

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais

3ª edição - online
Cascavel, 2019

EDITOR CHEFE
Dr. Alexandre Barbosa da Silva – UFPR – UNIVEL/PR

EDITORA RESPONSÁVEL
Dra. Elizabet Leal da Silva – PUC/RS – UNIVEL/PR

REVISORA
Giselle Soares Leite

CONSELHO EDITORIAL
Dr. Alessandro Severino Váller Zenni – CESUMAR/PR
Dr. Alfredo Copetti Neto – UNISINOS/RS – UNIOESTE/PR
Dra. Caroline de C. F. Buosi Velasco – UNIVEL/PR
Dra. Denise Pires Fincato – PUC/RS
Dr. Fábio Mendonça Santiago – CEUMA/MA
Dr. Flávio Tartuce – FADISP/ALFA/SP
Dr. Gilberto Stürmer – PUC/RS
Dr. Leonardo Rabelo de Matos Silva – UVA/RJ
Dr. Rodrigo Wasem Galia – UFSM/RS
Dr. Sebastião Patrício Mendes da Costa – UFPI/PI
Dr. Paulo Roberto Pegoraro Junior – UNIVEL/PR – PUC/RS

A Revista de Estudos Jurídicos e Sociais, não se responsabiliza pela originalidade dos artigos apresentados, bem como pela eventual falta de indicação do nome do autor e da origem da obra citada.

Revista de Estudos
Jurídicos e Sociais

Organização: Dr. Alexandre Barbosa da Silva e
Dra. Elizabet Leal da Silva
3ª edição
Cascavel, 2019

CONSELHO CONSULTIVO
Dra. Amanda Costa Thomé Travincas – UNDB/MA
Dra. Aldacy Rachid Coutinho – UFPR
Dra. Alessandra Mizuta de Brito – ULBRA/CANOA – RS
Dr. Erouths Cortiano Junior – UFPR
Dra. Judith Aparecida de Souza Bedê – FAFIMA/PR
Dra. Larissa Lacks – PUC/RS
Dr. Marcos Augusto de A. Ehrhardt Jr – UFA/AL
Dr. Pery Saraiva Neto – PUC/RS
Dr. Sebastião Patrício Mendes da Costa – UFPI/PI
Dra. Sheila Stolz da Silveira – FURG/RS
Msc. Lessandra Gauer – PUC/RS
Msc. Luciana Gabriel Chemim
Msc. Wanderléia Pereira Gomes Gaidarji – UNIVEL/PR

Revista de Estudos Jurídicos e Sociais. 3. ed., n.3, Dez. 2019 – Cascavel: REJUS, 2019.

Organização: Dr. Alexandre Barbosa da Silva e Dra. Elizabet Leal da Silva
Revista do curso de Direito do Centro Universitário Univel. Av. Tito Muffato 2317, Santa Cruz, Cascavel – PR, CEP 85806-080.

ISSN 2594-7702
1. DIREITO

Bibliotecária – Tatiana Demichei Imperatori – CRB 9/1566

APRESENTAÇÃO

Caro leitor,

A terceira edição da Revista Jurídica na versão *online*, tecnicamente apresenta uma abordagem técnico-jurídica e uma gama de elementos teóricos que ao longo de sua leitura oportunizará a realização de uma análise crítica sobre os diversos temas aqui contidos.

Esta edição tem como finalidade oferecer ao leitor e pesquisador do direito uma seleção de trabalhos qualificados, que se somarão ao conjunto informativo do permanente e incansável estudioso do mundo jurídico.

Estão contemplados artigos doutrinários muito bem fundamentados, que trazem para a presente leitura aspectos que objetivam suscitar de alguma forma, uma reflexão sobre o cotidiano do mundo jurídico.

O papel do Direito é fundamental na formação e construção de uma sociedade de diferentes, porém, com direitos iguais que devem ser respeitados, observando realidades que estão a nossa volta.

Agradecemos a colaboração dos autores e de todo Conselho Editorial e Consultivo.

A você uma boa leitura.

Leandro Batista Faccin
Coordenador do Curso de Direito

Alexandre Barbosa da Silva
Editor Chefe

Elizabet Leal da Silva
Editora Responsável

SUMÁRIO

AS NOVAS CONFIGURAÇÕES DO LABOR: A FLEXISSEGURANÇA SOB O VIÉS DO TELETRABALHO*

LAS NUEVAS CONFIGURACIONES DEL LABOR: LA FLEXISEGURIDAD SOB EL VIÉS DEL TELETRABAJO.....8
Fernando Augusto Melo Colussi; Léo Simões dos Santos Pilau

AS UNIÕES POLIAFETIVAS FRENTE A DECISÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: AUTONOMIA PRIVADA E INTERVENCIONISMO ESTATAL

THE POLYAMORY UNIONS UNDER THE DECISION OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE: PRIVATE AUTONOMY AND STATE INTERVENTION 21
Kauana Dal Zotto dos Santos; Adriana Martins Silva

DIREITO CONSTITUCIONAL: OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A FLEXIBILIZAÇÃO NA POLÍTICA DE COMERCIALIZAÇÃO E CONTROLE DE ARMAS DE FOGO NO BRASIL

CONSTITUTIONAL LAW: FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES AND FLEXIBILIZATION IN THE FIRE MARKETING AND CONTROL POLICY IN BRAZIL 36
Bernardo Silva de Seixas; Erick de Oliveira Brissow; Joice Maciel Guerra Brissow

JURIMETRIA COMO GESTÃO DOS PROCESSOS DO PODER JUDICIÁRIO

JURIMETRY AS MANAGEMENT OF PROCESSES OF THE JUDICIARY 55
Matheus Victor Lorenço Bispo; João Teixeira Gonçalves

O RISCO DA ATIVIDADE COMO FUNDAMENTO DO DEVER DE COMPENSAR O TEMPO PERDIDO PELO CONSUMIDOR E O ENTENDIMENTO ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 67
Frederico Falarz Howes; Laís Bergstein; Marcelo Tayah de Melo; Micheline Criz da Silva; Renata Kretzmann

O DIREITO SOCIAL DE GREVE APÓS O JULGAMENTO DA ADPF 324 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE RIGHT TO STRIKE AFTER THE JUDGMENT IN ADPF 324 BY SUPREME COURT 94
Guilherme Alves dos Santos

COMPLIANCE LABORAL E PREVENÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO

LABOR COMPLIANCE AND PREVENTION OF SLAVE WORK 104
Luciane Cardoso Barzotto; Fernanda Machado

* Trabalho apresentado e premiado na II Jornada de Investigação em Direito do Trabalho no III Colóquio Hispano-Brasileiro em Direito do Trabalho e Reformas, realizado em janeiro de 2019, na Universidade Complutense de Madri- Espanha.

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SADIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

THE ENVIRONMENT OF SOUTH WORK AS FUNDAMENTAL LAW 116
Anne Harlle L. da Silva Moraes; Bruno Carvalho dos Santos.

A REFORMA AGRÁRIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA NO BRASIL: A possibilidade de efetivação do direito fundamental à alimentação adequada pela reforma agrária

THE AGRARIAN REFORM AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ADEQUATE FOOD: The possibility to make the fundamental right to adequate food effective through agrarian reform 128
Maria Vitoria Fontolan; Lygia Maria Copi

O COMÉRCIO INTERNACIONAL E O MEIO AMBIENTE NO CONTEXTO DE UM MUNDO GLOBALIZADO: O CASO *TUNA V. DOLPHIN* E AS DIFICULDADES DE IMPLEMENTAÇÃO DE UM COMÉRCIO SUSTENTÁVEL NO GATT E NA OMC

INTERNATIONAL TRADE AND THE ENVIRONMENT IN THE CONTEXT OF A GLOBALIZED WORLD: THE TUNA V. DOLPHIN CASE AND THE DIFFICULTIES OF IMPLEMENTATION OF SUSTAINABLE TRADE IN GATT AND THE OMC…143
Paulo José Leite Farias; Leonardo Weber R. Araújo

O DIREITO À CULTURA CIGANA NO LIVRE TRÂNSITO EM FACE DO DIREITO COSMOPOLITA DE HABERMAS

THE RIGHT TO MOVE FREELY OF THE GIPSY CULTURE ON THE COSMOPOLITAN LAW OF HABERMAS 165
Gleici de Faveri, Kátia Rocha Salomão

AS NOVAS CONFIGURAÇÕES DO LABOR: A FLEXISSEGURANÇA SOB O VIÉS DO TELETRABALHO*

LAS NUEVAS CONFIGURACIONES DEL LABOR: LA FLEXISEGURIDAD SOB EL VIÉS DEL TELETRABAJO

Fernando Augusto Melo Colussi[1]
Léo Simões dos Santos Pilau[2]
Recebido em: 01/04/2019
Aprovado em: 20/09/2019

Resumo: Com a flexissegurança, tem-se modelo empregado como resposta à crise econômica, verdadeiro fenômeno no qual são conciliadas medidas de flexibilização das relações empregatícias com garantias mínimas de direitos sociais a serem conferidas aos trabalhadores, tanto na esfera contratual, quanto no âmbito estatal, no que tange às políticas públicas a serem promovidas. O teletrabalho se revela como reflexo deste modelo, assim entendido como uma nova forma de prestação do labor, no qual há uma conjunção dos espaços públicos e privados, cuja viabilidade só se mostra possível frente ao avanço tecnológico. O teletrabalho é um exemplo de flexissegurança. No Direito do Trabalho, as mais recentes alterações legislativas promovidas no Brasil e na Espanha reconheceram essa modalidade nos respectivos ordenamentos jurídicos, abordando-a de forma distinta, entretanto. A pesquisa, de natureza teórica e de objeto bibliográfico e documental, lança mão do método de abordagem dedutivo, de procedimentos históricos e comparativos e de interpretação sistemática, concluindo que o resultado normativo foi diverso nos países estudados, em que pese tenham sido contemporâneas e igualmente fundamentadas suas regulamentações, em razão das diferenças culturais e das necessidades de esmiuçamento legislativo de cada povo.

Palavras-chave: Flexissegurança, teletrabalho, direito do trabalho.

Resumen: Con la flexiguridad, tiene un modelo empleado como respuesta a la crisis económica, un verdadero fenómeno en el que se concilian medidas de flexibilización de las relaciones de trabajo con garantías mínimas de derechos sociales a ser conferidas a los trabajadores, tanto en la esfera contractual, como en el ámbito estatal, en lo que se refiere a las políticas públicas a ser promovidas. El teletrabajo se revela como reflejo de este modelo, así entendido como una nueva forma de prestación de labor, en el que hay una conjunción de los espacios públicos y privados, cuya viabilidad sólo se muestra posible frente al avance tecnológico. El teletrabajo es un

* Trabalho apresentado e premiado na II Jornada de Investigação em Direito do Trabalho no III Colóquio Hispano-Brasileiro em Direito do Trabalho e Reformas, realizado em janeiro de 2019, na Universidade Complutense de Madri- Espanha.

[1] Advogado. Graduado em Administração de Empresas e em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Fundação Ministério Público (FMP). Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: fernando.colussi@hotmail.com

[2] Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela PUCRS e pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Mestrando em Direito pela PUCRS. E-mail: leossp@outlook.com

ejemplo de flexiguridad. En el Derecho del Trabajo, las más recientes alteraciones legislativas promovidas en Brasil y España reconocieron esa modalidad en los respectivos ordenamientos jurídicos, abordándola de forma distinta, sin embargo. La investigación, de naturaleza teórica y de objeto bibliográfico y documental, lanza el método de abordaje deductivo, de procedimientos históricos y comparativos y de interpretación sistemática, concluyendo que el resultado normativo fue diverso en los países estudiados, en que pese hayan sido contemporáneas y igualmente fundamentadas sus regulaciones, en razón de las diferencias culturales y de las necesidades de desmenuzarmiento legislativo de cada pueblo.

Palabras clave: Flexiseguridad, teletrabajo, derecho del trabajo.

INTRODUÇÃO

O trabalho está inserido há séculos no cotidiano de inúmeros indivíduos que, muitas vezes, dele extraem sua fonte de sobrevivência. Contudo, as formas de prestação deste labor não são estáticas, mas acompanham o desenvolvimento da sociedade, sendo afetadas quando esta última apresenta-se em crise.

O fenômeno do teletrabalho, objeto principal da presente análise, surge como resposta à crise sentida por diversos países que enxergaram na globalização e na utilização das novas tecnologias maneiras de superação do dramático quadro econômico-social vivenciado. Corolário destas medidas, o mundo sentiu seus quatro cantos aproximarem-se, representando verdadeira quebra na ideia tradicional de espaço e tempo.

Considerando-se que até mesmo o espaço e o tempo podem apresentar formatações diversas ao longo dos séculos, mostra-se razoável que o trabalho, em um primeiro momento construído sobre bases rígidas, torne-se maleável para acompanhar as atuais inovações tecnológicas presenciadas em escala mundial. Referida maleabilidade projeta-se no conceito da flexissegurança no âmbito laboral que, por sua vez, apresenta, como um de seus braços, o teletrabalho.

Questiona-se, desta forma, se a regulação do teletrabalho, apontada como um dos mecanismos de solução de crise e de adaptação tecnológica, estaria edificada de forma a extinguir qualquer discussão ou problema acerca de sua aplicação na seara juslaboral espanhola e brasileira.

No que tange à metodologia aplicada, o método de abordagem utilizado será o dedutivo, tendo em vista que se partirá de conceitos amplos e gerais sobre crise, globalização e flexissegurança em direção ao ponto central da presente análise, consistente na abordagem específica da regulação do teletrabalho na Espanha e no Brasil. Serão utilizados os métodos de procedimento histórico e comparativo – através de uma abordagem histórica da globalização e da crise, vistas em uma perspectiva ampla e específica; bem como será utilizado o método de interpretação sistemático, pois se encontrarão presentes conceitos extraídos da doutrina. Ademais, relativamente ao tipo de pesquisa, adota-se, quanto à natureza, a pesquisa teórica e, quanto ao objeto, a pesquisa bibliográfica e documental, considerando-se que se perpassará, ao longo da presente análise, por diversas doutrinas, como já referido, e também por leis.

Busca-se, através deste artigo, fomentar a reflexão acerca da aplicação do fenômeno do teletrabalho, entendido como forma de flexissegurança. Fundamenta-se o supracitado escopo na necessidade de se pensar as novas modalidades de

prestação de serviço em um contexto de crise, globalização e produção constante de novas tecnologias.

2 CRISE E FLEXISSEGURANÇA

No presente capítulo, serão tecidos alguns comentários acerca do cenário de crise plurissetorial que o mundo atravessa e sua relação com o fenômeno da globalização. Ademais, serão analisados os impactos da mundialização na seara do trabalho, bem como apresentados conceitos de flexibilidade e flexissegurança, perpassando-se pelo contexto de surgimento deste último instituto referido. Por fim, serão demonstrados aspectos da legislação trabalhista espanhola e brasileira nos quais se faz possível a visualização da flexissegurança.

2.1 CENÁRIO DE CRISE: GLOBALIZAÇÃO E FLEXISSEGURANÇA

Objetivando-se demonstrar a relação existente entre globalização e a flexibilização, bem como os reflexos desta última no atual quadro do direito do trabalho em nível internacional, apresenta-se indispensável a realização de um breve apanhado histórico prévio.

Ricardo Antunes (2001) aduz que durante o apogeu do fordismo e da fase keynesiana presenciou-se um longo período de acumulação de capitais. Entretanto, a partir do início dos anos 70, o modelo capitalista passou a indicar um quadro crítico caracterizado, dentre outros traços, pelas seguintes características: queda da taxa de lucro, em razão, entre outros fatores, do aumento do preço da força de trabalho; esgotamento do padrão de acumulação taylorista/fordista, em virtude da retração do consumo, considerado como resposta ao desemprego estrutural que se iniciava; crise do *welfare state*, etc.

Todavia, a crise que atravessa o cenário mundial modernamente é considerada alarmante (em comparação às anteriores), não apenas pelas consequências econômicas que tem surtido – inerentes, bem se diga, a esse tipo de cenário – mas, também, pela sua conjuntura. Veja-se que não se trata de apenas uma crise isolada ou tópica, mas a composição de uma “crise mundial” ocasionada pela junção de outras várias, quais sejam, econômica, ideológica, energética, alimentícia, ambiental, democrática e de hegemonia americana (TORTOSA, 2010).

Para Tortosa (2010), existem alguns pontos de conexão entre a atual crise global e a deflagrada em 1929 nos Estados Unidos: de igual modo como na primeira metade do século XX, também se percebem alterações de hegemonia no poder no cenário mundial econômico (até então norte-americano), assim como a crença num mercado autorregulado, sem políticas econômicas ou restrições de qualquer natureza. Porém, para o autor, as semelhanças param aí: hoje existem preocupações como escassez de recursos naturais, o que deflagra em crises de combustíveis e produção de energia, preocupações ambientais e até de gerenciamento de alimentos e água potável para parte da população.

Nessa toada, Zerda-Sarmiento (2012) também aduz que a presente crise não é exclusivamente financeira, apontando que houve uma alteração do modelo de acumulação, repensando, desta forma, a dinâmica entre o capital e o trabalho. Assim, o autor percebe uma aproximação das relações laborais a um modelo neoliberal, com vistas a readapta-las a esse novo contexto. Daí, portanto, surge o conflito de conciliar novos arranjos laborais que sirvam de ferramenta eficaz e sustentável para uma

política de pleno emprego e fortalecimento econômico – afinal, é justamente o quadro de crise que necessita (ou clama) por mudanças no cenário (HARVEY, 2011).

No ponto, Silva e Gondim (2016) relacionam que o direito do trabalho, em meio às crises, é o primeiro alvo dos debates e mudanças – em que pese, sob a perspectiva dos autores, não ser apto, por si só, a alterar ou fomentar o mercado de trabalho, que é a justificativa frequentemente dada às alterações legislativas promovidas nesse cenário. Os autores indicam, ainda, que as flexibilizações nas relações de trabalho (e todo o conjunto de direitos que gravitam ao seu redor, como proteção ao salário e à despedida, por exemplo), por vezes podem até desvirtuar a faceta protetiva do trabalhador aliada à função econômico-instrumental que é inerente à esta seara do Direito.

Não obstante, a crise mundial, tal como se apresenta, demanda medidas enérgicas dos Estados por ela atingidos, dada a sua gravidade e amplitude. Registre-se que países (e até mesmo continentes) historicamente considerados economicamente estáveis foram por ela atingidos, o que motivou uma série de alterações nas legislações laborais, como se pode perceber em alguns países europeus, como França, Portugal e Espanha (FINCATO, 2017), inclusive como ferramenta de incremento à competitividade dos países no cenário internacional (GOMES, 2008). Lima (2015) justifica este fenômeno de renovação da legislação trabalhista como fruto da globalização que hoje se instaura.

A globalização, mesmo que muito em voga atualmente, não é algo recente. Trata-se de fenômeno mais antigo que, de acordo com Thomas Friedman (2007), atravessou três grandes eras. A primeira, chamada de Globalização 1.0, se estendeu no período compreendido entre 1492 até por volta de 1800; a segunda etapa, denominada de Globalização 2.0, durou mais ou menos de 1800 a 2000 e, por fim, a terceira era foi iniciada nos anos 2000, denominada de Globalização 3.0.

Destaca-se que, embora presente na sociedade há um longo tempo, não há na doutrina unanimidade acerca de um conceito correto (BOFF; FINCATO, 2015). Pode-se dizer, entretanto, que se consubstancia em um fenômeno com várias peculiaridades, possuindo aspectos não apenas socioeconômicos mas, sobretudo, políticos, culturais, jurídicos e até religiosos, os quais possuem inúmeros pontos de contato e vínculos entre si (SANTOS, 2002) – e é especialmente neste ponto, qual seja, o fato de poder ser considerado sob vários ângulos e a partir de várias matrizes científicas, que reside a dificuldade de conceituação uníssona (BOFF; FINCATO, 2015).

Dentre os vários conceitos, é pertinente o trazido por Cassar (2017), que menciona ser a globalização “um processo, uma ‘onda’ que traduz uma nova cultura no quadro das transformações do capitalismo liberal. É um produto inevitável da tecnologia nas áreas da informática e das comunicações”. Ainda no que tange às definições, pode-se considerar a globalização como a “crescente operacionalização, comunicação e transferência (sem fronteiras ou limites) de informações e de tecnologia, além de representar um desenvolvimento do capitalismo financeiro” (BOFF; FINCATO, 2015). Sob um viés mais econômico, Dellagrave Neto (2003) aponta que ela é definida através da constituição de grandes blocos econômicos – que, diante disto, acarretam numa maior dependência dos países subdesenvolvidos –, aliada à revolução dos meios tecnológicos, que proporcionam maior agilidade às transações econômicas, e ao pensamento econômico neoliberal.

A globalização pode trazer inúmeros benefícios. Exemplificativamente, refere-se a possibilidade de compra de um aparelho eletrônico japonês através da internet. Contudo, a mundialização apresenta também contradições e isto repercute no âmbito

do trabalho (CAVALCANTE, 2008). Neste sentido, afirma-se que muitos argumentam que a globalização gera competitividade e esta leva à flexibilidade trabalhista (RODRIGUEZ, 2015).

Objetivando-se melhor compreender a questão da flexibilidade, apresenta-se a definição de Oscar Uriarte (2002, p. 09):

> Em termos muito gerais e no âmbito do Direito do Trabalho, a flexibilidade pode ser definida como eliminação, diminuição, afrouxamento ou adaptação da proteção trabalhista clássica, com a finalidade – real ou pretensa – de aumentar o investimento, o emprego ou a competitividade da empresa.

Porém, deve-se ter a cautela na flexibilização para não incorrer na hipótese de supressão total dos rigores, pois, caso isto ocorra, equivalerá à destruição do Direito do Trabalho. É dizer, mesmo nos casos em que verificada uma excepcional rigidez, é possível que ela seja solucionada, sem que isto represente um impacto substancial ao núcleo juslaboralista (RODRIGUEZ, 2015)

2.2 FLEXISSEGURANÇA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: DELIMITAÇÕES TEÓRICAS

A flexissegurança, oriunda do Direito europeu, busca modernizar as relações de trabalho, conciliando as necessidades que a modernização e a competitividade da globalização trouxeram, aliadas a medidas de proteção e amparo aos trabalhadores. Este fenômeno surge da ideia amplamente propagandeada pelo empresariado de que a legislação trabalhista é deveras engessada, representando um óbice ao desenvolvimento econômico de determinado país. Assim, com tal instituto, busca-se afrontar, de forma razoavelmente equilibrada, a conciliação de maior flexibilização das relações trabalhistas com a necessidade de maximizar a segurança para todos os empregados (BELTRÃO; OLIVEIRA, 2017).

Representa, pois, uma consonância de dois preceitos que, por sua natureza, são essencialmente antagônicos, quais sejam, a flexibilidade dos mercados laborais e políticas de amparo e proteção do trabalhador frente ao desemprego (DELLEGRAVE NETO, 2008). Nessa orientação, percebe-se a flexissegurança como uma teoria mais intermediária, que promove a flexibilização de algumas normas trabalhistas (precipuamente as que versam sobre salários e modalidades de contratação e dispensa dos empregados) mas que, em compensação, garante um mínimo existencial aos trabalhadores, em atendimento às garantias e direitos fundamentais e sociais até então conquistados (BELTRÃO; OLIVEIRA, 2017). Muffels e Wilthagen (2013) acrescentam que a segurança, aqui, é representada pela garantia de empregabilidade e amparo social – principalmente aos sujeitos que não estão inseridos no mercado de trabalho no momento.

Atente-se, porém, que a flexibilização que compõe o núcleo da flexissegurança não pode ser interpretada como desregulamentação dos direitos trabalhistas, haja vista se tratarem de institutos diferentes. Nesse sentido, Colussi (2009) aponta que, se aquela busca elastecer as normas trabalhistas, tornando-as menos rígidas (mas não necessariamente piorando as condições de trabalho, já que é possível a flexibilização ampliando e resguardando os direitos trabalhistas); esta é mais radical, pois pode almejar a extinção da legislação do trabalho, em prol da autonomia da vontade das partes.

Nascida na década de 80, a começar (e de forma bem-sucedida), pela Dinamarca[3], a ideia de flexissegurança foi de adaptar as empresas às condições impostas pela globalização: empresas menos hierárquicas e menos rígidas, com formas de contratações e acordos laborais personalizados às realidades concretas em prejuízo aos procedimentos previstos em lei, viabilizando maior flexibilidade no que tange à estruturação da jornada e sua composição (como, por exemplo, pautar a duração do trabalho pelo cumprimento de tarefas ao invés da disponibilidade do empregado). Mais ainda, este modelo pretende dar fomento à vida profissional em conciliação com a familiar (servindo de exemplo o trabalho a tempo parcial e o teletrabalho, presentes na Espanha e no Brasil), bem como a promoção de políticas sociais de emprego a setores da população que porventura possuam maiores dificuldades de colocação no mercado, tais como imigrantes, portadores de deficiências, jovens e idosos aptos ao trabalho. Verifica-se, também, maior influência dos instrumentos de negociação coletiva nas organizações laborais, aliada à modernização da seguridade social, com a concessão de ajudas financeiras que amparem os trabalhadores nos períodos de inatividade, mas que promovam o emprego e viabilizem sua movimentação no mercado (MILÁN, 2014).

A noção de flexissegurança foi, então, projetada na revisão da Estratégia Europeia de Emprego de 2002, e consagrada em 2006 por meio do Livro Verde da Comissão Europeia, intitulado “Modernizar o direito do trabalho para afrontar os desafios do século XXI", considerada como ferramenta apta a enfrentar o crescente desemprego em alguns países europeus – a Espanha possuindo relevante destaque aqui (STOLZ; GALIA, 2013). Inclusive, tamanha é a importância ao redor do tema que a flexissegurança tem tomado lugar de destaque nas comissões europeias de combate às crises: somente em 2008, constou do “Plano europeu de recuperação econômica” e “Em Direção à recuperação econômica”. No ponto, o Conselho Europeu a declarou como uma importante forma de modernizar e estimular a adaptabilidade dos mercados de trabalho durante a crise: um mercado de trabalho flexível não precisa ser precário (MILLÁN, 2014).

Contudo, o Livro Verde é alvo de severas críticas por parte da doutrina, que acredita que ele responsabiliza o chamado “trabalho tradicional" pelo desemprego na Europa, apresentando o princípio da flexissegurança como uma ferramenta à necessária revisão do Direito do Trabalho, ainda que, para tanto – e, novamente, de acordo com essa parcela doutrinária – ele promova uma desvirtualização da finalidade protetiva inerente à esta ciência e, eventualmente, possa representar algum tipo de detrimento aos direitos sociais. Com efeito, a aplicabilidade do instituto da flexissegurança nos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores é considerada como uma ferramenta para o desenvolvimento da economia e combate ao desemprego de forma sustentável, mas, por meio de políticas que porventura podem caracterizar a desregulação das relações trabalhistas – ao invés da flexibilização – mas que, nesse contexto, acabam por acarretar na promoção de empregos considerados atípicos (ou seja, distintos dos acima mencionados “trabalhos tradicionais”, como, por exemplo, o trabalho a tempo parcial, com prazo determinado, teletrabalho, dentre outros) (PATTO, 2015a)

Dallegrave Neto (2008) contrapõe que existe um contraste muito grande entre os países que buscam implementar o modelo da flexissegurança e a Dinamarca, de modo que o país europeu deve ser visto como uma excepcionalidade, pois historicamente lida com altos índices de segurança e satisfação no emprego, com políticas públicas eficazes voltadas nesse sentido, aliados a uma qualidade de vida satisfatória e destaque pela sua competitividade no cenário internacional.

De toda sorte, a ideia do Livro Verde da Comissão Europeia é conciliar as políticas de emprego com os objetivos de flexibilidade contratual na relação laboral, aliando tais institutos para, assim, frear a alta do desemprego e propiciar uma recuperação econômica. Para tanto, propõe uma série de flexibilizações, as quais podem ser categorizadas como flexibilidade de entrada (aquelas atinentes às modalidades de contratação, com menor rigor frente aos procedimentos legais); interna (mobilidade nas funções do empregado e geográfica – viabilizando sua movimentação de forma mais livre no continente europeu –, flexibilidades salariais e na jornada de trabalho), e de saída (com vistas a facilitar a demissão por causas econômicas ou produtivas empresariais, diminuindo ou extinguindo o pagamento de indenizações rescisórias). A contrapartida, então, é o fomento do emprego, melhora da intermediação laboral e proteção social nas transições no mercado de trabalho e empregabilidade, seja através da criação de postos de trabalho, seja por meio de ferramentas que garantam proteção frente ao desemprego que oportunizem uma maior formação aos trabalhadores (PATTO, 2015b).

3 TELETRABALHO: UM PARALELO ENTRE AS REFORMAS NO BRASIL E NA ESPANHA

No presente capítulo, serão tecidos alguns comentários acerca do teletrabalho, sua conceituação e a quebra de paradigma da modalidade de prestação de labor que representa. Por fim, será analisada a regulação deste fenômeno nos ordenamentos brasileiro e espanhol, com o escopo de fomentar a reflexão sobre o tema.

3.1 TELETRABALHO: A MULTIDIMENSIONALIDADE DO AMBIENTE LABORAL

Vive-se, atualmente, tempos de uma nova Revolução Tecnológica e de transformações de paradigma no modo como se trabalha (SCHWAB, 2016). Para Domenico De Masi (2000), a revolução nova que se aproxima consiste na reorganização informática, graças ao teletrabalho e ao comércio eletrônico, circunstâncias que colocarão novamente o trabalho para dentro dos lares. Neste sentido, Pierre Lévy (1996, p. 24 e 25):

> O membro da empresa habitual passava do espaço privado de seu domicílio ao espaço público do lugar de trabalho. Por contraste, o teletrabalhador transforma seu espaço privado em espaço público e vice-versa. Embora o inverso seja geralmente mais verdadeiro, ele consegue às vezes gerir segundo critérios puramente pessoais uma temporalidade pública. Os limites não são mais dados. Os lugares e tempos se misturam.

Mostra-se clara a relação existente entre evolução das relações de trabalho e evolução tecnológica. O teletrabalho, ora retratado, não consiste em nova profissão, mas em maneira de prestação laboral condizente com o quadro tecnológico e globalizado hodiernamente vivenciado (FINCATO, s.d.). Trata-se de verdadeira "experimentação social que age tanto na dimensão especial do trabalho como na sua organização, na sua cultura e na maneira como o trabalho é vivido individualmente" (MASI, 2000).

Posto isto, apresenta-se fundamental a abordagem conceitual desta maneira de prestação de labor consubstanciada no teletrabalho. Partindo-se de uma compreensão estrita, a palavra teletrabalho, formada com o prefixo grego *têle,* é

sinônimo de trabalho a distância (ROSENFIELD; ALVES, 2011). Ademais, há quem entenda ser o supracitado modo de trabalho um labor realizado de forma remota, distante do tradicional espaço físico de prestação dos serviços (escritórios empresariais) e dos colegas de atividade, com comunicação independente com a sede central e outras sedes, mediante uma grande utilização das tecnologias da comunicação e da informação, mas que não são, necessariamente, sempre de natureza informática (MASI, 2000).

3.2 A REGULAÇÃO BRASILEIRA E ESPANHOLA SOBRE O TELETRABALHO: AINDA HÁ ESPAÇO PARA REFLEXÃO?

No contexto brasileiro, anterior à reforma trabalhista implementada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, encontrava-se insculpido no artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), com redação da pela Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011, previsão expressa do trabalho a distância, gênero do qual o teletrabalho figura como espécie. Referida norma celetista, além de igualar o trabalho presencial ao trabalho a distância, ainda equiparava os meios telemáticos e informatizados de comando, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de controle do trabalho. Contudo, essa igualização legal-formal não era suficiente para atender as peculiaridades desta modalidade de trabalho em exame, razão pela qual o meio produtivo seguia reclamando melhores definições legais (FINCATO, s.d.).

Com o advento da Lei nº 13.467/2017, o teletrabalho passou a ser regulado no Título II (das normas gerais de tutela do trabalho), Capítulo II-A, sendo este último especialmente editado para cuidar desta matéria. As disposições legais específicas sobre o teletrabalho encontram-se compreendidos entre os arts. 75-A a 75-E da CLT, considerados verdadeiras inovações que detalham o regime jurídico dos teletrabalhadores (MARTINEZ, 2018). Importante salientar que, dentre as razões para sua regulamentação, o Senador Ricardo Ferraço, relator no Senado da Reforma Trabalhista, afirmou que o teletrabalho constitui-se em fenômeno típico do Século XXI, devendo ser uma modalidade estimulada, e não reprimida (PEIXOTO, 2017).

No que tange aos países pertencentes à União Europeia, a regulação do teletrabalho pode ser dividida em três marcos de orientação normativa distintos, quais sejam: o internacional, o europeu e o nacional (FORTEZA; STOLZ, 2015). Destes, direciona-se o enfoque da presente abordagem para o âmbito nacional, especificamente no âmbito da Espanha e precisamente à Lei nº 3/2012, pois, embora a Europa já abordasse a temática, apenas em 2012 o teletrabalho passou a integrar a legislação laboral espanhola (FINCATO, s.d.). Relativamente à disciplina legal, o art. 13 do Estatuto dos Trabalhadores (ET) regula o trabalho a distância (QUIÑONES, 2015).

Antes de traçarmos um paralelo entre as regulações brasileira e espanhola pós-reformas, abre-se breve espaço para examinar-se a finalidade da reforma ocorrida na Espanha. A exposição de motivos da Lei nº 3/2012, menciona:

> O desejo de promover novas formas de desenvolver a atividade laboral faz que dentro desta reforma se busque também dar cabida, com garantias, ao teletrabalho: uma particular forma de organização de trabalho que encaixa perfeitamente no modelo produtivo e econômico que se persegue, ao favorecer a flexibilidade das empresas na organização do trabalho, incrementar as oportunidades de emprego e otimizar a relação entre tempo de trabalho e vida pessoal e familiar. Se modifica, para tanto, a ordenação do tradicional

> trabalho em domicílio para dar acolhida, mediante uma regulação equilibrada de direitos e obrigações, ao trabalho a distância baseado no uso intensivo das novas tecnologias (FORTEZA; STOLZ, 2015).

Assim, imprescindível afirmar que ambos os movimentos regulamentadores tiveram motivação e vetor na flexibilização e na crise (FINCATO, s.d.). Expostas algumas das razões que impulsionaram a materialização da regulação do teletrabalho na perspectiva brasileira e espanhola, passa-se para a análise, com objetivo exemplificativo e não exaustivo, das similitudes e diferenças presentes nas normas destes países.

Destaca-se, inicialmente, a necessidade de o acordo pelo qual se estabelece o trabalho a distância, no âmbito espanhol, ser formalizado por escrito (FORTEZA; STOLZ, 2015). Identifica-se, no Brasil, necessidade semelhante, verificada através da simples leitura do art. 75-C da CLT, acrescido pela reforma trabalhista. Referida regra brasileira prevê que o "teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado" (BRASIL, 2017). Assim, afirma-se que o contrato do teletrabalhador deverá ser ajustado somente por escrito (MIZIARA, 2017).

Apresentando-se como uma segunda semelhança, salienta-se a preocupação de ambas as normativas com a saúde e segurança do trabalhador. Na legislação espanhola, está previsto que os trabalhadores a distância têm direito a uma adequada proteção em matéria de segurança e saúde (FORTEZA; STOLZ, 2015). Demonstrando preocupação neste mesmo sentido, o legislador brasileiro materializou no art. 75-E da CLT que "o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho" (BRASIL, 2017).

Contudo, existem também diferenças entre os dois ordenamentos analisados no que tange à regulação da temática ora analisada. Dentre estas, destaca-se, na seara da legislação brasileira, a abertura de um tópico específico para o teletrabalho inserido na CLT (FINCATO, s.d.).

Por fim, cumpre destacar que, embora os diferentes sistemas jurídicos aqui abordados tenham realizado esforços para regulamentação do instituto examinado, há quem sustente que a reforma espanhola, por exemplo, enfrentou o teletrabalho de forma ainda não plenamente satisfatória (FORTEZA; STOLZ, 2015); e que o Brasil, por sua vez, deixou as grandes questões do contrato para a negociação individual, fragilizando, dessa forma, a eficácia do ajuste, em razão da presunção de hipossuficiência (ressalvada a hipótese do art. 444, parágrafo único, da CLT) (FINCATO, s.d.). Assim, no momento atual, a reflexão acerca do tema não se mostra esgotada, recomendando a exploração do vasto horizonte a ser percorrido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da flexissegurança se faz imperiosa, na medida em que se cuida de uma ferramenta cada vez mais disseminada entre os Estados com vistas à recuperação econômica em um contexto de crise. Nesse aspecto, o teletrabalho se mostra como uma materialização deste fenômeno, além de se revelar como reflexo do impacto das tecnologias de comunicação - e da própria globalização - sobre os métodos de trabalho.

Em que pese existir muita dúvida quanto às nuances de ambos os institutos (e a própria relação entre si), traçadas algumas linhas gerais e realizadas algumas

reflexões sobre flexissegurança, crise, globalização e teletrabalho, é possível tecer algumas considerações.

Como visto, a flexissegurança trata de um modelo surgido na Dinamarca, que busca aliar dois ideais relativamente opostos no Direito do Trabalho, quais sejam, a flexibilização dos direitos trabalhistas e a concomitante garantia de um mínimo de proteção aos trabalhadores. A justificativa para tanto é a necessidade de readaptação das relações laborais frente aos novos cenários que se desenham, tanto econômicos (no que diz respeito às crises enfrentadas mundo afora e nos rearranjos produtivos) quanto tecnológicos (concernente aos avanços e impactos que o desenvolvimento das tecnologias surtem nos meios laborais e de produção).

Corolário desse quadro é o teletrabalho, compreendido como reflexo da flexissegurança, uma vez que se revela como uma disrupção à clássica delimitação do local de trabalho como aquele, via de regra, no qual o labor é desempenhado. Como explicitado, não há falar-se, aqui, em uma nova espécie de trabalho, mas, sim, num novo método, fortemente amparado nas tecnologias, no qual a atividade é realizada a distância, privilegiando o convívio familiar e o tempo que o empregado dispõe para suas atividades privadas.

No presente estudo, traçado um comparativo entre as regulamentações brasileira e espanhola sobre o tema, pode-se perceber uma série de pontos de contato entre os diplomas, como a presença de requisitos formais para a prestação do trabalho neste modelo, assim como a preocupação com a manutenção das normas de segurança dos teletrabalhadores.

Todavia, percebe-se que o instituto ainda carece de maiores delineamentos legislativos de ambos os países. Obviamente, deve-se respeitar a característica de cada povo e a necessidade que este tem, ou não, de previsões legislativas minuciosas, exaurientes e prolixas. Partindo da premissa de que a verticalização da normatização seria saudável a ambos os países, se a Espanha ainda precisa enfrentar com maior clareza as nuances do teletrabalho - inclusive, com vistas a garantir a característica de flexissegurança que lhe é inerente -, ao Brasil falta delinear mais aspectos desta nova forma de trabalho, uma vez que há muito deixado para as partes convencionarem entre si, e poucos parâmetros informados pela lei, o que, eventualmente, pode representar risco à figura do empregado, especialmente quando hipossuficiente.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho** ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo Editorial, 2001.

BELTRÃO, Rogério Coutinho; OLIVEIRA, Flavia de Paiva Medeiros de. *Flexisecurity*e a garantia do trabalho em tempos de crise econômica: uma possibilidade jurídica ou uma realidade atual?. **Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, v. 3, n. 2, p. 63-82, 2017.

BOFF, Caroline Moreira; FINCATO, Denise Pires. Globalização: nova ordem econômica e social, direitos fundamentais sociais e direito ao trabalho. In: FINCATO, Denise Pires (Org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho**. Porto Alegre: Sapiens, 2015.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, 01 mai. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 18 nov. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 14ª ed. rev., atual. e ampl. – [3. Reimpr.]. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

CAVALCANTE, Ricardo Tenório. **Jurisdição, direitos sociais e proteção do trabalhador:** a efetividade do direito material e processual do trabalho desde a teoria dos princípios. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

COLUSSI, Luiz Antonio. **Direito, estado e regulação social:** o papel do contrato de trabalho numa sociedade em transformação. São Paulo: LTr, 2009.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Flexissegurança nas relações de trabalho. Que bicho é esse. **Revista trabalhista direito e processo**, ano7, n. 25, p. 49-53, São Paulo: LTr Editora, 2008.

DALLEGRAVE NETO, José Afonso. Análise da conjuntura socioeconômica e o impacto no Direito do Trabalho. *In*: _____. **Direito contemporâneo:** flexibilização e efetividade. São Paulo: LTr, 2003.

FINCATO, Denise Pires. Reforma trabalhista no Brasil - reflexões. *In*: FORTEZA, Jesus Lahera; FINCATO, Denise; SILVA, Elizabet Leal da. (Orgs.). **I Colóquio Hispano-brasileiro.** 1. ed., v. 1, p. 94-117, 2017.

FINCATO. **Teletrabalho na reforma trabalhista brasileira:** comparação com a regulamentação espanhola. No prelo.

FORTEZA, Jesus Lahera; STOLZ, Sheila. Igualdade de tratamento e não discriminação no trabalho: ponderações sobre a nova legislação espanhola sobre teletrabalho. In: MARQUES, Carlos Alexandre Michaello; VERAS NETO, Francisco Quintanilha; STOLZ, Sheila (Orgs.). **Novos direitos, sociedade e constitucionalismo**: reflexões contemporâneas no cenário crítico. Rio Grande: Editora da FURG, 2015.

FRIEDMAN, Thomas L. **O mundo é plano:** uma breve história do século XXI. Tradução [da ed. atualizada e ampliada] Cristiana Serra; Sergio Duarte; Bruno Casotti. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.

GOMES, Ricardo Santos. Relações trabalhistas no cenário internacional. In: **Agora o mercado é o mundo: institutos de estudos empresariais.** Porto Alegre: IEE, 2008. p. 71-89.

HARVEY, David. **O enigma do capital**: e as crises do capitalismo. São Paulo: Boitempo, 2011.

LÉVY, Pierre. **O que é o virtual?** Tradução Paulo Neves. São Paulo: Ed. 34, 1996.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista.**15. ed. São Paulo: LTr, 2015.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma trabalhista – entenda o que mudou:** CLT comparada e comentada. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MASI, Domenico De. **O ócio criativo**. Entrevista a Maria Serena Palieri. Tradução Léa Manzi. Rio de Janeiro: Sexante, 2000. Tradução de: Ozio creativo.

MILÁN, Miguel Ángel Luelmo. La contratación temporal y el encadenamiento de contratos. **Plan Estatal de Formación Continua 2014.** Miscelánea social e interdisciplinar. Cuadernos Digitales de Formación, n. 34, 2014.

MIZIARA, Raphael. O novo regime jurídico do teletrabalho no Brasil. In: OLIVEIRA, Cinthia Machado de; PINHEIRO, Iuri; MIZIARA, Raphael (Orgs.). **Reforma trabalhista e os novos direitos material e processual do trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017.

MUFFELS, Ruud; WILTHAGEN, Ton. Flexicurity: A New Paradigm for the Analysis of Labor Markets and Policies Challenging the Trade-Off Between Flexibility and Security. **Sociology Compass**, v. 7, n. 2, p. 111-122, Tilburgo: Elsevier, 2013.

PATTO, Rosa María González de. Tema 13. Protección de derechos derivados del contrato de trabajo (II): las formas de contratación laboral atípicas y los permisos parentales. **Tratado de Derecho Social de la Unión Europea**. Cuadernos Digitales de Formación, n. 39, 2015.

PATTO, Rosa María González de. Unidad Didáctica 4. Las condiciones laborales en el Derecho Social europeo: dimensiones individual y colectiva. **Curso de Derecho de la Unión Europea en el ámbito social**. Cuadernos Digitales de Formación, n. 40, 2015.

PEIXOTO, Ulisses Vieira Moreira. **Reforma trabalhista comentada**: com análise da lei nº 13.467, de julho de 2017. Leme (SP): JH Mizuno, 2017.

QUIÑONES, Juan Carlos García. El Teletrabajo: un estudio desde el ordenamiento jurídico español. In: FINCATO, Denise Pires (Org.). **Novas Tecnologias, processo e relações de trabalho**. Porto Alegre: Sapiens, 2015.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Fac-similada. São Paulo: LTr, 2015.

ROSENFIELD, Cinara L.; ALVES, Daniela A. de. Teletrabalho. In: CATTANI, Antonio David; HOLZMANN, Lorena (Orgs.). **Dicionário de trabalho e tecnologia**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre, RS: Zouk, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos da globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **A globalização e as ciências sociais.** São Paulo: Cortez, 2002. p. 25 - 102.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial.** Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; GONDIM, Thiago Patrício. **Austericídio e Reforma Trabalhista**: a gramática de exceção contida no projeto de lei 6787/2016. Disponível em: http://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2017/09/Austeric%C3%ADdio-e-Reforma-Trabalhista-PL-6787-de-2016-por-Sayonara-Grillo-Silva-e-Thiago-Gondim-VERSÃO-PARA-A-REVISTA-DA-OAB-RJ.pdf. Acesso em 20 nov. 2018.

STOLZ, Sheila; GALIA, Rodrigo Wasem. A proteção sócio-laboral das trabalhadoras e dos trabalhadores a tempo parcial na Espanha segundo o marco da flexisegurança: garantia efetiva ou ética opaca?. **Revista de Direito brasileira**, ano 3, v. 3., p. 169-195, mai./ago. 2013.

TORTOSA, José Maria. Crisis: no una, sino varias; es decir, una. Consecuencias económicas y sociales de la crisis mundial. **Revista de estudios sociales y de sociología aplicada**, n. 158, p. 15-30, jul./set. 2010.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. São Paulo: Ltr, 2002.

ZERDA-SARMIENTO, Álvaro. Crisis y transformaciones del trabajo en el nuevo modelo de acumulación. **Revista de Salud Pública**, v. 14, p. 68-83, jun. 2012.

AS UNIÕES POLIAFETIVAS FRENTE A DECISÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: AUTONOMIA PRIVADA E INTERVENCIONISMO ESTATAL

THE POLYAMORY UNIONS UNDER THE DECISION OF THE NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE: PRIVATE AUTONOMY AND STATE INTERVENTION

Kauana Dal Zotto dos Santos[4]
Adriana Martins Silva[5]
Recebido em: 16/06/2019
Aprovado em:27/08/19

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo primordial analisar as uniões poliafetivas, à luz dos princípios constitucionais e princípios do Direito das Famílias, percebendo a idealização histórica da família, no intuito de desmistificar e reconhecer o poliamorismo como uma instituição familiar legítima e merecedora de proteção jurídica. Ademais, pretende-se identificar a importância do respeito à liberdade individual e à autonomia da vontade, que também encontra fundamento e respaldo em um Estado Democrático de Direito, que deve, em princípio, proteger, regulamentar e respeitar cada grupo ou segmento social, aqui, em especial, estendendo sua tutela aos indivíduos que encontram na poliafetividade o atalho para sua felicidade e realização pessoal, promovendo a dignidade dos membros destas famílias, com vistas à limitação da ingerência estatal nas relações privadas, analisando criticamente a decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça a respeito da vedação da lavratura de escrituras públicas declaratórias de uniões poliafetivas, impedindo o reconhecimento desta como entidade familiar.

Palavras-chave: pluralidade de entidades familiares, uniões poliafetivas, autonomia privada.

ABSTRACT: The present work has the main objective of analyzing the polyphonic unions in the light of the constitutional principles and principles of Family Law, perceiving the historical idealization of the family, in order to demystify and recognize polyamorism as a legitimate family institution and deserving of legal protection. In addition, it is intended to identify the importance of respect for individual freedom and

[4] Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (2017). Pós-Graduanda em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Curitiba (2018). Pesquisadora no Grupo de Pesquisa de Direito Civil-Constitucional Virada de Copérnico pela Universidade Federal do Paraná (2016-2018; 2018-2020). Pesquisadora no Grupo de Pesquisa e Extensão de Direito de Família junto ao Centro Universitário Curitiba (2018). No ano de 2017 passou a integrar o quadro de funcionários do Escritório de Advocacia Gusso&Morêz Advogados Associados, atuando na área de Direito Civil, Processual Civil, Direito de Família e Sucessões. Endereço eletrônico: kaudalzotto@gmail.com.

[5] Mestre em Direito Empresarial. Especialista em Direito Processual Civil. Professora na graduação e pós graduação e orientadora de trabalhos de conclusão de curso nas áreas de Direito Civil, Família, Sucessão e Empresarial no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Professora e orientadora de trabalhos de conclusão de curso na graduação de direito de Família e Sucessões Centro Universitário UNINTER. Professora e orientadora de trabalhos de conclusão de pós-graduação em Direito de Família e Sucessões no Curso JURÍDICO. Professora Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Direito Civil-Constitucional - Grupo de Pesquisa de Civil-Constitucional "Virada de Copérnico" pela Universidade Federal do Paraná- UFPR. Coordenadora do Grupo de Pesquisa e Extensão Temas Contemporâneos de Direito de Família, junto ao Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Advogada nas áreas cível, família e sucessões. Endereço eletrônico: adriana.msilva@uol.com.br

autonomy of the will, which also finds foundation and support in a Democratic State of Law, which should, in principle, protect, regulate and respect each group or social segment, here , in particular by extending their guardianship to individuals who find in the poliafetividade the shortcut to their happiness and personal fulfillment, promoting the dignity of the members of these families, with a view to limiting state interference in private relations, critically analyzing the decision pronounced by the National Council of Justice regarding the prohibition of the drafting of declaratory public deeds of poliafetivas unions, preventing the recognition of this as a family entity.

Keywords: plurality of family entities, polyamory unions, private autonomy.

INTRODUÇÃO

A evolução do conceito de família identifica-se com a própria evolução social da composição das entidades familiares, frente a substituição dos ideais que pautam as relações intersubjetivas, que são extremamente fluidas e pretendem o alcance da felicidade e do pleno desenvolvimento daqueles que compõem os núcleos familiares, qualquer que seja sua forma de constituição.

Nesse contexto, é preciso identificar a importância do respeito à liberdade individual e à autonomia da vontade, que também encontra fundamento e respaldo em um Estado Democrático de Direito, que deve, em princípio, proteger, regulamentar e respeitar cada grupo ou segmento social, aqui, em especial, estendendo sua tutela aos indivíduos que encontram na poliafetividade o atalho para sua felicidade e realização pessoal, promovendo a dignidade dos membros destas famílias, com vistas à limitação da ingerência estatal nas relações privadas.

A análise que se pretende neste trabalho, portanto, perpassará pelo questionamento do Pedido de Providências de n° 0001459- 08.2016.2.00.0000, proposto pela Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) junto ao Conselho Nacional de Justiça, em razão da lavratura, em alguns cartórios brasileiros, de escritura pública declaratória de união estável poliafetiva e das razões do provimento da referida medida para impedir o registro de novas uniões, em contraponto à perspectiva civil-constitucional do direito e a transformação do conceito de família, amplificado pelos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro e a elevação da afetividade como princípio estruturante da família enquanto instituto social.

Havendo liberdade de escolha em viver uma relação monogâmica, deve haver liberdade de escolha em viver uma relação não monogâmica, no caso, as poliafetivas, que em nada diferem das famílias já tuteladas pelo ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual não podem restar distantes da tutela estatal, sob pena de violação dos preceitos constitucionais.

1 O DOGMA DA MONOGAMIA: SUA INFLUÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES E SUA SUPERAÇÃO ENQUANTO PRINCÍPIO JURÍDICO

A origem da monogamia e da família pautada nas relações monogâmicas tem intrínseca, íntima e direta correlação com as relações de dominação masculina e de sujeição feminina. Do sedentarismo às sociedades antigas e, posteriormente, no período da Idade Média, tem-se claramente uma incorporação da forma de

dominação, principalmente a partir das diferenças biológicas que distinguem homens e mulheres, bem como de uma construção sociocultural de que as mulheres são o "sexo frágil", não possuem capacidade intelectual e, portanto, devem ser tratadas da forma como aprouver e for conveniente aos homens. Desta forma, a objetificação feminina encontra como justificativa a satisfação dos desejos masculinos (BORDIEU, 2007, p. 18-31).

Tal construção sociocultural de dominação e domínio e as relações de poder e submissão, se incorporaram não só nas relações sociais, como também nas relações familiares e na apropriação da monogamia como princípio intransponível na constituição e manutenção das relações familiares, pela necessidade da preservação patrimonial.

Consoante se depreende da obra de Friedrich Engels, intitulada "A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado", a origem da monogamia não está intimamente ligada ao amor individual, tampouco as condições naturais do ser humano, como quando do nomadismo e do início do sedentarismo e sim, relacionada diretamente ao patrimônio, revelando-se o casamento como um dever, com o predomínio do homem na família e a procriação, com o intuito da mantença dos bens entre herdeiros legítimos (ENGELS, 2002, p. 70).

Estes valores, refletidos em uma única forma legítima de constituição familiar, qual seja, aquela realizada por meio de um casamento tradicionalista, de cunho religioso, patriarcal, patrimonialista e monogâmico pautou e ainda pauta, em grande medida, as relações familiares. Tais conceitos, após a queda do Império Romano e o surgimento dos reinos, passaram a ser objeto da proteção da Igreja Católica, que por meio do Concílio de Trento, que surge como uma resposta ao protestantismo concentrou todo o seu ideal quanto à família e o casamento e obrigou a sua observância (SILVA, 2013, p. 69-76).

Da assimilação da ideia da monogamia como natural e normal, houve uma padronização das relações do ser humano no campo afetivo e sexual, resultando em restrições que refletem a hierarquia e a dominação masculina sobre a mulher. Desta forma, fruto de uma padronização de comportamento, de senso e de cultura, aquele indivíduo que não se amolda a tais padrões, é reputado psicológica e moralmente deficiente (SANTIAGO, 2015, p. 92).

Posteriormente, com a Revolução Francesa e o consequente declínio da Igreja Católica enquanto regulamentadora das relações sociais e familiares, conquanto se afirme a cisão entre o direito canônico e o direito estatal, "a passagem do casamento das mãos da Igreja às mãos do Estado implicou, nos primeiros momentos, verdadeira sacralização da laicidade" (SILVA, 2013, p. 83), ante a pouca produção legislativa e a própria existência de um direito idealizado pela sociedade civil, através dos dogmas religiosos.

De certa forma, embora se considere que Estado e Igreja tiveram suas ligações rompidas, ao se analisar as legislações dos séculos XVII à XIX, resta demonstrado que o Estado Moderno, apesar de concentrar em si o poder de criar o Direito, reitera, em alguma medida, o direito canônico, através da sua codificação. Entretanto, reconhecer tal situação não significa dizer que toda a legislação produzida neste decurso de tempo tenha sido exclusivamente influenciada por concepções de cunho moral e religioso, visto que no referido período surgiram inúmeras correntes filosóficas que auxiliaram a fundação não só da legislação, mas da própria figura do Estado como um todo.

Cabe salientar que a partir da Idade Moderna, após as revoluções burguesas e ao se adentrar a contemporaneidade, as relações entre os polos masculino e feminino

passaram a ser vistas com outros olhos, principalmente em razão da entrada da mulher no mercado de trabalho, do seu empoderamento, do seu tratamento como sujeitos de direito e da forte influência do movimento feminista.

Desta forma, ainda que não se identifique um vínculo afetivo entre as famílias tal como atualmente se identifica, bem como a valorização dos membros que a compõem e sua proteção jurídica, tendo em vista uma preocupação eminentemente patrimonial, especialmente pela necessidade da certeza da legitimidade e consanguinidade da prole, os avanços propiciados por ambas as revoluções, quais sejam, Revolução Francesa e Revolução Industrial, são inegáveis. Se na Revolução Francesa identificamos uma transformação no que concerne a transmissão do dever de proteção e regulamentação jurídica das relações familiares ao Estado, em detrimento da Igreja, com a Revolução Industrial, identifica-se uma transformação paradigmática na formação destas famílias e em suas relações intersubjetivas, ainda que não tenham alcançado o ideal.

No Brasil, cuja sociedade ainda apresenta os resquícios de alguns séculos de conceitos preconceituosos que se tornaram tradicionais e foram cristalizados pelo subconsciente social, a legislação seguiu o curso da história e da cultura. A tutela da família acompanhou sua própria evolução.

O fim da Ditadura Militar e a redemocratização do Brasil foram coroados com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que representou uma mudança paradigmática de importância incalculável. A partir deste momento, toda a legislação infraconstitucional brasileira, em especial a regulamentação das relações privadas foi reformulada e reestruturada para abarcarem os princípios constitucionais.

Doravante, o Direito Civil e o Direito das Famílias acabaram sendo objetos da constitucionalização e repersonalização propiciada pela Carta Magna, com a valorização do *ser* em detrimento do *ter,* passando a pessoa humana e sua dignidade serem objetos nucleares da tutela do Estado, que em tese deveria ser democrático.

É fato, entretanto, que em que pese a letra da lei institua direitos fundamentais e princípios ordenadores de observância geral e irrestrita, salvo os casos em que, havendo conflito, estes devam ser ponderados a fim de sacrificar o menos possível os direitos dos indivíduos, há disparidades em igualdade material e formal de alguns grupos e segmentos sociais, em consequência do tradicionalismo da sociedade brasileira e de alguns preconceitos alimentados historicamente. O dogma da monogamia é um deles.

Diversamente do que defende a comunidade jurídica, a monogamia deve ser tratada com ressalvas e como valor, ao invés de princípio. De acordo com Jürgen Habermas “princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico” (HABERMAS, 2003, p. 316).

De acordo com o autor supra referido, as normas ou princípios obrigam seus destinatários a comportamentos que exprimem expectativas generalizadas, enquanto que os valores determinam relações de preferência. Ou seja, “a validade deontológica de normas tem o sentido absoluto de uma obrigação incondicional e universal: o que deve ser pretende ser igualmente bom para todos” (HABERMAS, 2003, p. 317), diferentemente dos valores, que determinam, em si, preferências que podem ou não ser compartilhadas por determinada coletividade.

> Nessa toada, tomar um princípio jurídico da monogamia como um “dever ser” imposto pelo Estado a todas as relações familiares é algo que entra em conflito com a liberdade que deve prevalecer naquela que é uma das searas da vida na qual os sujeitos travam algumas das

> mais relevantes relações no tocante à formação de sua subjetividade e desenvolvimento de sua personalidade (RUZYK, 2005, p. 05).

De acordo com Maria Berenice Dias, tanto tem o Estado o interesse na manutenção da família, que a consagra como base da sociedade e que, portanto, a monogamia seria função ordenadora da mesma (DIAS, 2013, p. 63). Em que pese tenha função ordenadora da família, esta – a monogamia – "não se trata de um princípio do direito estatal de família, mas sim de uma regra restrita à proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela do Estado" (DIAS, 2013, p. 63).

