



DESAFIOS DO DIREITO PRIVADO CONTEMPORÂNEO:

Novos Direitos Sociais

VOLUME II

Adriano Marteleto Godinho

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa

Fabíola Albuquerque Lôbo

José Manuel Peixoto Caldas

Organizadores

**DESAFIOS DO DIREITO PRIVADO
CONTEMPORÂNEO:**

Novos Direitos Sociais

Volume 2



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Reitora MARGARETH DE FÁTIMA FORMIGA MELO DINIZ
Vice-Reitora BERNARDINA MARIA JUVENAL FREIRE DE OLIVEIRA
Pró-Reitora PRPG MARIA LUIZA PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA



EDITORA UFPB

Diretora IZABEL FRANÇA DE LIMA
Supervisão de Administração GEISA FABIANE FERREIRA CAVALCANTE
Supervisão de Editoração ALMIR CORREIA DE VASCONCELLOS JÚNIOR
Supervisão de Produção JOSÉ AUGUSTO DOS SANTOS FILHO

CONSELHO EDITORIAL

ADAILSON PEREIRA DE SOUZA (CIÊNCIAS AGRÁRIAS)
ELIANA VASCONCELOS DA SILVA ESVAEL (LINGUÍSTICA, LETRAS E ARTES)
FABIANA SENA DA SILVA (INTERDISCIPLINAR)
GISELE ROCHA CÔRTEZ (CIÊNCIAS SOCIAIS E APLICADAS)
ILDA ANTONIETA SALATA TOSCANO (CIÊNCIAS EXATAS E DA TERRA)
LUANA RODRIGUES DE ALMEIDA (CIÊNCIAS DA SAÚDE)
MARIA DE LOURDES BARRETO GOMES (ENGENHARIAS)
MARIA PATRÍCIA LOPES GOLDFARB (CIÊNCIAS HUMANAS)
MARIA REGINA VASCONCELOS BARBOSA (CIÊNCIAS BIOLÓGICAS)

Adriano Marteleto Godinho
Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa
Fabíola Albuquerque Lôbo
José Manuel Peixoto Caldas
Organizadores

**DESAFIOS DO DIREITO PRIVADO
CONTEMPORÂNEO:**
Novos Direitos Sociais

Volume 2

Editora UFPB
João Pessoa
2019

Direitos autorais 2019 - Editora UFPB
Efetuado o Depósito Legal na Biblioteca Nacional, conforme a Lei nº 10.994,
de 14 de dezembro de 2004.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS À EDITORA UFPB

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer
meio. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998)
é crime estabelecido no artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta publicação é de inteira responsabilidade do autor.

Impresso no Brasil. Printed in Brazil.

Projeto Gráfico Editora UFPB
Editoração Eletrônica e Rildo Coelho
Design de Capa

Catlogação na fonte:

Biblioteca Central da Universidade Federal da Paraíba

D441	Desafios do direito privado contemporâneo : novos direitos sociais / (organizadores) Adriano Marteleto Godinho ...[et al]. - João Pessoa : Editora UFPB, 2019. 2v. ISBN: 978-85-237-1440-6 (v 1) ISBN: 978-85-237-1441-3 (v 2) 1. Direitos dos cidadãos. 2. Bem-estar social. 3. Direitos civis. I. Godinho, Adriano Marteleto. II. Título.
UFPB/BC	CDU 342.72/73

EDITORA DA UFPB Cidade Universitária, Campus I – s/n
João Pessoa – PB
CEP 58.051-970
www.editora.ufpb.br
editora@ufpb.br
Fone: (83) 3216.7147

Editora filiada à:

ABEU
Associação Brasileira
das Editoras Universitárias

Livro aprovado para publicação através do Edital Nº 5/2018-2019, financiado
pelo Programa de Apoio a Produção Científica - Pró-Publicação de Livros
da Pró-Reitoria de Pós-Graduação da Universidade Federal da Paraíba.

SUMÁRIO – VOLUME I

PREFÁCIO	7
APRESENTAÇÃO	9
“EU, ROBÔ” (DE DIREITOS): OS DESAFIOS PARA A COMPREENSÃO DO FENÔMENO DA PERSONALIDADE ELETRÔNICA	13
<i>Adriano Marteleto Godinho e Anna Rachel Alves de Arruda</i>	
DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS: SUPERANDO A (PSEUDO)TENSÃO ENTRE APLICABILIDADE DIRETA E EFICÁCIA INDIRETA PARA ALÉM DO PATRIMÔNIO	43
<i>Márcio Roberto Torres e Marcos Ehrhardt Júnior</i>	
DECISÃO JUDICIAL DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA SOB ANÁLISE DO DIREITO QUÂNTICO	76
<i>Emanuela de Lucena Pereira Régis, Jislayne Fidelis Felinto e Marcus Setally Azevedo Macena</i>	
O CAMINHO RUMO À HUMANIZAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES	93
<i>Fabíola Albuquerque Lobo</i>	
SAÚDE PÚBLICA NA ODONTOLOGIA ONCOLÓGICA: HUMANIZAÇÃO NA SAÚDE	110
<i>Heloisa Helena Pinho Veloso e José Manuel Peixoto Caldas</i>	
SOBRE OS AUTORES	119

SUMÁRIO – VOLUME II

PREFÁCIO	129
APRESENTAÇÃO	131
SAÚDE PÚBLICA E BEM ESTAR SOCIAL: QUE FUTURO	135
<i>José Manuel Peixoto Caldas, Heloísa Pinho Veloso e Reginaldo Deconti Junior</i>	
PROTEÇÃO DO DIREITO TRANSINDIVIDUAIS NA OFERTA DE SAÚDE PÚBLICA: A NOVA SISTEMÁTICA DE CONCILIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO	155
<i>José Lucas Santos Carvalho, Danielle Garcia Alves e Henrique Ribeiro Cardoso</i>	
LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA SALUD DE LOS TELETRABAJADORES	174
<i>Ana Flávia Furtado Evangelista, María Luisa Martín Hernández e Juliana Fernandes Moreira</i>	
DESUMANIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: UMA ANÁLISE DA REFORMA TRABALHISTA EM FACE DA DESCONSTRUÇÃO DA CARGA PRINCIPOLÓGICA LABORAL	193
<i>Jailton Macena de Araújo</i>	
DA FAÍSCA PROMETEICA AO INCÊNDIO FÁUSTICO: NANOTECNOLOGIA OU A ARTE SUBLIME DO INFINITAMENTE PEQUENO	223
<i>Hiago Pereira Silva Moura e Ana Paula Correia Albuquerque da Costa</i>	
O MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS, A BOLSA DE VALORES, AS COMPARAÇÕES E OS IMPACTOS COM O DIREITO CIVIL DOS CONTRATOS	239
<i>Andréa Costa do Amaral Motta</i>	
SOBRE OS AUTORES	261

PREFÁCIO

O convite para prefaciar um livro representa grande honra e desafio. Do latim *prae (antes) fatio(dito)* a palavra significa, literalmente, aquilo que se tem a oportunidade de dizer antes, com a peculiaridade de configurar simples texto introdutório, não podendo ser longo. Esta obra teve os capítulos oferecidos pelos professores organizadores na Apresentação, restando, pois, à prefaciadora contextualizar sua proposta geral no intento de suscitar reflexões e introduzir elementos teóricos não ofertados na abertura ou nos ensaios.

Os organizadores destacam que os dois volumes do livro abrangem coletâneas de textos resultantes dos debates ocorridos durante o Seminário anual do grupo de pesquisa (GP) intitulado *Perspectivas e Novos Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional*, na Universidade Federal da Paraíba, em 2017. Na qualidade de líder dessa equipe de investigação científica, criada em 2012, temos a acrescentar que o objetivo basilar de sua proposição foi conceber o reconhecimento, assim como provocar a consolidação, de relevantes interfaces entre distintos ramos do direito, como direitos econômicos e direitos humanos; direitos sociais e direitos individuais; direitos culturais e patrimoniais, no campo teórico-prático do direito privado. São interlocuções que convergem para o diálogo do direito civil com os direitos humanos, lançando-se além dos parâmetros conquistados por seu importante processo de constitucionalização, considerada a realidade brasileira.

Em sua construção exordial, conforme trabalhado pelos(as) pesquisadores(as) da equipe mencionada – docentes e discentes de diversas Instituições de Ensino – o tema da humanização do direito civil pretendeu transpor o arquétipo individualista e patrimonialista, ainda percebido e ativo em algumas áreas do direito privado constitucional, no propósito de acrescentar premissas humanas ao seu tratamento, como a categoria central da “hipervulnerabilidade”, vista como fragilidade composta, intensificada e sobreposta, que conduz a processos individuais ou coletivos de “exclusão social”.

Nesta equação de base, pode-se dizer que, em apertada síntese, se situa a proposta de um chamado Direito Civil Social, que interage com

os direitos de solidariedade, como substrato de interpretação jurídica menos formalista e mais consentânea com a realidade de exclusão social de grupos e pessoas, podendo aí ser encontradas as versões humanizadas de direitos civis clássicos. Para exemplificar, podem ser citados (i) o direito de habitação transformado em direito humano à moradia digna; (ii) os direitos trabalhistas vistos pelo lado do direito humano ao trabalho e da cidadania do(a) trabalhador(a) ou migrante, de modo amplo, a abranger a tutela da seguridade social e da dignidade individual; (iii) os institutos da interdição e da incapacidade transformados em novas formas de tutela e de reconhecimento de poderes inclusivos; (iv) a autodeterminação individual excludente reduzida a aportes de autonomia negocial relativa, nas situações que for necessário respeitar a função social da contratação ou a condição social do sujeito; (v) a visão monodisciplinar de direitos da personalidade ampliada para a contextualização de equipes multidisciplinares, como os casos da humanização da saúde plena das pessoas, que abrange do direito à alimentação adequada ao direito à morte digna. Enfim, são mudanças que afetam os direitos civis clássicos, mesmo aqueles que passaram pelo processo de constitucionalização.

Para finalizar, parabenizamos os pesquisadores e líderes do GP, ratificando sua grande importância acadêmica e científica, na formação de redes nacionais e internacionais de pesquisa. Esse resultado decorre de fatores como os programas de capacitação docente e discente de seus membros, através de estágios de doutoramento ou cursos de mestrado e doutorado pleno realizados na UFPB e fora dela, das parcerias engendradas, assim como das discussões ocorridas nas reuniões mensais de pesquisa e nos eventos anuais (Seminários). Merece especial menção a luta para a formalização do Instituto de Direito Civil Constitucional (IDCC), associação sem fins lucrativos, reconhecida como de utilidade pública pela Lei Estadual 11.227/2018, da Assembleia Legislativa da Paraíba. Conjugados, esses elementos geram produções relevantes como esta. Boa leitura!

João Pessoa, 25 de agosto de 2018

Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa

APRESENTAÇÃO

A Obra que se oferece ao público, *Desafios do Direito Privado Contemporâneo: Novos Direitos Sociais*, apresenta coletânea de textos que problematiza que problematiza desafios de humanização do direito privado no Brasil. O livro resulta das reflexões e debates ocorridos no V Seminário do grupo de pesquisa intitulado *Perspectivas e Novos Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional*, sediado pela UFPB e composto por pesquisadores de mais de dez instituições universitárias brasileiras e estrangeiras, em formato de rede de pesquisa, nomeadamente de Instituto de Pesquisa (conferir www.institutodcc.org.br). A proposta de humanização procura vislumbrar e esboçar lineamentos teóricos para a necessária fundamentação, como pressupostos de validade da proposta de humanização do direito privado. É possível iniciar pelo reconhecimento das necessárias interfaces entre os DHESC – direitos humanos econômicos, sociais e culturais – e o Direito Civil, fato que conduz ao caminho de cogitação de um possível “direito civil social”, conclusão que certamente estranha o arquétipo do direito civil como é conhecido e tratado na atualidade, superando o viés individualista ou mesmo privatista desse ramo jurídico.

Outro pressuposto poderia ser a aferição de que o processo de constitucionalização ocorrido no Brasil, embora de enorme relevância para a mudança do Direito Civil clássico, não tem sido suficiente (por deficiências estruturais e formais do direito e da realidade brasileira) para afetar o coração de alguns núcleos intocados de patrimonialismo ainda presentes no direito civil, mesmo aquele que se constitucionalizou, sem considerar os retrocessos atuais que começam a atingir o texto constitucional, em sua versão de bem-estar. Significa que uma hipótese importante para a ideia de humanização é o necessário contraponto da despatriomonalização de algumas categorias civilistas conhecidas, sabendo-se que, neste quesito, constitucionalização e humanização se aproximam.

É possível pensar em outros requisitos, tudo a demandar sério processo de imersão teórica e prática, que resulte num marco teórico

consistente. Um pressuposto de grande relevância para a base teórica da humanização do Direito Civil é o reconhecimento, diante do caso concreto, da chamada hipervulnerabilidade dos sujeitos, como fragilidade diferente, exponenciada, formando um conjunto ou um “feixe de fragilidades” que leva a determinado contexto de exclusão social de pessoas em igual situação. Neste ponto, cabe ponderar o pertencimento do sujeito a um grupo social, considerada e preservada, todavia, suas necessidades e sua individualidade, cujos direitos humanos à moradia, ao trabalho, à assistência médica, à educação e à vida digna são violados pela ação negligente dos responsáveis por essa prestação positiva do Estado e da sociedade.

O Volume I apresenta reflexões de pesquisadores de 03 (três) países – Brasil, Portugal e Espanha – e 08 (oito) Universidades – Universidade Federal da Paraíba, Universidade Federal de Pernambuco, Universidade Federal de Sergipe, Universidade Federal de Alagoas, Universidade Federal de Santa Catarina, Universidade do Porto, Universidade de Salamanca e Universidade de Vigo.

Em “EU ROBÔ” (*DE DIREITOS*): *OS DESAFIOS PARA A COMPREENSÃO DO FENÔMENO DA PERSONALIDADE ELETRÔNICA*, Adriano Marteleto Godinho e Anna Rachel Alves de Arruda trazem uma análise sobre os novos contornos da personalidade jurídica em uma realidade pós humana. Já Marcos Ehrhardt Júnior e Márcio Roberto Torres, no texto *DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES PRIVADAS: SUPERANDO A (PSEUDO)TENSÃO ENTRE APLICABILIDADE DIRETA E EFICÁCIA INDIRETA PARA ALÉM DO PATRIMÔNIO*, a partir de abordagem de situações jurídicas patrimoniais e existenciais, tentam conciliar autonomia privada e direitos fundamentais, de modo que a tutela de ambos coexistam de forma harmoniosa.

No texto *DECISÃO JUDICIAL DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA SOB ANÁLISE DO DIREITO QUÂNTICO*, Marcus Setally, Emanuela Régis e Jislaine Felinto apresentam análise fundamentada no direito quântico em casos judiciais onde se restou comprovada a culpa exclusiva da vítima. Em *O CAMINHO RUMO À HUMANIZAÇÃO DO DIREITO DAS SUCESSÕES*, Fabíola Albuquerque Lôbo demonstra Dúvidas e incertezas quanto a tese

de repercussão geral, referente à igualização dos direitos sucessórios entre cônjuges e companheiros.

Heloísa Helena Pinho Veloso e José Manuel Peixoto Caldas trazem reflexões sobre a metamorfose do câncer, ressaltando a necessidade de olhar o paciente e não apenas a doença, no texto *SAÚDE PÚBLICA NA ODONTOLOGIA ONCOLÓGICA :HUMANIZAÇÃO NA SAÚDE*.

O volume II apresenta reflexões de pesquisadores de 03 (três) países – Brasil, Portugal e Espanha – e 08 (oito) Universidades – Universidade Federal da Paraíba, Universidade Federal de Pernambuco, Universidade Federal de Sergipe, Universidade Federal de Alagoas, Universidade Federal de Santa Catarina, Universidade do Porto, Universidade de Salamanca e Universidade de Vigo.

Heloísa Helena Pinho Veloso e José Manuel Peixoto Caldas e Reginaldo Deconti Júnior trazem reflexões sobre a metamorfose do câncer, ressaltando a necessidade de olhar o paciente e não apenas a doença, no texto *SAÚDE PÚBLICA E BEM ESTAR SOCIAL – QUE FUTURO*, refletem, em um contexto de instabilidade político-econômica mundial e ressurgimento de políticas neoliberais, refletem a saúde pública entendida de forma global e globalizadora.

Na sequência, Henrique Ribeiro Cardoso, José Lucas Santos Carvalho e Gabriela Garcia Alves, em *PROTEÇÃO DO DIREITO TRANSINDIVIDUAIS NA OFERTA DE SAÚDE PÚBLICA: A NOVA SISTEMÁTICA DE CONCILIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO*, defendem a utilização de métodos adequados de solução de conflitos para a efetividade do acesso à Justiça. No texto *LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA SALUD DE LOS TELETRABAJADORES*, Ana Flávia Furtado Evangelista, María Luisa Martín Hernández e Juliana Fernandes Moreira abordam aspectos relativos à proteção, saúde e seguridade social dos teletrabalhadores. Já Jailton Macena de Araújo, no texto *DESUMANIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: UMA ANÁLISE DA REFORMA TRABALHISTA EM FACE DA DESCONSTRUÇÃO DA CARGA PRINCÍPIOLÓGICA LABORAL*, reflete que a Reforma Trabalhista contraria a tendência à humanização e desumaniza o trabalho.

Hiago Pereira da Silva Moura e Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa, no texto *DA FAÍSCA PROMETEICA AO INCÊNDIO FÁUSTICO*:

NANOTECNOLOGIA OU A ARTE SUBLIME DO INFINITAMENTE PEQUENO, abordam os influxos do fato nanotecnológico enquanto ponto de superação da condição orgânica humana no contexto do debate filosófico da sublimidade schopenhauriana.

Para finalizar, Andréa Costa do Amaral Motta com o texto *O MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS, A BOLSA DE VALORES, AS COMPARAÇÕES E OS IMPACTOS COM O DIREITO CIVIL DOS CONTRATOS*.

Pela leitura dos artigos que compõem esta obra, são visíveis as contribuições dos pesquisadores para as mais diversas discussões que permeiam o direito civil-constitucional contemporâneo e o processo de humanização. O recorte metodológico de cada trabalho evidencia a complexidade dos problemas sociais e jurídicos e o papel do direito, com o seu compromisso de solidariedade social, em apontar soluções para proteger os hipervulneráveis e resgatar a cidadania.

João Pessoa, 12 de maio de 2018

Adriano Marteleto Godinho (UFPB)

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa (UFPB)

Fabíola Albuquerque Lôbo (UFPE)

José Manuel Peixoto Caldas (Universidade do Porto)

SAÚDE PÚBLICA E BEM ESTAR SOCIAL: QUE FUTURO

*José Manuel Peixoto Caldas
Heloísa Pinho Veloso
Reginaldo Deconti Junior*

1 FILOSOFIA DO DIREITO UNIVERSAL À SAÚDE

Há 40 anos acontecia a 30^a. Assembleia Mundial de Saúde, realizada pela Organização Mundial de Saúde que protagonizou o movimento “Saúde para todos no ano 2000”, resultando na elaboração de um documento intitulado Declaração de Alma-Ata, que reafirmou o significado de saúde como um direito humano fundamental e como uma das mais importantes metas mundiais para a melhoria social (Declaração de Alma-Ata. Saúde, 1978).

De acordo com a Declaração de Alma-Ata, ações no sentido de diminuir a desigualdade social deveriam ser estimuladas e adotadas por todos os países, para que as metas mundiais propostas fossem atingidas, diminuindo as lacunas existentes entre os países subdesenvolvidos, em desenvolvimento e desenvolvidos (Declaração de Alma-Ata. Saúde, 1978). Para tanto, o investimento em atenção primária seria a chave para uma promoção da saúde equânime e abrangente por meio de ações de educação em saúde no contexto das políticas públicas de saúde vigentes. Haja vista que a promoção da saúde é essencial ao contínuo desenvolvimento econômico e social, à manutenção do melhor nível de saúde e do bem-estar, consequentemente da qualidade de vida das pessoas, e à manutenção da paz mundial.

Por conseguinte, para se promover saúde é necessário intervir nos vários determinantes sociais, econômicos e culturais de forma sistêmica, sistemática e integrada; conectando-se com (a)s: políticas de combate

à pobreza, condições de habitação, emprego e trabalho, alimentação, transportes, segurança, urbanismo e espaços de lazer. A articulação da saúde com a ação social e a educação, admitindo a saúde em todas as políticas como estratégia de referência, permitirá alavancar e criar a estrutura de suporte à sustentabilidade da ação política.

O Brasil, como a maioria dos países ocidentais, tem na sua Carta Magna, a defesa do Estado Social para o combate sério à pobreza e às desigualdades, tendo na educação e na saúde, um dos pilares estruturantes do Sistema Único de Saúde.

A consolidação do Sistema Único de Saúde perpassa pela defesa da assistência à saúde, daí a necessidade de implementar as políticas e programas vigentes de prestação de cuidados de saúde, nomeadamente através das seguintes medidas: apostar em medidas de promoção da saúde e de combate à doença; praticar políticas de diferenciação positiva orientadas para os cidadãos mais vulneráveis, para as mulheres em idade fértil e as crianças, as pessoas idosas e em situação de dependência; expansão e melhoria da Rede de Cuidados Primários; investimento na Rede de Cuidados Continuados que tem que ser estimulada na comunidade e na periferia das grandes cidades para chegar ao domicílio dos idosos e dependentes, integrada com a Rede de Ação Social. De modo, a criar um ambiente favorável ao envelhecimento ativo e saudável, que deve contar com a participação ativa dos municípios; aperfeiçoar a gestão dos recursos humanos e a motivação dos profissionais de saúde; e aprofundar e desenvolver as tecnologias de saúde, como consta na Constituição: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (Presidência da República, 1990).

2 FOTOGRAMA DA SAÚDE PÚBLICA GLOBAL

2.1 A EVOLUÇÃO SÓCIO-HISTÓRIA DA SAÚDE PÚBLICA NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

A ideia de proteção social apareceu pela primeira vez no século XIX, com a generalização da revolução industrial e o surgimento das grandes concentrações operárias. Ao criarem as sociedades de socorro mutualista, e então, ampliando-as com sistemas de seguridade social – o primeiro foi fundado pelo chanceler alemão Otto von Bismarck em 1883 –, os dirigentes políticos e econômicos tiveram como objetivo de garantir a manutenção de uma mão-de-obra com boa saúde, capaz de resistir ao choque de condições de trabalho estafantes. Eles foram obrigados a agir mais conforme as lutas sociais pela melhora das condições de vida iam se desenvolvendo.

Com isso, depois da Segunda Guerra Mundial apareceram diversos sistemas destinados a garantir a coesão social. De certa forma, eram dispositivos que evitavam o acirramento da luta de classes. Na França, país mundialmente conhecido pela sua Revolução Francesa de 1789 inspiradora e modelo de quase todas as revoluções político sociais assente nos seus três pilares liberdade, igualdade e fraternidade a Assembleia Consultiva Provisória explicou, em 5 de julho de 1945, que a seguridade social “responde à preocupação de livrar os trabalhadores das incertezas do futuro imediato, as quais favorecem neles um sentimento de inferioridade, que está na base da distinção das classes entre os ricos seguros de si mesmos e do seu futuro e os trabalhadores sobre os quais pesa constantemente a ameaça da miséria” (Barjot, 1997) Sem querer comparar com o incomparável o Brasil fez uma revolução com a criação do SUS. Que tem sido, desde a sua criação, um dos pilares na luta pela equidade, integralidade e universalidade no acesso dos cidadãos ao atendimento satisfatório às suas necessidades de saúde, que propiciará a promoção da saúde, além da redução dos custos sociais com agravos

à saúde, aumentará a rentabilidades dos serviços de saúde disponíveis em quantidade adequada e qualidade inquestionável.

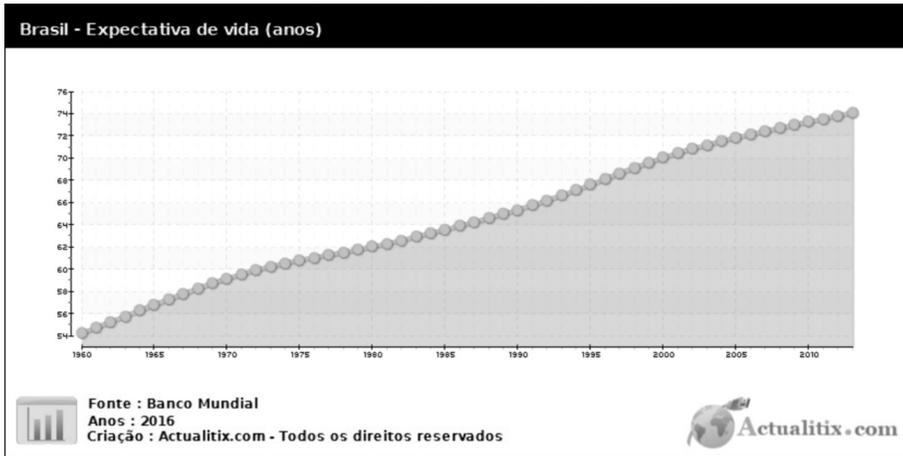
Vale ressaltar que em período de crise político-econômica, há posições favoráveis à sua privatização, conseqüentemente a extinção de uma política emanada da Constituição Federal de 1988, e que está estruturada nos três princípios norteadores ou construtores – universalidade, integralidade e equidade.

