram centralizados nas mãos do Chefe do Poder Executivo, constituindo-se num governo autoritário, logo, vários direitos deixaram de ser assegurados, em relação a carta de 1934. Diferente a constituição anterior, houve um certo retrocesso nesta constituição, ao vincular a educação com valores econômicos e cívicos, deixando de lado o ensino público, inclusive o art. 130 evidenciou a intenção do Estado a alocação dos recursos públicos para o financiamento da educação:

Art. 130. O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar.

Por mais que pareça uma sutil afirmação, o Governo atribui a responsabilidade de educação aos ricos ante aos pobres, devendo tal dever ser assumido pelo Estado, de maneira igualitária, proporcionando oportunidades para todas as classes, sendo que nesse período, o acesso ao ensino superior era ainda para poucos, se limitando um ensino profissionalizando para os menos favorecidos.

5. A constituição de 1946

Depois da deposição de Getúlio Vargas da função de presidente, o cenário político foi alterado, consolidando assim uma nova constituição. No ano de 1945, após as eleições para presidente que elegeram Eurico Gaspar Dutra, foi organizada uma nova constituinte com a eleição de deputados e senadores, e no ano seguinte, várias figuras políticas foram escolhidas para criar uma nova carta que vislumbrava novos rumos a serem tomados pelo Brasil.

A Constituição de 1946 foi promulgada no governo de Eurico Gaspar Dutra, após o período do Estado Novo e promoveu o restabelecimento dos direitos individuais. Também, extinguiu a censura e a pena de morte. Instituiu eleições diretas para presidente da República, com mandato de cinco anos. Restabeleceu o direito de greve e o direito à estabilidade de emprego após 10 (dez) anos de serviço. Retomou a independência dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e a autonomia dos estados e municípios. Retomou o direito de voto obrigatório e universal,

sendo excluídos os menores de 18 (dezoito) anos, os analfabetos, os soldados e os religiosos.

No campo econômico e administrativo, o governo tinha que consultar o Congresso Nacional para que qualquer espécie de medida fosse aprovada. Na esfera municipal e estadual, o princípio federalista foi prestigiado com a devolução da autonomia política anteriormente concedida.

Vale ainda destacar esta carta trouxe de volta os princípios presentes nas Constituições de 1891 e 1934:

Art. 168. A legislação do ensino adotará os seguintes princípios:

I - o ensino primário é obrigatório e só será dado na língua nacional;

II - o ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos;

III - as emprêsas industriais, comerciais e agrícolas, em que trabalhem mais de cem pessoas, são obrigadas a manter ensino primário gratuito para os seus servidores e os filhos destes;

IV - as emprêsas industrias e comerciais são obrigadas a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores, pela forma que a lei estabelecer, respeitadas os direitos dos professores;

V - o ensino religioso constitui disciplina dos horários das escolas oficiais, é de matrícula facultativa e será ministrado de acôrdo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por êle, se fôr capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável;

VI - para o provimento das cátedras, no ensino secundário oficial e no superior oficial ou livre, exigir-se-á concurso de títulos e provas. Aos professôres, admitidos por concurso de títulos e provas, será assegurada a vitaliciedade;

VII - é garantida a liberdade de cátedra.

A educação foi definida como direito de todos, dando destaque à concepção de educação pública, sem esquecer, como já dito, que foram definidos princípios que deram uma direção ao ensino (primário obrigatório e gratuito, liberdade de cátedra e concurso para seu provimento nos estabelecimentos superiores

oficiais assim como nos livres, merecendo destaque a inovação da previsão de criação de institutos de pesquisa).

6. A constituição de 1967

Uma Carta constitucional institucionaliza o regime militar de 1964. Mantêm-se os atos institucionais promulgados entre 1964 e 1967. Fica restringida a autonomia dos estados. O presidente da República pode expedir decretos-leis sobre segurança nacional e assuntos financeiros sem submetê-los previamente à apreciação do Congresso. As eleições presidenciais permanecem indiretas, com voto descoberto. O Poder Executivo deteve a grande parte do poder, tendo uma maior influência perante os poderes Judiciário e Legislativo

Com relação à educação, é válido citar o art. 176 caput e § 3º e incisos:

Art. 176 A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola.

§ 3º A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:

II - o ensino primário é obrigatório para todos, dos sete aos quatorze anos, e gratuito nos estabelecimentos oficiais;

III - o ensino público será igualmente gratuito para quantos, no nível médio e no superior, demonstrarem efetivo aproveitamento e provarem falta ou insuficiência de recursos;

IV - o Poder Público substituirá, gradativamente, o regime de gratuidade no ensino médio e no superior pelo sistema de concessão de bolsas de estudos, mediante restituição, que a lei regulará.

(...)

§ 4º - Anualmente, a União aplicará nunca menos de treze por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Ficou claro no dispositivo que a preocupação se voltou somente para a faixa etária dos sete aos quatorze anos, no que diz respeito a acesso à educação, sendo citadas bolsas concedidas no ensino médio e superior, com restituição posterior ao erário, limitando muitos a correr o risco de não ter condições de devolver tal valor.

Enfim, mantiveram a estrutura organizacional da educação nacional, preservando os sistemas de ensino dos Estados, todavia, houve retrocesso ao fortalecer o ensino particular, inclusive por meio de previsão de substituição do ensino oficial gratuito por bolsas de estudo, sem esquecer da exigência do bom desempenho para garantia da gratuidade do ensino médio e superior aos que comprovarem insuficiência de recursos. Outro marco negativo foi a diminuição do percentual de receitas vinculadas para a manutenção e desenvolvimento do ensino (limitadas somente aos municípios após a Constituição de 1969).

7. A constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988, findo o período militar, estabeleceu a retomada do estado democrático de direito. Concedeu a ampliação e o fortalecimento das garantias dos direitos individuais e das liberdades públicas. O texto constitucional instituiu o regime representativo, presidencialista e federativo. Importantes temas como a defesa do meio ambiente e do patrimônio cultural foram inseridos. Importante ressaltar também, a garantia do direito de voto aos analfabetos e aos maiores de 16 (dezesseis) anos em eleições livres e diretas, para todos os níveis, com voto universal, secreto e obrigatório.

Como bem esclarece Denise Souza Costa:

A Constituição de 1988 foi um marco para o direito à educação, tema que merece ser desenvolvido em destaque a seguir. As normas constitucionais ampliaram a autonomia dos Municípios, autorizando que organizassem os seus próprios sistemas

educacionais, mas, no entanto, não estabeleceu critérios legais para a divisão de suas funções na prestação da educação, e isto resultou em um sistema caótico de financiamento das redes de ensino. A nova Constituição não solucionou o problema da má distribuição dos recursos para a educação entre os entes federados. Da mesma forma, os mínimos constitucionais, reservados aos investimentos em educação, não garantiram a sua aplicação. A instituição da vinculação de 25% das receitas do Estado e Municípios e de 18% das receitas da União à educação não garantiu o financiamento adequado ao ensino obrigatório, tampouco deu mais transparência equidade ao gasto público. Esse problema foi mitigado com a criação do FUNDEF e FUNDEB. (COSTA, Denise Souza, 2011, p.35)

Finalmente, nesta carta, a educação que antes era um privilégio, tornou-se um direito do cidadão, e notadamente, se tornou uma obrigação do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, buscando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Escreveu Jaccoud e Cardoso Jr:

De fato, a Constituição de 1988 lançou as bases para uma expressiva alteração da intervenção social do Estado, alargando o arco dos direitos sociais e o campo da proteção social sob responsabilidade estatal, com impactos relevantes no que diz respeito ao desenho das políticas, à definição dos beneficiários e dos benefícios. (JACCOUD e CARDOSO JR, 2005, p. 182).

A respeito da educação na CF/88, coloca-se em destaque os artigos 202 a 214 da seção I do capítulo III – Da Educação, Da Cultura e Do Desporto, do título VIII – Da Ordem Social, além do artigo 6º das Disposições Constitucionais Transitórias. Mas logo no artigo 6º:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a

assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

O acesso a educação ganhou uma amplitude como nunca teve, sendo que a gratuidade abrangeu todos os graus de ensino, conforme preceitua o art. 208:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996)

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009).

O dever do Estado em oferecer acesso obrigatório educação não se limitou somente em ser um mero dever, por ter se tornado nesta carta direito público subjetivo, e na eventualidade de descumprimento, a autoridade competente deverá ser responsabilizada.

Quando ao dever de investimento a educação, prevê o art. 212:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por

cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

§ 1º A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º Para efeito do cumprimento do disposto no "caput" deste artigo, serão considerados os sistemas de ensino federal, estadual e municipal e os recursos aplicados na forma do art. 213.

§ 3º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

§ 4º Os programas suplementares de alimentação e assistência à saúde previstos no art. 208, VII, serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

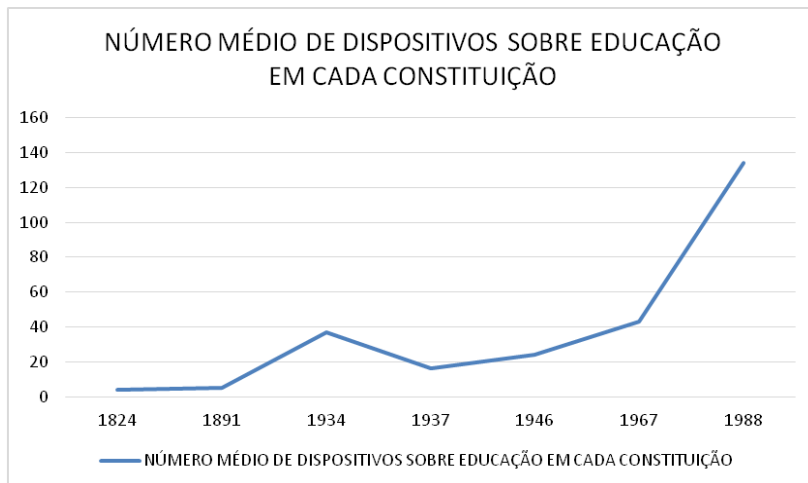
§ 5º A educação básica pública terá como fonte adicional de financiamento a contribuição social do salário-educação, recolhida pelas empresas na forma da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

§ 6º As cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação serão distribuídas proporcionalmente ao número de alunos matriculados na educação básica nas respectivas redes públicas de ensino. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

Nota-se que todas as esferas do Estado estão submetidas a aplicação mínima de recursos, com prioridade ao atendimento do ensino obrigatório, tanto em termos de oferta (universalização) quanto em qualidade.

Esta carta cidadã, como um todo, associou a educação com os Direitos Humanos, na medida que o exercício pleno da cidadania passa pelo acesso à educação. De fato, é um direito social que deve ser considerado, uma vez que, no decorrer do tempo, se percebe que a evolução humana caminha junto com a educação.

Ante tudo já exposto, segue abaixo um gráfico referente a um levantamento médio de menções sobre educação nas constituições do nosso país, podendo-se ver todo retrocesso, sobretudo a evolução da educação:



Conclusão

A concessão da devida importância à educação se deu por meio de um moroso processo histórico, até que a Constituição de 1988 deu especial destaque, tendo em vista que tal impacto traz ao país, sobretudo para o cidadão.

A inserção da educação como direito fundamental se mostrou necessária, pois o país reconheceu ao proporcionar tal direito, de maneira ampla e igualitária, tal ato refletia diretamente no crescimento do país.

Obviamente, o Brasil enfrenta inúmeros desafios na esfera da educação, pois é uma realidade que há a carência de ação governamental no sentido de ampliar o acesso, sobretudo infraestrutura das escolas públicas, que em muitos estados do Brasil é precário, desde da simples mobilidade do aluno da zona

rural, até quanto a carteiras e merendas, que muitas das vezes as verbas específicas são negligenciadas e desviadas.

O presente estudo se mostra importante para analisar os avanços, bem como os retrocessos das constituições brasileiras, sobretudo para demonstrar o quanto a educação é fundamental para a dignidade do cidadão, que consequente levará o país para um patamar acima perante o mundo.

Referências

- BALEEIRO, Aliomar.; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições Brasileiras: 1946**. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOTO, Carlota. **A educação escolar como Direito Humano de três gerações: identidades e universalismos**. In: Educação & Sociedade: Revista de Ciência da Educação/ Centro de Estudos Educação e Sociedade. Campinas: Cedes v. 26, n. 92, p. 777-798. 2005.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 24 de janeiro de 1967**. Brasília: Casa Civil. Disponível em: Acesso em: 24 de agosto de 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Casa Civil. Disponível em: Acesso em: 24 de agosto de 2018.
- BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Brasília: Casa Civil. Disponível em: Acesso em: 24 de agosto de 2018.
- BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Brasília: Casa Civil. Disponível em: Acesso em: 24 de agosto de 2018.
- BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Brasília: Casa Civil. Disponível em: Acesso em: 24 de agosto de 2018.
- BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Brasília: Casa Civil. Disponível em: Acesso em: 24 de agosto de 2018.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil de 25 de março de 1824.**
Brasília: Casa Civil. Disponível em: Acesso em: 24 de agosto de 2018.

COSTA, Denise Souza. **Direito Fundamental à Educação, Democracia, e desenvolvimento Sustentável.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011. p. 35.

CRETELLA Jr., José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1993. V. 8

FREITAS, Danielli Xavier. **O direito à educação nas Constituições brasileiras.**
Disponível em:
<https://daniellixavierfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/144779190/o-direito-a-educacao-nas-constituicoes-brasileiras> Acesso em: 24 de agosto de 2018.

IGLÉSIAS, Francisco. **Constituintes e Constituições Brasileiras.** 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

JACCOUD, L.; CARDOSO JR., J. C. **Políticas sociais no Brasil: organização, abrangência e tensões da ação estatal.** In: JACCOUD, L. (Org.). **Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo.** Brasília: Ipea, 2005.

MORAIS, Rafael de Freitas. **Efetivação do direito à Educação nas políticas públicas para jovens e adultos no Estado de Minas Gerais.** 2007. 62f. Monografia (conclusão de curso) - Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Belo Horizonte.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de. **O Direito à Educação na Constituição Federal de 1988 e seu restabelecimento pelo sistema de Justiça.** In: **Revista Brasileira de Educação.** N. 11, p. 61-74. 1999.

RAPOSO, Gustavo de Resende. **A educação na Constituição Federal de 1988.**
Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6574/a-educacao-na-constituicao-federal-de-1988> Acesso em: 24 de agosto de 2018.

VIEGAS, Karini da Silveira. **Relações Intergovernamentais na política educacional: o caso da municipalização do ensino fundamental de Minas Gerais.** 2003. 166f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Belo Horizonte, 2003.

Reforma trabalhista sob o prisma neoliberal: um embate ao neoconstitucionalismo

Sheila Martins de Lana Abreu¹

Mirelle Fernandes Soares²

Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, completará 30 (trinta) anos no dia 05 de outubro de 2018, também conhecida como “Carta Cidadã”, passou pela transição de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito. Elegeu como fundamento e finalidade da República Federativa do Brasil o ser humano, que se constrói sobre os valores do trabalho, da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana. Traçou como objetivo assegurar o desenvolvimento social por meio da redução de desigualdades, visando à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 1º, III e IV, art. 3º, I, III).

Ao adotar o Estado Constitucional Democrático, rompe-se com o passado liberal volvido à efetividade de direitos sociais, inclusive o direito ao trabalho. Nessa perspectiva, o constituinte originário elegeu o trabalho como instrumento de transformação, razão pela qual a ordem econômica se funda na valorização do

¹ Bacharel em Direito da Faculdade Kennedy de Minas Gerais.

² Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do grupo de estudo “Administração da Justiça” – PRUNART/UFMG coordenado pelo professor Doutor Antônio Gomes de Vasconcelos. Bacharela em Direito, advogada e sócia da empresa Fernandes Alves Advogados. Professora universitária da Faculdade Kennedy de Minas Gerais. E-mail: soares_mirelle@hotmail.com

trabalho humano a fim de assegurar a todos existência digna, vez que o trabalho é o instrumento de mobilidade social por meio do qual se efetiva a distribuição de renda entre as classes sociais.

Ocorre que a redemocratização do Brasil coincidiu com a implementação do neoliberalismo nos países capitalistas centrais, razão pela qual seus efeitos foram sentidos e vivenciados no cenário brasileiro, em especial no Direito do Trabalho.

O neoliberalismo nada mais é do que uma nova roupagem para a velha concepção liberal do Estado mínimo, porém de forma mais cruel e sofisticada, pois está amparado pelo comércio internacional, sendo que o poderoso mercado é quem dá as diretrizes que devem ser acatadas por países e empresas que não querem se ver excluídos do mundo globalizado, competitivo e moderno.

Assim, parafraseando o professor português Boaventura de Sousa Santos, influxos internos e externos influenciam numa mudança paradigmática, acabando por transmudar a ideia inicial.

Assentando num discurso mercadológico, atualmente, por meio da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/ 2017), as normas volvidas à proteção do trabalhador foram flexibilizadas afetando, significativamente o campo das relações laborais.

Este artigo se ocupou em analisar as mudanças quanto ao direito individual do trabalho, vez que podem trazer grandes transformações na organização do trabalho e seu regramento, seja pela sua repercussão no âmbito das relações de trabalho subordinado, ou pelos seus reflexos no contexto político, social e econômico do país.

Dessa forma, questionou se o reforço da perspectiva contratualista e flexível (neoliberal) trazida pela Lei 13.467/2017, quanto aos direitos individuais do trabalho, poderia vir a fortalecer a posição do capital em detrimento da força de trabalho.

Para isso, inicialmente se fará uma retrospectiva histórico-jurídica do Direito do Trabalho à luz do neoconstitucionalismo. Em seguida será explanada a função principiológica do ordenamento jurídico brasileiro, em especial, o princípio da dignidade da pessoa

humana e o princípio da proteção do trabalhador. Por fim, o artigo analisará a Lei 13.467/2017, a fim de demonstrar os motivos de sua elaboração com ênfase na liberdade contratual e seu aspecto flexível, sob influências neoliberais, para ao final concluir pela possibilidade do fortalecimento do capital em detrimento da força de trabalho.

2 Retrospectiva histórico-jurídica do direito do trabalho à luz do neoconstitucionalismo

O trabalho pode ser visto sob o enfoque biológico, psicológico e sociológico. Assim, segundo Renato Pereira de Carvalho (2002), o trabalho é um fenômeno comum ao homem, cujas raízes encontram-se no instinto de sobrevivência que os impele a procurar, no meio ambiente, elementos essenciais para garantir a existência, sendo este o enfoque biológico.

Essas mesmas necessidades impulsionadas por estímulos e desejos que se transformam em atos para assegurar a sobrevivência do indivíduo, bem como atender as aspirações naturais de todo ser humano, trata-se do aspecto psicológico.

Por fim, o aspecto sociológico é aquele que reúne pessoas e grupos em esforço comum de sobrevivência, articulando e organizando várias formas de trabalho por meio de costumes, normas técnicas, religiosas, morais e jurídicas. (VOGEL NETO et al., 2002, p. 4).

Dessa forma, pode-se dizer que as relações laborais sempre estiveram presentes nas relações humanas, ainda que inicialmente, a finalidade do trabalho fosse apenas proporcionar a subsistência direta do indivíduo e seus familiares. De sorte que não se pode confundir a tutela do trabalho na esfera legal com a existência das relações laborais.

Ocorre que, na antiguidade clássica, o trabalho passou a ser próprio daqueles que não eram capazes de gerar sua própria riqueza. A partir daí, surge a escravidão, quando aqueles que possuíam meios de produção passaram a escravizar os que não tinham.

Neste sentido, Alice Monteiro de Barros:

Na Antiguidade Clássica, no mundo greco-romano, o trabalho possuía um sentido material, era reduzido a coisa, o que tornou possível a escravidão. A condição de escravo derivava do fato de nascer de mãe escrava, de ser prisioneiro de guerra, de condenação penal, de descumprimento de obrigações tributárias, de deserção do exército, entre outras razões. Nessa forma de trabalho, o homem perde a posse de si mesmo. Ao escravo era confiado o trabalho manual, considerado vil, enquanto os homens livres dedicavam-se ao pensamento e contemplação, para os quais os escravos eram considerados incapazes. (BARROS, 2016, p.45)

Compendiando o decorrer histórico, haja vista a limitação física, o Direito do Trabalho como ramo específico e autônomo do Direito teve seu surgimento, mais precisamente, a partir de dois fatos históricos, quais sejam, a Revolução Industrial e a Revolução Francesa.

Segundo Alice Monteiro de Barros (2016), a Revolução Industrial trouxe mudanças no setor produtivo dando origem à classe operária o que transformou as relações sociais. Neste período, as relações de trabalho eram regidas por regulamentações essencialmente autônomas, com liberdade econômica sem limites, o que acarretou a opressão dos mais fracos. Neste contexto, considerando que as máquinas diminuíram o esforço físico, o trabalho masculino foi substituído pelo de mulheres e crianças, que suportavam salários ínfimos, jornadas desumanas e condições de higiene degradantes com graves riscos de acidentes. (BARROS, 2016, p. 51).

Logo, surgiram reações contra o liberalismo e os abusos do capitalismo, o que gerou a questão social, apoiadas pelo movimento iluminista legitimado pela Revolução Francesa, que reivindicou a intervenção do Estado nas relações de trabalho.

O Direito do Trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas.

Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturaram, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho. (DELGADO 2016, p. 91)

Ato contínuo, diante das lutas e reivindicações sociais fez-se necessária a intervenção Estatal nas relações de trabalho, a fim de humanizar tais relações cujas normas deveriam buscar corrigir as distorções econômico-sociais trazidas pelo capitalismo protegendo a classe trabalhadora, vez que o liberalismo econômico já não se sustentava.

Após a Primeira Guerra Mundial, o paradigma liberal atingiu sua insustentabilidade em virtude da complexificação da estrutura e da crescente miserabilidade social, e teve início, na segunda metade do século XIX, o Estado Social (*Welfare State*, Estado do Bem-Estar Social, ou Estado-Providência) como forma de superar os problemas advindos do paradigma liberal.

O paradigma do Estado Social buscou implementar o princípio da liberdade jurídica por meio da materialização do direito de cunho privado existente, bem como pela criação de outros direitos – os sociais e os econômicos (denominados direitos de segunda geração) – com a finalidade de conferir redistribuição de renda e diminuição da pobreza. (SOARES, 2017, p.92)

Dessa forma, era necessária uma legislação predominantemente imperativa e inderrogável pelas partes, capaz de neutralizar a autonomia da vontade típica do Direito Civil, com caráter protetivo.

Assim, nasce o Direito do Trabalho com duas ramificações, a saber, Direito Individual do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho, sendo que ambas compõem o Direito Material do Trabalho.

Para Delgado, o Direito do Trabalho é ramo jurídico especializado, que regula certo tipo de relação laborativa na

sociedade contemporânea, que em sentido lato, pode ser definido da seguinte forma:

[...] complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas. (DELGADO, 2016, p. 47).

O referido autor prossegue aduzindo que o Direito Individual do Trabalho, objeto desta pesquisa, é construído a partir da diferenciação social, econômica e política entre os sujeitos centrais desta relação jurídica, isto é, trabalhador e empregador.

De sorte que este naturalmente age como sujeito coletivo, vez que suas ações, por si só, têm aptidão de produzir impacto na comunidade mais ampla. Ao passo que aquele, isoladamente, como ser individual do vínculo sociojurídico, em regra, não é capaz de produzir impacto comunitário.

Assim, em razão desta desigualdade, o Direito individual do Trabalho surgiu com caráter largamente protetivo, a fim de reequilibrar juridicamente a relação de emprego. Deste modo, dentre os diversos princípios específicos do Direito individual do trabalho, um dos mais importantes é o princípio da proteção, pelo qual forma-se uma teia de proteção à parte hipossuficiente da relação empregatícia - o empregado - cuja finalidade é reestabelecer, no plano jurídico, o equilíbrio do contrato de trabalho.

Cabe ressaltar que após a Segunda Guerra Mundial, o positivismo jurídico foi superado, de sorte que já não se admitia um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos em que a lei servia apenas como uma embalagem para qualquer produto. (BARROSO, 2004, p.325)

Assim, tanto o jusnaturalismo quanto o positivismo jurídico são superados pelo pós-positivismo, que segundo Barroso (2004): “é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual

se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais”.

As ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central na Constituição da República Federativa do Brasil.

A Constituição passa a ser, assim, não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. A constitucionalização do direito infraconstitucional não identifica apenas a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretção de seus institutos sob uma ótica constitucional (BARROSO, 2004, p. 340).