Nestes termos, não há como considerar a monogamia como princípio constitucional, ao passo que a própria Constituição não a contempla, não obstante o Estado, ao se imiscuir na vida privada, recrimine legislativamente o descumprimento do dever de fidelidade (DIAS, 2013, p. 63). Desta forma, sendo os princípios submetidos ao teste da universalização para constatação de sua validade, a monogamia deve ser concebida como valor, visto que provém daquilo que podemos atingir através de nossos desejos, deduzindo-se o comportamento que é recomendável e, portanto, não obrigatório (DIAS, 2013, p. 63). Diante de tais considerações,

> [...] a monogamia é refutada como princípio jurídico porque se revela intromissão indevida do Estado em um âmbito em que a autonomia privada deve ter sua máxima expressão, e isso, em prestígio ao próprio princípio da dignidade humana, que se tornará inócuo se não houver pleno exercício de liberdade na esfera existencial. Neste aspecto a monogamia não é criticada propriamente como estatuto de exclusão, mas, sim, como regra de cerceamento inconstitucional da autonomia privada em situações subjetivas existenciais. [...] Se no exercício de sua liberdade há aqueles que desejam estabelecer projeto de conjugalidade que não se enquadre no padrão estatal da monogamia, tal exercício há de lhes ser assegurado, sob pena de ofensa ao próprio princípio constitucional da liberdade (SILVA, 2013, p. 309).

A monogamia é valorada por cada indivíduo da forma como melhor lhe aproveita. Como bem salienta a doutrinadora Maria Berenice Dias, "trata-se de mera convenção decorrente do triunfo da propriedade privada sobre o estado condominial primitivo" (DIAS, 2013, p. 63), o que nos remete novamente às conclusões de Engels, quando se refere a monogamia como forma de dominação e de escravização de um sexo pelo outro, com base na proteção da propriedade privada e do patrimônio.

Desta forma, resta evidenciado que a monogamia constitui um valor, visto ser uma decisão individual acerca do delineamento das relações afetivas, cuja valoração não deve ser promovida pela sociedade ou pelo Estado e sim pelo indivíduo que pretenda relacionamento diverso do preconizado e comumente realizado socialmente. O fato de certos grupos entenderem que a busca pela sua plena realização pessoal e desenvolvimento afetivo devem se dar através de um relacionamento não monogâmico, não deve ser justificativa para violação de direitos fundamentais e negação de proteção jurídica através da discriminação estatal, havendo, pelo Estado, a obrigação da exteriorização da democracia através do reconhecimento da pluralidade dos relacionamentos afetivos e a promoção da dignidade de todo e qualquer cidadão, independentemente de suas escolhas, na busca da realização pessoal. No mesmo sentido:

> Assim, para além da multiplicidade de relações matrimonializadas, a monogamia somente é relevante para o direito de família quando seu avesso violar a dignidade da pessoa humana. Se assim não for, não cabe ao Estado ser o tutor da construção afetiva coexistencial, assumir o lugar do "não". A negação ao desejo mútuo, correspectivo, nesse caso, já se apresenta por meio do juízo de reprovação social movido por uma moral média. A coerção estatal não encontra, aqui, o espaço em que legitimamente possa ser exercida (RUZYK, 2005, p. 06).

Ora, considerando que a família se perfaz a partir do eudemonismo – proteção da dignidade da pessoa humana –, negar o reconhecimento jurídico a toda e qualquer formação familiar, ante a pluralidade que permeia os dias atuais, é incorrer em inconstitucionalidade.

O conceito de família não é e não deve ser estático, devendo se adaptar as modificações culturais e sociais promovidas e sofridas pelo corpo social. Assim, a ruptura com o modelo necessariamente monogâmico, moral, religioso e hierarquizado de família, demonstra que a família não deve existir em razão de vontades exteriores e sim em razão de seus membros. Portanto, verifica-se plenamente possível a existência e o reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas.

Neste contexto, faz-se necessário se desvencilhar da concepção clássica da monogamia, a fim de que seja assegurada, sem se admitir a exclusão de sujeitos de direito que não encontram na família matrimonializada e monogâmica, o atalho para sua felicidade e pleno desenvolvimento, a proteção do Direito (SANTIAGO, 2015, p. 82).

2 AS UNIÕES POLIAFETIVAS ENQUANTO ENTIDADES FAMILIARES

A discussão acerca das práticas não monogâmicas, como é o caso das uniões poliafetivas, é de extrema relevância, visto que tais relações têm sido mais frequentemente observadas através da mídia e a ausência de proteção ou reconhecimento jurídico tem relegado seus partícipes a enormes dificuldades, sobretudo na formalização de suas uniões.

As uniões poliafetivas consistem em relações não monogâmicas baseadas no afeto, no respeito mútuo, na autonomia das pessoas, na transparência e honestidade, além da valorização da intimidade, carinho, igualdade e comunicação. Ou seja, a poliafetividade tem como base o ideal e a ideia de que as relações monogâmicas não são as únicas acertadas e possíveis. Seu enfoque é na proximidade, na intimidade e na confiança dos poliamoristas, em detrimento do sexo e do patrimonialismo exacerbado que ainda permeia as relações familiares.

Nesse sentido, são características do poliamor a não exclusividade amorosa e sexual, a autonomia das pessoas, a transparência e honestidade, além da valorização da intimidade, carinho, igualdade e comunicação (SANTIAGO, 2015, p. 151).

Diferentemente da confusão que há na utilização dos conceitos pela mídia e pela própria jurisprudência, a poliafetividade e a poligamia não guardam relação prática, tampouco conceitual.

Primeiramente, cabe lembrar que a monogamia está intimamente relacionada com as formas de dominação feminina e sua subjugação, conforme muito bem descrito por Friedrich Engels. Equiparando a monogamia à poligamia, aufere-se que a segunda também encontra respaldo no que Engels definiria como a dominação de

um sexo pelo outro. A poligamia, entendida atualmente, consiste na união de uma pessoa com várias outras a partir de vários casamentos legítimos.

O conceito de poligamia, aqui subdividida em poliandria e poliginia, encontrando-se a primeira quase extinta nos dias atuais, está intimamente relacionado a uma implicação não só de dominação, como a um estilo patriarcal de casamento, em que o homem, via de regra, tem mais de uma esposa e a mulher, que deve obrigatoriamente observar a monogamia, tem o marido compartilhado.

Diferentemente destas, as relações poliafetivas não constituem várias uniões ou vários casamentos, razão pela qual não recaem no crime de bigamia, previsto no art. 235 do Código Penal.

As uniões poliafetivas são, por definição, uniões múltiplas e simultâneas, em que mais de duas pessoas, de gêneros assimétricos, que optam por amar e manter relações sexuais entre si, por um longo período de tempo, havendo comunicação mútua e aberta acerca de tais escolhas. Assim, verifica-se que a entidade relacional da poliafetividade, em que pese seja um conceito amplo e, portanto, difícil de ser conceituado, tendo em vista que tal situação ensejaria o engessamento do instituto, é uma forma de constituição familiar onde se admite uma pluralidade de sentimentos que se desenvolvem com relação a diversas pessoas simultaneamente, ou seja, constituem um vínculo afetivo sério, íntimo, romântico ou estável, ao menos (SANTIAGO, 2015, p. 138).

A despeito da conclusão de que a monogamia deve ser observada como um valor, ainda que se considere a monogamia como princípio, necessário se faz a ponderação dos princípios, a fim de preservar direitos fundamentais. Assim, tendo a Constituição Federal fixado como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, a partir desta é que as uniões poliafetivas devem ser analisadas, aliada aos princípios da liberdade, da igualdade e da afetividade.

A família enquanto instituto social, atualmente é concebida como o espaço de pleno desenvolvimento de capacidades e de promoção da igualdade, da felicidade e da dignidade de cada um de seus membros. Tal espaço, de afeto e de pleno desenvolvimento, tem correlata, intrínseca e indissociável correlação com o macroprincípio da dignidade da pessoa humana, núcleo axiológico da Constituição Federal Brasileira de 1988.

> O princípio da dignidade da pessoa humana nutre e perpassa todos os direitos fundamentais que, em maior ou menor medida, podem ser considerados como concretizações ou exteriorizações suas. Ademais, ele desempenha papel essencial na revelação de novos direitos, não inscritos no catálogo constitucional, que poderão ser exigidos quando se verificar que determinada prestação omissiva ou comissiva revela-se vital para a garantia da vida humana com dignidade (SARMENTO, 2006, p. 89).

Diante de tais considerações, o princípio da dignidade humana obriga o reconhecimento pelo Estado, das uniões poliafetivas, “[...] vez que somente assim o Estado promoverá a participação ativa de seus praticantes nos destinos de sua própria existência” (SANTIAGO, 2015, p. 164), mas não só. A supressão e a invisibilidade jurídica dos praticantes do poliamor os relegam a um espaço de indignidade pela negação de seus direitos e sua marginalização perante a sociedade. Como ressalta Rodrigo da Cunha Pereira:

> Não é por acaso que a dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional. ela é acima de tudo um princípio ético, que a história mostrou ser necessário incluir entre os princípios do Estado. Na verdade, a dignidade da pessoa humana é mais do que um direito, pois ela é a prova de que deve haver certos direitos de atribuição universal, por isso é também um princípio geral do direito. Uma carta de direito que não se reconheça essa ideia ou seja incompatível com ela é incompleta ou ilegítima, pois se tornou um valor e uma necessidade da própria democracia (PEREIRA, 2012, p. 98).

À vista disso, conclui Rafael da Silva Santiago pela inconstitucionalidade da discriminação das famílias poliafetivas ou não monogâmicas para as monogâmicas, pois esta discriminação viola a dignidade da pessoa humana, ante o reconhecimento de que o princípio impede o tratamento diferenciado aos diversos tipos de família (SANTIAGO, 2015, p. 161).

Além da dignidade da pessoa humana, o princípio da liberdade, aqui restrito as relações familiares, também merece especial atenção. De acordo com Marcos Alves da Silva "a liberdade constituiu um dos primados do direito moderno [...] intimamente vinculada à noção de dignidade e, portanto, à autonomia (autorregulação) da pessoa humana" (SILVA, 2013, p. 299).

O princípio da liberdade tem como característica precípua o poder de escolha na constituição de relações afetivas e familiares, sem a influência de agentes externos (LÔBO, 2011, p. 69). De acordo com Paulo Lôbo, o princípio da liberdade diz respeito a permanente constituição e reinvenção dos arranjos familiares, não devendo o Estado regular deveres restritivos a liberdade e, portanto, a vida privada das pessoas, quando não haja interferência no interesse geral (LÔBO, 2011, p. 70).

Diante de tais considerações, verifica-se que não há qualquer proteção ao interesse geral quando o Estado, utilizando de seu poder, restringe a liberdade a partir da institucionalização da monogamia enquanto princípio universalizante de conduta. Pelo contrário, vê-se a restrição da autonomia privada dos praticantes do poliamor, a partir de noções morais e concepções construídas social e culturalmente, que não devem vincular, em absoluto, as pessoas (SANTIAGO, 2015, p. 169).

Assim, o Estado, ao se imiscuir na vida privada dos indivíduos a partir da condenação das relações não monogâmicas, viola o princípio da liberdade, excluindo da busca pela felicidade e do pleno desenvolvimento afetivo e existencial, aquelas pessoas que se identificam com o modelo poliamorista de relacionamento.

Por fim, para completar a tríade da qual irradiam os demais princípios e de onde surge a premente necessidade do reconhecimento jurídico das uniões poliafetivas, tem-se o princípio da igualdade. Tal princípio provocou profundas mudanças nas relações familiares, ante o reconhecimento da igualdade formal e material entre homem e mulher, entre os filhos tidos dentro e fora do casamento e com relação ao reconhecimento de toda e qualquer entidade familiar que promova a dignidade de seus partícipes, com vistas ao respeito, a felicidade e a plena realização pessoal (LÔBO, 2011, p. 65).

Desta passagem revela-se que em que pese haja previsão constitucional expressa do princípio da igualdade, este pode ser excepcionado pelo tratamento desigual quando, e somente quando houver a necessidade deste tratamento desigual para o alcance da igualdade material. Entretanto, a questão relativa as uniões poliafetivas se restringe a igualdade formal.

Nestes termos, importa ressaltar que "em nome do princípio da igualdade, é necessário que se assegure direitos a quem a lei ignora" (DIAS, 2013, p. 69) e a lei,

hoje, ignora as uniões poliafetivas através da fomentação do preconceito e da postura discriminatória da mentalidade conservadora que tem seu ápice na consagração da monogamia como um princípio universal.

Assim, se a família instituída com base nos parâmetros da poliafetividade respeita a dignidade de seus partícipes, fundada no afeto e no respeito mútuo, com vistas a liberdade e a solidariedade familiar, não se justifica o tratamento diferenciado destas famílias, visto que este promove a desigualdade entre estas e as demais.

Ademais, qualquer distinção entre as famílias poliamoristas e as tradicionais e demais traduzem o preconceito alimentado cultural e legislativamente, gerando um desequilíbrio e a violação de princípios constitucionais ante a discriminação destas entidades relacionais, que são legítimas. Ou seja, "por haver vazio legal a respeito do poliamorismo, já que inexiste regra jurídica que contemple sua existência, seu reconhecimento deve ser efetivado por meio da semelhança significativa" (MADALENO, 2015, item 3.4.1).

Diante de tais considerações, no intuito de confirmação diante da lei de sopesamento, o "princípio da monogamia" cede lugar aos princípios elevados à ordem constitucional.

Sem prejuízo, implicitamente, a Constituição Federal consagrou o princípio da afetividade. Com a modificação das relações privadas, a inserção da mulher no mercado de trabalho e a redução gradual do patriarcalismo, as famílias passaram a se manter, precipuamente, pelos elos afetivos, restando relegada a um segundo plano as razões econômicas que pautaram por muitos séculos as entidades familiares (PEREIRA, 2012, p. 210-211). Desta forma, o afeto passa a ser o núcleo e a base da mantença das uniões que dão origem as famílias.

A afetividade, portanto, revela-se como fundamento e finalidade da família, cuja ausência faz ruir a entidade familiar, visto que é ela quem estabelece e fortifica os laços de companheirismo, respeito e que resulta na solidariedade familiar, que por sua vez propicia o respeito à liberdade, a igualdade e a promoção da dignidade de seus membros. Ademais, "o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana" (MADALENO, 2015, item 3.4.1).

> No poliamor, todos os indivíduos têm pleno conhecimento acerca de sua situação amorosa e afetiva, consentindo sobre absolutamente todos os aspectos do relacionamento, seja quanto à pluralidade de parceiros ou à sua forma de desenvolvimento. Vale dizer, no poliamor não há espaço para mentira, traição ou quebra da confiabilidade. Todos sabem de tudo o que se passa, na medida em que a confiança é um de seus valores supremos (SANTIAGO, 2015, p. 179).

Assim, as instituições familiares, em especial o modelo poliamorista de relacionamento, nas palavras do Professor Luiz Edson Fachin, funcionam como um

> [...] mosaico da diversidade, ninho de comunhão no espaço plural da tolerância. Tripé de fundação, como se explica. Diversidade cuja existência do *outro* torna possível fundar a família na realização pessoal do indivíduo que respeitando o "outro" edifica seu próprio respeito e sua individualidade no coletivo familiar. Comunhão que valoriza o afeto [...] Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos [...] Eis, então, o direito ao refúgio afetivo (FACHIN, 1999, p. 306).

Ora, sendo a afetividade o vínculo que serve de alicerce das relações interpessoais, aqui, familiares, implicando na sua formação, transformando o ambiente familiar em um baluarte para o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a solidificação do projeto de felicidade dos membros das mais variadas conformações familiares (CAVALCANTI, 2016, p. 125-129), cumpre ressaltar que falar em família sem falar no princípio da afetividade, é falar de uma entidade sem o seu elemento central. Portanto, estando as uniões poliafetivas pautadas pelo referido princípio, justifica-se seu reconhecimento jurídico.

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA DECISÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA QUANTO AO REGISTRO DAS UNIÕES ESTÁVEIS POLIAFETIVAS

As modificações pelas quais, progressivamente, o corpo social tem passado, sobretudo nos hábitos culturais sexuais e na vida íntima dos sujeitos, tem extrema relevância no papel do Direito enquanto regulamentador das relações sociais (SANTIAGO, 2015, p. 125). A discussão acerca das práticas não monogâmicas, como é o caso das uniões poliafetivas, é de extrema relevância, visto que tais relações têm sido mais frequentemente observadas através da mídia e a ausência de proteção ou reconhecimento jurídico tem relegado seus partícipes a enormes dificuldades, sobretudo na formalização de suas uniões.

No Brasil, no ano de 2012, na cidade de Tupã, Estado de São Paulo, houve o primeiro registro de união poliafetiva entre um homem e duas mulheres, que gerou amplas discussões acerca de sua validade. No meio jurídico, tomou força a discussão acerca da monogamia como princípio estruturante do Direito de Família, bem como regime de bens, previdência e sucessão, que são questões ainda pouco tratadas, estando a abordagem do tema, de certa forma, restrita à possibilidade de tais uniões serem legítimas e tuteladas juridicamente.

No ano de 2015, outra união poliafetiva foi registrada, desta vez entre três mulheres, no Estado do Rio de Janeiro. Após amplos debates, que envolvem de forma contundente várias instituições sociais, no primeiro semestre do ano de 2016, a Associação de Direito de Família e das Sucessões apresentou uma representação perante a Corregedoria Nacional de Justiça, requerendo liminarmente a proibição da lavratura de escrituras pública de reconhecimento de união estável poliafetiva nos cartórios brasileiros, bem como a regulamentação da matéria.

A liminar foi negada, entretanto, a corregedora ministra Nancy Andrighi sugeriu aos cartórios que aguardem até a conclusão dos estudos para registrar novas uniões poliafetivas, visto que se trata de tema de alta complexidade e não se restringe aos interesses dos envolvidos na relação afetiva.[6]

Após dois anos de discussão acerca do tema junto ao Conselho Nacional de Justiça no Pedido de Providências de n° 0001459-08.2016.2.00.0000, de relatoria do Corregedor Nacional de Justiça Ministro João Otávio de Noronha, referente a lavratura de declarações públicas de união estável poliafetiva, entendeu-se que esta não pode ter o *status* de família, pois não incorporada como tal pela sociedade brasileira e, pelo fato de que não teria sido objeto de análise pelo Poder Judiciário em matéria de

[6] CORREGEDORIA analisa regulamentação do registro de uniões poliafetivas. **Conselho Nacional de Justiça,** Brasília, 04 maio 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas. Acesso em: 24 jul. 2016.

controle de constitucionalidade e que o tema é pouco amadurecido na comunidade jurídica.[7] O teor da referida decisão ainda frisou que:

> A diversidade de experiências e a falta de amadurecimento do debate inabilita o "poliafeto" como instituidor de entidade familiar no atual estágio da sociedade e da compreensão jurisprudencial. Uniões formadas por mais de dois cônjuges sofrem forte repulsa social e os poucos casos existentes no país não refletem a posição da sociedade acerca do tema; consequentemente, a situação não representa alteração social hábil a modificar o mundo jurídico. A sociedade brasileira não incorporou a "união poliafetiva" como forma de constituição de família, o que dificulta a concessão de status tão importante a essa modalidade de relacionamento, que ainda carece de maturação. Situações pontuais e casuísticas que ainda não foram submetidas ao necessário amadurecimento no seio da sociedade não possuem aptidão para ser reconhecidas como entidade familiar.[8]

A decisão do Conselho Nacional de Justiça, como ressalta o trecho acima, muito embora tenha se baseado em argumentos jurídicos louváveis e até mesmo razoáveis, tendo em vista que é impossível que o órgão legisle e faça um exercício hermenêutico de interpretação constitucional aos dispositivos legais, sob pena de usurpação de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, o que se denota do inteiro teor da decisão e dos votos convergentes, divergentes ou parcialmente divergentes, tem-se que, sob o pretexto de não criar uma nova entidade familiar que não foi reconhecida pelo Poder Judiciário ou regulamentada legislativamente, criou uma nova condição de marginalização social.

Isso se deve ao fato de que restou bastante claro, muito embora se tenham suscitado argumentos jurídicos, que a opinião pessoal dos corregedores e o preconceito alimentado socialmente constituiu fato fundamental para a orientação final no sentido de impedir o registro das uniões estáveis poliafetivas, negando a autonomia privada, a liberdade, a dignidade dos partícipes desses relacionamentos e, especialmente, o fato de constituírem uma entidade familiar que atende ao preconizado pela Constituição Federal.

Atualmente, a concepção de família se descola totalmente do ideário social e legislativo – legislação esta já completamente defasada – de um casamento matrimonializado, patrimonializado, monogâmico e heterossexual, sendo constituída, basicamente, pela promoção dos vínculos afetivos entre seus partícipes, na busca de seu pleno desenvolvimento e na busca da felicidade daqueles que a integram. Sendo uma instituição fluida, decorrente da autonomia privada, da liberdade de escolha e do livre planejamento familiar, não pode ser excluída de proteção, seja qual conformação tenha. Nesse sentido, como bem sintetiza Ricardo Lucas Calderón:

> Paralelamente se reconheceu que as relações familiares podem se configurar com diversos liames e não apenas com base em um ou outro modelo: laços biológicos, afetivos, registrais, jurídicos e matrimoniais desfilam lado a lado na multicolorida sociedade do novo milênio. A afetividade passa a ser elemento presente em diversas

[7] CONSELHO Nacional de Justiça. **Pedido de Providências n° 0001459-08.2016.2.00.0000.** Disponível em: https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf?x48657. Acesso em: 27 nov. 2018. p. 02.

[8] O referido trecho foi retirado da página 03 do Pedido de Providências n° 0001459-08.2016.2.00.0000, de relatoria do Corregedor Geral de Justiça Ministro João Otávio de Noronha.

> relações familiares contemporâneas, sendo cada vez mais percebida tanto pelo direito como pelas outras ciências humanas. Mesmo sem regulação expressa, a sociedade adotou o vínculo afetivo como relevante no trato relativo aos relacionamentos familiais (CALDERÓN, 2013, p. 11).

Diante das considerações supra traçadas, constata-se que as uniões poliafetivas e seus partícipes encontram-se desprotegidos juridicamente, marginalizados pela legislação infraconstitucional e pelos preconceitos concebidos a partir da origem do casamento patriarcal, matrimonializado, patrimonializado e monogâmico, que possui íntima correlação com as formas de dominação masculina, que se revela na submissão feminina e na forma de seu tratamento, bem como nas relações de trabalho, que se revertem na situação de desigualdade econômica que ainda atualmente permanecem evidentes.

Em última análise, a decisão do Conselho Nacional de Justiça desvincula-se da concepção de família enquanto instituição de promoção da dignidade da pessoa humana, pois marginaliza seus membros e impede a tutela de seus direitos civis, violando diretamente o direito ao livre planejamento familiar previsto no art. 226, §7º da Constituição Federal e art. 1.565, §2º do Código Civil.

A situação em comento reflete diretamente não só nos efeitos jurídicos da proibição da lavra de escrituras públicas e a sua discussão perante o Poder Judiciário, que se verá, novamente, em posição delicada, em que se contrapõe o dever de declarar o direito e o ativismo judicial associado a situação fática que se apresentará nos casos em que de fato existe uma família poliafetiva, mas reflete-se, direta e profundamente, na vida das pessoas que vivem esses relacionamentos e se reconhecem como família legítima.

Como bem observa a escrivã Fernanda de Freitas Leitão, do 15º Ofício de Notas do Rio de Janeiro ao analisar a decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça, que converge com o entendimento dos membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM):

> As uniões poliafetivas já são uma realidade social, se descortinando como um novo formato de família. Ademais, esse novo formato familiar converge perfeitamente com as decisões do Supremo Tribunal Federal exaradas na ADI nº 4.277, na ADPF nº 132, e, por fim, com o brilhante voto do Ministro Luís Roberto Barroso, no RE nº 878.694-MG, onde o mesmo preconiza: “Logo, se o Estado tem como principal meta a promoção de uma vida digna a todos os indivíduos, e se, para isso, depende da participação da família na formação de seus membros, é lógico concluir que existe um dever estatal de proteger não apenas as famílias constituídas pelo casamento, mas qualquer entidade familiar que seja apta a contribuir para o desenvolvimento de seus integrantes, pelo amor, pelo afeto e pela vontade de viver junto”.[9]

Diante de tais apontamentos, é possível observar que o Estado, ao marginalizar as uniões poliafetivas através da consagração do princípio da monogamia, que, desconstruído como dogma inquestionável, traduz-se em valor e que, portanto, não é a todos aplicável de maneira obrigatória, incorre em inconstitucionalidade ante o

[9] FAMÍLIA Poliafetiva e Especialistas reagem à decisão do CNJ. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).** Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/6674/Fam%C3%ADlia+poliafetiva+e+especialistas+reagem+%C3%A0+decis%C3%A3o+do+CNJ. Acesso em: 01 dez. 2018.

desrespeito dos princípios expressos e implícitos no texto constitucional. Ademais, descabe ao Estado se imiscuir de forma ilimitada na vida privada, retirando da pessoa humana sua capacidade de autodeterminação e autonomia, sob pena de se abrirem precedentes a um regime autoritário e, portanto, antidemocrático.

Isto posto, observando-se o princípio que se transmuda no núcleo axiológico da Constituição Federal e promovendo a igualdade, a liberdade, a afetividade, a solidariedade familiar e reconhecendo-se a possibilidade da existência de diversas formas de composição familiar, faz-se necessário um olhar social e jurídico mais condescendente com as uniões poliafetivas, reconhecendo-se a possibilidade de sua existência e sua tutela jurídica, afastando da marginalização proveniente do preconceito e de valores ultrapassados e dissonantes do preconizado pela Constituição de 1988 aqueles indivíduos que escolhem a poliafetividade como forma de relacionamento e meio do seu pleno desenvolvimento enquanto pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família, atualmente um conceito amplo, que abarca variados formatos de constituição, nem sempre teve para si um olhar humanizado e uma proteção jurídica a privilegiar a dignidade de cada um de seus partícipes. Em princípio, a instituição familiar se subsumia a um único formato, qual seja, o da família tradicional, concebida pelo matrimônio heterossexual, monogâmico, patriarcal e formal, que é fruto de uma construção histórica que possui como base sólida a concepção judaico-cristã de monogamia dentro do viés religioso, proveniente da Igreja Católica, que diante do cenário que se desenrola após a queda do Império Romano e a aplicação de um direito consuetudinário dentro de um contexto de fragmentariedade da soberania dos reis, aparece como regulamentadora de relações sociais.

Com a ruptura, no entanto, das relações entre Igreja e Estado, principiadas pelas Revoluções Burguesas e a própria constituição dos Estados de Direito Modernos, viu-se a tomada, pelo Estado, da função legiferante, em que pese mantenha muito dos reflexos culturais no que tange a proteção e regulamentação das relações familiares em suas construções legislativas, cujo marco é o Código Napoleônico.

Posteriormente, em especial em razão da Segunda Guerra Mundial, viu-se uma preocupação pelos Estados em tutelar direitos humanos, que se refletem nos direitos fundamentais, direitos estes irrenunciáveis e inalienáveis, que no Brasil, após um processo de redemocratização derivado do fim do período conhecido como Ditadura Militar, resultou na promulgação da Constituição Federal de 1988, que chamou à responsabilidade do Estado a promoção e a tutela da dignidade da pessoa humana e seus consectários.

Diante de tais considerações, verifica-se que no conceito de família, que preza pelos princípios constitucionais, descabem discriminações de quaisquer formatos, bem como discriminação de seus membros, numa busca constante pelo pleno desenvolvimento de seus partícipes e de sua felicidade, que em última análise se dá em razão da promoção da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, a monogamia enquanto princípio jurídico cede lugar aos princípios constitucionais e enquanto valor se constitui apenas no direito de escolha de determinados grupos sociais que na busca pela sua realização pessoal, encontram na monogamia uma forma de viver dignamente. Havendo liberdade de escolha em viver uma relação monogâmica, deve haver liberdade de escolha em viver uma relação não monogâmica, no caso, as poliafetivas, que em nada diferem das famílias

já tuteladas pelo ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual não podem restar distantes da tutela estatal, sob pena de violação dos preceitos constitucionais.

Entretanto, além de haver o respeito pela liberdade daqueles que optam por um relacionamento monogâmico e formal, tradicional, deve haver o respeito pela liberdade de escolha quando da constituição de uniões poliafetivas, cujos integrantes, poderiam, inclusive, ser concebidos como uma minoria. Assim, faz-se necessário uma ação afirmativa pelo Estado, a fim de que tais uniões sejam reconhecidas juridicamente como legítimas e possíveis, no intuito de tutelar os direitos fundamentais de seus integrantes, que em nada diferem de quaisquer outras pessoas, promovendo-lhes a dignidade e a igualdade.

A decisão do CNJ ao impedir o registro das uniões poliafetivas nos cartórios brasileiros, portanto, não só se desloca da realidade social que se apresenta e a necessidade de tutela dessas famílias, como também determina a incidência de maior preconceito social e marginalização dos indivíduos que constituem tais entidades familiares.

Por fim, importa observar que após o pronunciamento do Conselho Nacional de Justiça, os integrantes de uma relação poliafetiva são sobreviventes. Sobreviventes do tempo, da cultura e do preconceito social. Cabe, portanto, a comunidade jurídica, discutir e propiciar o respeito aos seus direitos, tirando-os da condição de sobreviventes, para elevá-los novamente a condição de seres humanos, da qual nunca deveriam ter saído.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina.** 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família.** Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

CAVALCANTI, Camilla de Araujo. **Famílias Pós-Modernas:** A Tutela Constitucional à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Curitiba: Juruá, 2016.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Pedido de Providências n° 0001459-08.2016.2.00.0000.** Disponível em: https://www.jota.info/wp-content/uploads/2018/08/a76994fe42703dab2c66aad9f04c56a9.pdf?x48657. Acesso em: 27 nov. 2018.

CORREGEDORIA analisa regulamentação do registro de uniões poliafetivas. **Conselho Nacional de Justiça,** Brasília, 04 maio 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas. Acesso em: 24 jul. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FAMÍLIA Poliafetiva e Especialistas reagem à decisão do CNJ. **Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).** Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/noticias/6674/Fam%C3%ADlia+poliafetiva+e+especialistas+reagem+%C3%A0+decis%C3%A3o+do+CNJ. Acesso em: 01 dez. 2018.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre a facticidade e a validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. 1.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Livro eletrônico.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores do Direito de Família.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas e Monogamia.** Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/9.pdf. Acesso em 20 nov. 2018.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e Direito das Famílias:** Reconhecimento e Consequências Jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Marcos Alves da. **Da Monogamia:** a sua Superação como Princípio Estruturante do Direito de Família. Curitiba: Juruá, 2013.

DIREITO CONSTITUCIONAL: OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E A FLEXIBILIZAÇÃO NA POLÍTICA DE COMERCIALIZAÇÃO E CONTROLE DE ARMAS DE FOGO NO BRASIL

CONSTITUTIONAL LAW: FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES AND FLEXIBILIZATION IN THE FIRE MARKETING AND CONTROL POLICY IN BRAZIL.

Bernardo Silva de Seixas[10]
Erick de Oliveira Brissow[11]
Joice Maciel Guerra Brissow[12]
Recebido em:
Aprovado em:

RESUMO: O presente artigo propõe como escopo a promoção de uma análise acerca das mudanças trazidas pelo Decreto N. 9.658, de 15 de Janeiro de 2019, no tocante a flexibilização na política de comercialização de armas de fogo no Brasil, o qual viabilizou a posse de armas de fogo em todo território nacional por intermédio da regulação dos requisitos do termo “efetiva necessidade” constante no art. 4º, da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, antes requisito de apreciação discricionária da Polícia Federal. E, visa identificar os motivos pelos quais se acredita ser oportuna a manutenção da proibição do porte de armas de fogo, observadas as exceções expressas em lei, por intermédio de uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, a partir de concepções constitucionais sobre os direitos e garantias fundamentais e direitos sociais. Trata-se de um projeto de pesquisa bibliográfica, de tema atual detentor de relevante importância jurídica e social e que, ao final, pretende-se comprovar a hipótese de que se deve manter a proibição do porte de arma de fogo no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucional. Interpretação Sistemática. Flexibilização. Armas de fogo. Posse e Porte.

ABSTRACT: This article proposes as a scope an analysis of the changes brought by Decree No. 9.658, of January 15, 2019, regarding the easing of the firearms commercialization in Brazil, which enabled the possession of weapons throughout the national territory due to the regulation of the requirements of the term "effective necessity" in art. 4, of Law 10,826, dated December 22, 2003, previously a requirement of discretionary assessment of the Federal Police. And, it aims to identify the reasons why it is considered opportune to maintain the prohibition of the carrying of firearms,

[10] Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma em Direito de São Paulo – FADISP. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Especialista em Processo Constitucional e Direitos Fundamentais pela Universidade de Pisa/Itália. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). Professor da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e do CIESA. Professor de Graduação do Curso de Direito da UFAM, CIESA, Martha Falcão/Wyden. Advogado. E-mail: seixas.bernardo@gmail.com.
[11] Discente do Curso Superior em Direito do Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. E-mail: brissow_erick@outlook.com
[12] Discente do Curso Superior em Direito do Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. E-mail: joice_mgs@hotmail.com

subject to exceptions expressed in law, through a systematic analysis of the Brazilian legal system, based on constitutional conceptions on the rights and fundamental guarantees and social rights. It is a bibliographical research project, of current subject matter of significant juridical and social importance and, in the end, it is been tried to prove the hypothesis that the prohibition of the possession of firearm in Brazil should be maintained.

KEYWORDS: Constitutional. Systematic Interpretation. Flexibilization. Firearms. Possession and Porte.

INTRODUÇÃO

No dia 15 de janeiro de 2019, o Presidente da República Federativa do Brasil, Jair Messias Bolsonaro, assinou o Decreto nº. 9.685 que de fato flexibilizou a política de comercialização de arma de fogo para pessoas físicas no Brasil, regulando as hipóteses em que estariam presentes os elementos probatórios de efetiva necessidade para possuir uma arma de fogo.

Desse modo, mediante o acaloramento atual no debate sobre posse e porte de armas de fogo no Brasil, tem-se a necessidade de realização de algumas ponderações na esfera constitucional e infraconstitucional, alinhando as arguições à defesa e garantia de direitos fundamentas para que se possa enriquecer o debate mantendo-se a harmonia jurídica almejada em todo sistema democrático de direito.

O problema formulado reside no âmbito dos direitos e garantias fundamentais e direitos sociais à medida que se acredita que ao flexibilizar a política de comercio e controle de armas de fogo, ampliando a possibilidade de se possuir armas de fogo no Brasil, o Estado está adotando o comportamento que afeta a existência humana e a almejada paz social, principalmente às esferas sociais historicamente desfavorecidas e até mesmo perseguidas.

Tem-se como escopo principal realizar uma análise adotando o método dedutivo em torno das inovações legislativas introduzidas no ordenamento jurídico no que diz respeito a armas de fogo e suas possíveis consequências sociais, iniciando por abordagens constitucionais inerentes ao direito a vida e aos direitos sociais de modo a possibilitar a perspectiva de harmonia no sistema jurídico brasileiro, adiante, realizar uma abordagem especifica das alterações na política de armas trazidas pelo novo decreto presidencial e considerações acerca das armas de fogo tais como sua finalidade e distinção entre porte e porte; considerações necessárias ao escorreito entendimento do objeto em análise.

In fine, realizar-se-á algumas considerações acerca do Projeto de Lei N. 3722 de 2012.

1 CONSIDERAÇÕES CONSTITUCIONAIS ACERCA DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

1.1 GARANTIA A INVIOLABILIDADE DO DIREITO A VIDA

Ab initio, ponderoso destacar que a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, Carta Maior da República, traz consigo em seu artigo 5º, constante do título II, assim denominado “Dos direitos e Garantias Fundamentais”, a garantia à inviolabilidade do direito à vida.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (grifou-se).

Desse modo, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, assevera que "[...] tem-se como inquestionável que **o direito à vida tem precedência sobre os demais direitos individuais**, uma vez que é pressuposto para o exercício de outros direitos". (MENDES, 2018, p. 350)

De igual modo, Paulo Gustavo Gonet Branco:

> A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse. (BRANCO, 2018, P. 377)

Certo é que, quando abordamos o direito à vida deve ser observado tanto "o direito de não ser morto", ilustrado constitucionalmente pela vedação da pena de morte; quanto o "direito a uma vida digna", garantido a todo ser humano a satisfação de suas necessidades vitais fundamentais, conforme ensina Pedro Lenza. (LENZA, 2017, p. 1148)

No mesmo sentido, o eminente ministro Alexandre de Moraes afirma:

> A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. (MORAES, 2018, p. 106)

O que *per si* não significa que tal direito seja absoluto, tampouco prevaleça sobre os demais direitos e garantias individuais, tendo, por conseguinte, que haver uma ponderação no caso concreto havendo conflito entre eles, podendo dessa forma se realizar limitações ao exercício de tais direitos preservando a harmonia hermenêutica pretendida na sistematização do universo jurídico, sem que determinado direito ou garantia prevaleça em detrimento de outro, e sim objetivando que haja coexistência dentre eles.

No mesmo sentido, a Carta Magna de 1988, inciso XLVII, art. 5º, ordena expressamente que não haverá pena de morte, exceto em caso de guerra declarada; de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, banimento ou cruéis; consagrando o dito alhures quanto ao direito à vida não ser absoluto.

Evidente a relevância das considerações supra ao tema abordado quando se dá destaque ao que sustenta o eminente Ministro Gilmar Mendes: "Assim, em face do direito à vida, o Estado não pode assumir comportamentos que afetem a existência do ser humano". (MENDES, 2018, p. 133)

Em concordância contemporânea com o que já declarava o polímata Jurista Rui Barbosa, "o direito constitucional brasileiro aboliu a pena de morte e a democracia do revólver avocou-a para o seu uso." (BARBOSA, 1942, p. 165)

1.2 O INSTITUTO DOS DIREITOS SOCIAIS

No Brasil, a Constituição de 1934 inaugurou um título especifico sobre os direitos econômicos e sociais, fortemente influenciada pela constituição alemã de Weimar. José Afonso da silva, assim conceitua os direitos sociais:

> Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propicias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade. (SILVA, 2013, p. 288)

O sistema jurídico brasileiro, regido sob os pilares da Constituição Federal de 1988, e os necessários e constantes exercícios hermenêuticos em busca de harmonia à aplicação das normas, em escorreita observância ao inciso IV, § 4º do art. 60, doutrinariamente cláusula pétrea por tratar de direitos e garantias individuais, e, portanto imutáveis, ainda que pelo poder constituinte, visto o princípio da continuidade e vedação ao retrocesso, estabelece de forma inquestionável o direito à vida como norteador.

Bem como, em seu art. 6º, estabelece os direitos sociais:

> 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.

Nas palavras de Pedro Lenza:

> Assim, os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida, estando, ainda, consagrados com os fundamentos da República Federativa do Brasil (LENZA, 2017, p. 1250).

Imperioso consignar que o colapso do Estado em oportunizar os direitos sociais previsto na Constituição, sob a égide do princípio da Reserva do Possível, pode ser tido como responsável por uma população carcerária de 726.712 apenados no ano de 2016, cuja sua maioria se traduz em jovens, negros, de baixa escolaridade, solteiros e sem filhos, consoante Atlas da Violência 2018.

Em sua obra “O contrato social”, Jean Jacques Rousseau escreveu: “Num Estado bem governado, há poucas punições, não porque se concedam muitas graças, mas pelo fato de haver poucos criminosos; a quantidade de crimes assegura a impunidade, quando o Estado se deteriora.” (ROUSSEAU, 1762, p. 50).

Por conseguinte, consoante demostrado, é dever do Estado oportunizar os direitos sociais aos brasileiros, dentre eles o direito a segurança. Rodrigo Padilha aduz que:

> O termo “segurança” significa garantia, proteção e estabilidade. Diversas formas de segurança nos são apresentadas pelo Direito, como a segurança jurídica, a segurança social (seguridade social) e a segurança pública. (PADILHA, 2018, p. 936)

Nesse contexto, expende o Doutor Pedro Lenza:

> No art. 6°, aproxima-se do conceito de segurança pública, que, como dever do Estado, aparece como direito e responsabilidade de todos, sendo exercida, nos termos do art. 144, caput, para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. (LENZA, 2017, p. 1148)

O art. 144 da Constituição assim assevera:

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

Ocorre que, em que pese tal previsão constitucional, o Brasil tem-se furtado ao dever de garantir de forma igualitária e satisfatória os direitos sociais, restando muitas das vezes ausente em regiões mais pobres e marginalizadas da sociedade, como se sabe.

Para clarificar o tema a ser abordado utilizaremos a conceituação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto a respeito do termo “ordem pública”, *in verbis:*

> Na acepção sistêmica, a ordem pública é o pré-requisito de funcionamento do sistema de convivência pública. Não só ele contém no poli sistema social como é imprescindível a seu funcionamento, uma vez que viver em sociedade importa, necessariamente, em conviver publicamente.
> No sentido material, ou descritivo, a ordem pública é a situação de fato, ocorre numa sociedade, resultante da disposição harmônica dos elementos que nela integram, de modo a permiti-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratória da liberdade de cada um.
> No sentido formal, ou normativo, a ordem pública é o conjunto de valores, de princípios e de normas que se pretende devam ser observados numa sociedade, impondo uma disposição ideal dos elementos que nela interagem, de modo a permitir-lhe um funcionamento regular e estável, assecuratória da liberdade de cada um. (MOREIRA NETO, 1988, p. 10 e 11)

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 101.300, distinguiu os conceitos de ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio e definiu a existência de correlação entre eles para o acautelamento do meio social, vejamos:

> O conceito jurídico de ordem pública não se confunde com incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144 da CF/1988). Sem embargo, ordem pública se constitui em bem jurídico que pode resultar mais ou menos fragilizado pelo modo personalizado com que se dá a concreta violação da integridade das pessoas ou do patrimônio de terceiros, tanto quanto da saúde pública (nas hipóteses de tráfico de entorpecentes e drogas afins). Daí sua categorização jurídico-positiva, não como descrição do delito nem cominação de pena, porém como pressuposto de prisão cautelar; ou seja, como imperiosa necessidade de acautelar o meio social contra fatores de perturbação que já se localizam na gravidade incomum da execução de certos crimes. Não dá incomum gravidade abstrata deste ou daquele crime, mas da incomum gravidade na perpetração em si do crime, levando à consistente ilação de que, solto, o agente reincidirá no delito. Donde o vínculo operacional entre necessidade de preservação da ordem pública e acautelamento do meio social. Logo, o conceito de ordem pública que se desvincula do conceito de incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio (assim como da violação à saúde pública), mas que se enlaça umbilicalmente à noção de acautelamento do meio social. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2010)

Assim, a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio alheio encontram-se vinculadas a toda sociedade, tendo, por consequência, que serem abordados como de interesse público, nas palavras de Ada Pellegrini “constituindo-se uma função primária e natural do próprio estado de direito”. (GRINOVER, 1990)

A teoria Lockeana da “Tábula Rasa” defende que toda impressão registrada na mente do ser humano advém de experiências práticas; que o homem nasce como uma folha em branco, sem conhecimento algum, e que as percepções práticas, experiências e interação com o ambiente externo a preenche.

> Suponhamos, pois, que a mente é, como dissemos, um papel em branco, desprovida de todos os caracteres, sem nenhuma ideia; como ela será suprida? De onde lhe provém este vasto estoque, que a ativa e ilimitada fantasia do homem pintou nela com uma variedade quase infinita? De onde apreende todos os materiais da razão e do conhecimento? A isso respondo com uma só palavra: Experiência. Todo nosso conhecimento está nela fundado. E dela deriva fundamentalmente o próprio conhecimento. (LOCKE, 1999, p. 57)

Irracional, portanto, aspirar que um jovem que nasce ou simplesmente viva em uma comunidade carente ou área marginalizada da sociedade, onde o Estado permanece ausente, onde impera o crime organizado e as milícias, onde não existem escolas, postos de saúde ou policiamento ostensivo; em que o contado com armas e drogas ilícitas seja cotidiano e que o respeito e autoridade residem na figura daquele que infringe as leis, não vá acabar em conflito com a lei penal.

Dito isso, prescinde de maiores reflexões para se chegar à hipótese de que o Estado, ao falhar na garantia de direitos sociais como educação, saúde, trabalho, alimentação, moradia e segurança pública a população, marginalizada e carente, contribui para o aumento dos índices de violência no país.

2 DA AUTORIZAÇÃO PARA POSSE DE ARMAS DE FOGO NO BRASIL

O Decreto N. 9.658, de 15 de janeiro de 2019, altera o decreto N. 5.123, de 1º de julho de 2004, que regulamenta a lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 - Estatuto do Desarmamento – elencando as situações onde se encontram presentes os requisitos de “efetiva necessidade” para posse de arma de fogo, anteriormente abordados em caráter discricionário pela Polícia Federal.

O Regulamento do Estatuto do Desarmamento, anterior ao Decreto N. 9.658/19, no § 1º, do art. 12, estipulava que a declaração de efetiva necessidade prevista no inciso I do mesmo dispositivo assim seria analisada:

> Art. 12. Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá:
> I – declarar efetiva necessidade;
> § 1º A declaração de que trata o inciso I do **caput** deverá explicitar os fatos e circunstâncias justificadoras do pedido, que serão examinados pela Polícia Federal segundo as orientações a serem expedidas pelo Ministério da Justiça.

Nesse contexto, caberia ao Ministério da justiça regulamentar tal exigência legal, qual seja, a análise dos fatos e circunstâncias justificadoras de se possuir uma arma de fogo.

De fato, a Instrução Normativa nº 023/2005, do Diretor Geral do Departamento de Polícia Federal, objetivando cumprir o emanado pelo § 1º do dispositivo supra, trouxe no § 1º, do art. 6º, a seguinte redação: “A autoridade competente poderá exigir documentos que comprovem a efetiva necessidade de arma de fogo.”.

Evidente, a partir de breve análise que a declaração de efetiva necessidade, prevista no Estatuto do Desarmamento, transmutou-se em comprovação de efetiva necessidade por meio de instrução normativa, restando, portanto, requisito mais oneroso que aquele estipulado por lei, restringindo o acesso às armas do fogo no Brasil.

Em que pese tal constatação, o poder judiciário assim direcionou a jurisprudência:

> A autorização para compra, registro e o porte de arma de fogo é exceção no Brasil e, no que concerne à aquisição, deve obedecer necessariamente ao regramento da lei n. 10.826/2003, em especial do art. 4º (...)
> Quanto à declaração da efetiva necessidade, deve também ser observado o disposto no Decreto n. 5.123/2004 (art. 12, I) e Instrução Normativa nº 023/2005 (art. 6º) do Diretor Geral da Polícia Federal, sendo permitido à autoridade competente exigir documentos que comprovem a efetiva necessidade de arma de fogo (§ 1º) (...)
> Não verifico exorbitância do decreto regulamentador e da instrução normativa sobre a exigência de documentos que comprovem a efetiva necessidade da arma de fogo, porquanto o termo “efetiva” pressupõe a existência de circunstâncias justificadoras do pedido. (...)
> Por outro lado, além dos requisitos vinculados do ato administrativo, a análise quanto ao preenchimento do requisito da efetiva necessidade da aquisição da arma de fogo, em específico, é ato discricionário da Administração, não cabendo ao Poder Judiciário o controle sobre conveniência e oportunidade.(...) (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, 2017)

No mesmo sentido:

> O ato administrativo de concessão da autorização para adquirir armas de fogo possui, além dos seus aspectos vinculados, conteúdo discricionário, o qual consiste na avaliação da Administração Pública da justificativa apresentada pelo interessado. Dessa forma, cabe à Polícia Federal aferir se tal justificativa traduz a efetiva necessidade da aquisição de uma arma de fogo pelo interessado. 2. O Poder Judiciário não pode fazer controle sobre o mérito do ato administrativo, ou seja, não pode dizer se ele é conveniente ou oportuno, sob pena de se imiscuir na atividade típica do administrador. (RIO DE JANEIRO, Tribunal Regional Federal, 2018)

Com a vigência do Decreto N. 9.658, de 15 de janeiro de 2019, além de se presumir "a veracidade dos fatos e das circunstâncias afirmadas na declaração de efetiva necessidade", elencou em rol exemplificativo as hipóteses em que restam presentes os requisitos de efetiva necessidade, *in verbis:*

> § 7º Para a aquisição de armas de fogo de uso permitido, considera-se presente a efetiva necessidade nas seguintes hipóteses:
> I - agentes públicos, inclusive os inativos:
> a) da área de segurança pública;
> b) integrantes das carreiras da Agência Brasileira de Inteligência;
> c) da administração penitenciária;
> d) do sistema socioeducativo, desde que lotados nas unidades de internação a que se refere o inciso VI do caput do art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; e
> e) envolvidos no exercício de atividades de poder de polícia administrativa ou de correição em caráter permanente;
> II - militares ativos e inativos;
> III - residentes em área rural;
> IV - residentes em áreas urbanas com elevados índices de violência, assim consideradas aquelas localizadas em unidades federativas com índices anuais de mais de dez homicídios por cem mil habitantes, no ano de 2016, conforme os dados do Atlas da Violência 2018, produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública;
> V - titulares ou responsáveis legais de estabelecimentos comerciais ou industriais; e
> VI - colecionadores, atiradores e caçadores, devidamente registrados no Comando do Exército.
> § 8º O disposto no § 7º se aplica para a aquisição de até quatro armas de fogo de uso permitido e não exclui a caracterização da efetiva necessidade se presentes outros fatos e circunstâncias que a justifiquem, inclusive para a aquisição de armas de fogo de uso permitido em quantidade superior a esse limite, conforme legislação vigente. (BRASIL, 2019)

Merece destaque, o previsto no inciso IV do dispositivo acima, pois, consoante o Atlas da Violência de 2018:

> Em 2016, o Brasil alcançou a marca histórica de 62.517 homicídios, segundo informações do Ministério da Saúde (MS). Isso equivale a uma taxa de 30,3 mortes para cada 100 mil habitantes, que corresponde a 30 vezes a taxa da Europa. Apenas nos últimos dez

> anos, 553 mil pessoas perderam suas vidas devido à violência intencional no Brasil.

E, quando segregamos por unidades da federação, conforme o referido atlas, nenhum Estado detém índices inferiores ao estabelecido no Decreto abordado, sendo o Estado de São Paulo o único a se aproximar com índice de 10,9 homicídios a cada 100 mil habitantes em 2016.

Isso significa dizer que o requisito de efetiva necessidade para aquisição de arma de fogo, antes de caráter discricionário da administração pública, especificamente da Polícia Federal, resta hoje satisfeito em todo território nacional, deixando de fato de se tratar de um requisito para posse de armas.

Devemos observar que há necessidade de atenção aos demais requisitos, os quais não foram mitigados pela inovação jurídica realizada pelo Decreto 9.658/19, quais sejam:

> Art. 12. Para adquirir arma de fogo de uso permitido o interessado deverá:
> I - declarar efetiva necessidade;
> II - ter, no mínimo, vinte e cinco anos;
> III - apresentar original e cópia, ou cópia autenticada, de documento de identificação pessoal;
> IV - comprovar, em seu pedido de aquisição do Certificado de Registro de Arma de Fogo e periodicamente, a idoneidade e a inexistência de inquérito policial ou processo criminal, por meio de certidões de antecedentes criminais da Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral, que poderão ser fornecidas por meio eletrônico;
> V - apresentar documento comprobatório de ocupação lícita e de residência certa;
> VI - comprovar, em seu pedido de aquisição do Certificado de Registro de Arma de Fogo e periodicamente, a capacidade técnica para o manuseio de arma de fogo; e
> VII - comprovar aptidão psicológica para o manuseio de arma de fogo, atestada em laudo conclusivo fornecido por psicólogo do quadro da Polícia Federal ou por esta credenciado.
> VIII - na hipótese de residência habitada também por criança, adolescente ou pessoa com deficiência mental, apresentar declaração de que a sua residência possui cofre ou local seguro com tranca para armazenamento. (BRASIL, 2019)

Com fulcro na analise realizada, é escorreito declarar que houve, com a regulação dos requisitos de efetiva necessidade, uma flexibilização na política nacional de armas, vez que, ao se retirar a discricionariedade da Polícia Federal para considerar presente ou não a “efetiva necessidade” ampliou-se a possibilidade de se adquirir uma arma de fogo no Brasil.

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE ARMAS DE FOGO

2.1.1 O que é arma de fogo e qual sua finalidade

Para correta compreensão do tema proposto se faz necessário à conceituação do principal elemento em análise, qual seja, arma de fogo. O Decreto 3.665, de 20 de novembro de 2000, no inciso IX, art. 3º, carrega a definição jurídica do termo arma

como sendo o “artefato que tem por objetivo causar dano, permanente ou não, a seres vivos e coisas.”.

Em seguida, conceitua arma de fogo:

> XIII - arma de fogo: arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil;

Existindo no ordenamento jurídico brasileiro sobre armas, especificamente no Decreto 3.665, de 20 de novembro de 2000, a diferenciação entre armas de uso permitido e armas de uso restrito, *in verbis*:

> Art. 16. São de uso restrito:
> III - armas de fogo curtas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a (trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .357 Magnum, 9 Luger, .38 Super Auto, .40 S&W, .44 SPL, .44 Magnum, .45 Colt e .45 Auto;
> IV - armas de fogo longas raiadas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia superior a mil libras-pé ou mil trezentos e cinqüenta e cinco Joules e suas munições, como por exemplo, .22-250, .223 Remington, .243 Winchester, .270 Winchester, 7 Mauser, .30-06, .308 Winchester, 7,62 x 39, .357 Magnum, .375 Winchester e .44 Magnum;
> V - armas de fogo automáticas de qualquer calibre;
> VI - armas de fogo de alma lisa de calibre doze ou maior com comprimento de cano menor que vinte e quatro polegadas ou seiscentos e dez milímetros;
> VII - armas de fogo de alma lisa de calibre superior ao doze e suas munições;
> IX - armas de fogo dissimuladas, conceituadas como tais os dispositivos com aparência de objetos inofensivos, mas que escondem uma arma, tais como bengalas-pistola, canetas-revólver e semelhantes;
> Art. 17. São de uso permitido:
> I - armas de fogo curtas, de repetição ou semiautomáticas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia de até trezentas libras-pé ou quatrocentos e sete Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .22 LR, .25 Auto, .32 Auto, .32 S&W, .38 SPL e .380 Auto;
> II - armas de fogo longas raiadas, de repetição ou semiautomáticas, cuja munição comum tenha, na saída do cano, energia de até mil libras-pé ou mil trezentos e cinqüenta e cinco Joules e suas munições, como por exemplo, os calibres .22 LR, .32-20, .38-40 e .44-40;
> III - armas de fogo de alma lisa, de repetição ou semiautomáticas, calibre doze ou inferior, com comprimento de cano igual ou maior do que vinte e quatro polegadas ou seiscentos e dez milímetros; as de menor calibre, com qualquer comprimento de cano, e suas munições de uso permitido;

Desse modo temos em síntese que a arma de fogo é o artefato que arremessa projéteis com a finalidade de causar dano a pessoas ou coisas.

2.1.2 Distinção entre posse e porte de arma de fogo

A Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003 - Estatuto do Desarmamento – regula expressamente no art. 5º, o que deve ser entendido como posse de arma de fogo, que somente se adquire mediante expedição do certificado de registro das referidas armas:

> Art. 5º O certificado de Registro de Arma de Fogo, com validade em todo o território nacional, autoriza o seu proprietário a manter a arma de fogo exclusivamente no interior de sua residência ou domicílio, ou dependência desses, ou, ainda, no seu local de trabalho, desde que seja ele o titular ou o responsável legal pelo estabelecimento ou empresa.

Na concepção trazida pelo novo Decreto que modifica o regulamento da Lei 10.826/90, todo cidadão brasileiro que possua no mínimo 25 anos, declarar a efetiva necessidade, comprovar idoneidade e inexistência de inquérito policial ou processo criminal, ocupação lícita e residência certa, capacidade técnica e psicológica para manusear armas de fogo e local seguro para armazenagem, poderá adquirir até 6 armas de fogo.

Quando se trata do porte de arma de fogo, é a autorização para conduzir o armamento junto ao corpo ou, à exemplo, no interior do veículo, institui o art. 6º da Lei supra, que "é proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:"

Para esses casos excetuados na legislação de que trata o porte, persistem ainda as restrições correntes do art. 26, do Decreto 5.123, de 1º de julho de 2004, consoante infra:

> Art. 26. O titular de porte de arma de fogo para defesa pessoal concedido nos termos do art. 10 da Lei nº 10.826, de 2003, não poderá conduzi-la ostensivamente ou com ela adentrar ou permanecer em locais públicos, tais como igrejas, escolas, estádios desportivos, clubes, agências bancárias ou outros locais onde haja aglomeração de pessoas em virtude de eventos de qualquer natureza.

Desse modo, entende-se por posse a possibilidade de se ter uma arma de fogo no interior de sua residência, domicílio ou local de trabalho, neste último somente se o possuidor figurar como titular ou responsável pelo estabelecimento; e porte, a autorização para conduzir a arma de fogo junto ao corpo em ambiente externo à sua residência, observadas às restrições legais indicadas.

3 POSSE E PORTE DE ARMAS – A OBDUCTA LEGALIZAÇAO DA PENA DE MORTE PARA JOVENS NEGROS E PARDOS, DE BAIXA ESCOLARIDADE NO BRASIL

3.1 MORTES INTENCIONAIS CAUSADAS POR MEIO DE ARMAS DE FOGO NO BRASIL – 2016 / 2018

O Ministério da Saúde computou no ano de 2016 cerca de 62.517 homicídios no Brasil. Em análise realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada e pelo

Fórum Brasileiro de Segurança Pública, por intermédio do Atlas de Violência 2018, concluiu-se que 71,5% dessas mortes são de pessoas pretas ou pardas.

Segundo a *Global Mortality From Firearms*, o Brasil somou em sua totalidade 43.200 mortes intencionais por armas de fogo no ano de 2016, sendo o país, dentre os 195 pesquisados, com maior intercorrência do fato. Imperioso consignar que em harmonia com os dados do atlas de violência 2018, houve no Brasil 44.475 mortes intencionais causadas por armas de fogo, número bem próximo ao estimado pela *Global Mortality From Firearms.*

Em que pese o argumento de que quem deseja cessar a vida alheia se utilizará de qualquer meio, laminas, bastões, ou armas de fogo; é evidente a prevalência por meio de armas de fogo, podendo esta ser considerada preferível pela maior facilidade de se alcançar o objetivo desejado.