Universalidade – “A saúde é um direito de todos”, como afirma a Constituição Federal. Naturalmente, entende-se que o Estado tem a obrigação de prover *atenção* à saúde, ou seja, todo cidadão tem direito ao acesso aos serviços de saúde conforme a sua necessidade.

Integralidade – A atenção à saúde inclui tanto os meios curativos quanto os preventivos; tanto os individuais quanto os coletivos. Em outras palavras, as necessidades de saúde das pessoas (ou de grupos) devem ser levadas em consideração mesmo que não sejam iguais às da maioria. Logo, a atenção deve estar centrada no cidadão e não na sua queixa ou doença.

Equidade – Os cidadãos devem ter as suas necessidades de saúde atendidas de acordo com as prioridades. O Brasil contém disparidades sociais e regionais, as necessidades de saúde variam. Por isso, enquanto a Lei Orgânica fala em *igualdade*, tanto o meio acadêmico quanto o político consideram mais importante lutar pela *equidade* do SUS.

E a verdade é que desde a sua implementação (22 de setembro de 1988) a esperança de vida no Brasil em 30 anos, de 1988 ($\pm 64,8$) a 2018, ($\pm 75,8$) a expectativa de vida dos brasileiros ao nascer aumentou em mais de 11 anos e hoje é de $\pm 75,8$ anos – um acréscimo de três meses e onze dias em relação a 2015. Os dados são do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE/2018). Em 2015, a expectativa de vida no país era de 75,5 anos, segundo dados do Banco Mundial. Se recuarmos a 1960 em que a esperança de vida se situava em 54,21 anos o ganho na esperança de vida ultrapassa mais de 20 anos, uma verdadeira revolução demográfica.

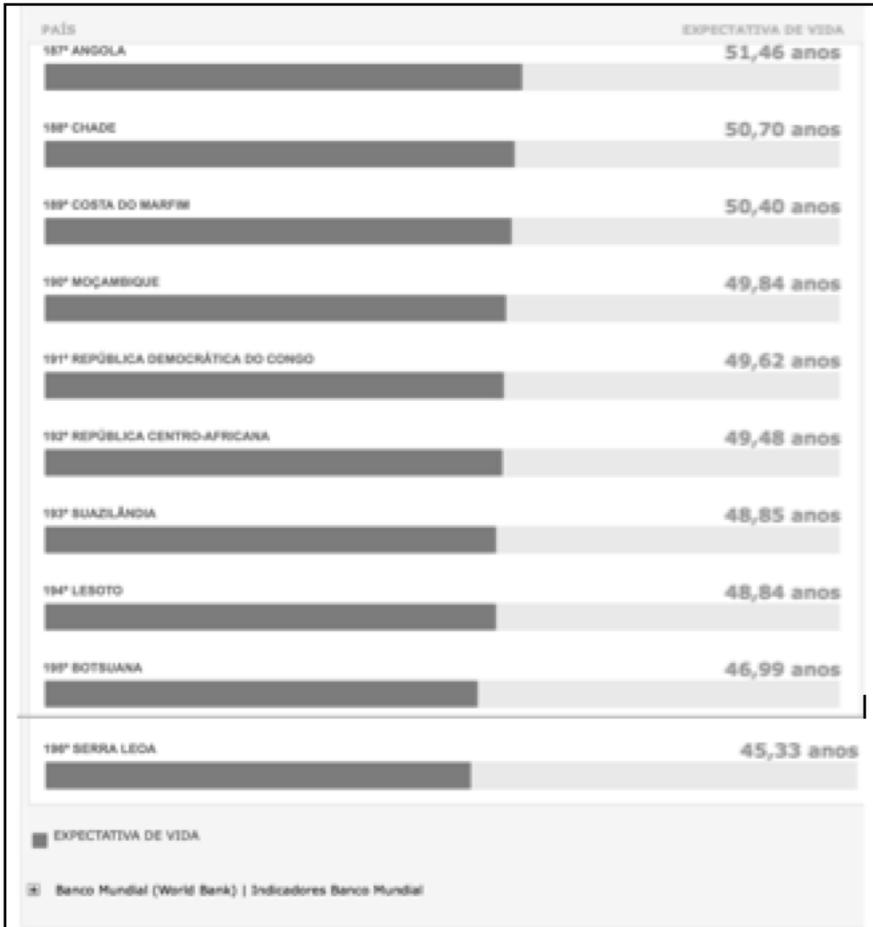
Figura 1. Expectativa de vida em Anos no Brasil

Na escala planetária, o “direito à saúde para todos” foi reconhecido a tal ponto que levou à criação da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1948. Hoje, 70 anos mais tarde, apesar dos compromissos renovados assumidos pelos 194 países da Organização das Nações Unidas (ONU) em Alma-Ata, em 1978, ainda falta muito para este objetivo se tornar realidade.

A constatação que se impõe em primeiro lugar é a de que existem desigualdades incomensuráveis, sobretudo entre nações.(vejamos algumas tabelas que denunciam a forma desigual da expectativa de vida ao nascer)

Tabela 1





Enquanto a medicina realizou progressos incontestáveis, 31 países – entre os quais África do Sul, Botsuana, Gabão, e ainda Rússia e Ucrânia – registraram uma redução na expectativa de vida “com boa saúde” (ou seja, sem enfermidade grave) entre 1990 e 2006. O continente africano permanece majoritário na cauda do pelotão: 29 anos de expectativa de vida na Serra Leoa, 33 anos em Angola, 37 anos na República Democrática do Congo (RDC). No outro extremo do ranking, o Japão segue disparado na frente: 75 anos. Vale reconhecer que as áreas onde se morre tão cedo também são palcos de guerras e outros conflitos

internos com inúmeras vítimas. Mas essas populações, por falta de atendimento médico em quantidade e qualidade suficientes, sofrem acima de tudo de doenças infecciosas (malária, tuberculose, diarreia e Aids), que prosperam com a miséria e a carência de saneamento básico. Não há nem fatalismo nem mistério. Esse tipo de flagelo, que se concentra nos países do Sul (além da África, em certos Estados da Ásia como Timor Leste, Laos, Bangladesh e Mianmar), pode ser debelado com o desenvolvimento econômico, um fenômeno que os especialistas chamam de “transição epidemiológica”. Nos países ricos ou emergentes predominam as moléstias crônicas: doenças cardiovasculares, respiratórias, diabetes e câncer. Obviamente, estas últimas também atingem os países em desenvolvimento, onde elas se alastram em função do surgimento de classes médias, como em Gana, Gabão, África do Sul e Paquistão.

Da mesma forma, infecções que haviam desaparecido nos países desenvolvidos – tais como a tuberculose – voltaram à tona. Nem por isso o diagnóstico fundamental segundo o qual a riqueza do país e o nível das despesas sanitárias são determinantes para o prolongamento da vida deixa de ser pertinente.

Os 30 países da Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômicos (OCDE), que apresenta a maior taxa de longevidade, concentram 90% das despesas mundiais com saúde, ao passo que contam 20% apenas da população.

Tabela 2



A África subsaariana, com 12% da população mundial, emprega menos de 1% dos gastos nesse setor (The Lancet, 2008) Já em Serra Leoa, os recursos dedicados à saúde alcançam 3,5% do produto interno bruto (PIB) e 2,1% no Congo, enquanto superam 8% no Japão e 11% na França. Se o exemplo estadunidense comprova que os recursos nem sempre são bem utilizados, eles devem, entretanto, alcançar um nível

suficiente para que se possa escapar desta “fatalidade da morte”, que de forma alguma é uma consequência natural, mas sim, em grande parte, resulta da distribuição das riquezas. Como diz o economista Amartya Sen em entrevista dada ao International Herald Tribune, : “Todos deveriam ser capazes de admitir que as injustiças, tais como a carência de cuidados médicos ou a falta de remédios poderiam ser eliminadas, sem esperar, para tanto, que se chegue a um acordo em relação à visão de sociedade que deveria ser promovida. Da mesma maneira que Condorcet, que em seu tempo definiu o princípio do fim da escravidão, é preciso colocar esta questão da injustiça” (Donald, 2010)

Enquanto o dinheiro é fundamental nessa guerra contra as doenças, é preciso também contar com um exército treinado (profissionais da saúde) e com armas eficientes (medicamentos, equipamentos, educação). O acesso aos tratamentos depende igualmente da organização sanitária e do modo de financiamento. Existem três grandes sistemas distintos: um primeiro oriundo da colonização, outro formado pelos ex-países comunistas e um terceiro em vigor nos Estados desenvolvidos, geralmente adotado com algumas variantes pelos países emergentes.

Como herança da época colonial, os 79 países da África, do Caribe e do Pacífico (ACP) desenvolveram uma arquitetura piramidal. Neles predomina o nível primário, com dispensários locais e às vezes equipes móveis, o nível secundário com hospitais gerais, e, por fim, um nível terciário, constituído por unidades especializadas (clínicas) e por centros hospitalares universitários. Até meados dos anos 1980, os fundos do Estado e os das organizações internacionais permitiram garantir um equilíbrio precário.

Mas, conforme comenta a OMS em seu relatório de 2008, “as políticas de ajuste estrutural [negociadas pelo Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial] abalaram gravemente o sistema de saúde pública; as discrepâncias entre a oferta privada e pública de tratamentos médicos ampliaram-se”. A entidade acrescenta: “A mercantilização desenfreada dos sistemas de saúde os torna muito ineficientes e muito caros; ela acentua as desigualdades e conduz a tratamentos de qualidade medíocre, e não raro até mesmo perigosos” (OMS, 2009). Ela cita ainda o exemplo da República Democrática do

Congo, onde “é designada com a expressão “cirurgia safari” uma prática comum de certos agentes de saúde que consiste em efetuar de maneira informal apendicectomias e outras intervenções cirúrgicas no domicílio do doente, geralmente por um preço exorbitante”. Esses fatos mostram que a penúria sempre vem acompanhada da corrupção.

Quanto às ajudas internacionais (OMS, Unicef, programas da ONU, bilaterais e grandes fundações), de fatos indispensáveis, elas são tão dependentes de comanditários múltiplos que costuma ser difícil instaurar qualquer coerência em sua implementação.

2.2 A IDENTIDADE CULTURAL NA CONTRUÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA

Construir uma rede de atendimento médico revela-se necessário. Mas não é suficiente. “Instalações e serviços podem estar disponíveis e acessíveis, e ainda assim permanecerem insensíveis à cultura”, escrevem pesquisadores ao fazerem um balanço de 60 anos de “direito à saúde” na revista especializada *The Lancet* (2008). Eles citam o exemplo peruano, onde os programas destinados a debelar a mortalidade materna fracassaram até o momento em que eles levaram em conta o costume das mulheres de dar à luz agachadas, e forneceram os equipamentos adequados. Uma mera questão de bom senso. É significativo o fato de na África, ou mesmo na Índia, os sistemas coloniais terem importado métodos ocidentais, ignorando práticas e habilidades locais (quando estas não foram combatidas). A China de Mao Tsé-tung fez o contrário, baseando-se na medicina tradicional, que, associada às terapias ocidentais, na época contribuiu para debelar certas doenças infecciosas.

Outro sistema importante é o dos antigos países comunistas do bloco soviético. Baseava-se nos grandes hospitais e nos sanatórios. O atendimento médico de bairro praticamente não existia. Já pouco eficiente no final do antigo regime, este modelo explodiu com a queda das subvenções públicas vinculada à conversão desses países aos dogmas liberais e ao desmoronamento econômico. As dificuldades de vida e a

perda das referências coletivas conduziram a comportamentos de risco (como violência e alcoolismo acirrado), no momento em que os fundos alocados para a saúde regrediam (supressão dos medicamentos gratuitos, privatização de setores hospitalares, equipamentos obsoletos...). Resultado: a expectativa de vida “com boa saúde”, que era de 69 anos na Rússia em 1990, caiu para 66 anos em 2006; de 70 para 67 anos na Ucrânia; e de 65 para 64 anos no Cazaquistão.

Resta o caso dos países ricos, onde o acesso em massa aos tratamentos passa pelos médicos de bairro, os especialistas, os hospitais generalistas, assim como pelos estabelecimentos mais avançados e sofisticados. No cerne desse conjunto, podemos distinguir os sistemas nos quais a gratuidade é garantida e a oferta de tratamentos financiada pelo Estado (Espanha, Portugal, Suécia, Reino Unido); os sistemas de seguro-doença (Alemanha, França e Japão) nos quais a oferta pode ser pública ou privada e os custos dos tratamentos são mútuos; e por fim, os sistemas majoritariamente privados (países da Europa Central ou Estados Unidos). Este último, na verdade, pode ser chamado de “não-sistema”: cerca de um sexto da população não tem qualquer proteção. Um buraco que, por enquanto, Barack Obama tenta tapar sem muito sucesso (Le Monde Diplomatique, 2010).

2.3 A ETERNA UTOPIA SAÚDE X EQUIDADE

Nas revistas nacionais e internacionais ainda é simplória a dedicação à temática – medicina social e às questões a ela inter-relacionadas, tais como, equidade em saúde, determinantes sociais e culturais na saúde, e acesso ao sistema de saúde. Num cenário de crise global, Europa e América Latina enfrentam um momento de repensar sobre os seus respetivos sistemas de saúde, seja o caso do Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil ou do Serviço Nacional de Saúde (SNS) em Portugal, com a finalidade buscar alternativas a curto, médio e/ou a longo prazo para reverter a problemática da crise.

As políticas neoliberais levadas a cabo nos últimos anos na Europa, e particularmente em Portugal, parecem conduzir os sistemas de saúde alheios à equidade. Sendo assim, espera-se que a Organização Mundial de Saúde (OMS) combata as desigualdades de saúde dentro de uma geração, garantindo uma redistribuição justa de poder e de recursos aos cidadãos com vista à promoção de sua saúde e de seu bem-estar, conseqüentemente à conquista de qualidade de vida.

Em setembro de 2018 se cumprirá quatro décadas desde a Conferência Internacional sobre os Cuidados Primários, decorrida em Alma-Ata (ex-URSS). Durante estes quarenta anos, muitas outras conferências se realizaram, sempre com o intuito de reunir os representantes de nações de todo o mundo – OMS, Organização das Nações Unidas (ONU), Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS) – a fim de partilhar conhecimentos e experiência, analisar e debater assuntos internacionais de saúde, apresentar estratégias e recomendações sob a forma de cartas de intenção. A Meta comum é *“Saúde para Todos”*.

Decorrido este período, cumpre fazer alguns balanços. Dentre as ações propostas, destaca-se o não alcance da Meta de *“Saúde para Todos no Ano 2000”*. Logo, seria oportuno e procedente analisar os marcos mais representativos na evolução teórica e na prática da Saúde Pública.

Principais Conferências Internacionais da OMS desde a década de 1970

1977 – *“Saúde Para Todos no Ano 2000”* (30a Assembleia Mundial da Saúde).

1978 – Declaração de Alma-Ata (ex-URSS) – *Saúde Para Todos no Ano*

2000 (Conferência Internacional sobre Cuidados de Saúde Primários).

1986 – Carta de Ottawa (Canadá) – *Promoção da Saúde nos Países Industrializados* (1a Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde).

1988 – Declaração de Adelaide (Austrália) – *Promoção da Saúde e Políticas Públicas Saudáveis* (2a Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde).

1991 – Declaração de Sundsvall (Suécia) – *Promoção da Saúde e Ambientes Favoráveis à Saúde* (3a Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde).

1997 – Declaração de Jacarta (Indonésia) – *Promoção da Saúde no Século XXI* (4a Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde).

2000 – Declaração do México – Promoção da Saúde: Rumo a Maior Equidade (5a Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde).

2005 – Carta de Bangucoque (Tailândia) – Promoção da Saúde num Mundo Globalizado (6a Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde).

Torna-se, assim, pertinente relembrar o conteúdo desses documentos e apresentar exemplos das mudanças e inovações na prática da Saúde Pública, mais concretamente nos nossos dois países, Portugal e Brasil, fazendo fazer cumprir **Os artigos 21 a 30 da Declaração Universal dos Direitos Humanos** *Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (Resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.*

3 SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS, A ETERNA CAIXA DE PANDORA

No Brasil, houve um esboço de implantação do Estado de Bem-Estar Social nas décadas de 1970 e 1980. Todavia, o modelo não seria aplicado como investimento produtivo para sociedade, mas de forma assistencialista. Logo, o que se verificou foi a manutenção da acentuada **desigualdade social**, os elevados índices de pobreza e o insucesso no Índice de Desenvolvimento Humano. O governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, 1994-2002, assumiu o modelo Neoliberal como direcionador do Estado, fazendo a contraposição. Seu sucessor, Luís Inácio “Lula” da Silva, recuperou as ideias do Estado Providência, **investindo em políticas sociais que resultaram na diminuição dos índices de pobreza**. No entanto, os investimentos em políticas sociais após sua governação tem vindo paulatinamente a diminuir assistindo-se ao desmantelamento do Estado de Bem Estar Social e ao surgimento de um novo modelo apoiado na privatização da saúde e da educação.

O Sistema Único de Saúde amado pelo povo e odiado pelo mundo empresarial é o pilar do sistema de saúde público brasileiro. A propósito da mesma diz a A Constituição brasileira de 1988 diz que a “Saúde é

direito de todos e dever do Estado” e criou o Sistema Único de Saúde (SUS), um dos maiores sistemas públicos de saúde do mundo. Ele abrange desde o simples atendimento para avaliação da pressão arterial até o transplante de órgãos, garantindo acesso integral, universal e gratuito para toda a população do país.

Figura 2



Vale ressaltar que em período de crise político-econômica, há posições favoráveis à sua privatização, conseqüentemente a extinção de uma política emanada da Constituição Federal de 1988, e que está estruturada nos três princípios norteadores ou construtores – universalidade, integralidade e equidade.

Universalidade – “A saúde é um direito de todos”, como afirma a Constituição Federal. Naturalmente, entende-se que o Estado tem a obrigação de prover *atenção* à saúde, ou seja, todo cidadão tem direito ao acesso aos serviços de saúde conforme a sua necessidade.

Integralidade – A atenção à saúde inclui tanto os meios curativos quanto os preventivos; tanto os individuais quanto os coletivos. Em

outras palavras, as necessidades de saúde das pessoas (ou de grupos) devem ser levadas em consideração mesmo que não sejam iguais às da maioria. Logo, a atenção deve estar centrada no cidadão e não na sua queixa ou doença.

Equidade – Os cidadãos devem ter as suas necessidades de saúde atendidas de acordo com as prioridades. O Brasil contém disparidades sociais e regionais, as necessidades de saúde variam. Por isso, enquanto a Lei Orgânica fala em *igualdade*, tanto o meio acadêmico quanto o político consideram mais importante lutar pela *equidade* do SUS.

As principais Leis que dirigem o andamento do Sistema Único de Saúde (SUS) são:

Artigos 196 a 200 da Constituição Federal

Lei nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990

Lei nº 8.142, de 28 de Dezembro de 1990

Podemos destacar algumas partes destas normas que nos ajudam a entender a essência do SUS:

Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação;

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado;

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

Lei nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício;

Art. 4º O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

Lei nº8.142, de 28 de Dezembro de 1990

Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:

I - a Conferência de Saúde;

II - e o Conselho de Saúde.

§ 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a

situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.

§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

§ 3º O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems) terão representação no Conselho Nacional de Saúde.

§ 4º A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos.

§ 5º As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde terão sua organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio, aprovadas pelo respectivo conselho.

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

CONCLUSÃO

Em defesa do SUS:

Por uma Pátria Educadora e Cuidadora que conduza o cidadão ao Exercício pleno da Cidadania.

REFERÊNCIAS

Barjot, Alain (1997) La Sécurité sociale, son histoire à travers les textes, tome III, 1945-1981, Association pour l'étude de l'histoire et de la sécurité sociale, Ministère du Travail, Paris, 1997.

Carta de Ottawa. Promoção da Saúde nos Países Industrializados. In: 1a Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde; 17-21 nov. 1986, Canadá [Internet]. Canadá; 1986. Disponível em: www.saudepublica.web.pt/05-PromocaoSaude/Dec_Ottawa.htm. Acesso em: 10 de abril de 2018.

Conselho Nacional de Saúde. Constituição Federal, Artigos 196 a 200. Disponível em <http://conselho.saude.gov.br/web_sus20anos/20anossus/legislacao/constituicaofederal.pdf> Acesso em 10 de abril de 2018.

Declaração de Alma-Ata. Saúde para Todos no Ano 2000. In: Conferência Internacional sobre os Cuidados de Saúde Primários; 12 set. 1978, Cazaquistão, URSS [Internet]. Cazaquistão; 1978. Disponível em: http://www.saudepublica.web.pt/05-PromocaoSaude/Dec_Alma-Ata.htm Acesso em: 10 de abril de 2018.

Donald G. McNeil Jr, "Poor nations still getting little flu vaccine", International Herald Tribune, Paris, January 19, 2010.

Le Monde Diplomatique "Obama ou l'impasse des petits pas", La valise diplomatique, 20 janvier 2010.

OMS, 2009 "Rapport sur la santé 2009", Organisation mondiale de la santé, Genève. Suisse

Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990: Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm> Acesso em: 10 de abril de 2018.

Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 8.142, de 28 de Dezembro de 1990: Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm> Acesso em: 10 de abril de 2018.

The Lancet, 2008 “Health systems and the right to health: an assessment of 194 countries”, The Lancet, London, 13 December 2008.

PROTEÇÃO DO DIREITO TRANSINDIVIDUAIS NA OFERTA DE SAÚDE PÚBLICA: A NOVA SISTEMÁTICA DE CONCILIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

*José Lucas Santos Carvalho
Danielle Garcia Alves
Henrique Ribeiro Cardoso*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O desenvolvimento da positivação dos direitos humanos e a sua constitucionalização na ordem interna dos Estados Democráticos de Direitos induziram a novos direitos que superam a tradicional distinção entre direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, cuida-se dos direitos ou interesses transindividuais que tutelam um número indeterminado ou indeterminável de sujeitos. Nesta perspectiva, os agentes aplicadores do direito – Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, advocacia privada... –, têm demonstrado uma preocupação cada vez maior com a concretização desses direitos, visando propiciar um maior controle jurídico e social sobre os objetivos postos como direitos transindividuais pela Constituição Federal.

O Estado, nesse novo modelo plural e democrático advindo com a ordem constitucional de 1988, vincula-se à progressiva promoção de fins determinados, salvaguarda da democracia e da realização de uma justiça substancial que efetivamente promova uma transformação social,

submetendo-se aos ditames da Constituição e das leis na promoção da proteção do cidadão. Para a garantia desses direitos, uma de suas características é a sua justiciabilidade, isto é, a capacidade de buscar a proteção jurisdicional para assegurar a sua efetividade. Todavia, a judicialização para além de um caminho de garantia de direitos também se tornou um obstáculo à própria efetivação.

A judicialização no Brasil é excessiva, e não apenas a relativa à questão da implementação de políticas públicas. Na atualidade, segundo dados da Associação dos Magistrados do Brasil, algo próximo a 110.000.000 (cento e dez milhões) de processos tramitam no Poder Judiciário brasileiro.¹ Segundo a mais ampla pesquisa já realizada sobre o tema, a cargo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ainda em 2011, o maior litigante brasileiro é o próprio Estado, que chega a ser responsável por 79% de todos processos no âmbito da Justiça Federal e 51% da totalidade em âmbito nacional (CNJ, 2011). Um dado é ainda mais alarmante: a taxa de congestionamento de processos é de 70%, o que significa dizer que para cada 100 novas ações que ingressam no Judiciário, apenas 30 são de algum modo encerradas, gerando um crescimento contínuo (CNJ, 2011). O impacto, não apenas sob o aspecto da litigiosidade da sociedade brasileira, mas também nas contas públicas, no que se refere ao próprio custo dos serviços jurídicos como um todo, é gigantesco.