Almeida (2013) informa que o neoconstitucionalismo (pós-positivismo) surgiu após a segunda guerra mundial em reação às barbaridades cometidas pelos regimes nazi-fascistas, de sorte que era necessária uma teoria do direito fundada em valores como a dignidade da pessoa humana, a vida, a liberdade e a defesa dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos.

Assim, a partir do neoconstitucionalismo a função do direito deveria ser a efetivação de valores morais fundados na ideia de dignidade humana, sendo este o valor supremo norteador dos sistemas jurídicos ocidentais capitalistas. Desta forma, o Direito deixa de ser apenas o garantidor da paz social e passa a exercer a função de proteção e realização da dignidade humana, noção básica de moralidade da qual emana todos os direitos fundamentais.

Entretanto, apesar de todo esforço para equilibrar a relação de emprego, por meio de normas cogentes e protetivas conquistadas em um longo período histórico, no ano de 2017, foi aprovada a reforma trabalhista inserida no ordenamento jurídico

por meio da Lei 13.467/2017, que sob um primeiro olhar, parece mitigar o princípio da proteção, da dignidade da pessoa humana e a intervenção estatal, bem como aparenta reestabelecer autonomia da vontade do empregador, típica do direito civil, na celebração do contrato de trabalho.

Assim, torna-se imperiosa a análise da referida lei, a fim de verificar os possíveis impactos na sociedade, vez que havendo o fortalecimento do capital em detrimento da força de trabalho, eventuais correções históricas de desigualdade política, econômica e social podem ter sido em vão e, sob uma nova roupagem, podem retornar.

2.1 Função Princípiosológica do Ordenamento Jurídico Brasileiro segundo o Neoconstitucionalismo

Vólia Bomfim Cassar define princípio como “postura mental que leva o interprete a se posicionar desta ou daquela maneira. Serve de diretriz, de arcabouço, de orientação para que a interpretação seja feita de uma certa maneira e, por isso, tem função interpretativa”. (2015, p.151).

Embora a ciência questione a validade científica da ideia de princípios como instrumento de análise da realidade traduzindo o que poderia ser designado como ser, o mesmo não ocorre nas ciências jurídicas, pois nestas, eles cumprem papel de suma importância, uma vez que traduzem o fenômeno do “dever ser”. (DELGADO, 2016).

Modernamente, os princípios conquistaram o *status* de norma jurídica, sendo que as normas constitucionais são compostas pelas regras e princípios. Estes possuem maior grau de abstração, cujo conteúdo reconhece valores a serem preservados ou fins a serem alcançados e, em geral, sua aplicação é feita mediante o juízo de ponderação. Aquelas, por sua vez, são objetivas e se limitam a descrever condutas, de sorte que ocorrendo a hipótese haverá a subsunção da norma. (BARROSO, 2004).

Dito isso, é importante salientar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz em seu bojo um núcleo principiológico humanístico e social, trouxe o homem para o centro do ordenamento jurídico brasileiro norteado pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CR/88).

Consagrou o princípio da dignidade humana como valor central da ordem constitucional, a fim de promover os direitos humanos e a justiça social, sendo, portanto, um “macroprincípio” do qual irradiam os demais. Tal princípio, além de representar um limite para a atuação do Estado, também o norteia para ações positivas. (Dias, 2015, p.45).

Por conseguinte, surge o fenômeno da constitucionalização das normas infralegais, no qual todas as relações jurídicas devem ser interpretadas de acordo com o texto constitucional, pois a ordem jurídica constitui uma unidade de sistema e, em decorrência da soberania do Estado, não pode coexistir mais de uma ordem jurídica válida em seu território.

Quanto à interpretação da Constituição Luís Roberto Barroso aduz o seguinte:

A superioridade jurídica, a superlegalidade, a *supremacia* da Constituição é a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional. É ela que confere à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravir seu sentido. Essa supremacia se afirma mediante os diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. [...] A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente. Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da Carta. Além dessa unidade interna, a Constituição é responsável pela unidade externa do sistema. (Barroso, 2004, p. 107 e 137).

Neste diapasão, norteado pelo princípio da dignidade humana, considerando os abusos cometidos pelo capital em detrimento dos trabalhadores, consagrou-se no Direito Individual do Trabalho o princípio da proteção, cuja finalidade é promover a igualdade substancial entre o obreiro e o empregador, a fim de equilibrar interesses, pois o capital possui toda a força do poder econômico a seu favor.

Pode-se afirmar que o princípio da proteção seja norteador de todo arcabouço jurídico das relações individuais do trabalho, estando diretamente relacionado com a própria razão de existência deste ramo especializado, como afirma Vólia Bomfim (2015): “O fundamento deste princípio está relacionado com a própria razão de ser do Direito do Trabalho: o equilíbrio entre os interesses do empregado e do patrão”. De sorte que ele deve estabelecer limites para as normas infraconstitucionais, os quais devem ser observados pelo legislador no processo de elaboração das referidas normas, bem como pelos aplicadores do direito no processo de interpretação.

Em razão disso, Godinho (2016), afirma que o princípio da proteção abarca quase todos os outros princípios do Direito individual do Trabalho, senão todos, de sorte que não tem como excluir a noção de proteção do princípio da imperatividade das normas trabalhistas, do princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, do princípio da inalterabilidade contratual lesiva, do princípio da norma mais favorável, do princípio da condição mais benéfica, do princípio *in dubio pro operário*. Muito embora a doutrina majoritária defenda que o princípio da proteção seja gênero que comporta apenas os três últimos princípios, quais sejam: princípio da norma mais favorável, do princípio da condição mais benéfica, do princípio *in dubio pro operário*.

Não há consenso na doutrina se este princípio é gênero de todos os outros princípios de Direito do Trabalho ou apenas dos três princípios acima destacados. A doutrina majoritária, seguindo a orientação de Américo Plá Rodríguez, defende que o princípio da

proteção é gênero que comporta as três espécies acima.
(BOMFIM, 2015, p.170)

3 Análise da perspectiva contratualista e flexível da lei 13.467/2017

Acredita-se que só seja possível falar em democracia nos Estados capitalistas a partir do surgimento do Direito do Trabalho, pois a ideia de se conferir poder e participação na riqueza às pessoas despossuídas de poder e riqueza somente se efetivou a partir do surgimento deste ramo especializado. O que ocorreu pioneiramente na Europa Ocidental a partir da segunda metade do século XIX e desde então cresceu se institucionalizou e constitucionalizou a partir da segunda década do século XX, avançando após a segunda guerra mundial. (DELGADO, 2018)

Entretanto, as relações individuais de trabalho vêm sofrendo várias modificações em razão das novas tecnologias, novas formas de organização da produção, crise econômica. Tais mudanças trouxeram à tona discussões quanto à necessidade de modernização das normas trabalhistas, o que se buscou fazer por meio da legislação denominada reforma trabalhista, objeto de análise deste artigo.

A referida reforma, como será demonstrado, é investida do capital contra a força de trabalho. Suas bases se fixam na ideologia neoliberal, que prega a redução do Estado e a não interferência deste no mercado, bem como a flexibilização das normas trabalhistas, por meio da prevalência do negociado sobre o legislado. Pauta-se sobremaneira na liberdade individual de contratar, sob o argumento de que em períodos de crise econômica, a rigidez das normas trabalhistas constitui obstáculo para o crescimento econômico e superação da crise.

[...] No plano da regulação das relações capital-trabalho, o ideal neoliberal investiu na desregulamentação e flexibilização da legislação como condição para inserir o Brasil no mercado global.

[...] Os fundamentos desse projeto neoliberal de flexibilização das relações de trabalho por meio das negociações coletivas pressupõem algumas premissas necessárias, embora ocultas, quais sejam: para o crescimento da economia brasileira e qualidade de vida do povo, é preciso melhorar a produtividade e a competitividade de nossos produtos; para melhorar essa competitividade, é preciso baratear seu custo de produção; para baratear o custo, é preciso diminuir despesas na folha de pagamento das empresas; a legislação trabalhista acarreta muita despesa na folha de pagamento; para diminuir essas despesas, é preciso afastar a aplicação da lei trabalhista; para diminuir o custo das leis trabalhistas, é preciso substituí-las por normas contratuais; como as leis são de aplicação obrigatória e sua revogação encontra óbice insuperável, é preciso regular as relações de trabalho por meio de acordos entre as partes, ou seja, regulação privada [...]. (MENDES, 2016).

Esquecem-se, porém, que tal liberdade fora rechaçada no período de liberalismo econômico, pois a não intervenção estatal e o predomínio da autonomia da vontade do empregador nas relações laborais, foram responsáveis pela exploração descontrolada da força de trabalho orientada pelos interesses de acumulação de capital.

Assim, conforme já exposto alhures, o princípio da proteção, no caso, a proteção do trabalhador pelo Estado, historicamente, justifica a existência do Direito do Trabalho que se constrói não apenas em função da figura do empregado, mas em razão da relação entre capital e trabalho que é desigual. Fundamenta-se em uma troca, na qual o operário entrega a sua força de trabalho, que é parte de quem ele é, não sendo possível dissociar a pessoa humana do seu trabalho, e, em contrapartida, este recebe o salário, como condição de sobrevivência, pois ele precisa do salário para viver com o mínimo de dignidade.

[...] Numa sociedade complexa, assinalou ele³, o significado da liberdade se torna tão contraditório e tão frágil quanto são

3 Karl Polanyi em 1944

estimulantes suas injunções a agir. Há, observou ele, dois tipos de liberdade, um bom e o outro ruim. Entre estes últimos, ele inclui “a liberdade de explorar o semelhante ou a liberdade de obter ganhos extraordinários sem prestar um serviço comensurável à comunidade, a liberdade de impedir que as invenções tecnológicas sejam usadas para o benefício público ou a liberdade de obter lucros de calamidades públicas secretamente planejadas para vantagens privadas” [...]. (HARVEY, 2012, p. 45).

Deste modo, a Lei 13.467/2017, veio como instrumento de exclusão e formação de desigualdades, afasta a concepção democrática e humanística trazida pela Constituição Federal de 1988. A referida lei está na contramão do direito laboral, pois visa à proteção do empresário e não mais a do trabalhador, o que pode ser percebido na justificativa do Projeto de Lei da reforma trabalhista, que fundamenta as mudanças legislativas visando à melhoria na produtividade da empresa e não na proteção do empregado, o que se transcreve:

[...] 6. A experiência européia demonstra a importância da representação laboral na empresa. Países como Alemanha, Espanha, Suécia, França, Portugal e Reino Unido possuem há vários anos as chamadas comissões de empresa ou de fábrica. A maturidade das relações de trabalho em alguns países europeus propicia um ambiente colaborativo entre trabalhador e empresa, resultando na melhoria do nível de produtividade da empresa. [...]8. A regulamentação do art. 11 da Constituição da República tornará possível o aprimoramento as relações de trabalho no país, ao instituir no ambiente da empresa um agente com credibilidade junto ao trabalhador, já que ele será escolhido dentre os empregados da empresa, independentemente de filiação sindical, com quem ele poderá contar para mediar a resolução de conflitos individuais havidos no curso da relação empregatícia. A atuação do representante dos trabalhadores trará ganhos para a empresa, na medida que ela poderá se antecipar e resolver o conflito, antes que o passivo trabalhista se avolume e venha a ser judicializado. (grifos nosso). (Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6787/2016).

Apenas para reforçar o argumento, o idealizador da reforma trabalhista não pensou nem mesmo no Estado, pois ao estabelecer que a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo constitui parcela de natureza indenizatória e não mais salarial (art. 71, § 4º, Lei 13.467/2017)⁴, o Estado deixa de arrecadar aos cofres públicos, em especial à Previdência Social.

Assim, fica nítida a intenção do legislador de beneficiar o empregador, desonerando a folha de pagamento, em claro prejuízo ao empregado, já que parcelas de natureza indenizatória não repercutem em nenhuma outra verba.

O referido dispositivo chega a ser absurdo, pois se o salário é a contraprestação devida e paga pelo empregador ao empregado pelo serviço, não há razão para que o valor pago, durante o horário em que o empregado deveria estar descansando, seja de natureza indenizatória, pois continua sendo pago em razão de uma contraprestação pelo serviço, a nova regra vai de encontro à Súmula 437, I e III do Tribunal Superior do Trabalho.⁵ Outro dispositivo em benefício do empregador veio inserto pela nova redação do §2º do artigo 58⁶, que suprimiu as horas *in itinere*, pois

4 Art. 71, § 4º: A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

5 TST. Súmula nº 437 do TST-INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 : “ I - Após a edição da Lei nº 8.923/94, a não-concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração. [...] III - Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei nº 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais. [...] ” Disponível em < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-437>. Acesso em 15 mai 2018.

6 Art. 58, § 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte,

conforme Silva (2017), a intenção do legislador foi transferir para o empregado os riscos da inexistência do transporte público no local de trabalho, riscos estes que deveriam ser assumidos pelo empregador, já que este ao se instalar no local ermo ou de difícil acesso já incorporaria em seus custos tal peculiaridade.

Trata-se de uma óbvia perda para o trabalhador, especialmente aquele situado na área rural – em que as horas *in itinere* são mais comuns e relevantes -, traduzindo significativamente redução de sua duração do trabalho juridicamente reconhecida, além de substancial redução de sua renda salarial. (GODINHO, GODINHO, 2017, p.122).

A reforma trabalhista ainda exacerbou o poder unilateral do empregador ao autorizar a pactuação bilateral por acordo tácito quanto ao regime clássico de compensação de jornada (art.59, § 6º).⁷

Eliminou a necessidade de negociação coletiva para os regimes de banco de horas, em claro prejuízo ao empregado, pois permite que o obreiro labore por quase um ano em sobrejornada, sem qualquer pagamento. Tal flexibilização, não se justifica, uma vez que o regime de banco de horas não possui qualquer qualidade benéfica ao empregado. (GODINHO, GODINHO, 2017, p. 130).

Por fim, considerando a limitação física deste artigo, comentar-se-á a agressividade da reforma trabalhista quanto à jornada 12x36, pois permite sua estipulação por meio de acordo individual escrito, bem como permite a supressão do intervalo para refeição, além de embutir na remuneração mensal os valores referentes aos feriados, ao descanso semanal e às prorrogações de trabalho noturno (art.59-A, caput e parágrafo único)⁸.

inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

7 Art. 59, § 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês.

8 Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou

Como se não bastasse, ainda permite a prática de jornada 12x36 em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades trabalhistas e dispensa a negociação coletiva.

Tais dispositivos apresentam caráter altamente “flexível”, precarizadores dos direitos fundamentais dos trabalhadores, além de violar normas cogentes do Direito do Trabalho, em nítido prejuízo para o trabalhador.

Conforme discorre Homero Batista:

[...] a reforma de 2017 errou: embora para o leigo pareça que um dia de folga seguinte a um dia de trabalho já represente a folga compensatório do domingo ou do feriado, temos de lembrar que, na verdade, a carga de 12h embute 4h a mais que necessitar de dia extra para a folga; assim, o dia seguinte era destinado a compensar a parte do dia anterior, havendo pouco espaço de manobra para a compensação do feriado. Basta o mês ter 6 dias de descansos – mesclando feriados e domingos – para a conta não fechar. Caso o cálculo matemático seja feito com esmero e a questão seja bem compreendida, este artigo pode ser rechaçado por inconstitucional por oficializar módulo semanal superior a 44h. Piora ainda mais a situação deste artigo o fato de que ele considere embutidas as horas destinadas à redução noturna, comprimindo mais 1h de trabalho por madrugada integral laborada pelo empregado – ou 1h15 se ele se ativar, por exemplo, das 19h00 às 07h00, pois neste caso os direitos noturnos vão das 22h00 às 07h00. (Silva, 2017, p. 43).

A reforma errou no que tange ao conceito de saúde, higiene e segurança do trabalho, pois espera que o trabalhador recupere as energias após 12h de trabalho exposto a agentes químicos, físicos e biológicos.

indenizados os intervalos para repouso e alimentação. Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.

[...] São dois assuntos completamente diferentes que devem ser aferidos no âmbito das prorrogações de jornada e dos ajustes de compensação: de um lado, existe o revigoramento físico e mental, proporcionado, de maneira básica, pelas folgas semanais e pelas folgas compensatórias de horas extras; de outro lado, existem as pesquisas empreendidas no campo da saúde ocupacional, em que se analisam os impactos e fontes agressivas sobre o corpo humano, normalmente à razão de 8h de expediente diário. Assim sendo, se a pesquisa indica que 85 dB corresponde ao limite máximo de pressão sonora suportado por um ser humano exposto à base de 8h diárias, ele não pode absolutamente ficar exposto por 10h ou 12h, ainda que tenha várias folgas na semana. A pressão sonora exerce efeitos acumulativos e, portanto, não se pode liberar genericamente a atividade insalubre com horas extras. [...] (SILVA, 2017, p. 47).

Diante disso, assevera Godinho, Godinho (2017), “a desregulamentação e/ou flexibilização das regras jurídicas reguladoras da duração do trabalho comprometem a participação do valor trabalho no conjunto da economia e da sociedade, reduzindo, indubitavelmente, o valor desse trabalho e dos respectivos trabalhadores”.

Portanto, a nova lei ignora a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico brasileiro, pois não respeita o princípio da dignidade humana, bem como a valorização do trabalho e emprego e o bem estar individual e social, a igualdade em sentido material, pois traz à tona a preponderância do poder econômico. (DELGADO; DELGADO, 2017, p.41).

3.1 Diretrizes Neoliberais para a Reforma Trabalhista

Após a segunda guerra mundial os Estados Unidos e a União Soviética buscavam impor suas políticas econômicas sobre o mundo pós-guerra, este comunista e aquele capitalista. Ambos buscavam estratégias para exercerem suas hegemonias e tentar

impedir que países aliados aderissem à política econômica opositora.

Assim, os Estados Unidos adotaram como estratégia a reconstrução dos países capitalistas que saíram arrasados da guerra, vez que na visão dos americanos o fracasso de países capitalistas poderia fazer com que outras regiões vissem com bons olhos o comunismo.

Neste contexto e abreviando o decorrer histórico, os Estados Unidos buscaram a criação de um novo sistema monetário internacional que garantisse a expansão do capitalismo e, para este fim, foram discutidas na cidade de Breton Woods algumas propostas. (SCANTIMBURGO, 2013).

A partir desse encontro criou-se o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD - atualmente denominado Banco Mundial), que compõem hoje o sistema financeiro mundial e caracterizam-se como as duas maiores instituições internacionais do capitalismo moderno transnacional. (LIMA, 2004).

Pode-se dizer que essas instituições sejam o resultado da preocupação dos países centrais com o estabelecimento de uma nova ordem internacional a fim de impor aos países em desenvolvimento um novo processo de reestruturação neoliberal, por meio de políticas de ajuste estrutural.

O Banco Mundial (BM) teve seu início em 1944, e exerce profunda influência nos rumos do desenvolvimento mundial. Ele foi concebido na conferência de Bretton Woods, como instrumento para financiar a reconstrução dos países destruídos pela Segunda Guerra Mundial. O BM participa de projetos que se associam a problemas produtivos específicos e diversificados e ainda além de invocar o crescimento. A preocupação maior do Banco é com os problemas da pobreza, da injustiça, do desemprego e de outros estigmas que caracterizam os países subdesenvolvidos. Sua importância hoje deve-se não apenas ao volume de seus empréstimos e à abrangência de suas áreas de atuação, mas também ao carácter estratégico que vem

desempenhando no processo de reestruturação neoliberal dos países em desenvolvimento, por meio de políticas de ajuste estrutural. (ROSSATO; ALVES; LACZKOWSKI; BERNARDO; FERREIRA, 2004).

Os ajustes estruturais são impostos pelo Banco Mundial aos países endividados por meio de um amplo conjunto de reformas (condicionantes) que atendam às necessidades do capital internacional globalizado. Tais diretrizes vieram por meio de medidas consideradas capazes de colocar os países subdesenvolvidos no caminho do desenvolvimento, permitido o retorno da estabilidade econômica, mesmo que para isso aumentasse a pobreza.

[...] O mundo capitalista mergulhou na neoliberalização como a resposta por meio de uma série de idas e vindas e de experimentos caóticos que na verdade só convergiram como uma nova ortodoxia com a articulação, nos anos 1990, do que veio a ser conhecido como ‘Consenso de Washington’ [...]. (Harvey, 2012, p.23).

Ainda neste sentido Rodríguez:

Las políticas neoliberales se han identificado usualmente con el llamado Consenso de Washington. Según la formulación clásica de Williamson (1990), los programas de “ajuste estructural” promovidos por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional desde los años ochenta incluyen por lo general diez reformas fundamentales relativas a las políticas públicas: la disciplina fiscal, la reducción y reorientación del gasto público, la reforma fiscal para ampliar la base tributaria, la liberalización financiera, la libre flotación de las tasas de cambio, la reducción de aranceles, la eliminación de las barreras a la inversión extranjera directa, la privatización de las empresas de propiedad estatal, el desarrollo de la competencia dentro del mercado y la existencia de derechos de propiedad seguros. (Rodríguez, 2008)

Galvão (2003) define o neoliberalismo como uma ideologia que não é neutra, pois exprime posições de classes, de maneira que as ideologias das classes dominantes influenciam as ideologias das classes dominadas, sendo que estas incorporam aquelas mesmo que sejam contrárias aos seus interesses, uma vez que o neoliberalismo se utiliza de mecanismos que faz menção ao real e ao mesmo tempo oculta os interesses da classe dominante e, dessa forma, ilude a classe dominada.

Para a autora na ideologia neoliberal o capital se vale das desigualdades sociais para se fortalecer diante do trabalho, reduzindo ou eliminando conquistas obtidas ao longo de séculos.

Assim, o neoliberalismo se caracteriza pela apologia ao livre mercado e a não intervenção estatal, oferecendo à burguesia novas formas de acumulação de capital, por meio de privatizações de empresas estatais, desregulamentação dos mercados, em especial o mercado de trabalho e financeiro. (Galvão, 2013, p.80).

Harvey define o neoliberalismo da seguinte forma:

O neoliberalismo é em primeiro lugar uma teoria das práticas político-econômicas que propõe que o bem-estar humano pode ser mais bem promovido liberando-se as liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos de propriedade privada, livres mercados e livre comércio. [...] as intervenções do Estado nos mercados (uma vez criados) devem ser mantidas num nível mínimo, porque, de acordo com a teoria, o Estado possivelmente não possui informações suficientes para entender devidamente os sinais do mercado (preço) e porque poderosos grupos de interesse vão inevitavelmente distorcer e viciar as intervenções do Estado (particularmente nas democracias) em seu próprio benefício. (Harvey, 2012, p.12).

Santos (2018), afirma que o Banco Mundial é o cérebro invisível da reforma trabalhista implementada no Brasil no ano de 2017, uma vez que o sistema capitalista global busca ampliar seus mecanismos de dominação por meio de leis econômicas que

mercantilizam a força de trabalho. Assim, o capital financeiro global tem induzido reformas em diversos países mediante a governança do Banco Mundial.

A autora prossegue dizendo que os contratos contêm o estatuto útil para harmonizar os mercados de trabalho aos interesses do capital globalizado, sendo assim, possuem grande importância para o sistema de produção capitalista.

Deste modo, o Banco mundial exerce papel estruturante coordenando projetos com relevantes intervenções para gerir a interdependência econômica no mundo globalizado.

Neste sentido, um dos projetos da referida instituição com influência direta na legislação trabalhista brasileira é o projeto Fazendo Negócios (*Doing Business*), que tem como objetivo classificar o nível de regulação econômica e seus efeitos sobre o ambiente de negócios.

O referido projeto faz a análise dos mecanismos de regulação do mercado e seus efeitos no ambiente de negócios e aponta quais são os elementos positivos e negativos da legislação trabalhista que facilitam ou dificultam os agentes econômicos de fazerem negócios.

Logo, legislações trabalhistas mais flexíveis quanto admissão, jornada de trabalho e baixos custos rescisórios são vistas com bons olhos pelos investidores, o que tem levado vários países adotarem os padrões estipulados pelo *Doing Business*, quanto à legislação trabalhista, a fim de atrair investidores.

Portanto, pode-se dizer que a Lei 13.467/2017 foi orientada por políticas de ajuste fiscal estabelecida pelo Banco Mundial, com caráter estritamente econômico, visando unicamente investimentos internacionais na economia brasileira.

A referida lei se afasta do princípio norteador da ordem constitucional humanística, dignidade da pessoa, bem como do princípio da proteção, mola propulsora do Direito do Trabalho. Esvazia a democracia já que a política econômica neoliberal é imposta por agentes externos à sociedade como medidas urgentes, inevitáveis e inegociáveis, sem qualquer espaço para o debate.