A *Global Mortality From Firearms* associa os elevados índices de incidentes com armas de fogo no Brasil ao tráfico de drogas e comércio ilegal de armas, e a fatores sociais, econômicos e culturais, juntamente com a alta disponibilidade às armas de fogo, vejamos:

> Os elevados níveis de homicídio por arma de fogo em uma faixa do México para o Brasil (e incluindo o Caribe) têm sido associados a cartéis de drogas, a fabricação e venda de armas de fogo e seu comércio ilegal dos Estados Unidos, e com o movimento pós-conflito de armas de fogo em populações civis em alguns países. O estoque de armas de fogo de muitos desses países são comparativamente pequenos (...) Dificuldades em contabilizar a posse ilegal de armas de fogo e o efeito do tráfico de armas de fogo nas taxas de violência em países com legislação de controle de armas de outra forma forte, pode explicar parte da variabilidade encontrada na relação entre disponibilidade de armas de fogo e mortalidade associada, particularmente para homicídio por arma de fogo. Ao mesmo tempo, a disponibilidade de armas de fogo e o papel desempenhado pelo comércio ilícito são apenas uma dimensão do complexo problema da violência por armas de fogo na região; múltiplos fatores estruturais também foram identificados como contribuintes, incluindo a pobreza, desigualdades sociais ou mudança social rápida, o consumo de álcool e drogas e estrutura etária da população jovem. A interseção desses fatores culturais, juntamente com a alta disponibilidade de armas de fogo, se combina para produzir altas taxas de mortalidade pela letalidade inerente ao uso de armas de fogo.

Tem-se, por conseguinte que, o número de mortes por armas de fogo no Brasil está diretamente relacionado ao trafico de drogas, e comercio ilegal de armas, o que indubitavelmente majora os indices de violência, mas não se traduz na necessidade da população geral possuir arma de fogo.

Dentre todas as mortes intencionais causadas por armas de fogo no Brasil, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública apenas 2.661 dessas mortes são causadas por latrocínio, tipo penal previsto nos incisos I e II, § 3º, do art. 157 do Código Penal.

Nesse sentido, expende-se:

> A figura típica do latrocínio se consubstancia no crime de roubo qualificado pelo resultado, em que o dolo inicial é de subtrair coisa alheia móvel, sendo que as lesões corporais ou a morte são

> decorrentes da violência empregada, atribuíveis ao agente a título de dolo ou culpa. Embora haja discussão doutrinária e jurisprudencial acerca de qual delito é praticado quando o agente logra subtrair o bem da vítima, mas não consegue matá-la, prevalece o entendimento de que há tentativa de latrocínio quando há dolo de subtrair e dolo de matar, sendo que o resultado morte somente não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente. Por esta razão, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça pacificou-se no sentido de que o crime de latrocínio tentado se caracteriza independentemente da natureza das lesões sofridas pela vítima, bastando que o agente, no decorrer do roubo, tenha agido com o desígnio de matá-la. Precedentes do STJ e do STF (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2013)

Infere-se, portanto que, o ordenamento jurídico pátrio preconiza o direito a vida como norte constitucional, e que ao ser incapaz de oportunizar de forma minima os direitos sociais previsto na Carta Magna de 1988, expõe a população menos favorecida a confrontar-se com a lei penal. Em um segundo momento, temos a pespectiva de relaxamento quanto à politica de posse e porte de armas, ingredientes que juntos, caminham para o crescimento dos indices de mortalidade.

3.2 A POSSE DE ARMAS DE FOGO COMO INSTRUMENTO PARA REDUÇÃO DOS ÍNDICES DE HOMÍDICIOS NO BRASIL

Corrobora com a reflexão a ser apresentada, a declaração realizada pelo Vice-Presidente da República General Hamilton Mourão no dia 21.01.2019, sobre o Decreto 9.568/19, *in verbis:*

> Essa questão da flexibilização da posse de armas, eu não vejo como uma medida de combate à violência. Eu vejo apenas, única e exclusivamente, como um atendimento de promessa de campanha do presidente e que vai ao encontro dos anseios de grande parte do eleitorado dele.

A flexibilização na política de posse de armas de fogo, consoante amplamente demostrado, não possui o escopo de reduzir os índices de violência no Brasil, tampouco potencial para reduzir o elevado número de homicídios causados por armas de fogo no país.

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, o Brasil alcançou em 2018 os 63.895 homicídios, 55.990 intencionais, dos quais 2.460 traduziram-se em latrocínio. Ou seja, no ano de 2018, houve um aumento no índice de homicídios intencionais e redução no índice de latrocínios em comparação ao ano de 2016.

Impreterível assentar que o meio mais utilizado para consumação dos homicídios intencionais no país são as armas de fogo. Nesse sentido:

> SOBRE O DECRETO Nº 9.685, DE 15 DE JANEIRO DE 2019.
> O Fórum Brasileiro de Segurança Pública, embasado em estudos nacionais e internacionais sobre as causas de homicídios e outros crimes violentos, lamenta a publicação por parte do governo federal do decreto que facilita a posse de armas de fogo. Trata-se de uma aposta na violência, uma vez que existem evidências bastantes

> robustas dentro do debate sobre segurança pública que, quanto mais armas, mais crimes. (SÃO PAULO, 2019, s.p)

Nesse sentido, acredita-se que quanto maior o número de armas, maior o número de mortes, e consequentemente maiores os índices de violência no país em curto e médio prazo. No ano de 2018, conforme o anuário brasileiro de segurança pública foram apreendidas 119.484 armas de fogo, dessas 94,9% sem cadastro no Sistema Nacional de Armas.

3.3 PROJETO DE LEI N. 3722 de 2012 – LIBERAÇÃO DO PORTE DE ARMA DE FOGO

De início, convém elaborar lacônica referência ao Projeto de Lei N. 3722/2012, denominado “Estatuto de Regulamentação das Armas de fogo”, de autoria do Deputado Federal Rogério Peninha Mendonça, desarquivado em 20.02.2019, que se encontra pronto para pauta em plenário.

Ilustra a necessidade de tal abordagem, além da intima ligação com o tema proposto, a previsão trazida no art. 24 do referido projeto, que autoriza o porte de arma em todo território nacional:

> Art. 24. O porte de arma de fogo é condicionado à obtenção da Licença de Porte de Arma, expedida pelo órgão de representação do SINARM, ressalvados os casos expressamente previstos na legislação especial em vigor que confira aos integrantes de determinadas categorias a aludida prerrogativa, independentemente de formalidades.

A atual legislação em vigor, Estatuto do Desarmamento, em seu art. 6º preconiza que “é proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional”, ainda que, como visto, os requisitos para posse de arma tenham sido flexibilizados pelo Decreto N. 9.658/19, o PL 3722/2012 carrega relevante inovação jurídica.

Adiante, o art. 30 do Projeto de Lei abordado, expõe os requisitos para concessão do porte de armas:

> Art. 30. Para obtenção de licença para porte de arma estadual ou federal, o interessado deverá satisfazer os seguintes requisitos:
> I – apresentação do certificado de registro da arma de fogo cadastrada no SINARM ou nos Comandos das Forças Singulares;
> II – comprovação de idoneidade, com apresentação de certidões de antecedentes criminais e de não estar respondendo a nenhum processo criminal, fornecidas pelos órgãos da Justiça Federal, Estadual, Militar e Eleitoral;
> III – apresentação de documento comprobatório de ocupação lícita e residência fixa;
> IV – comprovação de capacidade técnica para o porte de arma de fogo, atestada por instrutor credenciado pela polícia civil, pelo Departamento de Polícia Federal ou por uma das Forças Singulares; e
> V – atestado de aptidão psicológica para portar arma de fogo, emitido em laudo conclusivo firmado por psicólogo credenciado pela polícia civil, pelo Departamento de Polícia Federal ou por uma das Forças Singulares.

Evidencia-se que, em que pese tal inovação autorizar o porte de armas no Brasil, ainda minimiza os requisitos para aquisição e porte se comparados à legislação em vigor, que veda a aquisição de armas de fogo para menores de 25 anos, (ESTATUTO DO DESARMAMENTO, art. 28).

Por fim, utiliza o autor do PL 3722/2012 como argumento de justificação a seu projeto que “a Lei n. 10.826/2003 é uma norma ideológica” e que “possibilita ao Estado controlar com eficácia, a fabricação, a comercialização e a circulação de tais artefatos”, sem identificar de que modo será realizado esse controle, ou a fabricação e comercialização de armas. (PL 3722/2012, p. 37)

A circunstância é que autorizar o porte ao facilitar a posse de armas de fogo, não influenciarão no controle de entrada das 113.356 armas de fogo ilegais pelas fronteiras brasileiras, ou evitar que as mesmas cheguem às mãos daqueles que farão uso para cometimento de delitos. (Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018, p. 7)

3.4 A PAZ SOCIAL E O MORTICÍNIO DOS DESFAVORECIDOS

O direito Penal e Processual Penal brasileiro cada vez mais se empenha em migrar da antes predominante justiça retributiva para uma justiça restaurativa, que condecore a conciliação entre agressor e agredido de forma a restaurar a paz social relativizando interesses, nas palavras de Guilherme Nucci:

> A denominada Justiça Restaurativa, aos poucos, instala-se no sistema jurídico-penal brasileiro, buscando a mudança do enfoque supramencionado. Começa-se a relativizar os interesses, transformando-os de coletivos em individuais típicos, logo, disponíveis. A partir disso, ouve-se mais a vítima. Transforma-se o embate entre agressor e agredido num processo de conciliação, possivelmente, até, de perdão recíproco. Não se tem a punição do infrator como único objetivo do Estado. A ação penal passa a ser, igualmente, flexibilizada, vale dizer, nem sempre obrigatoriamente proposta. Restaura-se o estado de paz entre pessoas que convivem, embora tenha havido agressão de uma contra outra, sem necessidade do instrumento penal coercitivo e unilateralmente adotado pelo Poder Público. (NUCCI, 2016, p. 59)

Evidente, que existem fatos típicos que se apresentam incabíveis para a restauração, sendo estes em sua maioria os crimes dolosos contra a vida.

Como restou demostrado alhures, o sistema carcerário brasileiro em 2018 computou 729.551 presos, em sua imensa maioria jovens negros e pardos, solteiros, sem filhos, de baixa escolaridade.

Nesse sentido, colacionamos as lições do eminente ministro Ayres Britto, *in verbis:*

> Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013)

Desse modo, temos que não prescindem os segmentos sociais menos favorecidos de ações afirmativas para que possa se haver prestígio ao princípio da igualdade:

> Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com este ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para, diante desta ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2013)

Ainda assim, nas palavras de Nucci “notamos a atuação legislativa vacilante e ilógica, atormentada pela mídia e pela opinião pública, sem qualquer critério científico ou, no mínimo, razoável”. (NUCCI, 2016, p. 59)

Não bastasse a população marginalizada composta majoritariamente por minorias raciais serem historicamente desfavorecidas, culturalmente sacrificadas e até perseguidas, totalmente esquecidas pelo sistema, furtadas de direitos sociais, vítimas de um sistema penal desiqualitário, que nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, “é um desastre”, agora deparar-se com o cerceamento e relativização de direitos e garantias fundamentais.

Armas de fogo possuem consoante já demostrado, a finalidade de causar dano, seja em coisas ou em pessoas, ainda que para uso defensivo como, por exemplo, para legítima defesa, autorizar a posse quase irrestrita e, *a posteriori,* o porte, de um instrumento cujo valor médio orbita em R$ 2.000,00 é armar as classes dominantes. O Estado nessa posição assume um comportamento que afeta a existência do seu humano, mais diretamente àqueles que necessitam de ações afirmativas.

Cesarie Beccaria em sua obra denominada “dos delitos e das penas” afirma que: “só as leis podem fixar as penas de cada delito, e o direito de fazer as leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador”. (BECCARIA, 1764, p.29)

Sugerimos a seguinte reflexão, no ano de 2017 obtivemos 1.703.872 roubos, subtração patrimonial mediante emprego de violência ou grave ameaça, no Brasil e 2.460 latrocínios, como vimos, roubo com resultado morte ou lesão corporal grave empregado para garantir o fruto do delito; imaginemos que as vítimas dos roubos estivessem portando armas de fogo, haveria assim um potencial majorado para ocorrência do evento morte.

Nas palavras de NUCCI:

> A Justiça Restaurativa pode ser um ideal válido para a Política Criminal brasileira nos campos penal e processual penal, mas, insistimos, sem fantasias e utopias e abstendo-se o jurista (bem como o legislador que o segue) de importar mecanismos usados em países com realidades

> completamente diferentes da existente no Brasil". (NUCCI, 2016, p. 59)

São objetivos fundamentais da república federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; assim como a erradicação da pobreza e da marginalização; bem como a redução das desigualdades sociais, promovendo o bem de todos. (CF/88, art. 3º, I, III e IV)

Ainda nessa esfera, ao se garantir o acesso a armas de fogo a população brasileira, atenta-se contra princípios constitucionais fundamentais, dentre outros, até mesmo o devido processo legal e a presunção de inocência. Ademais, no direito pátrio, não se pode admitir que prevaleça o direito ao patrimônio em detrimento da garantia à inviolabilidade do direito vida.

A pena pela incursão de qualquer tipo penal previsto no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que à titule de legitima defesa, não pode ser a pena de morte.

Armar a população é assumir a falência do Estado em oferecer os direitos sociais previstos constitucionalmente, os prováveis conflitos armados entre agressor e agredido tendem a findar-se com evento morte de pelo menos uma das partes.

Em uma lógica dedutiva, teríamos legalizado a pena de morte àqueles que em verdade necessitam de presença do Estado, de ações afirmativas que visam corrigir ou minorar desigualdades históricas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por conseguinte, temos que, em um primeiro momento, o Brasil ao não garantir e ofertar de forma satisfatória os direitos sociais contribui, como dito alhures, para majoração dos índices de violência no país, ao passo que ofende a garantia constitucional da inviolabilidade do direito à vida em sua segunda derivação, a garantia de uma vida digna.

Em um segundo momento, encarcera aqueles em conflito com a lei penal para possibilitar a sensação de segurança à sociedade e garantir a ressocialização dos apenados, ofendendo novamente garantias constitucionais à medida que é incapaz de fato de reintroduzir esse indivíduo na sociedade, mantendo-os encarcerados em ambientes inadequados e por vezes até desumanos.

Antes de ser um problema de segurança pública, trata-se de um problema social, da ausência do Estado nas regiões marginalidades e na incapacidade de controle de entrada de armas e drogas pelas fronteiras.

A flexibilização da política de armas de fogo, antes de uma reestruturação nas políticas sociais ilustram um cenário de genocídio a jovens negros, pardos, pobres e com baixa escolaridade, à medida que todo conflito onde estiverem presentes o agressor e o agredido armados potencializará a possibilidade de ocorrência do evento morte, fugindo do princípio basilar da busca pela paz social.

As armas que estão nas mãos dos "criminosos", que assim não seriam em tal elevado número se houve presença do Estado, não provém de armas legalizadas dos cidadãos de bem. E sim do tráfico internacional, da ausência de controle das fronteiras.

Por derradeiro, a manutenção da proibição de portar armas de fogo no Brasil, avaliando características próprias como economia, índice de desenvolvimento humano, produto interno bruto, índice de desemprego, renda *per capta,* dentre outros indicativos sociais, se faz necessária para manutenção da paz social.

O direito à liberdade e a legitima defesa devem ser observados, no entanto, somente após a população alcançar um índice de maturidade social condizente com a disposição de armas de fogo para uso pessoal. Ates disso, cabe ao Estado garantir a segurança pública, por intermédio das instituições previstas nos incisos de I à V, do art. 144 da Constituição Federal.

Nesse momento histórico, a flexibilização da política de armas de fogo, antes de uma reestruturação nas políticas sociais ilustram um cenário de genocídio a jovens negros, pardos, pobres e com baixa escolaridade.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Decreto Nº 9.685, de 15 de janeiro de 2019**. Altera o Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004, que regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM e define crimes. Diário Oficial da União. Brasília. DF. 15 de janeiro de 2019.

BRASIL. **Decreto 3.665, de 20 de novembro de 2000**. Dá nova redação ao Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (R-105). Diário Oficial da União. Brasília. DF. 20 de novembro de 2000.

BRASIL. **Decreto 5.123, de 1º de julho de 2004**. Regulamenta a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM e define crimes. Diário Oficial da União. Brasília. DF. 02 de julho de 2004.

BRASIL. **Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília. DF. 23 de dezembro de 2003.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Polícia Federal. **Instrução Normativa N. 023/2005-DG/DPF,** de 01 de setembro de 2005. Estabelece procedimentos visando o cumprimento da Lei 10.826, de 22 de dezembro de 2003, regulamentada pelo Decreto 5.123, de 01 de julho de 2004, concernentes à posse, ao registro, ao porte e à comercialização de armas de fogo e sobre o Sistema Nacional de Armas – SINARM, e dá outras providências.

Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo, 2018.

Atlas da Violência 2016. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Brasília, 2016.

AVENA. Norberto. **Processo Penal**. 9ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Método: 2016.

BARBOSA. Bene. **Mentiram pra mim sobre o desarmamento**. / Bene Barbosa, Flávio Quintela. 1ª ed. Vide: 2015.

BARBOSA. Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Ministério de Educação e Saúde. 1942

GRECCO. Rogério. **Código Penal Comentado**. 11 ª ed. rev, ampl. e atual. Rio de Janeiro. Impetus: 2017.

LENZA. Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21 ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. São Paulo. Nova Cultura: 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MORAES. Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MOURÃO, Hamilton. Mourão diz que objetivo do decreto sobre posse de armas não é reduzir violência. **G1**, Brasília, 2019. Disponível em:< 1.globo.com/politica/noticia/2019/01/21/mourao-diz-que-objetivo-do-decreto-sobre-posse-de-armas-nao-e-reduzir-violencia.ghtml>. Acesso em:

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 15ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PADILHA, Rodrigo. **Direito constitucional**. 5. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito Constitucional Positivo**. 36 ed. Saraiva: 2013.

ROUSSEAU. Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Tiago Rodrigues da Gama. 1ª Ed. São Paulo: Russel, 2006.

JURIMETRIA COMO GESTÃO DOS PROCESSOS DO PODER JUDICIÁRIO

JURIMETRY AS MANAGEMENT OF PROCESSES OF THE JUDICIARY

Matheus Victor Lorenço Bispo[13]
João Teixeira Gonçalves[14]
Lygia Maria Copi[15]
Recebido em: 20/06/2019
Aprovado em:10/10/2019

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade expor um tema que visualiza-se novo no âmbito jurídico, a jurimetria. Fomentado pelo fenômeno da globalização, a jurimetria parte de pressupostos estatísticos a fim de alcançar maior e melhor desempenho não somente em escritórios de advocacia, mas também para o mundo processual, que atualmente encontra-se demasiadamente vagaroso. A ideia de relações sociológicas e estatísticas inicia-se na década de XX, com Karl Llewellyn, e de maneira objetiva o autor Lee Loevinger trará a expressão "*jurimetrics"*, dissertando sobre a introdução de dados estatísticos no campo do Direito, o que até então era totalmente abstrato. Visando a dar maior ênfase e permitindo maior objetividade a respeito do tema, será usado como referência o estado do Paraná e seus dados estatísticos.

PALAVRAS-CHAVE: jurimetria, estatística, direito, Paraná.

ABSTRACT: The purpose of this article is to present a new legal theme, jurimetry. Encouraged by the phenomenon of globalization, jurimetry will build on statistical assumptions in order to achieve greater and better performance not only in the law firms but also for the procedural world that is currently too slow. The idea of sociological and statistical relations began in the XXs, with Karl Llewellyn, and more objectively, Lee Loevinger will bring the expression "jurimetrics", discussing the introduction of statistical data in the field of Law, which until then was totally abstract. Aiming to give greater emphasis and allowing us greater objectivity regarding the theme, the state of Paraná and its statistical data will be used as reference.

KEYWORDS: jurimetry, estatistic, law, Paraná.

INTRODUÇÃO

O efeito de abarrotamento do poder judiciário é a problemática mais enfatizada nos últimos tempos. Segundo dados do Conselho Nacional Justiça, cerca de 20.207.585 casos novos ingressaram nos Tribunais Estaduais, dentre eles, 1.561.020 casos do TJPR, correspondendo a 7,72 do percentual total (CNJ, 2017)[16]. Nesse

[13] Graduando em Direito pelo Centro Universitário Univel.
[14] Graduando em Direito pelo Centro Universitário Univel.
[15] Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, Doutoranda em Direito das Relações Sociais pela mesma Universidade. Docente no Centro Universitário Univel.
[16] Afere-se que os dados aqui apresentados não são imutáveis, podendo mudar com o passar do tempo, são referentes ao período de pesquisa em que o presente artigo foi escrito.

âmbito, o inchaço do poder judiciário aponta as falhas cometidas no passado, e mais que isso, declara por si mesmo as saídas lógicas e cabíveis para a síntese dessa grande demanda.

Nessa vertente o, CNJ, em 2015, observando esse colapso gradual, publicou a Estratégia Judiciária para 2020, no qual estabeleceu os macrodesafios do poder judiciário de 2015 a 2020. As tendências ditas no ano da publicação eram voltadas ao combate à corrupção, incentivo às soluções alternativas de litígio, melhoria do sistema criminal e, principalmente, na celeridade processual e melhoria na gestão dos processos no âmbito qualitativo e quantitativo (CNJ, 2015).

Para tanto, o cenário fundamental almejado – dentre as justiças mencionadas pela estratégia – é o qual contribui fortemente como suporte para conquista da conjuntura desejada: a racionalização do sistema judicial e a tempestividade da justiça. Em outras palavras, a celeridade processual como gestão dos processos e meios para descongestionamento do poder judiciário.

Uma das medidas cabíveis como método de gestão e meios para resolução do tema é a Jurimetria, conceito que passa a ser explanado no decorrer do artigo, conceito que passa a ser explanado neste artigo através do método de abordagem Hipotético-Dedutivo, idealizado e desenvolvido por Karl Popper, em que contempla a verificação do problema, a formulação das hipóteses de sua solução e a tentativa de falsear ou corroborar as hipóteses elencadas (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2017). A pesquisa utilizada será a bibliográfica, isto é, valendo-se de seleções de textos publicados por meio de livros, revistas, jornais, artigos científicos e outros.

1 NOÇÕES PRELIMINARES

As análises e índices quantitativos dentro da esfera jurídica é considerada inovadora e recente na órbita da aplicação prática. Seu conceito dá-se no início da década de 1920, com Karl Liewellyn, e é objetivado após a publicação do livro *jurimetrics: the methodology of legal inquire* (1963) através de Lee Loevinger, (NUNES, 2016) que dispõe que a jurimetria é uma constante experiência jurídica na qual leva-se em consideração os dados qualitativos e quantitativos do processo a fim de realizar uma análise investigativa do caso ou casos concretos. Desta forma, Loevinger destaca a respeito do conceito de jurimetria:

> Jurimetrics is concerned with such matters as the quantitative analysis of judicial behavior, the application of communication and information theory to legal expression, the use of mathematical logic in law, the retrieval of legal data by electronic and mechanical means, and the formulation of a calculus of legal predictability. (LOEVINGER, 1963, p. 8)[17]

Sendo assim, o conceito jurimétrico aborda a linha lógico-matemática dentro do Direito como cálculo de previsibilidade legal. Para tanto, a jurimetria utiliza-se da estatística - sendo o meio para realizar a análise - como metodologia, no qual através do armazenamento, sistematização, e análise do conjunto de dados obtidos, examina-

[17](Tradução Livre) A Jurimetria está preocupada com questões como a análise quantitativa do comportamento judicial, a aplicação da teoria da comunicação e da informação à expressão legal, o uso da lógica matemática na lei, a recuperação de dados jurídicos por meios eletrônicos e mecânicos e a formulação de um cálculo de previsibilidade jurídica.

se os caminhos lógicos e ilógicos a serem seguidos e suas principais consequências dos atos posteriores (NUNES, 2016, p. 55-56).

1.1 PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Em exórdio, adotaremos o conceito de princípio segundo Robert Alexy, no qual aplica o conceito ao tema no que tange a normas de alto grau de generalidade, aplicabilidade, valor axiológico, entre outros, mas exalta o entendimento preciso para entender o aludido:

> Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2006, p. 91)

Assim, os princípios para serem classificados com melhor exatidão caracterizam-se como normas de mandamento de otimização, sobre o qual irão ser aplicadas no maior plano de busca a efetividade possível.

Caracterizando o viés direcionado sobre a temática, princípio da celeridade processual, também denominado princípio da duração razoável do processo, urge de maneira majoritária na doutrina, com a função da lei processual que ampare e conceda maior celeridade aos processos a fim de que as partes obtenham em prazo módico a solução integral do mérito e consequentemente, o bem da vida.

Este direito começa a vigorar a partir da EC 45/2004 que acrescenta o inc. LXXVIII no art. 5° da Constituição Federal, que dispõe o seguinte: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, norma a qual, também será luz interpretacional ao art. 4° do CPC/2015 que assim estabelece: “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (BRASIL, 1988).

Não obstante o princípio ter aplicabilidade clara e objetiva, o mesmo não ocorre na prática do cotidiano jurídico, devido a aspectos que dificultam essa aplicabilidade, ao exemplo da elevada sobrecarga de trabalho do magistrado devido à cultura litigante vigente no Brasil, a complexidade elevada dos casos (*hard cases*), e a quantidade de servidores aptos a promover a celeridade processual.

Em decorrência dos impasses mencionados alhures, os julgadores - seja de primeira ou segunda instância - não executam de maneira precisa e criteriosa a gestão dos processos com a qualidade a serem exercidos, no que tange a aspectos quantitativos e qualitativos.

Para elucidar a visualização acerca do conteúdo explanado, extrai-se a seguir os dados obtidos através do Tribunal de Justiça do Paraná, a respeito de quantidade de processos no período compreendido entre a data da pesquisa no ano de 2019, em relação com a base de processos no Estado do Paraná e os respectivos três anos anteriores:

Figura 1 - Quantidade de processos no TJPR entre os anos de 2017 a 2019



Fonte: Página do Tribunal de Justiça do Paraná[18].

Em conformidade com o Princípio da Celeridade Processual, o Princípio da Eficiência é mencionado expressamente pela Carta Magna em seus artigos 37, caput e 5°, LIV, no qual segundo Fred Didier, resulta da extração do dispositivo constitucional que visa a gestão processual eficiente da Jurisdição, no que tange a Administração Judiciária e gestão dos processos (DIDIER, 2012). No mérito da administração pública - tópico que não será aprofundado no presente estudo - o princípio versa sobre a superintendência dos órgãos administrativos do Poder Judiciário, referente a como sua eficiência deve ser realizada, ao exemplo da criação do CNJ.

Em contrapartida, o tópico do princípio em questão como gestão do processo visa à máxima eficiência da condução do litígio, visto que o órgão jurisdicional possui como função administrar as coordenações do processo. Sob o viés tecido, o princípio no prisma da gestão processual busca a máxima efetivação do resultado do processo (eficiência) em face do mínimo de esforço despendido com os atos processuais (efetividade), e portanto, sintetiza a pretensão incessante do melhor resultado dos processos com o mínimo de tempo gasto, sem a perda dos atributos processuais essenciais para o julgamento do mérito, impactando na reflexão da realização de atos processuais demasiados, dos quais contribuem para a protelação da sistemática que o busca alcançar (CARVALHO, 2017).

Para tanto, a aplicação do Princípio da Eficiência no que tange à gestão dos processos, em consonância ao Princípio da Celeridade Processual, possibilita e proporciona a utilização de técnicas atípicas pelo órgão jurisdicional, ao exemplo da Jurimetria, no qual passa-se a explanar nos tópicos seguintes.

1.2 A JURIMETRIA E SUA DEVIDA RELAÇÃO COM A MUTABILIDADE LEGAL

A Jurimetria é a ciência analítica do Direito que pode proporcionar a conjunção entre direito, economia e análise que busca através das três ciências o caminho como parâmetro das análises jurídicas econômicas. Conforme a Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), em seu *site* oficial, essa ciência de estudos estatísticos difere-se do método comum de indagação, ora, se o aplicador do direito se pergunta “Qual o caso mais complexo?”, por sua vez, a pesquisa através da jurimetria perguntar-se-á “Qual

[18] Tabela transcrita em gráfico pelos autores. Tabela original e dados disponíveis em: https://www.tjpr.jus.br/estatisticas.

a decisão em casos similares?", corroborando para uma justiça mais igualitária, através de seus estudos analíticos.

Trata-se de não somente observar o Direito como algo estatístico *strictu sensu* no caso da quantitatividade de processos, mas analisá-lo sob a ótica de qualitatividade, resolução integral e perfeita do mérito, cabendo entregar ao magistrado informações que o auxiliem a trabalhar na melhor política pública necessária a fim de reduzir gastos e capacitar o processo à ser equitativo aos litigantes e litigados. Conforme afirmam Felipe Chiarello de Souza Pinto e Daniel Francisco Nagao Menezes:

> [...] a identificação de um bloco de processo com assuntos similares, a análise quantitativa e qualitativa deste bloco de processo permite a criação de padrões de decisões judiciais, informação esta, cruzada com Políticas Públicas do assunto similar, permite a conclusão da eficácia, positiva ou negativa, do padrão de decisão adotado pelo Poder Judiciário. (PINTO; MENEZES, s.d/s.l)

Portanto, a jurimetria transcreve-se de maneira prática como um respaldo jurídico de legalidade, garantindo uma maior segurança jurídica e evitando maiores desgastes processuais, a exemplo de decisões divergentes para casos semelhantes.

1.3 JURIMETRIA E O MOVIMENTO *LAW AND ECONOMIC*

O movimento *Law and Economic* teve como um dos primeiros marcos o estudo e influência na teoria clássica do pensador Max Weber, que ratificou o surgimento do capitalismo e produziu estudos sobre os parâmetros gerais da economia[19], em que embasou estudos do movimento contemporâneo surgidos na década de 70, com Ronald Coase, Guido Calabresi e Richard Posner, no qual este se encontra a obra de principal força motriz para o movimento: *The Economic Analysis of Law*, publicada em 1973 (GODOY, 2007). Para Posner, professor da Escola de Chicago e jurista norte-americano, o direito é a incessante busca de fins práticos sociais adepto a mudanças, viés totalmente contrário do positivismo clássico que trata o direito como puro, único e imutável, e, como teleologia a realização de objetivos econômicos da sociedade, pois se tal objetivo não fosse alcançado, de nada valeria o direito (GODOY, 2007).

Assim, o movimento teria como principal abordagem, a aplicação do direito à luz da economia. A perspectiva do direito deve promover a efetivação das relações econômicas, sendo a base de toda a ótica do magistrado deve ser a relação custo benefício e a *wealth maximization*[20]. A escola teórica do direito *law and economic* juntamente ao pragmatismo de Posner cresce a partir da propositura correta, criteriosa e exata dos conflitos juntamente as posições jurídicas conduzidos pela economia.

No viés abordado, indaga-se o seguinte impasse: Como produzir a mudança teórica-jurídica na atual cultura de perspectiva do direito? Para isto, Posner propõe a gênese na alteração da estrutura de ensino das faculdades de direito, pois o almejo interdisciplinar de habilidades e disciplinas ainda não ministradas nas faculdades de

[19] Para a análise aprofundada histórica-filosófica de antecedentes que ensejaram o movimento, sugerimos a leitura das obras: WEBER, Max. Economia e sociedade. v. 1. **Brasília: UnB**, 1999; WEBER, Max. **História geral da economia**. Centauro, 2006; COASE, Ronald Harry. **Essays on economics and economists**. University of Chicago Press, 1995; CALABRESI, Guido. **The cost of accidents: A legal and economic analysis**. Yale University Press, 2008.

[20] (Tradução livre) Maximização da riqueza.

direito, como o próprio autor exalta, beneficiaria o novo panorama do entrelaçamento da economia e direito:

> Trabalhar com modelos matemáticos, análise estatística, coleta de dados e experimentação; o conhecimento das instituições jurídicas nacionais e estrangeiras, e das partes pertinentes das disciplinas (economia, ciência política, estatística, filosofia, psicologia) que têm afinidade com o direito; a ética científica. (POSNER, 2007, p.626)

A jurimetria, por sua vez, utilizaria dos métodos analíticos dos fatos sociais e econômicos para a melhor aplicação do direito no âmbito jurídico, no intuito de facilitar a análise do direito face ao julgador, em conjuntura a interpretação dos precedentes e fatos semelhantes ao caso concreto, objeto de estudo pormenorizado no item 2.2 da presente pesquisa.

Assim, o magistrado olharia para a conjunção processual sobre a ótica da economia em razão dos princípios que norteiam o processo, tal qual o princípio da celeridade processual e princípio da eficiência - elucidados anteriormente no tópico 1.1 deste estudo -, aplicando a jurimetria como ciência estatística do direito, com fulcro na utilização da ferramenta adequada e inteligível para executar o direito com maior eficiência.

Portanto, o pragmatismo de Posner aplicado a associação da jurimetria juntamente ao movimento *law and economic*, nutre a possibilidade de almejar o cálculo da ação humana e analisar as possibilidades de julgados de matéria, fato e discussão semelhantes ao caso concreto, pois a ciência analítica do direito é capaz de atuar como ferramenta para esclarecer, antecipar e potencializar processualmente a melhor aplicação do direito e beneficiar ambas as partes da lide, inclusive o próprio julgador, sendo através da tecnologia o principal meio de visualização e utilização dessa ferramenta.

2 JURIMETRIA E A GESTÃO DOS PROCESSOS NO ESTADO DO PARANÁ

Acerca da função jurisdicional que o magistrado exerce, é passível de compreensão que a pluralidade de decisões singulares possa causar um maior risco ao bem requerido no processo, se analisado a característica mutável que o direito possui. Tais mudanças, nem sempre são devidamente apreciadas em momento oportuno pelo Legislativo e Judiciário, assim, urge crucial necessidade de construção de estudos que, de maneira efetiva, venham apresentar dados, situações similares e respectivas decisões para estes casos a fim de diminuir a lesividade do processo aos interessados.

É mister elucidar, que a celeridade proveitosa não é aquela que surge de uma mutação legal que reduza drasticamente o tempo do processo, não sendo sinônimo de jurimetria, Mônica Bonetti Couto e Simone Pereira de Oliveira assim prelecionam:

> [...], todavia, que a produtividade não pode ser vista somente como redução do acervo de processos pendentes de solução, assim compreendidos aqueles que ainda estão em tramitação. Realmente, o enfrentamento do volume de processos deve ser realizado qualitativamente, de maneira a unir a perspectiva da fruição com a da tempestividade, e não somente sob o prisma quantitativo. (COUTO; OLIVEIRA, 2017)

Diante da perspectiva abordada, nota-se a falta de preocupação legal em relação às decisões dos tribunais no Brasil, fomentando elucubrações a respeito da necessidade de um sistema que consiga gerenciar a alta demanda judicial, e que conceda parâmetros aos entes judiciários e respectivos servidores, com o intuito de redução de custos e vagarosidade no processo.

2.1 A VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES E SEGURANÇA JURÍDICA

Importante salientar, *a priói*, que atualmente o sistema jurídico brasileiro é ensejado pelo movimento *civil law*[21], entretanto, recentemente o sistema desloca-se na extração de pequenas peças provenientes do sistema jurídico denominado *common law*[22], a exemplo disso são as recentes manifestações, ainda tênues, dos precedentes no campo do direito nacional.

Trata-se precedente, toda e qualquer situação jurídica julgada, que possa ser usada como referência para casos similares a fim de evitar qualquer instabilidade legal.

No que tange ao princípio da segurança jurídica, Canotilho abrange sem pormenorizar o conceito a despeito do tema em apreço:

> O homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de direito o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão. (...) A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da protecção da confiança, traduzido na exigência de leis tendencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos. (CANOTILHO, 1992, p. 372-373)

Assim, observa-se a necessidade humana de haver um respaldo jurídico que o proteja e deixe-o imune a qualquer espécie de desarranjos legais, deste modo, assim anota Luiz Guilherme Marinoni:

> A segurança jurídica, vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”.” (MARINONI, 2014)

Ressalta-se que, a Constituição Federal Brasileira menciona o princípio discutido, bem como, aponta a questão da segurança jurídica, ainda que não explicitamente, ao longo do seu texto constitucional, à exemplo do artigo 5º, XXXVI, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. (BRASIL, 1988)[23]

---

[21] Movimento jurídico em que os temas a serem resolutos nos tribunais dá-se por meio da interpretação da lei, assim obtendo resultado.

[22] Fala-se do movimento jurídico em que a resolução do problema de apresenta por meio de precedentes ou costumes, os quais justificam a decisão judicial.

[23] A escolha de somente um dos incisos deve-se a objetividade e clareza que pretende o presente artigo, a questão da segurança jurídica é abordada em mais incisos, a exemplo, artigo 5º: XXXVII;

Logo, revela-se de crucial importância o elo entre os precedentes e jurimetria como firme fundamento para a segurança jurídica. Portanto, a este modo, a jurimetria através dos seus estudos permite a identificação de tais decisões e assim aplicá-los na prática, servindo ao magistrado, advogados e demais partes que compõem o ato processual, informações, as quais auferem maior proporcionalidade nas decisões e logo, auxiliam na estratégia processual ao advogado e capacidade de resolução célere ao magistrado.

2.1.1 Jurimetria aplicado aos Desembargadores e Juízes de Direito

Abordado no relatório de inspeção do Tribunal de Justiça do Paraná, dados extraídos da inspeção realizada de 30 de Julho a 3 de Agosto, do ano de 2018, a Corregedoria Nacional de Justiça inspecionou 27 gabinetes dos Desembargadores, e 44 Varas judiciais (CNJ, 2018, pág. 6), ponderando conclusões notórias por todos os operadores de direito: há um elevado volume de processos em ambas jurisdições.

Decorrentes do alto volume, os efeitos bilaterais aparecem e geram fatores que corroboram para o acúmulo de processos e respectivamente no atraso de seus julgamentos, transformando no seguinte gráfico mental: a relação entre acúmulo de processos e atraso no julgamento destes relacionam-se inversamente proporcional em relação a celeridade processual, pois quanto maior o acúmulo, menor é a celeridade.

A mesma problemática ocorre com os juízes de direito no que tange ao primeiro grau de jurisdição, pois o alto número de processos para despacho, diligências, saneamentos e sentenças, juntamente com o desfalque de funcionários que compõem o quadro das varas de jurisdição obrigam os julgadores a realizarem os atos processuais com cautela inferior se todas as variáveis que colaboram para a celeridade processual estivessem dispostas, devido a alta pressão e carga de responsabilidade dos mesmos.

Assim, a Corregedoria Nacional de Justiça assentou recomendações aos Desembargadores e Juízes de Direito, sem adentrar no mérito de direito para julgamentos, mas no sentido de proporcionar a melhor gestão dos recursos e decisões de 1ª instância, e portanto, proporcionar eficiência na celeridade processual dos julgamentos, enfatizando a necessidade de organizar os processos por matéria e posteriormente por ordem cronológica, nos moldes do Código de Processo Civil de 2015 (CNJ, 2018, pág. 592).

Entretanto, como aplicar na prática? A resposta está na Jurimetria. Ao aplicar o estudo de análise do direito, os Juízes poderão caracterizar de forma mais objetiva e criteriosa as matérias postas na área recursal e na jurisdição de primeira instância, separando por matéria de julgamento, sub matéria advinda do *juízo a quo*, fatos de questões parecidas e fundamentos de direito, e assim consequentemente, aplicarão a decisão que o respectivo Tribunal utiliza como norte, referente a lide respectiva.

Ademais, a gestão dos processos colabora com a diminuição da carga de trabalho dos Juízes, pois utilizaria de métodos de análise dos dados referente a discussão a ser julgada, e consequentemente, as decisões irão caminhar para a uniformização e precisão dos julgamentos dos processos na área recursal, corroborando para a vinculação das decisões dos egrégios Desembargadores em sentenças proferidas por Juízes de Direito.

XXXIX; XL e XLVI. Não sendo *numerus clausus,* podem sem encontradas demais referências a questão da segurança jurídica ao longo do texto constitucional.

Em consequência da eficiência que obtém-se com a aplicação da Jurimetria na gestão dos processos na área recursal, a aplicação dos precedentes e jurisprudências dos tribunais superiores por todos os operadores do direito mostra-se mais clara e precisa, ao ponto que os juízos *a quo* aplicariam o direito preciso em relação aos precedentes dotados de dados criteriosos analíticos já aplicados pelos tribunais superiores e restringiriam a cultura de postergar a aplicação da justiça interpondo recursos extraordinários, filtrando ainda mais os casos que não possuem motivo algum de serem motivados como recurso extraordinário (NUNES, 2016, pág. 117).

Ressalta-se que a Jurimetria não corresponde a um fim para o direito, mas corresponde a meios que levam aos Desembargadores, Juízes de Direito, Cartórios, e todos os operadores do Direito, obter uma visão macro da aplicação do direito e colaborar com a aplicação célere da Justiça a todos.

Portanto, a aplicação da Jurimetria como gestão dos processos seria de suma importância para a melhor solução interposta pela Corregedoria Nacional de Justiça.

2.2 ESTUDO PRÁTICO: A APLICAÇÃO DA JURIMETRIA PELO PODER JUDICIÁRIO NAS VARAS DE INFÂNCIA E JUVENTUDE

A jurimetria pode ter caráter definitivo quanto ao auxílio até mesmo da sociedade. Segundo a Constituição Federal, o direito a educação é um direito fundamental de cunho social,[24]enfatizado no artigo 288, IV da Lei Maior, pelo dever do Estado em garantir o acesso a essa educação: “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade.” (BRASIL, 1988)

Segundo dados do Ministério Público[25], em janeiro de 2018, somente em Curitiba, cerca de 7.690 crianças buscaram se matricular na educação infantil desde 2014, até a data da pesquisa, e não encontraram vagas (NARLEY, 2018). Assim, buscar esse direito pela via judicial pode ser o meio menos viável para obtenção do mesmo, pois, os recursos são infindáveis no âmbito processual – podendo chegar até ao Supremo Tribunal Federal –, e portanto, uma ação de vaga em creche pode se arrastar por meses ou anos (DEFENSORIA, 2017), conforme explana o Defensor Público Bruno Passadore:

> Com isso, os processos acabam se tornando ineficazes. A criança vai ter de esperar todo o trâmite processual até uma decisão não mais passível de recurso, o chamado trânsito em julgado. Quando terminar o processo, ela não vai mais precisar da vaga em creche. (DEFENSORIA, 2017)

Para tanto, completos os 5 anos de idade, a criança obrigatoriamente deve ser matriculada no ensino fundamental, conforme a Constituição Federal, e por consequência, a vaga para a educação infantil se torna dispensável (DEFENSORIA, 2017). Entre o lapso temporal mencionado, os responsáveis pela criança não possuem condições de arcar com a despesas que demandam a creche particular, e

[24] 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.

[25] Devido a dificuldade de localização de dados precisos sobre o número exato em todo o Estado, o objeto de estudo sobre a problemática estender-se-á em outro estudo oportuno detalhado e específico sobre o tema.

consequentemente ponderam o direito de trabalhar em prol dos cuidados a criança, mesmo estando em condição economicamente vulnerável (DEFENSORIA, 2017).

Analisando previamente os dados disponibilizados pela Corregedoria do TJPR (CNJ, 2018), verifica-se que, em relação a casos de competência da vara da criança da juventude e do adolescente, os processos existentes são demasiadamente de matéria no que tange a vaga de creches. Ao analisar a jurisprudência dos tribunais superiores[26], verifica-se a jurisprudência consolidada e unificada a respeito do tema.

Assim, a sistematização de todos os processos que envolvem a discussão alhures corroboram para unificar a base de dados existentes (NUNES, 2016) possibilitando a análise de: fatos consoantes equipares em todos os casos que ensejaram a judicialização da demanda; a matéria de direito apreciada; os caminhos e modos - através dos precedentes - dos quais os tribunais decidem sobre o fato que versa referente a matéria de direito discutida.

Apresentando esses dados, através de meios tecnológicos (NUNES, 2016), o Tribunal poderia apresentá-los ao poder público, juntamente com a matéria de direito e sua jurisprudência aplicadas pelos magistrados, e buscar uma política pública que evitasse a judicialização dessa matéria, contendo a litigância de milhares de demandas processuais, contribuindo com a sociedade e com a administração da justiça no poder judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme discutido ao longo do presente artigo, afere-se que, atualmente o sistema jurídico brasileiro conta com uma elevada demanda judicial, promovendo a morosidade dos atos processuais e consequentemente do processo em si. Nota-se peculiar deficiência na gestão desses processos e a necessidade crescente da promoção de dados informativos ao Poder Judiciário, a fim de utilizá-los para corroborar com a celeridade processual.

Neste panorama, a jurimetria urge imprescindível no tocante a administração dos processos, através de sua visão qualitativa, a qual, revela informações relevantes aos advogados e demais partes do processo, mas principalmente aos juízes de primeira e segunda instâncias, objetivando a segurança jurídica para unificação das decisões, bem como no tocante a eficiência da justiça e duração razoável do processo.

Estabeleceu-se que, a jurimetria se molda como elo de ligação entre direito e economia, através do uso metodológico das estatísticas como análise de dados, se desenvolvendo de acordo com a mutabilidade legal, e portanto, são conhecimentos referentes ao período histórico em que o direito estabelecido foi construído, logo não é mero objeto sistemático que possa ser inutilizável com o decorrer do tempo.

Perfaz-se, ao final do presente artigo, que a jurimetria toma caráter definitivo que corresponde a um caminho, o qual, se encarregam todas as partes processuais criar uma ampla visão a respeito do ato processual, que o pode tornar célere.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. Publicada pela Suhrkamp Verlag, 5ª ed. 2008, p. 91.

[26] Referidos julgados: ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Dje 15.9.2011; AI 592.075-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Dje 5.6.2009; RE 464.143-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Dje 19.2.2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA. **O que é jurimetria?** Disponível em: https://abj.org.br/o-que-e-jurimetria/. Acesso em: 01 jun 2019.

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jun 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov. br/ ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 20 maio 2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Revista, 6ª ed. Coimbra: Livraria Coimbra. 1993.

CARVALHO, Newton Teixeira. **Princípios fundamentais do processo: efetividade, economia processual e preclusão**. [*S. l.*], 2017. Disponível em: https://domtotal. com/artigo/6876/15/08/principios-fundamentais-do-processo-efetividade-economia-processual-e-preclusao/. Acesso em: 25 maio 2019.

COUTO, Mônica Bonetti; OLIVEIRA, Simone Pereira de. **Gestão da justiça e do conhecimento: a contribuição da jurimetria para a administração da justiça.** Revista Jurídica, [S.l.], v. 2, n. 43, p. 771 - 801, fev. 2017. ISSN 2316-753X. Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view /1869 /1239. Acesso em: 11 jun 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório de inspeção TJPR**. [S. l.], 2018. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/ 03/ 7694a9118fdabdc1d16782c145bf4785.pdf. Acesso em: 16 jun 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números**. [S. l.], 2018. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_ l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResum oDespFT. Acesso em: 7 abr 2019.

CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estratégias Judiciárias 2020**. [S. l.], 2015. Disponível em: https://wwwh.cnj.jus.br/corregedoriacnj/inspecoes-correicoes /relatorios/category/209-tribunal-de-justica-do-estado-do-parana?download=2821: relatorio-de-inspecao-tjpr-2018. Acesso em: 16 jun 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO PARANÁ. **Defensoria recorre de decisões que travam ações de vaga em creche**. Defensoria Pública do Estado do Paraná, Curitiba, p. 1-1, 8 jun. 2017. Disponível em: http://www.defensoriapublica. pr.def.br/2017/06/699/Defensoria-recorre-de-decisoes-que-travam-acoes-de-vaga-em-creche.html. Acesso em: 18 jun 2019.

DIDIER JR, Fredie. **Apontamentos para a Concretização do Princípio da Eficiência do Processo**. Porto Alegre, [2012]. Disponível em: http://www.lex.com. br/doutrina_24598622_APONTAMENTOS_PARA_A_CONCRETIZACAO_DO_PRIN CIPIO_DA_EFICIENCIA_DO_PROCESSO.aspx. Acesso em: 25 maio 2019.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Direito e Economia: introdução ao movimento Law e Economics. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1509, 19 ago. 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/10255. Acesso em: 19 maio 2019.

LOEVINGER, L. Jurimetrics: **The methodology of legal inquiry. Law & Contemp. Probs.**, v. 28, 1963.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Os Precedentes na Dimensão da Segurança Jurídica.** Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 14, nº 1117, 20 de março de 2014. Disponível em: https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/261-artigos-mar-2014/6443-os-precedentes-na-dimensao-da-seguranca-juridica. Acesso em: 15 maio 2019.

MEZZAROBA, O.; MONTEIRO, C. S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NARLEY, RESENDE. Curitiba tem 7,6 mil crianças que não conseguem vagas em creches, diz MP. **Paraná Portal**, Curitiba, p. 1-1, 2 jan. 2018. Disponível em: https://paranaportal.uol.com.br/cidades/curitiba-rmc-litoral/curitiba-tem-76-mil-criancas-que-nao-conseguem-vagas-em-creches-diz-mp/. Acesso em: 18 jun 2019.

NUNES, Marcelo Guedes. **Jurimetria: Como a Estatística Pode Reinventar o Direito**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2016.

PINTO, Felipe Chiarello de Souza. MENEZES, Daniel Francisco Nagao. **Jurimetria: Construindo a Teoria**. [*S. l.*], [S. d.]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=90797bef9ef6175e. Acesso em: 09 jun 2019.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do Direito**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007b.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **Estatísticas**. [*S. l.*], [entre 2017-2019]. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/estatisticas. Acesso em: 15 maio de 2019.

O RISCO DA ATIVIDADE COMO FUNDAMENTO DO DEVER DE COMPENSAR O TEMPO PERDIDO PELO CONSUMIDOR E O ENTENDIMENTO ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Frederico Falarz Howes[27]
Laís Bergstein[28]
Marcelo Tayah de Melo[29]
Micheline Criz da Silva[30]
Renata Kretzmann[31]
Recebido em:
Aprovado em:

RESUMO: O presente trabalho tem por objeto de estudo a leitura contemporânea do princípio da reparação integral de danos nas relações de consumo, especialmente o que concerne ao dano pela perda do tempo do consumidor. A partir do texto constitucional, que promoveu substancial modificação na interpretação da ordem normativa infraconstitucional devido à sua elevada carga axiológica, nota-se uma proliferação na discriminação de novas categorias ou modalidades de danos passíveis de reparação. Dentre esses novos tipos de danos destaca-se o resultante da perda do tempo do consumidor, contratante vulnerável. Conclui-se que o tempo é valor na sociedade atual e compõe o dano ressarcível nas relações de consumo, assim como que não é o tempo, em si, que deve ser indenizado, mas a sua percepção subjetiva, os efeitos que a espera prolongada produzem no ser humano privado da liberdade de autodeterminar a maneira como preferiria dispor daquele intervalo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor; Socialização de riscos; Vulnerabilidade; Tempo perdido; Reparação de Danos.

ABSTRACT: This article has as its object of study the contemporary interpretation of the principle of the full reparation of damages in consumer relations, especially concerning the damage due to the loss of the consumer's time. Starting with the

[27] Especialista em Direito Público pela Fundação Escola do Ministério Público (FEMPAR). Bacharel em Direito pela PUC/PR. Pesquisador vinculado ao Projeto Virada de Copérnico da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado. fredericofalarz@gmail.com
[28] Doutora em Direito do Consumidor e Concorrencial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC/PR. Pesquisadora vinculada ao grupo de pesquisa Mercosul, Direito do Consumidor e Globalização da UFRGS e ao Projeto Virada de Copérnico da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada. lais@dotti.adv.br
[29] Mestrado em andamento junto a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa | Portugal. Pós-Graduado em Direito Civil e Empresarial pela PUC/PR. Aluno Especial da disciplina de Direito Civil e Direito do Consumidor: a Interface e também da disciplina da Teoria Geral dos Contratos: uma perspectiva Luso-brasileira no Programa de Mestrado de Direito Civil da Universidade de São Paulo (USP/SP). Graduado em Direito pela Universidade Positivo. Pesquisador vinculado ao Projeto Virada de Copérnico da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogado. marcelotayah@gmail.com
[30] Pós-Graduanda em Direito Civil, do Consumo e Processo pela Universidade Positivo. Bacharel em Direito pela Direito pelas Faculdades Santa Cruz de Curitiba. Pesquisadora vinculada ao Projeto Virada de Copérnico da Universidade Federal do Paraná (UFPR). micheli402@hotmail.com
[31] Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Direito dos Contratos e Responsabilidade Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pós-graduada pela Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Graduada pela PUC/RS. Pesquisadora vinculada aos grupos de pesquisa Direito Privado e Acesso ao Mercado (UFRGS), Direito do Consumidor (PUC/RS) e ao Projeto Virada de Copérnico da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Advogada. renatakretzmann@gmail.com

constitutional text, which promoted a substantial change in the interpretation of the ordinary law subjected to the Constitution, due to its high axiological burden, there is a proliferation of new categories or modalities of reparable damages. Among these new types of damages is the one resulted by the loss of time from the vulnerable contractor. It is concluded that time is a value in today's society and it composes the reimbursable damage in consumer relations, as well as that it is not time itself that should be compensated, but its subjective perception, the effects that prolonged waiting has on human beings deprived of the freedom to self-determine how they would prefer to have that interval.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor; Socialização de riscos; Vulnerabilidade; Tempo perdido; Reparação de Danos.

INTRODUÇÃO

É regra basilar para a pacífica convivência social aquela que afirma que o direito de um encontra limite no direito de outro. Caso haja a transgressão desta fronteira, é possível que ocorra a violação da esfera jurídica de outro sujeito de direitos, causando-lhe danos.

Sabe-se que com a promulgação da Constituição de 1988, o direito de danos ganhou novos contornos. Ao mesmo tempo em que se pacificou a discussão quanto à possibilidade de compensação de danos morais, o eixo do ordenamento jurídico voltou-se à proteção da dignidade da pessoa humana. Com isso, surgiu uma nova leitura – ressistematizada e repersonalizada – da responsabilidade civil e de suas dimensões, o que resultou na propagação de novas categorias ou modalidades de danos, cujos pedidos de reparação são submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o presente trabalho, pautado no método científico dedutivo, tem por objeto de estudo a nova leitura do princípio da reparação integral de danos nas relações de consumo, protagonizadas pelo consumidor, que é pessoa reconhecidamente vulnerável e, muitas vezes, hipossuficiente.

1 A CONSTITUIÇÃO DE 1988: PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS E REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS

A Carta de 1988 impôs o abandono da postura patrimonialista, herdada do século XIX, para uma concepção que privilegia o desenvolvimento humano e a concreta consideração da dignidade da pessoa humana.[32] Até a promulgação da Constituição de 1988, questões referentes às relações jurídico-privadas, a exemplo da reparação pelo ilícito, eram disciplinadas pela legislação infraconstitucional, em especial o Código Civil de 1916.[33]

O texto constitucional de 1988 promoveu substancial alteração na aplicação e na interpretação da ordem normativa infraconstitucional então vigente. Amparada em fundamentos como a proteção da dignidade da pessoa humana e a promoção da solidariedade (arts. 1º, III, e 3º, I), ela incorporou temas que historicamente eram

[32] FACHIN, Luiz Edson. Questões do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 6.

[33] MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 2, p. 25 – 49, abr. 2011.

vinculados ao direito privado. Este fenômeno, que é conhecido como a "constitucionalização do direito civil", alterou o *status* das relações jurídico-privadas, mormente pelo fato de que passaram a encontrar acolhida em dispositivos constitucionais.[34] Essa abertura principiológica do texto constitucional, que passa a ser dotado de elevada carga axiológica, é atribuída à influência dos direitos humanos, que são "uma plataforma emancipatória" voltada para a proteção da dignidade humana, um instrumento de mobilização para a proteção dos mais fracos.[35] Com isso, pouco a pouco foi repensada a metodologia de estudo e aplicação do direito privado, mediante verdadeira "reconstrução de seus conceitos fundamentais."[36]

Não bastasse a absorção da matéria pela normativa constitucional, circunstância que por si já é suficiente para dar nova roupagem às relações de direito material, haja vista a força vinculante do texto constitucional, compete registrar que a Constituição de 1988 concedeu especial atenção às relações de direito privado em meio ao rol de direitos fundamentais. Conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet: "no sentido jurídico-constitucional, determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado considerado em si mesmo (por mais importante que seja), mas especialmente pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do constituinte"[37].

Em outras palavras, ao dispor sobre matérias até então reservadas à legislação infraconstitucional, fica evidente que a Constituição Federal de 1988 encontra-se em patamar avançado no que diz respeito à evolução e ao reconhecimento dos direitos fundamentais. Significa que o texto constitucional superou a discussão quanto à amplitude da eficácia dos direitos fundamentais, isto é, se o particular poderia opô-los somente contra o Estado (eficácia vertical) ou também contra particulares (eficácia horizontal).[38]

Prevalece na jurisprudência[39] o entendimento de que os direitos fundamentais também devem ser resguardados nas relações entre particulares. Assim, para além de reconhecê-los como um direito do particular em obter a abstenção do Estado no que diz respeito a certos aspectos da vida pessoal[40], o texto constitucional igualmente verifica que as relações entre particulares são capazes de afetar direitos fundamentais, exigindo, a partir deste momento, uma atuação positiva do Estado a fim

---

[34] MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 2, p. 25 – 49, abr. 2011.

[35] PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41 et seq.

[36] TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 22.

[37] SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 317. (original sem destaques).

[38] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 2, p. 227 - 285, abr. 2011.

[39] Cita-se, exemplificativamente, o precedente do STF - RE 201819, Relator (a): Min. Ellen Gracie, Relator (a) p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821.

[40] Conf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 137.

de promover a proteção dos mencionados direitos diante uma situação de potencial violação.[41]

A Constituição é a fonte normativa que se encontra em posição de superioridade hierárquica no ordenamento jurídico brasileiro. Como consequência, tanto o legislador como o aplicador do direito dela devem obter os fundamentos para o regular desenvolvimento da ordem jurídica. Significa, pois, que a Constituição Federal delibera a respeito do "tom que deve nortear a ação do Estado e expressa os valores que tem como indispensáveis para uma reta ordem da comunidade."[42]

Nesse compasso, fica evidente que a legislação infraconstitucional se vê condicionada aos limites traçados pela legislação de matriz constitucional.[43] O mandamento constitucional exige deliberação legislativa para a promoção daquelas matérias tidas como relevantes, não podendo deixá-las desagasalhadas, e não admite que haja violação desses direitos quando no exercício da função legislativa pelo legislador infraconstitucional.[44] Em análise aos objetivos do texto constitucional, esclarecedoras são as palavras de Claudia Lima Marques:

> [...] certos estão aqueles que consideram a Constituição Federal de 1988 como o centro irradiador e o *marco de reconstrução de um direito privado brasileiro mais social e mais preocupado com os vulneráveis de nossa sociedade*, um direito privado solidário. Assim, temos hoje uma *força normativa de menção constitucional ao consumidor*, isto é, o direito privado não pode ser interpretado 'contra' o – e sim, sempre a favor do – sujeito de direitos identificados pela Constituição como sujeito vulnerável a ser protegido pelo Poder Judiciário e Executivo e *uma 'força normativa' imposta a estes poderes como guia de atuação positiva e funcional, que também vincula o poder Legislativo*.[45]

---

[41] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 2, p. 227 - 285, abr. 2011.