Essa onerosa – e não tão eficiente² – estrutura estatal pretende ser reduzida através da promoção de meios adequados para a resolução de conflitos que prescindam da atuação de um juiz de direito, ou, ao menos, que posterguem essa atuação para etapas seguintes em procedimentos de natureza múltipla. A resolução do conflito, espera-se, deverá ser alcançada sem a via única da decisão judicial.

Desse modo, em relação aos direitos transindividuais, especificamente na oferta de saúde pública em que é possível vislumbrar

1 Disponível em: <http://www.amb.com.br/novo/?page_id=23202>, com acesso em 06/11/2016. Nesta data, o placar contabilizava, às 16h20min, 108.969.612 (cento e oito milhões, novecentos e sessenta e nove mil, seiscentos e doze) processos em trâmite, e em alta. A título de curiosidade, em 24/11/2016, às 10h18min, em consulta ao mesmo site, o número chegava a 109.225.193 (cento e nove milhões, duzentos e vinte e cinco mil, cento e noventa e três processos). Em menos de 18 dias, adentraram nos Tribunais 255.581 (duzentas e cinquenta e cinco mil, quinhentas e oitenta e uma) ações a mais do que o número de processos extintos, o que dá uma média de aproximadamente 14.200 processos a mais por dia de resíduo.

2 Nesse sentido: “a afirmação de Roscoe Pound seguramente manter-se-á verdadeira por bastante tempo: a insatisfação com o Poder Judiciário é tão antiga quanto o Direito” (AZEVEDO, 2013, p. 17)

a hipervulnerabilidade do sujeito de direito, a presente pesquisa defende que a efetividade do acesso à justiça para solução de conflitos coletivos pode ocorrer por meio da via extrajudicial, em especial, a conciliação, que se volta mais diretamente ao conflito e valoriza a autonomia das partes perante as diretrizes da autocomposição, por intermédio do consenso. Na conciliação há um terceiro que desempenha a atividade de auxiliar as partes a chegarem a uma solução autocompositiva.

A exposição do tema será pautada pelo raciocínio dedutivo, partindo de aspectos mais gerais para os mais específicos, iniciando-se com a exposição do tema (tutela dos direitos transindividuais), partindo para a exposição dos referenciais teóricos que a problematizam (judicialização excessiva) e concluindo com a apresentação de soluções possíveis (ênfase na conciliação como eficiente técnica não judicial de solução de controvérsias para proteção dos direitos coletivos).

Para a realização da pesquisa, utilizar-se-á no decorrer da exposição, no âmbito da vertente teórico-metodológica das ciências sociais aplicadas, a linha jurídico-teórica, valendo-se da técnica de análise de conteúdo de textos doutrinários, acadêmicos e normas legais.

1 A TUTELA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS E A OFERTA DE SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL

Vargas (2012, p. 72) afirma que o substrato normativo da tutela processual coletiva se encontra na Lei de Ação Popular, na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor. Além disso, a tutela dos direitos transindividuais no Brasil ocorre por um conjunto de outras normas que tratam do direito material e, por vezes, disciplinam também aspectos processuais, a exemplo da Lei dos Investidores do Mercado de Valores (Lei nº 7.913/89), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), da Lei de Defesa da Ordem Econômica (Lei nº 8.884/94),

do Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001), do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), do Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/2003) da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) e do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015).

Nessa atividade legislativa, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) definiu em seu artigo 81, parágrafo único, os direitos transindividuais:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Interesses difusos são aqueles transindividuais, que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato, possuindo como característica fundamental sua indeterminabilidade. Os titulares desses interesses são indeterminados e indetermináveis. Os direitos difusos estão relacionados a bens jurídicos comuns a toda a coletividade de indivíduos. Por seu caráter de indivisibilidade, os direitos difusos consubstanciam em obrigações de fazer, não fazer e dar, que podem vir a ter repercussões pecuniárias na hipótese de não haver cumprimento

da tutela específica. Mancuso (2000, p. 77) ressalta o caráter de intensa conflituosidade interna e mutação dos direitos difusos, pois são produtos das diversas coletividades que compõem a atual sociedade de massa.

O interesse coletivo também é transindividual, embora pertencente a grupos ou categorias de pessoas determináveis, possuindo uma só base jurídica (relação jurídica-base, diz o art. 81 do CDC), trata-se dos direitos coletivos *stricto sensu*. Os titulares desses interesses são indeterminados, mas determináveis, constituem-se em grupos, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica. Esta característica do subjetiva é o elemento distintivo em relação aos direitos difusos. Ademais, por possuir também o caráter da indivisibilidade, esses direitos, na linha dos direitos difusos, igualmente consubstanciam em obrigações de fazer, não fazer e dar, que podem vir a ter repercussões pecuniárias na hipótese de não haver cumprimento da tutela específica.

Por sua vez, os interesses individuais homogêneos são os decorrentes de origem comum, de um fato comum, mas sem uma relação jurídica-base que os vincule entre si - como alunos de uma determinada escola em relação ao aumento abusivo das mensalidades. Ou seja, em sua essência são direitos individuais, mas em razão de sua homogeneidade e origem comum, admite-se e recomenda-se, por motivo de economia processual e efetividade, a tutela coletiva. Os direitos individuais homogêneos exprimem obrigações pecuniárias, que produzirão sentenças condenatórias genéricas, declaratórias do *an debeatur* (art. 95, do CDC) a serem posteriormente liquidadas e executadas pela vítima ou seus sucessores.

Vargas (2012, p. 72-73) explica que a tutela dos direitos coletivos no Brasil teve o seu início com a Constituição de 1934, disciplinada posteriormente pela Lei nº 4.717/65, quando já estava vigente a Constituição de 1946, que cuidou da tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa. A autora explica ainda que, apesar da ampliação do seu objeto e fundamento pela Constituição de 1988, “a especificidade do direito regulamentado por essa Lei e a escassez de normas que disciplinassem o processo desenvolvido para a tutela deste direito exigiam, da doutrina, o esforço exegético de laborar em

prol da ampliação do espectro de demandas tuteláveis por meio deste instrumento”. Somente em meados da década de 1980 adveio a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) para disciplinar institutos essenciais desses direitos, especialmente a legitimidade para agir e o regime da coisa julgada.

Quanto à judicialização em ações coletivas, a Lei de Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85, é instrumento processual destinado à tutela de interesses difusos da sociedade e, excepcionalmente, para a proteção de interesses coletivos ou individuais homogêneos. Nas ações civis públicas (ACP) propostas pelo Ministério Público, poderá haver, antes da propositura da ação, um procedimento prévio, um inquérito civil instaurado com amplos poderes instrutórios. A produção de provas, ainda que não produzida em processo judicial, será de amplo conhecimento da Administração sob investigação. E com uma particularidade: como o que se almeja com o Inquérito Civil é a composição, através de um Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC), todos os dados que o autor da ação possuir serão compartilhados com a Administração. Apenas na hipótese de não se alcançar uma composição é que será ajuizada uma ação civil pública. E o provimento final requerido terá necessariamente um *alcance amplo*, para a satisfação dos interesses que legitimam a própria atuação do Ministério Público – *interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos*. No campo específico da prestação de saúde, por exemplo, o Ministério Público terá por objetivo, *v.g.*, um provimento judicial que determine a construção ou reforma de unidades hospitalares, a contratação ou a nomeação de mais profissionais da saúde, a aquisição de insumos ou de medicamentos para atender a situação da sociedade. O pedido não será, em regra, direcionado para a satisfação de um indivíduo específico. É a melhora da prestação do serviço relativo a uma determinada coletividade que se objetiva, ao menos na perspectiva do Ministério Público, que espera seja compartilhada pelo Judiciário.³

3 “O aumento da intervenção do Poder Judiciário e da quantidade de liminares concedidas em sede de ações civis públicas, em mandados de segurança, entre outros, pode, eventualmente, induzir o gestor de saúde a uma espécie de inércia em relação às providências que lhe competem legal e constitucionalmente. Tem-se observado o fato de que, com base na demanda da população usuária, profissionais da área médica e/ou segmentos dos próprios gestores de saúde encaminham o paciente/usuário ao Ministério Público para que a ação ou o serviço de saúde sejam pleiteados por meio de requisição ministerial ou de provimento jurisdicional. O artifício utilizado pode culminar fomentando atitudes do poder público em não desempenhar suas atribuições naturalmente, permanecendo no aguardo de postulação do Ministério Público ou de determinação do Poder Judiciário, com prejuízos evidentes ao planejamento e à racionalidade do Sistema Único de Saúde. É o gestor

A situação é diferente em relação aos demais colegitimados à propositura de ação civil pública⁴ por três motivos. O primeiro deles se relaciona com a questão da pertinência temática. Leciona Fredie Didier Junior (2005, p. 195-196) que, com base na experiência americana, não basta a previsão legal da legitimação: “é necessário que exista um tal vínculo entre o legitimado e o objeto do processo, que o habilite, em determinado caso, para a condução do processo. [...] A jurisprudência do STF deu a este vínculo o nome de ‘pertinência temática”.

Dessa forma, a análise da legitimação coletiva (representante adequado) se dará em duas fases: a) legislativa, verificando-se se há autorização legal para que determinado ente possa conduzir o processo coletivo; e b) judicial, em que o controle se opera *in concreto*, à luz da relação que existe entre aquele que está legalmente legitimado e determinada situação jurídica de direito substancial por ele deduzida em juízo. O controle da pertinência temática deve ser realizado em relação a todos os legitimados – inclusive Defensoria Pública e OAB.⁵ À exceção

público que tem o dever de assegurar ações e serviços de saúde à população respectiva. Assim sendo, recomendável que a atuação do Ministério Público, judicial ou extrajudicial, contemple, na medida do possível, não somente o fornecimento de medicamento específico, mas pleitos pela adoção de medidas de caráter abrangente e que considerem os deveres do gestor de saúde. A título de exemplo, no âmbito federal, requerer a atuação do Ministério da Saúde para efetivar o seu papel normativo, promover a inclusão de medicamentos ou a pactuação intergestores para fins de co-financiamento, efetuar consultas públicas, elaborar/revisar protocolos clínicos, enfim. Outrossim, relevante observar que em situações de tutela jurisdicional individual, sobretudo em mandados de segurança, é possível, com maior probabilidade, que estejam presentes, de modo predominante, interesses outros que não os relativos à boa prestação de serviços de saúde. Não é incomum a prática de alicionamento de pacientes para, utilizando-se de sua situação afiliva, lograrem objetivos menos nobres que os colimados na tutela do Direito à Saúde. A atuação do Ministério Público, agindo como fiscal da lei, pode ser de imensurável importância na correção de abusos e distorções”. (ESMPU, 2013, p. 59).

4 União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundação pública, sociedade de economia mista, associação privada (desde que constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil, e que inclua entre as suas finalidades institucionais a proteção a um dos interesses de que cuida a lei), Defensoria Pública e Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

5 Ementa: ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE OCUPAÇÃO E FORO. TERRENO DE MARINHA. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA OAB/SE. ATUALIZAÇÃO PELO VALOR VENAL DO IMÓVEL. 1. O cerne da controvérsia consiste em verificar se a decisão do juízo de origem que suspendeu a taxa de ocupação e foro do exercício de 2013, relativamente aos imóveis identificados como terreno de marinha, situados no município de Aracaju/SE, determinando que a UNIÃO, por meio da SPU, proceda à atualização de tais preços com base nos índices do INPC, com o cancelamento dos documentos de arrecadação já expedidos e emissão de outros com os valores corrigidos para recolhimento da citada taxa de ocupação e foro, deve ou não prevalecer. 2. Como bem destacou o membro da Procuradoria Regional da República, em seu parecer, *tem-se que a legitimidade ativa ad causam da OAB/SE para propor ação civil pública deve ser considerada a partir dos limites de sua atribuição legal*. 3. Nessa linha, *destinando-se a OAB/SE a fiscalizar e proteger o exercício da advocacia no âmbito de sua circunscrição, aquela somente deteria legitimidade para propor a referida ação para fins de preservar interesses vinculados ao exercício da classe dos advogados. Em outras palavras, a legitimidade ativa da OAB/SE para ajuizar ações civis públicas é limitada, devendo estar presente interesse da respectiva categoria profissional. Assim, não sendo essa a hipótese dos autos, resta substanciada a ilegitimidade ativa ad causam da OAB/SE no feito originário*. 4. Por sua vez, a atualização da taxa de ocupação com base no valor venal do imóvel encontra amparo no entendimento do STJ, firmado em sede de julgamento de recurso representativo da controvérsia, segundo o qual a atualização da taxa de ocupação se dá com a atualização do valor venal do imóvel e que tal processo de atualização não exige contraditório (REsp nº 1150579/SC, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 17/08/2011), o que respalda as alegações recursais. 5. Por tais razões, deve a decisão combatida ser integralmente reformada. 6. Precedentes do STJ e desta Corte: REsp nº 1150579/SC; AC536806/SE;

de ações que tenham por objeto a cobrança de tributos – *que em tese poderia se configurar um direito individual homogêneo* – ao Ministério Público não se aplica o controle da pertinência temática.

O segundo motivo de diferenciação, em relação aos demais coletivados, é a impossibilidade de instauração de inquérito civil. No inquérito civil preparatório da ACP, o Ministério Público, com poderes de requisição de provas semelhantes aos do próprio Poder Judiciário, a situação fática estará devidamente demonstrada já com o ajuizamento da ação civil pública. Ressalte-se que somente o Ministério Público pode instaurar inquérito civil, utilizando-se de diversos instrumentos investigatórios: requisição de documentos, de certidões, de informações de qualquer organismo público ou privado, notificação e oitiva de pessoas, acesso e inspeção de certos locais, realização de perícias, etc. O não atendimento das requisições ministeriais caracteriza crime, com pena de um a três anos de reclusão, conforme estabelecido no art. 10 da Lei 7.347/85.

Um terceiro motivo é a extensão dos efeitos de eventual decisão judicial favorável. Uma associação privada que possua entre seus objetivos institucionais a proteção ou a promoção de ações para o tratamento de determinada moléstia ou doença dos seus associados também pode ingressar com ação civil pública em defesa de seus integrantes – interesses coletivos em sentido estrito. Essa decisão, em processo coletivo, entretanto, não atingiria aos não associados.⁶ A legitimação para a tutela coletiva, portanto, decorre de atribuição do legislador que arrolou órgãos públicos e entidades privadas para a tutela de tais direitos, trata-se de legitimação concorrente e disjuntiva (VARGAS, 2012, p. 104).

Em relação à tutela do direito à oferta de saúde pública, a busca por meios alternativos de resolução de conflitos ocorre com o intuito de contribuir com a efetivação deste direito diante de um sujeito titular

PJe: 08006288620124058300) 7. Agravo de instrumento provido. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=ILEGITIMIDADE+ATIVA%2C+%28OAB%29>, com acesso em 31/03/2015.

6 Esclarece Ada Pellegrini Grinover que os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas de interesses coletivos *stricto sensu* e de interesses difusos se diferenciam no seguinte aspecto: “O regime dos limites subjetivos da coisa julgada, nas ações em defesa dos interesses coletivos, é exatamente o mesmo traçado para as ações em defesa dos interesses difusos. Anota que a única diferença reside na diversa extensão dos efeitos da sentença com relação a terceiros, consoante se trate de interesses difusos ou interesses coletivos. No primeiro caso, é própria da sentença a extensão da coisa julgada a toda a coletividade, sem exceção; no segundo, a natureza mesma dos interesses coletivos restringe os efeitos da sentença aos membros da categoria ou classes, ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação base”. (GRINOVER, 2001, p. 100)

que é hipervulnerável, pois se encontra exposto a mais de uma causa de vulnerabilidade, impulsionando a um agravamento de sua condição de vulnerável.

A discussão sobre a hipervulnerabilidade do sujeito de direito é relativamente recente, tendo como referência de desenvolvimento do termo a Professora Cláudia Lima Marques (2014, p. 321-326), que retratou a vulnerabilidade excepcional dos consumidores. A hipervulnerabilidade ocorre diante de um grau excepcional da vulnerabilidade geral, uma situação “agravada”. O próprio significado do prefixo dá a dimensão do conceito. “Hiper” é agravamento daquilo que é normal, advém do prefixo grego *hyper* a designar aumento, agravamento.

O termo vem sendo aplicado na proteção dos direitos do consumidor e tem sido reconsiderado para vislumbrá-lo em outras situações sociais em que for possível constatar a sobreposição de vulnerabilidades que expõe o indivíduo a maior exclusão e contribuem para a invisibilidade interseccional que revela a dinâmica de negação de direitos. Assim, no contexto de avanço da valorização da pessoa humana, o direito civil humanizado (FEITOSA, 2017) deve ser ferramentas de mudança para efetivar direitos, tendo como diretriz móvel a condição de vulnerabilidade do ser humano no contexto da exclusão social, conforme afirma Feitosa (2017).

Neste sentido, Feitosa e Melo (2016) analisando as pessoas com deficiência mental e o conceito de incapacidade civil, classificam estes sujeitos como hipervulneráveis diante da exclusão por questões econômicas, sociais ou culturais. Carvalho e Ávila (2016), em estudo sobre uma comunidade em que seus membros são trabalhadores com os seus direitos violados, trabalhando em condições que afetam a saúde e não possuem o acesso adequado aos serviços médicos, além de grande parcela ser analfabeta, idosa ou criança ou adolescente, verificaram a sobreposição de vulnerabilidades simultâneas característica da hipervulnerabilidade e defendem que “este conceito serve de parâmetro para aplicação em outras situações de vulnerabilidade social, além de, em concomitância, ser analisada a sobreposição de discriminações e marginalizações” (CARVALHO, ÁVILA, 2016, p. 127).

No âmbito da oferta do direito à saúde pública, encontra-se situações em que o indivíduo está com uma doença (vulnerabilidade temporária) e, além disso, é vulnerável por questões econômicas, sociais ou culturais, tal situação exige do Estado uma maior atuação, seja na melhoria das garantias de acesso à saúde pública, seja na prestação adequada dos serviços, de forma efetivar o conceito de integralidade na prestação de serviços de saúde, pois significa que promoção, proteção e recuperação da saúde são realidades indissociáveis.

2 O CONSENSO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

A Secretaria de Reforma do Judiciário, instituída no âmbito do Ministério da Justiça (SRJ/MJ) a partir da Portaria nº 1.117, de 7 de agosto de 2003, foi criada com a finalidade de formular, promover, supervisionar e coordenar os processos de modernização da administração da justiça brasileira, com vistas à adoção de medidas de melhoria dos serviços judiciários prestados aos cidadãos. Partindo da noção de que o acesso à Justiça não se confunde com o acesso ao Judiciário, avançou, juntamente com o CNJ, por seu núcleo de Movimento Pela Conciliação,⁷ na formulação de um conjunto de materiais pedagógicos e na oferta de treinamentos para membros e servidores do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da advocacia em geral, culminando com a criação da Escola Nacional de Mediação (ENAM) em setembro de 2012.⁸

Informa André Gomma de Azevedo (2013) que no movimento de acesso à justiça podem ser identificados três períodos distintos: o mero acesso ao Poder Judiciário, o acesso ao Poder Judiciário com resposta tempestiva, e o acesso a uma solução efetiva para o conflito por meio de

7 O Movimento pela Conciliação foi lançado no CNJ por iniciativa dos conselheiros Germana de Moraes e Eduardo Lorenzoni em 23 de agosto de 2006. Busca um compromisso dos profissionais jurídicos de enfatizar a fase prévia em processos judiciais, em que as partes buscarão solução para o conflito. (CNJ, 2006)

8 A Escola Nacional de Mediação e Conciliação – ENAM foi criada com a finalidade de oferecer capacitações e cursos presenciais e à distância em técnicas de mediação, conciliação, negociação e outras formas consensuais de solução de conflitos. Farto material é disponibilizado em sua página, com a oferta de cursos à distância *on line*. Disponível em <<http://moodle.cead.unb.br/enam/>>, com acesso em 13/09/2017.

participação adequada do Estado (AZEVEDO, 2013, p. 7). O terceiro – e atual – período de acesso à Justiça tem seu marco inicial, no Brasil, com o Movimento pela Conciliação proposto pelo CNJ no decorrer do ano de 2006, em parceria com a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).

Vários modelos processuais distintos convivem nesta busca pela satisfação do jurisdicionado com o resultado do processo: o modelo judicial tradicional, a negociação, a mediação, a conciliação, a arbitragem, bem ainda modelos mistos. Há uma complementariedade neste pluriprocessualismo, com a utilização de métodos autocompositivos, heterocompositivos ou combinados. Nesta seara, o Poder Judiciário passa a funcionar como um centro de resoluções de conflitos,⁹ utilizando-se de diferentes modelos processuais, incorporando métodos interdisciplinares, identificando as vantagens e desvantagens em cada um desses, sempre em busca de sua função de pacificação social.

No Brasil, a par do Movimento Pela Conciliação, o seguinte grande avanço deu-se com a edição da Resolução n^o 125 pelo CNJ. A resolução, ainda vigente, considerando uma pluralidade de procedimentos e soluções postas à disposição do julgador, destaca seu papel na função de gerenciamento de processos de resolução de disputas, estimulando-o a adotar a solução que atenda à demanda dos interessados de modo mais eficiente e em menor prazo.

A Resolução n^o 125, emendada em 31 de janeiro de 2013 e novamente em 08 de março de 2016, é um marco na sistematização e na institucionalização de meios adequados de solução de disputas. Avançou, especialmente, por estabelecer o que denomina de *política nacional de tratamento adequado de conflitos*. E na atualidade, com suas emendas, funciona como o eixo central de todo o sistema de resolução adequada de disputas (RAD) no Brasil, interligando as institucionalidades públicas – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC)¹⁰ – à sistematização da Lei de Mediação (Lei n.^o

9 A experiência apontada como inauguradora desse modelo processual é a *Multidoor Courthouse* – Fórum Multiportas, capitaneada no final da década de 1970 por Frank Sander nos Estados Unidos da América.

10 Novo Código de Processo Civil. “Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo

13.140/2015) e ao novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015). A Resolução n.º 125 consolida, por estabelecer também um conjunto de obrigações administrativas aos Tribunais, um verdadeiro sistema estrutural de resolução de disputas. Na mesma linha, a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que atualizou o conteúdo da Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/96), aproximou as garantias e consequências dos institutos da conciliação e da mediação ao da arbitragem.

A Lei de Mediação, aprovada em 26 de junho de 2015, em sua primeira parte (Capítulo I), ao dispor sobre a *mediação entre particulares como meio de solução de controvérsia*, institui a mediação extrajudicial ao tornar claro que poderá funcionar como mediador qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e que seja capacitada para fazer mediação.¹¹ Nesta modalidade de mediação, o mediador, que poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, buscando sempre o entendimento entre elas, objetivará a celebração de acordo – *termo final de mediação* – que constituirá título executivo extrajudicial. A lei estabelece as formalidades para a formação desse título.

No campo da mediação judicial, a Lei de Mediação estabelece, com lastro no que dispôs o Novo Código de Processo Civil (NCPC), aprovado em 16 de março de 2015, a necessidade de instalação de um procedimento preliminar,¹² de conciliação¹³ ou de mediação,¹⁴ antes do prosseguimento – instrução e julgamento – do processo judicial. O art. 27 da Lei de Mediação disciplina, na hipótese de a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do

desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça." [Resolução nº 125]

11 Art. 9º da Lei de Mediação.

12 Novo Código de Processo Civil. Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto nesse Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

13 Novo Código de Processo Civil. Art. 165 § 2º. O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

14 Novo Código de Processo Civil. Art. 165 § 3º. O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

pedido, a designação de audiência de mediação, cujo *procedimento*¹⁵ deverá ser concluído em até sessenta dias, *contados da primeira sessão*, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.

No sentido de sua obrigatoriedade, o NCPC em seu art. 165, § 8º, dispõe que “o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa”, valor que será revertido em favor da União ou do Estado, a depender da vinculação do órgão jurisdicional. Essa audiência deverá ocorrer no Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC), e não na sala de audiências da vara. O juiz, em regra, não participa do *ato de conciliação* ou das *sessões de mediação*, mas apenas homologará, havendo a resolução do conflito, o termo final da conciliação ou da mediação, que valerá como título executivo judicial.

Paralelamente às inovações trazidas por essa sistemática, que não são poucas e que se somam ao também novo procedimento de *arbitragem*, especialmente ao prever a possibilidade de a *Administração Pública direta e indireta* utilizarem-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, a lei de mediação, em sua segunda parte (Capítulo II), estatui a possibilidade de *autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública*.