Deste modo, o Direito do Trabalho passa a ser norteado por políticas neoliberais que ao reduzirem a regulação estatal aprofundam as desigualdades sociais e libera o poder econômico no seu intuito de fortalecer a posição do capital em detrimento da força de trabalho.

A nova legislação favorece o reestabelecimento da exploração do trabalhador com o fortalecimento do capital, pois vai de encontro a ideias formadoras da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, uma vez que amplia as desigualdades entre os trabalhadores e grupos sociais, além de se afastar da principiologia humanística e social ferindo direitos fundamentais da pessoa humana.

A reforma trabalhista flexibiliza regras cogentes do direito do trabalho, o que precariza as relações laborais, pois em situação jurídica de desigualdade, o trabalhador se submeterá a jornadas desumanas, condições de higiene e segurança degradantes, com maiores riscos de acidentes, já que a nova regra permite a prorrogação de jornada em ambientes insalubres sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho (art.611-A, XIII)⁹, bem como dispensa a referida licença para as jornadas de 12h x 36h (doze horas de trabalho por 36 horas ininterruptas de descanso), em ambientes insalubres¹⁰ (art.60, § único).¹¹

A reforma trabalhista implementada no Brasil por meio da Lei n.13.467/2017, de 13 de julho de 2017, desponta por seu direcionamento claro em busca do retorno ao antigo papel do Direito na História como instrumento de exclusão, segregação e

9 Art. 611-A. “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: [...] XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho [...].”

10 Art. 60, parágrafo único: “Excetua-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso.”.

11 O legislador errou no conceito sobre saúde, higiene e segurança do trabalho, pois o período de descanso na jornada 12x36 é uma garantia para que o empregado recupere as energias depois de 12 horas de trabalho e não sendo, portanto, para recuperação à exposição de agentes nocivos à saúde. (Silva, 2017, p. 47).

sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais.

Profundamente dissociada das ideias matrizes da Constituição de 1988, como a concepção de Estado Democrático de Direito, a principiologia humanística e social constitucional, o conceito constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana no campo trabalhista e da compreensão constitucional do Direito como instrumento de civilização, a Lei n.13.467/2017 tenta instituir múltiplos mecanismos em direção gravemente contrária e regressiva.

[...] busca romper com a essa lógica civilizatória, democrática e inclusiva do Direito do Trabalho, por meio da desregulamentação ou flexibilização de suas regras imperativas incidentes sobre o contrato trabalhista. Essa é a marca e o sentido rigorosamente dominantes desse diploma legal no campo laborativo do Direito. (GODINHO, GODINHO, 2017, pg. 40 e 41).

O jornal El País (2017), publicou matéria informando que a reforma trabalhista brasileira foi inspirada na reforma trabalhista da Espanha, que fora aprovada em condições bem parecidas com as vividas pelo Brasil, ou seja, veio como resposta à grave crise econômica, bem como para atender a pedidos empresariais e a pedidos de organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e Banco Central Europeu (BCE).

Ocorre que, conforme publicado, embora a reforma Espanhola tenha aumentado a empregabilidade ela também precarizou as relações de emprego: “Cinco anos depois, e com base nos dados, pode-se dizer que há mais emprego do que na época da aprovação da reforma – só que mais precários”. (EL PAÍS, 2017)

Segundo o referido jornal, o aumento de postos de trabalho tem relação direta com a redução dos custos de mão de obra nas empresas e aponta outros pontos de precarização laboral trazidos pela reforma trabalhistas, quais sejam, redução com custo de demissão dos trabalhadores, a duração dos contratos temporários ficou menor, e aumentou o emprego de tempo parcial, especialmente o não desejado pelo trabalhador, além da desvalorização salarial.

Outro objetivo que a reforma cumpriu foi a desvalorização salarial. Ao entrar no euro, a Espanha havia perdido a possibilidade de ganhar competitividade desvalorizando sua moeda. Assim, optou por mudar o jogo de equilíbrios entre patronais/empresários e sindicatos/trabalhadores, dando mais poder aos primeiros. (El País (2017)

Assim, apesar do governo espanhol e o FMI elogiarem a reforma trabalhista implementada, ambos reconhecem a preocupação com a precariedade do emprego e os baixos salários, de sorte que sinalizam a necessidade de uma nova reforma a fim de promover empregos de maior qualidade.

O Globo (2017) também publicou matéria informando que a reforma trabalhista da Espanha criou vagas de emprego e contribuiu para a melhora da economia com crescimento do PIB, porém, precarizou as relações de trabalho.

[...] Especialistas apontam que a última reforma trabalhista do país, em 2012, ajudou a criar empregos, mas também acabou por ampliar a ocorrência de contratos de trabalhos temporários, que podem ser fechados até mesmo por apenas um dia. [...] O PIB da Espanha está crescendo com força, todos estão revisando para cima as projeções para 2017. Será o terceiro ano de crescimento perto de 3%. Recuperamos dois terços dos empregos perdidos na crise, mas há sombras no horizonte. Há muitas pessoas em situação de desemprego de longa duração e a precariedade do trabalho aumentou — afirma Marcel Jansen, pesquisador da Fundação de Estudos de Economia Aplicada (Fedea) e professor da Universidad Autónoma de Madrid. (O GLOBO, 2017)

O pesquisador acima citado, afirma que existem duas classes de trabalhadores, ou seja, aqueles que são trabalhadores fixos e com direitos trabalhistas protegidos e os trabalhadores de contratos temporários, sem proteção de direitos. Para ele, a reforma era necessária, mas teve eficácia desigual, uma vez que tornou os procedimentos para contratação de trabalho fixo mais

barato, porém, deixou nas mãos dos empresários forte poder de negociação para ajustes de salários e horas, além de continuar deixando de pé a dualidade de classes. (O GLOBO, 2017).

Ante todo o exposto, pode-se concluir que o caráter contratual e flexível (neoliberal), da Lei 13.467/2017 veio fortalecer a posição do capital em detrimento do trabalhador, uma vez que ela foi orientada pelos interesses de acumulação de capital, se contrapondo ao neoconstitucionalismo, contribuindo para o desequilíbrio das forças entre os interlocutores sociais, pois ela igualou dois sujeitos sociais historicamente desiguais.

Conclusão

De acordo com os estudos desenvolvidos percebe-se que o Direito do Trabalho surge de uma necessidade de proteção da classe operária contra os abusos do capital, pois em um período de liberalismo as relações laborais eram regidas por regras estritamente autônomas, o que favoreceu a exploração dos trabalhadores. Portanto, após reivindicações, o estado passa a intervir nas relações laborais e cria regras imperativas, cogentes, inderrogáveis pelas partes, a fim de proteger o trabalhador, desenvolvendo, assim, o Direito do trabalho cuja mola propulsora é o princípio da proteção do trabalhador.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 deixou para trás o seu caráter patrimonialista e trouxe o homem para o centro do ordenamento jurídico, consagrando o princípio da dignidade humana como valor central da ordem constitucional, que serve como limite de atuação do Estado norteando suas ações positivas, sendo que todas as normas infralegais e relações jurídicas devem ser interpretadas de acordo o texto constitucional.

Porém, em razão de influências neoliberais, insere-se no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 13.467/2017, que traz em seu bojo regras baseada na liberdade contratual do empregador, flexibiliza o Direito do Trabalho e reduz a intervenção estatal nas

relações laborais, partindo-se de raciocínio estritamente econômico, visando unicamente investimentos internacionais na economia brasileira. A nova lei ignora a pessoa humana como centro do ordenamento jurídico brasileiro, pois não respeita o princípio da dignidade humana, bem como a valorização do trabalho humano e, ainda, o princípio da proteção mola propulsora do Direito do Trabalho.

Diante disso, conclui-se que a Lei 13.467/2017 prestigiou o poder econômico, mercantilizou o trabalhador, pois afastou a intervenção estatal, trouxe regras que privilegiam a autonomia da vontade do empregador e flexibiliza as relações laborais, razão pela qual fortalece a posição do capital em detrimento do trabalhador, autorizando possíveis abusos do capital que outrora fora rechaçado pela classe operária, tratou como iguais dois sujeitos sociais historicamente desiguais.

Dessa forma, o Direito do Trabalho que fora concebido precipuamente para proteger as relações de trabalho, sobretudo o trabalhador, passa por um processo de relativização de suas normas e princípios enaltecidos pelo sistema jurídico.

Referências

- ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico. *Seara Jurídica: Revista eletrônica do curso de Direito da UNIJORGE*, Salvador, v. 1, n. 9, p.59-91, Jan-Jun 2013. Semestral. Disponível em: <http://revistas.unijorge.edu.br/searajuridica/artigos2013_1.html>. Acesso em: 30 maio 2018.
- ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. São Paulo: Rideel, 2018.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016. 903 p.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. 427 p.

- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 6787/2016. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em 30 ago. 2017.
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15. ed. São Paulo: Ltr, 2016. 1627 p.
- DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: Ltr, 2017. 381 p.
- DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 749 p.
- EL PAÍS: INTERNACIONAL. Madri, 27 abr. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/internacional/1493296487_352960.html>. Acesso em: 30 maio 2018.
- HARVEY, David. O Neoliberalismo: história e implicações. 3. ed. Sao Paulo: Loyola, 2012. 252 p.
- GALVÃO, Andréia. Neoliberalismo e reforma trabalhista no Brasil. 2003. 406 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Sociais, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2003. Disponível em: <<http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/280199>>. Acesso em: 18 ago. 2017.
- LIMA, Juliana Schmitiz Paes de. Banco Mundial e Sistema de ensino superior: desenvolvimento ou controle externo?. Dissertação mestrado - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. 2004. Disponível em < <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/87059>>. Acesso em 23 maio 2017.
- MENDES, Nicholas Lima Barbosa; BARBOSA, Renato Lima. Crise econômica e flexibilização das leis trabalhistas. XXV Encontro Nacional do Conpedi - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. 2016. Brasília/DF. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/yoi48ho/27tk8s9x>>. Acesso em 01 set 2017.
- O GLOBO: ECONOMIA. Brasil, 13 ago. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/na-espanha-reforma-criou-vagas-mas-ampliou-trabalho-precario-21700433>>. Acesso em: 30 maio 2018

Rodríguez Garavito, César. La globalización del Estado de derecho: el neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones Sociojurídicas, Ediciones Uniandes, 2008. 88 p.

Rossato, Roberto; Alves, Marcos F. S.; Laczkowski, Ivan M.; Bernardo, Leandro G.; Ferreira, Ailton S. O Banco Mundial. Departamento de Física, Universidade Estadual de Maringá. 2006. Disponível em < <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAAdkAG/banco-mundial>>. Acesso em 23 maio 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A Crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. 8. Ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Maria Roseniura de Oliveira. A REFORMA TRABALHISTA SOB A REGÊNCIA DO PROJETO DOING BUSINESS DO BANCO MUNDIAL: A INVESTIDA ULTRALIBERAL DO GOVERNO TEMER. Cadernos do CEAS: Revista crítica de humanidades, [S.l.], n. 242, p. 541-557, mar. 2018. ISSN 2447-861X. Disponível em: <<https://periodicos.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/393>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à Reforma Trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 219 p.

SCANTIMBURGO, André Luis. O Banco Mundial e a política nacional de recursos hídricos: André Luis Scantimburgo. -. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013. (Coleção PROPG Digital - UNESP). ISBN 9788579834882. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/109307>>. Acesso em 31 maio 2017.

SOARES, Mirelle Fernandes. O CNJ e a administração da justiça brasileira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. 335 p.

VOGEL NETO, Gustavo Adolpho (Org.). Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 809 p.

YOU TUBE. Maurício Godinho Delgado no Seminário Nacional CNTC - Reforma Trabalhista: impactos da lei e ações para o seu enfrentamento. O ministro do TST, Maurício Godinho Delgado, apresenta o painel - Reforma Trabalhista: sentidos e desafios. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=c7sowoahcaY> >. Acesso em: 15 maio 2018.

Políticação do judiciário pela imprensa

Fernanda Zilli do Nascimento¹
Romison Eduardo Paulista².

Introdução

As palavras, as frases, os modos de dizer exercem uma influência no auditório, qualquer que seja a sua natureza. Contudo, essa influência não depende somente das palavras. É necessário que estas sejam proferidas por um sujeito, numa determinada situação comunicativa, endereçadas a outro interlocutor, singular ou coletivo. Assim, os discursos são tentativas de levar os sujeitos a agirem e assumirem determinados pontos de vista.

Nesse contexto, este trabalho objetiva discutir o processo de Políticação do Judiciário pela Imprensa brasileira. Diante de uma temática tão complexa e atual, este objeto de pesquisa não pode deixar de incidir sobre a relação entre o universo midiático, o Político e o Judiciário. Em outras palavras, o que se faz necessário é pensar a relação entre o papel da Mídia e os acontecimentos que vêm à tona, e como a Imprensa os narra: se assumem determinadas orientações frente aos fatos, e delegam, explicita e/ou implicitamente, determinadas filiações e interesses político-ideológicos aos magistrados. Dessa forma, a questão é como a

¹ Doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Linguística e Língua Portuguesa pela PUC Minas. Bolsista pela CAPES. Professora nas Faculdades Kennedy. Email: fezilli@gmail.com

² Doutor em Linguística e Língua Portuguesa pela Puc Minas. Professor nas Faculdades Kennedy e PUC Minas. Email: eduardo.casmurro@gmail.com

Mídia se relaciona com os acontecimentos político-judiciários que se tornam seu objeto?

Na atualidade, estas questões, por mais incômodas e polêmicas, problematizam nossa relação instável com importantes instituições do tecido social brasileiro: a Mídia, a Política e o Judiciário – à medida que nos interpela e nos situa em polos antagônicos na defesa de posicionamentos político-ideológicos. Dito isto, o que se pretende neste artigo é abordar esta relação, discutindo esse fazer midiático e suas implicações para o espaço político e jurídico. Afinal, a informação, em tempos de internet, atinge milhares de leitores, e suas mensagens cristalizam-se no imaginário de muitos como verdades prontas.

Nesse percurso, dividimos nossa apresentação em três momentos, sendo: o primeiro, a apresentação de aspectos relacionados à Judicialização da Política e a Politização do Judiciário, bem como o papel da mídia; o segundo, a apresentação de bases epistemológicas dos estudos linguísticos frente à Linguagem, Discurso e Ideologia; e, por último, desenvolvemos um percurso analítico de algumas produções da imprensa brasileira relacionadas a fatos envolvendo o jurídico e político.

1. Judicialização da política e a politização do judiciário

Em decorrência de sua natureza pública, as decisões jurídicas são atravessadas por produções discursivas, principalmente a partir do campo midiático cuja atuação tem relevante impacto na compreensão da sociedade sobre a Judicialização da Política e a Politização do Judiciário³. Pode-se afirmar que, na apresentação das peças noticiosas, o

3 O termo judicialização da política tem sido apropriado e usado para designar fenômenos diversos e em distintas áreas do saber, dentre outras: o direito, a antropologia, a sociologia e a ciência política. Trata-se de um conceito onde o que parece ser comum é a amplitude do significado conceitual que a expressão ganha em cada uma destas áreas do conhecimento, bem como, a divergência de sua essência entre as mesmas.

acontecimento e o seu valor notícia se dão tanto pela lógica simbólica quanto pela pragmática. Isto é, a linguagem empregada não é transparente ao mundo, ela apresenta sua própria opacidade através da qual se constrói uma visão, um sentido particular do mundo com determinadas intenções (SOUZA LIMA, 2018; CHARAUDEAU, 2015; MORAES; RAMONET; SERRANO, 2013).

O trabalho enunciativo da imprensa se dá a partir da (re)construção do acontecimento (fato noticioso), que deve ser esclarecido, explicado por ela. Desta forma, os veículos de comunicação narram os fatos a partir de uma ótica institucional e, por consequência, ideológica, no intuito de conquistar o público para o qual falam. Com esse propósito – o de conferir noticiabilidade – o discurso da Mídia, por vezes, é perpassado por orientações político-ideológicas e, por meio de sua influência na opinião pública, suas avaliações incidem na esfera de atuação do Judiciário.

Consequentemente, a Mídia e a sociedade têm instituído discursivamente o Judiciário não somente como intermediador na solução de conflitos de interesses, mas, igualmente, como objeto de notícia e de especulação. Ainda além, pode-se perceber a construção de personagens – por vezes com características de herói, de justiceiro, de vilão ou, até mesmo, de bufão – com os quais o público se identifica ou repudia. Isto é, pelas qualidades que identificam seus integrantes como pessoas capazes dos mesmos gostos e preferências das demais.

Neste sentido, destaca-se a necessidade de atenção para este espaço público midiático que contribui para a construção dos discursos, ideias e representações sobre as questões públicas, sobre o próprio “bem comum”, sobre o conceito de “justiça”, entre outros. Os meios de comunicação, nesse cenário, são agentes e instrumentos de difusão e de construção das visões de mundo, normalmente ligadas aos interesses de grupos corporativos. Há pouca pluralidade nos veículos de imprensa e as diversidades aparecem raramente no ambiente virtual por meio de mídias

alternativas. Essa configuração pode comprometer a avaliação de fatos que envolvem o Jurídico que, por vezes, é acusado de assumir vieses políticos em determinadas atividades e/ou decisões (RAMOS; BUGLIONE; ROCHA, 2009; DAMASCENO 2005).

Alguns segmentos sociais entenderam ser questionável quando a opinião pública começou a fazer da Justiça e dos seus magistrados matéria constante de suas análises e informações. De modo que se pode apontar pelo menos duas intenções por parte da imprensa (i) legitimar as ações e decisões dos magistrados e/ou (ii) descredibilizar as ações e decisões dos magistrados. Evidentemente, que tanto (i) quanto (ii) são reflexos de interesses por parte do veículo de informação de atingir a adesão por parte do auditório. No entanto, torna-se importante pontuar que ambas as intenções podem estar atreladas a orientações político-ideológicas polarizadas socialmente.

Como aponta Miracy Gustin e Maria Tereza Dias (2014, p. 9), “o objeto do Direito passa a ser uma variável dependente e a relação jurídica um fenômeno social”. Na realidade posta em curso, a Judicialização da Política (e o Ativismo Judicial) tornou-se um acontecimento notório e, por essa razão, cada vez mais estudado pelas ciências sociais e jurídicas. Dessa forma, faz-se necessário pensar e repensar os modelos e as ações das cortes jurídicas na atualidade e, conseqüentemente, os novos papéis que os Tribunais e os órgãos do Poder Judiciário vêm exercendo.

Luiz Roberto Barroso (2012) estabelece alguns pontos importantes para o entendimento dos conceitos de judicialização e ativismo judicial. Um ponto significativo de sua reflexão é que tal fenômeno não é uma peculiaridade da corte brasileira, porém, parece que aqui sua presença é acentuada.

Assim,

[...] o caso brasileiro é especial, pela extensão e pelo volume. Circunstâncias diversas, associadas à Constituição, à realidade política e às competências dos Poderes alçaram o Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, às manchetes dos jornais.

Não exatamente em uma seção sobre juízes e tribunais – que a maioria dos jornais não tem, embora seja uma boa idéia –, mas nas seções de política, economia, ciências, polícia. Bastante na de polícia. Acrescente-se a tudo isso a transmissão direta dos julgamentos do Plenário da Corte pela TV Justiça. Em vez de audiências reservadas e deliberações a portas fechadas, como nos tribunais de quase todo o mundo, aqui se julga sob o olhar implacável das câmeras de televisão. (BARROSO, 2012, p. 2)

A atipicidade iniciada pelo ministro, “em vez de audiências reservadas e deliberações a portas fechadas, como nos tribunais de quase todo o mundo [...]”, fomentado pela participação e exclusividade de certos grupos midiáticos corporativos, vem contribuindo para a instabilidade do reconhecimento da legitimidade das ações e decisões dos magistrados. Para Barroso (2012), as críticas se concentram nos riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário.

Em linhas gerais, sobre o conceito de Judicialização, declara:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. [...] a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. (BARROSO, 2012, p. 3)

De modo que alguns aspectos programáticos dispostos na Constituição passaram a serem postulados no tempo das demandas sociais por agentes jurídicos e não mais no tempo dos gestores das decisões políticas, seja por qualquer eventualidade. Nesse âmbito, o Judiciário, que inerentemente faz o controle da legalidade dos atos do poder público, é demandado para o controle da conveniência e oportunidade de atuar politicamente

substituindo, por vezes, o pronunciamento que previamente caberia aos gestores das políticas públicas – Legislativo e Executivo.

O modelo constitucional adotado no Brasil, semelhante ao estadunidense, com a separação dos poderes, tem como finalidade propiciar a verificação de compatibilidade da lei e dos atos normativos, editados pelo Poder Legislativo; a realização de políticas públicas que sejam de interesse da população, pelo Poder Executivo; e o responsável por julgar através das leis criadas pelo legislativo e pela constituição do país estaria sob a égide do Poder Judiciário. Contudo, essas alterações acabam por influenciar significativamente o funcionamento político e social do Estado, pois atribui ao Judiciário não apenas a defesa da liberdade individual, mas também como promotor ativo de mudanças político-sociais.

Como sinaliza Barroso (2012, p. 3), “há quem não goste e, de fato, é possível apontar inconveniências”. Desta forma, pode-se fazer o seguinte questionamento: os pronunciamentos judiciais relacionados às matérias políticas são norteados pelos limites impostos pela Constituição e pelas leis ou há espaço para decisões pautadas por orientações políticas, econômicas e ideológicas? Em um país como o Brasil, de abertura democrática recente e historicamente marcado por casos de corrupção, é possível considerar a absoluta imparcialidade das decisões judiciais?

Se aceitarmos que a capacidade do Judiciário de controlar as ações no mundo político tem sido interpretada, por alguns, como resultado do descrédito político e, por outros, como dado elementar das democracias contemporâneas, como a esfera jornalística participa nesse processo? A visibilidade pública dada ao protagonismo dos magistrados contribui para a transparência, para o controle social e, em última análise, para a democracia brasileira?

Esse processo de atuação (Judicialização da Política) possui importantes funções para a manutenção e funcionamento do Estado, mas também suscita muitas interpelações. Estas, inclusive,

tendo fortes impactos nos outros Poderes como, por exemplo, quando o STF tem a competência para revisar decisões das Casas Legislativas ou julgar membros do Congresso e o Presidente da República pela prática de crimes (DAMASCENO, 2005). É nesta seara que a imprensa, em maior ou menor grau, pode atribuir aos magistrados determinados interesses político-ideológicos.

2. A linguagem, o discurso e a ideologia

É consensual, nos estudos linguísticos enunciativos, que a produção de sentido só pode ser adequadamente compreendida na atividade real de comunicação entre os interlocutores, e esta é marcada pela tensão inerente aos lugares ocupados pelos sujeitos envolvidos. É, pois, o ato mesmo de discursivizar que instaura e situa as instâncias enunciativas e possibilita o processo de referenciação.

Nesse sentido, a linguagem:

[...] é para o homem um meio, na verdade, o único meio de atingir o outro homem, de lhe transmitir e de receber dele uma mensagem. Consequentemente, a linguagem exige e pressupõe o outro. A partir deste momento, a sociedade é dada com a linguagem. [...] A partir deste momento, a linguagem é dada com a sociedade. Assim, cada uma destas duas entidades, linguagem e sociedade, implica a outra. (BENVENISTE, 1989, p. 93)

Todavia, a interpretação adequada do ato de linguagem não pode ser somente a identificação de um conjunto de “dêixis⁴” e/ou a simples caracterização do estatuto social e histórico dos seus interlocutores. Ainda mais quando se põe em foco as atividades discursivas institucionais – que, neste artigo, referem-se a interpretação política de ações do Judiciário pela Imprensa. Neste sentido, outra importante referência no campo dos estudos

4 Grosso modo, a associação conceitual entre uma ocorrência de uma palavra cujo significado depende do contexto, e a entidade que essa ocorrência representa.

linguísticos são as contribuições de Bakhtin/Voloshinov (1979/2002) – também significativas para a compreensão do processo comunicativo, concernente ao princípio dialógico da linguagem e sua manifestação interdiscursivamente socioideológica.