[42] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Noções introdutórias. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137, p. 65.

[43] Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL. CORTE DO FORNECIMENTO DE LUZ. INADIMPLEMENTO DO CONSUMIDOR. LEGALIDADE. FATURA EMITIDA EM FACE DO CONSUMIDOR. SÚMULA 7/STJ. 1. É lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei n.º 8.987/95, art. 6.º, § 3.º, II). Precedente da 1.ª Seção: REsp n.º 363.943/MG, DJ 01.03.2004 2. Ademais, a 2.ª Turma desta Corte, no julgamento do REsp n.º 337.965/MG entendeu que o corte no fornecimento de água, em decorrência de mora, além de não malferir o Código do Consumidor, é permitido pela Lei n.º 8.987/95. 3. Ressalva do entendimento do relator, no sentido de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica - como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos, posto essenciais para a sua vida. Curvo-me, todavia, ao posicionamento majoritário da Seção. 4. A aplicação da legislação infraconstitucional deve subsumir-se aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República e um dos primeiros que vem prestigiado na Constituição Federal. (...) (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 963990/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 12/05/2008)

[44] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Noções introdutórias. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137, p. 66 e 67.

[45] MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 36. Grifos nossos.

A força vinculante da Constituição Federal fica ainda mais evidente quando se delimita a análise ao estudo dos direitos fundamentais, atribuindo-se ao Estado o dever de proteção das normas definidoras de direitos fundamentais, estes vistos como "limites (negativos) à atuação do Poder Público, impedindo ingerências indevidas na esfera dos bens jurídicos fundamentais, ao imporem deveres de proteção, as normas de direitos fundamentais implicam uma atuação positiva do Estado, notadamente, obrigando-o a intervir (preventiva ou repressivamente) [...]."[46]

Traçando recorte para a análise das relações de consumo, objeto precípuo deste estudo, deve-se recordar que em variados momentos a Constituição Federal busca a defesa dos consumidores, a começar pelo art. 5º, XXXII, em meio ao rol de direitos fundamentais; assim como nos art. 24, VIII; art. 150, § 5º; art. 170, V; e art. 48 do ADCT. Não há dúvida de que a defesa do consumidor é um direito fundamental. Há, pelo exposto, nítida feição protetiva do Estado, pois se verifica o "objetivo do constituinte em implantar a Política Nacional de Consumo, uma disciplina jurídica única e uniforme, destinada a tutelar os interesses patrimoniais e morais de todos os consumidores."[47]

O texto constitucional reconhece que a relação de consumo[48] é, em sua base fática, expressão de circunstância em que, de um lado há o vulnerável, e do outro o fornecedor/prestador de serviços, com *expertise* em sua área de atuação, de tal maneira que o legislador ordinário deve agir para, no plano jurídico, mitigar os efeitos desta desigualdade.[49] A Lei nº 8.080/1990 – Código de Defesa do Consumidor – é o resultado do trabalhado do legislador atento ao mandamento do texto constitucional de proteção do consumidor e, por via de consequência, do princípio constitucional da igualdade, conforme artigo 5º, *caput*, do texto constitucional.

Independentemente da já referida discussão quanto à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, certo é que o texto constitucional trouxe no seu âmago um rol de direitos fundamentais sobre os quais não pairam quaisquer dúvidas quanto à sua oponibilidade frente, também, aos particulares. Sabe-se que "da nossa Constituição vigente, poderão ser referidos, entre outros, *o direito à indenização por dano moral ou material* no caso de abuso do direito de livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV e V, CF/88), certamente não oponível apenas quando o Estado for o causador do dano [...]."[50]

---

[46] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 2, p. 227 - 285, abr. 2011.

[47] KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Constitucionalização do direito civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 870/2008, p; 81 – 104, abr. 2008.

[48] Veja-se, sobre a aplicabilidade do artigo 5º da Constituição Federal a relações de consumo: RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 0003952-55.2012.8.19.0068, Relator: José Carlos Paes, Décima Quarta Câmara Cível, julgado em 07/12/2016; SÃO PAULO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1006023-38.2014.8.26.0362, Relator: Rosangela Telles, Segunda Câmara de Direito Privado, julgado em: 12/12/2016; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível Nº 70071131767, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Vigésima Primeira Câmara Cível, julgado em 23/11/2016; RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 0219717-21.2014.8.19.0001, Relator: João Batista Damasceno, Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor, Julgado em 07/12/2016.

[49] MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 2, p. 25 – 49, abr. 2011.

[50] SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 2, p. 227 - 285, abr. 2011. Grifos nossos.

Além da defesa do consumidor, o texto constitucional eleva o direito subjetivo à indenização por dano moral e/ou material ao patamar de norma de caráter fundamental. Também a partir da Constituição Federal, conforme art. 5º, V e X, extrai-se a possibilidade que de um mesmo fato haja a cumulação entre a indenização moral e material, circunstância essa hoje plenamente aceita pela doutrina e jurisprudência.[51]

Nem sempre foi assim. Somente a Constituição de 1988 apaziguou a controvérsia a respeito da reparabilidade do dano moral ao prevê-la expressamente no artigo 5º, incisos V e X. Sobre a dificuldade no Direito brasileiro anterior à Carta de 1988, lembra Clóvis do Couto e Silva que a doutrina havia proposto soluções para a indenização de danos não patrimoniais, mas o esforço era quase sempre em vão, pois "a jurisprudência era profundamente apegada à interpretação limitativa das disposições legislativas. Ainda quando esta insistisse na autonomia do dano moral, a jurisprudência não consagrava esse princípio, a não ser em decisões isoladas."[52]

Não é a intenção do texto constitucional esmiuçar o instituto jurídico da reparação civil. O texto constitucional, conforme já dito, assentou as bases para a plena reparação de danos reconhecendo as suas duas macromodalidades. Compete à legislação infraconstitucional e à doutrina, pois, traçar a sua conceituação e o campo de atuação.

Nessa conjuntura, com a absorção da normativa civilista pelo texto constitucional, a análise da responsabilidade civil não se limita à análise acerca da existência do ato ilícito em sua concepção clássica, isto é, "praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem."[53] A responsabilidade civil deve se guiar na proteção dos direitos tidos como fundamentais pelo ordenamento jurídico: "o foco da discussão deslocou-se do descumprimento estrutural da lei (ou, em outra formulação, do direito subjetivo) e passou a incidir *sobre a violação dos valores fundamentais tutelados pelo ordenamento*" ensejando a verificação, no caso concreto, "se o bem jurídico lesionado será considerado merecedor de tutela e permitirá o surgimento do dever de indenizar."[54]

2 SOCIALIZAÇÃO DE RISCOS: TENDÊNCIAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Com o desenvolvimento da tecnologia e o crescente dinamismo das relações sociais, exsurgiram novos riscos de acidentes corporais e materiais. Nesse novo contexto social, não é possível (ou desejável) o emprego de uma doutrina estática e completa para solucionar todos os problemas relacionados à responsabilidade civil.

Paulatinamente, a teoria da culpa deixou de atender às exigências sociais porque em várias situações desamparava a vítima, ao passo que a percepção de diferentes graus de assunção de riscos começou a ganhar crescente relevância jurídica.

[51] MAGGI, Bruno Oliveira. Nova proposta de classificação do dano no direito civil. Doutrinas Essenciais de Dano Moral, São Paulo, v. 1, p. 749 – 775, jul. 2015.
[52] COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 667, p. 7-16, mai. 1991.
[53] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 486
[54] SILVA, Rodrigo da Guia. Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. Revista de Direito do Consumidor, v. 107/2016, p. 89 – 122, set/out. 2016. (original sem destaques).

A *teoria do risco* surgiu, no final do século XIX[55], como uma nova proposta do pensamento contemporâneo, voltada a organizar um novo sistema de responsabilidade civil. O processo de industrialização e desenvolvimento das atividades, fizeram proliferar as ocorrências de acidentes, de danos, e dificilmente se conseguia identificar um culpado.[56] Daí a necessidade de deslocamento da responsabilidade civil para uma concepção mais abrangente, permeada pela ideia de *coletivização e socialização de riscos*.

Neste aspecto, dois focos de mudança de perspectiva da responsabilidade civil devem ser abordados. Primeiramente, a massificação e universalização das relações entre as pessoas, seguida pelo declínio das relações essencialmente individualizadas, e, de outro lado, nota-se o aumento da complexidade das relações sociais, que está relacionado à aceleração do ritmo das operações econômicas e às transformações vertiginosas da tecnologia. Essas mudanças intensificaram a necessidade de tutela dos interesses das pessoas vulneráveis, especialmente nos países que, como o Brasil, objetivam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da Constituição).

A responsabilidade civil serve para coibir as práticas danosas, exercendo um papel de prevenção especial e geral.[57] A função fundamental[58] da responsabilidade civil é ressarcitória ou compensatória, que visa remover (ou mitigar) os efeitos danosos de uma injusta lesão. Tratando-se de danos extrapatrimoniais, a finalidade preponderante da indenização é satisfatória, "buscando ser um lenitivo ao sofrimento do sujeito lesado", pois "[...] não é possível estabelecer uma precisa relação de equivalência entre os prejuízos sem conteúdo econômico e a reparação pecuniária."[59]

---

[55] VINEY, Geneviève. As tendências atuais do Direito da Responsabilidade Civil. Tradução: Paulo Cezar de Mello. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) Direito Civil Contemporâneo: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 45.

[56] GODOY, Claudio Luiz Bueno. Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13-14

[57] NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. Revista dos Tribunais, v. 761, p. 41, mar. de 1999.

[58] APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ATRASO NA ENTREGA DO BEM. MORA DA CONSTRUTORA. PUBLICIDADE ENGANOSA. NÃO ENTREGA DE VÁRIAS ÁREAS COMUNS CONSTANTES DO CONTRATO. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. No presente caso, a parte apelante logrou demonstrar que os adquirentes tiveram maculada sua dignidade e honra, pois se submeteram à situação vexatória ou constrangimento capaz de abalar a moral de todos, porquanto os fatos narrados na inicial se configuram potencialmente hábeis a causar dor, vexame, sofrimento ou humilhação que causou angústia e desequilíbrio no bem-estar da coletividade, por terem que esperar por mais de um ano e seis meses para usufruírem de seus imóveis. 2. Tanto o descumprimento do contrato decorrente do atraso na entrega dos imóveis quanto a propaganda enganosa perpetrada pela construtora, teve sim o condão de causar abalos imensuráveis na personalidade dos consumidores, capaz de ensejar os danos imateriais pleiteados. 3. A compensação por danos morais deve ser arbitrada em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Além disso, devem ser consideradas as funções preventiva, pedagógica, reparadora e punitiva, bem como a vedação de enriquecimento ilícito. Elementos extraídos do caso concreto, aliados a esses critérios traçados pela jurisprudência e pela doutrina, auxiliam na fixação do quantum indenizatório, que ficou estabelecido em R$ 20.000,00 (vinte mil reais).4. Recurso CONHECIDO e PROVIDO, sentença parcialmente reformada para condenar a apelada nos danos morais pleiteados. DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, Tribunal de Justiça, Apelação Cível 20150111367632, Relator: Robson Barbosa de Azevedo, Quinta Turma Cível, julgado em 26/07/2017, DJe 09/08/2017.

[59] SANSEVERINO, Paulo de Tarso. Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 270-271.

Na sociedade de risco[60], o instituto da responsabilidade assume novos contornos, motivações e finalidades. Nesse sentido, Anthony Giddens diz que: “o mundo moderno vive um paradoxo, pois para ter uma vida com prazer e segurança, a sociedade é contraditoriamente, desafiada por novos riscos que se desdobram da capacidade tecnológica a qual anuncia uma suposta *máxima qualidade* para as vidas humanas.”[61]

A responsabilidade objetiva foca-se não no *ato ou* na *omissão,* mas na *atividade* normalmente exercida que criou o risco a outrem. Aqui se faz a percepção do *risco*, que protege a vítima e valorizava a *dignidade da pessoa humana.*[62]

Naturalmente, toda atividade[63] humana gera riscos. A questão é saber como lidar com os danos deles resultantes. O principal aspecto formador da teoria do risco está relacionado à identificação do nexo de imputação da responsabilidade, em que, não haja conexões deste à culpa, ou mesmo, não vinculado o mesmo ao ato ilícito.

A teoria do risco (este entendido como uma probabilidade de dano decorrente de uma atividade perigosa exercida) pressupõe simplesmente que todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido ou não com culpa.[64] A questão de fundo, e a base do negócio a ser estudada, é que no risco não há somente o fundamento econômico (*ubi emolumentum ibi ônus),* mas também uma ética social, que se resume na necessidade da reparação integral de todos os danos.

Como preleciona Orlando Gomes, “a obrigação de indenizar sem culpa nasce por ministério da lei, para certos casos, por duas razões: a primeira, seria a consideração de que certas atividades do homem criam um risco especial para os

---

[60] Como define Ulrich Beck o nosso atual estágio de desenvolvimento social. Para o autor, risco é o enfoque moderno da previsão de controle das consequências futuras da ação humana, as diversas consequências não desejadas da modernização radicalizada. (BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo global. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002. p. 13; 75-118; passim)

[61] GIDDENS, Anthony. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. 1997. p.13.

[62] GODOY, Claudio Luiz Bueno. Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13-29

[63] A definição de atividade, paira no conjunto de atos seriados, habitualmente praticados, organizados, e voltados a um fim, importando em relações interdependentes que podem ser afetadas e desequilibradas pelo evento lesivo. (GODOY, Claudio Luiz Bueno. Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 59).

[64] Nesse sentido: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DA AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA POR VÍCIO DO PRODUTO. CONSUMIDOR. COMERCIALIZAÇÃO DE GASOLINA EM DESCONFORMIDADE COM OS PADRÕES DE QUALIDADE FIXADOS PELA ANP. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR. RESSARCIMENTO DE DANOS MATERIAIS.- A ANP tem legitimidade ativa para ajuizar a presente ação, pois a Lei nº 9.478/97, ao instituir a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis, trouxe como uma de suas finalidades (art. 8º, I) a ênfase na "proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos". Apesar de não ser uma entidade criada especificamente para o fim de defesa dos consumidores, certo é que dentre as atribuições da ANP encontra-se pelo menos a defesa daqueles no que diz respeito ao consumo de combustíveis. (...) - A responsabilidade do fornecedor é objetiva, decorrente do simples exercício de sua atividade, de modo que responde pelos danos causados aos consumidores por vícios dos produtos que comercializa, independente de prova de culpa. Não lhe cabe desconhecimento, quanto aos vícios do produto, como bem dispõe o art. 23 do CDC ("A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade"). - Sentença que condenou o apelante a ressarcir os prejuízos causados aos consumidores deve ser mantida. - Apelação improvida (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Apelação Cível 1230171 - 0003816-92.2005.4.03.6111, Relatora: Mônica Nobre, Quarta Turma, julgado em 15/02/2017, DJe 08/03/2017)

outros, e a segunda, a consideração de que o exercício de determinados direitos deve implicar a obrigação de ressarcir os danos que origina."[65] No mesmo sentido, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka ensina que "a responsabilidade objetiva, embasada na teoria do risco, advoga [...] que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independente de culpa." Desse modo, "a teoria do risco – que não anulou a teoria da culpa, mas convive com ela – cobre inúmeras circunstâncias geradas pela atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano, mas que, a par desta normalidade, representa, de alguma forma, risco para o direito de terceiros."[66]

E, como já asseverado por Caio Mario da Silva Pereira, a teoria do risco procura demonstrar que toda pessoa que exerce alguma atividade de risco, cria risco de dano à terceiro.[67] E deve ser obrigada a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.

Ao passo que o Código Civil de 1916 filiava-se à teoria subjetiva[68], a qual trazia regras de responsabilidade civil derivada de culpa, o Código Civil de 2002 inseriu no sistema geral a responsabilidade objetiva, a imputação a certas pessoas da responsabilidade de reparar o dano independentemente da prática do ato ilícito.

No paradigma da teoria do risco, há uma possibilidade, que é defendida, e evidentemente pautada no fundamento da equidade e do justo, que não leva em consideração a culpa, pelo risco da atividade[69] que traga proveito, lucro, mesmo que potencial, ainda que no caso não seja necessário investigar o resultado demonstrado de sucesso da empresa[70], ou, como assevera Carlos Alberto Bittar, com base na doutrina alemã, da responsabilidade pelo simples fato da exploração da empresa.[71]

---

[65] GOMES, Orlando. Obrigações**.** Revista atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense: 2007. p. 307

[66] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. Revista da Faculdade de Direito da UFG. Goiânia. v.31. p.33-59.

[67] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Direito civil: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 280.

[68] No Brasil, em 1912, o Decreto nº 2.681, que regulou a responsabilidade civil das estradas de ferro, fundou-se inteiramente no âmbito do risco criado ao viajante, embora o legislador tenha então mantido a expressão culpa presumida. Com isso, observou-se no país a tendência de abandono da regra "nenhuma responsabilidade sem culpa", voltando-se à proteção da vítima em matéria de responsabilidade civil. (MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 273.)

[69] AGRAVO INOMINADO NA APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. LAVRATURA DE TOI. FRAUDE APURADA. SUSPENSÃO. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. DANO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. ÔNUS DA PROVA. DANOS MORAIS. NÃO OCORRÊNCIA. VERBAS DE SUCUMBÊNCUA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. 1. A relação jurídica que ora se examina é de consumo, pois a autora é a destinatária final da energia elétrica fornecida pela ré, daí a necessidade de se resolver a lide dentro da norma consumerista prevista no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 2. Da leitura do art. 14 do CPDC, verifica-se que a responsabilidade do fornecedor de serviços é objetiva e somente não responderá pela reparação dos danos causados se provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste ou o fato é exclusivo do consumidor ou de terceiro. 3. Outrossim, segundo a teoria do risco do empreendimento, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços tem o dever de responder pelos vícios resultantes dos seus negócios, independentemente de sua culpa, pois a responsabilidade decorre do simples fato de alguém se dispor a realizar atividade de produzir, distribuir e comercializar ou executar determinados serviços. (...) (RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça, Agravo Inominado na Apelação Cível nº 0111977-43.2010.8.19.0001, Relator: José Carlos Paes, Décima Quarta Câmara Cível, Julgado em 23/10/2013).

[70] GODOY, Claudio Luiz Bueno. Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71-72

[71] BITTTAR, Carlos Alberto, Responsabilidade civil nas atividades nucleares. Tese apresentada ao concurso de Livre-Docente na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 1982. p.70.

Deve-se ter como paradigma de tratamento da responsabilidade civil, o dano causado que deve ser reparado a vítima, pois o foco deixou de bailar exclusivamente em relação à pessoa do ofensor, e se deslocou para a preservação da vítima, antes que esta relação se tornasse relativamente equilibrada. Nesse sentido, José de Aguiar Dias, ao tratar das novas tendências da responsabilidade civil, afirmou que "parece não haver mais dúvidas no sentido de que em tema de responsabilidade civil a tendência que se vai confirmando nos mostra que mais do que apontar o responsável pelo dano optaram legisladores e aplicadores do direito em dizer como ele será reparado."[72]

Ademais, os riscos criados não se consideram mais simples riscos individuais. São riscos sociais e não é justo que os homens respondam por eles individualmente. A responsabilidade fundada no risco não possui somente viés econômico – "*ubi emolumentum ibi ônus"* – mas representa também uma questão social. Tal pensamento faz voltar à tona do pensamento contemporâneo a reflexão muito lucida do jurista do século passado que inspira as conclusões deste tempo presente:

"Fosse possível traçar normas jurídicas perfeitas, que delimitassem, dentro de contornos inconfundíveis, as prerrogativas conferidas aos indivíduos; se a inteligência e a sabedoria humanas pudessem enfeixar nos preceitos legais a seguir no exercício dos direitos, a solução dos conflitos jurídicos seria, sem dúvida, tarefa menos árdua e não caberia à doutrina e a jurisprudência o papel tão preeminente, que ora desempenham, na solução do problema da responsabilidade civil."[73]

A tendência da socialização dos riscos[74], como citado acima, e dos custos nas atividades empresariais causadoras de danos não têm fundamento na revisão das

[72] DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. XI ed. rev., atual. e amp. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 50.

[73] LIMA, Alvino. Culpa e Risco, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960. p. 218.

[74] DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. FURTO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. LEGÍTIMA EXPECTATIVA DE SEGURANÇA POR PARTE DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS APTAS AO RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR. RECURSO EXCLUSIVO DO CONSUMIDOR. DANOS MATERIAIS MANTIDOS EM RAZÃO DO PRINCÍPIO DO NON REFORMATIO IN PEJUS. (...) 3. Tradicionalmente, a jurisprudência desta Corte entende que os estabelecimentos comerciais e congêneres que fornecem estacionamento aos veículos de seus clientes respondem objetivamente por danos, furtos ou roubos. O entendimento - que foi consolidado na Súmula 130/STJ - é de que a disponibilização do estacionamento constitui mecanismo de captação de clientela para o estabelecimento, que, em troca dos benefícios indiretos que aufere, deve zelar pela segurança dos veículos dos consumidores, suportando os riscos inerentes à comodidade oferecida. 4. Contudo, essa orientação, que se fundamenta na teoria do risco-proveito, acaba por, automaticamente e sem quaisquer outras considerações, transferir o risco de dano ou subtração do veículo para o mantenedor do estacionamento, risco esse que, a princípio, é do proprietário do bem. 5. Além disso, a teoria do risco-proveito, aplicada sistematicamente, implica a presunção de que o risco assumido por qualquer estabelecimento, assim como o proveito decorrente do estacionamento, é uniforme e invariável, o que não condiz com a realidade econômica-social, tão dinâmica e multifacetada. 6. Nesse contexto, entende-se que a responsabilidade do estabelecimento por danos ou subtrações de veículos em estacionamentos deve ser aferida casuisticamente, cabendo ao julgador investigar se o conjunto das circunstâncias concretas do estabelecimento e seu estacionamento são aptas a gerar, no consumidor-médio, razoável expectativa de segurança. 7. Se esse conjunto de circunstâncias, objetivamente consideradas, indicar que havia razoável expectativa de segurança por parte do consumidor-médio, a responsabilidade do estabelecimento ou instituição estará configurada, assentando-se o nexo de imputação na frustração da confiança a que fora induzido o consumidor. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 1426598/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 19/10/2017, DJe 30/10/2017); Por expresso mandamento constitucional (arts. 5º, inciso XXXI, e 170, V, da Constituição Federal e art. 48 da ADCT), o Estatuto traz dispositivos voltados efetivamente à proteção do consumidor, conferindo-lhe presunção iure et de iure de vulnerabilidade,

regras de responsabilidade, mas na substituição dos instrumentos de direito privado pelos publicísticos.[75] Com a edificação do princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o eixo central de preocupação do Direito, voltou-se em favor da pessoa, não mais do patrimônio. Nesse contexto, disseminar a solidariedade é tão importante quanto promover a dignidade na fundação da arquitetura jurídica contemporânea.[76]

Atualmente, as teorias fundadas na culpa e no risco não se excluem mutuamente, mas conjugam-se para atender às demandas da realidade social contemporânea.

3 O RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE DOS CONSUMIDORES E OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

No âmbito das relações de consumo, destacam-se, conforme a doutrina de Bruno Miragem, sete princípios básicos que visam à correta interpretação das regras do Código do Consumidor.[77] São normas de alto grau de generalidade que atuam como mandamentos de otimização. Observa-se que a principal diretriz de proteção do consumidor é o reconhecimento de sua vulnerabilidade, "fundamento teleológico de todo o microssistema protetivo."[78]

O princípio da vulnerabilidade baseia, portanto, a própria existência do direito do consumidor e encontra-se positivado no inciso I do artigo 4º do CDC, como princípio informador da Política Nacional das Relações de Consumo. Vulnerabilidade é um estado da pessoa. Designa também uma situação de fragilidade, impossibilidade de ação ou enfraquecimento que pode ser temporária ou permanente. O sujeito vulnerável fica exposto ao risco e sem possibilidade de autodeterminação.

Claudia Lima Marques afirma existirem quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a informacional, adjetivada como básica.[79] A primeira relaciona-se com a ausência de conhecimentos científicos sobre o bem de consumo. É presumida para o consumidor comum, mas o profissional também pode se encontrar em situação de vulnerabilidade técnica. O consumidor pode ser facilmente enganado, pois não tem como saber se as especificações anunciadas efetivamente

como forma de compensar no plano jurídico o desequilíbrio fático da relação de consumo. E nesse espírito é que optou a legislação protetiva por estabelecer, como regra geral, a responsabilidade objetiva dos fornecedores, de modo a conferir primazia à reparabilidade integral do consumidor (art. 6º, VI, Código de Defesa do Consumidor), em detrimento da concepção liberal clássica de responsabilidade (subjetiva) fundada na culpabilidade do agente, inspirada no adágio "neminem laedere". Os prejuízos não devem ser suportados individualmente pela parte vulnerável da relação de consumo, e sim pelo fornecedor, que antevê a potencialidade danosa de sua atividade lucrativa e, em última instância, os distribui, como sói acontecer, entre os próprios consumidores, embutidos no preço dos produtos e serviços (socialização dos riscos). (SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça, Apelação Cível n.º 2010.049983-7, Relatora: Rosane Portella Wolff, Sexta Câmara de Direito Civil, julgado em 25/10/2012)."

[75] ALPA, Guido; BESSONE, Mario. Tratatto di diritto privato. Torino: UTET, 1986, t.6, v. 14. p.320.

[76] CATALAN, Marcos. A morte da culpa na responsabilidade contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 46.

[77] MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 127 et seq.

[78] MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 127.

[79] MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 320-341

correspondem à realidade e muitas vezes se depara com o excesso de informações desnecessárias, que impede a identificação das que realmente importam.[80]

A vulnerabilidade jurídica revela-se na situação de ausência de conhecimentos jurídicos específicos. É uma das fontes irradiadoras do dever de informação tendo em vista a complexidade dos contratos e o grande número de complicados vínculos que formam uma relação contratual. O consumidor deve ser tido como um leigo pelo fornecedor, que deve evitar termos técnicos ou difíceis que possibilitem a incompreensão ou deixem margem para dúvidas.

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica diz respeito às características do parceiro contratual, que impõe sua força e superioridade. A parte mais fraca submete-se a determinadas condições contratuais, pois precisa do bem de consumo e não tem condições de modificar cláusulas ou condições, já previamente determinadas pelos fornecedores em contratos massificados. A vulnerabilidade informacional, por sua vez, pode ser considerada uma espécie de vulnerabilidade técnica, mas merece destaque como uma espécie autônoma tendo em vista o déficit informacional do consumidor, elemento chave das relações de consumo.[81]

O princípio da solidariedade tem fundamento no mandamento constitucional dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e também na ordem econômica fundada na valorização do trabalho. Trata-se de princípio que estabelece a necessidade de se considerar os reflexos da atuação individual na sociedade. No direito do consumidor sua atuação não se restringe à proteção do mais fraco, mas se relaciona também aos múltiplos aspectos da repercussão social da relação de consumo.[82]

O princípio referido ilumina a regra da responsabilidade civil objetiva do fornecedor e estabelece a divisão de riscos entre todos que estão participando da cadeia de fornecimento. Tem, desse modo, o efeito de ampliar o âmbito da eficácia do contrato que tem seus efeitos ampliados inclusive para terceiros não contratantes, valorizando-se as consequências do reconhecimento da função social do contrato.[83]

O princípio da boa-fé é basilar do direito privado em geral e, no CDC, encontra-se expresso no inciso III do artigo 4º. Está ligado à ideia de boa-fé objetiva, já que a subjetiva é apenas um estado psicológico consistente na ausência de intenção de prejudicar alguém.[84] A boa-fé tem origem no direito alemão por intermédio do parágrafo 242 do BGB que determina a necessidade de um comportamento de acordo com os usos do tráfego. Essa ideia foi desenvolvida e posteriormente definida como fonte de deveres jurídicos não expressos. Implica a exigência de respeito e lealdade e impõe um dever de correção e fidelidade, considerando-se as legítimas expectativas geradas no outro. Tem como função, basicamente, ser fonte autônoma de dever,

[80] MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais prática comerciais; interpretação sistemática do direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 142.

[81] MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais.7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 320-341.

[82] MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 142.

[83] MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 142.

[84] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 40.

estabelecer um limite ao exercício de direitos subjetivos e servir de critério para interpretação e integração dos negócios jurídicos.[85]

O princípio do equilíbrio parte do pressuposto da vulnerabilidade do consumidor e sustenta a necessidade de reequilíbrio da situação fática de desigualdade. Incide sobre as consequências patrimoniais das relações de consumo e tem como efeitos a proteção do consumidor e a proteção do próprio equilíbrio econômico do contrato. É desenvolvido a partir do princípio constitucional da igualdade substancial. Atua na limitação das atividades do fornecedor que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. O equilíbrio da relação de consumo é protegido não somente em relação ao contrato, mas também quanto à responsabilidade extracontratual. O princípio reflete-se também no equilíbrio processual ao passo em que garante um papel mais ativo do juiz na lide. No CDC percebe-se uma ideia de proibição geral ao abuso de direito por meio da aplicação do princípio do equilíbrio nos artigos 51, IV e 6º, V, por exemplo. Casos em que se reconhece a desigualdade do consumidor e a necessidade de sua proteção pelo direito tendo em vista o grande desequilíbrio da relação.[86]

O princípio da intervenção do Estado resulta da imprescindibilidade da atuação estatal para a defesa do consumidor. Não se exige neutralidade dos Poderes Legislativos e Judiciário ao arbitrar as relações de consumo. O Código do Consumidor estabelece aos consumidores certos direitos subjetivos aos quais correspondem deveres dos fornecedores e essa ideia afasta a concepção de Estado Liberal. O papel estatal passa a ser ativo[87] e de grande importância no processo de desenvolvimento econômico e social considerando-se a necessidade de proteção e realização dos interesses do consumidor.[88]

O princípio da efetividade da aplicação das normas, por sua vez, relaciona-se com a necessidade de aplicação da norma de modo a garantir a proteção efetiva ou eficiente do consumidor e não somente o mero cumprimento da lei. Embora não haja referência expressa à efetividade da defesa do consumidor no CDC, há preocupação evidente com sua tutela legal e nesse sentido orientam-se as normas relativas à responsabilidade solidária e à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, como explana Bruno Miragem.[89]

Outro exemplo da aplicação do princípio da efetividade das normas é a real consideração das consequências da perda do tempo do consumidor[90], que muitas

[85] MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 145.

[86] MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 148-149.

[87] Cabe ao Estado não apenas desenvolver atividades relacionadas à proteção do consumidor, mediante a instituição de órgãos públicos, mas também incentivar a criação de associações com esse objetivo. O Estado deve propiciar o livre mercado e a livre concorrência e nele intervir em caso de abuso do poder econômico: FILOMENO, José Geraldo Brito. In: [arts. 4º e 5º]. GRINOVER, Ada Pellegrini, et.al., Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 66.

[88] MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 150-151.

[89] MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 152.

[90] Sobre o tema, veja interessante decisão do TJMG: APELAÇÃO CÍVEL - COBRANÇA INDEVIDA - DANO MORAL - OCORRÊNCIA - PERDA DE TEMPO DO CONSUMIDOR - CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO. - Cabe condenar ao pagamento de indenização por danos morais a empresa que procede a cobranças evidentemente indevidas, obrigando o consumidor, com evidente perda de tempo útil, a tentar resolver a questão na esfera jurídica para ver resguardado seu direito, frontalmente agredido pela má-fé gerencial. (TJMG - Apelação Cível 1.0148.12.007352-0/001,

vezes adia ou suprime algumas de suas atividades planejadas ou desejadas e acaba por desviar sua atenção e seu tempo para tentar resolver problemas de consumo causados pelos fornecedores. O consumidor vulnerável incorre, dessa forma, em um custo de oportunidade indesejado que marca um fenômeno socioeconômico referido por Dessa une como desvio produtivo e que deve ser indenizado considerando a necessidade de efetiva tutela jurídica dos bens relevantes, como o tempo do consumidor. A finalidade das normas jurídicas deve ser o bem-estar e a felicidade do ser humano e ela só é alcançada por meio da efetiva proteção do consumidor que gasta seus recursos em virtude de comportamento ilícito do fornecedor.[91]

Por fim, o princípio da harmonia das relações de consumo está previsto no artigo 4º, inciso III do CDC. Liga-se à ideia de interesses complementares, e não opostos, que devem ser considerados nas relações jurídicas modernas. A referida harmonia, no entanto, baseia-se na igualdade substancial das partes não se podendo olvidar que as normas do Código protegem o consumidor. O que se deve considerar é a necessidade de não se impor ao fornecedor gravames excessivos, devendo ser protegido o consumidor de boa-fé e coibido o enriquecimento ilícito. Os interesses dos consumidores e fornecedores não devem ser necessariamente contrários porquanto a defesa dos que consomem é um princípio constitucional que informa a ordem econômica, nos termos do artigo 170 do Constituição da República.[92]

Silva ressalta também a importância do princípio da igualdade nas relações de consumo. Destaca que a compreensão dos regramentos do CDC passa pelo entendimento de que seus destinatários se encontram descompassados na sociedade e o reconhecimento do primado da igualdade serve à diminuição dessa dessemelhança. Não há privilégio de certa classe de sujeitos, mas sim sua inserção na moderna noção de igualdade.[93]

4 O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL E A NOÇÃO DE DANO INJUSTO

A abertura constitucional a direitos fundamentais insculpidos em outros estatutos[94] permite uma oxigenação do Direito em favor da pessoa humana, do vulnerável.

Com a elevação do direito à indenização pelo dano material ou moral ao rol de direitos fundamentais, e também pelo especial fato de que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, certo é que o aplicador do direito deve promover nova leitura das hipóteses de lesões a direitos, ao efeito de reconhecer que situações antes desamparadas, também são merecedoras de devida atenção pelo ordenamento jurídico, de maneira que, “o dano injusto – e, portanto,

Relator(a): Des.(a) Evandro Lopes da Costa Teixeira , 17ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/08/2017, publicação da súmula em 14/08/2017).

[91] DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. Vitória, ES: edição especial do autor, 2017. p. 97/135.

[92] MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 153.

[93] SILVA, Luis Renato Ferreira da. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). Doutrinas essenciais. Direito do Consumidor – v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

[94] Por força do disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição, vigora no ordenamento jurídico brasileiro um dever de aplicação imediata, por parte dos órgãos estatais (com ênfase nos órgãos jurisdicionais) de atribuição da máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais. (SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 315.)

aquele que se considera ressarcível – não será somente aquele que decorrer da conduta ilícita, mas sim todo e qualquer dano que violar bens jurídicos e contrariar os valores tutelados pelo ordenamento jurídico".[95]

Nesse contexto, visando à proteção do contratante vulnerável, direito do consumidor no Brasil fundamenta o regime de responsabilidade do fornecedor na teoria do *risco-proveito.*[96]

O Código de Defesa do Consumidor, com efeito, busca a garantia, no plano legal, de mecanismos que diminuam a possibilidade de transgressão dos direitos dos consumidores e, acaso ocorrida a violação, o estabelecimento de preceitos que facilitem a integral reparação dos danos porventura sofridos.

O diploma consumerista adotou, no plano da responsabilidade civil, a teoria da responsabilidade objetiva. Também conhecida como teoria do risco, a técnica se desenvolveu nos ordenamentos jurídicos em razão das complexas relações desenvolvidas socialmente, tornando, em muitos dos casos, extremamente árdua a tarefa de comprovar, no plano dos fatos, quem agiu de forma culposa.[97]

A teoria da responsabilidade objetiva, diferentemente da teoria da responsabilidade subjetiva, em que o dever de indenizar exige a comprovação da culpa do agente – imprudência, negligência ou imperícia -, prevê que, acaso caracterizado o dano, o ofensor se obriga a reparar a vítima independentemente da análise da culpa em sua conduta.[98] Para a responsabilidade objetiva basta, portanto, a existência de uma (i) ação ou omissão – conduta –, (ii) dano e (iii) nexo de causalidade entre o dano e a conduta.[99]

Concluindo a análise quanto à teoria da responsabilidade objetiva, valiosas as palavras de Antonio Herman V. Benjamin:

A substituição da culpa, como informadora do dever de reparar, por outro critério, em especial na proteção do consumidor, vinha sendo reclamada de há muito.

Afastando-se, por conseguinte, do direito tradicional, o Código dá um fundamento objetivo ao dever de indenizar. Não mais importa se o responsável legal agiu com culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ao colocar no mercado produto ou serviço defeituoso.

---

[95] SILVA, Rodrigo da Guia. Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. Revista de Direito do Consumidor, vol. 107/2016, p. 89 – 122, set/out. 2016.

[96] "No direito do consumidor, seja pela posição negocial ocupada pelo fornecedor - responsável pela reparação dos danos causados - ou mesmo pelo aspecto econômico que envolve a relação de consumo no mercado de consumo -, o fundamento essencial do regime de responsabilidade objetiva do fornecedor é a teoria do risco-proveito. Ou seja, responde pelos riscos de danos causados por atividades que dão causa a tais riscos aqueles que a promovem, obtendo delas vantagem econômica. Trata-se, no caso, da distribuição dos custos que representam os riscos causados pela atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo. E não se diga que o fornecedor suportará tais custos. Apenas que se elege um critério eficiente de sua redistribuição por toda a cadeia de fornecimento, uma vez que os mesmos serão necessariamente repassados, por intermédio do sistema de preços, a todos os consumidores que terminam por remunerar o fornecedor também em consideração dos custos representados pelas eventuais indenizações que ele venha a suportar." (MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 572.)

[97] TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na Perspectiva do Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 360.

[98] WALD, Arnoldo. Obrigações e contratos**.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 692 e 693.

[99] TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na Perspectiva do Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 361.

Não é sequer relevante tenha ele sido o mais cuidadoso possível. Não se trata, em absoluto, de mera presunção de culpa que o obrigado pode ilidir provando que atuou com diligência. Ressalte-se que tampouco ocorre mera inversão do ônus da prova. *A partir do Código – não custa repetir – o réu será responsável mesmo que esteja apto a provar que agiu com a melhor diligência e perícia*.[100]

Seguindo na linha da proteção dos direitos dos consumidores, conforme mandamento constitucional, verifica-se que o código consumerista, diante do caráter fundamental do direito à indenização pelos danos morais e materiais prevê, em seu art. 6º, VI, "a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos". Significa que "havendo dano, a indenização terá de ser a mais completa possível. Para o Código, de fato, a reparação é ampla, cobrindo todos os danos sofridos pela vítima, patrimoniais (diretos ou indiretos) e morais, inclusive aqueles causados no próprio bem de consumo defeituoso".[101]

No âmbito das relações de consumo há, para fins de tutela do contratante vulnerável, uma sensível diferença em relação ao Código Civil/2002: a prevalência *absoluta* do princípio da *reparação integral dos danos.* Na legislação protetiva do consumidor inexistem restrições semelhantes às previstas na legislação civil.[102] Tal compreensão é fundada no disposto no art. 6º, VI, do CDC, que dispõe: "devem ser reparados todos os danos causados, sejam os prejuízos diretamente causados pelo fato, assim como aqueles que sejam sua consequência direta."[103] A reparação de danos ao deve ser a mais ampla possível[104], envolvendo todos os prejuízos suportados, sejam eles de natureza material ou moral.[105]

Para Rizzatto Nunes, "a palavra 'dano' significa estrago; é uma danificação sofrida por alguém, causando-lhe prejuízo. Implica, necessariamente, a diminuição do patrimônio da pessoa lesada"[106]. A bem da verdade, o Direito define o dano,

---

[100] BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 163.

[101] BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 160.

[102] O parágrafo único do art. 944 estabelece uma dessas restrições (o critério de equidade) dizendo: "se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização." O artigo seguinte também dispõe que: "Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano." Outras exceções à reparação integral do dano positivada no caput do art. 944 do CC/2002 podem ser elencadas: (1) a desproporção entre a culpa e o dano; (2) o dano moral (a fixação da indenização por danos morais enseja uma ponderação do grau de dolo ou culpa); (3) o dolo (a exemplo do disposto no art. 443, CC/2002); (4) a indenização equitativa a cargo do incapaz (conforme previsto no art. 928, parágrafo único, CC/2002).

[103] MIRAGEM, Bruno. Curso de Direito do Consumidor. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 227-228.

[104] "Havendo possibilidade de o consumidor suportar dano ou prejuízo em razão de falha na prestação do forncedor, cuidou o CDC de estatuir um regime de responsabilidade civil que se amolde melhor aos objetivos da tutela consumerista". (THEODORO JÚNIOR, Humberto. DIREITOS DO CONSUMIDOR: A busca de um ponto entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito Civil e do Direito Processual Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 351).

[105] A indenização pelos danos materiais (danos emergentes e lucros cessantes) possui caráter ressarcitório/compensatório porquanto busca restituir ao autor o status quo ante, em prestígio ao princípio da reparação integral do dano, ou compensar-lhe pelo ganho que deixou de auferir. (BRASIL. TJDFT. Ac. 788.590. Segunda Turma Cível. Rel. Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior. Julg. 07/05/2014. DJe 15/05/2014.)

[106] NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2017. p. 374.

genericamente, como as mudanças adversas nas circunstâncias de vida de uma pessoa.[107]

O dano material representa a violação ao patrimônio "tangível do ofendido, incluindo todas as perdas materiais que possam ser contabilizadas. Ele pode impor uma diminuição ao patrimônio ou impedir o seu crescimento. Nesse sentido, o dano material desdobra-se nos planos dos danos emergentes e dos lucros cessantes."[108] e [109]

Passando para a análise dos danos morais, a definição já não é tão objetiva quanto a apresentada em relação aos danos materiais, pois envolve, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.[110] Bruno Miragem, advertindo que "uma distinção excessiva das várias consequências da violação prejudica a sistematização dos danos daí recorrentes", propõe a diferenciação de danos extrapatrimoniais em quatro espécies: a) Danos morais em sentido estrito, compreendendo toda lesão ao estado anímico da pessoa em decorrência da lesão a atributo da personalidade; b) Dano corporal; c) Dano estético; d) Danos extrapatrimoniais decorrentes da lesão a bens e interesses coletivos (dano moral coletivo).[111]

Evidentemente, uma vez violado o patrimônio imaterial da pessoa, a compensação do dano dar-se-á pela via pecuniária, uma vez que é "um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, o que traz o conceito de *lenitivo*, *derivativo* ou *sucedâneo*. [...] Cumpre esclarecer que não há, no dano moral, uma finalidade de acréscimo patrimonial para a vítima, mas sim de compensação pelos males suportados."[112]

Há um novo caminho a ser explorado pelo instituto da responsabilidade civil que, à vista dos objetivos traçados pelo texto constitucional, deve se preocupar ao máximo com a dignidade da pessoa humana. Na contemporaneidade, a dignidade da pessoa humana está diretamente relacionada com a figura de "*novos danos*, tais como o dano à vida sexual, o dano de *mobbing* (ou assédio moral), o dano de nascimento indesejado, o dano à identidade pessoal e assim por diante."[113]

Mais do que isso, não é possível olhar as relações de consumo com o mesmo pragmatismo das relações civis, pois os seus protagonistas são sensivelmente diferentes: todo consumidor é vulnerável, seja fática, jurídica, técnica ou economicamente, e essa peculiaridade deve ser sopesada pelos Tribunais.

---

[107] CANE, Peter. Atiyah's Accidents, Compensation and the Law. 8. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. p. 410.

[108] MAGGI, Bruno Oliveira. Nova proposta de classificação do dano no direito civil. Doutrinas Essenciais de Dano Moral, São Paulo, v. 1, p. 749 – 775, jul. 2015.

[109] Para melhor compreensão da distinção entre os danos emergentes e os lucros cessantes, didático é o exemplo de Carlos Roberto Gonçalves: "Se um ônibus, por exemplo, é abalroado culposamente, deve o causador do dano ressarcir todos os prejuízos efetivamente sofridos por seu proprietário, incluindo-se as despesas com os reparos do veículo (dano emergente), bem como o que a empresa deixou de auferir no período em que permaneceu na oficina (lucro cessante). Apura-se, pericialmente, o lucro que a empresa obtinha por dia, e chega-se ao quantum que ela deixou de lucrar." (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2011. p. 397.).

[110] BOLSON, Simone Hegele. O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor. Revista de Direito do Consumidor, v. 46/2003, p. 265 – 292, abr/jun. 2013.

[111] MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. Direito Civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 198.

[112] TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 526.

[113] SILVA, Rodrigo da Guia. Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. Revista de Direito do Consumidor, vol. 107/2016, p. 89 – 122, set/out. 2016.

5 O TRATAMENTO DO TEMPO COMO BEM JURÍDICO E O ENTENDIMENTO ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não se pode olvidar que o tempo é questão de máxima importância para o indivíduo. A utilização do tempo pelo sujeito de direitos está intimamente relacionada com a possibilidade dele usufruir dos bens e direitos de que é titular, bem como adotar condutas que estejam voltadas para a persecução da felicidade (satisfação). Como afirma Tercio Sampaio Ferraz Junior, "a positivação do direito *aguça*, em sede de um saber tecnológico (dogmática jurídica), a temática do tempo. A disponibilidade sobre o direito (objetivo ou subjetivo), quer pela via legislativa, quer pela via judicial, quer pela via executiva, faz do *tempo* um alto fator de contingência, que precisa ser controlado."[114]

O tempo é escasso, intangível, ininterrompível e irreversível.[115] E, justamente pela escassez e relevância fundamental para o indivíduo, a doutrina[116] reconhece que "o tempo é valor e compõe o dano ressarcível", tanto é que "muitas das condenações em danos morais levam em consideração o tempo, como qualidade e como segurança do fornecimento do produto e do serviço."[117] Aquele que viu o seu tempo vitimado em razão de ilícito causado por outrem, não poderá mais usufruí-lo para a persecução de seus objetivos particulares (satisfação pessoal). Ou seja, "a indevida perda do tempo útil não acarreta efeitos negativos somente no viés econômico-profissional, mas também repercute negativamente na esfera afetiva, familiar e social, de modo a extirpar do ser humano tempo que lhe seria precioso e, por vezes, raro para viver com dignidade."[118]

Há muito o Superior Tribunal de Justiça desatrelou o dano moral da repercussão psicológica provocada à pessoa do ofendido em diversas situações[119] e [120], o que nos permite afirmar que a jurisprudência acolheu a orientação doutrinária

---

[114] FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Direito, entre o futuro e o passado. São Paulo: Noeses, 2014. p. 7.

[115] MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. Revista de Direito do Consumidor, vol. 92/2014, p. 161 – 176, mar/abr. 2014.

[116] Marcos Dessaune, na primeira edição da obra pioneira sobre o tema no Brasil, defendeu a existência de situações que importam em um "prejuízo temporal" ao consumidor, que não se enquadram nos conceitos tradicionais de dano material, de perda de uma chance e de dano moral. Desse modo, se estaria diante de "uma nova e importante modalidade de dano até agora desconsiderada no Direito brasileiro: o desvio dos recursos produtivos do consumidor, ou resumidamente, o desvio produtivo do consumidor." (DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 134.)

[117] MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 219.

[118] MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. Revista de Direito do Consumidor, vol. 92/2014, p. 161 – 176, mar/abr. 2014.

[119] Conf.: OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. São Paulo, Revista de Direito do Consumidor, v. 93, p. 13-28, Maio/Jun., 2014.

[120] No julgamento dos casos das "pílulas de farinha", por exemplo, o dano moral resultante da gestação não planejada devido à ingestão de anticoncepcional sem princípio ativo foi dissociado de uma repercussão psicológica negativa para a mãe e relacionado à frustração da opção de escolha da mulher (direito à autodeterminação) quanto ao momento de ter filhos. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 866.636/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 29/11/2007, DJ 06/12/2007.) Em outro caso consignou-se o entendimento de que "o dano moral não pode ser visto tão-somente como de ordem puramente psíquica – dependente das reações emocionais da vítima –, porquanto, na atual ordem jurídica-constitucional, a dignidade é fundamento central dos direitos humanos, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação." (BRASIL. Superior

de que o fundamento da reparação dos danos extrapatrimoniais não é a repercussão psicológica no lesado, mas sim a violação à dignidade da pessoa humana.

Agora o Superior Tribunal de Justiça começa a sinalizar uma mudança de paradigmas nas suas decisões relativas ao reconhecimento do tempo do consumidor como um bem com valor jurídico. Isso se nota com facilidade nos julgados relacionados à demora no atendimento das agências bancárias, resultante da proliferação de leis locais sobre esse tema no país. [121] Em um primeiro momento entendeu-se que, a despeito das previsões legislativas, "o pouco tempo de espera em fila de banco não tem o condão de expor a pessoa a vexame ou constrangimento perante terceiros, não havendo que se falar em intenso abalo psicológico capaz de causar aflições ou angústias extremas."[122] A violação ao tempo máximo estabelecido pela lei para o atendimento bancário, embora configurasse uma infração administrativa[123], seria, para o consumidor, uma "situação de mero aborrecimento ou dissabor não suscetível de indenização por danos morais."[124]

Data de 2012 o primeiro julgado colegiado do Tribunal da Cidadania a reconhecer o dever de reparação de danos morais decorrentes da *espera excessiva* em fila bancária. De relatoria do Min. Sidnei Beneti, consignou-se na decisão da Terceira Turma que "a espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangimentos, e reconhecida faticamente como provocadora de sofrimento moral, enseja condenação por dano moral."[125] Consolidou-se o entendimento de que a *espera excessiva* também pode ser entendida um desses

Tribunal de Justiça. REsp 910.794/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 21/10/2008, DJe 04/12/2008.)

[121] Tema que ganhou especial atenção a partir da orientação pacífica quanto à competência legislativa dos Municípios para disciplinar o tempo máximo de espera nas filas em agências bancárias. Veja o Informativo de jurisprudência do STJ nº 0303, período de 6 a 10 de novembro de 2006. Precedentes citados: CC 57.402-MS, DJ 19/6/2006; CC 58566-RS, DJ 7/8/2006; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 598.183-DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 8/11/2006.

[122] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag nº 1.422.960/SC. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 9/4/2012.

[123] O entendimento era de que a violação à legislação local que estabelece tempo máximo de espera em fila de banco ensejaria sanções administrativas, mas não seria – sozinha – suficiente para desejar o direito do usuário à indenização. Nesse sentido, afirma-se: "O tipo de norma em comento, já reconhecido como constitucional nesta Corte Superior (STJ, RESP 598.183, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, unânime, 8/11/2006, com remessa a vários precedentes, tanto do STJ como do STF), é de natureza administrativa. Dirige-se à responsabilidade do estabelecimento bancário perante a Administração Pública, que, diante da reclamação do usuário dos serviços ou ex officio, deve aplicar-lhe as sanções administrativas pertinentes. A violação desse tipo de normativa não gera, por si só, direito à indenização por danos morais" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.696.860 - RO (2017/0231149-6). Decisão Monocrática do Min. Moura Ribeiro proferida em 29/09/2017. Recorrente: Banco do Brasil S.A. Recorrido: Francisco Jose de Freitas Matos. Publicada em: 11/10/2017.).

[124] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag nº 1.422.960/SC. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 9/4/2012.

[125] Naquele momento, para ensejar o dever de indenizar, buscaram-se outras "circunstâncias fáticas de padecimento moral", tais como a necessidade de permanecer de pé em fila de espera ou a impossibilidade de uso de sanitário. Concluiu-se que "não será o mero desrespeito ao prazo objetivamente estabelecido pela norma municipal que autorizará uma conclusão afirmativa a respeito da existência de dano moral indenizável. Também há de se levar em conta outros elementos fáticos." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.218.497/MT, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 11/09/2012, DJe 17/09/2012.)

elementos ensejadores do dever de indenizar *pelas consequências naturais de um elevado tempo de espera*.[126 e 127]

[126] Nesse sentido a decisão monocrática da Ministra Nancy Andrighi, publicada em 27/10/2017, na qual se consigna expressamente que "a espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangimentos, e reconhecida faticamente como provocadora de sofrimento moral, enseja condenação por dano moral." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.684.254 - RO (2017/0166758-4). Decisão monocrática Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Recorrido: Cintia Hilene Holanda Barros. Publicada em 27/10/2017. Grifos nossos.) Veja também: "Ainda de acordo com o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, para haver direito à reparação a espera em fila de agência bancária deve ser excessiva ou acompanhada de outros constrangimentos, para haver configuração de grave lesão a atributo da pessoa do recorrido. Na hipótese dos autos, apesar de se debater a aplicação da Lei Municipal 3.061/99, do Município de Rondonópolis/MT, que prevê tempo de espera máximo de 25 (vinte e cinco) minutos para atendimento em instituição financeira instalada naquele Município, a discussão não se encerra somente neste ponto. Na hipótese dos autos, é fato incontroverso que o recorrido foi obrigado a aguardar por 2h07m (duas horas e sete minutos) para ser atendido em agência bancária mantida pela recorrente. Tal período de tempo configura uma espera excessiva, a qual, conforme o entendimento deste STJ, é causa de danos extrapatrimoniais." (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.662.808/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 02/05/2017, DJe 05/05/2017.)

[127] Entendimento também consagrado no âmbito dos Tribunais estaduais. Veja-se, como exemplo: DIREITO PROCESSUAL CÍVEL E DEFESA DO CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ESPERA EXCESSIVA EM FILA DE BANCO. OFENSA À LEI MUNICIPAL DE MUCURI Nº 654/2013. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. VEROSSIMILHANÇA E HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA. ART. 6º, VIII, DO CDC. APLICAÇÃO. PRELIMINAR REJEIÇÃO. AGRAVO RETIDO. SENTENÇA MANTIDA. (...) AGRAVO RETIDO IMPROVIDO.II- Evidenciada a relação de consumo, incide o Código de Defesa do Consumidor, especificamente em seu artigo 14, do qual se extrai a responsabilidade objetiva da referida instituição financeira. III- A permanência por extenso período na fila de banco para realizar operação bancária, violando-se regramento específico, configura ofensa ao patrimônio moral da parte Autora, a ensejar a obrigação indenizatória do Réu.IV- Observa-se que o parâmetro para classificar ilegal e abusiva a espera do Apelado por mais de uma hora e meia na fila, foi dado pela Lei Municipal nº 654/2013 que prevê até 15 (quinze) minutos como tempo admissível para atendimento em agências bancárias do município de Mucuri, em dias habituais, e até 30 (trinta) minutos em véspera ou após feriado prolongado. (...) (BAHIA, Tribunal de Justiça, Apelação Cível n.º 8001119-86.2015.8.05.0172, Relator: Roberto Maynard Frank, Quarta Câmara Cível, publicado em: 24/05/2017); APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO INDENIZATÓRIA. ESPERA EXCESSIVA EM FILA DE BANCO. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SENTENÇA REFORMADA. 1. A espera por atendimento em fila de banco quando excessiva ou associada a outros constrangimentos, e reconhecida faticamente como provocadora de sofrimento moral, enseja condenação por dano moral. 2. O fornecedor somente pode eximir-se de sua responsabilidade civil caso comprove a existência de alguma das excludentes previstas no § 3º do artigo 14 do CDC, quais sejam, a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. (...) (GOIÁS, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 216134-93.2014.8.09.0134, Relator: Elizabeth Maria da Silva, Quarta Câmara Cível, julgado em: 22/09/2016); DIREITO DO CONSUMIDOR. VICIO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. COBRANÇA INDEVIDA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PERDA DO TEMPO ÚTIL. DANO IN RE IPSA. DANO MORAL_CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS IMPOSTA. (AMAZONAS, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 0624848-26.2014.8.04.0001, Rel. Des. Yedo Simões de Oliveira, Primeira Câmara Cível, julgado em 11/07/2016); CÍVEL. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ESPERA EM FILA DE BANCO. DEMORA NO ATENDIMENTO QUE EXTRAPOLA O LIMITE PREVISTO EM LEI. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO QUE ACARRETA A RESPONSABILIZAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS NÃO COMPROVADOS. MERO DISSABOR. HIPÓTESE DE CONSUMIDOR QUE AJUIZOU OUTROS FEITOS IDÊNTICOS A ESTE, ESTANDO PENDENTES DE JULGAMENTO OS RECURSOS DE APELAÇÃO. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. SENTENÇA CONFIRMADA.RECURSO NÃO PROVIDO.1. O mero decurso do tempo assinalado como razoável na lei municipal para início de

A alegação de que o tempo de espera em fila não se traduziria em violação a qualquer atributo da personalidade do consumidor não se confirma diante da percepção de que a prolongada e injustificada privação do consumidor da faculdade usar o seu próprio tempo como lhe convém constitui uma restrição ao seu direito à autodeterminação.[128] Na verdade, não é o tempo, em si, que deve ser indenizado, mas a sua percepção subjetiva, os efeitos que a espera prolongada ou que os sucessivos clamores do consumidor não atendido produzem no ser humano privado da liberdade de autodeterminar a maneira como preferiria dispor daquele intervalo.

Mais recentemente, ao tratar do tempo de remoção do conteúdo indevidamente compartilhado por meio da rede mundial de computadores, Fátima Nancy Andrighi constatou que "o tempo na internet é um tempo completamente diferente do que vivenciamos"[129], que o prazo de uma semana para cumprimento da ordem judicial, por exemplo, pode ser excessivo dependendo do bem jurídico que está sendo violado – ainda que seja um intervalo curto comparativamente ao tempo de duração de um processo.