A novidade vem disciplinada nos artigos 32 a 40 da Lei n.º 13.140/2015 – Lei de Mediação. A nova previsão legal é de suma importância para afastar, em razão do interesse do ente público envolvido, a errônea opinião de que a *indisponibilidade do interesse público* estaria a desautorizar toda e qualquer composição ou mediação extrajudicial envolvendo o particular e a Administração Pública. Semelhante dispositivo também foi incluído pela Lei n.º 13.129/2015 na Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/96), o que tornou clara a possibilidade de se atribuir a solução de seus litígios de natureza econômica ao juízo

15 A mediação, como a própria legislação deixa ver, não ocorre em um único ato. Antes, é um procedimento que poderá envolver um conjunto de sessões, com técnicas próprias, com a utilização de outros saberes, que com transversalidade influenciarão na solução da questão em via de solução.

arbitral, mediante convenção de arbitragem firmada pela Administração Pública direta ou indireta.¹⁶

O art. 32 da Lei de Medição prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar *câmaras de prevenção e de resolução administrativa de conflitos* no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública. Tais câmaras, com composição e funcionamento a serem estabelecidos por regulamento de cada ente da federação, possuem competência, dentre outras, para avaliar *pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição* no caso de *controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público*. Nesse mesmo foco de atuação, o art. 33 prevê a possibilidade de a Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, instaurarem, *de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos*.¹⁷ Em razão dessa nova sistemática, o Poder Judiciário já começou a se movimentar. Organizou, já no decorrer do mês de agosto de 2016, a I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF) em parceria com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), oportunidade em que aprovou oitenta e cinco enunciados sobre o tema.¹⁸ Na esteira do que foi legislado, a Administração Pública nacional já se dirige à institucionalização de suas *câmaras de prevenção e de resolução administrativa de conflitos*.¹⁹

16 Lei de Arbitragem - Lei n.º 9307/96. Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)

17 A normatização trazida na Lei de Mediação não será aqui analisada à exaustão, mas apenas no que for pertinente à temática central da presente tese.

18 I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios aprova 85 enunciados. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/agosto/i-jornada-prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios-aprova-85-enunciados>>, com acesso em 11/11/2016. “A comissão Mediação aprovou 34 enunciados; Arbitragem, 13; e Outras formas de solução de litígios, 38”.

19 Central de Conciliação mediará questões judiciais na prefeitura. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/portaal_pmpa_cidadao/default.php?p_noticia=184166&CENTRAL+DE+CONCILIACAO+MEDIARA+QUESTOES+JUDICIAIS+NA+PREFEITURA>, com acesso em 11/11/2016. Em Porto Alegre/RS: “À Câmara de Mediação e Conciliação compete prevenir e solucionar, de forma consensual, os conflitos no âmbito administrativo e avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração municipal.”.

3 O USO DA CONCILIAÇÃO PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NA OFERTA DE SAÚDE PÚBLICA

A conciliação é um meio alternativo de resolução de conflitos em que as partes confiam a uma terceira pessoa, o conciliador, a função de aproximá-las e orientá-las na construção de um acordo, desse modo, o terceiro desempenha a atividade de auxiliar as partes a chegarem a uma solução autocompositiva.

O conciliador atua como um facilitador do acordo entre os envolvidos e busca criar um contexto propício ao entendimento mútuo, à aproximação de interesses e à harmonização das relações. A conciliação pode ser judicial, quando acontece no curso de uma demanda já instaurada, ou pré-processual, quando desenvolvida antes da instauração do processo.

Para a resolução extrajudicial de conflitos que envolvam direitos coletivos, especificamente na oferta de saúde pública, há de se analisar todos os aspectos que se circundam a temática. Primeiramente, é preciso esclarecer que o argumento da indisponibilidade material tradicionalmente associada aos direitos coletivos não pode ser utilizado para autorizar somente o Poder Judiciário a resolver os conflitos desta natureza, visto que a solução pela via extrajudicial é mais rápida na solução do litígio e eficaz proteção dos direitos. O limite da negociação está na proteção do bem jurídico coletivo que foi ameaçado ou lesionado, assim, poderá haver negociação sobre as formas, técnicas e prazos da reparação.

Sobre a legitimidade em eventual resolução extrajudicial de conflito sobre direito difuso ou coletivo que resulte na celebração de um compromisso de ajustamento de conduta, a eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* da solução decorrerá da expressão natural da titularidade do direito (VARGAS, 2012, p. 108), enquanto em se tratando de direito individual homogêneo somente haverá vinculação dos titulares, no plano individual, se a solução obtida foi integralmente favorável à pretensão afirmada.

4 CONCLUSÃO

O processo coletivo possui papel indispensável na concretização dos direitos fundamentais. As leis que compõem o *microsistema do processo coletivo brasileiro* trouxeram inegável avanço na dinâmica processual brasileira ao permitir, de forma concentrada, a proteção de direitos difusos, coletivos em sentido estrito (ambos *essencialmente coletivos*) e individuais homogêneos (estes *acidentalmente coletivos*), conforme previsão expressa na Lei nº 8.078/1990 – artigo 81, parágrafo único, incisos I, II e III – em relação a cada um dos direitos protegidos por cada das normas setoriais em seu âmbito específico.

É sabido que a legitimação coletiva é resultado de opções políticas, pois diante do seu caráter transindividual não seria possível inferir quem atuaria legitimamente na sua defesa, assim, os legitimados previstos na legislação ordinária estão incumbidos de atuarem eficazmente na tutela eficiente dos direitos transindividuais.

A conciliação apresenta baixo custo, além da solução ser aquela escolhida pelas próprias partes, revelando-se extremamente adequada para a rápida solução do litígio e eficaz proteção dos direitos. Neste caminho, a celebração do compromisso de ajustamento de conduta é eficaz instrumento para a sua concretização.

A conciliação no âmbito das demandas de saúde pública conduz a maior proteção do sujeito de direito hipervulnerável, pois a eficácia na proteção deste direito terá reflexos na coletividade, diante da transindividualidade do direito à oferta de saúde pública. Ademais, contribuirá para uma maior igualdade de tratamento, pois a Administração ofertará, com universalidade, as políticas públicas em saúde. E a ampliação do uso desse meio alternativo, espera-se, permitirá a redução considerável de demandas judiciais, fato que poderá melhorar a qualidade do sistema de justiça.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas decorrentes de novos processos de resolução de disputas. *In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. (Org). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013.*

BRASIL. **Lei nº 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm>, com acesso em 30/09/2016.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>, com acesso em 30/09/2016.

BRASIL. **Lei n.º 9307**, de 23 de setembro 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>, com acesso em 30/09/2016.

BRASIL. **Lei nº 13.129**, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>, com acesso em 30/09/2016.

BRASIL. **Lei n.º 13.140**, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº

70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>, com acesso em 30/09/2016.

CAPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça**. Revista de Processo, ano 19, nº 74, 1994.

CARVALHO, José Lucas Santos; ÁVILA, Flávia de. **A hipervulnerabilidade social do sujeito de direito a partir do estudo de caso da comunidade Carrilho, município de Itabaiana/SE**. Revista v. 2, n. 2, p. 110-129, jul/dez 2016. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/download/1422/1856>>, com acesso em 15/jan/2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Resolução n.º 125**, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>, com acesso em 30/09/2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatórios de Cumprimento da Resolução 107**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdaude/demandasnoatribunais.forumSaude.pdf>>, com acesso em 09/11/2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>, com acesso em 13/11/2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Direito Processual Civil – Tutela Jurisdicional Individual e Coletiva**. Vol. I. 5ed. Juspodivm. Salvador, 2005.

ESCOLA NACIONAL DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO. **Ambiente Virtual de Aprendizagem**. Disponível em <<http://moodle.cead.unb.br/enam/>>, com acesso em 13/11/2016.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO. **Manuais de atuação: Medicamentos Excepcionais**. Disponível em: <<https://escola>>.

mpu.mp.br/linha-editorial/manuais-de-atuacao/Medicamentos%20Excepcionais%20-%203a%20revisao.pdf>, com acesso em 28/05/2016.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. **Humanização do Direito Civil Constitucional ou por um Direito Civil social:** lineamentos introdutórios. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 4, n.11, p. 239-257, abr/jun 2017.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; MELO, Jeremias de Cassio Carneiro de. **A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL NA PERSPECTIVA DA DEFESA DOS HIPERVULNERÁVEIS:** o caso das pessoas com deficiência mental e a necessária revisão do conceito de incapacidade civil. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b767062d418441a0>>, com acesso em 20/08/2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos:** conceito e legitimação para agir. 5ª ed. São Paulo: RT. 2000.

VARGAS, Sarah Merçon. **Meios alternativos na resolução de conflitos transindividuais.** Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo: 2012, 180p.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.** 4.ed. São Paulo: RT, 2009.

LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD Y LA SALUD DE LOS TELETRABAJADORES

*Ana Flávia Furtado Evangelista
María Luisa Martín Hernández
Juliana Fernandes Moreira*

INTRODUCCIÓN

Los teletrabajadores también pueden sufrir con los problemas del trabajo, puesto que el lugar de trabajo genera riesgos para la salud y la integridad física de ellos. Evidentemente, hay muchas dificultades para prevenir y controlar los riesgos en un ambiente laboral fuera de la sede de la empresa y más si se trata de la residencia del trabajador.

En el teletrabajo, se destaca la tendencia a trabajar más horas, las interferencias entre el trabajo pagado y la vida privada²⁰, el aislamiento del trabajador y el peligro de la adicción a las diversas tecnologías.

Una preocupación presente en sede de teletrabajo es que muchos aspectos mínimos del teletrabajo siguen sin reglamentación, como por ejemplo, las normas de salud y seguridad en el ambiente de trabajo prestado a distancia. Lo anterior, puede perjudicar al teletrabajador que, como parte más vulnerable en la relación laboral debe ser protegido por el Derecho del Trabajo.

20 Sobre este asunto, el coautor del informe, Jon Messenger, de la OIT, señaló que: el uso de las tecnologías de la comunicación modernas contribuye a conciliar mejor la vida profesional y personal pero, al mismo tiempo, confunde los límites entre el trabajo y la vida personal.

CONDICIONES DE TRABAJO ESPECÍFICAS EN EL TELETRABAJO Y PRINCIPALES RIESGOS LABORALES DERIVADOS.

A saber, *“La realización de cualquier actividad profesional, por su propia naturaleza, comporta de por sí la asunción de un riesgo, que puede desembocar en un perjuicio para la vida o la salud de quien la lleva a cabo”*.²¹ Pues bien, el trabajo, el lugar de trabajo y la propia organización empresarial generan riesgos para la salud y la integridad física de los trabajadores.

Para proteger la posición jurídica del trabajador, se reconoce el derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud. En contraposición a tal derecho, surge el correlativo deber del empresario de proteger a sus trabajadores, por el hecho de que el contrato de trabajo suscita derechos y obligaciones, incluida la concerniente a la prevención de los riesgos laborales.

Además de lo anterior, es imprescindible hacer referencia a los principales riesgos laborales a los que se encuentran expuestos los teletrabajadores. Los principales riesgos que pueden surgir en el desarrollo del teletrabajo, se relacionan a las siguientes variables: *“el lugar o espacio físico de realización de la prestación, el particular instrumento de trabajo y, en general, el equipo de trabajo utilizado, el sistema de comunicación existente entre empresa y teletrabajador (dentro de un sistema de teletrabajo a tiempo parcial) y las propias características personales y profesionales de este último”*.²² Estas variables originan riesgos de diversos tipos para los teletrabajadores.

A continuación, se expondrán algunos riesgos asociados a los espacios físicos destinados al trabajo. En general, las viviendas no están preparadas para ser utilizadas como lugar de trabajo, constituyendo un espacio laboral inadecuado para la prestación de servicios. Además, se pueden incluir los riesgos derivados de las malas posturas corporales, los

21 CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Compendio de Derecho del Trabajo. Compendio de Derecho del Trabajo*. Editora Tecnos, 5ª edición, 2012. pág.299.

22 MELLA MÉNDEZ, Lourdes, VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia, *Trabajo a Distancia y Teletrabajo*, Editorial Aranzadi, 1ª edición, Navarra, 2015 pág. 187.

problemas oculares que surgen de la falta de iluminación, los relacionados a las condiciones impropias de temperatura (frío, calor, humedad), entre otros.

Los riesgos físicos relacionados al instrumento de trabajo (especialmente con el de carácter tecnológico o informático), esencial para el teletrabajo, merecen una atención especial. Pues bien, la fatiga visual está asociada a la forma de trabajar, a la vez que ésta se caracteriza por el uso constante de pantallas y dispositivos electrónicos y surge generalmente en razón de la mala iluminación, de la baja calidad de la pantalla del ordenador, o incluso, de la incorrecta ubicación del equipo de trabajo (que incluye, el ordenador, el sistema informático, la mesa y el asiento de trabajo).

Teniendo en cuenta que el teletrabajador realiza su actividad laboral con un equipo de trabajo, estos riesgos físicos pueden ocasionar el deterioro de otras partes del cuerpo además de los ojos, como la espalda, cuello y manos y la musculatura en general. De tal modo, para evitar estas distintas lesiones, *“se exigen unas orientaciones mínimas de seguridad que buscan el diseño ergonómico del puesto y del equipo de trabajo, adaptando los distintos elementos de estos a las peculiaridades físicas de cada persona”*.²³

Cuando el teletrabajador ejerce su servicio en su propio domicilio, la empresa tiene la obligación de evaluar los riesgos de carácter domésticos, siempre y cuando puedan interferir en la seguridad y la salud del teletrabajador. En este contexto, *“debe tenerse en cuenta que la prevención de riesgos laborales también incluye medidas de emergencia”*.²⁴

En lo concerniente a los riesgos derivados del sistema de comunicación existente entre la empresa y el teletrabajador y a las propias características personales y profesionales de este último, se debe considerar que: *“el hecho de que el trabajador esté sujeto a un horario de conexión interactiva con la empresa, que ocasional o habitualmente puede producirse a través de un sistema de imagen y sonido (videoconferencia, Skype y similares), puede ayudar a que aquel sea más cuidadoso a la*

²³ Por ejemplo, como se prevé en el Acuerdo interprofesional de Cataluña para los años 2011-2014.

²⁴ GINÉS I FABRELLAS, Anna, LUQUE PARRA, Manuel, *Teletrabajo y Prevención de Riesgos Laborales*; GEOE, 2016, pág. 82.

*hora de organizar su lugar y equipo de trabajo, adoptando las medidas pertinentes de seguridad, y, viceversa, puede que el sujeto en cuestión sea más descuidado cuando presta servicios desconectado de la empresa durante los días del teletrabajo”.*²⁵

No obstante, los elementos que determinan cómo será la incidencia del teletrabajo son la personalidad y las aptitudes del teletrabajador. Así, el teletrabajo genera ventajas e inconvenientes según la capacidad de cada uno, dado que no todas las personas están aptas o preparadas para ejercer esta modalidad de prestación de servicios.

En el ámbito laboral, los riesgos físicos, químicos y ambientales recibían mayor atención. Sin embargo, en el actual escenario marcado por la globalización y el surgimiento de nuevas tecnologías, se incrementa la preocupación por los riesgos psicosociales.

Los riesgos psicosociales se originan de la interacción de la personalidad de cada teletrabajador y de su capacitación profesional con las características peculiares de esta forma de trabajar. Precisamente, se debe tener en cuenta que estos riesgos pueden implicar daños o no para la salud, según lo perciba el teletrabajador, o bien, de sus capacidades para enfrentarlos.

Debido a lo anterior, debe realizarse la evaluación de riesgos cuando cambien las condiciones de trabajo, incluso cuando estos cambios se produzcan debido a la introducción de nuevas tecnologías.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha definido los riesgos psicosociales como *“Las interacciones entre el contenido, la organización y la gestión del trabajo y las condiciones ambientales, por un lado, y las funciones y necesidades de los trabajadores, por otro. Estas interacciones podrían ejercer una influencia nociva en la salud de los trabajadores a través de sus percepciones y experiencia”.*

Como pudo verse en la definición anterior, los riesgos psicosociales laborales pueden perjudicar gravemente la salud de los trabajadores como resultado de la organización del trabajo.

La literatura científica recoge los principales inconvenientes del teletrabajo, que se transcriben en riesgos para la salud del teletrabajador. En este punto, se abordarán algunos de los riesgos psicosociales existentes.

25 MELLA MÉNDEZ, Lourdes, VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia, *Trabajo a Distancia...* op.cit., pág.190.

En este marco, como afirma Fernando Mansilla Izquierdo, *“Es indudable que han ido adquiriendo importancia términos como el estrés laboral, el síndrome de burnout, también llamado síndrome de estar quemado, o síndrome del estrés crónico laboral asistencial o síndrome del desgaste profesional y el mobbing, o también acoso psicológico en el trabajo, acoso laboral o acoso moral en el trabajo, y todo ello se demuestra con la proliferación de publicaciones y referencias bibliográficas sobre dichos temas”*.²⁶

En cuanto al estrés laboral, también denominado por la doctrina como “tecnoestrés”, conviene informar que otras definiciones fueron elaboradas por autores como Michelle Weil y Larry Rosen en su libro *“Technostress: coping with Technology @work, @home and @play”*, publicado en 1997. Ellos definen el tecnoestrés como *“cualquier impacto negativo en las actitudes, los pensamientos, los comportamientos o la fisiología causado directa o indirectamente por la tecnología. Estos autores señalan que el tecnoestrés es también una enfermedad y que se debe principalmente al creciente estrés que produce la invasión en la vida diaria de teléfonos móviles, e-mails, PDAs, etc. Con esta definición van un paso más allá y centran el tecnoestrés en el impacto negativo de la tecnología...”*.²⁷

Otro término que ganó importancia, como dice Fernando Mansilla Izquierdo, es el síndrome de burnout que ha sido conceptualizado *“según Freudenberguer y más tarde Maslach y Jackson como un agotamiento físico y mental (cansancio emocional, despersonalización y falta de realización personal) que se da específicamente en aquellas profesiones que mantienen un contacto constante y directo con aquellas personas que son beneficiarios del propio trabajo (docentes, sanitarios, trabajadores sociales...”*.²⁸

Además de los citados, otro riesgo común en el ámbito laboral es la “adicción” a las diversas tecnologías. Como dice Marisa Salanova, *“Aunque estas ‘adicciones’ se han estudiado frecuentemente en jóvenes y adolescentes, también existe investigación reciente sobre esta problemática*

26 MANSILLA IZQUIERDO, Fernando, *“El riesgo psicosocial en el trabajo: Una realidad emergente”*, Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría, nº 89, Madrid, 2004, pág. 3.

27 SALANOVA, Mariša, *“Nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales en el trabajo”*, Equipo de Investigación WONT. Área de Psicología Social Universitat Jaume I (Castellón), 2007, pág. 4.

28 MANSILLA IZQUIERDO, Fernando, *“El riesgo psicosocial...”*, op.cit., pág.3.

*en el contexto laboral...*²⁹, como consecuencia de la introducción de las TICs en casi todas las áreas de las organizaciones empresariales.

A pesar de que no es posible enumerar los riesgos psicosociales en un listado exhaustivo, las Notas Técnicas Preventivas específicas del INSHT, clasifican los factores de riesgo psicosocial en dos grandes grupos: el primer grupo se refiere al ambiente o “*entorno objetivo*” (dimensión colectiva). En este conjunto se incluyen los factores de riesgos psicosociales relativos al ambiente físico o material de trabajo, los referentes a la organización y los concernientes al contenido de las tareas. Mientras que el segundo grupo se refiere a las condiciones subjetivas (dimensión individual). Pues bien, en este apartado se encontrarán aquellos factores que generan o no peligros concretos para la salud del trabajador según la percepción que éste tenga de ellos y de sus capacidades para hacerles frente. Esta percepción, denominada entorno subjetivo o psicológico recibe influencia de las características de la persona y de sus relaciones interpersonales.

Por lo demás, la Nota Técnica de Prevención 412 elaborada por el INSHT, asevera que el teletrabajo puede generar: pérdida de integración en la empresa; menor comunicación con los compañeros de trabajo, y como consecuencia, peligro de aislamiento; dificultad para encontrar un apoyo laboral y obtener respuesta en tiempo breve a consultas que se puedan formular; dificultad para separar el trabajo de la familia; problemas derivados del abuso de café, alcohol, tabaco, etc.

Al respecto, los autores concluyen, afirmando que: “*En suma, cabría reconducir todas las desventajas relativas a la seguridad y salud laboral listadas por el INSHT a las dos siguientes. Mayor aislamiento del trabajador. Jornadas de trabajo más extensas*”.³⁰

Por último, se citan las enfermedades psicológicas (que pueden somatizarse), y que, son frecuentes en las relaciones de trabajo a distancia, puesto que se originan del aislamiento del trabajador y de la sobrecarga laboral, incluso cuando se labora en el domicilio.

29 SALANOVA, Marisa, “*Nuevas tecnologías...*”, op.cit., pág. 3.

30 GINÉS I FABRELLAS, Anna, LUQUE PARRA, Manuel, *Teletrabajo...*, op.cit., pág. 41.

TRATAMIENTO JURÍDICO EN ESPAÑA Y EN BRASIL

En España, conforme a la LPRL, todos los trabajadores considerados como tales a los efectos de su art. 3, son titulares del derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, constituyendo el empresario el garante de la satisfacción de ese derecho (art.14 LPRL).

A saber, los teletrabajadores que ejercen su actividad profesional cumpliendo los requisitos del art. 1.1 del ET -elementos típicos del contrato de trabajo: voluntariedad, ajenidad, retribución y dependencia- son por tanto, auténticos trabajadores y, por tal razón, deben gozar del mismo nivel de protección que los trabajadores presenciales ordinarios. Además, como no existe ninguna regulación específica en esta materia que se adapte a las peculiaridades del teletrabajo, en principio debe aplicarse el régimen de protección común establecido en la LPRL y en el resto de las normas que desarrollan dicha Ley, lo cual plantea diversas problemáticas, como veremos adelante.

Desde el ámbito constitucional, se atribuye a los poderes públicos el deber de velar por la seguridad y la salud en el trabajo (art.40.2 CE), resaltando su ubicación sistemática entre los principios rectores de la política social y económica.

Dicha protección se justifica, dado que, *“...toda la normativa en esta materia entronca directamente con el derecho a la vida y a la integridad física (art.15 CE), en este caso, del trabajador, lo que comporta su elevación al rango de derecho fundamental con la relevancia que ello tiene”*.³¹

Así que, podemos concluir que la CE pretende garantizar que el derecho constitucional al trabajo, previsto en su art. 35, se realice con garantía del primer derecho fundamental regulado en este instrumento legal, es decir, el derecho a la vida y a la integridad física, como preceptúa el art. 15.

En este contexto, la Directiva 89/391/CEE decreta que el empresario es responsable de la protección de la salud y de la seguridad

31 CRUZ VILLALÓN, Jesús, *Compendio...*, op.cit, pág. 301.

profesional del teletrabajador. La trasposición de esa Directiva al derecho español se introdujo a través de la LPRL.

La LPRL decreta el deber general de protección del empresario sobre sus trabajadores. El art. 14. 1 de la Ley establece que: *“los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”*, tal derecho es correlativo al *“deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales”*.

Con base en lo anterior, el art. 13.4 del ET prevé que: *“Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la LPRL, y su normativa de desarrollo”*, dejando a salvo eventuales necesidades de adecuarse el lugar de trabajo designado por el teletrabajador y, de la inexcusable implicación de velar por su seguridad y salud y por la de aquellas personas a las que pueda afectar su actividad profesional, especialmente cuando éste labore en su propio domicilio.

En cuanto a la aplicación de dicha legislación al teletrabajador: *“En cualquier caso, toda la normativa vigente coincide en que el telepersonal tiene los mismos derechos que el personal que desarrolla su actividad en la modalidad presencial, y entre esos derechos, se encuentra la protección de su seguridad y salud laboral”*.³²

Sobre la obligación en materia de SST, consideramos que el empresario es el principal obligado. Pues bien, *“el papel del empresario en materia de seguridad y salud es también principal, puesto que entra en juego la aplicación de la LPRL que establece el deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales (art.14.1) y la obligación de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo (art.14.2)”*.³³ En este sentido, la doctrina científica señala que el empresario es el responsable de la exigencia de seguridad y salud de sus trabajadores, tal como dispone el art 14.2 LPRL.

32 ÁLVAREZ VÁSQUEZ, María Inés, *La prevención de riesgos laborales en los puestos de teletrabajo. Experiencia en la administración general de la Comunidad Autónoma del País Vasco*. Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas. Núm. 2014. Págs. 82-91.

33 SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena, *El contenido de la relación laboral en el teletrabajo*, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 1ª edición, 2011, pág. 265.