Por isso,

Com efeito, a enunciação é o produto da interação de dois indivíduos socialmente organizados e, mesmo que não haja um interlocutor real, este pode ser substituído pelo representante médio do grupo social ao qual pertence o locutor. A palavra dirige-se a um interlocutor: ela é função da pessoa desse interlocutor: variará se se tratar de uma pessoa do mesmo grupo social ou não, se esta for inferior ou superior na hierarquia social, se estiver ligada ao locutor por laços sociais mais ou menos estreitos [...] (BAKHTIN/VOLOSHINOV, 1979/2002, p. 112)

Para este trabalho, tais aspectos corroboram para a discussão da intencionalidade na/pela atividade de noticiar os fatos jurídico-políticos. Em síntese, as atividades de linguagem devem ser compreendidas como resultantes da interação entre sujeitos, e a produção de sentido como coprodução desses sujeitos dotados de capacidade de: assumir, reconhecer, refutar, projetar posicionamentos etc. Por extensão, essa capacidade só é balizada a partir dos lugares sócio-institucionais e das atividades que esses sujeitos ocupam e realizam numa situação concreta de comunicação, comuns a esfera de atividade da qual esses coenunciadores fazem parte. (BAKHTIN/VOLOSHINOV, 1979/2002)

Bakhtin/Voloshinov (1979/2002) definem a língua (unidades léxicas e funcionais) como um fato social, isto é, um instrumental “impregnado” ideologicamente em função do seu uso entre sujeitos inseridos em uma determinada época e cultura. O processo de enunciação pode ser, portanto, revelador de posicionamentos dos sujeitos. Os autores declaram “[...] a palavra é uma espécie de ponte lançada entre mim e os outros. Se ela se apoia sobre mim

numa extremidade, na outra apoia-se sobre o meu interlocutor” (idem, 1979/2002, p. 113). Desta maneira, a língua, compreendida como atividade, assume *status* de um dispositivo (ideológico) de orientação e reconhecimento de perspectivas, visto que nenhuma atividade enunciativa se dá fora de alguma esfera sociocultural.

A palavra, portanto, é “o território comum do locutor e do interlocutor”, logo, da imprensa e de seus (e)Leitores. E, por ser um território comum, carrega consigo toda a carga de enunciações já ditas e da qual já fez parte. Constituinte um elemento dialético e dialógico, o uso da palavra é a manifestação da capacidade interativa desse homem, determinado sócio-ideologicamente. Nesse sentido, os autores concebem a palavra como signo ideológico por excelência, pois, como produto da interação social, ela se caracteriza pela plurivalência e pela tensão. Por isso é o lugar privilegiado para a manifestação da ideologia, pois a depender do *status* desses coenunciadores, “o enunciado” (re)constrói diferentes formas de significar a realidade, segundo vozes, pontos de vista coletivos daqueles que a empregam.

Remetendo-nos, em certa medida, às palavras de Regine Robin:

Com efeito, a palavra é, por definição, polissêmica; ela é o que a economia da língua permite que seja. Pode, como se diz comumente, ter vários sentidos; diremos mais: pode implicar uma estrutura profunda das proposições contraditórias, pode conotar esquemas ideológicos opostos [...]. (ROBIN, 1973, p. 47-48)

A partir disso, entendemos o fenômeno da Politização do Judiciário (Judicialização e Ativismo Judicial) como reflexo da intencionalidade de agentes discursivos (GUSTIN; DIAS, 2014). De modo que, como interlocutores (EU e TU) ocupando *status* responsivos na produção de sentido, possibilitam-se a estas instâncias articularem o linguístico, influenciados por outras dimensões (sociais, históricas e culturais) – e fazerem emergir

objetos ideológicos, a partir de ações linguístico-discursivas convencionais e/ou intencionais.

Ainda nessa direção, torna-se necessário relacionar esse sujeito da linguagem ao sujeito social. Segundo Pêcheux (1997), a relação teórica e política entre o estruturalismo e o marxismo, na França de 1960, culminou na tentativa anti-positivista cujo propósito era apreender e explicar o entrecruzamento entre linguagem e história. Nesse contexto, referimo-nos a dois grandes nomes da história do pensamento humano, Marx e Freud, que vão dizer que o sujeito resulta de uma construção, deriva de sistemas impessoais. Para o primeiro, do sistema econômico; para o segundo, do inconsciente. Os sujeitos sociais, então, não são os criadores nem dominam os códigos e as convenções que regem e envolvem as relações sociais, o universo psicológico ou a experiência linguística (GREGOLIN, 2006).

Em Althusser (1970), buscamos mais subsídios teóricos para a definição de um sujeito social que se constrói pelas ideologias. Para o pensador, “a ideologia é um conceito central, porque é entendida como uma relação material e imaginária que os homens mantêm com as suas condições reais de existência” (1970, p. 77). Segundo sua teoria, todas as sociedades vivem imersas em ideologia, em uma virtualidade, que, no plano institucional, concretiza-se por meio dos *Aparelhos Ideológicos do Estado* (religioso, escolar, familiar, jurídico, político, sindical etc.). E o teórico afirma, ao tratar dos Aparelhos de Estado, que a ideologia da classe dominante é usada na maioria das vezes pelo Estado para impor valores de forma massiva.

Althusser retoma o pensamento marxista ao afirmar que o conceito de indivíduo surge a partir da ascensão burguesa ao poder, e esse indivíduo é alçado a sujeito por meio da ideologia. Logo, o novo sujeito da história, sob a visão althusseriana, é a própria ideologia, que interpela os indivíduos livres a se tornarem sujeitos não-livres, mas que creem ser livres. A ideologia impõe ao

indivíduo sua forma de pensar e atuar, mas sem que este se dê conta que é guiado ideologicamente.

A primeira contextualização que Althusser faz para descrever a atuação da ideologia é definir, retomando Marx, a reprodução das condições de produção em uma sociedade capitalista.

Diz-nos o teórico:

Para simplificar a nossa exposição, e se considerarmos que toda a formação social releva um modo de produção dominante, podemos dizer que o processo de produção põe em movimento forças produtivas existentes em relações de produção definidas. Onde se segue que, para existir, toda a formação social deve, ao mesmo tempo que produz, e para poder produzir, reproduzir as condições de sua produção. (ALTHUSSER, 1970, p. 10 e 11)

Esta citação relaciona-se com este trabalho no que envolve os sujeitos produtores e receptores de textos jornalísticos, especificamente ao tratar do campo político-judiciário. Poderemos ver, na análise, que há um conjunto de estratégias ideológicas que conduz o discurso, embora, nem sempre, haja a convergência na avaliação dos fatos pelas instâncias midiáticas, podendo culminar em quebras de expectativas quanto aos objetivos do texto e de seus produtores (SOUZA LIMA; 2018; FIORIN, 2002; MAINGUENEAU, 1997). Dessa maneira, a maior visibilidade e exposição nos meios midiáticos dados ao Poder Judiciário tem proporcionado em várias esferas a discussão se o seu papel atual pode ser percebido em termos político-partidários.

A correlação entre o processo de politização e o conceito de ideologia nos fornece ferramentas teóricas para admitir que o discurso político recobre toda a organização do tecido social, na dimensão dos agentes e objetos públicos e privados que a compõem. Assim, o processo de intervenção dos magistrados sobre os fatos parece materializar ou explicitar uma nova concepção de discurso e fazer político. Igualmente, a produção de sentido através da enunciação, conforme já presumido anteriormente, não é

neutra; toda produção visa a um propósito (CHARAUDEAU, 2015; MAINGUENEAU, 1997). A dimensão político-ideológica dos discursos estará ligada, por um lado, à forma de vida das pessoas no campo social e, por outro, ao mascaramento da mesma em função de interesses. Em outras palavras, uma que representa os sujeitos e suas relações materiais com o mundo da vida, e outra que aponta para a ideia de falseamento, assegurando que as relações desses sujeitos com o mundo são relações predominantemente institucionais, convencionais e/ou imparciais.

Assim temos, em Patrick Charaudeau, que

[...] a ideologia é um modo de articulação entre significação e poder, que tem quatro fundações: uma *legitimação*, que consiste em racionalizar sua própria legitimidade para justificar-se e significar sua posição de dominação; uma *dissimulação*, uma vez que essa atividade de racionalização acaba por mascarar relações de dominação; uma *fragmentação*, uma vez que essa dissimulação acarreta a oposição dos grupos entre si, enfim, uma *reificação*, uma vez que essa racionalização tende a naturalizar a história como se ela fosse atemporal. (CHARAUDEAU, 2006, p. 192)

Esse autor (2006), ao discutir aspectos do fenômeno ideológico e político, aponta dois obstáculos enfrentados na compreensão dos mesmos: (i) o homem é dominado por um mundo que se impõe a ele, mas (ii) é por meio dos sistemas de representação que ele o apreende, isto é, sistemas que o próprio homem constrói e do qual dependem, ao mesmo tempo, sua vivência. Colocam-se duas posições: uma que vê “o mundo da vida social como o lugar em que os indivíduos vivem, agem e se comportam motivados por uma coerência inconsciente, dissimulada”, já a outra de “coerência significativa que mascararia o primeiro”. (CHARAUDEAU, 2006, p. 192)

Outro ponto relevante apresentado pelo linguista é considerar que o conhecimento do fenômeno político-social passaria necessariamente por sistemas de representação que o construiriam como real. Ele argumenta a necessidade de “estudar

como funcionam os processos de ideologização ao final dos quais se produz uma simbolização do social de maneira local e fragmentada” (idem, 2006, p. 193). Isto é, concebe-se a ideologia da seguinte forma: os sujeitos e suas relações materiais com o mundo da vida – aqui a ideologia é mais que uma representação do mundo, ela é uma forma de vivê-lo, questão denominada por muitos autores como materialidade da ideologia.

Nesta perspectiva, acreditamos que nenhuma instância está imune à dimensão político-ideológica, seja ela judiciária ou midiática, embora nem sempre seja evidente o teor dessa interpelação. Evidentemente algumas palavras, em determinados contextos, parecem carregar um contingente ideológico mais explicitado do que outras. Trata-se de uma questão importante para o avanço da compreensão dos fenômenos de significação envolvendo o político-ideológico, não apenas a dimensão discursiva de produção do discurso, diretamente envolvida com o poder, mas também das instâncias de uma sociedade apta a reconhecê-lo ou a contestá-lo (MARI, 2009; BAKHTIN/VOLOSHINOV, 1979/2002).

3. Análise da politização do judiciário pela imprensa brasileira

A seguir, procedemos a algumas análises de práticas linguístico-discursivas midiáticas, de modo a demonstrar que o discurso midiático assume um *status* acional, pelo qual os sujeitos podem agir sobre o mundo e especialmente sobre os outros. Destacaremos também que essa atuação é um modo de ressignificação do mundo político-jurídico por meio dos lugares encenados enunciativamente e as estratégias linguístico-discursivas que potencializam o processo de Politização do Judiciário.

3.1 Absolvição da Chapa Dilma-Temer

Inicialmente, se considerarmos uma sentença como **Após empate, Gilmar Mendes decide e absolve chapa Dilma-Temer**

(manchete⁵, veiculada pelo portal de notícias UOL, em 9 de Junho de 2017) notamos que os sintagmas nominais “Gilmar Mendes”, “chapa Dilma-Temer”, bem como os sintagmas verbais “decide” e “absolve” apresentam um conjunto de informações e estabelecem determinadas relações sintagmáticas. Todavia, o sintagma adverbial temporal “após empate” e o conectivo aditivo “e” também são significativos para a compreensão de outros aspectos envolvidos ali. Isto porque, se para a compreensão da relação dos signos linguísticos cabe à sintaxe o estudo das relações dos signos entre si, ao passo que a Semântica teria por objeto o estudo das relações entre os signos e os referentes (ou estados-de-coisas por eles significados), também é necessário considerar aspectos pragmáticos, isto é, o estudo das relações entre os signos e seus usuários ou interpretes; de modo a rastrear em vários níveis diferentes o funcionamento dos signos, e sua manifestação nas atividades de produção de sentido.

Aqui, faz-se necessário apontar para a fragilidade, *a priori*, de uma distinção de senso-comum entre o significado convencional de um termo e o significado intencional (pragmático) desse mesmo termo⁶. Por exemplo, em “Após empate, Gilmar Mendes decide e absolve chapa Dilma-Temer”, a interpretação (convencional) que se tem dessa sentença – e que será a mesma para todos aqueles que dominam a língua portuguesa – é que tal estrutura apresenta pelo menos duas relações básicas: (a) causal e (b) temporal. Observamos que “Gilmar Mendes” é um nome próprio, composto por um sintagma nominal na posição de sujeito, precedido de dois sintagmas verbais, “decide” e “absolve”, cujo sintagma nominal “chapa Dilma-Temer” desempenha papel de complemento direto

5 Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/06/09/ministro-napoleao-vota-por-absolver.htm?cmpid=copiaecola> – acesso em 11 de Abril de 2018.

6 Na gramática de cada língua, existe uma série de morfemas responsáveis exatamente por esse tipo de relação, os quais funcionam como operadores argumentativos ou discursivos. Assim, existem realizações enunciativas empregadas com a pretensão de orientar o interlocutor para certos tipos de conclusão, com exclusão e/ou restrição de outros.

da segunda forma verbal. Considera-se também o deslocamento do sintagma adverbial temporal “após empate” para o início da sentença, representando um movimento de topicalização nessa sentença declarativa de período composto por coordenação aditiva, entre outras coisas.

Contudo, será que estas informações serão o bastante para dar conta de compreender (todos) o(s) sentido(s) da leitura dessa sentença? Em termos do conteúdo intersubjetivo (intencional) que o enunciado veicula, em virtude de estar associado a determinado contexto (que pode revelar crenças e atitudes de um determinado grupo), pode-se interpretar essa sentença-manchete como um simples relato de uma decisão jurídica ou como uma crítica a uma decisão tomada por esse sujeito (Ministro do Supremo Tribunal Federal e Presidente do Tribunal Eleitoral), ou ainda para múltiplos efeitos que podem ser gerados por outras inferências e/ou crenças por parte dos leitores ao considerar as polêmicas decisões tomadas por esse magistrado no cenário jurídico envolvendo figuras políticas.

Ou seja, para o processo de leitura, tais sintagmas configuram relações que podem estar a serviço de determinados efeitos – *X decide Z e absolve Y* – em que *X* é agente e *Y* é paciente e/ou beneficiário da decisão de *X* ao propor *Z*. Por conseguinte, se apenas relato do veredito judicial, então a escolha do portal de notícias de *X* como metonímia do grupo que defende a legitimidade de *Y* apresenta uma relação menos polêmica que *X'*, como árbitro judicial cujos atos e posturas sugerem que sua decisão foi orientada por filiações político partidárias, incompatíveis com o papel que deveria exercer nesse evento, portanto, a manchete potencializa uma crítica – ao dizer que Gilmar Mendes “decide e absolve”.

A sentença enquanto enunciado terá sentidos variáveis (*convencionais e intencionais*) a depender dos sujeitos envolvidos na situação interlocutiva específica. À vista disso, ao dizermos que um verbo indica ação, processo, estado, mudança de estado e

fenômeno natural, valemo-nos de um critério semântico denominado nocional, porque, por meio dele, definimos uma classe gramatical conforme sua função num dado mundo. Como observamos, ao delegar o papel agentivo a “Gilmar Mendes” e de beneficiário a “Chapa Dilma-Temer”, orientam-se determinados sentidos nessa manchete, que seriam diferentes se a frase fosse construída, por exemplo, sob a forma passiva.

Neste sentido é possível depreender-se que a politização do judiciário pela imprensa está no desvelamento do judiciário como intermediário na solução de determinados conflitos políticos e não nos aparelhos legais de existência anterior ou posterior à edição da Carta de 1988, empregados para a solução dos fatos (DAMASCENO, 2005).

Logo, consideremos mais uma manchete, a saber: **Procuradores da Lava Jato criticam decisão do TSE de absolver Chapa Dilma-Temer**⁷, publicada pelo portal de notícia G1 em 10 de Junho de 2017. Na sentença anterior, composta por subordinação, há dois sujeitos: (i) Procuradores da Lava Jato e (ii) TSE (Tribunal Superior Eleitoral). Novamente uma sentença declarativa. É Interessante observar o uso das formas lexicais “criticam” e “decisão do TSE de absolver”; cujos valores assumidos por um enunciado estão para além de sua manifestação morfossintática. O processo de produção de sentido envolve outros aspectos que nem sempre são de fácil apreensão e/ou explicação por uma abordagem puramente sistêmica (CHARAUDEAU, 2015; MAINGUENEAU, 1997). Analogamente, ao dizer que a ação dos procuradores é de “criticar” e não, por exemplo, “avaliar”, “lamentar”, “comemorar” etc. atribui-se a eles um posicionamento em divergência da decisão de seus parceiros jurídicos. Isto é, a Imprensa ao considerar que a ação discursiva dos promotores representa uma crítica coloca em xeque a outra ação jurídico-

7 Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/procuradores-da-lava-jato-criticam-decisao-do-tse-de-absolver-chapa-dilma-temer.ghtml> - acesso em 11 de Abril de 2018

discursiva “decisão do TSE de absolver...”. Cria-se, portanto, uma orientação específica para interpretação dos fatos: coloca-se em tensão a decisão do TSE e a avaliação dessa decisão pelos procuradores da Lava Jato.

Nesse sentido, a situação enunciativa em foco pressupõe: um Locutor (G1) relatando para seu alocutário (Leitor) o fato X (manchete de notícia), em um tempo e espaço enunciativo específico. Por outro lado, a instância locutora recupera pelo menos três outras cenas enunciativas (i) a **crítica** dos procuradores, portanto, o Locutor (Procuradores da Lava Jato) avaliando negativamente a decisão do Alocutário (TSE), em um tempo e espaço enunciativo específico; (ii) a **decisão** de absolver a Chapa Dilma-Temer, portanto, o Locutor (TSE) declarando absolvição da Chapa Dilma-Temer aos Alocutários (instâncias jurídicas e políticas); e (iii) **enunciações pressupostas** que geram e alimentam essas redes enunciativas, por exemplo, o Locutor (PSDB) acusando seus adversários políticos (Chapa Dilma-Temer) de irregularidades na campanha e vitória eleitoral, e posteriormente entrando com recurso perante o Tribunal de Justiça Eleitoral (TSE), entre outros fatos.

Nesse sentido, as instâncias midiáticas, como detentoras da palavra, podem estabelecer um conjunto de ações que repercutem socialmente (avaliar, constatar, afirmar, negar, prometer, desejar, refutar, elogiar etc.) a fim de agir sobre os seus leitores, nas mais variadas situações de fala, delegar aos magistrados certas perspectivas político-ideológicas etc. (CHARAUDEAU, 2015).

As manchetes (UOL e G1), e suas respectivas matérias, apresentam, de fato, muitos detalhes que levam os leitores, por inferência também de outras matérias disseminadas pela Imprensa, a assumirem um posicionamento contrário à decisão do TSE até mesmo pela qualificação da peça processual – financiamento ilegal da campanha. Além do mais, o acontecimento midiático está ancorado em pelo menos três cenários: (i) eleição de Dilma com as implicações a ela associadas – vencedora do pleito

democrático e depois acusada de crime eleitoral e fiscal, cuja penalidade foi o afastamento definitivo de Presidente; (ii) acusações de corrupção contra Michel Temer e/ou (iii) suposta legitimidade de Michel Temer na Presidência pela sua confirmação e manutenção no cargo, assinada inclusive pelo STF.

Enquanto instituições midiáticas, seu papel é informar os leitores sobre fatos relativos à cena jurídica, política e social; todavia, diante de fatos polêmicos, como este, a escolha da proposição apresenta uma orientação avaliativa. Dessa maneira haveria certa ambiguidade interpretativa: a instituição estaria duvidando da capacidade de julgamento imparcial do TSE, ao dizer: “TSE não vê crime... e mantêm...” X no cargo? Ou afirma a legitimidade da manutenção de X no cargo, mas não da restituição do mandato de Y?

Esta percepção do fato, nos exemplos coletados na Imprensa brasileira, coloca o Poder Judiciário como patrocinador das insatisfações com os atos do poder político. A instabilidade e desconfiança sugerida em relação às decisões do Judiciário descredibilizam sua atuação como fiscal da constitucionalidade das leis. Além disso, sob o ponto de vista ético, as questões de natureza político-jurídica no contexto brasileiro quase sempre gozam de insatisfação por grandes parcelas da população, pautando a discussão sobre a legalidade e/ou ilegalidade das decisões.

Portanto, produzir, interpretar e/ou simular dessa forma e não outra é evidente que parte de uma orientação político-ideológica também dos veículos midiáticos que reportam os fatos (MORAES; RAMONET; SERRANO, 2013). Nesse extrato de falas sobre a decisão do TSE, vê-se que, de modo direto e indireto, atribui-se em diferentes níveis uma crítica à índole do judiciário brasileiro em função dos personagens políticos beneficiados e/ou lesados por suas ações, como também do magistrado envolvido na decisão final. Assim, o lugar de criação e manifestação da ideologia pode ser identificado com seu suporte, seu ponto de engendramento, mas ela se dissemina pela sociedade de tal forma

a recobrir todos os seus lugares, todos os agentes sociais, políticos e jurídicos. A Imprensa, então, teria como objetivo explicitar a relação incestuosa entre esses dois campos. Logo, contrariamente ao princípio de que o pronunciamento judicial, em matérias políticas, deveria se nortear pelos limites impostos pela Constituição e pelas leis. Não caberia juízo político de conveniência ou oportunidade no pronunciamento, mesmo que a ideia de justo do julgador não corresponda à ideia de justo de outras instâncias.

3.2 Condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva

Um dos casos mais polêmicos envolvendo a atuação do Poder Judiciário é relacionado ao processo enfrentado pelo ex-presidente Lula e a atuação do Juiz Federal Sérgio Moro frente às investigações da Operação Lava Jato. A seguir apresentamos uma análise de duas manchetes e trechos da notícia de dois representativos veículos da Imprensa brasileira, aliás, que apresentam posicionamentos político-ideológicos opostos: Revista Veja e Revista Carta Capital. Amplamente difundido, a Veja adota um discurso de direita que agradaria a um determinado público, enquanto a Carta Capital se valeria de um discurso de esquerda que agradaria a outro grupo.

Exemplo 1: Revista Veja⁸, publicado em 12 de Julho de 2017:

Manchete: *Lula é condenado a nove anos e meio de cadeia.*

Lide: *Juiz Moro o sentenciou por corrupção e lavagem de dinheiro. É a primeira vez na história do Brasil que um ex-presidente é condenado por receber propina.*

Exemplo 2: Revista Carta Capital⁹, publicado em 12 de Julho de 2017:

8 Disponível em: <http://veja.abril.com.br/politica/urgente-lula-e-condenado-a-nove-anos-e-meio-de-cadeia/> acesso em 12 de Abril de 2018.

9 Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/moro-condena-lula-a-9-anos-e-meio-de-prisao> - acesso em 12 de Abril de 2018.

Manchete: *Moro condena Lula a 9 anos e meio de prisão.*

Lide: *Petista é condenado por corrupção passiva e lavagem de dinheiro por triplex no Guarujá, mas absolvido em relação a armazenamento de acervo presidencial.*

Observamos que as duas chamadas se estruturam sob a forma assertiva – porém apresentam aspectos de construção de conteúdo proposicional diferenciados: (i) a Veja ao destacar Lula evidencia a condenação do réu e (ii) a Carta Capital ao destacar Moro faz com que recaia sobre o magistrado a responsabilidade da condenação. Em “Lula é condenado a nove anos e meio de cadeia”, o título da notícia veiculada pela Veja é colocado na voz passiva sem a explicitação do agente, dando atenção especial ao sujeito paciente “Lula”. O sujeito sofre uma ação, mas o agente não aparece, gerando efeito de impessoalidade, como se a condenação se desse por si, isto é, o seu causador é somente a justiça. O que leva a entender também que a condenação fora apenas resultado de um feito cujo culpado só pode ser a única pessoa que aparece no enunciado: o ex-presidente Lula.

Enquanto em “Moro condena Lula a 9 anos e meio de prisão”, a Carta Capital privilegia a posição de Moro como sujeito da ação e Lula como objeto da ação de condenar. Essa escolha, entre outros fatos aludidos pela publicação, sugere que o julgamento do ex-presidente não fora feito sob os preceitos de imparcialidade da justiça brasileira, mas sim por certa parcialidade e/ou revanchismo cujos representantes seriam Sérgio Moro e Ministério Público. Outro aspecto interessante é a seleção lexical, que nos permite constatar uma tensão discursiva estabelecida pelo emprego dos itens lexicais “corrupção” (Veja) *versus* “corrupção passiva” (Carta Capital) e “cadeia” (Veja) *versus* “prisão” (Carta Capital), revelando que: (i) a Veja deseja tornar o fato contundente em relação a culpabilidade de Lula – historicamente a revista reitera críticas sobre o ex-presidente e o Partido dos Trabalhadores (PT), já que “corrupção” e “cadeia” possibilitam um efeito de

revanchismo a legenda política e a satisfação pela condenação de seu icônico representante. E em (ii) a Carta Capital deseja amenizar, em alguma medida, a culpabilidade do ex-presidente pelas expressões “corrupção passiva” e “prisão”, nesse sentido, o interesse da publicação provavelmente é de gerar em alguma medida a comoção social.