A Terceira Turma do STJ, em fevereiro de 2018, ao revisitar o tema da responsabilidade do fornecedor em relação à disponibilização e prestação de serviço de assistência técnica, reconheceu com base no art. 18, caput e § 1º, do CDC o dever

---

atendimento não gera a presunção de dano moral. Para que a demora no início do atendimento transborde o mero aborrecimento e passe a caracterizar dano moral é necessário que o tempo decorrido para o início do atendimento seja desarrazoado e excessivo ou de que esteja associado a algum fato causador de constrangimento, vexame ou sofrimento psíquico. Ou seja, não se trata de hipótese de dano moral in re ipsa.2. Há de ser sopesado, entre outros aspectos, no momento da aferição da efetiva ocorrência do suposto dano moral por demora no atendimento em fila de banco: (a) se a operação bancária deveria necessariamente ser realizada naquela instituição financeira; (b) se a operação bancária poderia ou não ser efetuada por outros meios (caixa eletrônico, banco eletrônico, lotéricas, débito automático em conta, entre outros); (c) se a operação bancária deveria ser realizada no dia dos fatos (prazo final para pagamento de boleto, por exemplo); (d) eventuais peculiaridades da data em que se deu o fato (dia de pagamento de funcionalismo, proximidades de feriados, etc.); (e) características do consumidor (idoso ou jovem, grau de instrução, gestante, com saúde debilitada, entre outros); (f) o efetivo tempo de espera; e (g) outras circunstâncias relevantes do caso concreto. (PARANÁ, Tribunal de Justiça, Apelação Cível n.º 327406-3, Relatora: Lilian Romero, Oitava Câmara Cível, julgado em 27/08/2015); RECURSOS INOMINADOS (2). DANO MORAL. ESPERA NA FILA DE BANCO. 61 MINUTOS. TEMPO EXCESSIVO. ENUNCIADO 2.7 DAS TRR/PR. DANOS MORAIS. QUANTUM MAJORADO ALCANÇANDO O MONTANTE DE R$ 2.000,000 (DOIS MIL REAIS). SENTENÇA REFORMADA. RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E PROVIDO.RECURSO DA PARTÉ RÉ CONHECIDO E NÃO PROVIDO. De acordo com o entendimento majoritário desta Turma Recursal, interpretando o Enunciado 2.7 das Turmas Recursais Reunidas, a demora de mais de uma hora extrapola o razoavelmente aceito, configurando desrespeito ao consumidor e gerando dano moral indenizável. Ante o exposto, esta 2ª Turma Recursal resolve, por unanimidade dos votos, em relação ao recurso de DANIELY DE PAULA BATISTA, julgar pelo (a) Com Resolução do Mérito - Provimento, em relação ao recurso de BANCO SANTANDER S/A, julgar pelo (a) Com Resolução do Mérito - Provimento em Parte nos exatos termos do voto. (PARANÁ, Turmas Recursais, Recurso Inominado n.º 0014137-65.2016.8.16.0014/0, Relator: James Hamilton de Oliveira Macedo, Segunda Turma Recursal, julgado em 13/02/2017)

[128] A despeito disso, a maioria dos julgados até o momento ressalta a necessidade de demonstração de situações fáticas ensejadoras do dano extrapatrimonial. Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 937.978/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 08/11/2016, DJe 18/11/2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1340394/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 07/05/2013, DJe 10/05/2013; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível Nº 70075461632, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Décima Câmara Cível, julgado em 30/11/2017; RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível Nº 70071819270, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Nona Câmara Cível, julgado em 28/06/2017.

[129] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Fala registrada em 17/04/2018, durante a sessão de julgamento do REsp 1.707.859 RJ (2015/0152154-5), autuado em 02/07/2015. Recorrente: YAHOO! DO BRASIL INTERNET LTDA. Recorrido: BOTELHO INDÚSTRIA E DISTRIBUIÇÃO CINEMATOGRÁFICA LTDA.

de o comerciante “participar ativamente do processo de reparo, intermediando a relação entre consumidor e fabricante”. Foi considerado nas razões de decidir o tempo perdido pelo consumidor para “localizar a assistência técnica próxima de sua residência ou local de trabalho ou até mesmo de onde adquiriu o produto; e ainda o esforço de agendar uma ‘visita’ da autorizada”, assim como que constitui risco da atividade do comerciante o emprego de “soluções mais rápidas e eficientes”.[130]

Nas palavras de Claudia Lima Marques, “estamos quase nos acostumando a menosprezar os danos de massas, que os fornecedores perpetuam em nosso mercado – se forem de pequena monta – quase querendo culpar os consumidores por uma ‘indústria’, ou melhor, por seu empenho em defender os seus direitos violados em massa.”[131] A valorização do tempo do consumidor, sinalizada pelo Tribunal da Cidadania, é medida necessária para se assegurar a efetividade do princípio da reparação integral de danos.

Na medida em que a Constituição Federal de 1988 incluiu no rol dos direitos fundamentais o direito à indenização moral e material, bem como a proteção do consumidor, certo é que cabe ao intérprete realizar a integração da legislação infraconstitucional em conformidade com o mandamento constitucional.[132]

É o tempo de iniciar um desvendar – quem sabe – rumos novos, à busca de se tentar imaginar, para o sistema de responsabilização civil, no momento atual, da tábula rasa de pressupostos que antes das premissas expostas, eram capazes, de se declararem como fontes ou matriz do dever de indenizar.[133] Neste contexto, não se pode menosprezar o fato de que a sociedade contemporânea, dado o dinamismo das relações sociais, a todo o momento é capaz de promover o desenvolvimento e o aperfeiçoamento de direitos, que certamente são passíveis de violação, a exigir a devida tutela, tanto preventiva como reparatória, pelo ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O dano moral é concepção bastante ampla, está ligada ao sofrimento, à insegurança, à falta de tranquilidade, à violação dos direitos da personalidade, ao constrangimento, à limitação da autodeterminação, à honra objetiva e, acima de tudo, à dignidade da pessoa humana.

Sendo a proteção e defesa do consumidor um valor constitucional, a interpretação de todas as normas jurídicas deve ocorrer por meio de um diálogo em seu favor, parte vulnerável nas relações contratuais atuais. O rol exemplificativo de direitos básicos do consumidor busca assegurar que os fornecedores deem atenção à qualidade da fabricação do produto e da prestação do serviço, que zelem pela boa atuação.

É fundamental destacar a necessidade de intervenção dos órgãos administrativos e judiciais, dos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, fiscalizando e apurando eventuais infrações.

---

[130] BRASIL. REsp 1634851/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/09/2017, DJe 15/02/2018.

[131] MARQUES, Claudia Lima. Prefácio. p. 15. In: DESSAUNE, Marcos. Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[132] TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. XXI.

[133] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. Revista da Faculdade de Direito da UFG. Goiânia. v.31. p. 51.

REFERÊNCIAS

ALPA, Guido; BESSONE, Mario. ***Tratatto di diritto privato.*** Torino: UTET, 1986, t.6, v. 14.

BECK, Ulrich. ***La sociedad del riesgo global***. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BITTTAR, Carlos Alberto, Responsabilidade civil nas atividades nucleares. **Tese apresentada ao concurso de Livre-Docente na Faculdade de Direito da USP**. São Paulo, 1982.

BOLSON, Simone Hegele. O princípio da dignidade da pessoa humana, relações de consumo e o dano moral ao consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 46/2003, p. 265 – 292, abr/jun. 2013.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANE, Peter. *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*. 8. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. São Paulo, **Revista dos Tribunais**, v. 667, p. 7-16, mai. 1991.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor***:* o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2. ed. Vitória, ES: edição especial do autor, 2017.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. XI ed. rev., atual. e amp. por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O Direito, entre o futuro e o passado***.* São Paulo: Noeses, 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. In: [arts. 4º e 5º]. GRINOVER, Ada Pellegrini, *et.al.,* **Código brasileiro de Defesa do Consumidor***:* comentado pelos autores do anteprojeto**.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GIDDENS, Anthony. **A reinvenção da política**: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. 1997.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**: uma cláusula geral no Código Civil de 2002. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 2: teoria geral das obrigações. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. **Obrigações.** Revista atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense: 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *et.al.,* **Código brasileiro de Defesa do Consumidor***:* comentado pelos autores do anteprojeto**.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**. Goiânia. v.31.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Constitucionalização do direito civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 870/2008, p; 81 – 104, abr. 2008.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco***,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1960.

MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 92/2014, p. 161 – 176, mar/abr. 2014.

MAGGI, Bruno Oliveira. **Nova proposta de classificação do dano no direito civil**. Doutrinas Essenciais de Dano Moral, São Paulo, v. 1, p. 749 – 775, jul. 2015.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor***:* o novo regime das relações contratuais.7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. BERGSTEIN, Laís. Menosprezo planejado de deveres legais pelas empresas leva à indenização. São Paulo, **Revista Consultor Jurídico**, 21 de dezembro de 2016.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis***.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Doutrinas essenciais***.* Direito do Consumidor – v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. *Prefácio.* p. 15. *In*: DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor:** o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet*.* **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Civil:** responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental – consequências jurídicas de um conceito. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor,** São Paulo, v. 2, p. 25 – 49, abr. 2011.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor***:* o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais prática comerciais; interpretação sistemática do direito. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

NORONHA, Fernando. **Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil.** Revista dos Tribunais, v. 761, p. 41, mar. de 1999.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Jur. 2017.

OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. São Paulo, **Revista de Direito do Consumidor**, v. 93, p. 13-28, Maio/Jun., 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito civil**: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e direito privado**: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 2, p. 227 - 285, abr. 2011.

SARLET, Ingo Wolfang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. O princípio da igualdade e o Código de Defesa do Consumidor. *In:* MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). **Doutrinas essenciais. Direito do Consumidor** – v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA NETO, Orlando Celso da. Responsabilidade civil pela perda do tempo útil: tempo é um ativo indenizável. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 4/2015, p. 139 – 162, jul/set. 2015.

SILVA, Rodrigo da Guia. Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 107/2016, p. 89 – 122, set/out. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil:** estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

TEPEDINO, Gustavo (org.) **Direito Civil Contemporâneo**: novos paradigmas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. XXI.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **DIREITOS DO CONSUMIDOR**: A busca de um ponto entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios

gerais do direito Civil e do Direito Processual Civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TOLOMEI, Carlos Young. A noção de ato ilícito e a Teoria do Risco na Perspectiva do Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

VINEY, Geneviève. As tendências atuais do Direito da Responsabilidade Civil. Tradução: Paulo Cezar de Mello. *In:* TEPEDINO, Gustavo (org.) **Direito Civil Contemporâneo:** novos paradigmas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e contratos.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

O DIREITO SOCIAL DE GREVE APÓS O JULGAMENTO DA ADPF 324 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE RIGHT TO STRIKE AFTER THE JUDGMENT IN ADPF 324 BY SUPREME COURT

Guilherme Alves dos Santos[134]
Recebido em: 17/04/2019
Aprovado em:10/10/2019

RESUMO: O direito de greve é um direito social de segunda dimensão, na medida em que faz parte do rol de prerrogativas que visam à redução das desigualdades e realização da Justiça Social, cujo núcleo essencial está contido nos arts. 2º e 7º, parágrafo único, da Lei 7783/89. O primeiro dispositivo reconhece a greve como um direito potestativo; o segundo, por sua vez, garante que o empregador estará impedido de contratar empregados até que seja firmado um novo acordo ou convenção coletiva de trabalho. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 324 e Recurso Extraordinário 958252, com repercussão geral, ao validar a terceirização da atividade-fim nitidamente estimula a precarização e fragmentação do trabalho e possui o demérito de desvincular juridicamente o trabalhador daquele que se apropria de sua força de trabalho. Agora, nada impede que o tomador rescinda o contrato com a empresa prestadora e admita outra, de modo que, de fato, não será atingido pela suspensão dos contratos de trabalho daqueles que exercem as tarefas essenciais para a execução de seu objeto social, tornando inócuo o direito constitucional de greve, porquanto este pode ser exercido somente contra quem não tem condições de satisfazer as demandas sociais.

Palavras-chave: Direito de greve, terceirização, ADPF 324

ABSTRACT: The right to strike is a social right classified as a second dimension, as part of the list of prerogatives aimed at reducing inequalities and achievement of Social Justice, whose main core is contained in articles. 2º and 7ª, sole paragraph, of Law 7783/89. The first device recognizes the strike as a potestative right; the second, in other turn, ensures that the employer will be unable to hire employees until a new agreement or collective bargaining agreement is signed. The Brazilian Supreme Court, judging the ADPF 324 and RE 958252, to approve the outsourcing of core business clearly stimulates the precariousness and fragmentation of work and has the demerit of extricate the worker that it appropriates its workforce. Nothing would prevent, for which the borrower rescind the contract with the provider company and admitted another, so that, in fact, would not be affected by the suspension of employment contracts of those who carry out essential tasks for the execution of its objective, making innocuous the constitutional right to strike, because this could be exercised only against those who can not afford to meet social demands.

Keywords: Right to strike, outsourcing, unconstitutional.

INTRODUÇÃO

[134] Doutorando da Faculdade Autônoma de Direito - FADISP

No dia 30.08.2018 o Supremo Tribunal concluiu o julgamento da ADPF 324, ajuizada em face do teor da Súmula 331 do E. Tribunal Superior do Trabalho, que vedava a terceirização de atividades-fim pelos tomadores de serviço (apreciou, em conjunto, também o Recurso Extraordinário 958252, que trata do mesmo tema). Para a maioria formada no referido julgamento, a faculdade de terceirizar as atividades encontraria amparo nos princípios da livre iniciativa e livre concorrência e, por si só, não seria capaz de precarizar direitos sociais ou vulnerar diretamente o s princípios da dignidade da pessoa humana, na medida em que as normas trabalhistas deveriam ser observadas tanto no caso de contratação direta do trabalhador como na interposta, isto é, a partir do expediente da terceirização.[135]

Causa espécie entre nós, todavia, que o direito constitucional de greve não tenha sido sequer mencionado expressamente no resumo contido no informativo, havendo apenas uma lacunosa referência ao tema no sentido de que *"A terceirização não fragiliza a mobilização sindical dos trabalhadores*"[136] (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018), desacompanhada, contudo de considerações mais aprofundadas.

Pensamos, ao contrário, que é justamente o direito de greve que evidencia o caráter inconstitucional da terceirização das atividades-fim[137].O Supremo Tribunal Federal, lamentavelmente, analisou a pretensão fundamentalmente diante de uma perspectiva única, olvidando-se de analisar aquele que seria o fundamento preponderante da inconstitucionalidade, concernente à potencial violação do direito de greve, o qual restou diretamente atingido em seu conteúdo normativo a partir da referida decisão.

1 O DIREITO DE GREVE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Como se recorda, o direito de greve é um direito social de segunda dimensão, na medida em que faz parte do rol de prerrogativas em favor de coletividades inseridas nas Constituições como contraponto à ideologia puramente liberal com a finalidade de reduzir desigualdades e realizar da Justiça Social (BONAVIDES, 1993, P. 517).

Como lembram Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, o que caracteriza os direitos sociais não é o fato de pertencerem a coletividades, mas o fato de "*se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados* (MENDES E BRANCO, 2012, p. 156). Assim, pode se afirmar que a busca pela justiça e pela igualdade representam o fundamento da constitucionalização dos direitos sociais, dentre eles o direito de greve, que por sua vez se traduz como o principal mecanismo de elevação dos direitos sociais associados à relação de emprego.

Referido direito, consagrado expressamente no art. 9º da Constituição Federal,

---

[135] Conforme resumo do julgamento contido no informativo STF n. 912, disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo912.htm. O,acórdão não foi publicado na data da finalização deste artigo (17.04.2019).

[137] Não há dúvida que outros fundamentos constitucionais certamente podem robustecer esta conclusão, especialmente os princípios da valorização social do trabalho e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e IV, da Constituição Federal. Todavia, nos parece que assiste certa razão ao Ministro Luiz Fux quando sustentou durante o referido julgamento que a mera invocação genérica destes preceitos não se justifica a restrição ao direito de liberdade. È preciso, mais, ou seja, demonstrar em que medida a terceirização afetaria, na prática esses direitos fundamentais. A meu juízo, isto somente é possível a partir da perspectiva do direito de greve, como intentaremos demonstrar neste artigo.

possui especial posição na ordem jurídica constitucional-trabalhista vigente, na medida em que se relaciona diretamente com o princípio da melhora da condição social do trabalhador, previsto no art. 7º, caput, da Constituição Federal.

Com efeito, o direito do trabalho deve estar sempre apto a receber a expansão de direitos, haja vista que a lei apenas assegura um patamar civilizatório mínimo aos trabalhadores, razão pela qual os contratos coletivos trabalhistas – acordos e convenções coletivas de trabalho – podem inovar no ordenamento jurídico, produzindo efeitos normativos gerais e abstratos, por expressa previsão no art. 7º XXVI, da Constituição Federal.

Estas normas autônomas, ou seja, que resultam da criação dos empregados e empregadores decorrem de um longo e muitas vezes complexo processo negocial, cujo instrumento mais relevante para os trabalhadores é sem dúvida o exercício do direito de greve ou mesmo a possiblidade de que venha a ser exercido, circunstância que permite o fortalecimento da classe trabalhadora perante o empregador economicamente mais poderoso e assegura igualdade substancial entre os contratantes coletivos, o que sugere o princípio da equivalência dos contratantes coletivos, o qual, conforme Maurício Godinho Delgado "*postula pelo reconhecimento de um estatuto sociojurídico semelhante a ambos os contratantes coletivos (o obreiro e o empresarial)"* (DELGADO 2006, p. 1313)

Insta observar, contudo, que o Constituinte originário não conceituou o direito de greve ocupando-se a doutrina de desvendar seu conteúdo material a partir de questões históricas, culturais, jurídicas e econômicas.

A lei 7.783/89, por sua vez, que regula o exercício do direito de greve o considera a "*suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador*".

Para Alice Monteiro de Barros seria não apenas "*uma paralisação do trabalho, mas uma cessação temporária do trabalho, com o objetivo de impor a vontade dos trabalhadores ao empregador sobre determinados pontos.* (BARROS, 2008, p. 1206).

Orlando Gomes e Elson Gottschalk, por sua vez, compreendem a greve como "*declaração sindical que condiciona o exercício individual de um direito coletivo de suspensão temporária do trabalho, visando à satisfação de um interesse profissional*." (GOMES; GOTTSCHALK, 1990, p. 701)

Tem-se, em síntese, que o direto de greve se caracteriza pela possibilidade de paralisação coletiva das atividades laborais, operando-se assim a suspensão dos contratos individuais de trabalho com a finalidade de proteção de um interesse jurídico relevante para a classe trabalhadora.

Cuida-se, outrossim, do instrumento próprio que o direito reconheceu para permitir que os trabalhadores pudessem negociar com seus empregadores a pactuação de regras trabalhistas aplicadas a determinadas categorias em condições mais justas e adequadas.

Recorde-se que o direito de greve se configura como um autêntico direito potestativo, assim compreendido como "o poder que a pessoa tem de influir na esfera jurídica de outrem, sem que este possa fazer algo que não se sujeitar." (AMARAL, 2003, p. 201)

Interessante salientar que se trata de um direito potestativo peculiar, porquanto ostenta natureza coletiva, ou seja, somente pode ser exercido em caráter coletivo; a atitude individual de recusar o trabalho somente estará legitimada se for antecedida de uma declaração do ente coletivo (Sindicato), do contrário representará somente uma ausência injustificada ao trabalho .

Esta concepção já foi defendida em importante julgado do Tribunal Superior do Trabalho (Recurso de Revista 546287/99), conforme voto da lavra do Ministro Ronaldo José Lopes Leal (BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO 1999):

> É direito potestativo pois o objeto do direito de greve é a sua realização. Coletivo, pois, é no grupo que o exercício do direito de greve alcançará seu objetivo final, não tendo força nem amparo jurídico se for realizada por um único indivíduo - desvirtuar-se-á, neste caso, de sua natureza jurídica, cabendo inclusive justa causa para a rescisão do contrato de trabalho. Entendeu o TST no sentido de que "a greve é um direito consagrado no texto constitucional, sendo facultado (o grifo é nosso) aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de desempenhá-lo.

E é este direito potestativo coletivo de paralisar o trabalho que permite aos sindicatos negociar em condições relativamente isonômicas com os empregadores (nos acordos coletivos) ou seus sindicatos (convenções coletivas), na medida em que o próprio exercício da atividade econômica pelo empregador fica condicionado ao acordo quanto às condições de trabalho com o ente representativo dos trabalhadores e que serão estabelecidas para aquela empresa ou aquela categoria.

Indispensáveis, neste sentido também são as lições de Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2006, p. 1406):

> Embora proibida nos primeiros tempos do sindicalismo e do Direito do Trabalho, assim como nas distintas experiências autoritárias vivenciadas ao longo dos últimos dois séculos, a greve afirmou-se nas sociedades democráticas como inquestionável direito dos trabalhadores. Essa sua afirmação, em um quadro de restrição geral à autotutela, justifica-se do ponto de vista histórico e lógico. É que se trata de um dos principais mecanismos de pressão e convencimento possuído pelos obreiros, coletivamente considerados, em seu eventual enfrentamento à força empresarial, no contexto da negociação coletiva trabalhista. Destituir os trabalhadores das potencialidades de tal instrumento é tornar falacioso o princípio juscoletivo da equivalência entre os contratantes coletivos, em vista da magnitude dos instrumentos de pressão coletiva naturalmente detidos pelos empregadores.

Vale dizer, o direito coletivo do trabalho, estruturado a partir da equivalência dos contratantes coletivos, de um lado o sindicato e de outro os sindicatos empresariais ou os empregadores, tem como pressuposto elementar o pleno exercício do direito de greve. Do contrário, ou seja, sem que além da igualdade formal o ordenamento jurídico forneça as prerrogativas necessárias para o exercício do direito de negociar condições de trabalho, haverá um substancial desequilíbrio entre as partes em decorrência da natural assimetria existente no âmbito das relações envolvendo o capital e o trabalho, uma vez que este serve àquele.

E as prerrogativas que, em nosso sentir, asseguram este poder negocial no direito brasileiro estão previstas nos arts. 2º e 7º parágrafo único, da Lei de Greve, *in verbis* (BRASIL, 1989):

> Art. 2º Para os fins desta Lei considera-se legítimo exercício do direito de greve a suspensão coletiva, temporária e pacífica, total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador.

> (...)
> Parágrafo único. É vedada a rescisão de contrato de trabalho durante a greve, bem como a contratação de trabalhadores substitutos, exceto na ocorrência das hipóteses previstas nos arts. 9º e 14º.

O primeiro dispositivo reconhece que o exercício do direito de greve é um direito potestativo; o segundo, por sua vez, garante que, exercido de forma não emulativa o direito, o empregador estará impedido de contratar empregados até que seja firmado um novo acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Tais normas, outrossim, estão em perfeita sintonia com o direito individual do trabalho consolidado, edificado, em linhas gerais, a partir de um conceito fordista de organização do trabalho, através do qual a produção era concentrada a empresa, espaço em que de um lado aumentava-se a produção e de outro as garantias e os benefícios sociais dos empregados, permitindo-se a inserção desta trabalhador na economia capitalista com real poder de consumo. Este modelo assentava-se também na premissa de que era *"importante seduzir a classe operária e o movimento sindical para que eles desistissem de colocar o socialismo ameaçador da época, em suas pautas reivindicatórias*" (DALLEGRAVE NETO, 2012):

Sucede que a partir dos anos 70 a organização do trabalho passou a sofrer mutações substanciais, que inspirada no modelo Toyotista, torna-se objeto de um processo produtivo flexível, no qual a produção e os empregos passam a ser orientados pela demanda, o trabalho deixa de ser concentrado para ser fragmentado e descentralizado (NEVES DELGADO, 2015, p. 15).

O trabalhador, no toyotismo, deixa de ser parte do processo de crescimento da empresa e encarado como um potencial consumidor para se tornar um elemento do processo produtivo, ao lado das máquinas e dos insumos. Isto é, o modo de produção capitalista passa novamente a se dissociar da realização da justiça social. Conforme a lúcida conclusão de Dallegrave Neto (DALLEGRAVE NETO, 2012), no toyotismo, ao contrário do fordismo, "*Não há qualquer compensação ou atrativo para a classe trabalhadora que progressivamente tem seus proventos aplacados".*

Neste contexto, por sinal, estão as origens da terceirização, pois um dos aspectos relevantes do modelo Toyotista é a descentralização produtiva, a partir do qual etapas da produção são delegadas a terceiros, que se manifesta propriamente pela transferência de partes da produção a terceiros (externa) ou mesmo pela utilização apenas mão-de-obra de terceiros (NEVES DELGADO, 2003, p. 120).

Infere-se, portanto, que por si só as transformações ocorridas na organização do trabalho causaram impacto relevante no direito coletivo e resultaram em uma espécie de hierarquização de trabalhadores; aos empregados das empresas tomadoras de serviços, os direitos da categoria profissional, ordinariamente mais forte, pois organizada sob a perspectiva do direito pensado para o modelo fordista; e uma segunda casta, vítima da precarização das relações de emprego, formada pelos empregados terceirizados, pois além de fragmentados são formalmente ligados a um empregador com poder econômico muito mais reduzido.

Embora os efeitos nocivos deste quadro tenham afetado, sim, as funções do direito do trabalho – especialmente o de trazer um crescente aumento do patamar de direitos à classe trabalhadora – estes sempre foram limitados pelo fato de que sempre se considerou ilícita a terceirização da atividade-fim, nos termos da Súmula 331 do E. Tribunal Superior do Trabalho, que cotinha o seguinte teor (BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2011):

> CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova

> redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
> I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
> II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
> III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
> IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
> V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
> VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Ou seja, os trabalhadores que se empenhavam nas atividades preponderantes do tomador são considerados empregados deste, circunstância que impediu uma maior fragmentação da classe e, por conseguinte, redução de direitos.

Este paradigma, todavia, foi superado pelo julgamento da ADPF 324 e do RE 958.252.

2 A INSUPERÁVEL CONTRADIÇÃO SISTÊMICA AUTORIZADA PELO STF A PARTIR DO JULGAMENTO DA ADF 324 – DIREITO DE GREVE DISSOCIADO DA RELAÇÃO DE TRABALHO.

Como se recorda, a relação de emprego configura um contrato bilateral entre o empregador e o empregado, sendo o direito de greve exercido nesta perspectiva.

A terceirização lícita, entretanto, faz surgir uma relação jurídica complexa: entre o tomador de serviços e a empresa prestadora se estabelece um contrato civil; entre o prestador e o empregado, a relação de emprego. Neste sentido, Gabriela Neves Delgado (NEVES DELGADO, 2003):

> [...] enquanto no modelo clássico o empregado presta serviços de natureza econômica-material, diretamente ao empregador, pessoa física, jurídica ou ente despersonificado, com o qual possui vínculo empregatício (art. 2º, caput, CLT), na relação trilateral terceirizante o empregado presta serviços a um tomador, apesar de não ser seu empregado efetivo. A relação de emprego é estabelecida com outro

> sujeito, a empresa interveniente ou fornecedora. (...) pode-se compreender a terceirização dos serviços como a relação trilateral que possibilita à empresa tomara dos serviços (empresa cliente) descentralizar e intermediar suas atividades acessórias (atividade-meio), para empresas terceirizantes (empresa fornecedora), pela utilização de mão de obra terceirizada (empregado terceirizado), o que, do ponto de vista administrativo, é tido como instrumento facilitador para a viabilização da produção global, vinculada ao paradigma da eficiência nas empresa.

Ao admitir que a terceirização abranja inclusive a atividade econômica preponderante do tomador, o empregador estaria autorizado a transferir a terceiros a própria execução de seu objeto social.

Ora, a terceirização da atividade-fim nitidamente estimula a precarização e fragmentação do trabalho e tem o demérito de desvincular juridicamente o trabalhador daquele que se apropria de sua força de trabalho trabalhista; para Maurício Godinho Delgado, inclusive, a terceirização nada mais seria do que o "fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jurídica justrabalhista que lhe seria correspondente" (DELGADO, 2006, p. 428).

Nesta perspectiva, a inconstitucionalidade da terceirização pode ser visualizada de forma clara a partir da violação à garantia constitucional inerente ao direito de greve que acarreta, senão vejamos.

No panorama anterior (em que a terceirização da atividade-fim era vedada), os empregados podem exigir a melhoria das condições de trabalho do beneficiário direto de sua força de trabalho, sendo que, não obtendo êxito, podem utilizar-se de todos mecanismos de pressão tolerados pela lei, inclusive o direito de greve.

O quadro inaugurado pela decisão do Supremo Tribunal Federal, todavia, cria uma situação absolutamente diversa.

Neste contexto hipotético, o contrato entre a tomadora e a prestadora dos serviços desenvolve-se em uma órbita estanha ao direito do trabalho; duas empresas estabelecem uma relação civil, marcada pela desigualdade econômica entre os contratantes e que não tem em sua formação a participação dos trabalhadores. O preço do serviço é definido pelo "mercado" e os salários e benefícios sociais são indiretamente (ou às vezes, fraudulentamente, até diretamente) resultado desta negociação assimétrica, na medida em que decorrem da margem de lucro propiciada pelo contrato empresarial de prestação de serviços.

Altera-se completamente, assim, a dinâmica negocial das relações de trabalho, pois se segrega o vínculo jurídico existente entre aqueles que trabalham e aquele que se apodera do resultado do trabalho.

Ora, diante desta perspectiva o direito de greve constitucionalmente assegurado aos trabalhadores se torna uma garantia meramente formal, na medida em que poderia ser exercido, em tese, somente em face do ente empresarial que não tem condições materiais de satisfazer as demandas sociais dos trabalhadores.

Ou seja, o empregado não poderia exigir direitos perante aquele que se apropria da maior parte do produto de seu trabalho (mais-valia), mas somente de seu empregador formal, que poderá ser (muitas vezes será), inclusive, um antigo gerente do tomador "promovido" a empresário, cuja vantagem econômica auferida com a nova posição jurídica ordinariamente representará a mera redução dos tributos incidentes sobre seus rendimentos – como se observa, por exemplo, em relação aos empregados "pejotizados", uma realidade já consolidada nos setores mais especializados da econômica, ainda que à margem da Lei.

Mesmo porque, como já ressaltado, o direito de greve somente se materializa se de alguma forma puder configurar um mecanismo de pressão, o que ocorre atualmente em virtude do disposto no art. 7º, parágrafo único da lei de greve, que veda a contratação de empregados durante a paralisação. Será inócuo o movimento paredista, por óbvio, se o empregador puder simplesmente recusar a negociação e admitir novos empregados que se sujeitassem às condições vigentes.

Entretanto, esta norma perde o sentido no atual contexto. Não há entre os prestadores e o tomador relação de emprego, este mantém apenas um contrato de prestação de serviços estabelecido com um ente empresarial, que poderá ser rescindido nas condições contratuais previstas.

Nada impedirá, pois, que o tomador rescinda o contrato com a empresa prestadora com fundamento em uma norma contratual e admita outra, de modo que, de fato, não será atingida pela suspensão dos contratos de trabalho daqueles que exerciam as tarefas essenciais para a execução de seu objeto social.

Diante de tudo que se expôs, parece forçoso concluir que o Supremo Tribunal Federal, ao deixar de analisar a questão sob esta perspectiva, reduziu por completo o conteúdo do direito de greve, malferindo, assim, a aplicação do princípio hermenêutico da unicidade da constituição. Segundo este princípio, a Constituição deve ser interpretada em seu conjunto, harmonizando eventuais antinomias para evitar o esvaziamento absoluto do conteúdo normativo de um dispositivo Constitucional, haja vista a ausência de hierarquia entre normas constitucionais, porquanto derivam todas do poder constituinte originário. Daí a advertência de Joaquim José Canotilho (CANOTILHO, 1993, p. 166): *"*o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios"

Relevante destacar, de plano, que embora a garantia expressa tratada na Lei 7.783/1989 seja aparentemente infraconstitucional, na verdade representa um aspecto que integra o núcleo essencial do direito fundamental de greve, por todas as razões que já manifestamos, de modo que não pode ser suprimida, ainda que de forma tácita, como fez o Supremo Tribunal Federal, ao retirar a eficácia material do movimento paredista.

Anote-se que padece de inconstitucionalidade não apenas a norma que contradiz expressamente o texto constitucional, mas também aquela que altera sua essência ou inviabiliza, na prática, o próprio exercício do direito, como já observou Arnaldo Sussekind (SUSSEKIND, 2004, p. 1178):

> [...] cumpre ponderar, nesse passo, que, se os direitos e garantias de índole social-trabalhista, afirmados na Lex Fudamentalis, não podem ser abolidos por emenda constitucional, certo é que não será defeso ao Congresso Nacional alterar a redação das respectivas normas, desde que não modifique a sua essência de forma a tornar inviável o exercício dos direitos subjetivos ou a preservação das garantias constitucionais estatuídos no dispositivo emendado.

Ora, se as garantias sociais não podem ser suprimidas pelo poder constituinte derivado, do mesmo modo não podem ser subtraídas por interpretação do Supremo Tribunal Federal, pois tem o mesmo efeito: o esvaziamento do conteúdo normativo de um direito social, uma clausula pétrea da Constituição Federal.

Recorde-se, por fim, que o princípio da proibição do retrocesso social também seria um limitador da função jurisdicional neste caso, bem definido por Joaquim José Canotilho (CANOTILHO, 2006, p. 177):

> Neste sentido se fala também de cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de retrocesso social (ex. consagradas legalmente as prestações de assistência social, o legislador não pode eliminá-las posteriormente sem alternativas ou compensações retornando sobre seus passos; reconhecido, através de lei, o subsídio de desemprego como dimensão do direito ao trabalho, não pode o legislador extinguir este direito, violando o núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido).

Recorde-se que nada obstante o princípio não esteja expresso na Constituição Federal, a respectiva normatividade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da AD 3.105 (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2005)

Importante observar que a incidência do postulado da vedação ao retrocesso social com maior razão se aplica ao direito constitucional do trabalho, orientado, no caput do art. 7º, da carta constitucional, pelo princípio da melhoria da condição social do trabalhador. O retrocesso, aqui, é evidente: o direito fundamental (sob a perspectiva jurídica e fática) à melhoria da condição social do trabalhador foi aniquilado pela intepretação dada ao Supremo ao tema da terceirização, que embora formalmente permaneça no texto constitucional e legislação ordinária, perdeu no campo dos fatos o suporte para o seu pleno exercício.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de greve assegurado constitucionalmente somente pode ser concebido a partir da garantia de paralisação do trabalho e vedação expressa à rescisão do contrato enquanto vigente o movimento paredista.

Ademais, é da essência do direito de greve que seja exercido em face de quem se apropria da riqueza do trabalho humano e tem condições materiais de satisfazer as pretensões dos trabalhadores.

A autorização da terceirização da atividade-fim chancelada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 324 desarticula os fundamentos essenciais do direito de greve ao permitir a subcontratação das atividades-fim dos tomadores de serviços tornando juridicamente possível a contratação de empregados para as mesmas atividades durante a paralisação, bem como ao impedir a luta de classes por deslocar as bases contratuais relativas à mão-de-obra para um eixo estranho ao do direito do trabalho, na medida em que se são materialmente estabelecidas na contratação envolvendo o tomador e a empresa prestadora de serviços. A interpretação atribuída pelo Supremo Tribunal Federal não se aperfeiçoou de acordo com o princípio da unidade da constituição, porquanto ignorado o direito de greve no contexto da terceirização, o qual acabou sendo diretamente violado pela decisão proferida na ADPF 324.

Não fosse o bastante, a decisão do Supremo Tribunal Federal agrediu o princípio da proibição do retrocesso social, por enfraquecer de forma substancial as prerrogativas trabalhistas inerentes ao direito de greve.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. Introdução. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 201.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **ADI 3.105** rel. min. Cezar Peluso, j. 18/08/2004, DJ 18.02.2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 912/STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo 912.htm Acesso em: 02 Fev 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/ Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em 07 fev 2019

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, RR 546287/99, Redator designado: Ministro Ronaldo José Lopes Leal.

CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993

CANOTILHO, José Joaquim. Direito Constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2006.

DALLEGRAVE Neto, José Affonso. Redefinindo os requisitos da relação de emprego. Disponível em http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_jadn_12.asp. Acesso em 20 jul 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Gabriela Neves. **Os limites constitucionais da terceirização**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2015

DELGADO, Gabriela Neves. **Terceirização:** paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira, Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7ºed. Editora Saraiva. São Paulo-SP. 2012.

SUSSEKIND, Arnaldo *et al*. **Instituições de Direito do Trabalho**, Vol. II, 21ª ed., São Paulo: LTr, 2004.

COMPLIANCE LABORAL E PREVENÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO

LABOR COMPLIANCE AND PREVENTION OF SLAVE WORK

Luciane Cardoso Barzotto[138]
Fernanda Machado[139]
Recebido em:24/05/2019
Aprovado em:05/10/2019

RESUMO: Este trabalho analisa questões atuais sobre trabalho escravo e meios de prevenção e repressão. Analisa a ferramenta do compliance, a fim de que haja cumprimento de normas nacionais e internacionais para prevenção do trabalho escravo.

Palavras-chave: trabalho escravo, *Compliance,* direitos humanos

ABSTRACT: This paper analyzes current issues on slave labor and means of prevention and repression. Analyzes the compliance tool to ensure compliance with national and international standards.

Keywords: lave labor, Compliance, human rights

INTRODUÇÃO

A Agenda 2030 da ONU aborda três dimensões da sustentabilidade - econômica, social e ambiental - e inclui 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), cada um acompanhado de metas específicas. Alguns destes objetivos dizem respeito ao trabalho decente e à possibilidade de diminuir o número de afronta a direitos laborais. O problema do trabalho escravo é que nestas condições cometem-se violações atrozes de direitos humanos, crimes a serem reprimidos e prevenidos. A Agenda 2030 da ONU coloca o ser humano numa posição central para o desenvolvimento sustentável. Nestes termos, a erradicação do trabalho escravo, chaga da humanidade, é indispensável.

A erradicação de trabalho escravo é de vital importância para plena concretização do princípio do trabalho digno ou decente. Também faz parte do Objetivo do Desenvolvimento Sustentável - ODS número 8, redigido do seguinte modo: "promover um crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e decente para todos"[140]. Ao analisarmos os objetivos desta Agenda, nos damos conta que eles estão envoltos num sentido de participação

[138] Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e Professora na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Coordenadora do Grupo de Estudos Direito e Fraternidade na UFRGS.
[139] Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-Graduanda em Direito e Processo do Trabalho, pela UFRGS. Participante do Grupo de Estudos Direito e Fraternidade da UFRGS.
[140] GENEBRA, *Bureau* Inter nacional do Trabalho. Conferência Internacional do Trabalho, 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/cit106_relatorio _vi_pt.pdf. Acesso em: 16 de ago. de 2018. Trabalho decente é exercido em liberdade (sem trabalho escravo), igualdade e seguridade, além de ser em ocupação produtiva e justamente remunerada.

de todos no destino comum, ou seja em uma espécie de paradigma preventivo fraternal.

Os instrumentos internacionais, como a Recomendação 203 da OIT, de 2014, ao atualizar termos das Convenções 30 e 105 da OIT, sugere a prevenção e a repressão do trabalho forçado, a partir da proteção das vítimas e a cooperação internacional.

Neste contexto há um esforço conjunto para erradicar o trabalho escravo em nível mundial e local: envolve a liberdade e atinge o valor central da fraternidade do mundo do trabalho. Fraternidade aqui significa que nenhum trabalhador deve ser considerado menos digno ou ser reificado, tornado propriedade. A fraternidade se expressa aqui pelos mecanismos de luta contra o trabalho escravo, tais como o *compliance,* uma forma de gestão empresarial. No plano internacional, como as normas da OIT e outras normas internacionais contra a escravidão e servidão devem ser consideradas normas de *jus cogens,* o coração da proteção laboral, nos termos do art. 26 e 53 da Convenção de Viena.

Em síntese, a situação atual exige ação em conjunto de todo o setor produtivo, governos e cidadãos numa responsabilidade coletiva, ou solidária, partilhada de erradicação do trabalho escravo, ou melhor, em condições análogas a de escravo. Examinamos o conceito de trabalho escravo para a OIT e a correlação com o direito pátrio, abordando a importância da sua prevenção. Parte-se para um enfoque sobre como as empresas podem colaborar nesta ideia preventiva na cadeia global de valor e nos instrumentos de *Compliance.*

A metodologia do trabalho foi baseada em análise bibliográfica sobre o tema.

1 CONCEITUAÇÃO DE TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL, A CONVENÇÃO 29 E 105 DA OIT; O PROTOCOLO ADICIONAL E RECOMENDAÇÃO 203 DA OIT

A conceituação de trabalho em condições análogas a de escravo no Brasil e no plano internacional tem sempre oscilado. As Convenções 29 e 105 sobre o trabalho forçado ou compulsório com as quais o Brasil possui compromisso internacional são complementadas pelo Protocolo de Palermo, elaborado em 2000, tendo entrado em vigor em 2003 e ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.017, de 12/03/2004, que promulgou esse Protocolo, oficialmente conhecido como “Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças”. Estados que ratificaram o “Protocolo de Palermo” contra o tráfico de pessoas terão um duplo engajamento como trabalho forçado e o tráfico de pessoas. A diferença básica de conceituação destes tipos de violações a direitos humanos, grosso modo, pode ser definida que o tráfico é uma ação que leva à finalidade de trabalho escravo141.

A Convenção número 29 - Trabalho Forçado (1930) apregoa que todo trabalho forçado ou obrigatório, exigido ilegalmente, deve ser objeto de sanções penais eficazes, com o objetivo de ser eliminado. A norma internacional pretende a supressão do trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas, contemplando sua definição geral, no art. 2º: "todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea

141 Cfe. Organización Internacional del Trabajo. El costo de la coacción. Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Conferencia Internacional del Trabajo. 98ª Reunión. Informe I (B). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2009.

vontade." A Convenção autoriza o serviço militar obrigatório, certas obrigações cívicas, o trabalho penitenciário exigido em virtude de condenação pronunciada por sentença judicial, o trabalho exigido em casos de força maior e os pequenos trabalhos realizados por membros de uma comunidade, em benefício direto dessa coletividade, como em situações de emergência, guerras, incêndios, terremotos[142].

A Convenção número 105 - Abolição do Trabalho Forçado (1957), complementando e reforçando a anterior, de 1930, tipifica trabalho forçado em cinco hipóteses, que devem ser abolidas, a saber:

> a) como meio de coerção ou de educação políticas ou como castigo por ter ou expressar determinadas opiniões políticas, ou por manifestar oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecidas;
> b) como método de mobilização e utilização da mão-de-obra, com finalidade de fomento econômico;
> c) como medida de disciplina no trabalho;
> d) como castigo por haver participado de greves;
> e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

Os primeiros esforços do direito internacional contra o trabalho forçado se inscrevem em 1815, no Congresso de Viena, no qual se declarava que o tráfico de escravos africanos desolava a África, degradava a Europa e afligia a humanidade, sendo considerado um crime.

O Pacto dos Direitos Civis e Políticos está na mesma linha da Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão, do Tráfico de Escravos e de Instituições e Práticas Análogas à Escravidão. O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas em 1956, considerou como similares à escravidão, tal como definida pela Convenção de Genebra de 1926, as práticas de servidão143. A abolição do trabalho forçado na Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão relaciona-se diretamente com a Convenção n.105, da OIT, sobre a abolição do trabalho forçado, aprovada em 1957. Ela é uma Convenção básica e se une diretamente às demais convenções que prevêem a não-discriminação e a abolição das piores formas de trabalho infantil. Dessa forma, o exercício de trabalho livre, ou, o término do trabalho forçado, vincula-se intrinsecamente a todos os outros direitos humanos fundamentais. Segundo grupo de trabalho criado em 1974, na Comissão de Direitos Humanos da

---

[142] BARZOTTO, Luciane Cardoso. Direitos humanos dos trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

[143] a) a servidão por dívidas, isto é, o estado ou a condição resultante do fato de que um devedor se haja comprometido a fornecer, em garantia de uma dívida, seus serviços pessoais ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade, se o valor desses serviços não for eqüitativamente avaliado no ato da liquidação da dívida, ou se a duração desses serviços não for limitada nem sua natureza definida; b) a servidão, isto é, a condição de qualquer um que seja obrigado pela lei, pelo costume ou por um acordo, a viver e trabalhar numa terra pertencente a outra pessoa, e a fornecer a essa outra pessoa, contra remuneração ou gratuitamente, determinados serviços, sem poder mudar sua condição; c) toda instituição ou prática, em virtude da qual: 1 - uma mulher é, sem que tenha o direito de recusa, prometida ou dada em casamento, mediante remuneração em dinheiro ou espécie, entregue a seus pais, tutor, família, ou a qualquer outra pessoa ou grupo de pessoas; II- o marido de uma mulher, a família ou clã deste tem o direito de cedê-la a um terceiro, a título oneroso ou não; III - a mulher pode, por morte do marido, ser transmitida por sucessão a outra pessoa; d) toda instituição ou prática, em virtude da qual uma criança, ou adolescente de menos de 18 anos é entregue, quer por seus pais ou um deles, quer por seu tutor, a um terceiro, mediante remuneração ou sem ela, com o fim da exploração da pessoa ou do trabalho da referida criança ou adolescente".

ONU, sobre as formas contemporâneas de escravidão, haveria, em todo o mundo, no final do século, cerca de duzentos milhões de pessoas submetidas à escravidão ou a formas assemelhadas, tal como descritas na Convenção Suplementar de 1956144. Num relatório publicado em 2000, o Fundo das Nações Unidas para o Desenvolvimento da Mulher estimou que o tráfico de mulheres e crianças atinge, anualmente, um milhão de pessoas em todo o mundo e movimenta entre 7 e 12 bilhões de dólares por ano. O novo e crescente fenômeno do "tráfico de pessoas", definição internacionalmente aceita, originou um Protocolo de Convenção das Nações Unidas contra o Crime Transnacional Organizado, aberto a assinaturas em dezembro de 2000. A definição de “tráfico de pessoas” aborda seus elementos coercitivos, entre os quais figuram o trabalho forçado, a servidão por dívidas e práticas análogas à servidão145.

No plano internacional o trabalho escravo pode ser visto como crime contra a humanidade, no Estatuto de Roma de 1998, promulgado pelo Brasil em 2002. No seu artigo 7º prevê um conceito de escravidão: “o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças.” Isso coloca o trabalho escravo não somente como forma de violação de direitos humanos[146], mas como violação do direito humanitário, sendo que obriga os Estados, os quais têm atraído a obrigação de identificar fatores de risco e proteger as populações vulneráveis nos pilares da prevenção, cooperação e intervenção humanitária[147].

No Brasil assistimos uma série de tentativas de retipificação do crime de trabalho escravo em 2017. Em reação, o STF suspendeu Portaria que alterava a Lei do Trabalho Escravo (Portaria do Ministério do Trabalho nº 1.129/2017). Por esta Portaria trabalho escravo seria a privação dos empregados de seus direitos de ir e vir, seja sob ameaça de punição, segurança armada ou em virtude de dívidas adquiridas com o empregador. Para a Ministra Rosa Weber, ao decidir pela suspensão afirmou que “[...] o Estado brasileiro não apenas se expõe à responsabilização jurídica no plano internacional, como pode vir a ser prejudicado nas suas relações econômicas internacionais, inclusive no âmbito do Mercosul, por representar, a utilização de mão de obra escrava, uma forma de concorrência desleal.”[148].

A OIT – Organização Internacional do Trabalho (OIT), manifestou-se contrária ao retrocesso lamentável visto que o Brasil realizava trajetória de sucesso no combate ao trabalho escravo. Esta Portaria 1.129/2017 foi substituída pela atual Portaria MTB 1.293, que dispõe sobre o benefício do seguro-desemprego aos trabalhadores resgatados e não limita, como a anterior, os requisitos art. 149 do Código Penal,

144 COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.298-300.

145 http://www.oit.org/public/portugue/region/ampro/brasilia/info/download/relat_global.pdf

146 A repressão da escravidão está presente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, firmada em 22 de novembro de 1969, art. 6º e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 8º, no Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Artigo 6.º. O art. 4º da Declaração Universal dos Direitos Humanos assevera que "ninguém será submetido à escravidão nem à servidão".

147 Centro de Notícias da ONU. “A “responsabilidade de proteger” entre conceito e realidade”. UNRIC, 2009. Disponível em: https://www.unric.org/pt/actualidade/25204. Acesso em: 16 de ago. de 2018.

148 ABRANTES, Talita. “STF Suspende Portaria que Muda Lei do Trabalho Escravo”. Revista Exame, Publicado em 24 de out. de 2017. Disponível em: https://exame.abril.com.br/brasil/stf-suspende-portaria-que-muda-lei-do-trabalho-escravo/ Acesso em: 16 de ago. de 2018.

mas está em harmonia com a dicção do texto penal, que é o texto jurídico nacional que define este crime, com consonância com a legislação internacional[149].

Apesar das idas e vindas das Portarias do Ministério do Trabalho, permaneceu para a configuração do crime de trabalho escravo, a redação do art. 149 do Código Penal, que dispõe:

> Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
> Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.
> § 1º Nas mesmas penas incorre quem:
> I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
> II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.
> § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:
> I – contra criança ou adolescente;
> II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.[150]

Como se observa da leitura do dispositivo legal, há quatro tipos diversos de crime de trabalho escravo: trabalho forçado, trabalho degradante, jornada exaustiva, cerceio à liberdade de locomoção e coação. Em tese este crime é também denominado plágio, significando a sujeição de uma pessoa ao domínio de outra, a venda de homens livres como escravos[151].

Em síntese, apesar do debate nacional, a proibição do trabalho forçado e de práticas relacionadas está claramente instituída no direito internacional. A definição de trabalho forçado contida na Convenção n.º 29 da OIT continua a ser totalmente relevante. As Convenções relativas ao trabalho forçado têm desempenhado conjuntamente um papel importante na luta global contra estas violações dos direitos humanos e laborais, a par de outros instrumentos internacionais. A Convenção 29 da OIT, como acima referido, foi acrescida de um protocolo e de uma recomendação. Estes documentos estabelecem que os países-membros do tratado devem orientar empregadores para que adotem medidas para "identificar, prevenir, mitigar e prestar contas sobre a forma como tratam dos riscos do trabalho forçado ou obrigatório em suas operações". O protocolo, no seu artigo segundo garante as seguintes medidas preventivas[152], a saber:

---

[149] ABRANTES, Talita. "STF Suspende Portaria que Muda Lei do Trabalho Escravo". Revista Exame, Publicado em 24 de out. de 2017. Disponível em: https://exame.abril.com.br/brasil/stf-suspende-portaria-que-muda-lei-do-trabalho-escravo/ Acesso em: 16 ago 2018.

[150] BRASIL. Código Penal Brasileiro, 1940. Artigo 149. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 15 ago. 2018.

[151] ANDREUCCI, Ricardo Antônio. "O CRIME DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO E A PORTARIA 1.129/17 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO". Empório do Direito, 2017. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/o-crime-de-reducao-a-condicao-analoga-a-de-escravo-e-a-portaria-1-129-17-do-ministerio-do-trabalho-por-ricardo-antonio-andreucci. Acesso em: 16 de ago. de 2018.

[152] GENEBRA, Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930. Artigo 2. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:P029 . Acesso em: 16 de ago. de 2018. (tradução livre)

a)educação e informação dirigida, em particular, a pessoas consideradas particularmente vulneráveis, a fim de impedir que sejam vítimas de trabalho forçado ou obrigatório;

b) educação e informação para os empregadores, a fim de evitar o envolvimento em práticas de trabalho forçado ou compulsório;

c) esforços para assegurar que:

(i) o escopo da legislação relativa à prevenção do trabalho forçado e compulsório e o controle de sua aplicação, inclusive a legislação trabalhista quando aplicável, abranjam todos os trabalhadores e todos os setores da economia, e

(ii) os serviços de inspeção do trabalho e outros serviços responsáveis pela aplicação dessa legislação sejam fortalecidos;

(d) a proteção de pessoas, particularmente trabalhadores migrantes, contra possíveis práticas abusivas e fraudulentas no processo de recrutamento e colocação;

(e) apoio aos setores público e privado para atuar com a devida diligência a fim de prevenir o trabalho forçado ou compulsório e responder aos riscos envolvidos; e

(f) ações para abordar as causas e fatores geradores que aumentam o risco de trabalho forçado ou compulsório.

Isto porque, ainda que erradicação de trabalho escravo seja um "*core labour*", ocupando a centralidade das preocupações da OIT, as empresas, especialmente as transnacionais, num contexto de globalização, apresentam-se com as prerrogativas de um quarto ator somado ao tripartismo da OIT, tentando impor seus interesses no mercado. A OIT se deu conta que há empresas que controlam a rede mundial de abastecimento e devem garantir o trabalho decente (sem trabalho escravo) em toda a cadeia produtiva. As empresas principais determinam abordagens de governança privada em relação à conformidade nas cadeias de abastecimento nacionais e mundiais. São empresas mundiais de fornecimento, abastecimento e logística que devem observar a si mesmas e se os parceiros comerciais atuam com responsabilidade social empresarial. Esta atenção aos direitos humanos de *jus cogens (*conforme art. 26 e 53 da Convenção de Viena*[153]),* como é o trabalho livre, deve ser dada tanto pelos conglomerados econômicos, os quais, ao lado dos Estados, devem e podem incentivar o cumprimento de normas que evitem o trabalho escravo[154].

No caso da proibição da escravidão estas normas são pertencentes ao núcleo duro e imperativo de *jus cogens*[155] porque evitam a barbárie, não podendo ser suspensas, são universais possuem supremacia sobre as demais, sendo justiciáveis. Segundo a Jurisprudência e doutrina dos Tribunais internacionais as normas que impedem o trabalho escravo estão entre as de *jus cogens* porque ao proteger o direito à vida, trazem a proibição da tortura, limitando penas inumanas ou degradantes; preveem o princípio da legalidade; a proibição da retroatividade normativa prejudicial. Portanto, o direito à liberdade em sua forma de proibição à escravidão pertence ao núcleo duro das normas da OIT e ao mesmo tempo é norma laboral internacional de *jus cogens*, inderrogável e imprescritível.

---

[153] Estes prevêem obrigações objetivas exigíveis de todos os Estados e oponíveis "erga omnes" aos mesmos, no respeito à dignidade humana para a Convenção de Viena, no art. 53, norma de jus cogens significa a norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados em seu conjunto como norma que não admite acordo em contrário e que só pode ser modificada por uma norma ulterior de Direito Internacional geral, que tenha o mesmo caráter.

[154] OIT, Relatório. Conferência Internacional do Trabalho, 105.ª Sessão, 2016, Relatório IV. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/lang--es/index.htm. Acesso em: 16 de ago. de 2018.

[155] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direitos Humanos e MeioAmbiente – Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris,1993. Pg. 45.

Ou seja, com o protocolo aditivo à Convenção n.29 da OIT e com a Recomendação 103, ingressa-se numa nova fase de combate ao trabalho escravo no Brasil, qual seja uma etapa em que ao invés da repressão são destacadas atitudes de prevenção, de onde se exige, ao lado de códigos de conduta e de atitudes de responsabilidade social empresarial, a adoção de instrumentos claros de *compliance* laboral.

Este paradigma preventivo requer uma educação que sublinhe a condição fraterna que deve se exigir no trabalho humano, ou seja, que todos os trabalhadores sejam tratados com dignidade. Aqui se adota o conceito de fraternidade para o Direito, no sentido de que o princípio da fraternidade, o qual possui suporte no preâmbulo da Constituição Federal de 1988[156], pode ser definido como "o Direito fundado sobre uma relação comunitária entre seres livres e iguais, sem distinção"157.

2 INSTRUMENTOS DE *COMPLIANCE* E TRABALHO ESCRAVO

O trabalho forçado envolve, segundo dados da OIT, trabalhadores presos num ciclo vicioso de dívidas, crianças usadas para mendicância, trabalhadores domésticos enganados sobre as suas condições de trabalho e com vistos vinculados ao empregador e vivendo em verdadeira servidão por dívidas. Trabalhos em condições análogas a de escravos são feitos geralmente por pessoas de baixa escolaridade e facilmente manipuláveis.

Segundo a OIT, a maioria dos casos de trabalho forçado existe na economia privada, gerando lucros anuais ilícitos de 150 milhões de dólares, sendo que as vítimas trabalham muitas vezes em atividades silenciosas e longe do público, por exemplo a bordo de navios, em pequenas oficinas clandestinas, na agricultura comercial ou em casas particulares.[158]

Aí surge a necessidade de que o combate ao trabalho escravo envolva especialmente o setor privado. Analisando o contexto histórico do Direito do Trabalho, onde verifica-se que o empregado é visto como hipossuficiente da relação de emprego, logo percebe-se que o empregador é responsável por observar a proteção de direitos fundamentais do empregado dentro da empresa, como um exemplo, o direito da observância da dignidade da pessoa humana. Logo, surge uma nova

---

[156] O Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05.10.1988, tem o seguinte enunciado:
"Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil". (grifos nossos)

[157] BARZOTTO, Luciane Cardoso e BARZOTTO, Luís Fernando. Fraternidade, um conceito dialético-uma abordagem a partir da experiência jurídica. Anais do III Congresso Nacional de Comunhão e Direito: Ética, Direito e Democracia: em busca de um novo paradigma de Justiça, de 19 a 20 de agosto de 2016 Organizado por Carlos Augusto Alcantara Machado, Fernando Gomes de Andrade e Paulo Muniz Lopes. link: https://indd.adobe.com/view/035b834c-d090-4b8c-b019-a089308ccb7c - Está também acessível no site da ASCES-UNITA e no site Cátedra Chiara Lubich. Também publicado em GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo; LACERDA, Luana Pereira; NOGUEIRA CASTILHO, Ana Flávia de Andrade; SANTOS, Ivanaldo. (org.) Direito e fraternidade: ensaios em homenagem ao Professor Dr. Lafayette Pozzoli. Curitiba: CRV, 2018.

[158] OIT, Relatório 2018: Conforme OIT: Report of the Committee of Experts, Relatório III (Parte 1A), 2014, op. cit., p. 166. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/lang--es/index.htm. Acesso em: 16 de ago. de 2018.

tendência para dizer que os direitos fundamentais dos prestadores de serviços, da cadeia de fornecimento e cadeia de circulação da produção também estão ligados aos direitos fundamentais dos trabalhadores. A partir desta visão, observa-se que se tem falado em *compliance* para erradicação do trabalho escravo. Mas o que seria esta ferramenta?

Compliance, ou conformidade, é um conjunto de medidas internas de um empreendimento que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por este agente econômico (empresa) e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores[159].

Diríamos que *compliance* é uma tendência de gestão empresarial que consiste no monitoramento do grau de cumprimento de diversos aspectos da legislação nacional e internacional. Isso é feito mediante criação de instrumentos, setores e até mesmo startups, aplicativos, plataformas, no interior da empresa que será atendida por esta ferramenta. A teoria geral do *compliance* refere que a existem certos pilares necessários às visto que é um processo de conscientização envolvendo pessoas, sistemas, cultura empresarial em favor da não corrupção, do evitar o número de ações judiciais contra a empresa, além de ser visto como uma ferramenta de integração dentro das organizações[160].

Através de programas de *compliance*, as empresas reforçam seu compromisso com os valores e objetivos explicitados, primordialmente com o cumprimento da legislação, seja ela nacional ou internacional. Uma tendência que se tem observado nas empresas é a conferência de que não existam violações de direitos humanos nas cadeias produtiva, de fornecimento e circulação de mercadorias.