Cuando el lugar de trabajo coincide con el domicilio del trabajador, la falta de disponibilidad del empresario sobre dicho domicilio dificulta la evaluación de los riesgos. Restringidamente, se puede llevar a cabo la evaluación de los riesgos presentes en la zona delimitada para la prestación de servicios, lo que significa que esta evaluación no puede extenderse a las demás zonas de la vivienda del teletrabajador. La razón para tal límite es que se aplica el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, exigiéndose en cualquier caso la previa autorización del trabajador para permitir la entrada del empresario o responsable de prevención.

En este sentido, la doctrina judicial ha manifestado que se debe: *“conciliar el derecho del empresario a controlar la actividad laboral y el del trabajador a su intimidad personal y familiar y su domicilio, no pudiendo aquél acceder personalmente al domicilio del trabajador sin el consentimiento de éste, por lo que será necesario consensuar, caso por caso, los días, horas, frecuencia, duración o zona de la visita”*.³⁴

Por tanto, el control por parte del empresario o del responsable del servicio de inspección sólo puede operarse siempre y cuando ampare los derechos a inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familiar del teletrabajador.

Como propuesta, debería establecerse un apartado específico en la legislación, la cual limita la vigilancia del empresario al lugar donde efectivamente el teletrabajador ejerce su servicio, resolviendo esta colisión de derechos. Otra solución a fin de evitar la violación del domicilio del teletrabajador es establecer condiciones de acceso al domicilio en el respectivo contrato de trabajo.

Además de lo anterior, otro problema que se plantea en el teletrabajo se refiere al registro de las horas trabajadas por los trabajadores. La actual sentencia³⁵ asevera la obligación de registro de las jornadas efectivamente trabajadas y concluye: *“el respeto de los límites de jornada y descansos forma parte del derecho del trabajador a la protección de su seguridad y salud (Directiva 2003/88/CE), que es*

34 Sentencia nº 42/2004 de Audiencia Nacional- Sala de lo Social, 31 de mayo de 2004.

35 Como dice la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 3 de febrero de 2016.

responsabilidad del empresario, a partir de la obligada evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva. Aunque el trabajador preste su trabajo en su domicilio corresponde a la empresa establecer las pautas necesarias sobre tiempo de trabajo para garantizar el cumplimiento de los límites de jornada y descansos”.

Como propuesta, reconocemos que cada empresa debe establecer sus prácticas concretas en la sede de teletrabajo y acordar el horario de trabajo de acuerdo con la disponibilidad de cada trabajador, con la posibilidad de ajustar este horario respecto a las circunstancias que puedan surgir. De esta manera, se puede evitar el exceso de jornada impuesta a los teletrabajadores y como consecuencia, impedir la vulneración de los derechos a la seguridad y salud.

Por lo demás, no se pueden ignorar las dificultades imputadas para la empresa en esta forma de trabajo, es decir, cuando se presta servicio en un lugar no sometido al control ni a la supervisión empresarial.

En congruencia con lo anterior, *“Del mismo modo, y en paralelo, los mecanismos de fiscalización que pudieran contribuir a mejorar la seguridad laboral mediante la aplicación de medidas correctoras de las deficiencias o la imposición de sanciones administrativas no resultan en modo alguno sencillos de articular”.*³⁶

Por otro lado, en el caso ahora estudiado, el papel del teletrabajador se acentúa comparado a los demás casos, especialmente si éste labora en su propio domicilio. No obstante, tenemos que dejar claro que la responsabilidad del teletrabajador es secundaria o accesorio, es decir, sólo se puede exigir el cumplimiento por éste de las normas de SST, cuando el empresario haya cumplido con las suyas adecuadamente. Lo que implica que el teletrabajador también debe ser diligente en sus actuaciones, es decir, le corresponde ejecutar de forma correcta el material con el que desarrolla sus funciones.

Antes de la incorporación al trabajo, el empresario deberá informar al trabajador de los riesgos del trabajo, y de las medidas y actividades de protección, evaluación y prevención que hay que adoptar, así como comprobar que el teletrabajador posea la formación teórica y

36 SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente y KAHALE CARRILLO, Djamil Tony; Teletrabajo, Ediciones Francis y Taylor, 2013, pág. 13.

práctica en materia de prevención necesaria para el puesto de trabajo que va a desempeñar, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 3 y 5, RD 488/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. Al respecto, el art. 14 de la LPRL impone obligaciones al empresario en el ámbito preventivo.

De acuerdo con el art. 23 de la LPRL, el empresario deberá elaborar y conservar, a disposición de la autoridad laboral cuando ésta se lo solicite, la siguiente documentación: un plan de prevención; la evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud en el trabajo, incluido el resultado de los controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores; una planificación de la actividad preventiva, incluidas las medidas de protección y de prevención que se deban adoptar y, en su caso, el material de protección que deba utilizarse; la práctica de los controles del estado de salud de los trabajadores y las conclusiones obtenidas de los mismos; una relación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que hayan causado al trabajador una incapacidad laboral superior a un día de trabajo.

Además de la obligación documental, el art. 15.1 de la LPRL prevé unas obligaciones generales al empresario: evitar los riesgos, evaluarlos y combatirlos desde su origen; adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, elección de los equipos y métodos de trabajo y producción, con miras a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud; sustituir lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro; planificar la prevención, buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo; dar las debidas instrucciones a los trabajadores.

Por su parte, al trabajador le incumbe: velar por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas personas a las que pueda afectar su actividad profesional. En este apartado, *“al no especificar quiénes son las personas a las que pueda afectar la actividad profesional puede entenderse bajo la misma tanto a otros trabajadores como a los demás moradores de la vivienda, en el caso que nos ocupa, así como cualquier*

*persona que aunque habitualmente no esté en la vivienda pueda estar en ella en un momento determinado englobándola también bajo esta protección (una visita, un técnico para arreglar la maquinaria, etc.)”.*³⁷

Además de lo anterior, debe utilizar correctamente las máquinas, aparatos, herramientas y cualquier medio con el que desarrolle su actividad. Para el uso adecuado de la maquinaria, si ésta es facilitada por el empresario, éste deberá instruir su manejo, pero también es obligación del trabajador conocer su funcionamiento tras el recibimiento de las instrucciones.

El teletrabajador también debe cooperar con el empresario para que éste pueda ofrecer unas condiciones de trabajo seguras y que no supongan riesgos ni para la seguridad ni para la salud.

El incumplimiento de cualquiera de los puntos señalados anteriormente será considerado incumplimiento laboral, conforme lo dispuesto en el art. 58.1 del TRLET, o falta, en el caso del personal al servicio de las Administraciones Públicas. El hecho de que el empresario puede sancionar a sus trabajadores en razón del incumplimiento de estas normas, puede resultar una medida muy útil para que los teletrabajadores cumplan con su obligación, la cual resulta imprescindible para que el empresario pueda proporcionarles una protección adecuada en materia de SST.

En cuanto a las mayores desventajas encontradas en el teletrabajo, el estudio *“Teletrabajo y Prevención de Riesgos Laborales”*, apunta que *“pertenecen al campo de la seguridad y salud laboral”*.³⁸

Por otro lado, en el ámbito de Brasil, la Constitución Federal (CF) de 1988 (en vigor) reconoce a los trabajadores el derecho a reducción de los riesgos inherentes al trabajo, a través de las normas de salud, higiene y seguridad (art. 7, XXII), proclamando entre sus fundamentos, la dignidad de la persona (art.1º, III) y la valorización del trabajo (art. 1º, IV).

Además, el mismo instrumento legal prevé en su art. 225 que el medio ambiente constituye un bien de uso común, esencial para la vida del ser humano, imponiendo al Poder Público y a la sociedad el deber de defenderlo. En este precepto, se incluye el medio ambiente laboral,

37 DE LAS HERAS GARCÍA, Aránzazu, *El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas*, Ediciones CEF, 2016, pág. 254.

38 GINÉS I FABRELLAS, Anna; LUQUE PARRA, Manuel, *Teletrabajo...*, op.cit, pág. 41.

es decir, comprende el local en el cual las personas desarrollan sus actividades laborales, mismo que el empresario debe mantener seguro y saludable. De hecho, el medio ambiente del trabajo está incluido en el medio ambiente general, a la luz del art. 200, VII de la CF de 1988.

En congruencia con lo anterior, el ejercicio del trabajo debe operarse en un ambiente seguro y adecuado, constituyendo uno de los pilares más importantes y fundamentales del ciudadano, al considerar la efectividad del principio constitucional del derecho a la vida.

En Brasil, el hecho de que el teletrabajador presta sus servicios afuera del establecimiento físico de la empresa, no exime al empresario del cumplimiento de las normas de salud y seguridad en el trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6 del CT. Y, tal como sucede en España, los teletrabajadores gozan de los mismos derechos conferidos por las legislaciones a los trabajadores tradicionales.

Evidentemente, hay muchas dificultades para controlar un ambiente laboral afuera de la sede de la empresa y sobre todo en la residencia del trabajador. De igual modo, una de las problemáticas para vigilar la seguridad y la salud de los teletrabajadores que prestan el servicio en su domicilio, es que éste es inviolable, como preceptúa el art. 5 XI de la Constitución Federal.

Por lo anterior, la fiscalización por parte del Ministerio del Trabajo sólo puede efectuarse con la previa autorización del trabajador. Sin embargo, no se puede alejar/quitar la responsabilidad patronal, precarizando las relaciones laborales y, como consecuencia, afrontar el principio básico/fundamental del ordenamiento jurídico brasileño: la dignidad de la persona.

Con el objetivo de reducir los riesgos inherentes a esta nueva forma de trabajo, el empresario debería contratar un equipo multidisciplinar, formado por especialistas de varias áreas, principalmente de medicina del trabajo y psicología.

Además, para reducir el riesgo de aislamiento social, el empresario debería facilitar las relaciones de cooperación entre los trabajadores, organizando reuniones regulares entre los teletrabajadores y los demás trabajadores de la empresa, sobre materias concernientes al trabajo.

Por lo demás, tal como opina el autor laboralista³⁹: el trabajador podría hacer parte de una red on line de trabajos y contactos y participar de encuentros informales con otros profesionales de la misma área de actuación.

Asimismo, las empresas están obligadas a mantener servicios especializados en seguridad y medicina del trabajo, como prevé el art. 162 del CT.

La principal fuente normativa en el ámbito de la SST es el Capítulo V del Título II del CT, denominado “Seguridad y Medicina del Trabajo”. El art. 157 del referido instrumento legal indica que el empresario tiene el deber de cumplir las normas de seguridad y medicina del trabajo, e incluso, se permite que el empresario despida al trabajador por justa causa en el caso de que éste no cumpla las órdenes de dicho ámbito. En este sentido, el teletrabajador nunca podrá excusarse a cumplir las normas de higiene y seguridad en el trabajo.

Por lo demás, el texto normativo enfatiza el carácter preventivo de estas normas, y, por este motivo, los empresarios deben adoptar todas las medidas necesarias para prevenir los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, así como contribuir con la fiscalización por parte de la autoridad responsable. Mientras que, los trabajadores deben observar si los empresarios cumplen con las normas establecidas y deben colaborar con el uso de los equipos de protección, siguiendo las instrucciones indicadas.

TRATAMIENTO JURÍDICO EN PORTUGAL

La doctrina afirma que la solución a la hora de crear una norma completa en la sede de teletrabajo es empezar analizando las leyes que funcionan en otros países. En este trabajo, se ha utilizado la experiencia portuguesa como ejemplo, puesto que dedica un capítulo exclusivo al teletrabajo.

39 MELLO, Álvaro. *Teletrabalho (telework): o trabalho em qualquer lugar e a qualquer hora*. Rio de Janeiro: Qualitymark Ed., 1999, pág. 18.

Al respecto de la protección de la seguridad y salud de los teletrabajadores, el Código de Trabajo en su art.127 enumera los deberes del empresario, incluido el de prevenir los riesgos y enfermedades profesionales, teniendo en cuenta dicha protección. Además, debe proporcionar buenas condiciones de trabajo, desde los puntos de vista físico y moral y ofrecer la información y formación adecuadas a los teletrabajadores en materia de prevención.

En este dispositivo legal se redacta claramente que el empresario tiene total responsabilidad en materia de SST, y por lo demás, se preocupa en designar los descansos durante la jornada de trabajo. Pues bien, esta legislación soluciona uno de los problemas que se encuentran en las legislaciones de España y Brasil, referente al exceso de jornada que soporta el teletrabajador y, en consecuencia, la vulneración del derecho a la protección de su seguridad y salud.

Por otro lado, el art. 128 del Código de Trabajo Portugués cita los deberes del teletrabajador, y establece que éste debe ser diligente, lo que implica el respeto a todas las normas internas y colectivas en vigor. Además, debe cumplir las órdenes y las instrucciones dadas por el empresario en materia de SST, desde que no violen sus derechos y garantías.

Por lo demás, la legislación ahora estudiada se preocupa por una de las mayores desventajas generadas en el teletrabajo: el aislamiento del teletrabajador. En este sentido, el art. 169 indica que el empresario debe evitar el aislamiento del trabajador, a través de contactos regulares con la empresa y los demás trabajadores.

En el art. 170 de este instrumento legal se establece que el empresario debe respetar la intimidad del teletrabajador, incluido el descanso de la familia de éste. Además, limita la inspección del local de trabajo al horario estipulado entre las 9 de la mañana y las 7 de la tarde.

Por tanto, se puede concluir sin duda que la legislación portuguesa es más garantista comparada a las otras dos legislaciones por dos motivos: primero, porque existe esta normativa adaptada a las peculiaridades del teletrabajo garantizando el mismo nivel de protección que los trabajadores tradicionales; segundo, porque establece más restricciones en la inspección del local de trabajo cuando éste coincide con el domicilio

del trabajador. Al respecto, además de exigir la autorización previa por parte del teletrabajador y condicionar la inspección a presencia de éste o de otra persona indicada, se requiere que el empresario vele por el descanso de la familia del teletrabajador, y que, se lleve a cabo la inspección en un horario delimitado.

DIFERENCIAS Y SEMEJANZAS PRINCIPALES ENTRE AMBOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS (ESTUDIO COMPARADO)

En primer lugar, los dos ordenamientos jurídicos analizados reconocen el papel principal del empresario en materia de salud y seguridad en el trabajo (SST), e indican que el ejercicio de las actividades laborales en local ajeno al espacio físico de la empresa no exime la responsabilidad del empresario en caso de incumplimiento de estas normas. Además de eso, el trabajador es el responsable accesorio o secundario, puesto que su actuación depende del garante previo del empresario.

Sin embargo, la previsión en la legislación española, específicamente en la LPRL, es más estricta, al establecer que en los casos en que el desempeño de la prestación de servicios se realice en el domicilio del trabajador, se debe fomentar la información, consulta y participación del trabajador en la adopción de las medidas de protección.

Por otro lado, Brasil y España tienen una preocupación creciente por esta materia y ratificaron convenciones y recomendaciones elaboradas por la OIT sobre SST. Sin embargo, España sigue al frente, puesto que ratificó el AMET.

A pesar de que la regulación española no es suficiente, en muchos casos se encuentra la referencia en el AMET, que es un documento completo, pues estableció el marco general y mínimo sobre esta nueva forma de prestación de trabajo en el ámbito europeo. Sobre ello, se buscó la modernización de la organización del trabajo como una posibilidad de mejorar la productividad y el equilibrio entre la flexibilidad y la seguridad.

Dicho acuerdo fue negociado a través de los representantes de los empresarios y de sindicatos y marcó el inicio de la era del diálogo social europeo. El AMET fue utilizado por varios países de Europa, así como por entidades de representación sindicalista y patronal (en las negociaciones colectivas), como vértice para el establecimiento de las relaciones de teletrabajo.

En definitiva, este acuerdo superó las expectativas de la época, al respetar el principio de la dignidad de la persona, las leyes y los acuerdos en vigor, así como buscar la seguridad de los trabajadores.

Ambos ordenamientos jurídicos también consideran imprescindible la participación de los trabajadores en la esfera preventiva, atribuyéndoles el deber de cooperación con el empresario. Por lo demás, el Código de Trabajo brasileño califica como falta grave, el caso de que el trabajador no cumpla las órdenes dadas por el empresario en materia de SST y la legislación española lo califica como incumplimiento laboral.

También merece destacar el ejercicio del poder de dirección. A pesar de reconocerse el control del empresario a través de los medios informatizados, las empresas todavía permanecen centralizadas, es decir, por razones culturales se prefiere la presencia del trabajador en su puesto de trabajo y se cree en la necesidad del control personal y directo del trabajador.

Por lo demás, un asunto que preocupa a los dos países se refiere a la violación de la intimidad del trabajador, puesto que constituye un derecho fundamental derivado de que el trabajador antes de todo es una persona. Por tanto, existe la preocupación de vigilar el cumplimiento de las normas de SST, sin que ello implique la violación del derecho a la intimidad de los teletrabajadores. En este ámbito, se debería delimitar la vigilancia en el lugar donde el teletrabajador ejerce efectivamente sus prestaciones laborales. Otra problemática de relevancia es el conflicto entre la inviolabilidad del domicilio y el control por parte del empresario y de los servicios de inspección, dado que como se ha mencionado, las dos legislaciones reconocen que no se puede acudir a cualquier hora al domicilio del teletrabajador para verificar el cumplimiento o no de las medidas de protección. Por tanto, sólo puede realizarse el control, desde

que se proteja el derecho a la inviolabilidad del domicilio y también, debe ser precedido por la autorización del teletrabajador, en ambos casos.

Además, ambas legislaciones enfatizan la importancia de las normas preventivas, a fin de evitar que se concreten los daños a la salud y a la integridad física de los trabajadores.

Por ende, se necesitan regular los aspectos peculiares del teletrabajo, sobre todo los referidos a las normas de SST y a la inspección de trabajo para garantizar un mayor nivel de protección a los teletrabajadores.

CONCLUSIONES

Una de las mayores problemáticas originadas de la falta de reglamentación se encuentra en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Cuando el lugar de trabajo es el domicilio del trabajador, la falta de disponibilidad del empresario sobre dicho domicilio dificulta la evaluación de los riesgos.

Como propuesta, la vigilancia debe ser limitada al lugar donde efectivamente el teletrabajador ejerce su servicio. Otra solución a fin de evitar la violación del domicilio del teletrabajador es establecer condiciones de acceso al domicilio en el respectivo contrato de trabajo.

Por otro lado, como ya se ha señalado, el papel del teletrabajador se incrementa comparado con los demás casos. Sin embargo, la responsabilidad del teletrabajador es secundaria o accesorio, es decir, sólo se puede exigir el cumplimiento por éste de las normas de SST, cuando el empresario haya cumplido con las suyas adecuadamente.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ VÁSQUEZ, María Inés. La prevención de riesgos laborales en los puestos de teletrabajo. Experiencia en la administración general de la Comunidad Autónoma del País Vasco. **Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas**. Núm. 2014.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. **Compendio de Derecho del Trabajo**. Editora Tecnos, 5ª edición, 2012.

DE LAS HERAS GARCÍA, Aránzazu. **El teletrabajo en España: un análisis crítico de normas y prácticas**, Ediciones CEF, 2016.

GINÉS I FABRELLAS, Anna; LUQUE PARRA, Manuel. **Teletrabajo y Prevención de Riesgos Laborales**. CEOE, 2016.

MANSILLA IZQUIERDO, Fernando. El riesgo psicosocial en el trabajo: Una realidad emergente. **Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría**, nº 89, Madrid, 2004.

MELLA MÁNDEZ, Lourdes; VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia. **Trabajo a Distancia y Teletrabajo**, Editorial Aranzadi, 1ª edición, Navarra, 2015.

MELLO, Álvaro. **Teletrabalho (telework): o trabalho em qualquer lugar e a qualquer hora**. Rio de Janeiro: Qualitymark Ed., 1999.

SALANOVA, Marisa. **Nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales en el trabajo**. Equipo de Investigación WONT. Área de Psicología Social Universitat Jaume I (Castellón), 2007.

SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente; KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. **Teletrabajo**, Ediciones Francis Lefebvre, 2013.

SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena. **El contenido de la relación laboral en el teletrabajo**, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 1ª edición, 2011.

DESUMANIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: UMA ANÁLISE DA REFORMA TRABALHISTA EM FACE DA DESCONSTRUÇÃO DA CARGA PRINCÍPIOLÓGICA LABORAL

Jailton Macena de Araújo

INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista promovida pela Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017 e que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017 estabeleceu na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), uma série de modificações que levaram a uma reorientação drástica do direito do trabalho.

A Constituição Federal de 1988 é extremamente ligada a valores sociais que orientam um conjunto de ações públicas voltadas para a promoção da dignidade humana dos cidadãos, todavia, a conjuntura atual de enrijecimento econômico e de retrocessos políticos e sociais, tem gestado no seio das inúmeras crises enfrentadas hodiernamente. O clássico confronto entre capital e trabalho tem um novo capítulo no Brasil, sendo estabelecido um novo paradigma para as relações de trabalho e, principalmente, de emprego, que tendem a afrontar os valores sociais mais mezinhas do texto constitucional.

Na realidade, a reforma trabalhista, contrariando a tendência de humanização do direito, desumaniza o trabalho cristalizando injustiças no texto da legislação laboral, a qual tem conceitualmente, como função primordial proteger e promover a dignidade humana do trabalhador.

Desta maneira, pretende-se abordar no presente artigo o conjunto de transformações legais intentadas no âmbito da CLT pela reforma

trabalhista, no intuito de desarticular o direito do trabalho e promover verdadeira desconstrução do direito do trabalho. Optou-se para tanto por uma abordagem qualitativa, assentada essencialmente na premissa hipotético-dedutiva de que as alterações implementadas pela Reforma Trabalhista geram uma série de reveses normativos que reorientam axiologicamente a CLT, no sentido da supressão dos princípios do direito do trabalho (proteção, primazia da realidade, norma mais benéfica, continuidade, dentre outros).

Preferiu-se optar por uma análise a partir dos princípios laborais clássicos. Não sendo, pois, objeto deste trabalho as alterações legislativas que promoveram violações constitucionais decorrentes da desconstrução do direito processual do trabalho, ou mesmo do direito sindical, os quais sofreram também graves reveses e desregulamentação.

PANORAMA HISTÓRICO-JURÍDICO DAS LUTAS LABORAIS

Socialmente a compreensão sobre o labor perpassa as reflexões que envolvem a própria convivência social e o aprofundamento das reflexões sobre o trabalho na filosofia. Na realidade, é o trabalho que revela a esfera pública e que torna o homem verdadeiro sujeito social e político.

É na esfera pública, que o homem se torna humanizado, encontrando, através do trabalho os elementos essenciais à convivência e à realização dos seus feitos. É, portanto, a partir dessa perspectiva de realização que se reconhece a necessidade da relação homem-natureza, promovida através do trabalho. Assim, o trabalho, acaba por abarcar a compreensão das atividades humanas voltadas para a sua sobrevivência, mas também não se afasta da racionalidade econômica, que alicerça as relações humanas hodiernamente.

Nesta senda, embora se compreenda o trabalho como parte da esfera pública que une os homens em comunidade, a modernidade promoveu a sua fetichização, tornando-o cada vez mais estranhado,

alienado. O trabalho, então, a partir da compreensão econômica que o circunda, torna-se o principal fator de produção e gerador de riquezas – excedentes. É nesse sentido que a alienação do trabalho passa a ser ressignificada. Assim, a compreensão mais simples de que o trabalho é a própria (e qualquer) atividade humana voltada para a sobrevivência, perpassando a ideia de apreensão da natureza, passa a ser entendido também como a liberação da energia humana monetizada, ou a sequência de atos praticados por um empregado enquanto trabalho, remunerada através do salário.

Semanticamente, ainda, para além da atividade econômica, o trabalho também se confunde com o seu resultado. Todavia, a compreensão mais importante para este texto é a compreensão do trabalho como a “energia potencial do trabalhador, sua força de trabalho, aquele que na relação de trabalho é vendido pelo empregado, denominado, muitas das vezes, de trabalho vivo (RAMOS FILHO, 2012, p. 14)”.

Na história, este trabalho vivo tomou diversas formas de organização e exploração, passando pela escravidão, servidão, as casas de ofício, mas cujas transformações mais profundas ocorreram durante a Revolução Industrial, que redefiniu a forma de organização do trabalho ainda hoje presente e remodelando e agudizando o estranhamento humano e ampliando as formas de exploração do homem sobre o próprio homem.

O contexto socioeconômico de exploração estabeleceu também resistências sociais, as quais foram responsáveis pela construção moderna de direitos humanos. Os direitos humanos, na sua faceta social (direitos sociais), estabeleceram uma tentativa, ainda hoje presente, de promover mecanismos de equilíbrio entre as forças dominantes do capital e a força de trabalho dos cidadãos.