De um lado, constata-se que a orientação de sentido pretendida pelo lide da revista Veja, “É a primeira vez na história do Brasil que um ex-presidente é condenado por receber propina”, não é apenas de reprovação ao ex-presidente, como também pode sugerir certo deboche, pois recuperaria, de forma implícita e subentendida, uma expressão marcante dos pronunciamentos¹⁰ políticos de Lula. O ineditismo em destaque nesse ato pode sugerir: (i) não houve casos de corrupção envolvendo presidentes anteriores, (ii) não houve investigações suficientes que incriminassem os demais presidentes, e/ou (iii) Lula é de fato o único ex-presidente corrupto.

Por outro lado, o lide da revista Carta Capital destaca que Lula apesar de condenado por corrupção passiva foi “absolvido em relação a armazenamento de acervo presidencial”, o que é evidenciado pela posição do conectivo “MAS”, possibilitando contrapor um aspecto negativo (condenação por corrupção passiva) e um positivo (absolvição das acusações em relação ao armazenamento). Provavelmente, a escolha do conteúdo do enunciado adversativo, colocado ao final do período, evidencia esse último sentido posto, que no caso em destaque, tem por conteúdo a absolvição de Lula. Se reestruturássemos o período invertendo sua ordem, teríamos: “Petista é absolvido em relação a armazenamento de acervo presidencial, mas foi condenado por corrupção passiva e lavagem de dinheiro por tríplex no Guarujá”.

10 “Nunca antes na história deste país...”; “Pela primeira vez, um homem nascido na pobreza, que teve que derrotar o risco crônico da morte na infância e vencer...”; “Pela primeira vez, a longa jornada de um retirante, que começara, como a de milhões de nordestinos, em cima de um pau-de-arara...” (Lula, 2007)

Seria a intenção da revista “atenuar” em parte os argumentos favoráveis à condenação de Lula? Parece-nos que a estruturação pela relação adversativa orienta maior destaque para as informações encadeadas sob o conectivo “MAS”, sendo os conteúdos por ele introduzidos “protagonistas” na estruturação argumentativa da Carta.

Em relação ao conteúdo das matérias, a Veja notícia apenas as acusações contra Lula, privilegiando as falas acusatórias e omitindo as falas de defesa, e que o ex-presidente foi absolvido em um dos processos – não havendo menção a esse fato no corpo da notícia.

[...] A sentença, anunciada nesta quarta-feira, é a decisão derradeira de Moro no processo em que o petista foi acusado pela força-tarefa da Lava-Jato de receber propina da OAS [...] Entre as vantagens recebidas por Lula, segundo a acusação, está um apartamento triplex no balneário do Guarujá, em São Paulo. É a primeira vez que um ex-presidente do Brasil é condenado por corrupção. [...] Ao acusar Lula, a força-tarefa apontou o ex-presidente como “chefe” do esquema de corrupção montado na Petrobras e o acusou de participar, em parceria com a OAS, do desvio de mais de 87 milhões de reais dos cofres da estatal. “Após assumir o cargo de presidente da República, Lula comandou a formação de um esquema delituoso de desvio de recursos públicos destinados a enriquecer ilicitamente, bem como, visando à perpetuação criminoso no poder, comprar apoio parlamentar e financiar caras campanhas eleitorais”, escreveram os procuradores. “Lula era o maestro dessa grande orquestra”, chegou a dizer, na ocasião, o coordenador da força-tarefa, Deltan Dallagnol. [...] Os procuradores sustentaram ainda que a companhia gastou 926.000 reais[...] A acusação inclui 1,3 milhão de reais que a OAS desembolsou para pagar uma empresa contratada para armazenar bens que o petista levou para São Paulo após deixar a Presidência da República. Desde o início da investigação que deu origem à sentença agora proferida por Moro, Lula sempre negou ter recebido vantagens da OAS. O ex-presidente ainda é réu em outros quatro processos. (Revista Veja, 12/07/2017)

Pelas omissões feitas, o veículo midiático induz o leitor a adotar o mesmo posicionamento da revista – a condenação tácita

de Lula -, pois não exhibe uma parte fundamental de um julgamento: a defesa. Assim, para dizer é preciso não dizer, reforçam-se as vozes de acusação dos representantes do Poder Judiciário tais como – “a decisão derradeira”, “segundo a acusação”, “Ao acusar Lula”, “o acusou”, “escreveram os procuradores”, “chegou a dizer”, “os procuradores sentenciaram” – em contrapartida, silenciam-se, consideravelmente, as vozes de defesa. Observamos que a notícia privilegia determinados aspectos das falas dos procuradores tais como: “Lula comandou...”, “Lula era maestro...”, “ex-presidente como chefe do esquema de corrupção...” – direcionando o escopo da informação sobre os argumentos e acusações do Ministério Público que justificariam a condenação do ex-presidente.

Logo, ainda que ao final do texto se referencie “Lula sempre negou ter recebido vantagens”, como sendo a “defesa” do acusado, como pudemos constatar o espaço na notícia destinado a voz opositora é discrepante em relação à voz “de defesa”, se é que esse enunciado assim possa ser considerado. Visto que ao dizer que “Lula sempre negou” pretende um efeito de crítica às condições de sinceridade do ex-presidente:

- i) Se Lula sempre negou, então Lula seria inocente;
- ii) Todavia, após investigações do MP e condenação de Moro, então Lula é criminoso;
- iii) Portanto, se Lula negou desde sempre, Lula é mentiroso.

Dessa forma, ao reportar que Lula sempre negou, a Veja não pretende o contraponto – possibilitar que o acusado se posicione frente ao fato – teria como intenção endossar a decisão do Ministério Público.

Em contraposição, a Carta Capital destaca aspectos do processo de modo a demonstrar a parcialidade do julgamento:

[...] A sentença, anunciada na quarta-feira 12, está relacionada ao suposto recebimento de propina em contratos da OAS com a

Petrobras. Lula foi condenado por supostamente se beneficiar de recursos desviados para a compra e a reforma do imóvel. [...] É a primeira vez que um ex-presidente do Brasil é condenado por corrupção. O petista foi absolvido, porém, da acusação de ter se beneficiado irregularmente do transporte e armazenamento de seu acervo presidencial. (Revista Carta Capital, 12/07/2017)

Diferentemente do tratamento dado pela Veja ao desenvolvimento da matéria sobre a condenação de Lula, a Carta Capital recupera significativamente fatos e declarações envolvendo a decisão de Moro. Inicia-se a notícia questionando a veracidade das denúncias contra o ex-presidente Lula, conforme pudemos constatar por meio de alguns trechos selecionados do texto tais como: “A sentença [...] está relacionada ao suposto recebimento de propina em contratos da OAS com a Petrobras”, “Lula foi condenado por supostamente se beneficiar de recursos desviados para a compra e a reforma do imóvel” entre outros. Ao utilizar o item lexical “suposto”, “supostamente” e “ao entender”, a revista não apenas noticia o fato como também constrói a notícia, deixando implícita pressuposta a sua opinião. “Suposto” e “supostamente” transmitem a ideia de que as acusações contra Lula seriam inconclusivas. A expressão “ao entender” cria dúvidas sobre a imparcialidade do juiz Sérgio Moro ao condenar o ex-presidente. Ele condenou pela abundância de provas concretas contra Lula ou pelo seu próprio juízo de valor? Ou, como muitos sugerem, por interesses político-partidários.

Assim, no percurso narrativo deixam-se marcas que sugerem a parcialidade do magistrado como:

Moro condenou Lula [...] Em sua decisão, Moro afirmou que Lula e sua defesa têm adotado práticas "bastante questionáveis" contra o juízo [...] Em seguida, Moro reconhece, porém, que a prisão de Lula não deixaria "de envolver certos traumas". "A prudência recomenda que se aguarde o julgamento da Corte de Apelação antes de extrair as consequências próprias da condenação", afirma o juiz. [...] Moro afirmou ainda que a condenação "não

traz a este julgador qualquer satisfação pessoal". "É de todo lamentável que um ex-presidente da República seja condenado criminalmente, mas a causa disso são os crimes por ele praticados e a culpa não é da regular aplicação da lei." (Revista Carta Capital, 12/07/2017)

Essa identificação ou diferenciação político-ideológica do discurso midiático, frente ao papel jurídico, com alguma forma de identidade política parece traduzir a necessidade de revelar as estratégias que permeiam a prática discursiva (RAMOS; BUGLIONE; ROCHA, 2009). Embora, em muitos momentos, o que podemos fazer sejam especulações, é necessário ressaltar que as escolhas não são ingênuas ou aleatórias. A condenação de Lula evidentemente geraria muitas repercussões tanto em termos políticos quanto jurídicos, amplamente, comentadas pela Imprensa. Nesse sentido, a reiteração de marcas que sugerem a parcialidade do julgador seria semelhante a da Veja que silencia as vozes de defesa do acusado? Assim, observamos que certas notícias políticas “fogem” do esquema convencional do que seja o gênero notícia, alimentando o fenômeno de Politização do Judiciário.

No contexto da decisão jurídica, a publicação destaca:

Com a condenação, Lula poderá recorrer ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região. [...] Se a condenação de Lula for confirmada no segundo grau, o ex-presidente se tornará inelegível para as eleições de 2018, mas ainda poderá recorrer às instâncias superiores. [...] A defesa havia solicitado uma série de diligências ao juiz Sergio Moro para comprovar a existência de tal operação de crédito, mas os pedidos foram recusados. Os advogados do ex-presidente só encontraram a papelada após uma busca ostensiva em cartórios, por conta e risco dos defensores. A tese de ocultação de patrimônio, levantada pela acusação, também é contestada por Zanin Martins. “Não se pode cogitar uma ocultação de patrimônio quando não há sinais de que o acusado de alguma forma usufruiu daquele bem”, diz o advogado do ex-presidente. “O Ministério Público levantou um castelo de hipóteses não comprovadas. Em vez de indicar provas, amparam-se em teses do procurador Deltan Dallagnol, algumas defendidas

em livro, no qual ele diz textualmente que ‘provar é argumentar’ e ‘julgar é um ato de fé’. (Revista Carta Capital, 12/07/2017 – grifos nossos)

Nos trechos grifados podemos observar que a revista aponta possíveis interesses políticos envolvidos no desejo de condenação do ex-presidente “Se a condenação de Lula for confirmada no segundo grau, o ex-presidente se tornará inelegível para as eleições de 2018...” – provavelmente pelo crescente apoio popular a sua candidatura à presidência da república em 2018. Ao invés de pensar, portanto, numa neutralidade do discurso, a percepção que se tem é de uma intencionalidade na seleção das falas e dos fatos que compõem o texto, como quando relata o fato de Moro ter supostamente dificultado o trabalho da defesa de Lula. Outro problema apresentado por eles (defesa de Lula), e relatado pela revista, é a suposta fragilidade das denúncias do Ministério Público “um castelo de hipóteses não comprovadas” que na figura do procurador Deltan Dallagnol recebe as críticas do advogado de Lula, Zanin Martins. A crítica se dá, por exemplo, em referência a citações do livro do procurador “provar é argumentar” e “julgar é um ato de fé”. Observam-se, portanto, contradições nas colocações do procurador, visto que se provar é argumentar faltam provas substanciais que incriminem o ex-presidente, e, nessa linha de raciocínio, julgar pressupõe-se tomar decisões com base na razão e no conjunto de provas e evidências, todavia, ao subordinar o julgar a um ato de fé associa as decisões tomadas a juízos de valor de alguém que deveria ocupar um lugar de imparcialidade.

Enfim, quanto às análises dos textos noticiosos, em maior ou menor grau, os interlocutores agem a partir de orientações político-ideológicas, de conjunto de convenções e de estratégias linguístico-discursivas a fim de agir sociodiscursivamente – na representação dos fatos político-jurídicos, aspectos que definem o que é legítimo ou ilegítimo, bom ou ruim, ético e antiético etc. A tensão das posições refletidas em muitas matérias noticiosas

estaria nas escolhas que os sujeitos utilizam para caracterizar e/ou avaliar um determinado estado de coisas – portanto, o discurso sendo o principal instrumento para avaliação e construção ideológica do posicionamento dos magistrados. Nesse sentido, assumiu-se o discurso como um lugar privilegiado de compartilhamento de intenções, de construção de relações ‘políticas’ e um dos instrumentos fundamentais para a manutenção da prática midiática, jurídica e política.

Considerações finais:

A capacidade do Judiciário de interferir nas ações do mundo político tem sido interpretada ora como tensão da política ora como dado elementar das democracias vigentes. Nessa conjuntura, as mídias contemporâneas desempenham um papel significativo na compreensão de temas como “Judicialização da Política”, “Ativismo Judicial” e “Politização do Judiciário”. Em nosso texto, buscou-se levantar a questão do lugar do discurso da imprensa frente a esses objetos; o lugar persuasivo da opinião pública na interpretação dos acontecimentos e conseqüentemente na possível influência nas atividades dos magistrados. Constatou-se que as fronteiras entre os termos são porosas, principalmente, no momento político, jurídico e econômico pelo qual o Brasil passa. De toda forma, assumiu-se a politização da justiça relacionada fundamentalmente a essa pessoalização realizada pela imprensa de certas figuras da esfera jurídica.

Contudo, embora reconheçamos em alguma medida como expressões correlatas, apontamos que a Judicialização da Política e a Politização da Justiça exprimem concepções distintas. A primeira, legitimada muitas vezes, expressa em valer-se o Judiciário de métodos típicos das disputas e demandas das arenas políticas para resolução dos conflitos que lhe são submetidos e nos quais se espera que sejam apreciados com os métodos próprios dos meios judiciais, qual seja, em submissão à legalidade e não aos juízos de

conveniência e oportunidade que orientam as ações típicas dos atores políticos. Por outro lado, para a segunda, o problema estaria na expansão do Poder Judiciário referente a tomadas de decisão orientadas por interesses político-ideológicos em detrimento das normas constitucionais e legais; pautando-se pela atipicidade das decisões envolvendo figuras políticas. Consequentemente, coloca-se em xeque a capacidade de certos representantes de arbitrar conflitos que tenham por fundamento relações políticas. Portanto, a politização do judiciário é eminentemente tóxica e ilegítima na manutenção da democracia e do funcionamento do Estado.

Referências

- ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do estado**. Trad. De Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Editorial Presença/Martins Fontes, 1970.
- BAKHTIN, Mikhail/ VOLOSHINOV, Valentin. **Marxismo e Filosofia da Linguagem**. Trad. Michel Lahud; Yara F. Vieira 8ed. São Paulo: Hucitec, 1979/2002 [1929-1930].
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23. 2012.
- BENVENISTE, Emile. **Problemas de linguística geral II**. Campinas, SP : Pontes, 1989.
- CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso das mídias**. Tradução Angela M. S. Corrêa. 2. ed. - São Paulo: Contexto, 2015.
- CHARAUDEAU, Patrick. **Discurso político**. Tradução Fabiana Komesu e Dilson Ferreira da Cruz. - São Paulo: Contexto, 2006.
- DAMASCENO, João Batista. Justiça como Poder: Judicialização da Política, Politização da Justiça e Pessoalização da Jurisdição. **Dissertação** [mestrado] - UFRJ/ IFCS/ Programa de Pósgraduação em Ciência Política, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cpo28276.pdf> - acesso em 28 de abril de 2018.

- FIORIN, José Luiz. **Linguagem e ideologia**. 7ed. São Paulo: Ática, 2002 [1988]
- GREGOLIN, Maria do Rosário. **Foucault e Pêcheux na análise do discurso: diálogos e duelos**. 2ed. São Carlos: Editora Claraluz, 2006.
- GUSTIN, Miracy Barbosa; DIAS, Maria Teresa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- MAINGUENEAU, Dominique. **Novas tendências em análise do discurso**. Trad. Freda Indursky. 3ed. Campinas: Pontes, 1997 [1987].
- MARI, H. Um novo estatuto para o discurso político. In: GOMES, M.C; MELO, M.; CATALDI, C. **Práticas discursivas: Construindo identidades na adversidade**. Viçosa, MG – Arca, 2009, p. 87 – 102.
- MORAES, Dênis de.; RAMONET, Ignacio; SERRANO, Pascual. **Mídia, poder e contrapoder: da concentração monopólica à democratização da informação**. Tradução Karina Patrício. – São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: FAPERJ, 2013
- PÊCHEUX, Michel. Análise automática do discurso. In: GADET, Françoise. HAK, Tony. **Por uma análise automática do discurso: uma introdução à obra de Michel Pêcheux**. Trad. Betânia Mariani (et. al.). 3ed. Campinas: editora da Unicamp, 1997 [1969].
- RAMOS, Flávio; BUGLIONE, Samantha; ROCHA, Cláudia. Judicialização da Política e a Percepção da Mídia Impressa Brasileira. **Revista Novos Estudos Jurídicos** – NEJ - Vol. 14 – nº 3 – p. 3 – 22, 2009.
- ROBIN, Régine. **História e linguística**. São Paulo: Cultrix, 1978 [1973].
- SOUZA LIMA, Carlucci Medeiros de. Leitura, Intencionalidade e Atos de Fala: análise de orientações político-ideológicas em textos midiáticos e em comentários de internautas. **Tese** [Doutorado] – Puc Minas / Programa de Pós-Graduação em Letras, Belo Horizonte, 2018.

Análise cognitivo-discursiva do programa político “uma ponte para o futuro”

Karoline Faria do Valle¹
Romison Eduardo Paulista²

Introdução

O presente estudo compreende uma parte descritiva de identificação e interpretação de esquemas imagéticos, metáforas conceptuais e *frames* a partir de elementos linguístico-discursos e/ou pragmáticos presentes no documento “Uma ponte para o futuro” (PPF). Observaremos, no documento, como o processamento conceptual metafórico dá sentido e é constitutivo de alguns conceitos abstratos aludidos nele. Igualmente, mostraremos as motivações experienciais e culturais do processamento metafórico e como ele está corporizado, tanto na experiência individual como na experiência coletiva. E, por último, analisaremos, no documento, a função ideológica da metaforização no discurso político-administrativo do PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro) sobre a importância do ajuste fiscal, crise econômica e papel do governo.

Ao indicarmos, neste artigo, alguns aspectos semiótico-cognitivos que estruturam o discurso político-administrativo do

¹ Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Linguística e Língua Portuguesa, PUC-Minas, bolsista (CAPES – 2016/2017), orientadora, Prof^a Dr^a. Sandra Maria da Silva Cavalcante.

² Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Linguística e Língua Portuguesa, PUC-Minas, bolsista pela (CAPES – 2013/2017), orientador, Prof^o Dr. Hugo Mari.

programa peemedebista, compreender-se-á que esses pontos podem assumir um *status* discursivo-argumentativo contribuindo para persuasão, convencimento e captação do público – em termos de ferramentas teórico-metodológicas como esquemas imagéticos, metáforas conceituais e *frames*.

Em outubro de 2015 foi apresentado o polêmico documento intitulado “Uma ponte para o futuro” do PMDB, sendo o mesmo divulgado ao público dois meses depois do vice-presidente Michel Temer (MT) abandonar o cargo de articulador político do Governo de Dilma Rousseff (DR). Em linhas gerais, o programa³ prevê sob a forma de ajustes fiscais pelo menos doze propostas, entre elas, temas como: modernização trabalhista (menos segurança e direitos aos trabalhadores), reforma previdenciária (trabalhos por mais anos aos idosos) e medidas que, na prática, podem inviabilizar os direitos universais de acesso a serviços públicos básicos como saúde e educação – pois diminui consideravelmente os gastos públicos nessas áreas por 20 anos.

No conturbado cenário político-econômico brasileiro, ainda que não seja o foco aqui, esse documento parece ter sido um importante elemento motivador para a implementação e financiamento do *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff, em 2016, como sugere o atual presidente, Michel Temer, em declaração para empresários e investidores em Nova York, na sede da *American Society / Council of the Americas*:

(MT - 21/09/2016) Há muitíssimos meses atrás, nós lançamos um documento chamado 'Ponte para o Futuro' porque verificávamos que seria impossível o governo continuar naquele rumo e até sugerimos ao governo que adotasse as teses que nós apontávamos naquele documento.

3 O programa político "Uma ponte para o Futuro" foi lançado pela Fundação Ulysses Guimarães, o braço teórico do PMDB.

Como podemos observar pela declaração de Temer, o “conselho” não foi aderido pelo Governo Rousseff, culminando com o processo de afastamento de Dilma Rousseff e empossamento definitivo dele em Agosto de 2016.

(MT - 21/09/2016) Como isso não deu certo, não houve a adoção, instaurou-se um processo que culminou, agora, com a minha efetivação como presidente da República.

O interesse em analisar o documento parte da evidente incoerência da legenda política PMDB, importante integrante da Chapa eleitoral de Dilma Rousseff em 2014, cujo partido é o PT (Partido dos Trabalhadores), e sua proposta totalmente alinhada aos interesses de seus adversários políticos naquela eleição, o PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira). Nessa visão, o documento assinala ser de fato uma “ponte” que liga diretamente PMDB e PSDB na promoção de políticas de austeridade econômica, sobretudo social, de tomada de poder e de derrubada do governo petista.

Assim, ao determo-nos na análise do programa político-econômico, seguimos o quadro promissor de convergência entre estudos cognitivos e os estudos discursivo-enunciativos, e, mais especificamente nas análises, o enquadramento da Teoria da Rede de Espaços Mentais (BRANDT; BRANDT, 2005; BRANDT, 2004; 2012) e particularmente a tendência recente de abordagem crítica da metáfora conceptual (CHARTERIS-BLACK, 2013; 2005; OAKLEY, 2009; PAULISTA, 2017).

Dando sequência à discussão, nosso trabalho será dividido em duas partes. Inicialmente apresentaremos aspectos dos enquadramentos teóricos e em seguida uma análise de alguns exemplos.

1. O fenômeno de produção de sentido

Assumimos como ponto de partida que uma abordagem cognitivo-discursiva – conceber a linguagem como objeto do

mundo natural pelo qual é possível manifestar e organizar o pensamento humano – e a explicitação de princípios/processos cognitivos envolvidos na produção de sentido é fundamental para evidenciar o modo como a nossa mente opera e como determinadas emergências do/no processo de produção de sentido são perspectivadas pelo ser humano.

A abordagem semiótico-cognitiva tem como objetivo geral investigar como produzimos conhecimento e também sua conexão com a constituição neurofisiológica dos falantes, a dimensão psicocognitiva e a dimensão sociocultural na qual estamos imersos – representando uma perspectiva de trabalho multidisciplinar que privilegia a concepção corporificada e compartilhada da mente cujo processo de significação está ligado às experiências complexas desse corpo no mundo (JOHNSON, 1987; LAKOFF & JOHNSON, 1980/2002; TURNER, 2006; BRANDT, 2004). Com efeito, para essa abordagem, as unidades e as estruturas da linguagem são estudadas, não como se fossem entidades autônomas, mas como amplas manifestações de capacidades cognitivas e de organização conceptual: operações de categorização, percepção, perspectivação, integrações conceptuais, entre outras, envolvidas no processo de significação e relacionadas à experiência cultural, social e individual na atividade de produção de sentido do homem.

Postula-se, a partir desse enquadramento, que a percepção e a ação são inseparáveis na compreensão da cognição humana (BRANDT, 2004). Essa ação de conhecer (significar, categorizar, conceituar etc.) pressupõe uma significativa participação da linguagem. Temos, nessa direção, a sua compreensão epistemológica assim delineada pela Semiótica Cognitiva, corroborando significativamente para o entendimento do processo de produção de sentido:

A ideia fundamental subjacente à semiótica cognitiva é que o estudo da mente humana, dos seus fundamentos neurofisiológicos e neuropsicológicos deve ser relacionado com o estudo do significado, desenvolvido no pensamento, na

linguagem, na comunicação, nas práticas sociais, nas culturas e ao longo da história da nossa espécie 'simbólica', desde os estádios primordiais da nossa evolução semiótica. (BRANDT, 2014, p. 323)

Na sequência, retomaremos quatro pressupostos gerais desse enquadramento: (i) há princípios estruturados epistemologicamente nesse enquadramento que defendem a existência de operações e procedimentos mentais envolvidos na atividade de produção de sentido; (ii) a essas atividades, é possível atribuir um caráter geral, ontológico e fenomenológico; (iii) propõem-se categorias e esquemas teórico-metodológicos, considerando essas atividades em uma ampla e dinâmica rede de ações realizadas pelo organismo em um processo *neurobiofísicosociocultural* evolutivamente considerado; e (iv) a natureza do processamento do sentido é passível de ser investigada a partir de alguns padrões emergentes, considerando as atividades intersubjetivas dos sujeitos.