Esses objetivos são de difícil concretização e por isso mesmo eles requerem não apenas a elaboração de procedimentos, mas uma mudança na cultura corporativa, uma alteração no modo de fazer, viver e criar. Uma cultura corporativa que empenha-se em averiguar violações da liberdade no trabalho e extirpá-las com uma cultura que patrocina o que se designou chamar paradigma da *fraternidade*.

Por este paradigma entende-se que os trabalhadores do mundo não necessitam apenas liberdade ou igualdade, mas, como se verifica no trabalho escravo, clamam por terem um tratamento digno, enquanto pertencentes a uma única família humana. Este espírito é o da fraternidade universal contemplado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 1º e 29[161]), mais especificadamente, é o espírito de Filadélfia, como se refere Alain Supiot[162] ao ideário da OIT, que proclama que o trabalho não é uma mercadoria, logo, o trabalhador não é apenas um produto, uma ferramenta.

O que a OIT tem declarado é que estes instrumentos de *compliance* das empresas e planos de ação, quer abordem o trabalho forçado, o tráfico ou práticas

---

159 BRASÍLIA. Guia para programas de compliance. Ministério da Justiça, jan. 2016. Disponível em: /guia-compliance-versao-oficial%20CADE.pdf. Acesso em: 16 de ago. de 2018.

160 THE COMPLIANCE COMMUNITY, 2016. Disponível em: http://www.lecnews.com/. Acesso em: 16 de ago. de 2018.

161 Da Declaração Universal temos uma referência da fraternidade:

Artigo 1.º-Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Artigo 29 - Todos os seres humanos têm deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade é possível.

162 PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa. O Direito do Trabalho na Visão Crítica de Alain Supiot. 2014. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=092cb9ab3aaf99bd. Acesso em: 19 mai. 2017. Veja-se o original: SUPIOT, Alain. Crítica do direito do trabalho. tradução António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkain, 2016.

análogas à escravatura, carecem de mecanismos de controle e avaliação. Por isso há uma tendência de incentivar as empresas a investir neste paradigma preventivo de combate ao trabalho escravo, para que ajam ao lado dos governos.

Na linha de reparação do trabalhador resgatado do trabalho escravo, temos algumas possibilidades indenizatórias, à luz do que aconselha a legislação pátria em sintonia ao Protocolo aditivo sobre o trabalho escravo adotado em 2004 pela OIT: "interpretação de que o contrato teve o vício da lesão[163]", ou que o trabalhador foi prejudicado por dano existencial[164], ou agredido em sua vida digna, o que demanda indenização por dano moral. Todas estas condenações podem ser perpetradas à empresa que não estabeleceu regras de *compliance* com os *stakeholders*, com relação a direitos fundamentais e não acompanhou seus fornecedores, omitindo-se em evitar situações de trabalho análogas a de escravo.

Se partirmos da ideia que o contrato de trabalho é um dos tipos de "contratos para a existência", que definem relações sociais de longa duração cujo objetivo é satisfazer as necessidades essenciais do ser humano, não se obter um contrato é agredir a existência. Se o trabalhador for privado deste contrato, terá um dano existencial logicamente indenizável, mediante reparação pecuniária, conforme esta construção doutrinária do dano existencial, que vincula esta indenização à privação de uma pessoa com relação a seu projeto de vida[165]. De qualquer forma, a indenização mais usual é a do dano moral, pela violação à vida do empregado e sua integridade como base no art.5º, inciso X da Constituição Federal de 1988. Entretanto, há uma necessidade crescente que os instrumentos de compliance incluam a erradicação do trabalho escravo em toda a cadeia produtiva como forma preventiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho forçado, as formas contemporâneas de escravidão, a servidão por dívidas e o tráfico de seres humanos são noções semelhantes. Ainda que não sejam termos idênticos no sentido legal, indicam uma grave violação dos direitos humanos dos trabalhadores, um crime humanitário. Os mais vulneráveis com relação do trabalho escravo são jovens residentes em locais sem ocupação decente, os trabalhadores migrantes, domésticos e trabalhadores pouco qualificados e sem instrução. Durante a última década surge uma atenção crescente a nível nacional e internacional, o que se reflete na inclusão da eliminação do trabalho forçado, do tráfico de seres humanos e da escravidão de acordo com a meta 8.7 da Agenda 2030.

---

[163] Da Lesão - A ideia de lesão é positivada no artigo 157 do Código Civil de 2002, nos seguintes termos:
"Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. § 1o Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. § 2o Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito." – (Código Civil Brasileiro, 2002). Este instituto não tem sido muito usado para indenizar trabalho em condições análogas a de escravo, mas poderia ser um caminho.

[164] WÜNSCH, Guilherme; TITTONI, Marta Lúcia; GALIA, Rodrigo Wasem. Inquietações sobre o Dano Existencial no Direito do Trabalho - o projeto de vida e a vida de relação como proteção à saúde do trabalhador. Porto Alegre: HS Editora, 2015.

[165] SOARES, Flaviana Rampazo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

Para eliminar e prevenir o trabalho escravo os países adotam medidas de proteção que são inspiradas em teses do direito humanitário, direitos humanos e as empresas tendem a se organizarem para que suas atividades estejam em "*compliance*" – conformidade, com os reclamos de justiça social atual.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Laís. **Trabalho forçado como a antítese do trabalho decente**. Apresentação feita na CPI da Câmara dos Deputados destinada a apurar o Trabalho Escravo no Brasil, 2012.

ABRANTES, Talita. "STF Suspende Portaria que Muda Lei do Trabalho Escravo". **Revista Exame**, Publicado em 24 de out. de 2017. Disponível em: https://exame.abril.com.br/brasil/stf-suspende-portaria-que-muda-lei-do-trabalho-escravo/ Acesso em: 16 ago 2018.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. O CRIME DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO E A PORTARIA 1.129/17 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. **Empório do Direito**, 2017. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/o-crime-de-reducao-a-condicao-analoga-a-de-escravo-e-a-portaria-1-129-17-do-ministerio-do-trabalho-por-ricardo-antonio-andreucci. Acesso em: 16 ago 2018.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. **Direitos humanos dos trabalhadores:** atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do Direito Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARZOTTO, Luciane Cardoso e BARZOTTO, Luís Fernando. Fraternidade, um conceito dialético- uma abordagem a partir da experiência jurídica. **Anais do III Congresso Nacional de Comunhão e Direito: Ética, Direito e Democracia**: em busca de um novo paradigma de Justiça, de 19 a 20 de agosto de 2016 Organizado por Carlos Augusto Alcantara Machado, Fernando Gomes de Andrade e Paulo Muniz Lopes. Disponível em: https://indd.adobe.com/view/035b834c-d090-4b8c-b019-a089308ccb7c - Está também acessível no site da ASCES-UNITA e no site Cátedra Chiara Lubich. Também publicado em GIACÓIA JUNIOR, Oswaldo; LACERDA, Luana Pereira; NOGUEIRA CASTILHO, Ana Flávia de Andrade; SANTOS, Ivanaldo. (org.) Direito e fraternidade: ensaios em homenagem ao Professor Dr. Lafayette Pozzoli. Curitiba: CRV, 2018

BRASIL. **Código Civil Brasileiro** 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 16 ago 2018.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 15 ago 2018.

BRASÍLIA. **Guia para programas de compliance**. Ministério da Justiça, jan. 2016. Disponível em: /guia-compliance-versao-oficial%20CADE.pdf. Acesso em: 16 ago 2018.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende (coord.). **Direito internacional do trabalho e convenções internacionais da OIT comentadas.** São Paulo: LTr, 2014, p. 269-277.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio Ambiente** – Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional. Porto Alegre: Ed. Sérgio Fabris,1993. Pg. 45.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença de 20 de Outubro de 2016. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens /Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde.pdf. Acesso em: nov 2018.

ESTERCI, Neide. Escravos da desigualdade: um estudo sobre o uso repressivo da força de trabalho hoje. Rio de Janeiro: **SciELO** Books, Centro Edelstein de pesquisas sociais, 2008. pag. 27-28.

FERNÁNDEZ PARDO, Carlos Alberto. *Régimen Internacional del trabajo*. La OIT en la política mundial. Buenos Aires: *Ad-hoc*, 2001.

FLAITT, Isabela Parelli Haddad. **O trabalho escravo à luz das Convenções n. 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho**. *In*: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. LTr, 2014. pg. 269.

GENÉBRA, Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930. Artigo 2. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB: 12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:P029. Acesso em: 16 ago 2018. (tradução livre).

GENEBRA, Bureau Internacional do Trabalho**. Conferência Internacional do Trabalho**, 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro /lisbon/pdf/cit106_relatorio_vi_pt.pdf. Acesso em: 16 ago 2018.

MONTEJO, Miguel Francisco Canessa. **La protección internacional de los derechos humanos laborales**. 2008, pp. 511-517

OIT. Organização Internacional do Trabalho. Relatório OIT 2018: Conforme OIT: Report of the Committee of Experts, Relatório III (Parte 1A), 2014, *op. cit*., p. 166. Disponível em: https://www.ilo.org /brasilia/lang--es/index.htm. Acesso em: 16 ago 2018.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. Relatório OIT. **Conferência Internacional do Trabalho**, 105.ª Sessão, 2016, Relatório IV. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/lang--es/index.htm. Acesso em: 16 de ago. de 2018.

PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa. O Direito do Trabalho na Visão Crítica de Alain Supiot. 2014. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/? cod=092cb9ab3aaf99bd . Acesso em: 19 maio 2017.

SOARES, Flaviana Rampazo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

SUPIOT, Alain. **Crítica do direito do trabalho**. tradução António Monteiro Fernandes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkain, 2016.

THE COMPLIANCE COMMUNITY, 2016. Disponível em: http://www.lecnews.com/. Acesso em: 16 ago 2018.

WÜNSCH, Guilherme; TITTONI, Marta Lúcia; GALIA, Rodrigo Wasem. **Inquietações sobre o Dano Existencial no Direito do Trabalho** - o projeto de vida e a vida de relação como proteção à saúde do trabalhador. Porto Alegre: HS Editora, 2015.

O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SADIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

THE ENVIRONMENT OF SOUTH WORK AS FUNDAMENTAL LAW

Anne Harlle L. da Silva Moraes[166]
Bruno Carvalho Marques dos Santos[167]
Recebido em:18/04/2019
Aprovado em:10/10/2019

RESUMO: A proteção à saúde do trabalhador em seu ambiente de trabalho é objeto de vários dispositivos constitucionais, além de outras normas da legislação pátria, que visam fixar padrões e condutas de atuações dos empregados e empregadores. A Constituição Federal preceitua, em seu art. 225 c/c o art. 200, VIII, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. O presente artigo analisa a proteção conferida ao trabalhador, em intersecção com o direito ao meio ambiente equilibrado, buscando, nessas intersecções, os direitos fundamentais da Carta Magna sob perspectiva dialógica. A pesquisa utiliza o método dedutivo, a abordagem é qualitativa, empregando-se técnica indireta, cujas fontes de pesquisa são artigos e livros. A partir da análise realizada, constatou-se que a Constituição da República, ao disciplinar o meio ambiente, eleva-o a direito fundamental.

Palavras-chaves: Meio ambiente do trabalho. Direito fundamental. Proteção ao trabalhador.

ABSTRACT: The protection of workers' health in their work environment is the object of several constitutional provisions, as well as other norms of the national legislation, which aim to establish standards and conduct of actions of employees and employers. The Federal Constitution prescribes, in its art. 225 c / c or art. 200, VIII, that everyone is entitled to the ecologically balanced environment. The present article analyzes the protection granted to the worker, in intersection with the right to the balanced environment, seeking, at these intersections, the fundamental rights of the Magna Carta from a dialogical perspective. The research uses the deductive method, the approach is qualitative, using indirect technique, whose sources of research are articles and books. From the analysis carried out, it was found that the Constitution of the Republic, in order to discipline the environment, elevates it to a fundamental right.

Keywords: Work environment. Fundamental right. Protection to the worker. Performance of the employer.

[166] Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/ALFA, 2018). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Faculdade Alves Faria (ALFA/GO, 2016). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera (UNIDERP, 2010). Graduada em Direito pela Faculdade de Imperatriz (FACIMP, 2007).

[167] Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/ALFA, 2018). Mestre em Desenvolvimento Econômico pela Universidade Candido Mendes (UCAM/RJ, 2016). Especialista em Direito Público pela Fundação Escola de Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ/RJ, 2008). MBA em Gestão de Negócios Sustentáveis pela Universidade Federal Fluminense (UFF/RJ, 2012). Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA/RJ, 2006).

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca, dialogicamente, tratar da saúde do trabalhador em intersecção com o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado. Considerando a realidade pós-revolução industrial, a partir da perspectiva do trabalho, o mundo se alterou profundamente. Das máquinas a vapor até a operação de computadores sofisticados e do chão da fábrica até os escritórios mais altos, houve uma reorganização espacial, funcional e, sobretudo, uma reestruturação do pensamento jurídico quanto ao mundo do trabalho.

A Constituição da República Federativa do Brasil preceitua, em seu art. 225, *caput*, a expressa previsão do direito de todos a ter um meio ambiente equilibrado e, em seu art. 200, VIII, corrobora tal proteção por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), ampliando-a até o âmbito laboral, círculo em que se desenvolve boa parte da vida das pessoas.

O art. 3º, I, da Lei nº 6.938/81 define meio ambiente como um conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Tal definição abrange todos os trabalhadores, considerando que dependem de seu ambiente de trabalho para exercer suas atividades, ou seja, urge que haja um ambiente de trabalho adequado e seguro a fim de que a própria dignidade da pessoa humana seja respeitada.

Para Fernandes (2009. p. 40), referente ao meio ambiente do trabalho,

> [...] o art. III da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), ao enunciar que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, implicitamente, quando diz “à vida” incluiu o meio ambiente equilibrado, pois esta é uma das condições essenciais à existência da vida em toda a sua plenitude e formas.

Alguns doutrinadores trazem ainda um conceito mais amplo de meio ambiente do trabalho: o ambiente não se restringe ao espaço interno da fábrica ou da empresa em que se efetivamente exerce a função, mas alcança o próprio local de morada e o ambiente urbano em que o trabalhador está inserido.

É exatamente esta a visão de Rocha (2002. p. 127), em sua obra Direito ambiental do trabalho:

> [...] representa todos os elementos, inter-relações e condições que influenciam o trabalhador em sua saúde física e mental, comportamento e valores reunidos no locus do trabalho, sendo o ponto de partida para que se assegure a saúde do trabalho, esta correspondendo ao resultado da interação dos diversos elementos do ambiente (bens, maquinários, instalações e pessoas), provocando ou não o bem-estar no trabalho.

Observando os dispositivos legais referenciados e as definições doutrinárias, não há como negar que o meio ambiente de trabalho saudável e equilibrado é um dos direitos fundamentais do ser humano e tem estreita relação com o princípio da dignidade da pessoa humana. Não se trata apenas de um direito trabalhista individual, mas um direito de todos como integrantes de uma sociedade que se baseia nos valores sociais do trabalho, conforme o art. 1º, IV, da Carta Constitucional.

1 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

1.1 CONCEITUAÇÃO LEGAL E DOUTRINÁRIA

Existe certa discussão quanto à redundância da expressão “meio ambiente”, visto que o meio seria exatamente o que envolve, o que está propriamente englobado no ambiente, no entanto essa é a expressão doutrinariamente consagrada e legalmente adotada.

Diversas são as doutrinas que visam definir de forma ampla e clara o conceito de meio ambiente do trabalho. No entanto, antes de apresentar uma definição específica do tema proposto, necessária a definição do que seria o meio ambiente para daí transpor seu significado, entendendo sua amplitude até chegar ao âmbito trabalhista.

A conceituação de meio ambiente é vasta, como dito, na medida em que é associada a uma qualidade de vida saudável. É tido por muitos doutrinadores, dentre eles Fiorillo (2004) e Rodrigues (2016), como conceito jurídico não determinado que visa criar um espaço positivo de incidência da norma. Assim, não há uma definição precisa para meio ambiente, e as definições existentes se ajustam às circunstâncias, criando espaço para qualquer definição.

A expressão “meio ambiente” proporciona uma visão global das interações dos seres vivos com o meio. No entanto, o direito ambiental é um ramo próprio que tem seu corpo de regras e objetiva adentrar os temas jurídicos para fazer uma devida orientação.

O consagrado constitucionalista, José Afonso da Silva (2000, p.20), posiciona-se pela utilização da expressão “meio ambiente” em vez da palavra “ambiente”, afirmando que, enquanto a segunda expressa um conjunto de elementos, a primeira exprime o resultado da interação desses elementos. Assim expõe seu entendimento:

> [...] o conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico.

Silva (2000) conclui, na mesma obra, que o meio ambiente é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.

Quanto à definição legal de meio ambiente, encontra-se positivada no inciso I do art. 3º da Lei nº 6.938/81, em que se define como um conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

Sady (2000, p. 22), na obra Repensando o direito ambiental do trabalho, propõe a adaptação da definição legal de meio ambiente contida na lei acima citada, vinculando-a ao mundo do trabalho, e faz a seguinte consideração: “[...] meio ambiente do trabalho é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida das pessoas nas relações de trabalho.

O ilustre jurista Raimundo Simão de Melo (2004), utilizando o conceito legal capitulado na Constituição Federal e na Lei nº 6.938/81, observa que o legislador trouxe um conceito jurídico aberto, objetivando criar espaço ideal de incidência da norma legal, o qual se encontra em plena harmonia com a norma tutelada pela Carta

Magna em seu art. 225, a abranger todos os aspectos do meio ambiente, seja natural, artificial, cultural ou do trabalho.

Por sua vez, a jurista Norma Sueli Padilha (2013, p. 174), ao escrever sobre o meio ambiente em sentido interseccional com a atividade trabalhista, aduz que:

> É importante frisar a necessária assimilação no contexto jurídico trabalhista dos problemas ambientais suscitados pela atual sociedade de risco global, que não se limitam às agressões e degradação sistemática do meio ambiente natural, mas atinge o ser humano em todos os seus ambientes artificialmente construídos, desde o espaço urbano das cidades até o espaço laboral das atividades produtivas.

Agora, objetivando dar clareza ao presente estudo, necessário definir, além de meio ambiente, meio ambiente do trabalho. Seria uma espécie do gênero de meio ambiente?

No entendimento de Fiorillo (2004, p. 22), meio ambiente do trabalho é:

> [...] o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência dos agentes de comprometem a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc.).

Silva (2000, p. 23), ainda sobre o tema, merece referência:

> [...] o meio ambiente do trabalho, como o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente. É um meio ambiente que se insere no artificial, mas digno de tratamento especial, tanto que a Constituição o menciona explicitamente no art. 200, VIII, ao estabelecer eu uma das atribuições do Sistema Único de Saúde consiste em colaborar na proteção do ambiente, nele compreendido o trabalho. O ambiente do trabalho é protegido por uma série de normas constitucionais e legais destinadas a garantir-lhe condições de salubridade e de segurança.

Em síntese, entende-se por meio ambiente do trabalho o local ou estabelecimento em que o trabalhador exerce as funções inerentes a sua atividade. O fato de ser um ambiente via de regra artificialmente construído não deixa de merecer a proteção inerente ao meio ambiente em seu conceito amplo por integrar de forma basilar o ambiente onde pessoas passam boa parte de seu tempo. Portanto, deve ser um meio ambiente equilibrado e sustentável, seguro e salubre, na medida em que a atividade exige, respeitando a Constituição Federal, a Consolidação das Leis Trabalhista e demais normas regulamentadoras.

1.2 O DIREITO À VIDA, À SAÚDE E AO TRABALHO

Um dos fundamentais direitos do ser humano é o direito à vida, consagrado em todas as declarações internacionais, ponto de partida para os demais direitos inseridos e assegurados na Constituição Federal e pedra de toque interpretativa e integrativa do direito.

O art. 225 da Constituição Federal determina que: “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”.

Em respeito à norma acima exposta, é necessário que o trabalhador tenha vida com qualidade, trabalho decente, condições seguras e saudáveis para exercer suas atividades laborativas.

A garantia constitucional do ambiente ecologicamente equilibrado visa proteger a vida, abrangendo o direito fundamental insculpido nos arts. 1º, III, e 5º da Constituição Federal, cumulado, ainda, como os direitos sociais fundamentais presentes, quais sejam, saúde e trabalho do art. 6º.

O nobre jurista Fábio Fernandes (2009, p. 34), em obra já citada no presente trabalho, ressalta:

> Cumpre aqui dizer que, para que se torne efetivo o direito fundamental à vida assegurado no art. 5º, *caput*, do Texto Constitucional, faz-se mister que se assegure e viabilize o exercício, como a mesma densidade normativa, de outros dois direitos tidos como pressupostos para sua existência que são a saúde e o trabalho, sob pena de inviabilizar-se o exercício daquele, dito fundamental, porquanto suporte, por óbvio, de todos os demais.

O empregador tem o dever de proporcionar condições de trabalho ao empregado, e o Estado, o dever de fiscalizar se essas condições estão respeitando as normas positivas e a própria dignidade da pessoa humana. O trabalhador não pode ser visto apenas como mão de obra, instrumento do trabalho, mas como colaborador direto para o desenvolvimento da sociedade.

A preocupação do Estado nos dias atuais com o cumprimento das legislações que protegem o trabalhador, que asseguram direitos mínimos, é notória. Tal fato pode ser facilmente verificado em revistas e jornais de circulação nacional. São correntes interdições e autuações de empresas que não se preocupam com o bem-estar do trabalhador e que, por conseguinte, fazem jus às punições determinadas em lei, diretamente ligadas ao meio ambiente do trabalho e sua manutenção.

Ainda ao nível constitucional, o gozo à saúde é também um dos interesses fundamentais de todo ser humano, responsabilidade do Estado, mas também do empregador, no que diz respeito ao ambiente laboral.

A proteção à saúde do trabalhador é objeto de vários dispositivos constitucionais que abordam o tema direta ou indiretamente. Mas, de fato, o que é ter saúde?

O conceito da Organização Mundial de Saúde (OMS), contido na Constituição da República, apresenta como saúde “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade” (TRINDADE, 1991, p. 623).

A Lei nº 8.080/90, Lei Orgânica da Saúde, em seu art. 3º, dispõe:

> A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

O art. 6º da Constituição Federal, cumulado com o art. 3º da Lei Orgânica da Saúde, retrata a importância de relacionar a questão da saúde com a questão ambiental.

O art. 196 da Carta Magna confirma que o direito ambiental do trabalho não é apenas um direito trabalhista e ressalta que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido por políticas públicas, visando reduzir riscos de doenças ou agravos. Ainda complementando tal dispositivo, o art. 200, II e VII, da Constituição responsabiliza o SUS por executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde dos trabalhadores, e colaborar com a proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Necessário enfatizar que a responsabilidade também se direciona ao empregador, que deve conceder ao trabalhador condições saudáveis para o exercício das atividades laborativas.

Percebe-se que o direito à saúde, como principal norma orientadora do sistema de proteção ao trabalhador, destaca a constitucionalização do dever de colaboração para proteção do meio ambiente como uma das atribuições do SUS, incluindo o meio ambiente do trabalho. Em seu art. 200, VIII, a Constituição Federal determina que: “Ao Sistema Único de Saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da Lei: [...]; VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele incluindo trabalho”.

A proteção aqui destacada tem como destino a sociedade, visto que a natureza é o meio ambiente de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, como bem define o art. 225 da Constituição Federal: “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”.

A referência do dispositivo constitucional acima citado estabelece que a segurança e a saúde do trabalhador estão garantidas constitucionalmente, observando-se o caráter múltiplo do conceito de meio ambiente, nele inserido o próprio conceito de trabalho, o que pressupõe a garantia de um local seguro, salubre e que assegure a qualidade de vida.

Estando o meio ambiente do trabalho incluído no conceito de meio ambiente, tanto o poder público quanto a coletividade, incluído diretamente o empregador, têm a atribuição de lutar pela sua preservação, adotando medidas efetivas que objetivem garantir a qualidade de vida do trabalhador.

A proteção à saúde do trabalhador está inserida na Constituição Federal de 1988 como cláusula pétrea, elevada à categoria de direito fundamental:

> É um direito-dever de cunho social, visto como um dos mais importantes e avançados da atual Constituição, voltado para pessoas determinadas e indeterminadas, e atribui às normas constitucionais “a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que a de orientar as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente (SILVA, 1990, p.708).
> [...] não se limita a defender o direito à vida em si, mas à vida humana com qualidade, o que jamais pode ser alcançado sem que se tenha qualidade de trabalho, nem se pode atingir meio ambiente equilibrado e sustentado, ignorando o meio ambiente do trabalho (OLIVEIRA, 2002, p.129).

É um direito formado de interesses coletivos e individuais, de modo que o coletivo seja representado pela preservação do próprio meio ambiente e o individual, pela proteção da vida e da qualidade de vida do homem.

1.3 A PROTEÇÃO LEGAL DO MEIO AMBIENTE

Não é tarefa fácil proteger a saúde do empregado em seu meio ambiente, proporcionando qualidade de vida, visto que atividades diferentes exigem um nível diverso de complexidade de atividades, de riscos químicos, biológicos e físicos.

A industrialização, surgida na Inglaterra do século XVIII, trouxe mudanças consideráveis para o ambiente de trabalho. A partir desse período, houve uma cisão entre o que era considerado o local para morar e o local para trabalhar. As condições de trabalho e vida nessa fase ainda era consideravelmente precária e só apresentaram melhoria por meio de movimentos sociais, como protestos e greves, objetivando alcançar condições de vida e trabalho digno para todos.

Seguindo esse entendimento, Julio César de Sá Rocha (1997, p.19), na obra Direito Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho – dano, prevenção e proteção jurídica, argumenta:

> [...] desenvolveram-se legislações provindas do poder público, consagradas pelas leis e regulamentos; por outro lado, surgiu o direito advindo das negociações entre empregados e empregadores. Como resultado, abriu-se um campo alternativo para a determinação de condições de trabalho e proteção a saúde dos trabalhadores, as reconheceram os direitos sociais, também é muito recente a preocupação do legislador com as questões referentes ao meio ambiente.
> [...] os ambientes de trabalho têm atravessado profundas modificações, repercutindo na forma e tipo de proteção legal estabelecidos pelo poder público. Após a constitucionalização dos direitos sociais, observa-se progressivamente, surgimento de normas de saúde ocupacional e segurança industrial, em resposta as mudanças nos processos produtivos e aprimoramento das relações de trabalho.

Pode-se perceber pelas citações acima elencadas que há diferentes ambientes de trabalho e, consequentemente, riscos variados. Assim, há a necessidade de uma diversidade de normas que visem proteger o trabalhador e que serão adicionadas às normas protetivas já existentes, considerando sempre aspectos psicológicos e físicos sobre as condições de trabalho e a busca primordial da prevenção de possíveis danos e da garantia de bem-estar no trabalho com qualidade.

A Consolidação das Leis do Trabalho, vigente no Brasil desde 1943, trouxe normas que visam proteger o trabalhador, em especial no tópico referente a salubridade e segurança, mais precisamente no seu art. 154, em que preceitua:

> Art. 154. A observância, em todos os locais de trabalho, do disposto neste Capítulo, não desobriga as empresas do cumprimento de outras disposições que, com relação à matéria, sejam incluídas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou Municípios em que se situem os respectivos estabelecimentos, bem como daquelas oriundas de convenções coletivas de trabalho.

No final da década de 1970, mais precisamente em 1977, com a Lei nº 6.514, a legislação foi modernizada, alterando boa parte de seus dispositivos, o que conferiu maior liberdade ao Ministério do Trabalho. Conforme dispõe o art. 200 do referido diploma, é de responsabilidade do Ministério do Trabalho estabelecer normas, observando cada atividade ou setor. Surgiram, assim, as normas regulamentadoras.

A Consolidação das Leis do Trabalho traz posicionamentos deveras criticados pela doutrina. Um desses posicionamentos diz respeito à previsão de pagamento do adicional aos salários pela prestação de serviço em condições insalubres, insculpido no art. 192, tirando do empregador, de certa forma, a responsabilidade na aplicabilidade de medidas gerais de saneamento ambiental. Um contrassenso. Quer dizer que, com o adicional pago, não há necessidade de o empregador se preocupar com a prevenção de riscos no ambiente laboral?

Importante ressaltar que os artigos acima mencionados são entendidos como medidas preventivas, no entanto não é muito difícil concluir que são insuficientes, constituindo, assim, apenas algumas disposições que protegem a saúde e o ambiente laboral dos trabalhadores, mas que, certamente, exigem revisões e melhorias.

Com a Constituição Federal de 1988, o meio ambiente do trabalho seguro e adequado tornou-se um direito fundamental do trabalhador, conforme estabelecem os arts. 1º, 7º, XXII, 196, 200, II e VIII, e 225 da Carta Magna.

Com isso, verifica-se que o direito ambiental do trabalho não busca tutelar algo ainda não açambarcado por normas jurídicas existentes, visto que se trata de um direito fundamental insculpido na Constituição Federal, a qual garante, de forma impositiva, um meio ambiente do trabalho seguro. Dessa forma, tendo por base a tutela constitucional, busca-se a proteção do trabalhador, considerando o ambiente laboral e todos os elementos que, em algum momento, ameacem comprometer sua saúde e segurança.

2 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SADIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Como já enfatizado, há estreita ligação entre o meio ambiente do trabalho sadio e o direito à vida humana digna. É considerável até elevar o direito ao meio ambiente saudável a direito humano, afinal a vida de boa parcela das pessoas se desenvolve no ambiente de trabalho e a ele está intimamente ligada.

O art. III da Declaração Universal dos Direitos Humanos, publicada em 1948, traz em seu bojo que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Pode-se inserir nesse contexto o meio ambiente equilibrado, uma vez que é uma das condições essenciais à existência da vida como um todo.

O direito ao meio ambiente adequado como direito humano abrange indiscutivelmente o ambiente do trabalho, conforme afirma Soares: “[...] o direito ao meio ambiente do trabalho saudável e seguro, como segmento daquele, é também um direito humano cujo objeto consiste na proteção à saúde e à vida no ‘habitat’ laboral” (SOARES, 2004, p.74).

Para Melo (2004, p.32), o direito ambiental do trabalho:

> [...] constitui direito difuso fundamental inerente às normas sanitárias e de saúde do trabalhador (CF, art.196), que, por isso, merece a proteção dos Poderes Públicos e da sociedade organizada, conforme estabelece o art. 225 da Constituição Federal. É difusa a sua natureza, ainda, porque as consequências decorrentes da sua degradação, como, por exemplo, os acidentes de trabalho, embora com

> repercussão imediata no campo individual, atingem, finalmente, toda a sociedade, que paga a conta final.

No nível de direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, especificamente, o meio ambiente do trabalho encontra-se insculpido na Constituição Federal, no art. 225, *caput*, e mais restritamente nos arts. 7º, XXII, e 200, VIII:

> 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.
>
> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
> VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Quanto à atividade laborativa, o Anexo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho traz como princípio que “o trabalho não é uma mercadoria”, estendendo, portanto, a visão do trabalho não mais como simples moeda de troca, mas como instrumento de afirmação do trabalhador.

A proteção à saúde do trabalhador se constitui, portanto, como direito social fundamental que também se reveste de caráter impositivo ao Estado quando o obriga a ter especial atenção à saúde daqueles que exercem atividade laborativa. Como se verifica pelos dispositivos legais acima expostos, não existe possibilidade de se negar que o meio ambiente saudável e equilibrado é um dos direitos fundamentais da pessoa humana, dada a sua correlação com a dignidade da pessoa humana, além de seu caráter intersecional de agregar em si diversos direitos fundamentais.

3 DIREITO AMBIENTAL E DIREITO DO TRABALHO

Feitas essas exposições, é importante ressaltar a correlação existente entre dois ramos do direito – o ambiente e o trabalhista – de maneira que, por meio de uma junção, chega-se ao tema aqui discutido, objeto do presente estudo.

A proteção ao meio ambiente é regida por disciplina autônoma denominada Direito Ambiental. Configura direito de terceira dimensão pertencente ao novo ramo do direito, chamado difuso, surgido em zona fronteiriça entre os clássicos ramos maiores do direito, que são aqueles do direito público e do direito privado. Tem princípios protetores específicos e abrangência que comporta não somente a modalidade denominada “meio ambiente natural”, mas também outras espécies de meio ambiente inseridas e especialmente protegidas pela Constituição Federal de 1988.

Norma Sueli Padilha (2002, p. 46) expressa-se da seguinte forma:

> [...] o meio ambiente do trabalho embora se encontre numa seara comum ao Direito do Trabalho e ao Direito Ambiental, distintos serão os bens juridicamente tutelados por ambos, uma vez que, enquanto o primeiro se ocupa preponderantemente das relações jurídicas havidas

> entre empregado e empregador, nos limites de uma relação contratual privatistíca, o Direito Ambiental por sua vez irá buscar a proteção do ser humano trabalhador, contra qualquer forma de degradação do ambiente onde exerce sua atividade laborativa.

Verifica-se uma definição restrita do direito do trabalho que vem caindo em desuso após a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, visto que o amparo legal estende-se não apenas ao empregado, mas ao trabalhador de forma ampla, deixando de ser observada apenas a relação de emprego em favor de uma visão da relação de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se a premente necessidade de uma hermenêutica constitucional orgânica e sistêmica em que se interpretam e integram as normas da Carta Magna como um todo em si e apontando para ideais comuns. Dito isso, cabe observar os pontos do texto em que se defendem determinados direitos e complementá-los com pontos que dialogam entre si.

Dessa forma, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, encontrado em nossa Constituição expressamente como parte singular de defesa da vida, engloba e conglomera em si diversos outros direitos que, singularmente e em conjunto, fazem parte de um ideal maior de sociedade livre, justa e solidária. Entra-se, neste ponto, no direito posto em análise no presente artigo.

Seguindo em perspectiva dialógica, estabelecido o meio ambiente como direito fundamental e essencial à vida, integrado nele o direito ao meio ambiente de trabalho saudável, chega-se ao ponto de analisar os desdobramentos e as implicações disso, ou seja, a reafirmação cada vez mais importante de que o trabalho e tudo que o envolve seja considerado como fator de especial cuidado.

Parte-se daí para o papel do Estado brasileiro, em primeira análise, como executor e regulamentador de medidas que protejam o trabalhador, desde os riscos físicos, organizacionais e de direitos transindividuais que enfrenta, até chegar ao papel de tutela jurisdicional como afirmador dos direitos do trabalhador de usufruir de condições de trabalho que lhe permitam viver plenamente, e não viver para trabalhar somente.

Conclui-se que o meio ambiente do trabalho como direito catalizador tem em sua órbita o direito constitucional, o direito do trabalho e o direito internacional, com suas particularidades, bem como a área da saúde, em vista da necessidade clara de um olhar interdisciplinar a esse direito fundamental.

Trata-se, portanto, de submeter a ótica constitucional aos ramos do conhecimento que a auxiliam a chegar teleologicamente a seu máximo plano efetivo, verdadeiramente se atomizando – utilizando uma metáfora química – ou se capilarizando – segundo uma metáfora biológica –, para que se chegue ao mais fundo de sua efetividade e ao mais alto de sua extensão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.514**, de 22 de dezembro de 1977. Altera o Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho, relativo a segurança e medicina do trabalho e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /LEIS/L6514.htm. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em: 14 abr. 2019.

FENANDES, Fábio. **Meio ambiente geral e meio ambiente do trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador** – responsabilidades. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

OLIVEIRA. Sebastião Geraldo de. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2002.

PADILHA, Sueli Norma. Meio ambiente do trabalho: um direito fundamental do trabalhador e a superação da monetização do risco. **Rev. TST**, Brasília, v. 79, n. 4, p. 174, out/dez 2013.

ROCHA, Julio César de Sá da. **Direito ambiental e meio ambiente do trabalho.** Dano, prevenção e proteção jurídica. São Paulo: LTr, 1997.

ROCHA, Julio César de Sá da. **Direito ambiental do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito ambiental esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SADY, João José. **Direito do meio ambiente do trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Evanna. **Ação ambiental trabalhista**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

TRINDADE. Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos***:* fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

A REFORMA AGRÁRIA E O DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA NO BRASIL: A possibilidade de efetivação do direito fundamental à alimentação adequada pela reforma agrária

THE AGRARIAN REFORM AND THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ADEQUATE FOOD: The possibility to make the fundamental right to adequate food effective through agrarian reform

Maria Vitoria Fontolan[168]
Lygia Maria Copi[169]
Recebido em: 29/05/2019
Aprovado em: 05/10/2019

RESUMO: Recentemente incorporado ao ordenamento brasileiro, o direito fundamental à alimentação adequada é um pressuposto essencial para que a dignidade da pessoa humana seja alcançada. Por se tratar de um direito amplo e abarcar o alimento, desde a sua produção até o consumidor final, esse direito pode se concretizar de diversas formas, desde a garantia uma vida livre da fome até a produção de alimentos saudáveis e seguros. Este artigo aborda a reforma agrária como possível meio de efetivar o direito fundamental à alimentação adequada, considerando a função social da propriedade rural como elemento norteador no processo de desapropriação. Além disso, este estudo trata da importância da agricultura familiar e dos meios alternativos de produção, com os quais o assentado e a sua comunidade local podem obter renda e produzir alimentos seguros e saudáveis, sem a pressão do mercado externo. Por fim, é apresentada uma análise papel do Estado neste processo.

PALAVRAS-CHAVE: direito fundamental à alimentação adequada, soberania alimentar, segurança alimentar e nutricional, reforma agrária, agricultura familiar.

ABSTRACT: Recently incorporated to the Brazilian legal planning, the Right to Food is considered essential for the human dignity. Since it is a right which approaches food and its production to the final consumers, it might be seen through several ways, such as a guarantee of a life without starvation, and as a healthy and safe nutrition. This paper shows the agrarian reform as a possible way to provide adequate food for the population, considering the social commitment of rural properties as a supportive element in the process of expropriation. Furthermore, it also focuses on the importance of family farming and on the alternative ways of food production so that rural workers and local communities may have an income and a healthy food production without the foreign market pressure. Finally, this paper will present an analysis of the State role during this course improvement.

KEYWORDS: Fundamental right to adequate food, food sovereignty, food security and nutrition, agrarian reform, family farming.

[168] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Univel (mvfontolan@gmail.com)
[169] Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Univel (lygiamariacopi@gmail.com).

INTRODUÇÃO

O direito fundamental à alimentação aborda de um conceito em construção. Inserido, em 2010, no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 6º da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional 64, embora, no cenário mundial, fosse discutido desde a Primeira Guerra Mundial (LEÃO *et al.*, 2013). Esse direito trata da necessidade básica de todo ser humano, ou seja, refere-se ao mínimo existencial para que uma pessoa possa viver de forma digna.

A princípio, a referência desse direito era a busca por alimentos em quantidade. Com o tempo, percebeu-se que isso era insuficiente e, assim, o direito humano à alimentação passou a tutelar também a qualidade dos alimentos, que vai muito além do direito de estar livre da fome e da má nutrição. Trazendo para a sociedade o direito a uma alimentação adequada (LEÃO *et al.*, 2013).

Em 2002, o relator da ONU definiu o direito à alimentação adequada como:

> O direito à alimentação adequada é um direito humano inerente a todas as pessoas de ter acesso regular, permanente e irrestrito, quer diretamente ou por meio de aquisições financeiras a alimentos seguros e saudáveis, em quantidade e qualidade adequadas e suficientes, correspondentes às tradições culturais do seu povo e que garanta uma vida livre do medo, digna e plena nas dimensões física e mental, individual e coletiva (BURITY *et al*., 2010, p. 15).

Diante disso, é possível observar que o direito à alimentação é um pressuposto para garantia de diversos outros direitos, como o da dignidade da pessoa humana, o direito à saúde e ao meio ambiente saudável e equilibrado.

Nesse sentido, o direito fundamental à alimentação abrange diversas áreas, desde a forma como o alimento é feito até a sua comercialização. Por isso, é possível observar que da mesma forma que esse direito abrange diversas áreas, a violação dele também se dá de diversas formas.

De acordo com a Ação Brasileira pela Nutrição e Direitos Humanos (ABRANDH), milhares de brasileiros ainda convivem com a fome, aguda ou crônica, e com a desnutrição. Uma das causas para isso é a falta de acesso a alimentos. Não obstante, essa informação se contradiz com o modelo de produção atual que, para alguns, é considerado uma evolução, por supostamente ter promovido aumentos na produtividade. Esse modelo, influenciado pela Revolução Verde[170], utiliza de insumos e tecnologia, mas teve, por consequência, o aumento da pobreza no campo, pois gerou desempregos e, ainda, não conseguiu sanar o problema da fome (LEÃO *et al*., 2013).

Além de garantir uma vida livre da fome, o direito fundamental à alimentação adequada propõe a qualidade dos alimentos. Entretanto, a realidade mostra-se divergente a esse ponto, pois o modelo predominante atual, baseado na monocultura e latifúndio, tem usado, por exemplo, indiscriminadamente, sementes transgênicas e agrotóxicos.

[170]A Revolução Verde surge no final da Segunda Guerra Mundial, num cenário onde a fome era problema preocupante em diversos países. Assim, ela trazia um modelo baseado no uso intensivo de agrotóxicos na agricultura, para que se pudesse produzir em maiores escalas. No Brasil, a Revolução Verde foi implementada durante a ditadura militar, por meio de pacotes. Nesse período, empresas transnacionais foram atraídas para o país, centros e órgãos de pesquisa foram criados para estudar como esses novos produtos se adaptariam a realidade brasileira, além de estímulos por meio da criação de cooperativas e financiamentos (ANDRADES; GANIMI, 2007).

Quanto aos transgênicos, ainda não se sabe mensurar as consequências futuras que eles podem causar à sociedade. Quanto aos agrotóxicos, o Instituto Nacional de Câncer José de Alencar (INCA), em documento técnico, posicionou-se contra as atuais práticas de uso de agrotóxicos no Brasil e ressaltou os seus riscos à saúde como abortos, neurotoxidade, desregulação hormonal e câncer. Nesse documento, também é recomendado "o uso do Princípio da Precaução e o estabelecimento de ações que visem à redução progressiva e sustentada do uso de agrotóxicos" (INCA, 2015, p. 5).

Na contramão de diversos países do continente europeu, em especial da União Europeia, que tem implementado políticas para a redução do uso de agrotóxicos, o governo brasileiro tem flexibilizado o uso destes, com políticas que os isentam de impostos e decretando a liberação de agrotóxicos considerados mundialmente como nocivos à saúde (ABRASCO, 2015). Um exemplo disso é o projeto de Lei 6299/02 que tramita no Congresso Nacional e tem por objetivo revogar a legislação atual sobre os agrotóxicos no país. O projeto visa mascarar a nocividade do termo "agrotóxico", que passaria a ser "defensivo fitossanitário". Além disso, se aprovado, facilitará a entrada, a regulamentação e a fiscalização de agrotóxicos considerados nocivos para a saúde, no país (ALMEIDA *et al.,* 2016).

Pautado nessa lógica, esse estudo apresenta a reforma agrária como um possível meio de incentivar a produção rural familiar e, consequentemente, o cultivo de alimentos mais saudáveis e de alimentos totalmente livres de agrotóxicos e transgênicos.

Diante disso, justifica–se a preocupação pelo estudo do tema. O Brasil, hoje, possui uma grande concentração de terra nas mãos de poucos, ao passo que a maior capacidade de produção se encontra nas pequenas propriedades. Estas, por se basearem em uma agricultura familiar, concentram a maior parte da mão de obra rural e, assim, geram mais renda no mercado interno, mudando a realidade das pessoas que nela trabalham. Desta forma, o trabalho se desenvolverá na reforma agrária e na perspectiva da possibilidade de ela gerar renda aos assentados e uma maior segurança alimentar, além da produção de alimentos seguros para o consumidor brasileiro.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

1.1 HISTÓRICO DA POSITIVAÇÃO EM NÍVEL MUNDIAL E NACIONAL

O termo segurança alimentar começou a ser utilizado durante a Primeira Guerra Mundial e estava relacionado à capacidade de um país produzir seu próprio alimento sem depender de outras nações. Após a Segunda Guerra Mundial, esse conceito começou a abarcar a insuficiência da disponibilidade de alimentos, devido ao entendimento de que a insegurança alimentar se originava da incapacidade de produção de alimentos nos países pobres (LEÃO *et al.*, 2013).

Nesse cenário, surgiu a Revolução Verde que buscava aumentar a produtividade dos alimentos por meio de alterações genéticas e insumos químicos. Todavia, o resultado dessa revolução foi negativo e a fome continuou a proporcionar impactos econômicos, ambientais e sociais (BURITY *et al.,* 2010).

Em 1977, a Conferência Mundial da Alimentação, frente à crise mundial de produção de alimentos, entendeu que, além da produção de alimentos, seria necessária uma estratégia quanto ao armazenamento e a oferta dos alimentos. Assim, na década de 80, devido aos excedentes de produção, iniciou-se a industrialização

dos alimentos. Porém, a eliminação da fome não teve evolução. O conceito de segurança alimentar passou a abranger o acesso físico e econômico de alimentos, de forma permanente e em qualidade e quantidades suficientes (BURITY *et al.*, 2010).

No início da década de 90, o conceito de segurança alimentar passou a incluir um aspecto nutricional e sanitário, visando os alimentos seguros e de qualidade, "produzidos de forma sustentável, equilibrada e culturalmente aceitáveis e também incorporando a ideia de acesso à informação" (BURITY *et al.,* 2010, p. 12).

Por fim, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consolidou o direito humano à alimentação adequada, no artigo 25 (1):

> 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle (ONU, 1948).

Em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), consolidou o direito humano à alimentação adequada em seu artigo 11. No Comentário Geral 12 referente a este artigo, afirmou-se que "o direito à alimentação adequada realiza-se quando cada homem, mulher e criança, sozinho ou em companhia de outros, tem acesso físico e econômico, ininterruptamente, à alimentação adequada ou aos meios para sua obtenção" (Comentário Geral Número 12, 1966, p. 2). Também foi exposta, nesse comentário, a necessidade de o acesso ao alimento ser sustentável, sem prejudicar outros direitos e, com a garantia para as gerações futuras (Comentário Geral Número 12, 1966).

Além do PIDESC, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Protocolo de San Salvador, em seu artigo 12, também positivou o direito à alimentação adequada:

> Artigo 12
> Direito à alimentação
> 1. Toda pessoa tem direito a uma nutrição adequada que assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual.
> 2. A fim de tornar efetivo esse direito e de eliminar a desnutrição, os Estados Partes comprometem-se a aperfeiçoar os métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos, para o que se comprometem a promover maior cooperação internacional com vistas a apoiar as políticas nacionais sobre o tema (OEA, 1988).

Contemporaneamente, a Agenda 2030, da ONU, em seu objetivo 2, trouxe o compromisso de "acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável" (Agenda 2030, ONU, 2015), afirmando assim, a preocupação com o tema e a necessidade mundial da adoção de medidas para que o direito à alimentação se concretize.

No Brasil, o direito à alimentação teve como precursor Josué de Castro, médico, sociólogo e ex-presidente do Conselho da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO), que, desde 1933, alertava que a fome era problema muito além de aspectos biológicos e apontava causas econômicas, políticas e sociais (FERRAZ, 2013). Com suas críticas, foram implementadas políticas públicas relacionadas à alimentação.

Linearmente, surgiram outros acontecimentos em nível nacional relacionados à busca pela positivação e efetividade desse direito. Em 1986, foi realizada a I Conferência Nacional de Alimentação e Nutrição. Em 2003, foi instituído o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA), órgão que assessora a Presidência da República. E, em 2006, foi criada a Lei 11.236, Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN), que cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Sisan). Por fim, em 2010, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 64, que positiva a alimentação como direito social.

1.2 CONCEITOS RELACIONADOS: SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL SOBERANIA ALIMENTAR

O direito à alimentação adequada possui um vasto conteúdo que se correlaciona às diversas áreas da vida humana de modo que, em um primeiro momento, cabe estudar o conceito de segurança alimentar e nutricional bem como o de soberania alimentar.

O conceito de soberania alimentar está ligado à capacidade dos povos decidirem, sem pressões externas, o que e como produzir e consumir. Ele engloba desde as condições nas quais o agricultor vai produzir, com o fim de a produção ser de qualidade, segura, diversificada, sustentável e visando atender a cultura e hábitos alimentares locais (BURITY *et al.*, 2012). O Fórum Mundial de Soberania Alimentar definiu soberania alimentar como:

> Direito dos povos a definir suas próprias políticas e estratégias sustentáveis de produção, distribuição e consumo de alimentos que garantam o direito a alimentação para toda a população, com base na pequena e média produção, respeitando suas próprias culturas e diversidade dos modos campeiros, pesqueiros e indígenas de produção agropecuária, de comercialização e gestão dos espaços rurais, nos quais a mulher desempenha um papel fundamental (HAVANA, CUBA, 2001).

O conceito de segurança alimentar e nutricional, anteriormente mencionado, possui uma evolução histórica e, "é inseparável das lutas da população brasileira contra a fome, pela democratização da nossa sociedade e pela construção de um país com mais equidade e justiça econômica e social" (VALENTE, 2002, p. 43).

Contemporaneamente, o Brasil, por meio do artigo 3º da Lei 11.346/2006, Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional (LOSAN) positivou esse conceito:

> A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis (BRASIL, 2006).

Esse conceito possui duas dimensões: (i) a alimentar, que está relacionada à produção e disponibilidade de alimentos que precisam ser suficientes, adequados, estáveis, continuados, equitativos e sustentáveis; e, (ii) a dimensão nutricional, que abrange as relações entre o ser humano e o alimento, visando os alimentos saudáveis

e preparados com técnicas que preservem seu valor nutricional e sanitário, em condições que promovam a saúde e a higiene de quem o consome, e gerando oportunidades para o desenvolvimento local de quem vive e trabalha (BURITY *et al.*, 2012).

2. REFORMA AGRÁRIA

2.1 O DIREITO DE PROPRIEDADE *VERSUS* O DIREITO À PROPRIEDADE

A visão de propriedade no ordenamento jurídico brasileiro vai muito além do direito individual de um proprietário sobre a sua "terra" (direito de propriedade). Ele perpassa pela ideia de que todos devem ter acesso à propriedade (direito à propriedade).

O direito de propriedade é um direito fundamental, protegido pela Constituição, em seu inciso XXII do artigo 5º e, segundo Rios (1997, p.16), "o direito de propriedade, categoria plasmada no convívio social, origina-se no fenômeno da apropriação privada e coletiva dos bens, assim como a sua distribuição".

O direito brasileiro prevê diversas garantias ao proprietário, não obstante, ao mesmo tempo em que há um poder sobre a propriedade, há, também, um dever de se cumprir sua função social, para que as proteções previstas no ordenamento sejam garantidas.

Ao longo da formação do Brasil, a concentração de terras esteve nas mãos de poucos, e este se tornou fator decisivo na desigualdade do país (BUAINAIN; PIRES, 2003). Muitos abusos foram cometidos ao longo da história e passados por despercebidos, pois a propriedade era vista apenas como uma forma de satisfazer interesses individuais (TEPEDINO; SCHREIBER, 2003).

Nesse contexto, o direito à propriedade, previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição, vem para garantir o mínimo existencial àqueles que não possuem terra e não fazem parte do meio produtivo.

A Declaração Universal de Direitos Humanos, no artigo 17, estabelece que "todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com os outros". Também o artigo segundo do Estatuto da Terra dispõe que "é assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei" (BRASIL. Lei nº 4.504, 1964).

Assim, o direito à propriedade garante a concretização da dignidade da pessoa que é o princípio norteador do direito brasileiro. Um dos meios para que esse direito seja efetivado é pela reforma agrária, que então se estabelece por meio da função social da propriedade.

2.2 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL E A REFORMA AGRÁRIA

O direito de propriedade só é garantido e efetivado aos que cumprem sua função social, visto que esta é elemento estrutural desse direito (RIOS, 1997). A função social trata do princípio constitucional que visa a retirar do ordenamento brasileiro a ideia de que a propriedade tem apenas um sentido individual, pois também se trata de uma garantia coletiva. Nesse sentido:

> Quando a propriedade não se apresenta, concretamente, como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício do poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com

> todas as garantias inerentes a essa condição (COMPARATO, 1997, p. 4-5).

Conforme MANIGLIA, 2009, a função social da propriedade está essencialmente ligada à propriedade rural e, quando não cumprida, a propriedade rural estará sujeita à reforma agrária. Sob esse prisma, pode-se afirmar que a reforma agrária é um princípio democrático que visa à redistribuição de terras, bem como é um processo social, econômico e jurídico.

Conforme o parágrafo primeiro do artigo primeiro do Estatuto da Terra, considera-se reforma agrária como "o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade" (BRASIL. Lei nº 4.504, 1964).

Essa melhor distribuição da terra baseia-se na função social da propriedade e, quando um imóvel rural não a cumpre, cabe à União desapropriá-lo, conforme o artigo 184 da Constituição da República Federativa do Brasil:

> Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei (BRASIL, 1988).

Para que uma propriedade rural atenda sua função social, é necessário que ela cumpra os requisitos, estabelecidos no artigo 186 da Constituição Federal de 1988: aproveitamento racional e adequado; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e, exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Assim, é possível observar que a garantia da propriedade individual é limitada por critérios sociais, ambientais e econômicos, especialmente relacionados à atividade agrária, e que atendam aos interesses da coletividade. Entretanto, na prática, a maior, e quase exclusiva, análise está relacionada à produtividade, de modo que a desapropriação para o fim da reforma agrária fica restrita a um único critério: o econômico (MANIGLIA, 2009).

Todavia, quando os critérios sociais, econômicos e ambientais são cumpridos cumulativamente, eles trazem benefícios não apenas para os produtores, mas também ao meio ambiente e à sociedade, que passa a consumir alimentos seguros e saudáveis. Nesse sentido, a reforma agrária pode ser um primeiro passo para a concretização do direito humano à alimentação adequada.

3 A REFORMA AGRÁRIA COMO FORMA DE CONCRETIZAR O DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA NO BRASIL

3.1 A POSSIBILIDADE DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA POR MEIO DA REFORMA AGRÁRIA

Mesmo tendo altos índices de produtividade, o Brasil ainda vive um quadro de insegurança alimentar, uma vez que a fome e a desnutrição são problemas correntes na sociedade. Uma alternativa para garantir a todos o acesso aos alimentos saudáveis

é uma reforma agrária justa. Ou seja, aquela que, de fato, promove a distribuição de terras de modo digno àquela parcela da população que precisa saciar a fome.

Os que defendem a reforma agrária afirmam que, para que a propriedade rural cumpra a sua real função, ela, ao redistribuir as terras desapropriadas, visa um regresso ao campo e incentiva a soberania alimentar por meio da produção de subsistência que bem como a sua comunidade uma renda e o desenvolvendo daquele local. Também frisam que seria uma das formas de ajudar a reduzir o problema da fome de grande parte da população, visto que atualmente, grande parte da população rural é pobre (MANIGLIA, 2009).

Entretanto e paralelamente, há aqueles que entendem ser a reforma agrária ultrapassada e ter pouca influência para o desenvolvimento do país, pois afirmam que, para suprir a demanda atual, é necessária uma modernização do campo visando à produção em larga escala, baseada em um modelo de monocultura e latifúndio (GRAZIANO; NAVARRO, 2012).

Por outro lado, estudos sobre a reforma agrária trazem uma expectativa de maior acesso aos alimentos e de empoderamento do produtor familiar. Consequentemente, com mais produtores no mercado, o valor de seus produtos ficaria mais competitivo e facilitaria o seu acesso à população de menor poder aquisitivo, além de promover alimentos mais saudáveis, orgânicos, a preços mais acessivos, alcançando outras classes de consumo (BUAINAIN; PIRES, 2003).

Assim, a reforma agrária pode ser o início de uma revisão de um processo produtivo que atualmente visa apenas a atender o mercado. Desse modo, “a reforma agrária propicia a produção de alimentos para um grupo de excluídos, que vivem à margem dos direitos humanos” (MANIGLIA, 2009, p. 208).

Além disso, a segurança alimentar da população estaria garantida, visto que se redistribuiriam as riquezas e seriam criados métodos alternativos de produção para melhor a qualidade de trabalho no campo e dos alimentos produzidos. A diversidade de alimentos também aumentaria e, vinculada a políticas públicas, seria garantida ao assentado a soberania alimentar em uma produção sem as pressões do mercado e voltada a sua comunidade local.

3.2 A SUPERAÇÃO DO AGRONEGÓCIO E AS VANTAGENS DA AGRICULTURA FAMILIAR

Segundo Burity *et al.* (2012), existem dois principais modelos de desenvolvimento rural atuais. O primeiro é o modelo agroexportador, baseado na monocultura, nas produções em larga escala, com pouca mão de obra, intensa mecanização, e com uso de agrotóxicos e sementes transgênicas. O segundo modelo é o da agricultura familiar, em pequenas propriedades e com uma produção diversificada, voltada ao mercado interno.

O modelo agroexportador, também conhecido como agronegócio, predominante no Brasil, possui raízes históricas. Desde a época da colonização, a divisão de terras e os modelos de produção eram baseados no latifúndio, na exportação e na mão de obra escrava. Com a implantação das capitanias hereditárias e sesmarias, durante o período colonial, houve uma concentração fundiária e uma expansão da monocultura por meio da cana de açúcar. A exploração da terra se concentrava em uma minoria e, “a posse e a propriedade da terra eram a fonte de poder político e econômico, e desde cedo, a elite rural impedia o acesso às terras devolutas aos imigrantes e aos negros” (BUAINAIN; PIRES, 2003, p. 3-4).

Ao decorrer da história, os grandes latifundiários continuaram e, com o advento da Revolução Verde, e o surgimento de novas tecnologias, como máquinas e insumos, a mão de obra rural foi reduzida. Assim, iniciou-se um processo de migração do campo para a cidade gerando problemas estruturais, como o ingresso das famílias ao mercado de trabalho. Todas essas dificuldades levaram muitos trabalhadores rurais à condição de miserabilidade.

Cabe ressaltar que essa produção em massa, ainda presente nas lavouras brasileiras, não tem finalidade de abastecer a população, pelo contrário, ela visa a suprir as necessidades dos mercados internacionais, ou seja, a exportação, baseada em *commodities,* e se concentra, em grande parte em soja, milho, algodão e cana de açúcar (CONSEA, 2010).

Assim, para produzir em larga escala é cada vez mais necessária a utilização de sementes transgênicas e agrotóxicos, além do emprego da tecnologia. Entretanto não existem comprovações científicas revelando qual a quantidade de agrotóxicos consumida é considerada nociva para a saúde humana. Dessa forma, embora a lei brasileira estabeleça limites quantitativos que uma pessoa pode consumir de agrotóxicos, esses padrões tornam-se duvidosos e insuficientes para dizer se uma pessoa irá se contaminar ou não (GREENPEACE, 2017).