No Brasil, embora os processos históricos tenham sido diferentes do resto do mundo, principalmente da Europa, a autofagia do mercado também estabeleceu paralelos com a história do trabalho no mundo, mas que hodiernamente também é compreendida pela exploração do trabalho humano. Desde o processo de conquista das terras americanas, a forma de exploração do trabalho deu-se pela submissão dos indígenas e, posteriormente, pela inserção dos negros vindos da África, submetidos à escravidão.

Com a liberação dos escravos em 1888, o contexto de miséria no qual os libertos foram inseridos aprofundou as desigualdades sociais já existentes no Brasil e manteve sob a órbita dos interesses econômicos as perspectivas de promoção social do trabalho. A partir dos movimentos de imigração, já durante a República Velha, o ideal de igualdade, oriundo principalmente dos movimentos sindicais europeus, promoveu o ingresso do Brasil na chamada fase inicial da proteção trabalhista, com a adoção de normas esparsas sobre o trabalho.

Com o surgimento do constitucionalismo social, a partir das constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919), os direitos sociais tornaram-se parte da estrutura normativa que fundou a ideia de uma cidadania social. O constitucionalismo social no Brasil, já encarnado pela provisão econômica Keynesiana (cujos primeiros decretos getulistas coincidem com a Constituição de 1937), teve um reforço importante com o Decreto-Lei n. 5.452, de 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mais adiante fortalecida com o estabelecimento do princípio constitucional da valorização do trabalho humano na Constituição de 1946. Ao tempo em que essa evolução ocorre, o contexto de acirramento ideológico faz exsurgir as ditaduras militares na América Latina, o que, especificamente no Brasil representou o sufocamento dos movimentos operários durante o período militar.

O processo histórico dos direitos laborais no Brasil observou uma onda conflitiva que ora era abrigada por avanços no reconhecimento de direitos, ora passava por arrefecimentos repressivos oriundos do acirramento das forças econômicas, sob o manto da Ditadura Civil-Militar (1964-1985). Todavia, a partir do processo de redemocratização, culminado com promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, foi restabelecida a normatividade e fortalecida a carga valorativa democrática, ciosa de eficácia e efetividade.

Reconhecida a importância da categoria trabalho, como elemento estrutural da sociedade brasileira, foi inserida na estrutura normativa democrática da Constituição de 1988, como fundamento da República Federativa do Brasil – no artigo 1º, IV – **o valor social do trabalho**. O Constituinte brasileiro, reconhecendo a importância do trabalho como elemento primordial de organização social, econômica, política e ética,

afirma que a ordem econômica constitucional é fundada na **valorização do trabalho humano**, artigo 170, *caput*. Ainda, foi estabelecido no artigo 193 que a ordem social tem como base o **primado do trabalho**.

Dada a importância do trabalho na normatividade constitucional e a destinação de um título específico dentro da previsão dos direitos e garantias fundamentais a um conjunto de direitos trabalhistas, se pode reconhecer que, o trabalho, passa a constituir verdadeiro “princípio político constitucionalmente conformador (CANOTILHO, 2000)” que compreende o núcleo do sistema constitucional brasileiro.

O trabalho, passa a figurar como verdadeiro mínimo ético e social que reconhece as lutas históricas pelos direitos sociais e abarca a feição dignificante que o trabalho passa a deter (ARAÚJO, 2016, p. 113). Compreender, pois, a evolução da atribuição do trabalho como atividade inferior destinada aos escravos até chegar a sua compreensão como atividade ética e social determina uma função fundamentadora, orientadora e crítica sobre o trabalho, que refunda a própria compreensão de cidadania, a qual deve ser corporificada pela participação da maioria dos cidadãos.

A estruturação da democracia social, que reconhece a cidadania social, é ainda parte do reconhecimento do direito ao trabalho como porção importante da estrutura constitucional brasileira. Vale ressaltar que a compreensão de um direito ao trabalho, não se circunscreve a mera prescrição filosófica, mas constitui-se verdadeiro dever-ser constitucional, previsto no artigo 6º da Constituição⁴⁰.

As raízes do direito ao trabalho, são profundas e alcançam a dialética constitucional italiana que prevê no seu texto constitucional que “todo cidadão tem o dever, de acordo com a escolha potencial individual e pessoal, de realizar uma atividade ou uma função que contribua para o progresso material ou espiritual da sociedade (ITÁLIA, 1947)”. Nessa medida, o aspecto normativo constitucional do trabalho se corporifica no texto constitucional sob a semântica do valor social do trabalho, da valorização do trabalho humano, do primado do trabalho e do direito ao trabalho constitucionalmente estabelecido.

40 São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

O valor social do trabalho, como faceta constitucional mais clara do trabalho, reúne, em sua conformação orientadora e crítica, duas acepções de proteção e acesso ao trabalho. Essas acepções complementares representam perspectivas do valor social do trabalho que orientam o Estado na construção de uma sociedade historicamente comprometida com as lutas sociais dos cidadãos trabalhadores (ARAÚJO, 2017).

As feições de proteção e acesso ao trabalho demandam a intervenção estatal em prol da dimensão social dos direitos. A acepção da proteção abriga as práticas de conservação de direitos laborais, em uma perspectiva regulamentar das relações de trabalho e que é protegida pela esfera da vedação de retrocesso social e que abrange, portanto, o direito do trabalho.

A acepção do acesso ao trabalho reconhece o direito ao trabalho como uma demanda à sociedade pelas oportunidades sociais que favorecem a sobrevivência e a realização humana, pelo trabalho. A acepção do acesso inclui ainda uma dimensão solidária dos direitos, uma vez que deve ser favorecida pela maior amplitude possível de esforços em prol de uma prática humana, progressiva e inclusiva da capacidade de trabalho.

Ao Estado cabe então a promoção do acesso ao trabalho, como corolário de um direito ao trabalho, que envolve o direito ao acesso e manutenção de uma ocupação produtiva. Embora se reconheça que não haja um instrumento judicial específico para assegurá-lo, o direito ao trabalho pode ser invocado “[...] por exemplo, para impedir práticas discriminatórias no acesso ao emprego, não há obrigação legal de que um particular ou o Estado ofereça um posto de trabalho a um determinado indivíduo, apenas em razão do reconhecimento do direito ao trabalho (MARQUES, 2008, p. 65)”.

O valor social do trabalho é ainda abrigado na esfera internacional de proteção dos direitos humanos, estando incluído no conjunto dos direitos elencados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH):

Artigo XXIII

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.
3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

O artigo XXIII da DUDH claramente reconhece as acepções de acesso e proteção do trabalho como parte das garantias humanas que orientam a compreensão de dignidade dos cidadãos. Assim, inserido no contexto global, o trabalho acaba absorvido pelos valores econômicos de mercado sendo encarado, a despeito da esfera humana de proteção prevista na DUDH, como mero valor quantificável e que, por essa razão, ainda se assenta na compreensão dos primórdios da Revolução Industrial.

Desta maneira, embora possa ser encarado como direito humano, o trabalho é aliciado pelo mercado e serve como instrumento de alienação da energia produtiva e criativa do homem. Esse fosso entre a norma jurídica (nacional ou internacional) e a realidade afronta a compressão do trabalho enquanto parte de uma fórmula capaz de construir a cidadania social.

É nesse patamar de conflito que se pode afirmar, que há historicamente, apesar de todos os avanços, uma desconexão clara entre a facticidade e validade dos direitos. É por essa razão que as lutas sociais permanecem como protagonistas, ainda hoje, como forma de resistência social ante a realidade de exploração, que diuturnamente impõe a reafirmação econômica do trabalho e sua desqualificação.

Cabe, pois, a tentativa de ressignificação do trabalho à luz da dignidade humana e do valor social do trabalho, como a forma mais eficaz de resistência às frentes precarizantes que insistem em avançar e cometer ataques aos direitos sociais. Nesta senda, não se pode olvidar que o trabalho compõe a construção política e cultural do indivíduo que

o coloca no mercado como sujeito da exploração, mas também promove a satisfação e a realização de algumas perspectivas de consumo que o incluem o cidadão trabalhador na vivência do capitalismo.

Assim, o trabalho assume sua essência econômica que poderia ser vislumbrada a partir do reconhecimento de um sentido capitalista, o qual se conforma à ideia de fator de subsistência material e de promoção de acesso a bens materiais, mas que é insuficiente para promover dignidade. Obviamente essa apropriação econômica do trabalho não lhe retira a feição relativa à realização profissional, que torna o trabalho um liame entre o indivíduo e a sociedade (esfera pública), ao contrário, o trabalho é capaz de articular no complexo das relações sociais e econômicas, a inúmeras faces de uma verdadeira transformação social e política.

É exatamente por ser identificado no contexto social como um liame entre a sociedade e o próprio sujeito trabalhador que o trabalho passa a significar uma vertente dignificadora e dignificada que promove as condições mínimas de realização do trabalho (através das normas jurídicas de proteção do direito do trabalho). O trabalho gera renda e é capaz de em alguma medida promover a emancipação do cidadão, desde que identificado com os seus valores clássicos de proteção, dignidade e humanização.

Ao se afigurar como fator de promoção de emancipação, ao menos numa perspectiva futura (ou pelo menos de anseios para o trabalho), a construção da OIT para a ideia de trabalho decente se firma como o trabalho produtivo, adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna. É sob essa orientação social que o trabalho se orienta para uma possível dignificação humana, mesmo no contexto capitalista.

Essa condição fundamental afirmada pelo trabalho executado em condições de decência e dignidade é essencial para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. O trabalho decente firma-se, pois, nos pilares da promoção dos direitos e princípios fundamentais do trabalho, da promoção do emprego de qualidade, da extensão da proteção social e do diálogo social, definidos pela OIT, como elementos primordiais para vertente dignificadora e dignificada que se mencionou.

TRANSIÇÃO DOS SÉCULOS XX E XXI E OS DESAFIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Reconhecido o momento de transição pela qual passa o mundo inteiro, em relação as estruturas sociais e a convivência global, pode-se afirmar que o trabalho (e os trabalhadores) tende a ser empurrado para longe dos centros de decisão do capitalismo.

A globalização como fenômeno social e econômico exige cada vez mais qualidades dos trabalhadores, moldando um perfil de trabalhadores multifuncionais capazes de acompanhar a mobilidade geográfica do capital. Obviamente a grande massa de pessoas não consegue acompanhar essas mudanças e se firma numa nova morfologia do trabalho (ANTUNES, 2005), imposta pelo neoliberalismo em uma feição mais aguda e cruel, carregada pelas “reformas dos direitos sociais”.

A exclusão passa a ser o principal resultado dos avanços econômicos, políticos e tecnológicos oriundos da globalização e da nova morfologia do trabalho. A reestruturação do binômio capital-trabalho traz consoante Antunes (2009) inúmeros problemas sociais que aprofundam as desigualdades e retiram ainda mais trabalhadores dos seus postos de trabalho. Na realidade, a nova morfologia do trabalho abre espaço para a agudização da flexibilização identificada com o processo de ajustamento das instituições jurídicas às novas realidades da sociedade capitalista⁴¹.

É através da flexibilização que a empresa ajusta sua produção, mão de obra e condições de trabalho às flutuações do sistema econômico (MANNRICH, 1998, p. 75). Mas também orienta o Estado na produção legislativa de modo a retirar garantias consideradas entaves ao crescimento econômico, agravando a insegurança no emprego, a precarização das relações sociais e a falta de identidade entre o cidadão

41 Assim, a nova morfologia do trabalho implica a redução do proletariado tradicional, fabril, manual, especializado e estável; o aumento do proletariado precarizado, subcontratado ou contratado em jornada de trabalho part time e de terceirização; a ampliação do trabalho feminino, sem valorização salarial; a ampliação de atividades no setor de serviços; a dificuldade cada vez maior de absorção de jovens pelo mercado de trabalho (desempregados sem perspectivas de um ofício); a exclusão de “idosos”, na faixa dos 40 anos relegando a especialização técnica tradicional; o aumento da exploração de crianças e adolescentes; a expansão do terceiro setor como alternativa de ocupação em empresas de perfil comunitário, marcada pelo trabalho voluntário, à margem do mercado; e, a expansão do trabalho a domicílio, ampliando o potencial explorador do capital, para além das fronteiras espaciais da empresa (ANTUNES, 2005).

trabalhador e o ambiente de trabalho, o que acaba por constituir verdadeira reificação do sujeito.

A flexibilização das normas laborais acaba por se vincular ou se justificar pelas questões do desemprego, novos processos de administração da produção, dentre outros. São justificativas para mudanças na legislação que acabam tendo como resultado os mesmos problemas de forma ainda mais agravada. Em direção a uma precarização cada vez mais profunda, conceitos surgem tentando explicar a situação de exploração que assola o trabalho, enquanto fator de resistência. Assim, a ideia de *dumping social*⁴², subordinação estrutural⁴³ ou parasubordinação⁴⁴ surgem como uma tentativa da doutrina juslaboral explicar o absurdo da coisificação do trabalhador.

Na mesma medida, no sentido da resistência, ações e teoria surgem no intuito de promover uma força contra-hegemônica que se coloquem como mecanismo de enfrentamento à degradação do trabalho. Assim, as chamadas cláusulas sociais podem ser reconhecidas no âmbito da contratação internacional de modo a impedir que medidas de exploração e eliminação de direitos laborais sejam implementadas.

As cláusulas sociais (CECATO, 2006, p. 67) podem ser inseridas nos acordos internacionais de comércio, objetivando ao menos o respeito aos cinco princípios fundamentais do trabalho da OIT, orientando as ações do mercado internacional para o respeito ao bloco mínimo de valores sociolaborais (a liberdade de organização sindical, respeito à negociação coletiva; o incentivo a ações que fomentem à eliminação da exploração do trabalho infantil; fortaleçam o combate as diversas

42 O *dumping social* pode ser entendido como a legalização do pagamento de baixíssimos salários aos trabalhadores (com consequente redução dos custos de produção), através de ações estatais ou empresariais que visam ampliar a lucratividade, como o oferecimento de vantagens tributárias para atrair empresas de outros países, políticas protetivas à mão de obra qualificada, com vista ao trabalhador estrangeiro etc, que acabam subjugando o mercado a condições de exploração e degradação, a partir de condições laborais que violam a ideia de livre concorrência.

43 A subordinação estrutural tenta alcançar as situações em que se torna dispensável, para se configurar a relação ou vínculo laboral a comprovação de que se recebe ordens diretas do empregador. Assim a ideia de subordinação que determina a ordenação da produção, como um todo, liga-se a uma ideia de estrutura subordinante, frequentemente identificada nas terceirizações consideradas ilícitas.

44 A ideia de parasubordinação se apresenta como a condição de "colaboração" do prestador com a finalidade da atividade econômica desenvolvida pelo tomador, ou seja, ainda que com independência (sem controle ou disciplina), o trabalhador realiza serviço que se enquadra na necessidade do empreendimento, sujeito a uma organização geral, o que visa mascarar uma relação de emprego sob a conformação de uma mera prestação de serviço por um profissional autônomo.

formas de trabalho forçado; e contribuam para a não discriminação de trabalhadores, seja por raça, sexo ou qualquer outro fator).

Outras ações são os chamados “sistema selo” ou “etiqueta social”, que também na esfera internacional, funcionam como uma política de repressão aos abusos trabalhistas, atuando como instrumento de tutela dos direitos sociais basilares. Esses selos ou estampas aparecem nas embalagens de produtos destinados à exportação, como garantia de que tais mercadorias foram manufaturadas respeitando-se as convenções internacionais de trabalho.

Todas essas ações se conformam aos valores e fundamentos da Organização Internacional do Trabalho que tem sua sede na Suíça e existe desde 1914. A OIT funciona como a reunião dos Estados, representados por 4 delegados cada (sendo 2 do governo, 1 das organizações de empregadores e 1 das associações de trabalhadores). Ela tem função deliberativa (adotar e revisar normas internacionais do trabalho e aprovar políticas gerais e o programa de trabalho e orçamento da OIT).

A OIT desempenha ainda importante papel ao estabelecer na sua estruturação os chamados princípios fundamentais do trabalho, os quais compõem a Declaração de Filadélfia, que reconhece, dentre outros valores que o crescimento econômico não é suficiente para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza.

A Declaração de Filadélfia (OIT, 2007, p. 25) enumera entre os princípios fundamentais do trabalho que: 1) o trabalho não é uma mercadoria; 2) a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável para um progresso constante; 3) a pobreza, onde quer que exista, constitui um perigo para a prosperidade de todos; 4) a luta contra a necessidade deve ser conduzida com uma energia inesgotável por cada nação e através de um esforço internacional contínuo e organizado pelo qual os representantes dos trabalhadores e dos empregadores, colaborando em pé de igualdade com os dos Governos, participem em discussões livres e em decisões de carácter democrático tendo em vista a promoção do bem comum.

Outro importante instrumento da OIT de resistência de orientação para a formulação de um desenvolvimento que se funde na mundialização, mas de forma solidária, é a Declaração sobre Justiça

Social para uma Globalização Justa. Nesta declaração, a OIT admite que a globalização impõe algumas características ao mundo do trabalho que representam retrocesso na garantia do trabalho decente e ético nos moldes afirmados pela OIT e que precisam ser combatido com ações diretas para a promoção da dignidade humana do trabalhador. Assim, a Declaração sobre a Justiça Social para uma Globalização Justa determina a universalidade da Agenda para o Trabalho Digno, afirmando ser da responsabilidade de todos os membros da organização a execução de políticas baseadas nos objetivos estratégicos da OIT, quais sejam a manutenção do emprego, a proteção social, o diálogo social e os direitos no trabalho como medida de proteção e equalização das condições de trabalho (OIT, 2008).

Ainda outros instrumentos são vistos como parte desse núcleo de direcionamento para a promoção do trabalho enquanto fator de resistência aos influxos neoliberais, como a Encíclica *pacem in terris* (1963) que reconhece o direito ao trabalho como fator de resistência que compreende a dignidade humana e a Encíclica *rerum novarum* (1981) que reconhece a importância da melhoria das condições e da proteção do trabalho como um fator humano e que deve ser objeto das lutas da igreja católica.

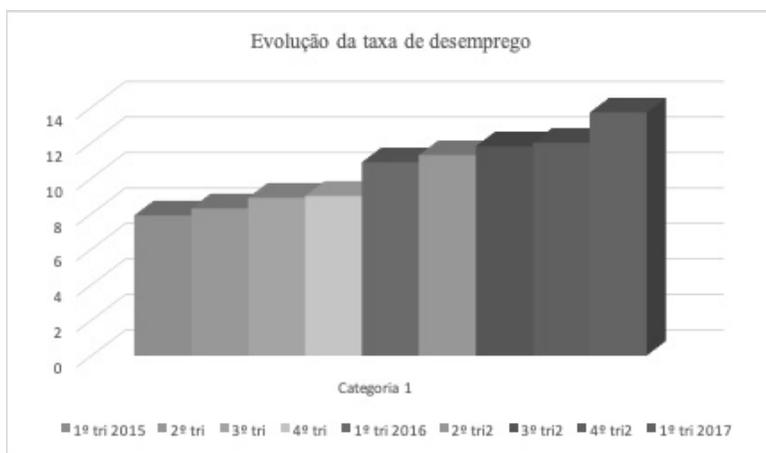
Assim, o epicentro normativo do trabalho acaba por se conformar com as estruturas internacionais de proteção e promoção da dignidade humana do trabalhador. O direito do trabalho, vislumbrado como instrumento de distribuição de renda, essencial para o combate da nova pobreza e cuja valorização impõem novas formas para superar o desemprego estrutural o qual se orienta por uma superestrutura que fundada na proteção, na modernização, nos valores democráticos e na promoção emancipatória do trabalho.

Infelizmente, toda essa construção protetiva tem sido alvo de ataques por todos os lados, gerando uma situação de incertezas quanto ao futuro do direito do trabalho, especialmente, na sua vertente de proteção e promoção de dignidade do trabalhador. O desequilíbrio político e conservador que se abate no Brasil culminou com a edição da Reforma trabalhista - Lei nº 13.467/2017, que será adiante analisada.

O PERFIL BRASILEIRO DE DESARTICULAÇÃO DO TRABALHO: REFORMA TRABALHISTA E A DESUMANIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

O contexto atual do trabalho no Brasil revela as discrepâncias do perfil histórico-social de desigualdades e de falta de oportunidades sociais. Segundo dados do IBGE de 2016, de todos os cidadãos trabalhadores no Brasil, apenas cerca de 30% tem vínculo formal de emprego (enquanto na França ou Alemanha, por exemplo, esse número chega a 80%). Esse dado revela a exclusão que se tem do mundo do trabalho da maioria dos cidadãos.

Obviamente, embora se reconheça que o emprego formal seja a principal alternativa para a geração da renda, não é a única⁴⁵. Além da ampla exclusão social vista na esfera do emprego, o número daqueles que não tem conseguido se inserir no mercado de trabalho tem aumentado vertiginosamente, desde o ano de 2015. Como revela o gráfico abaixo:



Fonte: PNAD Mensal do IBGE.

45 Outras “alternativas” de inserção econômica foram desenvolvidas, especialmente, aquelas ligadas à assistência social e a compreensão do papel do Estado como promotor do desenvolvimento. Assim, embora muitos dos desamparados sociais não possuam o patamar mínimo de cidadania determinado pelo direito do trabalho, acabam por ter, em alguma medida o amparo social pela assistência, o que não é o ideal. Na realidade, no Brasil, é o trabalho informal o responsável pelas oportunidades de trabalho da imensa maioria dos cidadãos em idade economicamente ativa.

Assim, quando se pensa nesse número imenso de trabalhadores desempregados, se perquire qual a essencialidade do direito do trabalho, uma vez que é apenas aos sujeitos formalmente empregados que ele se aplica. É nessa esfera que a chamada função progressista ou modernizante do direito do trabalho (ARAÚJO, 2016, p. 205), acaba por possibilitar, do ponto de vista socioeconômico que as conquistas relevantes por parte das lutas sociais históricas (primordialmente da classe trabalhadora) sejam capazes de se generalizar alcançando todos os cidadãos, promovendo, assim, ao conjunto social, as medidas, ações e políticas públicas alcançadas nos segmentos sociolaborais mais avançados:

A função modernizante e progressista impõe a adoção de medidas e programas cada vez mais dinâmicos e eficientes, capazes de retirar a parcela da população que se encontra marginalizada do círculo vicioso da extrema pobreza. É nesse sentido que se reconhece a evolução dos programas sociais e a implementação de novos programas como o ponto primordial para a extensão das conquistas sociais possibilitadas pelo desenvolvimento socioeconômico do Estado brasileiro (ARAÚJO, 2016, p. 205).

O direito do trabalho, em sua essência, é o conjunto de princípios e regras jurídicas aplicáveis às relações interpessoais por ocasião do trabalho ou eventualmente fora dele. O direito do trabalho, objetivamente, ainda engloba o corpo de princípios e normas jurídicas que ordenam a prestação do trabalho subordinado e os riscos que dela se originam.

Todavia, a compreensão moderna do ramo juslaboral deve levar em consideração a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e a livre iniciativa, como elementos primordiais da sua estrutura, de modo a promover uma ampliação qualificada do seu conteúdo e da dignidade dos sujeitos sociais. O direito do trabalho, portanto, não pode se restringir as fontes formais de sua elaboração, devendo abranger além da Constituição Federal, das leis, dos atos normativos secundários (acordos, convenções coletivas e sentenças normativas), também as fontes formais de integração, como a jurisprudência, a analogia, a ideia

de equidade e outros princípios ou normas gerais do direito, bem como usos e costumes.

O direito do trabalho, por sua natureza social e humana deve ter como fonte transversal os direitos humanos em sua essência. De modo a que seja revitalizada a sua feição pública e protetiva. Ao contrário do que ocorreu com a edição da Lei 13.467 de 2017. A Reforma Trabalhista brasileira, na contramão da proteção e dos elementos históricos das lutas trabalhistas e dos direitos humanos, desconstruiu direitos e princípios essenciais à própria afirmação do direito do trabalho.

A ideia do vínculo laboral foi flexibilizada e mitigada, criando-se subespécies ou subcategorias de trabalhadores, possibilitando a agudização da precarização do trabalho através de acordo individual entre empregado e empregador. Exemplificativamente, após a reforma é possível, via negociação individual – diretamente entre o trabalhador e o empregador – a determinação da duração da jornada⁴⁶, a definição do horário de 12 horas seguidas e 36 horas ininterruptas⁴⁷, a possibilidade do trabalho da gestante em condições insalubres⁴⁸, os horários para que a mulher possa amamentar⁴⁹ etc.