A atividade de produção de sentido é, pois um fenômeno natural e dinâmico. Dessa maneira, entendemos que o ser humano é dotado de um amplo e complexo sistema cognitivo⁴, cujo *modus operandi* diferencia, adapta e atualiza suas atividades a diferentes situações definidas por fatores de relevância (valorização) na dinâmica relação desse complexo organismo com o *nicho*, produzindo padrões de sentido emergentes que podem ser entendidos e reunidos sob a forma de um conjunto de princípios.

Parece-nos claro que as discussões aventadas atualmente no campo da linguagem partem de um debate central de que todos os nossos conhecimentos convergem para uma dimensão corpórea, ramificados por estágios de sua elaboração a partir de processos cerebrais, mentais e de linguagem (integrados). É neste contexto


4 Tem-se a compreensão de que o ser humano é dotado de um aparato neurofisiológico que o capacita desenvolver determinadas atividades cognitivas/linguageiras que outros organismos vivos não podem ou não realizam com tamanha complexidade

que a linguagem humana, bem como o aparato neurobiológico e a experiência sociocultural que lhe dá suporte, é objeto de crescente interesse de diversos pesquisadores nas últimas décadas. Tais aspectos apontam para o fato de que esse heterogêneo campo de estudo configurou-se a partir de um consenso: a linguagem natural humana – o processo de significação humana – é um fenômeno, indiscutivelmente complexo, multifacetado e, portanto, passível de diferentes e nem sempre convergentes abordagens.

2. O fenômeno da metaforização: corporização, esquemas imagéticos e metáfora conceptual.

O discurso, sob a ótica da Linguística Cognitiva, é entendido como a emergência de padrões conceptuais estruturados a partir de uma complexa rede de operações e atividades cognitivas. Evidentemente essa emergência é determinada, ao menos em parte, pela dimensão sociocultural na qual o ser humano está inserido. Isto possibilitou a construção epistemológica de conceitos que explicitam e explicam o modo como se estruturaria todo o pensamento humano, em função de padrões conceptuais emergentes relacionados ao processo de conceptualização. Assim, os parceiros de comunicação movidos por intenções discursivas compartilham ou reconstroem certos modelos cognitivos (*frames*), acionam certos esquemas e imagens conceptuais, ou ainda, realizam integrações e/ou contrafactualidades na estruturação de seu pensamento – podendo emergir significativamente em manifestações linguístico-discursivas ou multimodais das mais variadas.

A partir disso, como veremos adiante, é amplamente conhecida a transformação operada nos estudos linguísticos pelas pesquisas sobre cognição no âmbito dos estudos acerca do fenômeno metafórico; sendo concebido como um processo constitutivo das formas de interação humana em geral, como defende Lakoff e Johnson (1980/2002), ostensivamente presente tanto na linguagem

cotidiana quanto na linguagem literária ou científica; e fundamentalmente relacionado ao paradigma da mente corporificada. Isto é, a cognição emerge de nossa experiência corporal, dos padrões de interação organismo  ambiente e pode ser compreendida em parte pela dimensão metafórica.

Johnson (1987), ao discutir os fundamentos da tradição filosófica ocidental objetivista, contesta a concepção racionalista da realidade, segundo a qual, a razão é uma capacidade puramente formal de conectar e “desenhar” conceitos literais de acordo com regras lógicas. Segundo o pesquisador, para descrever uma realidade objetiva, precisamos de uma linguagem que expresse conceitos que possam ser mapeados entre objetos, propriedades e relações que se instituem de forma contextualmente literal, unívoca e independente – o que não condiz com a natureza própria da linguagem: criativa, integrada e polissêmica.

As investigações científicas, que privilegiaram a segunda compreensão de linguagem, apresentaram consideráveis avanços no que se refere à corporeidade da mente, à inconsciência cognitiva e ao pensamento metafórico. Logo, a década de 80 marcava um importante momento: o desenvolvimento de pesquisas para responder a pergunta: que relação há entre cognição humana, linguagem e práticas socioculturais?

Ao se assumir esse questionamento, demandou-se uma agenda de investigação interessada nos processos cognitivos relacionados à linguagem como processos que se, por um lado, são determinados pela fisiologia cerebral, pela arquitetura mental da espécie humana, por outro, constituem e são constituídos pelas práticas sociais e culturais dos diferentes grupos em que os seres humanos se organizam (VAN DIJK, 2008). Isto porque, as práticas sociais e culturais, por sua vez, se realizam – e se atualizam – em concretas situações de interação humana, ou seja, nas concretas e dinâmicas formas de uso da linguagem sejam estas artísticas, institucionalizadas, convencionalizadas ou não.

2.1 Corporeidade/corporização do significado

O estudo da linguagem está intrinsecamente relacionado ao modo como o corpo humano move-se (vive) em seu *nicho* biofísicosociocultural (ZLATEV, 2008; 2012; GIBBS, 2005; SINHA, 2009). Johnson (1987) propõe que não é possível entender a estrutura de nosso aparato conceptual sem ter em conta nosso substrato físico, social e cultural – refletindo a tese de que tanto os nossos conceitos, nossas ideias, são influenciados e conformados pela estrutura de nossos corpos, quanto pela experiência sociocultural desse corpo no mundo em que vive. Um importante princípio para isso está ligado à noção de *corporização/corporeidade* (*embodiment*) do significado. O princípio da corporeidade do significado foi amplamente assumido pela ciência e teorias cognitivas nos últimos anos (*Embodied Cognition Thesis*), é provavelmente, como afirma Ibarrete-Antuñano e Valenzuela (et al, 2014), um dos princípios mais populares e aceitos acerca do funcionamento da cognição humana.

De acordo com Johnson (1987; TURNER, 2006), o significado e seu valor é fruto de um processo que combina a natureza de nossos corpos e de nossos cérebros, desenvolvendo-se através de contínuas interações com fatores de ordem social e cultural. Ou seja, a natureza de nossa experiência “corporizada” motiva e restringe a maneira pela qual as coisas resultam ao ser humano como significativas. Nessa acepção, embora o processo de significação emergja como sendo de realidade abstrata, ele é estruturado a partir de padrões experienciais e socioculturais desse corpo físico na sua relação/valoração com o mundo.

2.2 Esquemas Imagéticos

O esquema imagético é um recurso, um padrão dinâmico de nossas interações perceptuais e motoras que dão coerência e estruturam nossas experiências. No âmbito da Semântica

Cognitiva, Johnson (1987) propunha o conceito de *esquema imagético* como uma das bases da cognição para o entendimento da corporeidade/corporização do significado. Os esquemas imagéticos são concebidos como estruturas mentais do modo como se estruturam as interações recorrentes desse “corpo” no/com o seu entorno. Assim, eles representam unidades significativas no processo de categorização e conceptualização do ser humano em relação a um estado de coisas no mundo.

Gibbs & Colston (1995, apud ALMEIDA et al., 2013) conceituam esquemas imagéticos como *gestalts* experienciais que emergem a partir da atividade sensório-motora, conforme se manipulam objetos, orienta-se espacial e temporalmente e se direciona o foco perceptual com diferentes propósitos. Consideram-se os esquemas imagéticos como representações dinâmicas análogas de relações espaciais e movimento no espaço. Lakoff e Johnson (1980/2002) e Kövecses (2002; 2004; 2006) mostram que grande parte das metáforas está relacionada à nossa orientação espacial – noções como EM CIMA - EMBAIXO, DENTRO - FORA, FRENTE - ATRÁS, CENTRO - PERIFERIA etc., emergem do fato de termos um corpo como o que temos e interagirmos como interagimos com o nosso ambiente físico.

De acordo com os pressupostos teóricos, experiências físicas diretas como essas não são, entretanto, só inerentes ao tipo de corpo que temos, mas podem envolver certos pressupostos culturais. Não obstante, apesar de toda experiência ter uma base cultural, ainda é possível fazer uma distinção entre experiências mais físicas (como levantar ou cair, entrar ou sair etc.) e experiências mais culturais (como participar de uma cerimônia de defesa de tese, um casamento, um julgamento etc.).

2.3 Metáforas Conceptuais

Nessa direção, o corpo físico torna-se o domínio fonte para a conceptualização de aspectos mais abstratos, como experiências

sociais e/ou emocionais (KÖVECSES, 2004; 2006). O processo de metaforização tem uma presença avassaladora na vida cotidiana humana. Não é ingênuo que esse fenômeno suscite reflexões e pesquisas ao longo de séculos, considerado um dos processos fundamentais da conceptualização e interação humana com a realidade. O ser humano tende a conceptualizar domínios mais abstratos por similaridade conceptual com domínios mais concretos e imediatos e fundamentam esse mapeamento metafórico na experiência individual e coletiva.

As discussões decisivas a respeito do tratamento do fenômeno metafórico tiveram visibilidade significativa, e ainda hoje, a partir do trabalho de Lakoff e Johnson *Metaphors we live by* (“Metáforas da Vida Cotidiana”, 1980/2002 – em português). Pelo qual, o fenômeno passou não mais a ser compreendido como um problema do uso da linguagem, uma figura de estilo, mas como: (a) um princípio onipresente do pensamento, e (b) elemento que permeia todo o discurso; deixando de ser concebido como um desvio do discurso ordinário, ou matéria prima apenas do discurso estético e/ou retórico.

Nesse estudo, os autores discutem a natureza e a estrutura da “metáfora” sob uma nova perspectiva: ela é conceptual e tem grande influência em boa parte do pensamento e da ação do homem. Os autores desenvolvem a tese de que a metáfora é um fator preponderante no funcionamento da mente humana, uma vez que, sem ela, até mesmo pensar seria impossível. Em síntese, a metáfora conceptual constitui um esquema ou padrão conceptual, sob a forma *A é B*, que se realiza num conjunto aberto de expressões (verbais ou não-verbais) envolvendo um amplo conjunto sistemático de correspondências entre os respectivos domínios conceptuais *fonte* (A) e *alvo* (B). Essa abordagem defendia e revelava que as metáforas não eram exclusividade do discurso artístico e/ou retórico, senão de realidade naturalmente cotidiana. A tese é: o pensamento humano se estrutura de modo metafórico, a mente é metafórica. A partir dessa convicção,

defende-se que elas representam uma evidência de matrizes/ferramentas conceituais complexas que estruturam o pensamento humano, o que a partir de emergências linguísticas, aparentemente, não metafóricas testemunham a importância e a necessidade de investigação não mais do produto (metáfora) e sim do processo metafórico (projeções, mapeamentos e integrações conceituais) (TURNER, 2006). Assim, tornou-se imperativa uma distinção entre metáfora como um tipo de expressão e metáfora como um esquema cognitivo. Do procedimento conceptual, revelou-se, sumariamente, que: (i) a capacidade metafórica é uma expressão geral da criatividade da mente humana; e que (ii) as representações metafóricas geram mais ideias do que os conceitos tidos como literais podem fazê-lo.

Quanto à funcionalidade do processamento metafórico, ele não apenas serve para nossa compreensão do mundo, como se revela um profícuo instrumento de manipulação e entendimento ideológico e político (PAULISTA, 2017). Isto porque, ele desempenha vigorosa função ideológica, tanto no sentido de recuperar normas e valores para agir e viver, como no sentido de estabelecer relações sociais de poder. No caso do discurso político, como observado por Charteris-Black (2013, p. 73-74) e Paulista (2017), pode facilmente se verificar que algumas metáforas conceituais representam um recurso altamente produtivo, dado que os atores políticos pretendem denunciar e/ou reivindicar a legitimidade e a credibilidade de suas ações na defesa do direito democrático e administrativo, como também persuadir, convencer e sensibilizar o público a aderir a seu ponto de vista por meio de imagens e/ou expressões metafóricas que apresenta.

3. Rede de espaços mentais e análise do processamento metafórico

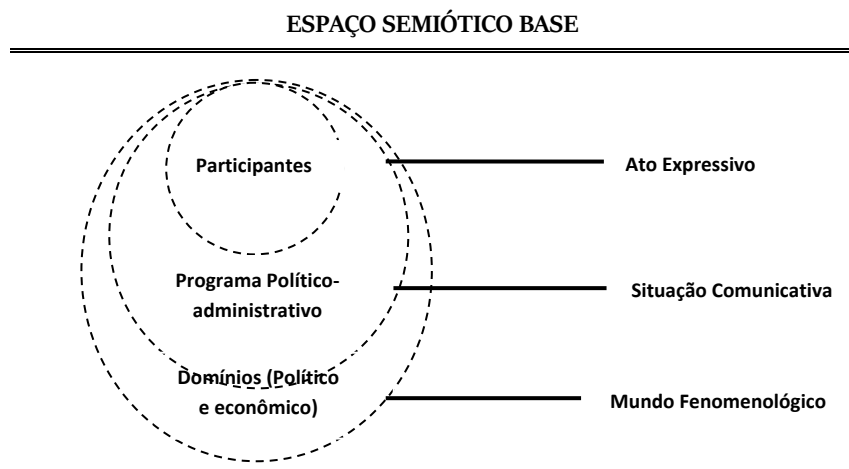
A fim de recobrir tanto o universo de descrição situacional e dos estatutos dos sujeitos que envolvem essa situação semiótica

como das operações que possibilitam a emergência e/ou entendimento dos movimentos cognitivo-discursivos, interessamos assumir o modelo de Rede de Espaços Mentais do grupo dinamarquês de Aarhus⁵. Grosso modo, para esse enquadramento semiótico-cognitivo, as práticas linguageiras tomadas em uma situação semiótica concreta pressupõem sempre a instauração de inúmeras e inextrincáveis *redes de integração conceptual*. Essas redes são descritas a partir da instauração de um *Espaço Semiótico Base*, triadicamente circular (integrando *pheno-world*, *situation* e *semiosis*), no/pelo qual elementos referenciais podem ser delegados como objetos de atenção dos interlocutores, instituindo dois espaços mentais básicos e distintos: um *Espaço de Referenciação* (domínio alvo) – no qual se comprimem, por exemplo, todas as informações relativas ao assunto, pertinentes à produção de sentido; e um *Espaço de Apresentação* (domínio fonte) – no/pelo qual podem identificar-relacionar elementos utilizados para predicar, descrever e/ou compreender um objeto. Desse processo (de criação, projeção e mapeamento de espaços mentais), é significativa a noção do componente denominado “Relevância” – que não é, estritamente falando, um espaço mental, uma vez que seu conteúdo não aparece necessariamente na consciência dos sujeitos envolvidos, assim como em outros componentes da rede. Para Brandt, a relevância é “uma coleção aberta de esquemas importados do espaço Base que é uma fonte de múltiplas camadas de tais contribuições esquemáticas” (2012, p. 14). Traduzida sob a forma de *frames* (situacional, argumentativo e ilocucional), ela emerge, segundo ele:

5 Essa escola de estudos cognitivos assume a empreitada de complementar o modelo de Fauconnier e Turner (2002), buscando descrever e/ou explicar como os indivíduos integram e focalizam os processos cognitivos em práticas sociais e culturais a partir dos quais os indivíduos se organizam e deles fazem parte. Assim, para esse quadro de investigação, as práticas simbólicas e socioculturais se realizam – e se atualizam – em situações concretas de interação humana, podendo ser esquematizadas em uma Rede de Espaços Semióticos e orientadas por um conjunto de Domínios Semânticos (BRANDT; BRANDT, 2005; BRANDT, 2004; OAKLEY, 2009).

[...] do próprio diálogo, a partir do contexto narrativo da comunicação, do *background* cultural (como um "terreno comum"), ou a partir da competência cognitiva naturalmente partilhada por mentes humanas, treinadas pela experiência de vida (2012, p. 14)

Consideremos o seguinte esquema:



(Fig. 1 – Espaço Semiótico de Base)

Para que o espaço semiótico seja instaurado, diferentes formas de conhecimento esquemático (*frames*), dos mais variados, são simultaneamente evocadas pelos interlocutores na atividade de significação, contudo, essas matrizes conceituais são orientadas e/ou influenciadas por *Frames* de Relevância, na criação, delegação e mapeamento dos espaços mentais. Um espaço mental, grosso modo, para Brandt (2012, p. 1), “é uma ‘porção’ de significado que traz consigo uma estrutura conceitual interna, um mínimo de qualidade imagética e um *status* fenomenológico como um cenário ao qual podemos nos referir”.

Devemos considerar que, sob esses aspectos, os sujeitos estão sempre inseridos em um contexto situacional mais amplo, estruturado a partir de representações compartilhadas,

regularidades e/ou restrições do *mundo fenomenológico*, esquematicamente representado pelo primeiro círculo do espaço base. Nele inclui-se, por exemplo, o entendimento de fatos socioculturalmente construídos e compartilhados, aqui explorados em termos de: sistema democrático e econômico brasileiro, sistema político-partidário, cargo presidencial, nação brasileira, conhecimentos político-históricos etc. Em um contexto mais restrito, representado pelo segundo círculo, pressupõe-se fatos que caracterizem uma *situação comunicativa* específica. Naquela esfera estão comprimidos os aspectos do contexto amplo mais imediato, que sejam significativos para o entendimento da atividade comunicativa – portanto, no contexto do programa PPF são eles: os conhecimentos avaliativos das funções e as intenções político-administrativas desempenhadas – ou seja, tudo aquilo que se apresenta como relevante para o entendimento das ações e expectativas (discursivas ou não) dos interlocutores na situação comunicativa. Na esfera mais interior, por fim, o *ato comunicativo*, está representado o espaço de interlocução – onde se apresenta os sujeitos implicados no ato comunicativo e a realização de objetos discursivos específicos dessa interação, por exemplo, promessas, críticas, avaliações, relatos etc. Desse complexo espaço trifásico, os *frames* de relevância representam, potencialmente, tanto as estruturas por meio das quais se organiza o conhecimento e criam-se categorias com as quais fazemos relações, entre nós e o mundo social, quanto o valor (fenomenológico, situacional e argumentativo) que elas possam assumir na atividade de significação e dos efeitos de sentido que recursivamente atualizam a rede.

Consideremos a seguir o seguinte excerto introdutório do documento:

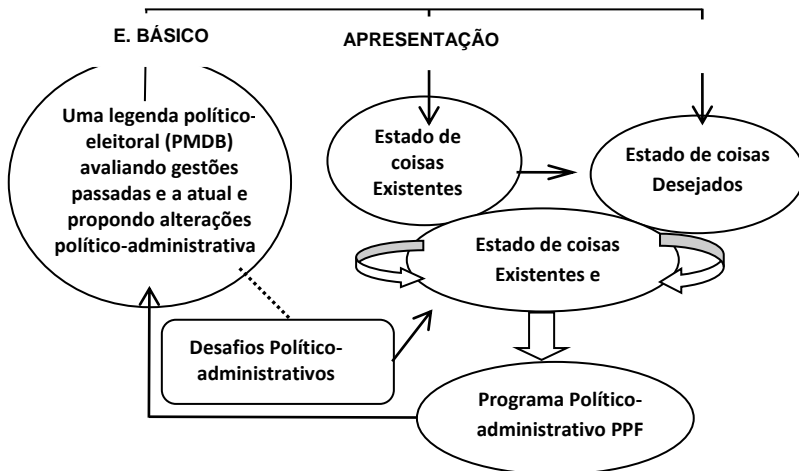
(PPF – PMDB, 2015, p. 2) Este programa destina-se a preservar a economia brasileira e tornar viável o seu desenvolvimento, devolvendo ao Estado a capacidade de executar políticas sociais que combatam efetivamente a pobreza e criem oportunidades

para todos. Em busca deste horizonte nós nos propomos a buscar a união dos brasileiros de boa vontade. O país clama por pacificação, pois o aprofundamento das divisões e a disseminação do ódio e dos ressentimentos estão inviabilizando os consensos políticos sem os quais nossas crises se tornarão cada vez maiores. Todas as iniciativas aqui expostas constituem uma necessidade, e quase um consenso, no país. A inércia e a imobilidade política têm impedido que elas se concretizem. A presente crise fiscal e, principalmente econômica, com retração do PIB, alta inflação, juros muito elevados, desemprego crescente, paralisação dos investimentos produtivos e a completa ausência de horizontes estão obrigando a sociedade a encarar de frente o seu destino. Nesta hora da verdade, em que o que está em jogo é nada menos que o futuro da nação, impõe-se a formação de uma maioria política, mesmo que transitória ou circunstancial, capaz, de num prazo curto, produzir todas estas decisões na sociedade e no Congresso Nacional. Não temos outro caminho a não ser procurar o entendimento e a cooperação. A nação já mostrou que é capaz de enfrentar e vencer grandes desafios. Vamos submetê-la a um novo e decisivo teste.

Sumariamente, a situação comunicativa aqui apresentada pode ser descrita da seguinte forma: uma legenda político-partidária (PMDB) apresenta um programa político-econômico de governo (programa “Uma ponte para o futuro”), que é contrário aos ideais defendidos por sua chapa eleitoral presidencial em 2014 (PT-PMDB), à comunidade política e sociedade brasileira; nesse discurso, a instância locutora apresenta a avaliação geral do quadro político-administrativo e reivindica que o governo (Dilma Rousseff) apoie determinadas pautas político-econômicas. Instaram-se, basicamente, dois macros objetivos que pretendem: (i) apontar fragilidades, deficiências e/ou limitações do governo atual, e (ii) apresentar medidas e traçar metas para sanar essas deficiências, contribuindo para o bom andamento do governo, haja vista que a legenda compõe a base governista de Rousseff.

Em rede temos:

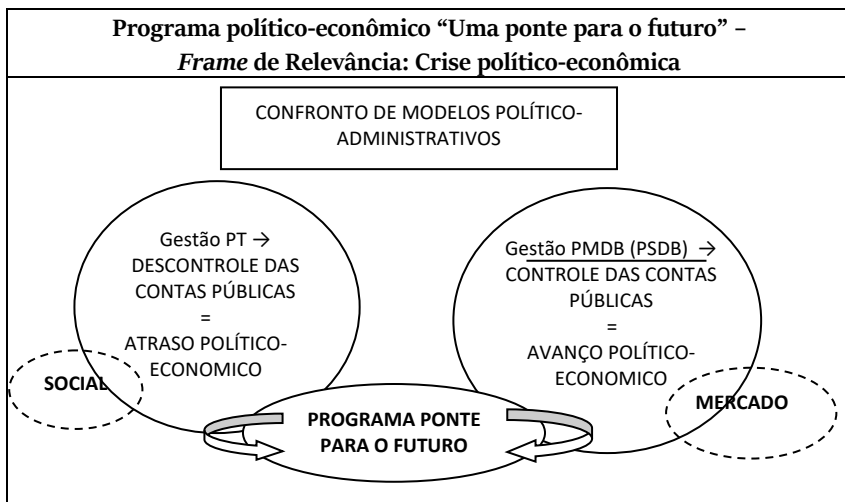
Rede de Espaços Mentais: Programa Político PPF



(Figura 2 - Rede de Espaços Mentais Programa “Uma ponte para o futuro”)

Evidentemente que as ações elencadas aqui não representam o todo do discurso apresentado no documento, contudo, buscaremos evidenciar aquilo que nos pareceu mais significativo para uma das formas de entendimento conceptual da situação discursiva.

Nesse sentido, propomos também o seguinte esquema:



(Figura 3 - Desafio econômico)

A esse propósito de alcançar e/ou realizar determinados interesses discursivo-pragmáticos – ações destinadas a satisfazer as necessidades da gestão pública –, a legenda político-eleitoral instaura o agenciamento de procedimentos semiótico-cognitivos variados, em termos de relevância (ALMEIDA, 2012), como forma de marcação, confrontação e/ou compartilhamento de posicionamentos e interesses político-ideológicos.

Como em:

(PPF – PMDB, 2015, p. 2) [...] Nesta hora da verdade, em que o que está em jogo é nada menos que o futuro da nação, impõe-se a formação de uma maioria política, mesmo que transitória ou circunstancial, capaz, de num prazo curto, produzir todas estas decisões na sociedade e no Congresso Nacional. Não temos outro caminho a não ser procurar o entendimento e a cooperação. [...]