Os resíduos de agrotóxicos não se restringem a alimentos *in natura,* também são encontrados em alimentos processados, em carnes e em leites de animais e na água (INCA, 2015). Outro problema de saúde gerado pelos agrotóxicos é a contaminação o leite materno, devido à facilidade que eles têm de se acumularem no corpo e de se disseminar no ambiente, trazendo agravos à saúde de recém-nascidos que se alimentam exclusivamente dele e, por isso, encontram-se em situação de vulnerabilidade (ABRASCO, 2015).

Na contramão desses estudos, segundo a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), o mercado de agrotóxicos no Brasil superou crescimento de 190% entre 2000 e 2010. Atualmente, a liberação de agrotóxicos no Brasil anda em descompasso se comparada às nações mais desenvolvidas. Um exemplo disso seria que de 50 agrotóxicos comercializados no Brasil, 22 são proibidos na União Europeia (ABRASCO, 2015).

Nesse contexto, aborda-se a questão da reforma agrária como uma das formas de efetivar o direito fundamental à alimentação adequada, visto que ela propõe por meio de uma redistribuição de terras e por meio de políticas de incentivo a agricultura familiar, e de produção de alimentos seguros – sem agrotóxicos ou transgênicos – por meio da agroecologia[171].

Estudos afirmam que, hoje, a agricultura familiar, apesar de ocupar um quarto das terras, se destina a alimentar grande parte do mercado interno brasileiro, sendo que ao comparar sua produção com a agricultura não familiar, ela supera a patronal ao analisar a produção por hectare. Entretanto, o acesso ao crédito do setor é estimado em apenas 20% (CONSEA, 2010). Nesse sentido, a reforma agrária, prevista na Constituição, ao ser efetivada, por meio da desapropriação, pode

[171] Agroecologia é tanto uma ciência quanto conjunto de práticas que visam à agroecossistemas sustentáveis, buscando maneiras de imitar os processos naturais por meio de técnicas desenvolvidas pelos próprios agricultores, através da reciclagem de nutrientes e de energia nas pequenas propriedades, diversificação de espécies e recursos genéticos e interações e produtividade no sistema agrícola como um todo e não apenas em espécies isoladas. Estudos comprovam que ela aumenta significativamente a produtividade, sem prejudicar a natureza. Ela também reduz a dependências dos pequenos agricultores a insumos externos e subsídios estatais, pois gera uma fertilização nas áreas agrícolas. Além disso, a agroecologia contribui para a geração de emprego e aumento de renda, visto que sua implementação necessita de cuidados específicos (BURITY *et al.,* 2012).

desenvolver-se associada a outras políticas para que o assentado seja incentivado a produzir e progredir.

Deste modo, pode-se perceber que a agricultura familiar favorece a concretização da segurança alimentar e nutricional bem como a soberania alimentar, além de melhorar a situação dos pequenos produtores, tanto na produção quanto na qualidade de vida. Além disso, esse modelo de produção contribui para uma melhora nas condições de trabalho, qualidade e preço do alimento que chega ao consumidor e um equilíbrio do ecossistema (SILVA, 2006).

3.3 O PAPEL DO ESTADO PARA EFETIVAR A REFORMA AGRÁRIA E CONCRETIZAR O DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

Além de se tornar direito fundamental no Brasil, o direito à alimentação adequada é matéria de muitos tratados internacionais nos quais o Brasil é signatário (VALENTE; BEURLEN, 2002). Contudo, sabe-se que sua positivação não é o bastante para que se garanta sua efetividade. É dever do Estado "respeitar, proteger, promover e prover o direito à alimentação" (FERRAZ, 2013, p.177). Nesse sentido:

> Art. 2º A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.
> § 1º A adoção dessas políticas e ações deverá levar em conta as dimensões ambientais, culturais, econômicas, regionais e sociais.
> § 2º É dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade (BRASIL. Lei 11.346, 2006).

Por outro lado, o Estado pode violar esse direito por omissão, quando não se programa para assegurar o direito, ou por violação por ação quando o Estado desrespeita o direito adotando medidas que o violem (FERRAZ, 2013).

Essas violações "decorrem da ausência de políticas públicas, do desrespeito ao cidadão, da miséria do povo, da exploração econômica, da corrupção dos políticos e do próprio desrespeito entre os membros da sociedade" (MANIGLIA, 2009, p. 77).

Por mais que o direito à alimentação seja considerado uma norma programática (norma de eficácia mediata), o Estado não pode se eximir de efetivá-la e nem alegar a teoria da reserva do possível, pois, considerando que esse direito é um direito social, ele deve ter um peso maior tanto nas medidas tomadas pelo Poder Executivo, quantos nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário[172] (PIMENTA, 2012).

[172]Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL. ARRESTO. PEDIDO DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. AQUISIÇÃO DE CESTAS BÁSICAS E PAGAMENTO DE ALUGUÉIS. ÍNDIOS. DIREITO À ALIMENTAÇÃO E À MORADIA. EXTREMA VULNERABILIDADE SÓCIO-ECONÔMICA DOS INTERESSADOS. URGÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRESENÇA DE INTERESSE PROCESSUAL. APELAÇÃO PROVIDA. REFORMA DA SENTENÇA QUE INDEFERIU LIMINARMENTE A PETIÇÃO INICIAL. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. Se os Tribunais Superiores, inclusive o STF, que exerce o mister de guardião mor da Constituição, autoriza o bloqueio de valores para assegurar o fornecimento de medicamentos ou tratamentos médicos "como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde", pela mesma razão se revela possível a adoção de medida no presente caso, em que se postula o cumprimento de obrigação, pela FUNAI, de entrega de cestas básicas e de pagamento de aluguéis aos apelantes. Os direitos à

Assim, é necessário que o Estado providencie condições para que seus habitantes tenham acesso à alimentação e nutrição e para isso não há como dissociar o meio rural dos direitos humanos e segurança alimentar (MANIGLIA, 2009). Todavia, esse processo precisa ocorrer de maneira sustentável, ou seja, levando em conta as dimensões ambiental, cultural, econômica, regional e social, previstas no parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei 11.346/2006 supracitado. Nesse contexto:

> Hoje, o desenvolvimento sustentável é uma propositura mundial que determina o somatório dos itens de produção, ambiente e preservação, a fim de que se garanta a geração futura. Para a sua efetivação, deve-se pensar em reconstruções de modelos aplicados a questão agrária. Novas alternativas devem ser elaboradas, e a reforma agrária ampla e participativa é condição *sine qua non* para sua manutenção. Todavia, políticas públicas devem acompanhar e propiciar que os modelos de agricultura familiar se concretizem, e a sociedade civil deve agir e discutir seu papel diante dessas mudanças (MANIGLIA, 2009, p. 99).

Por mais que, atualmente, existam políticas públicas de combate à fome, como o Bolsa Família e Fome Zero, essas não se sustentam a longo prazo e para que se garanta a segurança alimentar é fundamental que o problema se resolva em suas raízes. Sob esse prisma, a ideia de efetivação da reforma agrária pode melhorar o acesso à terra e, consequentemente, facilitar o acesso à uma alimentação de qualidade.

Para que a reforma agrária seja efetiva ela deve ser associada com alocação de recursos e infraestrutura para os novos pequenos produtores (BUAINAIN; PIRES, 2003). Contudo, o agronegócio trata o alimento como mera mercadoria e, recebe muitos incentivos do governo, desde créditos a isenções fiscais. Ao passo que a agricultura familiar fica às margens de um comércio que visa o mercado externo e não o abastecimento interno.

Destarte, é necessário que a função social da propriedade rural seja cumprida em todos os seus âmbitos e, quando não respeitada, que a desapropriação prevista no ordenamento brasileiro aconteça, para que haja uma democratização tanto de terras quanto de alimentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, pode-se inferir que o direito fundamental à alimentação adequada vem sendo construído em âmbito mundial e nacional e possui caráter essencial na concretização de outros direitos, garantindo uma vida digna quando efetivado.

O direito à alimentação adequada vai muito além de uma vida livre da fome, ele abrange todo o processo produtivo do alimento, para que ele seja saudável, seguro e culturalmente diverso. Ou seja, um alimento produzido de forma sustentável, com o pensamento nas gerações atual e futura.

Assim, para que esse direito seja compreendido de forma ampla e abrangente, surgem os conceitos de segurança e soberania alimentar. A segurança alimentar relaciona-se ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade. A soberania

alimentação e à moradia vinculam-se igualmente aos direitos à vida e à dignidade, revelando-se essenciais à sobrevivência digna dos cidadãos. São, portanto, tão fundamentais quanto o direito à saúde (PERNAMBUCO. Tribunal Regional Federal. 2010).

alimentar está relacionada à capacidade que as nações têm para promover a segurança alimentar e nutricional sem influências externas.

Diante das diversas violações encontradas frente a esse direito, ao longo do estudo, foi necessário entender o modelo atual de produção e verificou-se que, historicamente, ele sempre visou o lucro de uma minoria, que nem sempre se compromete com a mão de obra, com o meio ambiente e, consequentemente, com o alimento produzido.

As produções em larga escala precisam de uma grande quantidade de insumos agrícolas – agrotóxicos. Entretanto pesquisas expostas neste estudo e diversas outras, já comprovam as consequências do uso desenfreado dos agrotóxicos, principalmente. Além disso, esse tipo de produção não consegue produzir uma diversidade de alimentos, o que contradiz o bioma brasileiro que é amplamente rico em diversidade, logo, em qualidade nutricional. Assim, a população fica à margem de um mercado de alimentos limitado e com insegurança sobre os alimentos que chegam à sua mesa, se estes são seguros e saudáveis.

Visando à concretização desse direito, chegou-se à conclusão que modelos alternativos de produção são parte da solução desse problema, como a agricultura familiar. Desta forma, sob o prisma da Constituição Cidadã, que traz a função social da propriedade como princípio norteador no direito de propriedade, surge a ideia da reforma agrária como forma de redistribuição de terras, possibilitando que novos pequenos produtores ingressem no mercado e gerem sua própria subsistência, por meio da produção de alimentos saudáveis para a sua comunidade.

Diante de tudo o que se fala sobre a reforma agrária, ressalta-se que ela, por si só, não é eficaz. Diante das raízes históricas, condições econômicas e sociais, para que se gere desenvolvimento humano além de colocar o homem em uma terra produtiva, são necessárias políticas sustentáveis de incentivo e capacitação.

Desse modo, pode-se constatar que para que o direito fundamental à alimentação se concretize é necessário que o Estado assuma o papel de garantidor desse direito e promova ações para que ele não seja apenas um direito positivado no ordenamento, mas efetivado na mesa da população brasileira.

Por fim, após considerar os conceitos apresentados neste estudo, pode-se concluir que o direito fundamental à alimentação adequada é uma necessidade vital de todo ser humano e primordial para uma vida digna, e, por isso, nenhuma justificativa de ordem econômica ou política pode ser utilizada como argumento para sua negação. Diante disso, o direito fundamental à alimentação adequada deve ser tratado como prioridade pelo governo brasileiro, para que haja a concretização do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Mirella Dias, *et al.* A Flexibilização da legislação brasileira de agrotóxicos e os riscos à saúde humana: análise do Projeto de Lei nº 3.200/2015. **Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro**, v.33, n. 7, e00181016, Out. 2016. Disponível em http://cadernos.ensp.fiocruz.br/csp/artigo/165/a-flexibilizao-da-legislao-brasileira-de-agrotxicos-e-os-riscos-sade-humana-anlise-do-projeto-de-lei-n-32002015. Acesso em 24 fev. 2018.

ANDRADES, O. A.; GANIMI, R. N. Revolução verde e a apropriação capitalista. **CES Revista: periódico oficial do Centro de Ensino Superior de Juiz de Fora,** Juiz de

Fora, MG, v. 21, n.1, p. 73-56, 2007. Disponível em: https://www.cesjf.br/revistas/cesrevista/edicoes/2007/revolucao_verde.pdf. Acesso em 06 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - CONSEA. **A Segurança Alimentar e Nutricional e o Direito Humano à Alimentação Adequada no Brasil Realização** - Indicadores e Monitoramento - da Constituição de 1988 aos dias atuais. Brasília, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n. 4.504,** de 30 de novembro de 1964. Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm. Acesso em: 23 mar. 2018.

BRASIL. **Lei n. 11.346,** de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11346.htm. Acesso em: 28 ago. 2018.

BUAINAIN, Antônio Márcio; PIRES, Daniela**. Reflexões sobre Reforma Agrária e Questão Social no Brasil.** Disponível em: http://www.abda.com.br/texto/Antonio Buainain.pdf>. Acesso em 28 mar.2018.

BURITY, Valéria Torres Amaral. *et al.* **Direito Humano à Alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional.** Brasília, DF: ABRANDH, 2010. Disponível em: http://www.actuar-acd.org/uploads/5/6/8/7/5687387/dhaa_no_contexto_da_san.pdf. Acesso em: 17 set 2017.

BURITY, Valéria Torres Amaral. *et al*. Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional – Caisan. **A agroecologia e o direito humano à alimentação adequada**. 2012. Disponível em: http://biblioteca.consumoresponsavel.org.br/items/show/64>. Acesso em 19 jul 2018.

CARNEIRO, Fernando Ferreira, *et al* (org.). **Dossiê ABRASCO:** um alerta sobre os impactos dos agrotóxicos na saúde. Rio de Janeiro: EPSJV; São Paulo: Expressão Popular, 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade. **Revista CEJ**, América do Norte, v. 1. n. 3 (1997). Disponível em: http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/123. Acesso em 03 ago. 2018.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. DUDH. Disponível em: http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf. Acesso em: 22 set. 2017.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador".** 1988. Disponível

em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm. Acesso em: 11 jul 2018.

FERRAZ, Mariana de Araujo. **Direito à alimentação e sustentabilidade.** 2013. 189 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2013.

FRANÇA, Alexandra Beurlen de. **O Direito Humano à Alimentação adequada no Brasil.** 2004. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Faculdade de Direito do Recife, Recife, 2004.

GRAZIANO, Xico.; NAVARRO, Zander. Realidade agrária e ideologia. **Revista de Política Agrícola**, 21, ago. 2012. Disponível em: https://seer.sede.embrapa.br/index.php/RPA/article/view/102/76. Acesso em: 10 Abr. 2018.

GREENPEACE. **Segura este abacaxi:** os agrotóxicos que vão parar na sua mesa. São Paulo. Out. 2017. Disponível em: http://greenpeace.org.br/agricultura/segura-este-abacaxi.pdf. Acesso em: 26 fev. 2018.

INCA. **Posicionamento do Instituto Nacional de Câncer José de Alencar Gomes da Silva acerca dos agrotóxicos.** 2015. Disponível em: http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/comunicacao/posicionamento_do_inca_sobre_os_agrotoxicos_06_abr_15.pdf. Acesso em: 27 fev. 2018.

LEÃO, Marília Mendonça. *et al*. **O Direito Humano à Alimentação Adequada e o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional.** Brasília: ABRANDH, 2013. Disponível em: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/seguranca_alimentar/DHAA_SAN.pdf. Acesso em: 17 set. 2017.

MANIGLIA, Elisabete. **As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar.** São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. Disponível em http://www.culturaacademica.com.br/_img/arquivos/%7BD2C7C630-FC6B-4D66-8215-DFCB4ED68789%7D_Interfaces_do_direito_agrario-NOVA%20P4.pdf. Acesso em: 27 mar. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Procuradoria Federal dos Direitos Do Cidadão. **Comentário Geral nº 12** - CDESC/ONU. 1999. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/alimentacao-adequada/Comentario%20Geral%20No%2012.pdf/view. Acesso em: 29 mar 2018.

Núcleo de Estudos em Alimentação e Nutrição do Escolar do Paraná. NEAE. **Declaração Final do Fórum Mundial sobre Soberania Alimentar.** 2001. Disponível em: http://neaepr.blogspot.com/2010/01/conceito-de-soberania-alimenta.html. Acesso em 18 jul. 2018.

PAULSEN, Leandro; CAMINHA, Vivian Josete Pantaleão; RIOS, Roger Raupp. **Desapropriação e reforma agrária.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PERNAMBUCO. Tribunal Regional Federal. **APELAÇÃO CÍVEL. ARRESTO. PEDIDO DE BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. nº 200983020017756.**

Apelante: Amaro Luiz Espindola e outros. Apelado: FUNAI – Fundação Nacional do Índio. Rel.: Leonardo Resende. Julgamento: 27.05.2010. Disponível em: http://www4.trf5.jus.br/data/2011/01/200983020017756-01_20110127_3601955.pdf. Acesso em: 03 out. 2018.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. As normas constitucionais programáticas e a reserva do possível. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 49, n. 193, p. 7-20. Já./mar. 2012. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496554. Acesso em 03 out. 2018.

SILVA, José de Ribemar Sá. **Segurança Alimentar, produção agrícola familiar e assentamentos de reforma agrária no Maranhão.** Tese (Doutorado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2006.

SILVA, H. C.; NETO, J. C. G. O "Direito" dos Agrotóxicos e a Soberania Alimentar entre Saúde, Economia e Escolhas Políticas. **Prim@ Facie,** João Pessoa, v. 16, n. 31, p. 199-229, abr. 2017. Disponível em: http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/issue/viewIssue/1903/129. Acesso em: 22 fev. 2018.

TEPEDINO, Gustavo; SCREIBER, Anderson. A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos.** Campos dos Goytacazes. V.6, n. 6, p.101-119, jun. 2005. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/24705. Acesso em 28 ago. 2018.

VALENTE, Flávio Luiz Schiek Valente. *et al*. **Direito humano à alimentação:** desafios e conquistas. São Paulo: Cortez, 2002.

O COMÉRCIO INTERNACIONAL E O MEIO AMBIENTE NO CONTEXTO DE UM MUNDO GLOBALIZADO: O CASO *TUNA V. DOLPHIN* E AS DIFICULDADES DE IMPLEMENTAÇÃO DE UM COMÉRCIO SUSTENTÁVEL NO GATT E NA OMC

INTERNATIONAL TRADE AND THE ENVIRONMENT IN THE CONTEXT OF A GLOBALIZED WORLD: THE TUNA V. DOLPHIN CASE AND THE DIFFICULTIES OF IMPLEMENTATION OF SUSTAINABLE TRADE IN GATT AND THE OMC

Paulo José Leite Farias[173]
Leonardo Weber R. Araújo[174]
Recebido em: 08/10/2019
Aprovado em: 02/12/2019

RESUMO: A análise da correlação entre os sistemas econômicos e as diferentes dimensões de direitos fundamentais permite compreender que ambos se vinculam a circunstâncias históricas comuns, interagindo reciprocamente. Emerge, nesse contexto, de maneira bastante significativa, a referência ao meio ambiente, que evidencia, assim, as mútuas influências existentes entre o Direito e a Economia. A salvaguarda ambiental, que acaba por exigir maior regulação em certos campos, pode se contrapor aos conceitos tradicionais de propriedade e de atividade econômica, sobretudo aos parâmetros prevalecentes em um sistema neoliberal típico. Constata-se, destarte, a partir da apreciação de controvérsias comerciais em âmbito multilateral, como, por exemplo, a que envolveu o conhecido caso *Tuna v. Dolphin*, (GATT) que o direito internacional deve exercer o papel fundamental de fomentar e instrumentalizar mecanismos de desenvolvimento equilibrado, fixando, em uma realidade globalizada, sólidas diretrizes éticas, de maneira a garantir a consolidação de avanços que possam ser considerados efetivamente sustentáveis.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento sustentável. Comércio internacional. Atividade econômica. GATT/OMC. Jurisprudência. Proteção ambiental.

ABSTRACT: The analysis of the relationship between economical systems and the different dimensions of fundamental rights enables us to understand that both are bound to common historical circumstances, interacting mutually. In that context, the reference to the environment arises in a very significant way and highlights the mutual influence that exists between Right and Economy. The environmental safeguard, which requires more regulation in certain areas, may oppose the traditional concepts of property and of economic activities, especially in the parameters prevailing in a typical liberal system. It´s possible to verify, based on the analysis of trade disputes under multilateral framework, as, for example, the one involving the well-known Tuna v. Dolphin (GATT) case, that the international right must carry out the fundamental role of fomenting and providing mechanisms of balanced development, establishing, in a globalized reality, strong ethic guidelines in order to guarantee the consolidation of progress considered effectively sustainable.

[173] Doutor em Direito pela UFPE. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília. Promotor de Justiça de Defesa do Meio Ambiente no DF. Professor do IESB.

[174] Mestrando em Direitos Sociais pelo IESB. Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Santa Catarina. Assessor-Chefe na Procuradoria-Geral da República. Professor do IESB.

KEYWORDS: Sustainable development. International trade. Economic activity. GATT/WTO. Jurisprudence. Environmental protection.

INTRODUÇÃO

O aumento cada vez maior de controvérsias comerciais em âmbito multilateral revela a importância de se examinar o teor das limitações ao exercício da atividade econômica, o que, a toda evidência, deve ter como ponto de partida as diferentes compreensões acerca dos direitos fundamentais, com ênfase para aqueles considerados de terceira dimensão. Exemplo marcante, quanto ao tema, a ser analisado no presente artigo, envolve a decisão do painel do antigo GATT (Acordo Geral sobre Aduanas e Comércio) no conhecido caso atum/golfinho, que até hoje repercute, no qual o embargo americano à pesca de atum mexicano ocorreu em razão de norma protetiva ambiental interna. O GATT, embrião da atual OMC (Organização Mundial do Comércio), entretanto, entendeu, na ocasião, que legislações que "prejudicam práticas imparciais de comércio", como a norma ambiental norte-americana que protegia os mamíferos aquáticos, não poderiam ser invocadas em situações daquela natureza.

Examinando tal questão a partir de nossas previsões constitucionais, já vigentes à época do citado julgamento, pode-se concluir que o que previsto na CF/88 em relação à ordem econômica e à proteção ao meio ambiente poderia servir de modelo para a regulação do processo econômico em nível mundial em casos como o mencionado.

Destaca-se, nesse aspecto, a grande relevância da diretriz prevista no art. 170 da Constituição de 1988, verbis:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
> (…)
> III - função social da propriedade;
> (…)
> VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;[175]

Percebe-se, assim, a imposição de que as atividades e processos econômicos conformem-se à proteção ao meio ambiente e de que os direitos ambientais, no cotidiano das relações comerciais, ganhem maior efetividade.

Para tanto, parece relevante, em um primeiro momento, observar a correlação entre os sistemas econômicos e as diferentes dimensões dos direitos fundamentais, especialmente a íntima relação histórica entre Direito e Economia.

Ao abordar as distintas maneiras de se compreender a necessidade de crescimento econômico, Amartya Sen, filósofo e economista ganhador do Prêmio Nobel de Economia já destacava, em 1998, que (...) uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza, do crescimento do Produto Nacional Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda.[176]

Ainda sobre essas diferentes formas de se observar o binômio meio ambiente e crescimento econômico, Marcelo Varella bem esclarece:

---

175 BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm>. Acesso em: 23 jul. 2018.

176 SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Lucas Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 28.

> A utilização de um conteúdo determinado tem relação direta com a lógica trabalhada em cada instituição. Na lógica liberal, o desenvolvimento é sobretudo ligado ao volume de trocas e ao crescimento do Produto Nacional Bruto. Quanto mais existe comércio ou mais o PIB aumenta, mais há desenvolvimento. Em uma lógica mais política e social, o desenvolvimento é medido pela expansão de liberdades, como acesso à saúde e à educação, à proteção do meio ambiente e à democracia.[177]

Diante de tais variantes conceituais, não há como olvidar o relevante papel a ser desempenhado pelos Poderes Judiciários nacionais e pelos órgãos internacionais competentes no sentido de harmonizar as ideias de propriedade (e sua função socioambiental) e de atividade econômica (processos de elaboração de produtos e prestação de serviços) com a de proteção ao meio ambiente.

Impõe-se, portanto, que o desenvolvimento sustentável seja percebido como diretriz ética a balizar as atividades econômicas no país e no mundo, observadas as características dos direitos fundamentais de terceira dimensão, a seguir abordadas.

1. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE TERCEIRA DIMENSÃO

A concepção moderna de desenvolvimento costuma referir-se à ordem econômica de forma mais ampla de como outrora, vinculando-a e/ou limitando-a, de maneira indelével, à proteção dos direitos fundamentais. Exatamente por tal razão, Ignacy Sachs[178] indica que igualdade, equidade e solidariedade devem estar subentendidas no conceito atual de desenvolvimento, demarcando os instrumentos pelos quais se viabilizará o crescimento econômico.

Os direitos fundamentais estão marcados por autêntico dever, não obstante atrelados ao núcleo unificador de proteção da dignidade da pessoa humana. Desde que as Constituições modernas passaram a positivar os direitos humanos, podem ser identificadas diversas transformações, tanto no que se refere ao conteúdo, quanto no que concerne à titularidade e à efetivação. Com relação ao conteúdo, os direitos fundamentais de terceira dimensão centram-se no fato de os homens estarem ligados entre si. Nesse aspecto, surge a noção de titularidade coletiva. A figura do homem-indivíduo fica em segundo plano, ressaltando-se a humanidade (homens vistos como um todo).

As compreensões de fraternidade e de solidariedade ganham um especial contorno intergeracional e, justamente por conta de sua perspectiva coletiva e difusa, trazem como diferencial, segundo ensina Ingo Sarlet, "o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação)[179].

Não é por outra razão que a doutrina qualifica dos direitos de terceira dimensão como direitos dos povos. Tal classe de direitos tem por destinatário, mais do que o indivíduo, um grupo ou determinado Estado, alcançando o próprio gênero humano, em uma concepção que abrange, dentre outros, o direito ao desenvolvimento, o direito à autodeterminação e o direito à participação no patrimônio da humanidade. Localizam-se nessa classificação, portanto, simultaneamente, o direito ao meio ambiente e o direito ao progresso, ambos direitos dos povos.[180]

---

177 VARELLA, Marcelo Dias. *Direito internacional econômico ambiental.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.40.

178 SACHS, Ignacy. *Desenvolvimento includente, sustentável e sustentado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2006, p.14.

179 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 48.

180 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 516 a 524: "Em termos apertados, os direitos de primeira geração relacionam-se com o liberalismo e correspondem aos direitos de liberdade, aos direitos individuais, aos direitos negativos; a segunda geração de direitos relaciona-se com a

Exatamente a partir de tal ponto de vista, SARLET elucida:

> A nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção. A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à Nação (direitos à autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais. Compreende-se, portanto, por que os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.[181]

Trata-se, como visto, de direitos transindividuais, que, assim, não pertencem a uma pessoa determinada[182], nem a um grupo claramente delimitado, como ocorre, por exemplo, com os trabalhadores, que são titulares de direitos coletivos. Representam direitos difundidos por toda a sociedade, como o direito ao ar puro. Direitos que, não sendo, isoladamente, de um único indivíduo, são de todos, de uma pluralidade de sujeitos.

Também nessa perspectiva, Celso Lafer destaca a titularidade coletiva como principal elemento diferenciador dessa dimensão de direitos, *verbis:*

> Os direitos reconhecidos como do homem na sua singularidade - sejam eles os de primeira ou de segunda geração - têm titularidade inequívoca: o indivíduo. Entretanto, na passagem de uma titularidade individual para uma coletiva, que caracteriza os direitos de terceira e quarta geração, podem surgir dilemas no relacionamento entre o indivíduo e a coletividade que exacerbam a contradição, ao invés de afirmar a complementaridade do todo e da parte. Estes dilemas provêm, em primeiro lugar, da multiplicidade infinita dos grupos que podem sobrepor-se uns aos outros, o que traz uma difusa e potencial imprecisão em matéria de titularidade coletiva - basta pensar na criança, na família, na mulher, nos trabalhadores, nas minorias étnicas, religiosas, linguísticas e sexuais. [183]

Já para Ricardo Lobo Torres, tais direitos podem ser igualmente caracterizados pelo fato de possuírem tanto um *status negativus* como um *status positivus*.[184] Essa é outra característica própria dos direitos de terceira dimensão. Em determinado momento, exigem um não agir estatal (*status negativus*) e, em outros, condutas estatais positivas (*status positivus*).

---

social-democracia do fim do século XIX, correspondendo aos direitos sociais, econômicos e culturais; direitos a prestações do Estado, direitos à igualdade social e direitos positivos; a terceira geração de direitos surge a partir da consciência de um mundo partido entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, que exige a fraternidade, para a proteção do gênero humano, correspondendo ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à paz, ao patrimônio comum da humanidade".

181 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 49.

182 Como afirma JORGE MIRANDA: "Não pode dizer-se que quem quer que seja possua um único, genérico e indiscriminado direito à proteção do patrimônio monumental, ou ao controle da poluição ou da erosão, ou à salubridade pública, ou a uma rede de transportes etc." (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, volume IV, Coimbra: Coimbra, 1993, p. 66).

183 LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 132.

184 TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos. In*: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 297.

Como indicava Norberto Bobbio, por estarem na fronteira mais próxima de novos direitos, há ainda certa dificuldade de bem caracterizá-los. Na falta de elementos conceituais seguros que permitissem formular uma teoria adequada para sua compreensão, o jusfilósofo italiano evitava definir esses direitos:

> Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender o de que efetivamente se trata. O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver em ambiente não poluído. [185]

Associam-se, também, aos direitos de terceira dimensão, novas facetas da proteção à vida, que se originam do processo de descolonização do segundo pós-guerra, bem como de seus efeitos sociopolíticos, do sentimento crônico de beligerância e, por fim, já no final do século XX e início do século XXI, dos impactos de uma sociedade cujos hábitos encontram-se cada vez mais influenciados pela tecnologia.[186]

Mafra Leal busca distinguir tais direitos, de conteúdo não patrimonial, por meio do termo "qualidade de vida", o que, comparativamente, afastá-los-ia dos direitos sociais, pois "Os conteúdos dos direitos difusos não garantem propriedade ou liberdade econômica, nem implicam mitigação de desigualdades nesse campo." [187]

Apesar da colocação inicial de Mafra Leal, de que tais direitos têm conteúdo não patrimonial, o próprio autor reconhece que há um envolvimento desses direitos com o elemento econômico na tentativa de sacrificar vantagens econômicas imediatistas, *verbis*:

> Assim, o conteúdo dos direitos difusos é de duas ordens:
> I) o direito à vida no seu aspecto qualitativo ou, sinteticamente, de um direito à qualidade de vida, expresso no sacrifício de vantagens econômicas imediatistas em nome da preservação de determinados valores, tais como o ambiente natural, espaços culturais (históricos, estéticos, etc), disponíveis para essas e futuras gerações, e
> II) o direito à integração social mediante o devido reconhecimento jurídico e político, referindo-se, a titularidade, a grupos de indivíduos dispersos ou organizados, unidos por alguma circunstância fática ou por afinidades étnicas, sociais, de gênero ou origem, entre outras, que reivindicam tratamento digno por parte da lei, ainda que isto signifique a afirmação de uma identidade especial não assimilável ao valor de igualdade universal.[188]

Nesse contexto, os ganhos econômicos deverão ser equacionados a fatores como a função social da propriedade, com especial destaque para a preservação ambiental.

Outro aspecto relevante desses direitos relaciona-se à noção de solidariedade entre as gerações. Direitos dos povos como o direito à paz, ao desenvolvimento e ao meio ambiente sadio afetam não só a população presente, mas também as gerações futuras. Possuem, pois, dimensão temporal que os torna ainda mais "anônimos" quanto às suas titularidades.

Direcionam-se, tais direitos, para os que ainda não nasceram, criando um liame entre seres humanos que transcende o tempo de suas existências. Nesse conceito, encontram-se as ideias de desenvolvimento sustentável e de meio ambiente, que necessitam permear a ordem econômica global. [189]

---

185 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6.

186 SARLET, Ingo Wolfgang. Op.cit., p. 49.

187 MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 103.

188 *Ibidem*. p. 104-105.

189 Ainda sobre desenvolvimento sustentável, conferir o conhecido *Relatório Brundtland* (1987), também intitulado *Our common future*. RELATÓRIO BRUNDTLAND. *Report of the World Commission on Environment and*

Irretocáveis, nesse sentido, as colocações de Varella, correlacionando sustentabilidade, desenvolvimento e liberdade das futuras gerações:

> A proteção do meio ambiente tornou-se elemento fundamental desde o processo de desenvolvimento. **Considera-se que toda forma de crescimento não-sustentável contribui para a redução das liberdades das gerações futuras e, portanto, é naturalmente oposto ao conceito de desenvolvimento, que prevê a expansão destas liberdades.** Segundo o conceito, não pode haver desenvolvimento que seja não-sustentável e, assim, nenhuma forma de crescimento não sustentável pode ser considerada desenvolvimento.[190] [Destaques não originais]

Em outras palavras, a compreensão da transindividualidade presente na proteção das gerações atuais e futuras distingue essa dimensão de direitos fundamentais e o conceito de desenvolvimento sustentável.

Quanto ao tema, o subsídio legal, corporificado na Lei 7.347/1985, alicerça outros caracteres de cunho material com reflexos processuais, bem resumidos na visão de Benjamin:

> 1.“a transindividualidade real ou essencial ampla”, quando o número de pessoas ultrapassa a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, para levá-la a uma dimensão coletiva. Outrossim; esta transindividualidade real significa dizer que a pluralidade de sujeitos chega ao ponto de se confundir, muitas vezes, com a comunidade;
> 2. “a indeterminabilidade de seus sujeitos”, isto é, as pessoas envolvidas são substancialmente anônimas;
> 3. “a indivisibilidade ampla”, ou seja, uma espécie de comunhão, tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica a satisfação de todos; assim como a lesão da inteira coletividade;
> 4. “a indisponibilidade no campo relacional jurídico”, por não dispor de titulares determináveis, apresenta dificuldades em transigir de seu objeto no campo jurídico relacional;
> 5. “ressarcibilidade indireta”, quando não houver a reparabilidade direta aos sujeitos individualmente considerados, (levando em conta o caráter "anônimo" dos sujeitos) e, sim, ao fundo, para recuperação dos bens lesados.[191]

Em resumo, os direitos fundamentais de terceira geração podem ser identificados a partir de quatro palavras-chave, a saber: homem-humanidade, titularidade-coletiva, qualidade de vida e existência-transgeracional. O termo homem-humanidade ressalta a solidariedade mundial dos direitos de terceira geração, destacando o 'homem' como parte de um todo (a humanidade); a titularidade-coletiva sublinha que, “sendo de todos, não é de ninguém particularmente”; a qualidade de vida vislumbra aspirações humanas que transcendem a existência mínima de subsistência e projetam o homem na infinita espiral de melhoria de seu padrão de existência e, por fim, a existência-transgeracional mostra-se revolucionária para a ciência jurídica, ao permitir a titularidade de seres ainda nem concebidos (que não são ‘pessoas’ juridicamente falando, em dimensão temporal-prospectiva). Essas expressões ajudam a compreender o conceito de sustentabilidade que deve caracterizar a atividade econômica realizada em nosso planeta.

2 O FENÔMENO ECONÔMICO E A SALVAGUARDA AO MEIO AMBIENTE.

Development: our common future, 1987. Disponível em: http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm. Acesso em: 04 ago. 2018.

190 VARELLA, Marcelo Dias. Direito internacional econômico ambiental. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 43.

191 BENJAMIN, Antônio Herman V. *A insurreição da aldeia global versus o processo civil clássico*. In *Textos*: ambiente e consumidor. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. v.1, p. 70-151,1996, p. 92 a 96.

Não há dúvidas de que os fenômenos econômicos e a proteção dos direitos fundamentais vinculam-se a situações comuns, influenciando-se reciprocamente ao longo da história da humanidade. Aristóteles, aliás, já no século IV a.C., mencionava que a Ética, a Economia e a Política tinham como objetivo comum a busca da felicidade do indivíduo.[192]

2.1 O Estado Liberal clássico e o contraponto realizado por Keynes.

Como se sabe, as revoluções burguesas propiciaram superação do paradigma absolutista e a emergência do Estado Liberal, cuja preocupação maior era propiciar àqueles que ascendiam economicamente (os burgueses) ampla liberdade para o exercício de suas atividades, sem ameaça ou restrição imposta por qualquer outro poder. Os liberais clássicos pregavam o respeito aos direitos individuais, sendo que, quanto ao mercado, este deveria regular-se por si só.

Quanto ao tema, Macridis[193], cientista político turco, ensina-nos, *verbis*:

> O indivíduo - suas experiências e seus interesses - é o conceito básico associado à origem e crescimento do liberalismo e das sociedades liberais. O conhecimento e a verdade derivam do raciocínio do indivíduo que, por sua vez, é formado pelas associações que os seus sentidos fazem a respeito do mundo exterior, pela experiência (...)
> O liberalismo é uma ética individualista pura e simples. Nas suas fases iniciais, o individualismo se expressa em termos de direitos naturais: liberdade e igualdade. Ele está embebido no pensamento moral e religioso, mas já aparecem os primeiros sinais de uma psicologia que considera os interesses materiais e a sua satisfação como importantes na motivação do indivíduo. Em sua segunda fase, o liberalismo se baseia numa teoria psicológica segundo a qual a realização do interesse é a principal força que motiva os indivíduos[194].

Nesse sentido, exaltava-se o individualismo e as liberdades individuais como valores básicos a serem defendidos e como forma de desafio e limite ao poder político do Estado.

Avançando na linha do tempo, Fábio Nusdeo assim sintetiza as doutrinas econômicas prevalecentes nos últimos séculos:

> Durante século e meio aproximadamente, predominou a doutrina liberal-utilitarista, muito embora nos últimos 50 anos sob forte assédio do socialismo coletivista. Entre os anos 20 e 30, ganha terreno a chamada social-democracia ou intervencionismo, no mundo ocidental, enquanto na Europa oriental e em algumas nações asiáticas ensaiava-se o regime de índole coletivista-estatal. Já a última década do século assiste a um refluir das soluções socializantes de diversas vertentes, com o remontar da maré liberalista, voltada a conter o Estado dentro de limites mais

192 "Uma vez que a ciência política usa as ciências restantes e, mais ainda, legisla sobre o que devemos fazer e sobre aquilo de que devemos abster-nos, a finalidade desta ciência inclui necessariamente a finalidade das outras, e então esta finalidade deve ser o bem do homem" (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1992, p. 18).

193 No prefácio da obra *Ideologias Políticas Contemporâneas*, trad. de Luís Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura, Brasília: Universidade Brasília, l982, p. 13, Roy C. MACRIDIS assinala que "as ideologias moldam as nossas motivações, as nossas atitudes e os regimes políticos sob os quais vivemos. Elas dão formas a nossos valores". Assim, este autor ressalta algo importantíssimo que se procura demonstrar neste trabalho, qual seja a íntima relação entre "as ideologias" e os valores a serem por ela alcançados, seja na expressão da forma de Estado (unitário e federado), seja na expressão de ideologias políticas como o liberalismo.

194 MACRIDIS, Roy C. *Ideologias políticas contemporâneas*, trad. de Luís Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura, Brasília: Universidade Brasília, l982. p. 37.

> acanhados, ao que se tem chamado de Estado mínimo. **Privatização e desregulamentação têm-se constituído em balizas fundamentais no plano interno, com a globalização, querendo significar a livre circulação internacional de produtos e fatores, a complementá-las no plano internacional**.[195] [destaques não originais.].

Podem ser claramente visualizados, pois, no plano econômico, dois sistemas que se contrapõem ao liberalismo com diferentes graus de intervenção estatal: o intervencionismo em sentido estrito (economia de mercado com ajustes) e o socialismo (economia em que o Estado é o proprietário exclusivo dos meios de produção).

Ao Estado Social, promotor do bem-estar, correlacionam-se os sistemas econômicos intervencionistas, enquanto que ao Estado Liberal, não intervencionista, correlaciona-se o sistema econômico liberal. No período liberal, as poucas intervenções diretas dos Estados na produção de bens e de serviços restringiam-se aos investimentos em infraestrutura.[196]

Ainda na década de 1930, Keynes, identificando que as meras leis de mercado poderiam ocasionar consideráveis efeitos negativos nos campos social e econômico, contesta a literatura liberal clássica e lança a teoria revolucionária do déficit sistemático das contas públicas como mecanismo de estímulo à atividade econômica em períodos recessivos.[197]

Conforme assinala Fábio Nusdeo, Keynes ilustrava sua ideia com exemplo aparentemente irracional:

> (...) se o governo numa época de depressão contratar duas equipes de operários, incumbindo a primeira de abrir buracos e a segunda de fechá-los, isto parecerá inócuo e absurdo sob o ponto de vista físico, mas terá um sentido altamente salutar sob o ponto de vista econômico (macroeconômico). Por quê? Pela simples razão de tanto os trabalhadores do primeiro grupo, quanto os do segundo passarem a receber algum salário a ser gasto em compras. Estas, por sua vez, estimularão o comércio, que voltará a colocar encomendas junto à indústria, a qual contratará empregado (ou deixará de despedi-los) para atendê-las e, ainda, comprará matérias-primas a serem transportadas e assim, sucessivamente, as engrenagens da produção e do emprego irão se reativando.[198]

Percebe-se que Keynes visualizou que o mercado, em sua concepção pura, pode proporcionar momentos perigosos de desajuste para o próprio sistema econômico e social, especialmente em relação ao desemprego ou ao "subemprego" e aos efeitos deles decorrentes. A ação estatal de combate à recessão significou a intervenção do Estado na economia, com ênfase, em primeiro momento, na função de Estado-produtor e, também, na de agente regulador (por exemplo: na edição de legislação social garantidora dos direitos trabalhistas e previdenciários). Nesse contexto, os direitos de segunda geração podem ser vistos como reflexo da intervenção estatal na economia. De igual sorte, os direitos de terceira geração, já vistos, destacam a importância do Estado regulador e presente na moldura do fenômeno econômico.

---

195 NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 208-209.

196 SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito Econômico*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 165.

197 Sobre o tema, vide: CARVALHO, Fernando J. Cardim de. Keynes e o Brasil. Economia e Sociedade, Campinas, v. 17, Número especial, p. 569-574, dez. 2008; e CARVALHO, Fernando J. Cardim de. O retorno de Keynes. Novos Estudos CEBRAP, vol. 83, p. 91-101, mar. 2009. Acessados em 20 jul. 2018.

198 NUSDEO, Fábio. op. cit., p. 142.

2.2 A teoria da vantagem comparativa e a mitigação da proteção estatal ao meio ambiente.

Na visão integradora finalística de Aristóteles, os fenômenos da ética individual (condutas do indivíduo na busca da felicidade), da economia (conduta do administrador para a felicidade da família) e da política (conduta do Estado para a felicidade dos cidadãos da *polis*) devem ser vistos como disciplinas voltadas para um mesmo objetivo: a felicidade do individual e do coletivo, embora possuam diferentes campos de atuação. Na Economia Doméstica, etimologicamente administração (*nomos*) da casa (*oikos*), Aristóteles trata da ética do indivíduo na família. No Livro Primeiro de tal obra, Aristóteles irá mostrar as semelhanças do Governo de uma casa e do Governo Estatal de uma nação, indicando que os responsáveis pela família devem ter cuidado com a propriedade no sentido de conservá-la.[199]

Elucidando a extraordinária visão aristotélica, Lisboa assim pontua:

> O filósofo, ao preservar o significado de *oikonomos*, distinguindo-o do ramo crematístico voltado para o máximo de ganância individual, mas integrando-o com a crematística natural, compreendeu a riqueza, o mercado e as finanças servindo aos interesses maiores da sociedade, e não dominando-a. Ao não depreciar a importância dos negócios e da motivação material, base do poder da polis, não resvalou para uma nostalgia sentimental, visando restabelecer o primigênio circuito da reciprocidade e dádiva; nem para uma postura idílica e etérea fixada metafisicamente; muito menos incidiu num fácil e radical maniqueísmo, condenatório dos intercâmbios monetizados. Apresentou, sim, uma visão global e complexa do fenômeno econômico que em parte era hegemônica e se encarnava no rico e poderoso mundo grego de então, respondendo aos seus dilemas e tensões.
> **Na medida em que regeu o campo econômico por princípios de moderação, proporcionalidade, equilíbrio, autarquia e suficiência, rompendo com a lógica da exploração máxima da natureza e dos recursos, a grande contribuição de Aristóteles ao mesmo deriva do fato de ter construído seu conceito de economia como ação/política do "cuidar", como a ciência que busca o melhor uso das riquezas destinadas a manutenção e aperfeiçoamento da vida social.** Traduzi-lo como "cuidado da casa" (e da vida) permite apreendê-lo mais corretamente, pois capta que não estava circunscrito simplesmente aos objetos, mas sim envolvido com conotações de responsabilidade, vínculo e trato do que é comum, além de sobre determinado pela política. Ou seja, uma visão que não reduz o econômico ao econômico, pois o encara regulado por aspectos extra-econômicos, dotando-o de um sentido substantivo.
> Esta percepção transcende em muito a conhecida concepção do *oikonomos*/economia como mera "gestão", até porque abrange também considerações éticas e estéticas que este filósofo sempre manteve como pano de fundo[200]. [Destaques não originais]

De outro giro, não se pode entender as relações econômicas internacionais sem se ter como referência a questão da competitividade, já que essa resulta do natural processo de concorrência entre as grandes companhias exportadoras, cada uma em seus respectivos mercados de atuação.

Há cerca de duzentos anos, David Ricardo formulou as bases do pensamento do comércio internacional moderno. Considera-se que a maior contribuição do economista e político britânico foi a elaboração da teoria da vantagem comparativa, segundo a qual todas as Nações poderiam ser favorecidas pelo comércio internacional, na medida em que teriam a

199 ARISTÓTELES. *Obras*. Tradução de Francisco de P. Samaranch. Madrid: Aguilar, 1973. p. 1377, 1381.

200 LISBOA, Armando de Melo. *Economia política aristotélica: cuidando da casa, cuidando do comum.* Cadernos IHU Ideias, Rio Grande do Sul, v. 15, n. 265, 2017. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/ images/stories/cadernos/ideias/265cadernosihuideias.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2018.

habilidade de ter uma vantagem comparativa em relação às outras por produzir, com menor custo, determinados bens.[201]

O comércio internacional, após longo período de retração, devido às duas guerras mundiais e o *crash* de 1929, inicia fase de rápida expansão, impulsionada pelo crescimento da renda mundial e pela liberalização comercial negociada no nível do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio).[202]

Ao longo desse período, o crescimento do comércio mundial suplantou o crescimento da renda mundial, indicando que os países estão, crescentemente, especializando-se, internacionalmente, e utilizando o mercado mundial para aumentar o nível de bem-estar e de crescimento econômico. Isso não significa que o protecionismo tenha se reduzido. Particularmente a partir da década de 1970, com o aumento da participação dos países em desenvolvimento no comércio internacional, os países ricos passaram a utilizar intensamente as restrições não tarifárias (BNTs) para proteger suas indústrias da concorrência com os países emergentes. Intensificou-se a utilização do que se convencionou denominar 'neoprotecionismo', ou seja, de quotas ou contingenciamentos de importação, de normas técnicas (fitossanitárias, de qualidade, de meio ambiente e de condições de trabalho), de restrições voluntárias à exportação e de leis comerciais para coibir a entrada de produtos importados.

De toda forma, o rápido processo de globalização da economia mundial acarreta necessidade de compreensão do conceito de competitividade, que pode ser inferido como a capacidade de uma empresa formular e programar estratégias concorrenciais que lhe permitam ampliar ou conservar, de forma duradoura, uma posição sustentável no mercado.[203]

Enquanto no âmbito empresarial a competitividade é caracterizada pela participação crescente no mercado de uma empresa às custas de outras, a competitividade no nível das nações (e, consequentemente, das regiões) mede-se por outros fatores.

Pelo primeiro referencial, a competitividade dependeria da criação e da renovação das vantagens comparativas[204] por parte das empresas, em consonância com os padrões de concorrência vigentes, idiossincráticos de cada setor da estrutura produtiva, valorizando sempre a internacionalização da economia nacional.

Outra mudança importante do mercado mundial é a representada pelo aumento da participação das multinacionais na produção e no comércio internacional. Estima-se que pelo menos um terço da produção mundial seja controlada pelas multinacionais, sendo que, há décadas, essas entidades têm transferido parcelas crescentes da produção para os países

---

201 Ricardo é autor da conhecida "Teoria das Vantagens Comparativas", que demonstra serem vantajosas as trocas internacionais, mesmo numa situação em que determinado país tivesse maior produtividade que outro na produção de todas as mercadorias" (FEIJÓ, Ricardo. *História do pensamento econômico: de Lao Tse a Roberto Lucas.* São Paulo: Atlas, 2001, p. 176).

202 Com o fim da segunda guerra mundial, os Estados Unidos, consolidando sua liderança dentre os países capitalistas, realizaram a Conferência Monetária e Financeira Internacional das Nações Unidas em *Bretton Woods*, no Estado de *New Hampshire*, com a finalidade de estruturar a ordem econômica internacional a vigorar no pós-guerra. Três entes foram criados, na ocasião, com a finalidade de implantar a nova ordem econômica internacional e dar-lhe sustentação e viabilidade: o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Internacional de Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT). Ao GATT, efetivamente criado em 1947, foi atribuída a responsabilidade de estabelecer as normas de controle do comércio mundial de mercadorias, com a função precípua de zelar pelo equitativo comércio entre as nações. Já no final do século passado, depois de vários anos de árduas negociações, chegou-se a decisão de extinguir o GATT e substituí-lo, em 1995, a partir do Tratado de Marrakech, pela Organização Mundial de Comércio (OMC).

203 "[...] O corpo predominante do pensamento econômico no século XX veio a definir a competição, não como uma atividade, mas como um estado de coisas existentes em um mercado idealizado - o modelo da concorrência perfeita" (BOETTKE, 1996, p. 106).

204 "A teoria das vantagens comparativas fornece uma explicação para as trocas internacionais. Segundo ela, os diversos povos tendem a se especializar na produção daqueles bens e serviços para os quais são melhor dotados em relação aos demais, não devendo, pois produzir internamente produtos outros" (NUSDEO, Fábio. op. cit., p. 324).

emergentes. O baixo custo da mão de obra, as perspectivas de crescimento do mercado interno e o acesso a recursos naturais têm transformado esses países em atores cada vez mais importantes no cenário mundial. A internacionalização do comércio, das finanças e da produção é o fenômeno que hoje se conhece como globalização da economia mundial. Tal fenômeno deveria, paralelamente, possibilitar e ampliar a visão planetária, viabilizando a proteção do meio ambiente como um valor do homem-humanidade.

Por outro lado, decisões sobre o uso dos recursos naturais e seus impactos sobre o ambiente são determinantes básicos para o maior ou menor custo de produção do país e o consequente interesse em atrair investimentos internacionais.

3 AS DISPUTAS COMERCIAIS EM UM MUNDO GLOBALIZADO: A HERCÚLEA TAREFA DE PRIORIZAR LEGISLAÇÕES AMBIENTAIS.

As decisões do mercado sobre o uso de recursos naturais, especialmente quando não internalizam o custo ambiental, acabam revelando distorções, já que frequentemente defrontam-se com a questão do *dumping* ecológico, assim considerada a vantagem comparativa reprovável.

Como expressão do jogo das forças inerente a tais decisões, pode-se visualizar a forte pressão exógena sofrida pelos Estados para uma homogeneização que tenha por base normas ambientais frágeis ou menos protetivas.

Tal fato demonstra o reflexo deletério que o fenômeno da globalização pode gerar para a proteção ambiental. Exemplos de disputas comerciais *versus* ambientais, levadas a organismos internacionais, bem ilustram essa questão.

3.1 O Artigo XX do GATT e sua hermenêutica

Sabe-se que a diretriz básica adotada pelo GATT e pela Organização Mundial do Comércio - OMC, que inspirou, desde *Bretton Wood* (vide nota 28), a própria existência de tais órgãos, refere-se ao acesso equitativo aos mercados e à não discriminação, ambos previstos no art. III, parágrafo 4 do GATT[205]. Em outras palavras, produtos estrangeiros que entrem em determinado país devem ser submetidos, como regra, a parâmetros similares aos de origem interna.

Excepcionalmente, o artigo XX e seus respectivos parágrafos são invocados com o propósito de se avaliar a aplicabilidade da não discriminação e, se for o caso, contrabalançar tal premissa diante de aspectos que se mostrem relevantes.

Destacam-se de tal comando as seguintes alíneas:

> **Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada**, entre os países onde existem as mesmas condições, **quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será**

[205] ARTIGO III Tratamento Nacional no Tocante à Tributação e Regulamentação Internas.
[...]
4. **Os produtos de território de uma Parte Contratante que entrem no território de outra Parte Contratante não usufruirão tratamento menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional**, no que diz respeito às leis, regulamento e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição e utilização no mercado interno. Os dispositivos deste parágrafo não impedirão a aplicação de tarifas de transporte internas diferenciais, desde que se baseiem exclusivamente na operação econômica dos meios de transporte e não na nacionalidade do produto. [Destaques não originais.]

> **interpretada <u>como impedindo a adoção ou aplicação</u>, por qualquer Parte Contratante, <u>das medidas</u>:**
> [...]
> (b) **<u>necessárias</u> à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais** e à preservação dos vegetais;
> [...]
> (g) **relativas à conservação dos <u>recursos naturais esgotáveis</u>**, se tais medidas forem aplicadas conjuntamente com restrições à produção ou ao consumo nacionais;[206] [Destaques não originais]

A simples leitura da transcrição deixa clara a intenção de que "o livre comércio não ameaçasse áreas fundamentais para a natureza ou para a vida humana, como exceção ao princípio da não discriminação"[207], desde que não se identifique disfarçado desígnio protecionista, denominado, nessa hipótese, "protecionismo ambiental".

Pode-se perceber, também facilmente, a significativa presença de carga hermenêutica, a começar pela expressão "necessárias", prevista na alínea "b", que indica a inconsistência de medidas de exceção se não se identificar o respectivo nexo de causalidade ou se alguma outra alternativa estiver disponível. Não se revela simplória, como se pode imaginar, a ponderação de tal conteúdo diante de casos concretos.

Tratando do princípio da eticidade, que condena a prática do *dumping*, bem como da complexa aplicação das aludidas regras excepcionais, Amaral Júnior esclarece:

> A doutrina do *abus de droit*, emanação direta do princípio da boa-fé, coíbe a prática de abusos, sugerindo que o exercício dos direitos obedeça padrões de razoabilidade. A interpretação do artigo XX é de grande complexidade, já que se trata de procurar um equilíbrio difícil de ser alcançado. A dificuldade se agrava porque a linha de equilíbrio não é fixa ou imutável. Ela se move quando variam a forma e a espécie das medidas e quando os fatos que a constituem se diferenciam.[208]

Imperioso ressaltar que a Organização Mundial do Comércio - OMC, logo em seu preâmbulo, igualmente aborda a questão da sustentabilidade e assim expressamente reconhece:

> As Partes do presente Acordo,
> **Reconhecendo que as suas relações na esfera da atividade comercial e econômica devem objetivar a elevação dos níveis de vida**, o pleno emprego e um volume considerável e em constante elevação de receitas reais e demanda efetiva, o aumento da produção e do comércio de bens e de serviços, **<u>permitindo ao mesmo tempo a utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável e buscando proteger e preservar o meio ambiente e incrementar os meios para fazê-lo</u>**, de maneira compatível com suas respectivas necessidades e interesses segundo os diferentes níveis de desenvolvimento econômico,
> [...]
> Acordam o seguinte:

---

206 Organização Mundial do Comércio. *Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio - GATT 1947.* Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex /omc/acordos/gatt47port.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

207 FERRAZ, Caroline Lima. *Meio ambiente e comércio internacional: a OMC como vetor para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (SDG).* 2016. 122 f, il. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2016. p.72.

208 AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *A solução de controvérsias na OMC.* São Paulo: Altas, 2008. p. 198.

[...].[209] Destaques não originais.

Pode-se perceber, assim, que a ideia de liberalização encontra-se diretamente relacionada à de desenvolvimento sustentável[210], que, por sua vez, abarca, segundo Lígia Costa, dentre outras noções, "a de justiça social, distribuição da renda, pleno emprego, segurança e saúde no ambiente de trabalho, proteção ambiental e bem-estar socioeconômico"[211].

Na prática, contudo, percebe-se que o entendimento prevalecente no Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, responsável pela instauração de Painéis e pela interpretação dos acordos celebrados pela referida organização, tem considerado de forma bastante restritivas tais diretrizes, conferindo ênfase aos propósitos de se evitar discriminações consideradas exorbitantes ou arbitrárias, que possam esconder a presença de embargos dissimulados.

A redução da concorrência, portanto, tende a ser prioritariamente rechaçada, circunstância que, em certos casos, acaba impactando negativamente na proteção de fatores ambientais. Para a análise um pouco mais aprofundada dessa assertiva, alguns casos concretos podem se mostrar elucidativos.

3.2 Internalização dos custos ambientais: o caso *Tuna-Dolphin*.

Um dos casos mais emblemáticos a envolver o embate entre comércio exterior e meio ambiente, ocorreu no âmbito do antigo Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*) e foi denominado *tuna/dolphin disputes* (atum vs golfinho).

O caso *Tuna-Dolphin I* foi deflagrado pelo México, em 1991, contra barreiras à importação de atum impostas pelos Estados Unidos, que, por sua vez, justificavam tais embargos com a alegação de que a pesca mexicana com redes de cerco com retenida[212] estava a ocasionar a morte incidental de milhares de grupos de golfinhos ("*incidental mortality*" ou "*bycatch*").

Já o caso *Tuna-Dolphin II* envolveu, em 1994, um embargo, também americano, só que, dessa vez, abarcando México e outros países, sobretudo da União Europeia, que reexportavam o atum mexicano, situação que configura o chamado embargo de segundo grau[213].

---

[209] Organização Mundial do Comércio. *Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio.* Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/ omc/acordos/portugues/ 02estabeleceomc.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

[210] No mesmo sentido, a Declaração de Doha reafirma "o intuito de sustentar e salvaguardar um sistema multilateral aberto e não discriminatório, e agir em vista à proteção do meio ambiente e à promoção do desenvolvimento sustentável pode e deve ser apoiado mutuamente." CESAR, Susan Elizabeth M.; SATO, Eiiti. A Rodada Doha, as mudanças no regime do comércio internacional e a política comercial brasileira. Revista Brasileira de Política Internacional, Brasília, v. 55, n. 1, p. 174-193, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000100010. Acesso em: 04 ago. 2018.

[211] COSTA, Ligia Maura. Desenvolvimento sustentável o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: demolindo mitos e barreiras. *Rev. Adm. Pública* [online]. 2015, vol.49, n.6, pp.1353-1373. ISSN 0034-7612. http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612139082. Acesso em: 04 ago. 2018.