Ainda foi autorizada a criação da subcategoria do “trabalhador autônomo exclusivo”, a partir da previsão do artigo 442-B, inserido na CLT, nos seguintes termos: “A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação⁵⁰”. A permissão legal para se contratar de

46 “Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

47 “Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

48 Art. 394-A, II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

49 Art. 396, § 2º Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador.”

50 Há de se observar que a Medida Provisória 808, que perdeu sua vigência, trazia regulamentação diversa, ou pelo menos mais complexa para a situação do trabalhador autônomo: “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação. § 1º É vedada a celebração de cláusula de exclusividade no contrato previsto no caput. § 2º Não caracteriza a qualidade de empregado prevista no art. 3º o fato de o autônomo prestar serviços a apenas um tomador de serviços. § 3º O autônomo poderá prestar serviços de qualquer natureza a outros tomadores de serviços que exerçam ou não a mesma atividade econômica, sob qualquer modalidade de contrato de trabalho, inclusive como autônomo. § 4º Fica garantida ao autônomo a possibilidade de recusa de realizar atividade demandada pelo contratante, garantida a aplicação de cláusula

forma exclusiva e contínua trabalhador que deve seguir orientações de uma determinada empresa subverte completamente toda a teoria da supremacia da verdade no enquadramento do vínculo laboral, sobre a qual repousa a teoria do direito do trabalho (conforme se verá mais adiante).

A desconstrução legal do direito do trabalho afronta ainda a compreensão humana das relações empregatícias. A tendência é que haja uma aproximação cada vez maior das esferas privadas, especialmente do direito civil, com a apreensão dos interesses sociais, tornando o direito privado cada vez mais publicizado. Contrariando essa tendência, o legislador propôs no texto da reforma trabalhista verdadeiro retrocesso ao subverter a tendência de publicização do direito, em detrimento do direito do trabalho, o qual histórica e didaticamente se insere no limiar entre o público e o privado.

O parágrafo 3º, do artigo 8º da Consolidação das leis trabalhistas, com nova redação dada pela reforma determina:

Art. 8º, § 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho **analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico**, respeitado o disposto no art. 104 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo **princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva** (grifos nossos).

A compreensão publicista foi subvertida de modo a limitar a atuação do próprio órgão julgador quando instado a solucionar as ações trabalhistas fundadas em dissídios coletivos. Ao Poder judiciário, limitando inclusive a formação do seu livre convencimento motivado, foi restringida a sua atuação à análise dos “elementos essenciais do negócio jurídico”, determinando a “intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

de penalidade prevista em contrato. § 5º Motoristas, representantes comerciais, corretores de imóveis, parceiros, e trabalhadores de outras categorias profissionais reguladas por leis específicas relacionadas a atividades compatíveis com o contrato autônomo, desde que cumpridos os requisitos do caput, não possuirão a qualidade de empregado prevista o art. 3º. § 6º Presente a subordinação jurídica, será reconhecido o vínculo empregatício. § 7º O disposto no caput se aplica ao autônomo, ainda que exerça atividade relacionada ao negócio da empresa contratante.

Evidentemente, esse parágrafo padece de inconstitucionalidade, inicialmente por afrontar o valor social do trabalho, ao limitar as condições que podem afetar o dissídio coletivo, meramente quanto aos elementos essenciais do negócio (agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei) o que impede o juiz de analisar o conteúdo material da avença coletiva, impedido que o princípio da proteção seja efetivamente balizado nas cláusulas do acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Por outro lado, a inconstitucionalidade se dá quando a própria lei, impede o exercício, livre, autônomo e independente da atividade jurisdicional, limitando de forma ilegítima sua atuação a mera avaliação de requisitos formais, impedindo que haja uma análise profunda dos dissídios coletivos, no que se refere à real esfera de efetivação de direitos dos trabalhadores. Isso é uma restrição à atividade judicial sem qualquer lastro na Constituição.

Essa apropriação indevida da teoria civilista acaba por malferir a própria autonomia do direito do trabalho, em face de outros ramos do direito. Não se pode olvidar que para que o direito do trabalho seja considerado um ramo próprio dentro da ciência jurídica, ele deve ser dotado de campo de observação próprio, método de pesquisa próprio e princípios peculiares.

Como regra, o direito do trabalho tem como premissa que o “direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho (nova redação do art. 8, §1º, CLT, após a reforma trabalhista)”, entretanto, a regra de discricionariedade judicial que definia a possibilidade de aplicação de normas do direito comum apenas quando houvesse coerência com o sistema laboral (protetivo) foi revogada.

Na redação anterior o parágrafo 1º, do art. 8º da CLT, era previsto que “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, **naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste** (grifos nossos)”. A desautorização ao juiz de avaliar as premissas dos textos normativos aplicáveis ao direito do trabalho tiram e limitam a sua autonomia, inviabilizando e revogando, através das regras inseridas na CLT, os princípios gerais deste do direito do trabalho.

Na contramão da possibilidade de se promover a proteção, a partir de uma premissa ideológica que amplia a precarização dos direitos laborais, a reforma trabalhista restringiu a aplicação de elementos de outros ramos aos danos extrapatrimoniais, que eventualmente possam ser mais benéficos. Assim, quando houver, efetivamente danos ao trabalhador, o legislador da reforma optou por excluir a aplicação subsidiária de outros ramos do direito: “Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho **apenas os dispositivos deste Título** (grifos nossos)”.

Ainda neste mesmo sentido, construiu-se, a partir da regulamentação dos danos extrapatrimoniais na CLT, a possibilidade de precificação dos danos ao trabalhador:

Art. 223-G, § 1º, CLT. Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Há de se deixar claro que esse tabelamento não tem lastro constitucional e é equivocado por restringir a atuação do judiciário trabalhista, agredindo os direitos do cidadão trabalhador. A julgar pela “tabela” de indenizações do legislador da reforma, se no exercício da atividade laboral o trabalhador, sofre ofensa gravíssima que resulte na morte, por exemplo, já se saberá, o *quantum* máximo devido ao trabalhador (50 vezes o valor do salário do ofendido).

Trata-se de verdadeira aberração que não se coaduna com a evolução da teoria da responsabilidade civil pátria, valendo-se reforçar que o caput do art. 223-A, CLT apenas permite ao judiciário aplicar quanto a esses danos extrapatrimoniais apenas os dispositivos da reforma (arts. 223-A e seguintes da CLT).

A partir desta compreensão de desumanização do direito do trabalho que o presente trabalho pretende analisar a reforma trabalhista, reconhecendo a desconstrução da carga principiológica laboral que leva a patamares cada vez mais preocupantes de desproteção e retrocesso dos direitos sociais.

DESUMANIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO A PARTIR DA DESCONSTRUÇÃO DA CARGA PRINCIPOLÓGICA LABORAL E O ATAQUE À CLT

Reconhecida a plataforma humanizadora dos direitos, não se pode negar que a Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467 de 2017, vai de encontro aos valores mais mezinhos da Constituição Federal de 1988, uma vez que retrocede na proteção e na elevação à condição de dignidade do trabalhador.

O direito do trabalho acaba por sofrer ataques na sua estrutura enquanto ramo jurídico autônomo, mas também e principalmente na sua carga ontológica. Ontologicamente, o direito do trabalho se assenta nos princípios da boa-fé, da razoabilidade, da proteção do trabalhador, da primazia da realidade, da irrenunciabilidade dos direitos e da continuidade. Embora esses princípios sejam claros na percepção dos juristas laborais, a sua expressão decorre muito mais da superestrutura do direito do trabalho, presente na CLT.

Assim, a ideia da boa-fé como princípio laboral decorre da compreensão geral da contratação laboral seguindo o respeito aos comandos contratuais e também nas relações humanas, as quais devem se pautar, objetivamente, na eticidade. Na boa condução e na fiel execução

da relação sinalagmática avençada, os contratantes (empregado e empregador), devem se pautar na boa fé.

A razoabilidade, por sua vez, se afirma também na higidez das regras e na execução justa e equânime da avença laboral, pautada na oferta do trabalho pelo empregador, sua fiel execução pelo empregado, consoante as diretrizes do empregador, em troca ainda do pagamento, que deve ser feito dentro dos parâmetros da legalidade e da higidez física.

O princípio da proteção, por sua vez, se firma como uma cláusula geral e essencial para o direito laboral que orienta, objetivamente, para o reconhecimento da condição socioeconômica do trabalhador (em face do empregador), de modo a promover, a partir desse reconhecimento o equilíbrio da relação contratual laboral. Como bem lembra Dray:

[...] a índole de proteção do trabalhador assume-se também como o motor do desenvolvimento sistemático do Direito do trabalho durante todo o século XX, orientando as normas laborais para a melhoria progressiva (e tendencialmente irreversível) dos direitos dos trabalhadores (objetivo vertical) e para a universalização expansiva e progressiva da proteção laboral (objetivo horizontal). Em termos verticais, o princípio da proteção do trabalhador está na origem do reforço da tutela do trabalhador em vários domínios, como sejam o da consagração de regimes específicos de direitos de personalidade e de igualdade e não discriminação no acesso ao emprego e nas condições de trabalho, o da limitação do tempo de trabalho, o do direito ao repouso, o da garantia da retribuição, o da proteção na doença ou na maternidade ou o da cessação do contrato de trabalho; com a mesma finalidade tutelar, está ainda na origem da ideia (hoje questionável) de irreversibilidade dos direitos subjetivos, no sentido em que o nível de tutela obtido não pode regredir, mas apenas evoluir de forma mais favorável ao trabalhador; em termos horizontais, o princípio da proteção do trabalhador adota uma tendência expansiva: inicialmente, vocacionado apenas para a proteção de certas categorias mais vulneráveis, como as mulheres ou as crianças, o Direito do trabalho, guiado pelo “princípio da proteção do trabalhador”, alargou a sua área de intervenção a todos os trabalhadores subordinados, quer aos trabalhadores manuais, numa primeira fase, quer também aos trabalhadores intelectuais, numa segunda fase .

Assim, o princípio da proteção decorre da própria estrutura histórica do direito do trabalho e se espraia prospectivamente como forma de tentar manter equilibrada a relação estabelecida entre patrão e empregado.

Historicamente, o princípio da proteção tem desdobramentos claros, influenciando a produção de provas no processo do trabalho, o estabelecimento e o cumprimento de acordos e convenções coletivas de trabalho, definindo ainda a compreensão móvel das fontes formais do direito do trabalho – buscando sempre assegurar, dentre as opções possíveis na lei, em sentido amplo, a que seja mais favorável/benéfica ao trabalhador (assim, o princípio da proteção se desdobra nos subprincípios da norma mais favorável, da condição mais benéfica, do *in dubio pro operario*).

Ocorre que, a partir da reforma trabalhista, a compreensão histórica protecionista do direito do trabalho perde força. Além da esfera processual, lembrada anteriormente, o *in dubio pro operario*, aplica-se também quanto ao reconhecimento do vínculo empregatício, que na literalidade do art. 3º da CLT se afirma quando se presta “serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Isso afastaria a possibilidade de a lei reconhecer situações em que a prestação deste tipo de serviço, não eventual, sob a dependência do empregador e mediante salário não fosse reconhecida como emprego, contudo a reforma trabalhista, como se viu, autorizou a possibilidade de contratação do “autônomo exclusivo”. Cristalizando a situação de uma contratação que desprotege o trabalhador, além de subverter a realidade dos fatos em prol de uma ficção criada pela lei.

Como parte do princípio da proteção, a teoria juslaboral prevê a existência do princípio da norma mais benéfica que conceitualmente orienta que

[...] o operador do trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: *no instante da elaboração da regra* (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou no contexto de *confronto de duas normas concorrentes* (princípio orientador do processo de hierarquização de normas

trabalhistas) ou, por fim, *no contexto de interpretação das regras jurídicas* (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista) (DELGADO, 2016, p. 202).

Com a reforma trabalhista, foi invertida a lógica da norma mais favorável. Como se pode depreender até aqui, a ideia da norma mais benéfica que deve figurar como verdadeiro critério de produção normativa foi completamente ignorada. Assim, desconhecendo do princípio da proteção e inserindo de forma clara a ideologia neoliberal, o critério da política legislativa reformista optou pelo retrocesso protetivo, retirando compreensões clássicas e tradicionais do direito do trabalho.

O critério ideológico da reforma trabalhista, afronta a lógica do sistema laboral e da própria estrutura do direito do trabalho. Assim, além de ferir o princípio da proteção e da vedação do retrocesso, o critério da norma mais favorável foi completamente rechaçado no intuito de promover o esfacelamento do direito do trabalho brasileiro. Realocando a estrutura da norma mais favorável para um plano meramente figurativo.

A opção legislativa pela supressão do princípio da norma mais favorável revela-se ao longo do texto aprovado na Lei. 13.467 de 2017 de várias formas. A primeira delas, talvez a mais clara e grave revelação da opção menos favorável ao trabalhador no processo de elaboração da lei, foi a regulamentação do trabalho da mulher em condições insalubres. Antes da reforma, o texto do Art. 394-A da CLT era o seguinte: “A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre”.

A redação antiga do art. 394-A revelava o sentido mais amplo da proteção ao trabalho da mulher, determinando de forma clara, expressa e sem ressalvas que o exercício laboral feminino, durante a gestação ou a lactação deveria ser exercido em condições de proteção integral à saúde da mulher e da criança.

A nova redação do artigo 394-A da CLT, por sua vez, revela uma opção legislativa completamente oposta, permitindo que o trabalho da mulher gestante ou lactante seja exercido em condições de insalubridade, as quais podem afetar a sua saúde e da criança, nos seguintes termos:

Art. 394, CLT. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.

[...]

§ 3o Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.

Subvertida a lógica anterior, a lei, como regra, autoriza de modo temerário o trabalho da mulher em condições insalubres em grau médio ou mínimo, caso a mulher não apresente atestado médico que recomende o seu afastamento das atividades laborais durante a gravidez, ou em qualquer grau, no caso do período de lactação. Fica claro portanto, que a lógica de proteção é invertida, autorizando-se o trabalho da mulher em condições de insalubridade como regra e excepcionando apenas o seu afastamento das atividades consideradas insalubres, apenas quando a mulher apresentar atestado.

Obviamente as condições econômicas do país, em que as taxas de desemprego são elevadas e, principalmente, em que o exercício da atividade laboral insalubre gera o correspondente adicional, levará à submissão de muitas mulheres ao exercício de atividades que podem

prejudicar a sua saúde e a saúde do bebê. As circunstâncias apresentadas agora no novo texto do artigo ampliam a interpretação conivente com a redução protetiva que se afirma.

Na fase jurídica, quanto ao critério hierárquico do princípio da norma mais favorável, o legislador da reforma elidiu a compreensão clássica do direito do trabalho, ao permitir que houvesse uma hierarquização da lei, sob a condição de submissão da sua aplicação à vontade coletiva. O artigo 611-A, acrescido pela reforma, elenca um rol de temas⁵¹ que podem ser submetidos a subversão hierárquica da lei em face da vontade coletiva (vale lembrar que em caso de qualquer prejuízo aos trabalhadores e da judicialização dos dissídios pautados nesse tipo de avença, o judiciário estará limitado a verificar apenas os elementos do negócio jurídico, art. 8º, §3º, CLT).

Assim, podem ser objeto de negociação coletiva, com peso maior do que as disposições legais, temas como jornada de trabalho, banco de horas, intervalo intrajornada, teletrabalho, regime de sobreaviso, trabalho intermitente, remuneração por produtividade, gorjetas, registro de jornada de trabalho, enquadramento do grau de insalubridade, prorrogação de jornada em ambientes insalubres (sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho), dentre outros – expressos ou não na norma.

Outro princípio importante ignorado com a reforma trabalhista é a primazia da realidade sobre a forma, o qual “[...] amplia a noção civilista de que o operador jurídico, no exame das declarações volitivas, deve atentar mais à intenção dos agentes do que ao envoltório formal através de que transpareceu a vontade (DELGADO, 2016, p. 211)”. A nova regulamentação laboral trazida pela reforma trabalhista acaba por contribuir com a desumanização das relações laborais eliminando os efeitos práticos do princípio da primazia da realidade sobre a forma.

Como se mencionou, o estabelecimento do vínculo laboral se pauta na presença das características que definem a relação de emprego, nos termos do “Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência

51 O próprio caput do art. 611-A deixa claro tratar-se de rol meramente exemplificativo: “Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, **entre outros**, dispuserem sobre [...]”

deste e mediante salário (art. 3º, da CLT)”. Evidentemente ampliar e enquadrar situações como a do autônomo exclusivo é uma tentativa da própria lei de permitir o mascaramento de vínculos empregatícios reais, sob a forma falsa de contrato de prestação de serviços, o que a própria jurisprudência trabalhista já combatia arduamente.

Também o princípio da continuidade sofre ataques com a reforma trabalhista. Delgado (2016), observa que apenas a permanência do vínculo empregatício com a integração do trabalhador é capaz de cumprir satisfatoriamente o objetivo teleológico do direito do trabalho, de assegurar melhores condições de pactuação laboral e de vida para o cidadão trabalhador e sua família.

Evidentemente, os efeitos do princípio da continuidade vão muito além das garantias do art. 452 e 453 da CLT. Na realidade, o efeito do princípio da continuidade deve estar ligado à aceção do acesso e da manutenção do posto de trabalho, faces claras do direito ao trabalho, enquanto parte essencial do valor social do trabalho. É nesse sentido que Marques (2008, p. 65) reflete que ao Estado cabe a promoção do acesso ao trabalho, como corolário de um direito ao trabalho:

O direito ao trabalho envolve o direito ao acesso e manutenção de uma ocupação produtiva, o que confere uma dimensão promocional à atividade do Estado, mas não atribui aos indivíduos um instrumento judicial específico para assegurá-lo. Nos termos da compreensão prevalecente na atualidade, na doutrina e jurisprudência trabalhista pátrias, embora o direito ao trabalho possa ser invocado, por exemplo, para impedir práticas discriminatórias no acesso ao emprego, não há obrigação legal de que um particular ou o Estado ofereça um posto de trabalho a um determinado indivíduo, apenas em razão do reconhecimento do direito ao trabalho.

Na realidade, a reforma trabalhista aprofunda o seu intento desestruturador ao acrescentar à CLT o artigo Art. 477-A, que assevera “As **dispensas imotivadas** individuais, **plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins**, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”. Visualiza-se verdadeiro

contrassenso diante das circunstâncias de garantias do emprego e da perspectiva do direito ao trabalho, as quais afrontam de forma evidente toda a teoria juslaboral e a proteção aos empregos.

Ao equiparar as dispensas individuais, plúrimas ou coletivas, são retiradas quaisquer possibilidades de articulação coletiva dos trabalhadores para a manutenção dos empregos em determinada empresa, afastando ainda de forma vil a possibilidade de controle dessas dispensas pelos órgãos públicos de fiscalização como o Ministério Público do Trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego ou mesmo os sindicatos de trabalhadores, o que viola as convenções da OIT, em especial a Convenção 158 da OIT.

Vale lembrar que convenção entrou em vigor no plano internacional em 1985 e no Brasil, foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 68, de 1992, posteriormente, ratificado pelo Decreto n. 1.855 de 1996 (muito embora tenha sido objeto de renúncia presidencial unilateral, através do Decreto n. 2.100, em de 20.12.1996), não tendo sido jamais regulamentada⁵².

A Convenção 158, numa clara tentativa de promover maior estabilidade social às relações de emprego regulamenta a forma como o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador deve ser procedida. Com claro intuito humanizador, a convenção orienta que as dispensas sem justa causa, devam ser motivadas, devendo as razões de sua ocorrência serem reveladas ao trabalhador.

A Convenção, defenestrada e esquecida pelo Congresso Nacional brasileiro, tinha como objetivo proteger o trabalhador do término abrupto da relação laboral, condicionando a extinção do contrato de trabalho à existência de justa causa devidamente justificada e “relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”. Na realidade, a previsão era de uma espécie de determinação de *feedback* ao trabalhador para que pudesse tomar conhecimento das razões que levaram à extinção do contrato de trabalho, garantindo-se lhe a “a possibilidade de se defender das acusações feitas contra ele, a menos que não seja possível pedir ao empregador, razoavelmente, que lhe conceda essa possibilidade”.

52 Vide ADI 1.625/DF

Obviamente, a existência de uma esfera conciliativa seria possível, gerando, de todo modo, ainda que não houvesse consenso em relação ao fim do contrato de trabalho, a possibilidade de ser recorrer ao judiciário, uma vez que não se extinguiu o acesso à justiça como garantia para solucionar situações conflituosas – o que ainda persiste, pelo menos em tese, mesmo após a reforma. Assim, o princípio da continuidade da relação de emprego, que poderia avançar num sentido protecionista, com a reabsorção da convenção 158 ao ordenamento jurídico acabou por sofrer também outro grande revés com a reforma trabalhista.

Ainda como decorrência do princípio da continuidade, compreende-se que os seus efeitos provocam repercussões favoráveis também de forma tendencial, como bem lembra Delgado (2016, p. 212), ao afirmar que o princípio da continuidade se assenta também na:

[...] elevação dos direitos trabalhistas, seja pelo avanço da legislação ou da negociação coletiva, seja pelas conquistas especificamente contratuais alcançadas pelo trabalhador em vista de promoções recebidas ou vantagens agregadas ao desenvolvimento de seu tempo de serviço no contrato.

Assim, pode-se afirmar que o princípio da continuidade se estabelece também na continuidade das condições benéficas do contrato de trabalho (sejam elas advindas da lei, dos acordos, convenções coletivas ou outras fontes). Essa esfera de continuidade das condições de trabalho foi também eliminada pela reforma trabalhista, que, na redação do art. 614, § 3º, afirma: “Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade”. A eliminação da ultratividade nada mais é do que a extinção da continuidade quanto aos elementos decorrentes das avenças coletivas que beneficiam o trabalhador, se corporificando como mais uma cláusula de retrocesso social.

Há ainda inúmeras outras regras da reforma que agredem a estrutura do direito laboral e que pela sua extensão optamos por não mencionar neste artigo, com as disparidades processuais trazidas pela lei, afrontando a esfera da proteção, a regulamentação de condições mais benéficas ao empregador que acabam por ser atribuídas ao nomeado

direito “empresarial trabalhista” (TRINDADE, 2017), construído pela reforma promovida pela Lei 13.467/2016.

A evidência dos ataques à esfera de proteção promovida pela reforma, vai de encontro aos objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que tem como fundamento o valor social do trabalho, que garanta a todos o direito ao trabalho e a promoção do bem-estar social.

CONCLUSÃO

A tão esperada reforma laboral que permitisse uma maior valorização da dignidade do trabalhador, uma ampliação da proteção, associada a uma nova estrutura social que unisse os direitos sociais em torno do trabalho, acabou não vindo. Ao contrário, o que se sucedeu a cada novo artigo da Lei 13.467, foi uma sucessão de violações e de desarticulação, cada vez mais alienante, contra os direitos do trabalhador.

Na realidade, a reforma trabalhista, contrariando a tendência de humanização do direito, desumaniza o trabalho humano cristalizando injustiças no texto lei. A carga axiológica da CLT, que tinha como principal função proteger e promover a dignidade humana do trabalhador, é violada, sendo alvo de flexibilizações e retrocessos que levam a uma precarização cada vez maior do trabalho.

Os princípios primordiais do direito do trabalho, os quais servem de sustentáculo a todo o ramo juslaboral foram atacados e desconstruídos, de modo a aproximar, cada vez mais, os contratos laborais à esfera da privatização das relações. A intenção neoliberal do legislador da reforma contradiz toda a gama de valores constitucionais que preza por uma racionalidade solidária e humana, que se espraia na esfera dos ramos privados do direito e tendem a criar novos direitos sociais, que dependem da atuação do Estado.

Ao revés, o direito do trabalho, é aniquilado em seu núcleo, de modo a promover de forma cruel uma redução da participação social dos trabalhadores e das garantias sociais de promoção da dignidade.

O cidadão trabalhador, perde direitos e perde também, na esfera legal, sua dignidade, sendo exposto à exploração do capital, sem que possa reagir ou pleitear na esfera judicial os seus direitos.

REFERÊNCIAS

CECATO, Maria Áurea Baroni. A relativa relevância da Declaração de 1998 da OIT para a definição dos direitos humanos do trabalhador. **Prim@Facie**. vol. 5. n. 8. p. 62-74, João Pessoa: UFPB, 2006.

ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy. **Infoproletários**: degradação real do trabalho virtual. São Paulo: Boitempo, 2009.

ANTUNES, Ricardo. **O caracol e sua concha**: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2005.

ARAÚJO, J. M. **Função emancipadora das políticas sociais do Estado brasileiro**: conformação das ações assistenciais do Bolsa Família ao valor social do trabalho. 400f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas), Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, João Pessoa, 2016.