Logo, a enunciação política é uma complexa rede de estruturação de pontos de vista. Um ponto interessante disso é o uso da forma plural “nós”, pela qual se entende que “EU” e “TU” estão “teatralmente” integrados – pois ambos estariam ou deveriam estar engajados no mesmo interesse. No espaço semiótico base, as instâncias envolvidas podem enunciativamente assumir a integração desse papel “nós”, e cooperativamente entender que esse “nós” deveria referir-se a (PMDB – PT), significando adesão, apoio, compromisso etc. – e/ou refutá-lo na medida em que a legenda política (PMDB) não compartilha da visão político-administrativa da instância mandatária atual (PT), e sim com os adversários políticos dela (PSDB). Então, esse “nós” refere-se a (PMDB-PSDB), podendo assumir aspectos interpretativos tais como oportunismo, deslealdade e traição, da legenda política PMDB para com o governo de Dilma Rousseff.

Como dissemos inicialmente neste trabalho, uma das formas de entendermos melhor essa situação é em termos de processamento metafórico. As metáforas enquanto mapeamentos

entre domínios conceituais: do domínio fonte para o domínio alvo, isto é, o conjunto de correspondências conceituais que se estabelecem entre os dois domínios é interessante para compreendermos melhor o funcionamento das redes de integração. Portanto, vamos analisar o processamento metafórico que estrutura o discurso de “Uma ponte para o futuro”, baseando-nos em algumas referências ao ajuste fiscal, crise econômica e papel do governo; por conseguinte, apontaremos que, por meio da matriz conceptual metafórica “POLÍTICA É VIAGEM”, muitas das realizações conceituais metafóricas produzidas nesse discurso são potencialmente ideológicas e construídas com base no esquema imagético ORIGEM-CAMINHO-DESTINO.

3.1 Análises da metáfora conceptual “POLÍTICA É VIAGEM”

A matriz conceptual estruturada a partir do mapeamento “POLÍTICA É VIAGEM” se refere ao conjunto de correspondências conceituais entre os *frames* POLÍTICA e VIAGEM, ancoradas potencialmente no esquema imagético ORIGEM-CAMINHO-DESTINO. O processamento metafórico⁶ envolve como veremos adiante tanto os mapeamentos conceituais quanto as expressões linguísticas.

Derivamos, por exemplo, um roteiro comum de uma multiplicidade de experiências físicas que contemplem o modo como os objetos se movem no espaço e/ou em como nos movemos em relação a eles. Dessa atividade de deslocamento, seja de um objeto, seja do próprio corpo, compartilha-se um núcleo comum, um esquema básico, podendo ser representado abstratamente por três elementos: (a) um ponto de origem/partida, (b) uma trajetória/percurso e (c) um ponto de chegada/destino. Esses elementos compõem o esquema ORIGEM-CAMINHO-DESTINO

6 Salientamos que outro movimento analítico produtivo desse documento seria considerar o processamento metafórico de “POLÍTICA É GUERRA”.

(OCD), podendo servir de matriz conceptual de muitas manifestações linguístico-discursivas, como veremos.

Dessa forma em:

(PPF - PMDB, 2015, p. 2) Este programa DESTINA-SE a preservar a economia brasileira e TORNAR VIÁVEL o seu desenvolvimento, devolvendo ao Estado a capacidade de executar políticas sociais que combatam efetivamente a pobreza e criem oportunidades para todos. EM BUSCA DESTE HORIZONTE nós NOS PROPOMOS A BUSCAR a união dos brasileiros de boa vontade [...]

Para demonstrarmos o quanto os esquemas imagéticos representam simulações mentais de experiências corporais e socioculturais, analisemos o excerto anterior. O esquema imagético programático ORIGEM-CAMINHO-DESTINO é conceptualizado em termos do domínio fonte VIAGEM e domínio alvo POLÍTICA, como revelado genericamente pelas expressões destacadas, considerando seu contexto semântico-sintático e também pragmático, como proposto a seguir:

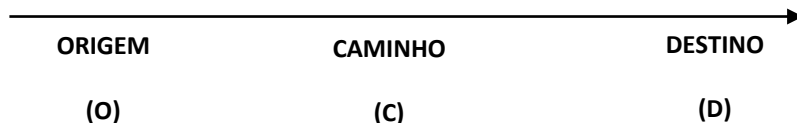
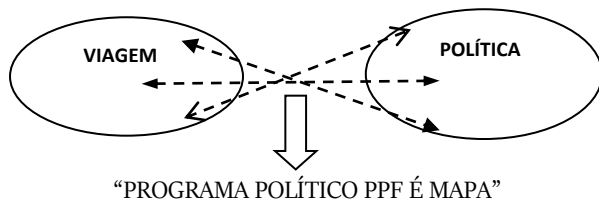
- a. *X destina-se a Z em prol de Y* → L promete X como instrumento benéfico a Y;
- b. *X pretende tornar viável Zⁿ em prol de Y* → L assegura que Zⁿ serão resultados positivos da aprovação de X, logo mais benefícios duradouros a Y;
- c. *L está em busca do horizonte W* → L indiretamente crítica D, já que W só será possível caso X seja aprovado; e
- d. *L se propõe a buscar Y'* → L deseja o apoio de Y' para aprovação de X.

Ao conceptualizar relações de movimento e deslocamento político-administrativo, o esquema básico (OCD) participa significativamente na arquitetura do discurso político-peemedebista na conceptualização das ações e relações político-administrativas por ele almejadas. Nessa situação, o esquema imagético pode ser mapeado em termos de proposições como: (a)

uma boa liderança é ter/saber o destino; (b) as reformas são os caminhos viáveis; (c) o programa aponta perspectivas futuras positivas e (d) a instância política está engajada em chegar a seu destino e para isso necessita de apoio.

(PPF – PMDB, 2015, p. 16-17) [...] O ajuste fiscal não é um objetivo por si mesmo. Seu fim é o crescimento econômico que, no nosso caso, sem ele, é apenas uma proclamação vazia. Mas, por seu turno, nenhum ajuste fiscal sustenta-se na ausência de crescimento ao longo da trajetória. Para o Brasil, o tripé de qualquer ajuste duradouro consiste na redução estrutural das despesas públicas, na diminuição do custo da dívida pública e no crescimento do PIB. As reformas que estamos propondo serão capazes de produzir tanto a redução inteligente das despesas como a diminuição dos custos da dívida. [...] Recriar um ambiente econômico estimulante para o setor privado deve ser a orientação de uma política correta de crescimento. Tudo isto supõe a ação do Estado. Temos que viabilizar a participação mais efetiva e predominante do setor privado na construção e operação de infraestrutura, em modelos de negócio que respeitem a lógica das decisões econômicas privadas, sem intervenções que distorçam os incentivos de mercado, inclusive respeitando o realismo tarifário. [...]

Dessa maneira, uma das formas de se compreender o processo de governabilidade fiscal do país é conceptualizá-lo em termos de uma trajetória a ser empreendida e apoiada pelas instâncias políticas e cidadãos (ainda que o setor privado seja o maior beneficiado pelas propostas apresentadas), como representado a seguir pela realização metafórica:



Assim teríamos como matriz do discurso empreendido em PPF: (i) ORIGEM: o momento atual da administração fiscal do governo (apontando principalmente os aspectos tomados como negativos – crise fiscal, incompetência político-administrativa etc.); (ii) CAMINHO: as ações a serem implementadas para se alcançar determinados objetivos (ajustes fiscais, aprovação de pautas no parlamento e congresso etc.); e (iii) DESTINO: a estabilização das contas públicas (alterações das normas e condutas político-econômicas).

Logo, o sistema conceptual é estruturado em torno de um conjunto de conceitos experienciais, isto é, de relações espaciais básicas como localização, direção e proximidade, e também de conhecimento de práticas amplamente compartilhadas como o de uma viagem.

Observemos novamente mais alguns exemplos:

(PPF – PMDB, 2015, p. 3) O Brasil encontra-se em uma situação de grave risco. Após alguns anos de queda da taxa de crescimento, chegamos à profunda recessão que se iniciou em 2014 e deve continuar em 2016. Dadas as condições em que estamos vivendo, tudo parece se encaminhar para um longo período de estagnação, ou mesmo queda da renda per capita. [...]

(PPF – PMDB, 2015, p. 7) [...] A solução destas questões não é apenas de natureza técnica: depende de decisão política. Na

ausência de uma ação forte e articulada, que conduza a um conjunto de reformas nas leis e na constituição, a crise fiscal não será resolvida e, ao contrário, tende a tornar-se cada vez mais grave.

(PPF – PMDB, 2015, p. 8) A sociedade brasileira ainda está muito distante do padrão de vida das famílias nas economias desenvolvidas. Ao contrário, a maioria absoluta da população ainda sofre de baixo poder de compra e de consumo e mesmo suas necessidades humanas básicas ainda não estão atendidas. Crescer a economia não é uma escolha que podemos fazer, ou não. É um imperativo de justiça, um direito que a população tem diante do Estado. E, para fazê-lo, teremos que dar os passos necessários.

Recorrentemente, a instância política se vê como viajante que deve avançar por um caminho difícil – “as condições em que estamos vivendo, tudo parece se encaminhar para um longo período de estagnação [...]” – disposto a enfrentar as situações conturbadas no percurso – “Na ausência de uma ação forte e articulada, que conduza a um conjunto de reformas nas leis e na constituição, a crise fiscal não será resolvida” – rumo a um destino (que é o êxito das ações político-administrativas por ela apresentadas ao longo do texto). Se o objetivo da instância política é chegar a um destino aparentemente favorável aos eleitores (setor privado), as ações político-administrativas representam as garantias de que esse condutor sabe o caminho – “Crescer a economia não é uma escolha que podemos fazer, ou não. É um imperativo de justiça, um direito que a população tem diante do Estado”. Por outro lado, nas relações políticas, a oposição (que era situação) também pode se valer desse macro esquema, afirmando que o atual líder não sabe o caminho, portanto, a viagem tornar-se-á demasiado perigosa para os eleitores (passageiros) e para o país (o estado do veículo).

Dessa forma, diante de uma dada posição no espaço, os objetos e os cenários com os quais os interlocutores interagem são

vistos em alguns de seus aspectos. Quando o sujeito da visão muda sua posição, o seu ponto de vista, outros aspectos do mesmo objeto entram em (ou saem de) seu espaço de visão (isso implica uma mudança de perspectiva). O PPF representa, na relação com a base governamental da qual fazia parte naquele momento, uma declaração de ruptura brusca de posicionamentos ideológicos e de interesses políticos-administrativos do Governo petista.

O modo como a instância partidária perspectiva sua ação demonstra aspectos diferentes do *frame* VIAGEM na relação com outros participantes, orientado tanto pelas escolhas lexicais quanto orientações pragmáticas, da relação:

- i. *o estado atual do país* – ou como ele é interpretado pela instância locutora – “[...] A inércia e a imobilidade política têm impedido que elas se concretizem [...]” – a instância locutora sugere ao longo do programa PPF ser responsabilidade dos governos petistas a crise fiscal; logo,
- ii. *o estado desejado* – “[...] Não temos outro caminho a não ser procurar o entendimento e a cooperação [...]”. – para a instância locutora é responsabilidade dela (PMDB-PSDB) realizar as ações necessárias para conter essa crise fiscal.

Dessa maneira para o primeiro, espaço de apresentação, delega-se uma crítica ao modo como o governo atual vinha conduzindo a política econômica nacional e, para o segundo, espaço de referenciação, a expectativa em alterar esse estado de coisas, por meio das ações que foram propostas, e futuramente implementadas, pela instância partidária usurpadora – “um conjunto de reformas nas leis e na constituição [...]”.

Para citar algumas dessas propostas:

(PPF – PMDB, 2015, p. 18 – 19) [...] estabelecer um limite para as despesas de custeio inferior ao crescimento do PIB, através de lei, após serem eliminadas as vinculações e as indexações que engessam o orçamento; [...] executar uma política de desenvolvimento centrada na iniciativa privada, por meio de transferências de ativos que se fizerem necessárias, concessões

amplas em todas as áreas de logística e infraestrutura, parcerias para complementar a oferta de serviços públicos e retorno a regime anterior de concessões na área de petróleo, dando-se a Petrobras o direito de preferência; [...] estabelecer uma agenda de transparência e de avaliação de políticas públicas, que permita a identificação dos beneficiários, e a análise dos impactos dos programas. O Brasil gasta muito com políticas públicas com resultados piores do que a maioria dos países relevantes; [...] na área trabalhista, permitir que as convenções coletivas prevaleçam sobre as normas legais, salvo quanto aos direitos básicos [...]

Assim, na organização desse discurso político-administrativo, observa-se que o *frame* VIAGEM é bastante produtivo em termos retórico-argumentativos exatamente por representar a dinamicidade das ações político-administrativas e a variabilidade dos contextos político-econômicos envolvidos ao longo do processo – “[...] E, para fazê-lo, teremos que dar os passos necessários”.

Para ter-se uma visão mais clara disso, em uma viagem de carro, por exemplo, existem variabilidades como: o pneu pode furar, a gasolina acabar, a pista em determinado percurso estar interditada, pode-se encontrar atalhos, pode perder-se, o tempo e a segurança da viagem podem depender de questões climáticas e/ou da habilidade do condutor, pode-se oferecer carona, pode-se revezar com outros a condução do veículo etc. Ou seja, conceitualmente, na relação com a política, o que se entende é: as instâncias políticas ao estruturarem seu discurso a partir do domínio VIAGEM aventam estruturas imagéticas específicas da ação de viajar (OCD) e também ativam em maior ou menor grau aspectos dessa atividade, seja privilegiando a partida, o percurso ou a chegada, seja conceptualizando o itinerário de forma mais tranquila ou turbulenta. No caso do documento, a instância locutora aponta preferencialmente os aspectos negativos do percurso empreendido pela gestão naquele momento atual, e apresenta-se como apta a empreender uma rota alternativa;

mesmo que dificultosa, apresentando-se como necessária e emergencial.

(PPF – PMDB, 2015, p. 9) [...] Os esforços de ajuste, quando estes são requeridos, acabam se concentrando numa parcela mínima do orçamento, o que torna o ajuste mais difícil e menos efetivo. Esta é uma das razões principais porque as despesas públicas tem crescido sistematicamente acima do PIB. Enquanto as receitas também cresciam neste ritmo, a situação parecia controlada. Hoje o aumento sem limite da carga tributária não é mais uma possibilidade!

Por outro lado, para se chegar aos objetivos da legenda política (D) é imprescindível não apenas avaliar o estado do “carro”, “da pista”, “do motorista”, “condições climáticas”, “escolher rotas” etc. (O/C), mas significativamente alterar muito desses aspectos, seja reduzindo a gasolina (cortes em áreas como educação e saúde), forçando em demasiado o carro (reforma previdenciária e leis trabalhistas) e até mesmo, como é de conhecimento de todos, trocando o motorista oficial (*impeachment* de Dilma Rouseff).

(PPF – PMDB, 2015, p. 9-10) Para isso é necessário em primeiro lugar acabar com as vinculações constitucionais estabelecidas, como no caso dos gastos com saúde e com educação, em razão do receio de que o Executivo pudesse contingenciar, ou mesmo cortar esses gastos em caso de necessidade, porque no Brasil o orçamento não é impositivo e o Poder Executivo pode ou não executar a despesa orçada. [...] Outro elemento para o novo orçamento tem que ser o fim de todas as indexações, seja para salários, benefícios previdenciários e tudo o mais.

Por conseguinte, de uma metáfora conceptual como “POLÍTICA É VIAGEM”, outras realizações conceptuais são possíveis, tais como “NAÇÃO SÃO PASSAGEIROS”, “SITUAÇÃO FISCAL BRASILEIRA É PEREGRINAÇÃO”, “PROGRAMA PPF É MAPA”, “PROGRAMA PPF É AVANÇO POLÍTICO-ECONOMICO”

e/ou “PMDB É MOTORISTA MELHOR”. Ou seja, vários aspectos dessa imagem conceptual podem ser privilegiados na emergência dos enunciados. Todavia, socialmente as mesmas estruturas podem ser interpretadas negativamente por outros interlocutores, por exemplo, como “PROGRAMA PPF É RETROCESSO POLÍTICO-ECONOMICO”, “PROGRAMA PPF É CARRO DE LUXO”, logo “SETOR PRIVADO É PASSAGEIRO DE 1ª CLASSE”⁷ etc.

Portanto, os lugares assumidos pelas instâncias políticas podem fazê-las ativar aspectos positivos da “viagem”, ou aspectos negativos, isto em virtude de suas intenções comunicativas e/ou retórico-argumentativas no jogo de poder. Se a metáfora POLÍTICA É VIAGEM se mantém como matriz conceptual na base das ações tanto dos partidos aliados ao governo quanto dos partidos que agora lhe fazem oposição, sua realização nem sempre será a mesma, a depender das orientações político-ideológicas envolvidas. O processamento metafórico, nesse sentido, como modo de pensamento e de ação, como criação de uma imagem mental, invoca uma alternativa para uma realidade, ultrapassando a simples junção de palavras. Nele estão envolvidos processos cognitivos que obrigam os sujeitos a associá-los a realidade, experiências, movimentando o seu pensamento e fornecendo-lhes uma interpretação, que não é neutra, e quase sempre, orientada ideologicamente (CHARTERIS-BLACK, 2013), como observamos no cenário político brasileiro atual.

Considerações finais

Considerando o processamento metafórico como um âmbito significativamente envolvido no processo de produção de sentido, o nosso interesse neste trabalho foi de enfrentar a seguinte questão: como poderíamos reconhecer no discurso político-administrativo e

⁷ Evidentemente algumas imagens apresentadas de forma caricata servem apenas para ilustrar as potencialidades de mapeamentos pelas associações que podemos derivar de POLÍTICA e VIAGEM.

econômico “Uma ponte para o futuro”, do PMDB, o funcionamento do processamento metafórico e descrevê-lo em termos de rede de espaços mentais e metáforas conceptuais? Nesse percurso, julgamos que a cognição humana pressupõe um conjunto de atividades mentais que envolvem a aquisição, a representação, a transformação e o emprego das diferentes formas de conhecimento e de experiências sensório-perceptuais e socioculturais. Essas atividades são passíveis de realização, porque, diferentemente de outras espécies animais, os seres humanos modernos desenvolveram um modo particular de interagir com o mundo físico e social em que vivem. Dessa forma, a cooperação entre a abordagem cognitiva e a discursivo-enunciativa permitiu-nos sinalizar aspectos significativos para compreender as ações empreendidas pela aliança entre PMDB e tucanos. Como observamos o processo metafórico desempenha função tanto explicativa como ideológica na atividade de produção de sentido. Claramente, a busca de adesão e de captação do público, pelo PMDB, foram fortemente orientadas pelo fator econômico em detrimento do social. Ao lançar o programa, a legenda político-partidária assumiu uma ruptura com o governo petista e sua base aliada, e estabeleceu, ainda que implicitamente naquele momento, aliança com os adversários políticos (PSDB e DEM). Posteriormente, assumiu-se o acordo e daí: “a solução mais fácil era botar o Michel”, “botar o Michel, num grande acordo nacional”, “com o Supremo, com tudo”, como declarou Sérgio Machado e Romero Jucá.

Referências

ALMEIDA, Maria Clotilde. [et al.]. **Jogar Futebol com as Palavras. Imagens Metafóricas no Jornal A Bola**. Edições Colibri – Lisboa, 2013.

ALMEIDA, Maria Clotilde. A relevância da relevância em mesclagens. In: **Nada na Linguagem lhe é estranho**. Homenagem a Isabel Hub Faria (coord. Armanda Costa/Inês Duarte), Porto: Ed. Afrontamento, 565-578, 2012.

- BRANDT, Per Aage. A MENTE COMUNICATIVA. In: **Scripta** – v. 18 n. 34 – Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2014. (Tradução de THE COMMUNICATIVE MIND, por Ana Margarida Abrantes, Sandra Cavalcante, André Luiz Souza)
- BRANDT, Per Aage. Form and meaning in art. In: TURNER, Mark (ed.). **The artful mind: cognitive science and the riddle of human creativity**. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- BRANDT, Per Aage. **Spaces, domains and meanings: essays in cognitive semiotics**. Bern: Peter Lang, 2004.
- BRANDT, Per Aage. The Mental Architecture of Meaning. A View From Cognitive Semiotics. **Revista de Tecnologias Cognitivas**. nº 4, jul-dez/2010.
- BRANDT, Per Aage. **Meaning production, modelling mental architecture and blending**. 21 set. 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2150213>
- BRANDT, Line; BRANDT, Per Aage. Make sense of a blend: A cognitive-semiotic approach to metaphor. **Annual Review of Cognitive Linguistics**, n. 3, p. 216-249, 2005.
- CHARTERIS-BLACK, Jonathan. What is the purpose of metaphor in political discourse? An answer from Critical Metaphor Analysis. In: SILVA, A. [et al.] **Comunicação Política e Económica**. Aletheia – Braga, 2013.
- CHARTERIS-BLACK, Jonathan. **Politicians and Rhetoric**. The persuasive power of metaphor. Basingstoke: Palgrave, 2005.
- FAUCONNIER, Gilles; TURNER, Mark. Constitutive and governing principles. In: FAUCONNIER, Gilles; TURNER, Mark. **The way we think: conceptual blending and the mind's hidden complexities**. New York: Basic Books, 2002.
- FUNDAÇÃO ULISSES GUIMARÃES. **Uma ponte para o futuro**. (PMDB) Brasília, 2015.
- GIBBS, Jr., R.. Embodied action in thought and language. In: IBÁÑEZ, F. J.; CERVEL, M. S. (Eds). **Cognitive Linguistics – Internal Dynamics and Interdisciplinary Interaction**. Berlin/New York: Mouton de Gruyter, 2005, p. 225-247

IBARRETXE-ANTUÑANO, I. et al. **Lingüística Cognitiva**, Barcelona: Anthropos. 2012.

JOHNSON, Mark. **The body in the mind: the bodily basis of meaning, imagination, and reason**. Chicago: U. Chicago Press, 1987.

KÖVECSES, Zoltan. **Metaphor: a practical introduction**. Oxford, Oxford University Press. 2002

KÖVECSES, Zoltan. **Metaphor in Culture: Universality and Variation**. Cambridge: Cambridge University Press. – 2004

KÖVECSES, Zoltan. **Language, Mind and Culture: A Practical Introduction**. Oxford: Oxford University Press. 2006

LAKOFF, George; JOHNSON, Mark. **Metáforas da vida cotidiana**. Coordenação de trad. Mara Sophia Zanotto. Campinas, SP: Mercado de Letras; São Paulo: EDUC, 1980/2002.

MENDES, Paulo H. A.; NASCIMENTO, Milton do. Análise do processamento metafórico no discurso: metáforas da crise econômica e da corrupção política. In: **Scripta** – v. 14, n. 26 – Belo Horizonte: Ed. PUC Minas, 2010. p. 89-106

OAKLEY, Todd. Attention in Language and Discourse. In: **From Attention to Meaning: Explorations in Semiotics, Linguistics, and Rhetoric**. Series: European Semiotics / Sémiotiques Européennes – Volume 8 Bern, Berlin, Bruxelles, Frankfurt am Main, New York, Oxford, Wien, 2009.

PAULISTA, Romison Eduardo. Perspectividade e ação: análise do processamento cognitivo-argumentativo no pronunciamento político de posse. [TESE] PUC Minas, 2017.

SINHA, C.. Language as a biocultural niche and social institution. In: EVANS, V; POURCEL, S. (orgs.). **New Directions in Cognitive Linguistics**. The Netherlands: John Benjamins Publishing co., 2009, p. 289-309

TURNER, Mark. **The artful mind: cognitive science and the riddle of human creativity**. Edited by Mark Turner. New York: Oxford University Press, 2006.

UNGERER, F., SCHMID, H. -J. **An Introduction to Cognitive Linguistics**, London and New York: Longman. 2006

VAN DIJK, T.A. Análise crítica do discurso. **Discurso e poder**. São Paulo: Contexto, 2008. p. 113-132.

ZLATEV, Jordan. The co-evolution of intersubjectivity and bodily mimesis. In.: ZLATEV, Jordan, RACINE, TIMOTHY, P., SINHA, Chris and ITKONEN, Esa (eds.). **The Shared Mind: Perspectives on intersubjectivity**. 2008

ZLATEV, Jordan. Cognitive Semiotics: An emerging field for the transdisciplinary study of meaning. **The Public Journal of Semiotics IV** (1), Volume IV, October 2012, n°:1. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=oCDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fjournals.lub.lu.se%2Ffojs%2Findex.php%2Fpjios%2Farticle%2Fdownload%2F8837%2F7936&ei=SCrsUu_xOYG3kQf3goCYAg&usg=AFQjCNEA53VZKW sXiYXUKJMSxZYBprrrILQ&sig2=W-Io5oT133TDjHelnJCi5w&bvm=bv.60444564,d.eWo>. Acesso em: 03 SET. 2014.