[212] "A designação 'rede de cerco com retenida' significa que na parte inferior da rede (retenida) existe um cabo que, ao ser puxado, possibilita o encurralamento do cardume, funcionando como uma bolsa que retém os peixes cercados. Estas redes podem atingir grandes dimensões e são manobradas por uma ou duas embarcações. Geralmente, a rede é manobrada apenas por um barco, com recurso ou não a uma embarcação auxiliar, a chalandra." Fonte: http://www2.ufersa.edu.br/portal/view/uploads/setores/234/arquivos/ redes%20de%20cerco.pdf. Acesso em: 25 jul. 2018.

[213] "O embargo também afeta os países 'intermediários' no comércio entre o México e os Estados Unidos. Muitas vezes o atum é processado e enlatado em um desses países. Nesta disputa, os países 'intermediários' ameaçados pelo embargo foram Costa Rica, Itália, Japão e Espanha, e antes da França, das Antilhas Holandesas

Explica-se, em apertada síntese, a controvérsia: Na Zona Tropical do Pacífico Leste (*ETP*, na sigla em inglês), cardumes de atum albacora e grupos de golfinhos dividem as mesmas áreas. Os golfinhos, que vão à superfície para respirar, acabam sendo visíveis aos pescadores. Os cardumes de atum, por sua vez, localizam-se abaixo dos golfinhos, sendo, pelo grande valor econômico, a presa preferencial da pesca. Os pescadores de atum, então, colocando longas redes ao redor dos grupos de golfinho, capturavam não só o atum, mas ambos. Em razão de tal prática predatória, estima-se que quatrocentos mil mamíferos tenham sido mortos no início da década de 1970[214].

A Lei Federal Americana - *The Marine Mammal Protection Act - MMPA* (1972), elaborada, em virtude da pressão de ONGs ambientais, com o intuito de proteger os golfinhos e outros mamíferos aquáticos, forçou a política pública de vedação à importação de pescado que acidentalmente acarretasse a morte daqueles animais em taxas maiores do que as norte-americanas.[215]

Na visão norte-americana, as restrições protecionistas impostas estavam corretas, pois as normas ambientais internas de proteção a mamíferos marinhos acarretaram significativa mudança tecnológica nas frotas pesqueiras estadunidenses, com o respectivo aumento no custo da pesca do atum. Assim, o ingresso no país de atum pescado em desacordo com a *MMPA* foi considerado prejudicial ao mercado interno, que seguia as referidas normas e não poderia ser prejudicado por vantagem competitiva ecologicamente inaceitável.

O México, por seu turno, defendia que os citados embargos à importação de atum albacora não se harmonizava com a previsão dos Artigos III, XI, XIII do Acordo Geral.

Os Estados Unidos perderam os dois casos no âmbito do GATT[216] (Processos D21/R e DS381), havendo farta literatura sobre o tema[217]. Destaca-se, dentre os vários textos que se debruçaram sobre a matéria, o seguinte relato de Pereira acerca do primeiro julgamento mencionado:

> Relativamente ao artigo XX (b), o Painel observou que a principal questão a considerar era se a regra abrangia as medidas necessárias para proteger a vida humana, animal ou vegetal, sem a expressa referência à jurisdição da parte que adotou a medida. Assim, decidiu consultar a história legislativa do artigo XX (b) e concluiu que o objetivo perseguido pela norma era de que as medidas fossem adotadas para proteger a vida ou saúde dos seres humanos, dos animais ou vegetais dentro da jurisdição do país importador (MOROSINI, 2009, p.36).
> Portanto, os argumentos dos Estados Unidos para a proibição de importação de atum proveniente do México não foram acatados pelo Painel, nos termos do artigo XX, b) do GATT, pois tal exceção não poderia abranger danos

e do Reino Unido. Outros países também foram considerados 'intermediários', incluindo Canadá, Colômbia, República da Coréia e membros da Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN).” Fonte: Organização Mundial do Comércio. *Tuna-Dolphin Case*. https://www.wto.org/spanish /tratop_s/envir_s/edis04_s.htm. Acesso em: 25 jul. 2018.

214 PORTER, S. J. *The Tuna-Dolphin controversy: Can the GATT become environmentally friendly? Georgetown Internacional Law Review* V: 1992, p. 92.

215 *Ibidem*, p. 94.

216 Ver: https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis04_e.htm

217 Conferir, a título de exemplo, 1) TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A nova dimensão do Direito Internacional Público.* Brasília: Instituto Rio Branco, 2003, ps. 218 e segs.; 2) CONSTANCE, Douglas H.; BONANNO, Alessandro; HEFFERNAM, William D. *Global contested terrain: The case of the tuna-dolphin controversy.* 1995. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007/BF02217151>. Acesso em: 31 jul. 2018; 3) BEYERS, Carol J. *The U.S./Mexico Tuna Embargo Dispute: a Case Study of the GATT and Environmental Progress*. In: *Maryland Journal of International Law,* Vol. 16, No. 2, 1992, pp. 229-53; 4) KORBER, Achim. *Why everybody loves Flipper: the political-economy of the US dolphin-safe laws*. In: *European Journal of Political Economy*, Vol. 14, No. 3, 1998, pp. 475-509.

> provocados fora dos limites da jurisdição do país importador. Tampouco poderia se justificar pela exceção do parágrafo g) do Artigo XX, porque as **medidas para a conservação dos recursos naturais não poderiam ser unilateralmente exercidas fora do contexto nacional**.[218] [destaques não originais.]

Acrescente-se a tais fatores que o Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), ao dar razão aos mexicanos, considerou que os aspectos a serem considerados deveriam se referir ao produto em si e não ao processo produtivo (discussão conhecida como produto vs. processo[219]). Nesse sentido, concluiu-se que "os regulamentos da pescaria incidental de golfinhos e da pescaria de atum não podem afetar o atum como um produto".[220]

Percebe-se que, na ocasião, considerou-se que, se porventura os argumentos norte-americanos fossem acatados, abrir-se-ia a possibilidade de que qualquer país, a qualquer momento, restringisse a importação de produtos externos, alegando desconformidades com o padrão legislativo interno, circunstância que poderia ser fatal para o modelo de comércio multilateral.

De se ressaltar, de toda sorte, que a apreciação do painel responsável por tal julgamento tão somente avaliou a aplicabilidade das regras do GATT ao caso, não se pronunciando acerca da adequação, do ponto de vista ambiental, da legislação norte-americana ou de conclusão diferente na hipótese, em tese, da existência de legislação internacional de proteção aos golfinhos.[221]

De toda forma, tal posicionamento, cuja repercussão foi relatada por Porter[222], sinalizava, claramente, a maneira pela qual outras controvérsias seriam resolvidas no âmbito do comércio internacional, fragilizando, por consequência, práticas e ações que buscassem a defesa do meio ambiente.

3.3 Singelos avanços no âmbito da OMC: o caso *Shrimp-Turtle*

Apenas alguns anos após a conclusão dos citados julgamentos, a Organização Mundial do Comércio - OMC, sucessora do GATT, foi provocada a resolver questão similar (Processo WT/DS58/AB/R - 1998). Dessa feita, eram as tartarugas marinhas que se encontravam ameaçadas, já que a pesca de camarões, se realizada com redes impróprias, igualmente estava a provocar, por afogamento, a morte de milhares de répteis, então ameaçados de extinção. Novamente uma lei norte-americana estabeleceu embargo ao

---

218 PEREIRA, Maria Auxiliadora. A difícil equação entre comércio e meio ambiente: o caso da proibição de importação de pneus usados e romoldados da União Europeia. 2017. 118 f., il. Dissertação (Centro de Desenvolvimento Sustentável) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017, ps. 62/63.

219 MOTA, Pedro Infante. *A Organização Mundial do Comércio e a Proteção do ambiente – a distinção produto/processo de produção.* Anais do II Congresso Luso-Brasileiro do NELB [recurso eletrônico] / Matheus Passos Silva (coord.), Ruth Maria Pereira dos Santos (org.), Caroline Costa Bernardo (org.). Brasília: Vestnik, 2015.

220 CONSTANCE, Douglas H.; BONANNO, Alessandro; HEFFERNAM, William D. Global contested terrain: *The case of the tuna-dolphin controversy.* 1995. p.25. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007/BF02217151>. Acesso em: 31 jul. 2018.

221 Destaca-se, a título de complementação, que essa controvérsia não se encerrou na década de 1990. Na verdade, o caso ainda repercute, especialmente no que concerne à política dos EUA de exigir que os produtos de atum apresentem o rótulo "seguro para os golfinhos" (*dolphin-safe*) para a venda de atum. Segundo informação colhida do site da *International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD)*, a OMC, em abril de 2017, considerou que "o México pode aplicar sanções contra os Estados Unidos por conta do uso do rótulo "*dolphin-safe*" em seu atum enlatado. As sanções ainda não marcam o fim da controvérsia: ainda resta a decisão de um painel sobre as recentes modificações feitas pelos Estados Unidos. Caso sejam consideradas apropriadas, o México perderá o direito de impor sanções." Fonte: Reuters. *WTO lets Mexico slap trade sanctions on US in tuna dispute*. https://www.reuters.com/article/us-usa-mexico-tuna-idUSKBN17R1V2. Acesso em: 02 ago. 2018.

222 *Ibidem*, p. 91.

produto (agora camarão) vindo de países, mormente asiáticos, que não adotassem mecanismos especiais (*DET's*[223]) que permitissem a proteção das tartarugas.

Tailândia, Malásia, Índia e Paquistão argumentavam que padrões de produção não poderiam ser impostos a outros países, sob pena de se favorecer práticas protecionistas. Esse argumento foi novamente preponderante no painel que discutiu o tema. Os Estados Unidos, porém, interpuseram recurso ao Órgão de Apelação da OMC, que, após alguns meses, reapreciou o tema, considerando legítima a proteção ambiental baseada em métodos de processo ou produção (*process or production method - PPMs*), mesmo salientando a respectiva política norte-americana discriminatória.[224]

Outro ponto que merece destaque se refere à argumentação das partes autoras (países asiáticos) de que as tartarugas marinhas não se enquadravam na expressão "recursos naturais esgotáveis", prevista na alínea "g" do art. XX do GATT-94. Tal argumento restou, corretamente, não acatado, considerando a OMC que a citada expressão pode sim incluir recursos biológicos que, apesar de a priori renováveis, podem, em certas circunstâncias, tornar-se raros, esgotando-se ou desaparecendo.

Assim, muito embora se possa visualizar algum avanço com tal precedente, regras comerciais pautadas pelo desenvolvimento sustentável e pela proteção ambiental continuam não exercendo a relevância que deveriam no âmbito dos organismos internacionais existentes, especialmente na Organização Mundial do Comércio.

A comprovar tal tese, merece destaque abrangente e significativo estudo realizado por Lígia Costa, que assim concluiu:

> Para averiguar a universalidade de valores que compreende a noção de desenvolvimento sustentável presente no contencioso da OMC, analisamos as 474 disputas submetidas ao OSC, desde a entrada em vigor da OMC em 1º de janeiro de 1995 até 1o de janeiro de 2014.
> **Do total de 474 disputas**, **foram encontrados em apenas 46 delas argumentos envolvendo noções de desenvolvimento sustentável**. A primeira conclusão que se impõe é que **a "jurisprudência" envolvendo o tema não é representativa, perfazendo um percentual de apenas 13% do total de disputas submetidas ao OSC**. [225] [destaques não originais.]

Fazendo coro a tal conclusão, Blustein, reportando-se, dentre outros, justamente ao caso "camarão/tartarugas marinhas", refere-se ao livro Whose Trade Organization? Corporate Globalization and the Erosion of Democracy (Organização de Comércio de Quem? Globalização Corporativa e a Erosão da Democracia). Destaca de tal obra contundente excerto, segundo o qual a OMC, historicamente, "beneficia multinacionais enormes e as minorias ricas tanto nos países desenvolvidos quanto nos países em desenvolvimento", considerando as relações comerciais mais significativas "do que tudo - democracia, saúde pública, igualdade de oportunidades, meio ambiente, segurança alimentar etc".[226]

---

223 *DET's (Turtle Excluder Devices)* - Trata-se, basicamente, de grades de metal que mantém as tartarugas longe do ambiente da pesca do camarão.

224 BLUSTEIN, Paul. *Desventuras das Nações mais Favorecidas: Egos em conflito, ambições desmedidas e as grandes confusões do Sistema Multilateral de Comércio.* Brasília: FUNAG, 2011, pgs.84/85.

225 COSTA, Ligia Maura. Desenvolvimento sustentável o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: demolindo mitos e barreiras. *Rev. Adm. Pública* [online]. 2015, vol.49, n.6, pp.1353-1373. ISSN 0034-7612. http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612139082. Acesso em: 04 ago. 2018.

226 BLUSTEIN, Paul. *Desventuras das Nações mais Favorecidas: Egos em conflito, ambições desmedidas e as grandes confusões do Sistema Multilateral de Comércio.* Brasília: FUNAG, 2011, pg.105.

CONCLUSÃO

A análise dos referidos casos paradigmáticos, bem como dos desdobramentos deles decorrentes, deixam claro como são tênues os marcos limítrofes entre a proteção às regras de liberalização do comércio internacional e o respaldo a políticas ambientais mais avançadas, que busquem a proteção, *de jure e de facto*, de ecossistemas ou do meio ambiente de maneira geral.

Abordando a fundamentação ética do estado socioambiental, Sampaio salienta que os direitos fundamentais de terceira geração inspiram "a ideia de que somos todos habitantes de um mesmo e frágil mundo a exigir um concerto universal com vistas a manter as condições da habitabilidade para as presentes e futuras gerações".[227]

Do ponto de vista concreto, porém, sobretudo ao se considerar a realidade de mercados globalizados, mostra-se justificável a preocupação de segmentos da atividade econômica com relação às diferenças de padrões normativos ambientais adotados.

Agentes econômicos que internalizam maior proporção dos custos ambientais da produção, pela implementação de normas ambientais rigorosas ou outras medidas atinentes à política ambiental, acabam, muitas vezes, em desvantagem em relação aos que seguem parâmetros ambientais menos rigorosos.

Por outro lado, questões ambientais podem ser utilizadas como obstáculos travestidos para a imposição de barreiras não tarifárias (BNTs), sobretudo de países desenvolvidos em relação a países em desenvolvimento, circunstância que exige que mecanismos internacionais eficientes sejam acionados.

Sobre os limites para a utilização de instrumentos de mercado nas políticas ambientais, o princípio n. 16 da Declaração do Rio de Janeiro, de 1992 (ECO92), buscando harmonizar a proteção ambiental e a livre concorrência no comércio internacional, declara:

> As autoridades nacionais devem esforçar-se para promover a internacionalização dos custos de proteção do meio ambiente e o uso dos instrumentos econômicos, levando-se em conta o conceito de que o poluidor deve, em princípio, assumir o custo da poluição, tendo em vista o interesse público, sem desvirtuar o comércio e os investimentos internacionais. (Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992, princípio 16).

Impõe-se reconhecer, porém, a complexidade de negociações multilaterais, bem como de julgamentos envolvendo tais situações, especialmente porque lidam com o paradoxo da soberania dos Estados e da assimetria do exercício de tal soberania no cenário internacional.[228] Além disso, tais pactos ou decisões repercutem em uma série de cadeias produtivas internas e externas, podendo alcançar cidadãos e consumidores de todo o mundo.

Tais tratativas e julgamentos, claro, devem ter por referência a manutenção de certo equilíbrio comercial, evitando que nações mais favorecidas se sobreponham a partir do calibre econômico ou que determinadas exigências gerem distorções protecionistas. Não há dúvidas, de outro giro, de que o desenvolvimento sustentável se revela aspecto central para o desate de tais casos.

---

[227] SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p.293-294.

[228] QUAGLIA, Maria de Lourdes Albertini. *A efetividade dos julgados da OMC em matéria ambiental: uma análise à luz da teoria Construtivista.* Belo Horizonte, Arraes, 2012, p. 163.

Na história do GATT e da OMC, essa temática já foi enfrentada, podendo-se afirmar que, em várias dessas ocasiões, especialmente quando relacionadas às exceções previstas no artigo XX do acordo, os fatores ambientais acabaram não sendo priorizados.

Justamente a partir de tal constatação, surge a sugestão de que os *panels* da OMC que abordem a temática comércio *vs* meio ambiente contem, obrigatoriamente, com a participação e sustentação de um advogado ambientalista[229].

A rigor, segundo Pepper, toda a jurisprudência pertinente foi construída no sentido de que só pode ser invocada a cláusula de proteção ambiental internacional do citado art. XX, quando:

> i) o componente relevante do ambiente requerer proteção imediata;
> ii) de todas as medidas possíveis para a proteção do recurso ou do bem ambiental, a adotada for a menos distorcida do mercado; e
> iii) a medida adotada for proporcional à proteção ambiental exigida.[230]

Mesmo nessas circunstâncias, todavia, o objetivo de estabelecer limites éticos ao comércio internacional, considerando-se, dentre outras, a primazia das questões ambientais, não parece se concretizar, não se vislumbrando um acordo que possa produzir, entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, avanços concretos.

Em um mundo globalizado, ansioso por competitividade e "vantagens comparativas", expressão do utilitarismo de Bentham e Mill, a proteção ambiental restou muitas vezes mitigada em face do comércio internacional, motivo pelo qual Ferraz sugere uma metarregulamentação que assegure, para além de propostas programáticas e genéricas, organicidade aos mecanismos de resolução internacional de conflitos comerciais, de forma "a garantir níveis adequados de transparência e de inclusão, evitando a discriminação entre os Estados".[231]

Tal sugestão parece consentânea, podendo se revelar útil para uma padronização mínima, em nível global, de forma a se respeitar as premissas do comércio equânime, sem olvidar, porém, do relevante fator concernente à internalização dos custos ambientais dos produtos comercializados no exterior.

Observa-se, enfim, que uma visão efetivamente integradora e coerente ainda se revela necessária, com o mister de impelir a Estados, sobretudo desenvolvidos, um olhar cooperativo que harmonize o comércio internacional à impostergável perspectiva de sustentabilidade.

REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**. São Paulo: Altas, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

229 MATIAS, Eduardo Felipe P. *OMC e proteção ambiental.* Revista *Consulex* - Ano XVII - n.406, 15/12/2013.

230 PEPPER, David. Ambientalismo moderno. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 2000, p. 71

231 FERRAZ, Caroline Lima. *Meio ambiente e comércio internacional: a OMC como vetor para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (SDG).* 2016. 122 f, il. Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2016. p.93.

_____. **Obras**. Tradução de Francisco de P. Samaranch. Madrid: Aguilar, 1973.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre a modernidade e a globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global versus o processo civil clássico. In: **Textos: ambiente e consumidor**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996.v.1.

BEYERS, Carol J. *The U.S./Mexico Tuna Embargo Dispute: a Case Study of the GATT and Environmental Progress*. In: ***Maryland Journal of International Law****,* Vol. 16, No. 2, 1992, pp. 229-53

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOETTKE, Peter J. Competição. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom (Orgs.) **Dicionário do pensamento social do século XX**. Tradução de Eduardo Francisco Alves; Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1996, p.106-108

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional***.* 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº 42***, de 19 de dezembro de 2003.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm Acesso em: 23 jul. 2018.

BLUSTEIN, Paul. **Desventuras das Nações mais Favorecidas: Egos em conflito, ambições desmedidas e as grandes confusões do Sistema Multilateral de Comércio***.* Brasília: FUNAG, 2011.

CARVALHO, Fernando J. Cardim de. *Keynes e o Brasil***.** Economia e Sociedade*.* Campinas, v. 17, Número especial, p. 569-574, dez. 2008.

_____. **O retorno de Keynes***.* Novos Estudos CEBRAP, vol. 83, p. 91-101, mar. 2009.

CESAR, Susan Elizabeth M.; SATO, Eiiti. A Rodada Doha, as mudanças no regime do comércio internacional e a política comercial brasileira. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 55, n. 1, p. 174-193, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292012000100010. Acesso em: 04 ago. 2018.

CONSTANCE, Douglas H.; BONANNO, Alessandro; HEFFERNAM, William D. Global contested terrain: **The case of the tuna-dolphin controversy***.* 1995. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007/BF02217151>. Acesso em: 31 jul. 2018.

COSTA, Ligia Maura. Desenvolvimento sustentável o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: demolindo mitos e barreiras. **Rev. Adm. Pública [online**]. 2015, vol.49, n.6, pp.1353-1373. ISSN 0034-7612. http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612139082. Acesso em: 04 ago. 2018.

FEIJÓ, Ricardo. **História do pensamento econômico: de Lao Tse a Roberto Lucas***.* São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ, Caroline Lima. **Meio ambiente e comércio internacional: a OMC como vetor para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (SDG)***.* 2016. 122 f, il. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2016.

KORBER, Achim. *Why everybody loves Flipper: the political-economy of the US dolphin-safe laws*. In: ***European Journal of Political Economy***, Vol. 14, No. 3, 1998, pp. 475-509.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LISBOA, Armando de Melo. **Economia política aristotélica: cuidando da casa, cuidando do comum.** Cadernos IHU Ideias, Rio Grande do Sul, v. 15, n. 265, 2017. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/ideias/265cadernosihuideias.pdf. Acesso em: 03 de ago 2018.

MAFRA LEAL, Márcio Flávio. **Ações coletivas: história, teoria e prática***.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1993. v. 4.

MACRIDIS, Roy C. **Ideologias políticas contemporâneas***.* trad. de Luís Tupy Caldas de Moura e Maria Inês Caldas de Moura. Brasília: Universidade Brasília, l982.

MATIAS, Eduardo Felipe P. *OMC e proteção ambiental.* **Revista Consulex** - Ano XVII - n.406, 15/12/2013.

MOTA, Pedro Infante. **A Organização Mundial do Comércio e a Proteção do ambiente – a distinção produto/processo de produção***.* Anais do II Congresso Luso-Brasileiro do NELB [recurso eletrônico] / Matheus Passos Silva (coord.), Ruth Maria Pereira dos Santos (org.), Caroline Costa Bernardo (org.). Brasília: Vestnik, 2015.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico***.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo Constitutivo da Organização Mundial de Comércio**. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex/omc/acordos/portugues/02estabeleceomc.pdf>. Acesso em: 31 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Acordo Geral Sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio - GATT 1947**. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivo/secex /omc/acordos/gatt47port.pdf>. Acesso em: 31 jul.2018

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **DS 135. Affecting asbestos and products containing asbestos**. WT/DS135/AB/R. Disponível em: https://www.wto.org/english/ tratop_e/dispu_e/cases_e/ds135_e.htm. Acesso em: 26 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Tuna-Dolphin Case**. https://www.wto.org/spanish /tratop_s/envir_s/edis04_s.htm. Acesso em: 25 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products**. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ ds58_e.htm. Acesso em: 02 ago. 2018.

PEPPER, David. **Ambientalismo moderno**. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 2000, p. 71

PEREIRA, Maria Auxiliadora. **A difícil equação entre comércio e meio ambiente: o caso da proibição de importação de pneus usados e romoldados da União Europeia**. 2017. 118 f., il. Dissertação (Centro de Desenvolvimento Sustentável) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

PORTER, S. J. *The Tuna-Dolphin controversy: Can the GATT become environmentally friendly?* ***Georgetown Internacional Law Review*** V: 1992, p. 91-116.

QUAGLIA, Maria de Lourdes Albertini. **A efetividade dos julgados da OMC em matéria ambiental: uma análise à luz da teoria Construtivista**. Belo Horizonte, Arraes, 2012.

RELATÓRIO BRUNDTLAND***. Report of the World Commission on Environment and Development: our common future***, 1987. Disponível em: http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm. Acesso em: 04 ago. 2018.

REUTERS. **WTO lets Mexico slap trade sanctions on US in tuna dispute**. https://www.reuters.com/article/us-usa-mexico-tuna-idUSKBN17R1V2 Acesso em: 1º ago. 2018.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento includente, sustentável e sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade***.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Antônio Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito Econômico**. Coimbra: Almedina, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional***.* 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEN, Amartya A. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Lucas Teixeira Mottra. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos. In*: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais***.* Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado*.* **A nova dimensão do Direito Internacional Público***.* Brasília: Instituto Rio Branco, 2003.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional econômico ambiental***.* Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WALLACH, L.; SFORZA, M. ***Whose Trade Organization? Corporate Globalization and the Erosion of Democracy****. Washington: Public Citizen*, 2001.

O DIREITO À CULTURA CIGANA NO LIVRE TRÂNSITO EM FACE DO DIREITO COSMOPOLITA DE HABERMAS

THE RIGHT TO MOVE FREELY OF THE GIPSY CULTURE ON THE COSMOPOLITAN LAW OF HABERMAS

Gleici de Faveri[232]
Kátia Rocha Salomão[233]
Recebido em: 19/04/2019
Aprovado em: 16/12/2019

RESUMO: O artigo propõe-se investigar o direito da cultura cigana no livre trânsito em face do direito cosmopolita de Habermas, pois somente por meio do livre trânsito é que se pode discutir a liberdade de locomoção dos ciganos. Para realizar este estudo, analisar-se o direito à cultura do povo cigano no livre trânsito frente aos tratados internacionais e ao direito transnacional de Habermas, apontando a ineficácia do ordenamento pátrio tangível a essa matéria, no qual não se tem nenhuma legislação específica para os ciganos. Porém, há alguns artigos da constituição federal que se estendem a eles por analogia. Devido à ineficácia legislativa do ordenamento brasileiro, indaga-se: seria viável, considerando a teoria cosmopolita e frente aos tratados internacionais sobre o livre trânsito, efetivar criticas reflexivas à ausência de normatividade efetiva para tal matéria no ordenamento pátrio? Para responder à problemática, busca-se, em um primeiro momento, definir o direito cosmopolita e o direito transnacional para Habermas e, posteriormente, trata-se da liberdade de locomoção em relação à liberdade de autonomia jurisdicional dos países, a fim de entender a ineficácia legislativa quanto ao livre trânsito que é travada na constituição brasileira. Logo adiante, fala-se da ineficácia legislativa e da tensão em efetivar leis universais em âmbito interno. Questiona-se a eficácia dos tratados internacionais, inclusive da carta dos direitos humanos, pois busca realizar uma justiça progressista a fim de universalizar tais direitos por meio do direito cosmopolita.

PALAVRAS-CHAVE: Cultura. Direito transnacional. Cosmopolitismo. Globalização.

ABSTRACT: Proposed to investigate the gipsy culture's rights to freedom of transit in the light of Habermas' theory of cosmopolitanism, since only through freedom of transit there can be a discussion of the gipsy people's freedom of locomotion. To carry out this study, the rights to culture of the gipsy people in the freedom of transit will be analyzed in face of the international treatises and the transnational theories of law of Habermas. Pointing out the inefficiency of the national legal order regarding this matter, there is not any legislation specific to gipsy people, however, there are some articles of the federal constitution that can be extended to them by analogy. Due to the legislative inefficiency of the Brazilian legal order, a question if proposed: would it be feasible, in the light of the cosmopolitan theory and the international treatises on freedom of transit, to conduct reflective criticism about the lack of effective normativity for this subject on the national legal order? In order to answer this problematic, the aim is, firstly, to

[232] Acadêmica do Curso de Direito da UNIVEL – Centro universitário de Cascavel.
[233] Doutora em Filosofia pela Unioeste/ Toledo. Professora do Curso de Direito da UNIVEL – Centro universitário de Cascavel.

define the cosmopolitan and Habermas' transnational theories of law, and then, it is discussed the freedom of transit in contrast to the nations freedom for jurisdictional autonomy, thus aiming to understand the legislative inefficiency regarding the freedom of transit as occurring in the Brazilian constitution. Further on, the legislative inefficiency is discussed, as well as the intention of actualize universal laws on a internal scope. The efficiency of international treatises is put in question, including the Universal Declaration of Human Rights, in order to effectively universalize those rights by means of the cosmopolitan law.

KEYWORDS: Culture. Transnational Law. Cosmopolitism. Globalization.

1INTRODUÇÃO

O artigo tem como objetivo explanar o direito à cultura cigana no livre trânsito em face da teoria cosmopolita de Habermas, a fim de levantar questionamento sobre as garantias culturais constitucionais previstas no ordenamento brasileiro, bem como, sobre as normas garantidoras no âmbito internacional, permitindo verificar a extensão normativa tanto no âmbito interno como no externo e sua eficácia.

A proteção cultural garantida pela Constituição Federal é de suma importância devido ao processo de globalização que vem ocorrendo nas ultimas décadas, os quais tomaram proporções grandiosas. E as problemáticas culturais, no que se refere à miscigenação, à cultura e à política, tornam-se latentes.

Nesse âmbito, insere-se a cultura cigana, que por meio dos estudos do multiculturalismo e de diversos tratados internacionais só pode ser positivada no livre trânsito, pois ela é essencialmente cultura nômade. Por essa razão, este artigo trata, face ao cosmopolitismo, isto é, ao direito transnacional de Habermas, da possibilidade de pensar criticamente a ineficácia do ordenamento pátrio frente ao direito à cultura do povo cigano.

Primeiramente, Habermas busca definir o que é o direito cosmopolita e o que é o livre trânsito. O direito cosmopolita para Habermas é a liberdade de ser um cidadão do mundo, com fundamento na condição natural humana. Já no que tange ao livre trânsito, pode ocorrer por meio da reciprocidade entre os povos. (HABERMAS, 2012, p. 94).

Posteriormente, análise da liberdade de locomoção em contraponto à liberdade de autonomia jurisdicional dos países no sentido de buscar compreender como a liberdade de locomoção é garantidora da cultura do livre trânsito. Para isso, buscou-se nos tratados a positivação dos direitos culturais, adentrando no ordenamento internacional, para verificar a extensão e a eficácia desses documentos.

Em um terceiro momento, buscou-se entender a ineficácia legislativa quanto ao livre trânsito que é travada na Constituição brasileira e como essa condição normativa acaba criando um conflito transacional.

A legislação torna-se ineficaz devido à tensão em efetivar leis descritas em documentos universais, dentro de um território soberano regido pela vontade estatal. Coloca-se em questionamento a força normativa dos pactos, visto que só podem surtir efeitos se aceitos pelos países.

No entanto, entende-se que a declaração dos direitos humanos é aderida por todos os países. Assim, propõe-se realizar a inclusão cultural por meio da justiça progressista dos

direitos humanos, a qual se realiza através do multiculturalismo, conhecido também como direito cosmopolita. A universalização dos direitos humanos através da teoria cosmopolita deve ocorrer por meio da cooperação entre os povos, visto que o direito de ser um cidadão do mundo decorre da condição natural do indivíduo.

2 DIREITO À CULTURA CIGANA NO LIVRE TRÂNSITO EM FACE DO DIREITO COSMOPOLITA DE HABERMAS

O direito à cultura é previsto na Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Em seus artigos 215 e 216, o texto normativo dispõe de proteção e promoção dos direitos culturais dos povos que contribuíram para a formação do país, tratando-se também de resguardar suas identidades. A Constituição brasileira afirma que os diversos seguimentos culturais que se encontram em seu território fazem parte do patrimônio histórico brasileiro. Logo, nota-se a importância de se resguardar as origens culturais de um povo, pois a cultura faz parte da identidade do ser humano, e sua prática permite uma interação e afirmação com o indivíduo (MONTEIRO *et al*; 2018, p. s/p).

No processo de formação dos países do globo, houve a contribuição de diversos povos. É nesse âmbito que se inserem os ciganos nômades, os quais, segundo Hilkner (2008, p. 1), tornam-se conhecidos pelas características pessoais, pois possuem a pele morena, vestem-se com roupas coloridas, usam joias de ouro e transportam-se em carroças. A cultura cigana é transmitida pela linguagem oral, a qual é somente ensinada aos ciganos, como forma de perpetuação da cultura. Além da linguagem particular, que mantém viva a cultura cigana, a disseminam por serem nômades, visto que não se fixam em nenhum local com caráter de permanência, fazendo-se conhecer a cultura cigana em diversos locais. (HILKNER, 2008, p. 3).

A frase mais difundida pelos ciganos é “o céu é o meu teto, a terra é minha pátria, a dança, minha religião” (HILKNER, 2008, p.175), a qual é de grande importância para o presente estudo jurídico-filosófico, que busca promover uma crítica construtiva à ausência de respeito à cultura do livre trânsito dos ciganos nômades entre as jurisdições territoriais. Para isso, busca-se na teoria cosmopolita de Jurgen Habermas o ponto de partida para tais conjecturas críticas no que tange ao livre trânsito e à cultura cigana.

A frase mencionada acima advém da bandeira cigana, a qual é azul e verde e em seu centro contém uma roda que simboliza uma carroça, símbolo do nomadismo, que é a principal característica da cultura cigana. (HILKNER, 2008, p. 100). No ordenamento pátrio, não se tem uma legislação específica para os ciganos, porém os artigos 3, 5, 215 e 216 da Constituição Federal (1998) se estendem a eles por analogia, os quais tratam da não discriminação do direito de ir e vir e do direito à cultura.

Quanto ao direito de ir e vir, este acaba sendo limitado pelas jurisdições territoriais, não permitindo a livre circulação dos ciganos nômades. A restrição da liberdade do indivíduo com fundamento nas diferenças culturais é tratada na teoria cosmopolita do alemão Jurgem Habermas, o qual rebate esse fundamento, pois para o filósofo todos os seres humanos devem ser reconhecidos como cidadãos do mundo, visto que compartilham da mesma natureza humana (HABERMAS, 2012, p. 91 - 92).

De acordo com Hartmann e Borges (2004, p. 140), o cosmopolitismo é consequência da globalização, uma vez que“cosmopolita é uma palavra de origem grega (*cosmou politès*), que significa ‘cidadão do mundo’”.

> Ressalte-se, porém, que esse cosmopolitismo engloba dois aspectos: um aspecto afetivo de união entre todos ao que os gregos chamavam de filantropia e também, necessariamente, um aspecto politico, de um território comum politicamente delimitado (HARTMANN; BORGES, 2004, p. 140).

O direito cosmopolita é defendido pelos filósofos como um direito que deve ser de todos, o qual é resultado da condição natural de ser humano. Segundo Habermas (2012), o direito cosmopolita no âmbito da globalização é de difícil compreensão para era atual, sendo necessário procurar maneiras de interação entre as pessoas, para que se possa superar o senhorio dos estados. No entanto, devido à globalização, as identidades nacionais são enfraquecidas e atinge-se a soberania dos estados, permitindo que haja descentralização da cultura formada no âmbito territorial.

> Assim, 'com esta desconexão da identidade cultural comum relativa à forma de sociedade e de Estado, uma nacionalidade certamente mais difusa se dissocia de um Estado e se torna livre para se identificar com aquilo que a evolução do pós-guerra de cada dos Estados a população considera digno de se conservar'. Na Alemanha, por exemplo, tal identidade se deu Por conta de um patriotismo da Constituição (HARTMANN; BORGES, 2004, p. 143).

De acordo Hartmann e Borges (2004, p. 143), Habermas afirma o enfraquecimento dos países em termos sociais culturais e militares. O estado perde o controle sobre a guerra e a paz o que acarreta na mutação das identidades nacionais. Na visão de Hartmann e Borges (2004, p. 143), o cosmopolitismo Habermasiano leva em conta os costumes culturais adquiridos pelo convívio em determinada sociedade, que influencia na forma de vida. Logo, há hierarquias culturais que regulam a forma de vida em diversas dimensões territoriais. Assim, há varias formas de culturas, as quais compartilham de uma identidade coletiva, não sendo mais necessário estarem associadas ao poder jurisdicional de determinado país para se constituir.

A identidade coletiva é o principal requisito do direito cosmopolita, visto que esse direito requer que as relações pessoais sejam amigáveis e solidárias, criando uma identidade única, sendo definida como direito de ser um cidadão do mundo, e tal definição parte-se da condição natural de seres humanos (HABERMAS, 2012, p. 91 - 92). O direito de livre trânsito dos ciganos nômades à luz da teoria cosmopolita pode ocorrer por meio das relações pessoais no âmbito interno e externo através dos sentimentos de solidariedade e empatia criados pela sociedade coletiva.

2.1 A LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO EM CONTRAPONTO À LIBERDADE DE AUTONOMIA JURISDICIONAL DOS PAÍSES

Para tratar do direito de liberdade de locomoção, o qual é aplicado por analogia aos ciganos, é necessário, de acordo com Tosi (2005, p. 24), partir da análise dos ideais instituídos na declaração do homem e do cidadão, os quais são liberdade, igualdade e fraternidade, elementos que constam na carta das nações unidas e na constituição brasileira, em seus artigos 3 e 5. Com a declaração dos direitos do homem, há uma

transformação radical na sociedade, e esse marco refletiu em todo o globo, pois foi imprescindível para a criação dos direitos humanos.

Sabe-se que a ONU é protetora dos direitos humanos e mediadora entre os países. Uma de suas funções é zelar para que os direitos elencados na declaração universal dos direitos humanos sejam respeitados, os quais devem ser acessíveis a todos os seres humanos pela sua condição natural. O documento declara que o direito à liberdade deve ser usufruído sem sofrer qualquer espécie de discriminação (ONU,1945).

No caso dos ciganos nômades que possuem sua liberdade delimitada devido à sua condição cultural, pode-se evocar dos tratados internacionais como forma de esclarecimento sobre a problemática. Os tratados ratificados pelo Brasil são: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; Pacto São José da Costa Rica; e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Tais documentos analisam o direito à cultura a partir da definição de homem livre dada pela declaração universal dos direitos humanos, na resolução *217 A (III) em assembleia geral das nações unidas em 10 de dezembro 1948,* a qual afirma que:

> [...]A ASSEMBLÉIA GERAL proclama a presente DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIRETOS HUMANOS como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição. Artigo 1. Todas 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 (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948, n/p).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) afirma que a cultura é um dos ideais de liberdade do homem. De acordo com Tosi (2005, p.118), o direito à liberdade surge com as revoluções ao longo da história da humanidade, para se chegar ao Estado de Direito, pois é necessário abrir mão do direito natural e entregá-lo ao Estado, que ficará encarregado de gerir os conflitos da sociedade; assim, surge o que se denomina como povo e nação.

No Estado de Direito, de acordo com Tosi (2005, p.22), questiona-se a relação entre povo e Estado, pois o homem é livre na medida em que o Estado permite, e essa delimitação ensejou várias revoluções sociais, fazendo com que o Estado se moldasse às reivindicações de seu povo e trilhando um caminho para democracia. Isso resultou no direito ao voto, um fator comum a todos, pois os países do globo elegem seus governantes de forma democrática.

A relação do povo com o Estado se da através do voto, mas é uma relação distante, pois o povo não vota constantemente sobre as decisões estatais; logo, a liberdade do homem está condicionada às regras imposta pelo Estado, e essas regras são implementadas internamente, pois fica a cargo do país decidir quais serão suas regras, como no entendimento de Tossi (2005, p. 25). Há outros estudiosos que questionam o poder de decisão do Estado. Streck (2012, s/n) realiza tal crítica quando afirma que para interpretar a lei e o direito é necessário ultrapassar as barreiras do objetivismo, ou seja, razão e vontade. De acordo com Streck (2012, s/n), objetivismo consiste em decisões tomadas pelo Estado pautadas apenas nas leis positivadas, sem analisar as circunstâncias que permeiam determinado fato.

Os países gozam de autonomia jurisdicional, ou seja, são soberanos, porém, de acordo com Malheiro (2014, p. 33), ao elaborarem suas leis, estas devem estar em conformidade com os princípios gerais do direito, pois “são regras que se impõem a todos os estados, qualquer que seja o seu grau de civilização e por eles obedecidos por serem os mesmos ilações lógicas do direito à sua existência” (MALHEIRO, 2014, p. 34). Os princípios gerais do direito são utilizados pelos países como parâmetro para elaboração de leis, através deles busca-se alcançar a igualdade jurídica, proporcionando-se uma maior interação nas relações internacionais.

A aceitação do livre trânsito dos ciganos recairá no juízo de conveniência dos países, permitindo-se questionar o dever do Estado, que segundo Malheiro (2014, p. 85) é de cumprir com os tratados e com os direitos do homem e do Estado. Já uma de suas obrigações é de “conduzir as suas relações internacionais com base no direito internacional e no princípio de que a soberania estatal se encontra submetida ao direito internacional” (MALHEIRO, 2014, p. 85). Logo, se a soberania está submetida aos princípios que regem o direito internacional, esta se submeterá aos direitos humanos.

2.2 INEFICÁCIA LEGISLATIVA QUANTO AO LIVRE TRÂNSITO

A cultura nômade faz parte da personalidade cigana, mas se encontra limitada, pois no ordenamento pátrio não se tem uma legislação específica para o livre trânsito dos ciganos nômades.

Devido à ineficácia legislativa, alguns artigos da Constituição Federal se estendem aos ciganos por analogia. São eles:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
> XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;
> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
> § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
> I - as formas de expressão;
> II - os modos de criar, fazer e viver;
> III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;§ 3º A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais (BRASIL, 1988).

Os artigos mencionados protegem os direitos de não discriminação, direito de ir e vir e o direito à cultura, o qual é “hoje entendido como toda manifestação criativa e própria do sentir e pensar de um grupo social” (LOPES, 2008, p. 4). A legislação torna-se ineficaz quanto ao livre trânsito devido à soberania dos países, pois segundo Malheiro (2014, p. 23) a soberania estatal permite que os países possuam total autonomia sobre seus atos; já quanto às relações internacionais, estas são geridas pelos princípios gerais do direito, que são de difícil definição. No entanto, o doutrinador menciona alguns princípios que são aceitos pela corte internacional de justiça:

“Pacto sunt servanda, boa fé no cumprimento das obrigações internacionais; não agressão; não interferência nos negócios internos dos estados; respeito a coisa julgada internacional, a integridade territorial e à soberania dos estados” (MALHEIRO, 2014, p. 33).

Em caso de descumprimento dos princípios gerais do direito, caberá à corte internacional de justiça realizar o julgamento (MALHEIRO, 2014, p. 34). Nota-se que a soberania estatal deve ser preservada, não sendo possível impor algo aos estados, cabendo apenas à ONU tentar apaziguar os conflitos que surgirem entre as jurisdições territoriais, visto que esta é responsável por incentivar a paz mundial. De acordo com Ferrajoli (2007), o princípio da paz está ligado ao poder das potências mundiais, fazendo com que o direito fundamental ficasse no plano das ideias, os quais acabam sem efetividade jurisdicional. Ferrajoli (2007, p. 43) chega a essa conclusão devido à contradição do artigo 1 e 2 da carta das nações unidas, em que o artigo 1 dispõe sobre os propósitos da carta. Entre eles, encontra-se a tentativa de solução de conflitos de ordem humanitária, porém, no artigo 2, inciso VII, declara que as nações unidas não intervirão nos assuntos que desrespeitarem exclusivamente a jurisdição de qualquer país (ONU, 1945). “Em outras palavras, o ordenamento internacional hodierno é ineficaz pelo fato de que os seus órgãos não mais equivalem a um ‘terceiro ausente’, mas sim a um terceiro impotente” (FERRAJOLI, 2007, p. 43). O autor afirma que o ordenamento internacional existe e que as leis são válidas, porém é ineficaz.

2.3 TRATADOS INTERNACIONAIS FRENTE AO DIREITO CULTURAL

De acordo com Alem (2017, p. s/n), o primeiro documento a prever o direito cultural foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual declarou que os direitos culturais são indispensáveis para a proteção da dignidade humana. A partir desse marco, o documento elaborado ao longo da história da humanidade se preocupou em resguardar o direito cultural.

O Brasil é signatário da carta das nações unidas, bem como dos tratados que versem sobre os direitos culturais. O pacto internacional sobre os direitos civis e políticos em seu artigo 27° declara que:

> Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou lingüísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua (BRASIL, 1992).

Usando de analogia, o texto normativo se molda aos ciganos nômades, uma vez que prevê a possibilidade das minorias culturais exercerem seu direito à cultura, os quais não podem ser cerceados. Em complemento à garantia do pleno exercício cultural, busca-se apoio no Pacto São José da Costa Rica, de 1969, o qual defende o direito da livre associação, seja de cunho religioso, político ou cultural, e declara que os países membros encarregaram-se de promover e proteger os direitos culturais no âmbito interno e externo.

As legislações internacionais são complementadas na medida em que a matéria tratada é reafirmada várias vezes em diversos tratados. Percebe-se tal afirmação ao analisar o pacto internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, o qual parte do mesmo ideal de homem livre, fornecido pela declaração universal dos direitos humanos. As legislações esparsas internacionais servem de extensão aos direitos positivados em âmbito interno; no caso do Brasil, os tratados culturais são extensões dos artigos 215 e 216 da Constituição Federal, permitindo-se que o direito à cultura seja discutido além de suas fronteiras.

3 UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A Organização das Nações Unidas é o principal meio de universalização dos Direitos Humanos. Em seu preâmbulo primeiro estabelece notórios os motivos pelos quais esta foi criada, os quais são de impedir o desencadeamento de guerras e proteger as gerações futuras. (ONU, 1945, p. 3). Tem-se essa preocupação devido aos fatos ocorridos na segunda guerra mundial, que resultou em muitas vítimas. Diante do contexto fático, a ONU almeja a proteção da pessoa humana independentemente de crença, sexo ou cor. A fim de dar maior proteção à integridade humana, a ONU elabora em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual procura valorizar a pessoa humana em sua particularidade, ficando a cargo dela disseminar o respeito e a promoção dos Direitos Humanos (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948).

É necessária a valorização individual do ser humano devido ao processo de globalização, que, de acordo com Habermas, desencadeiam-se várias mudanças, atingindo economia, política e cultura, as quais ensejam no multiculturalismo. Surge o questionamento quanto à possibilidade de conviver harmoniosamente com as diferenças, buscando-se através da interculturalidade e do multiculturalismo meios para compreender as diversidades culturais. A primeira característica da interculturalidade é propor políticas para harmonizar a convivência, diante da impossibilidade de não poder evitar tal convívio. Quanto ao segundo, o multiculturalismo incentiva e defende a integração da diversidade cultural, que é conhecida como pluralidade de culturas e também como um direito cosmopolita (HARTMANN; BORGES, 2014, p.144).

As transformações advindas da globalização tornam-se latentes, e é nesse âmbito que se insere a cultura cigana. Através dos estudos sobre o multiculturalismo e de diversos tratados internacionais, esta só pode ser positivada no livre trânsito; por isso, este artigo tata a questão face ao cosmopolitismo, de Habermas.

O Cosmopolitismo Habermasiano (2012, p. 91) é a junção de várias etnias em um mesmo espaço, resultante do processo de globalização. Em cada espaço territorial do globo existem grupos de pessoas com crenças e costumes diversos, mas o processo de globalização encarregou-se de juntá-las, pois a cultura faz parte da formação da identidade do ser humano. O conhecimento e as cresças são construídas ao longo da vida, não sendo possível a reconstrução de um indivíduo adulto sem

influência cultural, pois a formação da identidade do ser humano é influenciada pelo meio em que se desenvolve.

A cultura está implícita na formação da identidade das pessoas ou grupos étnicos. Assim, o multiculturalismo conhecido como cosmopolitismo se instala com o processo de globalização, sendo necessário regulamentá-lo para que haja convivência pacífica entre as diversidades culturais. Essa gestão é suscitada por Habermas quando este deslumbra uma sociedade capaz de cooperar com a elaboração de uma sociedade supra estatal, em que uma parcela dos poderes dos países seria abdicada em prol de uma gestão realizada pela ONU. Esta gestão somente desrespeitaria aos Direitos Humanos, matéria de interesse comum a todos os cidadãos (HABERMAS, 2012, p. 97).

3.1 JUSTIÇA PROGRESSISTA NO QUE TANGE AOS DIREITOS HUMANOS

De acordo com Boaventura de Souza Santos apud Gandin;Hipolito (2003, p. 11) a política progressista dos Direitos Humanos dá-se por meio da globalização contra-hegemônica, a qual seria um meio alternativo de lidar com as transformações advindas da globalização.Uma de suas alternativas é o multiculturalismo, o qual leva a população ao meio alternativo de democracia, pois é necessário respeitar as diversidades resultantes do progresso. O respeito à diversidade está intrínseco na seara dos Direitos Humanos, permitindo questionar os direitos que as minorias possuem ou devem possuir, fazendo-se necessário incitar a integração entre os povos (BOAVENTURA apud GANDIN;HIPOLITO, 2003, p. 12).

Procura-se realizar a integração entre os povos por meio do multiculturalismo progressista, que em nossa visão é criar um sentimento de empatia e respeito às diferenças, sentimentos esses que desembocam em uma justiça progressista dos direitos humanos. A conscientização de sua importância fica a cargo da ONU.

A carta das nações unidas expressa a forma como os países membros devem proceder em relação aos direitos inerentes à pessoa humana e todos seus componentes, sendo a cultura de suma importância para a constituição da formação da identidade humana. (ONU, 1945).

3.2 UNIVERSALIZAÇÃO POR MEIO DO COSMOPOLITISMO

De acordo com Habermas (2012, p. 31) o cosmopolitismo, é o direito de ser um cidadão do mundo, o qual é suscitado pelo filósofo quando este analisa o processo de formação dos países, afirmando que a guerra e a globalização são processos comuns a todos os estados. Esse processo resulta na pós-modernidade, que na visão de Hartmann e Borges (2004, p. 161) é problemática, uma vez que as pessoas não sabem como lidar com ela, visto que a globalização trouxe uma onda de transformações nos aspectos social, cultural, econômico. Com as transformações advindas da globalização, segundo Gardez (2016, p. 102) tem-se a necessidade de aprender a lidar com as consequências, visto que, ao mesmo tempo em que esta fornece mecanismo que facilita a integração da população, também a separa, e tal separação ocorre devido ao choque de culturas. Para amenizar esse choque, aposta-se no multiculturalismo conhecido como cosmopolitismo.

É necessária, de acordo com Gadez (2016, p. 102), a integração entre as diversas culturas, pois só assim o multiculturalismo poderá surtir efeito. Essa cooperação entre povos pode ocorrer por meio da tecnologia de informação, a

internet, a qual tornou-se um ponto de comunicação entre todas as nações. Porém, segundo Habermas (2012, p. 93), na medida em que a sociedade cresce tomando proporções grandiosas, fica inviável controlá-la, e surge o temor do desiquilíbrio do sistema com o risco da tecnologia em massa. Para amenizar esse risco, é necessário criar políticas que abrangem as políticas singulares, ou seja, restritas a uma jurisdição, pois a problemática se desenvolve em âmbito universal.

Um exemplo de políticas de abrangência universal são os pactos internacionais que regulam as relações econômicas entre países. No entanto, não há tratado que regularize a livre circulação de pessoas entre as jurisdições territoriais. Nesta perspectiva, Habermas (2012) suscita a possibilidade de uma sociedade cosmopolita, não pautada no fator econômico, mas sim no fator humano. Para o filósofo, a matéria que versa sobre os direitos humanos deveria ser de competência da ONU, a qual possuiria poder e capacidade de intervir diretamente nos países, permitindo-se constituir demais órgãos para lhe auxiliar na gestão e aplicação dos Direitos Humanos.

A sociedade cosmopolita de Habermas (2012, p. 96 - 97) é somente aplicável se os países abdicarem parte de seus poderes, no que tange aos Direitos Humanos, permitindo que a ONU esteja à frente dos assuntos de cunho humanitário. Esse ato por parte dos estados demostraria flexibilização da soberania estatal em prol de um bem maior.

Tem-se a possibilidade de flexibilização da jurisdição estatal, segundo Malheiro (2014, p. 26 - 27), na teoria monista, a qual o Brasil aderiu, pois a Constituição Federal recepciona alguns tratados de ordem universal, já que a adoção é realizada de acordo com as regras do país que irá aderir o tratado. O monismo representa uma única lei para todos, se divide em duas possibilidades de hierarquias de ordens, propõe os direitos universais sob os internos, ou os direitos internos sobe os universais, mas se vale apenas de uma das alternativas. De acordo com Gonçalves (2017, p. 23),“a própria corte permanente de Justiça, em julgado de 1930, declarou a superioridade das normas internacionais”. Segundo o autor, em caso de conflito entre uma norma interna e externa, a externa deverá prevalecer, ou seja, o direito internacional se sobressai ao direito interno; logo, há possibilidade de existência de uma sociedade cosmopolita.

4 CONCLUSÃO

O direito à cultura cigana no livre trânsito em face da teoria cosmopolita de Habermas é proposto com a finalidade de questionar as garantias constitucionais no que tange ao direito à cultura do povo cigana nômade, no livre trânsito, realizando um comparativo das leis do ordenamento pátrio brasileiro com os tratados internacionais, os quais estão inseridos no âmbito transnacional. Tais documentos visam a estender as garantias constitucionais previstas nos artigos 3, 5, 215 e 216 da Constituição Federal, a fim de promover a livre circulação dos ciganos nômades, com fundamento no exercício cultural.

A universalização dos direitos inerentes à pessoa humana é tratada na teoria cosmopolita de Habermas, o qual almeja essa possibilidade, visto que todas as pessoas decorrem da mesma condição natural. A universalização dos direitos culturais dos povos ciganos nômades é de grande relevância, pois na medida em que a sociedade vem se expandido com o processo de globalização tem-se a necessidade de criar leis que gerenciem as mudanças globais, visto que a miscigenação cultural é resultado do progresso.

No ordenamento pátrio, não se tem previsão quanto aos direitos dos povos ciganos, porém os artigos citados acima se estendem a eles por analogia, mas acabam sem eficácia,

uma vez que os países são soberanos, e não se pode impor algo a eles. Desta forma, os tratados são constituídos com a finalidade de regular as vontades entre os entes estatais, sendo também o meio pelo qual se exerce o direito internacional. Porém, a política exprimida pelos pactos é limitada, visto que a não aceitação do pacto pelos países acarreta em sua ineficiência. Diante das barreiras de efetivação dos direitos culturais dos ciganos, o presente artigo propôs-se a olhar a ineficácia legislativa que permeia o ordenamento pátrio, bem como os tratados internacionais, através do direito transnacional de Habermas, a fim de questionar a possibilidade de realizar críticas reflexivas quanto à ineficaz normatividade para tal matéria.

O direito transnacional para Habermas é almejado em uma sociedade cosmopolita, visto que este prega o direito de ser um cidadão do mundo, o qual tem por fundamento a solidariedade entre os povos. O filósofo preocupou-se em promover um sentimento de empatia ao próximo devido às transformações advindas do processo de globalização, os quais criam estereótipos diante do diferente. Assim, Habermas propõe a universalização dos Direitos Humanos por meio de uma consciência coletiva, prezando-se pela proteção da identidade cultural de cada povo. Nos dias atuais, implementar eficazmente a teoria cosmopolita é difícil devido aos conflitos de ordem internacional, porém deve-se aproveitar a ideia do direito transnacional de Habermas diante das diversidades culturais vivenciadas.

Para isso, é necessário buscar um equilíbrio entre a teoria transnacional e as leis transnacionais, em que o sentimento progressista de solidariedade promovido entre os povos possa tomar tal proporção que resulte em criações legislativas que protejam os direitos dos povos ciganos, bem como os dos imigrantes.

REFERÊNCIAS

ALEM, Nichollas. O que são direitos culturais. 2017.Disponível em: http:// institutodea.com/artigo/o-que-sao-direitos-culturais/. Acesso **em: 18 ago.2018.**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 01 abr.2018.

BRASIL. Decreto n.592, de 06 julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,** Brasília, DF, julho 1992.

BRASIL. Decreto n.678, de 06 novembro de 1992.**Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica),** Brasília, DF, novembro 1992.

BRASIL. Decreto n.591, de 06 julho de 1992.**Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,** Brasília, DF, julho 1992.

BRASIL. Decreto n.185, de 25 maio de 2006. Institui o dia Nacional do Cigano, Brasília, DF, maio 2006.

BRASIL. Decreto n 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,** Brasília, DF, julho 1992.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 10 dez. 1948. Disponível em: http://unesdoc.unesco .org/images/0013/001394/139423por.pdf. Acesso em: 18 ago.2018.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do estado nacional. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADENZ, Danielli. **Direito em rede e a jurisdição democratizada:** a necessidade de se alcançar respostas corretas para litígios envolvendo direitos transindividuais. Curitiba: Prisma, 2016.

GONÇALVES, Maria, Beatriz. R. **Direito internacional público:** Coleção resumo para concursos. 2017. Disponível em: https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/0fa9206fdce527b2ce88e9094e9b261c.pdf . Acesso em: 24 Ago. 2018.

GANDIN, Luís. Armando; HIPOLITO. Álvaro Moreira. **Dilema do nosso tempo: Globalização, multiculturalismo e conhecimento, Pelotas, v.3, n.2, p 5-23, jul/dez.2003. Disponível em:** http://www.boa venturadesousasantos.pt/documentos/ curriculosemfronteiras.pdf**. Acesso em 16 ago. 2018.**

HABERMAS, Jurgen. **Sobre a constituição da Europa:** um ensaio. São Paulo: Unesp, 2012.

HARTMANN, Érica de Oliveira; BORGES, Guilherme Roman. A Globalização e o Estado-Nação: Rumo à Pós-Modernidade e ao Estado Cosmopolita? **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba. dez. 2004. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/38325. Acesso em: 07 maio. 2018.

HILKNER, R. A. Rossi. **Ciganos, peregrinos do tempo:** ritual, cultura e tradição, 2008. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/284687/1/Hilkner_RegianeAparecidaRossi_D.pdf. Acesso em: 10 maio. 2018.

LOPES, Ana Maria D'*Ávila*. *Interculturalidade e direitos fundamentais culturais*. 2008. **Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI),** v. 16, n. 63, p. 30-41, abr./jun. Barra Funda, SP: Revista dos Tribunais, 2008.

MALHEIRO, Emerson, Penha. **Manual de Direito Internacional Público**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
MONTEIRO, et.al. **Minorias étnicas linguísticas e religiosas.** 2018. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/5/minorias.html. Acesso em: 01 abr.2018.

ONU. **CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS.** 1945. Disponível em: https://nacoesunidas. org/wp-content/uploads/2017/11/ A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf. Acesso em: 07 maio. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Consultor jurídico**.2012.Disponível em: https://www.conjur .com.br/ 2012-abr-19/senso-incomum-jurisprudencia-transita-entre-objetivismo-subjetivismo. Acesso em: 17ago. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e jurisdição em tempos de solipsismo**: aula. Porto Alegre: TV e Rádio Unisinos, 2014. 45:20min. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=PrSl9umZWRw&t=864s. Acesso em: 17 ago.2018.

TOSI, Giusepp. **História conceitual dos direitos humanos**. Direitos humanos: História e prática. p. 105-134. Ed. Universitária/UFPB. 2005. Disponível em:

http://www.cchla.ufpb.br/ncdh/wp-content/uploads/2015/11/2005.DH_.-historia-teoria-pr%C3%A1tica.pdf. Acesso em: 25 ago. 2018.