Direitos, peculiaridades e a demissão sem justa causa do empregado público

Marcele F Maia¹

Nelson Luiz dos Santos Garcia²

Hellom Lopes Araújo³

Introdução

A Administração Pública Direta e Indireta tem como finalidade primordial a prestação do serviço público, quer na esfera federal, estadual ou municipal. Para que esse serviço seja efetivo e que se faça valer a vontade do Estado, a Administração dispõe dos agentes públicos, que exercem função pública, remunerada ou não, com vínculo transitório, duradouro, institucional ou celetista. Esse último será objeto do presente artigo.

A expressão empregado público, em sentido amplo, refere-se ao agente público numa relação de regime contratual trabalhista, regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Sabe-se que há uma predominância do regime jurídico de direito privado, porém não se pode dizer que o regime é exclusivamente privado, uma vez que há uma mitigação desse regime, principalmente no

¹ Advogada, Pós Graduada em Direito do Trabalho pela Faculdade Promove

² Advogado, Mestre, Pós-Graduado em Direito do Trabalho, Professor convidado da Pós Graduação de Direito do Trabalho do Centro Universitário UNA, Professor das Faculdades Kennedy de Minas Gerais

³ Advogado, Mestre, Professor e Coordenador do Curso de Direito das Faculdade Kennedy de Minas Gerais, da Escola Superior de Advocacia, de Pós-Graduação da Universidade FUMEC e professor convidado da Pós Graduação em Direito do Trabalho no Instituto de Altos Estudos em Direito IAED/CEDIN EDUCACIONAL.

que se refere à dispensa, bem como à investidura que é subordinada à aprovação em concurso público.

Salienta-se que, não se pode confundir o empregado público com servidor público, principalmente, por ser este último regido por estatuto e por regime jurídico de direito público. Por essa razão, a dispensa do servidor público dar-se-á, nos casos de exoneração, que pode ser a pedido ou por algum motivo previsto em lei, ou ainda por conveniência da administração. Nota-se, ainda, que a relação funcional, do servidor público, com o Estado é diferente da relação deste com empregado público.

Observadas as diferenças entre empregado público e servidor, no que se refere à dispensa, vale a pena trazer a discussão jurisprudencial sobre o tema. Destacam-se os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST) sobre o assunto, os quais têm entendimentos diferentes no que se refere à necessidade ou não de motivação da dispensa do empregado público.

Finalmente, a abordagem do presente estudo propõe uma reflexão mais aprofundada sobre o empregado público, espécie de agente público, trazendo sua conceituação, diferenças entre empregado e servidor público, posicionamento doutrinário sobre a dispensa motivada ou não, bem como sobre a necessidade de um procedimento formal para a dispensa.

1 – O empregado público (conceito e características)

O empregado público possui vínculo contratual, sob a regência da legislação trabalhista. Ressalta-se que o vínculo de emprego entre o empregado público e a Administração Pública é regido pela CLT, como disciplina o artigo 173, § 1º, inciso II⁴ da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

4 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Segundo Vólia Bomfim Cassar (2014), no conceito empregado público estão compreendidos tanto aqueles que laboram para a administração pública (direta, autárquica e fundacional), como também aqueles que atuam em empresas públicas e sociedade de economia mista.

A autora explica que “normalmente, os empregados públicos ocupam a Administração indireta (sociedade de economia mista e empresa pública)”. (CASSAR, 2014, p. 1149).

Em um conceito mais amplo, observada a visão administrativista, pode-se dizer que o empregado público exerce o seu labor na Sociedade de Economia Mista ou na Empresa Pública, entes da Administração Pública indireta, mas também verifica-se que os empregados públicos independentemente de qual seja o empregador, quer Administração Direta ou Indireta, subordinam-se ao Princípio da Unicidade Normativa⁵ ou seja, são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Nesse sentido, assevera Celso Antônio Bandeira de Mello que:

Nas pessoas de Direito Público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal e em suas Administrações indiretas, as respectivas autarquias e fundações de Direito Públicos) tanto há servidores titulares de cargos quanto servidores ocupantes de emprego. Nas pessoas de Direito privado da Administração indireta, isto é, nas empresas públicas e sociedades de economia mista e fundações governamentais de Direito Privado, só há empregos. (MELLO, 2014, p. 261).

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Brasil, 1988).

5 Princípio da unicidade normativa, porque o conjunto integral das normas reguladoras se encontra em um único diploma legal – a CLT. Significa que, tantas quantas sejam as pessoas federativas que adotem esse regime, todas elas deverão guiar-se pelas regras desse único diploma. Neste caso, o Estado figura como simples empregador, na mesma posição, por conseguinte, dos empregados de modo geral. (CARVALHO FILHO, 2000, p. 438).

O empregado público é detentor do emprego público que no Brasil, é exercido por meio de uma função pública, mediante contrato de trabalho, regido pela CLT. Nesse sentido, é importante citar a interpretação dada ao tema, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello:

Empregos públicos são núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista, como, aliás, prevê a Lei 9.962, de 22.2.2000. Embora se trate de lei volvida à Administração federal, este conceito, parece-nos, é aplicável a todas as esferas de governo. (MELLO, 2014, p. 260).

No mesmo sentido, assevera Irene Patrícia Nohara:

Empregado público é a designação dada para atribuições pautadas em vínculo contratual, sendo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Adoção do regime privado no âmbito trabalhista, isto é, do regime celetista, é obrigatória para as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica, conforme se extrai no disposto no art.173 §1 II da Constituição Federal. (NOHARA, 2013, p.641).

Nohara (2013), em sua obra, afirma que o empregado público se sujeita a regime jurídico híbrido, obedecendo a normas de direito privado, originárias do regime celetista, como também se submetendo as restrições próprias que recaem sobre entes estatais, como por exemplo: a exigência de concurso público para admissão (art. 37, II da CF/88⁶), a vedação constitucional de

6 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (Brasil, 1988).

cumulação remunerada de empregos (art. 37, XVI, da CF/88⁷) e a equiparação aos servidores estatutários para fins criminais (art.327 do Código Penal⁸) e de improbidade administrativa (art. 37, § 4º da CF/88⁹ e art. 1º da lei nº8429/92¹⁰).

Observadas as características acima elencadas, passa-se então, ao objetivo principal do presente artigo, que é a dispensa do empregado público, no tocante a motivação¹¹ de tal ato. Ademais, serão explicitadas as diferenças entre empregado público e empregado *latu sensu*, no que se refere às peculiaridades entre eles.

7 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas. (Brasil, 1988).

8 Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. (Brasil, 1941).

9 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. (Brasil, 1988).

10 Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. (Brasil, 1992).

11 “Motivação é ato de motivar, isto é de justificar um ato ou medida tomada. Significa, em Direito Administrativo, explicar os fatos e os fundamentos jurídicos que levaram a Administração Pública a editar um ato ou tomar uma medida.” (NOHARA, 2013, p. 102).

2 - Breve comparativo entre o empregado público e o empregado celetista comum

O empregado público, no que se refere a sua dispensa, tem peculiaridades em comparação com o empregado *latu sensu*, entre as quais se destaca a necessidade ou não de motivar a sua dispensa.

O empregado que labora em uma empresa privada, não está amparado pela necessidade de motivação, quanto a sua dispensa. O empregador está autorizado a exercer o seu direito potestativo de rescisão do contrato de trabalho de forma plena, isto é, o ato de dispensa não apenas é permitido, como é faculdade e direito do empregador. Restando para o empregado o direito as verbas rescisórias, na forma da lei trabalhista. Há entre as partes, a liberdade de pactuar.

Quanto à garantia de emprego, tanto aquele que labora na iniciativa privada, quanto o empregado público, estão resguardados pela legislação trabalhista, quando preenchem os requisitos para fazer jus a alguma forma de estabilidade, dentre as elencadas abaixo, conforme Vólia Bomfim Cassar, explicitadas em sua obra:

São definitivas as estabilidades:

- Decenal – art.492 da CLT;
- Art. 41 da CRFB;
- Art.19 do ADCT;
- Empregados públicos – Lei nº9.962/2000
- Contrato – se as partes assim ajustarem.

São provisórias:

- Sindical – art.543 da CLT e art. 8º, VIII da CRFB;
- Gestante – art. 10, II, b do ADCT;
- CIPA – art.165 da CLT e art.10, II, a, do ADCT;
- Cooperativas – art.55 da Lei nº5.764/71 (titulares eleitos)

- Acidente de trabalho – art. 118 da Lei nº8213/91;
- Conselho Curador do FGTS – art.3º,§9º, da Lei nº8.036/90 (titulares e suplentes eleitos);
- Conselho Nacional da Previdência Social -art.3º, § 7º, da Lei nº 8213/91 (titulares e suplentes eleitos);
- Comissão de Conciliação Prévia – art. 625-B, § 1º da CLT (Lei nº9.958/2000)– titulares e suplentes;
- Não discriminação – Lei nº9.029/95 (reintegração e indenização substitutiva) e Súmula nº443 do TST;
- Aprendiz – durante o curso da aprendizagem – art.432,§2º da CLT;
- Contrato – se as partes assim ajustarem. (CASSAR, 2014, p. 1114).

Além das garantias acima expostas, a que se ressaltar a necessidade de motivação quanto à dispensa do empregado público. Ao adentrar a esfera pública, ele necessariamente submete-se a concurso público, cumprindo o requisito constitucional deste ato administrativo. Para que sua dispensa se coadune com tais Princípios Constitucionais, de forma simétrica, ela deve ser motivada.

Busca-se, desta maneira resguardar o empregado da quebra do Princípio da Impessoalidade¹², por parte do agente estatal, que tem o poder de demiti-lo.

Além de motivar a dispensa, ela deve ser precedida de um procedimento formal, em que se garanta ao empregado o direito ao contraditório, quando lhe seja imputada conduta desabonadora, deve-se conferir a necessária publicidade à demissão, ficando o ato devidamente documentado e arquivado na empresa.

Caso não sejam observadas tais condições, tal ato é nulo e enseja para o empregado o direito a recorrer às vias judiciais, conforme assevera Celso Antônio Bandeira de Mello:

12 “A atividade administrativa é pautada na lei, o agente público deve praticar atos para a satisfação destes interesses, sendo vedado o uso da máquina pública, para o alcance de interesses próprios e de terceiros. Tal princípio está expresso no caput do artigo 37 da Constituição Federal”.(NOHARA, 2013, p. 70).

O empregado, se necessário, recorrerá às vias judiciais trabalhistas, devendo-lhe ser reconhecido o direito à reintegração, e não meramente à compensação indenizatória por despedida injusta. Nos casos em que a empresa deva adotar uma política de contenção de despesas na área de pessoal ou que, por qualquer razão convenha promover uma redução de quadro, deverão ser previamente anunciados os critérios objetivos em função dos quais serão feitos os cortes, para que se possa aferir se o desligamento de tais ou quais empregados obedeceu a critérios impessoais, como tem de ser. (MELLO, 2008, p.220-221).

A garantia acima explicitada não se confunde com a estabilidade do servidor público, uma das diferenças que será abordada no próximo tópico.

3 – O empregado público x servidor público

O servidor público, também chamado estatutário¹³, tem um regime jurídico próprio, previsto no estatuto do órgão em que atua na Administração Pública.

Há outra característica do servidor público que não é comum ao empregado público. A estabilidade, disciplinada no artigo 41 da Constituição Federal de 1988¹⁴.

13: “Os servidores titulares de cargos públicos submetem-se a um regime especificamente concebido para reger esta categoria de agentes. Tal regime é estatutário ou institucional; logo, de índole não contratual.” (MELLO, 2014, p. 260).

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

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalídada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

Após três anos de exercício do cargo público, o servidor público passa a gozar dela. Para sua aquisição é obrigatória avaliação especial de desempenho, por comissão instituída para tal fim. (art.41 §4º da Constituição Federal de 1988).

Já o empregado público, goza dos direitos e garantias previstos na CLT, sendo amparado pelas estabilidades presentes neste diploma legal, nos casos em que preenche as condições para gozar de tal benefício.

A Consolidação das Leis do Trabalho não prevê à realização de concurso público para a contratação de pessoal destinado a integrar o quadro de empregados das Empresas Públicas e Sociedade de Economia Mista, neste caso há a mitigação do ordenamento jurídico trabalhista, que neste ponto, é substituído por normas de direito público. Se o ato da contratação é baseado em norma de direito público, não pode ser outro o entendimento quanto à sua dispensa. Sendo mitigada também neste momento as normas trabalhistas.

Mas este não era o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, conforme veremos.

4 - Entendimento do tribunal superior do trabalho sobre a dispensa do empregado público

O artigo 173 §1º, inciso II da Constituição Federal¹⁵ diz que a Sociedade de Economia Mista e a Empresa Pública estão

§ 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.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade. (BRASIL, 1988).

15 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...)II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. (BRASIL, 1988).

submetidas as regime jurídico próprio das empresas privadas, com suas regras trabalhistas pautadas na CLT. Com base neste entendimento, o empregado público era despedido, sem motivação, como qualquer outro trabalhador celetista. A discussão sobre a necessidade de motivação desta dispensa chegou ao TST, que consolidou um posicionamento. O TST editou Orientação Jurisprudencial (OJ), através da Sessão de Dissídios Individuais-1 (SDI-1) de número 247, que no seu item 1 diz:

247. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA CONCURSADO. DESPEDIDA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE (alterada - Res. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007

I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade. (Brasil, 2007, DJ 13.11.2007).

Esta Orientação Jurisprudencial espelha a posição do Superior Tribunal do Trabalho, de que não há necessidade de motivar a demissão do empregado público. Assim, vemos um julgado na direção de tal entendimento, já superado:

EMENTA: RECURSO DE REVISTA - PROCESSO ELETRÔNICO - RESCISÃO CONTRATUAL. DISPENSA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA. VALIDADE. Nos termos da Orientação Jurisprudencial 247, I, da SBDI-1 do TST, é desnecessária a motivação do ato de dispensa de empregado de empresa pública e de sociedade de economia mista, ainda que admitido por concurso público. Dessa forma, merece reforma a decisão regional que declarou nula a dispensa do Reclamante e determinou sua reintegração. Recurso de Revista conhecido e provido.

DANO MORAL. Conforme consignado no item anterior, é válida a dispensa imotivada do Reclamante, nos termos da OJ 247 da SBDI-1 do TST, não se configurando ato ilícito. Portanto, indevida a condenação ao pagamento de indenização por danos morais. Recurso de Revista conhecido e provido Processo. (Tribunal Superior do Trabalho, Processo: Nº AIRR-0001568-

83.2010.5.15.0058. Relator: Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, Data do Julgamento: 06/11/2014, 8ª Turma.).

Há entendimento na doutrina trabalhista, neste sentido. Cassar (2014)¹⁶.

Esta visão prevaleceu até a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso extraordinário de número: 589998, no qual se afirma que a motivação no ato da dispensa é imprescindível.

5 – Visão do Supremo Tribunal Federal sobre a dispensa do empregado público

O posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho, quanto à desnecessidade de motivação da dispensa do empregado público manteve-se, até que tal discussão alcançasse o Supremo Tribunal Federal, uma nova visão sobre o tema assentou-se, desde então. Conforme a decisão abaixo colacionada, que alicerçou o presente trabalho:

EMENTA: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO. I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes. II - **Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa. III - A motivação do ato de dispensa,**

¹⁶ “O empregado público de sociedade de economia mista e de empresas pública não tem, só pelo fato de ter sido admitido por concurso público, direito à estabilidade no emprego ou de ter sua despedida vinculada à motivação.” (CASSAR, 2014, p. 1156).

assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir.IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho. (Supremo Tribunal Federal, Processo: Recurso Extraordinário 589.998 Piauí nº 0098600-08.1996.5.04.0019 RO. Data do Julgamento: 20/03/2013, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, 20 de Março de 2013).

E em 10/10/2018, decidiu-se no mesmo processo :

Embargos recebidos em parte TRIBUNAL PLENO Decisão: O Tribunal, por maioria, acolheu parcialmente os embargos de declaração para fixar a seguinte tese: "A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT tem o dever jurídico de motivar, em ato formal, a demissão de seus empregados", nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Edson Fachin, que rejeitavam integralmente o recurso. Juntará voto o Ministro Marco Aurélio. A presente tese substitui aquela fixada na 12ª sessão administrativa realizada em 9.12.2015. Impedida a Ministra Rosa Weber. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Cármen Lúcia. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 10.10.2018.

A decisão supra, norteia-se pelos Princípios Constitucionais do Artigo 37 da Constituição Federal, que alicerçam todos os atos, procedimentos, contratos e toda situação jurídica na qual a Administração Pública figurar¹⁷. Como integrantes da Administração Pública indireta, a Empresa Pública e a Sociedade de Economia Mista, mesmo exercendo atividade econômica, sujeitam-se a tais Princípios.

17 Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; (...) § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. (Brasil, 1999).

Os Princípios que regem a Administração pública, não estão exauridos neste artigo da carta magna, mas os de maior relevância, quanto ao tema proposto, sim. O próprio julgador cita dois Princípios, o da Impessoalidade¹⁸ e Isonomia¹⁹.

A Doutrina administrativista posiciona-se quanto ao tema, no entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que coaduna com julgador supracitado, a motivação é necessária, assim vejamos:

Assim como na contratação de pessoal nas empresas públicas e sociedades de economia mista sofre o condicionamento aludido, também não é livre o desligamento de seus empregados. Cumpre que haja razões prestantes e demonstráveis para efetuar-lo, já que seus administradores não gerem negócio particular, onde prepondera o princípio da vontade, mas conduzem assunto de interesse de toda coletividade, cuja gestão sempre reclama adscrição à finalidade legal preestabelecida, exigindo, pois, transparência, respeito à isonomia e fundamentação satisfatória para os atos praticados. Daí que a despedida de empregado demanda apuração regular de suas insuficiências ou faltas, com direito à defesa e, no caso de providências amplas de enxugamento de pessoal, prévia divulgação dos critérios que presidirão as dispensas, a fim de que possa conferir a impessoalidade das medidas concretamente tomadas. (MELLO, 2008, p. 289)

Na mesma linha de raciocínio, há posicionamento na seara trabalhista, Godinho (2013) entende que deve haver motivação, pois como é uma decisão da Administração Pública, deve obedecer aos preceitos inerentes ao sistema constitucional.

Tal motivação, exigida pelo Supremo Tribunal Federal é típica de um ato administrativo, visando afastar qualquer indício da pessoalidade e/ou eventual perseguição do empregador, e não

18 “A atividade administrativa é pautada na lei, o agente público deve praticar atos para a satisfação destes interesses, sendo vedado o uso da máquina pública, para o alcance de interesses próprios e de terceiros. Tal princípio está expresso no caput do artigo 37 da Constituição Federal.” (NOHARA, 2013, p.70).

19 “Todos os iguais em face da lei também o são perante a Administração Pública. Todos, portanto, têm o direito de receber da Administração Pública o mesmo tratamento, se iguais.” (GASPARINI, 2012, p.74).

da motivação necessária para configurar a justa causa prevista no Art. 482 da CLT²⁰.

Mais recentemente, reiterou-se tal entendimento

Conclusão

Ante todo o exposto, pode-se concluir que o empregado público deve ser analisado levando-se em consideração as peculiaridades inerentes ao seu contrato de trabalho. No que tange à dispensa desse empregado, deve ser observado que, não obstante a discussão doutrinária sobre o tema, a opinião dos doutrinadores discutida neste artigo, trata-se de uma conquista para esses empregados o direito de ter sua dispensa motivada.

A motivação é um direito alcançado pelas vias judiciais que, em último caso, resguarda o Estado Democrático do Direito, uma vez que motivar as decisões administrativas é dever primário do

20 Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.(BRASIL, 1943).

administrador público, ou seja, é mister que seja demonstrado que o ato visou o interesse público de forma legal e imparcial.

Em que pese à orientação do TST de que empregados de empresas públicas ou sociedades de economia mista, ainda que aprovados mediante concurso público, podem ser despedidos sem justa causa, independente de ato motivado para sua validade, o Egrégio STF, em julgamento do seu Plenário, entendeu que é inconstitucional a demissão imotivada.

Diante do novo entendimento, fica evidenciado que a decisão da Egrégia Corte Suprema, por ter aplicabilidade imediata, faz com que seja garantida aos empregados públicos uma maior segurança na execução de suas tarefas, pois estarão imunes às dispensas imotivadas dos seus empregadores, que neste caso é o próprio poder público. Portanto, não basta uma justificativa qualquer, apenas *pro forma* na dispensa do empregado público, mas é necessário que a motivação permita ao empregado a compreensão da dispensa e, caso necessário, lhe permita fazer contestação desse ato.

O julgado do STF (Recurso Extraordinário 589.998 Piauí) muda completamente o entendimento dado até então a este tema. Os contratos entre a Administração Pública e o empregado público passam a ter uma nova garantia, a motivação.

Como guardião da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal, em suas decisões norteia-se pela primazia do interesse público sobre o particular. Com esta decisão ratifica-se a importância da proteção ao trabalhador, nesta relação trabalhista, onde o empregador é o Estado. Por outro lado, o TST que é por excelência o protetor da relação de trabalho, guardião do trabalhador que é parte hipossuficiente desta relação, não havia alcançado tal entendimento.

O TST ainda não cancelou o item I, da OJ 247, da (SDI-1), mas como o Supremo Tribunal Federal já deu novo entendimento ao tema, os julgados posteriores são neste sentido²¹.

21 RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMADA. ESTABILIDADE EMPREGADO CORSAN. REINTEGRAÇÃO. DISPENSA IMOTIVADA. Hipótese na qual o empregado foi dispensado sem a

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16/04/2015.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 3.914, de 9 Dezembro de 1941**. Diário Oficial da União, Brasília, 03/01/1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 16/04/2015.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de mais de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm > Acesso em: 11/06/2015.

BRASIL. **Lei nº. 8.429, de 2 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. Diário Oficial da União, Brasília, 03/06/1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm> Acesso em: 16/04/2015

BRASIL. **Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da União, Brasília, 11/03/1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 07/05/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Processo nº: Recurso Extraordinário 589.998 Piauí nº0098600-08.1996.5.04.0019 RO**. Data do Julgamento: 20/03/2013, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Plenário. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4499353>> Acesso em: 08/04/2015.

devida motivação, eivando o ato de nulidade. Impossível a reintegração, ante o falecimento do trabalhador, é devida a indenização do período compreendido entre a dispensa irregular e a morte do empregado. Recurso desprovido. (TRT da 4ª Região, Processo nº0098600-08.1996.5.04.0019 RO. Relator: Brígida Joaquina Charão Barcelos Toschi. Data do julgamento: 05/06/2014, 4ª Turma.).

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, **Processo: nº 0098600-08.1996.5.04.0019 RO**. Data de Julgamento: 05/06/2014, 4ª Turma, Relatora: Brígida Joaquina Charão Barcelos Toschi. Disponível em: <<http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/129108685/recurso-ordinario-ro-986000819965040019-rs-0098600-0819965040019>> Acesso em 30/05/ 2015.

Brasil, Tribunal Superior do Trabalho. **Orientação Jurisprudencial 247**. servidor público. celetista concursado. despedida imotivada. empresa pública ou sociedade de economia mista. possibilidade (alterada - res. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007. Disponível em < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_241.htm#TEMA247> Acesso em: 15/08/2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, **Processo nº: RR-0001563-71.2010.5.03.0001**. Data do Julgamento: 06/11/2014, Relator Min. Márcio Eurico Vitral Amaro, 8º Turma. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/12551507/pg-1398-tribunal-superior-do-trabalho-tst-de-07-05-2009>> acesso em 07/04/2015> Acesso em: 07/04/2015.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito do trabalho**. 7 ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 6 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9 ed., rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JURIS WAY. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1280> . Acesso em 28/03/2015.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed., rev., e atual. até a Emenda Constitucional 56, de 20.12.2007. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31 ed., rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 3 ed., rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Vínculo dos servidores com o Estado (estatutários e celetistas), a Emenda Constitucional nº 19/98 e o regime jurídico único**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/3342/vinculo-dos-servidores-com-o-estado-estatutarios-e-celetistas-a-emenda-constitucional-n-19-98-e-o-regime-juridico-unico#ixzz3Zxs5a7Co>>. Acesso em: 01/06/ 2015.