ARAUJO, Jailton Macena de. Valor social do trabalho na Constituição Federal de 1988: instrumento de promoção de cidadania e de resistência à precarização. **Revista de Direito Brasileira**, v. 16, p. 115-134, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. In: **Constitución y Constitucionalismo Hoy**. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000, p. 217-225.

OIT. **Documentos fundamentais da OIT**: Constituição da Organização Internacional do Trabalho, Declaração de Filadélfia, Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, Regulamento da Conferência Internacional, do Trabalho. Lisboa: Ministério do Trabalho e da Solidariedade de Portugal, 2007.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DRAY, Guilherme Machado. **O Princípio da Proteção do Trabalhador**. São Paulo: LTr, 2015, p. 139

ITÁLIA. **La Costituzione della Repubblica Italiana**. Roma, 27 dez. 1947. Disponível em: <<http://wwwext.comune.fi.it/costituzione/italiano.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

MANNRICH, Nelson. **A Modernização do Contrato de Trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

MARQUES, Maria Celeste Simões. **Mut(il)ações das relações jurídicas de trabalho brasileiras**, tese (doutorado em serviço social), 2008, 267f. Programa de Pós-graduação em Serviço Social. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

OIT. **Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa**, Adoptada pela Conferência Internacional do Trabalho na 97^a Sessão, Genebra, 10 de Junho de 2008.

RAMOS FILHO, Wilson. **Direito capitalista do trabalho: história, mitos e perspectivas**. São Paulo: LTr, 2012.

TRINDADE, Rodrigo. Reforma trabalhista – 10 (novos) princípios do direito empresarial do trabalho. **Anamatra 4**, Porto Alegre: 2017. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/79-uncategorised/1249-reforma-trabalhista-10-novos-principios-do-direito-empresarial-do-trabalho>>. Acesso em: 4 mai. 2018.

DA FAÍSCA PROMETEICA AO INCÊNDIO FÁUSTICO: NANOTECNOLOGIA OU A ARTE SUBLIME DO INFINITAMENTE PEQUENO

*Hiago Pereira Silva Moura
Ana Paula Correia Albuquerque da Costa*

À GUISA DA INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende refletir sobre as consequências da contemporaneidade nanotecnológica, reflexo da superação metafísica, a partir das quais, em aproximação ao questionamento da técnica estabelece fundamento para o limitativo tecnológico ante a heurística do temor. Através da compreensão de conceitos inscritos sob o signo da nanociência, a despeito de toda a fragilidade emanada por seus riscos e incertezas, criador de novas subjetividades e disrupção impressas em novas formas de vida, repercutir a possibilidade de compatibilização dos avanços técnicos.

Da inescapável intersecção entre as nova formas de subjetivação e a produção de saberes no campo das ciências, à luz do pensamento heideggeriano. O trajeto do presente estudo não escapa às sinuosidades próprias dos rastros das ideias que conduziram o que antes de nós se esforçaram para esboçar um caminho. Ao que na aparência remete a uma negação da ciência e do progresso, nada mais é do que o trajeto da experiência, adequada aos observadores de linhas sutis, desdobramentos inesperados e lugares suspeitos.

Percorrer o que se propõe certamente levará a concluir que a técnica sobrepõe a vida. No esclarecimento desse caminho, a multiplicidade de atores e áreas sujeitas a necessidade de alinhar uma ordem ética global, ainda que baseada no temor pelo futuro e, conseqüentemente na precaução.

De largada cabe refletir a especificidade da técnica sobre a qual se desenha a proposta inicial, para tanto a conceituação e delimitação técnica acerca das nanotecnologias, bem como sua aplicabilidade e potenciais riscos. No contraponto da inovação o confronto com as possibilidades devastadoras, mediar, racionalizar decisões amparadas na racionalidade jurídica heteroreflexiva.

Segue à proposta definidora do material de pesquisa, os prolegômenos ao pensamento heideggeriano, elegendo-se a íntima relação com a estética schopenhauriana na consideração da sublimidade poética da tecnologia estudada.

Apresenta-se, por fim a sistematização do que se pode conceber enquanto universalidade nanotecnológica enquanto representação estética a emergir no mundo profundas alterações materiais nos sistemas de direito e política. Não se trata, pois, de representar um fim para o problema da técnica, é senão, um manifesto da contingência por que passa a contemporaneidade, refletida na sistematicidade do direito e adotadas pelas demais ciências sociais, sustentáculo da decisão.

AFRONTAR FRONTEIRAS: A INVENCIBILIDADE DO LIMITE ENTRE PROMETEU E FAUSTO

O homem, distanciado da natureza, avança para a condição da artificialidade criadora da própria existência. Entre a inclinação e a razão está a graça da técnica. Claudicante em sua bestialidade, o homem caminhou pela superfície da terra imerso em inexpressivo conhecimento, ao divino o infantil humano legou os prazeres e o contentamento. Do torpor de seu desconhecimento foi libertado por Prometeu, que no Cáucaso, acorrentado, responde eternamente em suplicio.

Apoderei-me do fogo, em sua fonte primitiva; ocultei-o no cabo de uma férula, e ele tornou-se para os homens a fonte de todas as artes e um recurso fecundo...Eis o crime para cuja expiação fui acorrentado a este penedo, onde estou exposto a todas as injúrias! (ESCHILO, 1987, p. 13)

Alcançar por si o que outrora pediam aos deuses, “de crianças que eram, em (seres) racionais e senhores da própria mente” (ESCHILO, 1987, p. 443-444). A técnica dissolve a cosmo política em uma nova política cósmica, em que o projeto técnico do homem suspende o ritmo da natureza. Esta, de fato, “não tende a um objetivo, não promove um sentido, não se desdobra em cenários de salvação, não redime, não desvenda a realidade, a técnica antes, funciona” (GALIMBERTI, 2006, p.8) em uma ecologia comunicacional plural.

Dá simbologia técnica ao nascimento da razão, esta vontade de compreender, emerge a potencialidade atualizadora que contemporaneamente se manifesta na sublimidade nanotecnológica. Na incomensurabilidade do pequeno, onde somente a pulsão racionalizante responde pela derrocada da medida, os limites e processos reconciliam a dimensão universal do categorial quântico da matéria e a singularidade da sua composição individual.

Entre o visível e o enunciável da técnica, esse espaço pluridimensional em que co-irmanam infinitas contemplações de um universal nanotecnológico que se delineia na percepção prometeica de futuro inventivo, segue o caminho da desmesura ao significar o despojamento dos confins da mitologia limitativa.

Prometeu é, pois, o símbolo da revolta contra o poder – real ou aparentemente – indestrutível e inalcançável. É a insubmissão ante um destino que se apresenta como fatalidade. É o desafio inaudito: adesão ao humano em oposição ao divino. Prometeu não planeja destronar o deus dos deuses, mas se rebela contra ele, sem a expectativa da vitória, num gesto supremo de inconformismo. (BRAGA, 1992, p. 1-2)

A irresistibilidade da potência da natureza posta à prova, frente a descontinuidade entre o possível e o impossível, conduz a racionalidade moderna aos limites do cognoscível e do realizável ao tangenciar os mistérios da metafísica na manipulação primeira da simbiose entre estruturas materiais orgânicas e inorgânicas, animadas e inanimadas. A existência da interface homem-máquina nas dobraduras da ciência nanotecnológica esbarra na sublimidade que supera o orgânico, natural e espontâneo em detrimento da exatidão superficial da operacionalidade da produção.

Trata-se de reflexionar a profanação da própria existência no desvelamento das potencialidades ocultas da *physys*, ao superar esquemas não perceptivamente e intuitivamente encontráveis na natureza. A não naturalidade da técnica orientada pelos desígnios próprios da razão conduz à abstração e estranheza de um ambiente hipernaturalizado ou mesmo desnaturalizado.

Goethe antecipa o horizonte total na ponderação fáustica da superação do conhecimento, ultrapassando a dicotomia clássica entre matéria e espírito, rompe a dimensão protológica do mito destituindo da natureza humana restrições ou limites. É infinitista a projeção do terrificantemente majestoso fato nanotecnológico ante as pulsões da consciência ainda vinculadas à prima matéria aristotélica configurada a partir da gravitação de outra e não dela própria. Fausto representa o ímpeto da reconciliação entre a filosofia aristotélica e o realismo material representado pela universalidade da ordem material, nesse sentido é:

(...) o símbolo da insatisfação e da impermanência. É a sede do infinito, do ilimitado, do mais além. É a busca incessante do novo, a inquietação criadora jamais apaziguada, o ímpeto para devassar o desconhecido, a inesgotável ânsia de saber e de transformar. Fausto escapa ao mundo da ética. Quer ir para adiante, seja para onde for, independentemente do bem ou do mal. Quer desvendar o universo a qualquer custo. Prometeu desafiou um deus. Fausto quer ser deus. (BRAGA, 1992, p. 4)

Da independência ontológica erigida por fausto emerge a evanescência do mundo, da identidade e da própria liberdade. Quer-se refletir no contorno dos prolegômenos jonasianos ao princípio da responsabilidade, o labiríntico caminho percorrido pela tecnociência na hibridização orgânico-inorgânico, cognitivo-robótico, biológico-digital, da vida humana.

No limiar do assustadoramente belo, o pós-humano supera aquele que no domínio físico ou químico é sempre um Prometeu, para alcançar a convergência físico-química em inspiração fáustica (HALDANE, 1923). Das coisas inquietantes que circundam a mundanidade, nenhuma é mais que o homem. O enfrentamento científico-tecnológico e humanístico-moral evidenciam a mais inesperada mas não improvável face do dimorfismo humano, entre homens e máquinas, as agruras do abismo que separa as classes e povos do mundo agudizam-se no instável do transhumanismo.

Na correspondência entre as possibilidades do corpo e a ordem das ferramentas, o homem, este animal ainda não estabilizado (NIETZSCHE, 1965), assume o risco do inautêntico heideggeriano em um perder-se de si, vez que dominar o mundo é dominar a si próprio no abismo do excesso pulsional. Resta ao exame da técnica compreender que o futuro abraçado pela previsão não abole o passado, mas o resume sob um novo olhar.

Fizemos-lhe uma criatura nem dos céus, nem da terra, nem mortal nem imortal, para que você possa, como o modelador livre e orgulhoso de seu próprio ser, formar-se na forma que preferir. Estará em seu poder para descer para as formas inferiores, formas brutais da vida; você será capaz, por meio de sua própria decisão, subir novamente às ordens superiores cuja vida é divina (MIRANDOLA, 1956, p.8).

No traço pantanoso do limitativo entre o prometeico e o fáustico, o existente humano, nos desígnios da tecnociência vê-se ante a incerteza inscrita no futuro que ultrapassa a previsibilidade das identidades imaginativas da ciência.

DO MESMO À RUPTURA: ECOS DE UM FUTURO IMPRECISO

A técnica, este impulso irresistível para o qual não há um porto repousante, alcança o sublime. Ao superar a invencibilidade dos limites se eleva, sustenta, na pequenez incomensurável da nanoconvergência a altura titânica da inventividade grandíssima, incansável e imortal.

Entre a matéria e a forma, alcançamos o intocável. A bilionésima parte do metro a projetar o 'homo generator' (SCHIRMACHER, 1994). Está, no propósito de individuação da materialidade programável a realidade particular que permite o controle de átomo por átomo, transpondo a natureza como horizonte da técnica. Reconstruindo à medida da exatidão molecular, no intermédio da quântica (HOLISTER, 2002), a configuração dos sistemas físicos materiais.

A nanotecnologia enquanto verdadeira revolução tecnocientífica na Sociedade Contemporânea rompe o último baluarte da imodificabilidade da natureza, adaptando, reconstruindo per si, em verdadeira manufatura molecular, a unidade da matéria. Da transdisciplinariedade desse complexo de conhecimentos sobrepostos, entrelaçados, cruzados e interdependentes (BRODY; BRODY; 1999) emergem conceitos, sobreposições teóricas complementares e comunicantes.

Desarmônico, comum à polifonia de atores institucionais que se debruçam por sobre a matéria, impõe ausência de predeterminação causal que não seja a já evidenciada forma prefixal grega *nános* (anão), e sua considerável alteração físico-química a desdobra-se em efeitos quânticos se comparado aos matérias de mesma escala. Não há, portanto, que alçar à condição de rótulo definição que faça universal o conceito em transito. Sua comunicância está entre 1 e 100 nanômetros, estando sua interface caracterizadora na mediação entre átomos e moléculas.

Dos domínios do infinitamente pequeno a racionalização emerge na premissa da sistemática relacional entre atividade científica e tecido social e econômico. Em ampla plataforma, ao viabilizar aplicação em desenvolvimento de materiais e técnicas biológicas (nanocápsulas, nanoemulsões antibacterianas, nanofluidos, tecidos

biocompatíveis), sistemas eletromecânicos (transistores orgânicos eletroluminescentes, nanodispositivos operando em 1GHz, conversores catalíticos nanoincrementados), nanotubos de carbono, nanocristais, nanocosméticos e fármacos, além de:

- a) Armazenamento, produção e conversão de energia
 - b) Incremento da produtividade agrícola
 - c) Tratamento de água e remediação ambiental
 - d) Diagnostico e screening de doenças
 - e) Sistemas de drug delivery
 - f) Processamento e armazenamento de alimentos
 - g) Tratamento e remediação de poluição eólica
 - h) Construção
 - i) Monitoramento de saúde
 - j) Detecção e controle de pragas e vetores
- (JCB, 2012)⁵³

Da evidente rentabilidade dos múltiplos campos de aplicação industrial, farmacêutica, médica e ambiental, a interatividade da tecnologia une o impulso criador à demanda de mercado em um cenário projetivo de investimentos privados ultrapassando 3 trilhões de dólares até 2020 (ABDI, 2010), conjuntura em que todo o setor de semicondutores e 40% do setor farmacêutico dependam desses novos materiais, empregando globalmente cerca de seis milhões de trabalhadores no fabrico e manuseio dessa tecnologia (ROCO et al, 2010). Animadora é a perspectiva que se apresenta perante o fato nanotecnológico, os elos potenciais convergem em benefícios que levam à superação do homem pelo homem, numa esfera potencialmente mais eficaz e rendível.

Nas observações de Bostrom (2005, p. 57) “a nanotecnologia molecular nos permitiria transformar o carvão em diamantes, areia em supercomputadores e remover a poluição do ar e tumores de tecidos saudáveis”. A sofisticação exponencial alçada ao campo da singularidade biotecnológica aplicada a tecidos biocompatíveis, erradicação de doenças

53 Notícia veiculada no site da BBC News. Disponível em: [http:// News.bbc.co.uk/2/hi/Science/4421867.stm](http://News.bbc.co.uk/2/hi/Science/4421867.stm). Acesso em 10 de abril de 2018

parasitárias, bacterianas e virais, aperfeiçoamento de centros criônicos e genética (KURZWEIL, 2005). O papel do infinitamente pequeno na natureza é, portanto, infinitamente grande, observada a amplitude de suas aplicações industriais, médicas, ambientais, militares e cosméticas.

Pensar a técnica no horizonte das inovações animadoramente benéficas decorrentes das propriedades físico-químicas (ópticas, magnéticas comportamento térmico, resistência, solubilidade, condutividade, atividade catalítica e toxicidade) particulares aos sistemas nanotecnológicos conduz ao impasse de serem elas mesmas, propriedades físico-químicas, influxos de riscos e danos à saúde humana e ambiental.

Assentam-se sobre o terreno nanotecnológico a incerteza e o risco, que são, pois, desafios à inerentes à pesquisa científica. Trata-se de pensar a alteração provocada pela técnica no horizonte da existência humana. Ao tornar existente o imaterial, o desconhecido tem manifestado maior propensão à interação celular no organismo animal, gerando respostas inflamatórias e imunológicas (DONALD et al, 2004; ARORA et al, 2012) dado o elevado grau de toxicidade decorrente da elevada superfície e da alta reatividade de seu volume se comparado a estruturas convencionais e maiores (MCINTYER, 2012).

Enquanto a nanotecnologia oferece oportunidades para a sociedade, também pode trazer profundos riscos sociais e ambientais não apenas por ser uma tecnologia capacitadora para a indústria biotécnica, mas também porque envolve a manipulação atômica que poderá tornar possível a fusão do mundo biológico com o mecânico. (ETC, 2005, p.5)

O horizonte do desconhecido desdobra-se nos riscos à saúde humana desde a síntese, produção e inclusão no mercado de consumo, até o descarte e acúmulo na biosfera. Grave, em razão de sua acelerada pelas correntes de ar, interagindo de diferentes e imprevisíveis formas, sendo absorvidas pelo organismo (MAYNARD, 2011), podendo atravessar membranas celulares, deslocar-se para órgãos periféricos e centrais, com capacidade de penetrar, inclusive, a placenta gerando graves prejuízos ao processo gestacional (NIOSH, 2013).

Essa grandeza infinita, inspiradora do sublime a transmutar a realidade existencial em uma quimera potencialmente mais eficaz e rendível, pronuncia a superioridade da espécie ao anunciar no advento de inteligência pervasiva ou ubíqua a convergência entre níveis digitais e humanos. Nessa noosfera em rede planetária de informações, comunicação e cibernética, a incompletude caracterizadora do desvelamento do ser no mundo se perde na criação de estruturas exossomáticas substitutivas das falhas e incapacidades humanas. A adaptabilidade elevada ao imaginativo humano rompe a definição existencial que em erosão perde a capacidade ôntica da compreensão de si.

São, pois, em primeira aparição, decorrentes da saúde humana e contaminação ambiental os prementes e graves riscos que se assume na imersão não precaucional da técnica, deve-se, no entanto, refletir o para além do que fazemos e do que desejamos fazer. Co-pertencer é a natureza do homem com seu Dasein, priva-lo, ainda que para salva-lo conduz ao temor do inaudível.

O privilégio da liberdade carrega em seus ombros o fardo da necessidade, e significa existência em risco. Pois a condição básica para o privilégio consiste no fato paradoxal de a substância viva, por um ato primordial de isolamento, se haver desprendido da integração geral das coisas no todo da natureza, de haver-se oposto ao mundo, com isto introduzindo na segurança indiferente da posse da existência a tensão entre o “ser e não-ser”. (...) Suspenso assim entre o ser e o não-ser o organismo é dono de seu ser apenas de modo condicional e revogável. (...) – o não-ser entrou no mundo como uma alternativa contida no próprio ser; (...) afetado no mais íntimo de si pela ameaça de sua própria negação, o ser tem que afirmar-se, (...). Tão constitutiva para a vida é a possibilidade do não-ser, que seu ser é, como tal, essencialmente um estar suspenso sobre este abismo, um traço ao longo de sua margem. Assim o próprio ser, em vez de um estado, passou a ser uma possibilidade imposta, que continuamente precisa ser conquistada ao seu contrário sempre presente (...). (JONAS, 2006, p. 14)

Compatibilizar a instabilidade produtiva, ondular tensão quiasmática entre inovação e risco torna imperativo compreender a

natureza no limite das predisposições técnicas, políticas e morais. Impera, portanto, a indissociabilidade do caráter reflexivo da compatibilização entre inovação e risco nanotecnológico. O papel do infinitamente pequeno na natureza é infinitamente grande observada a amplitude de suas aplicações industriais, médicas, ambientais, militares e cosméticas.

DA INDETERMINAÇÃO DA TÉCNICA A HETEROREFLEXIVIDADE DO DIREITO: COMPATIBILIZANDO OS FUTUROS POSSÍVEIS

Quer-se, no infinitamente pequeno, vislumbrar o condutor do arquétipo sublime da ciência. O Horizonte da técnica detido no limite material das experiências sólidas vê-se ante a unidade instrumentalizadora do outrora inexequível controle do infinitamente pequeno. Da unidade do conhecimento à unidade da matéria, os desdobramento dos desígnios humanos na indeterminação encontra no Direito o anteparo da herterorreflexividade condicionante das respostas públicas.

No labirinto mítico que emerge da literatura enquanto metáforas da desorientação e temor manifestas discursivamente em estratégias arquetípicas, a dimensão simbólica do sublime nanotecnológico impõe sucessivos ajustes procedimentais, em cuja recursividade permitem alterar o equilíbrio das interpretações a medida das perturbações internas e externas aos sistemas sociais globais.

Jurisdicizar o risco, investigar, gerir, sob o luminoso caminho da responsabilidade transindividual e intergeracional no ímpeto de reconciliar, fenomenologicamente, os avanços da técnica e a essência condicionadora da própria existência humana. A condição resolutiva deste fato nanotecnológico caminhante no sentido do transhumanismo está na contingência do enfrentamento do saber factual presentes nos efeitos remotos da conduta humana. Resta reconhecer ante os instintos desejantes de inspiração fáustica a inferência das obrigações éticas do futuro e mobilização do sentimento adequado.

Impera na totalidade sistemática dos preceitos contrapostos a um caos de eventos, as longas cadeias de interpretações factuais que requerem, elas mesmas, novas interpretações frente aos devires da subjetividade. Pensar, portanto, o horizonte do sublime na coexistência dos suportes fáticos está estritamente relacionado ao direito em fuga, no rumo do cosmopolitismo jurídico.

Enquanto atributo de sua substancia primeira, a atomização do ser na reconstrução indefinida de qualquer ontologia materialista, produtora de todas as multiplicidades e singularidades, provoca a expansão do próprio direito no resguardo da humanidade, fim último da volição racional.

Virtualizar o debate no plano da efetividade rendida ao neoconcreto da transjuridicidade a comunicar-se com o tempo impulsiona a sociedade moderna a solucionar seus próprios paradoxos:

Ao exigir que a lei aceite os riscos, isso só pode acontecer de uma maneira que torne o julgamento certo ou errado atemporal. Ou dize de outra forma: símbolos, como força ou validade legal, devem ser usados em um “must”, independentemente de o futuro verificar uma decisão como correta ou falsa. Precisamente, esta é a demanda típica da orientação normativa, para saber agora de que expectativas podem ser mantidas também no futuro. Essa lei de indiferença, no entanto, é violada quando a própria decisão se justifica com suas conseqüências prováveis. Formalmente, mesmo assim pode exigir validade, mas com isso o parasita do paradoxo é insinuado em sua justificativa. Por um lado, a decisão é válida porque algumas previsões futuras estão previstas ou, pelo menos, justificadas tanto na legislação quanto na jurisdição. Por outro lado, o símbolo significa a validade que, mesmo que isso não seja, e que a decisão será válida mesmo quando houver evoluções completamente inesperadas que comprovem que a decisão estava errada. Embora a lei possa ajudar neste caso através do procedimento de uma nova decisão, isso não altera nada: visto na retrospectiva, a decisão que teve que ser alterada foi baseada em falsas expectativas e suas conseqüências legais, agora coalhadas, não mais podem ser aceitos. (LUHMANN, 1992, p. 128)

Importa, no estabelecimento de uma fundação ética para futuro a superação da constatação das tecnociências como fatores de mera ampliação do agir humano no compromisso da responsabilidade coletiva de seus atores. Alcança a prudência no realizável tecnológico, verdadeira superação da rigidez normativa para o caminho do adaptativo, negociado, ecoa na refundação própria das teorias que sustentam o direito contemporâneo.

Da arte do sublime não emerge apenas a poética da matéria, vai mais além do que o conceito pretende demonstrar uma vez que engloba mecanismos de controle esclarecido na esfera pública global. Inclui processos de risco multiator, multifacetado, bem como seus benefícios, mas também exige a consideração de fatores contextuais de arranjos institucionais, sociais, culturais e jurídicos.

Dessa oscilação de fatores, contradições, colisões e fragmentações é extraída a manifestação última do direito, em existência e exposição a pluralidade singular das formulas resolutivas, modelos de interpretação e teorias de decisão espriam-se para além da transcendência ou imanência em verdadeira transimanência (NANCY, 1997).

A informação penetra a interface entre coisas e pensamentos como um terceiro valor, que está entre o pólo da reflexão e o pólo da coisa, entre o espírito e a matéria. As máquinas inteligentes [...] finalmente também nos compelem a reconhecer de forma ampla o fato palpável de que, obviamente, espírito ou reflexão ou pensamento está imbuído na matéria e nela permanece, pronto para ser re-encontrado (SLOTERDIJK, 2000).

Esse espírito ou reflexão de pensamento transbordante para o contexto de responsividade recoloca os signos humanos no horizonte dos sentidos matematizáveis encarando o vazio absoluto das manobras lógicas como experiência estética de linguagem orgânica e inorgânica na expansão da matéria e do pensamento. Extrapolando os limites do sujeito, da previsibilidade, da certeza limitada pela experiência, o experimentar da contemporaneidade nanotecnológica ultrapassa os limites do sujeito cognoscente em real êxtase estético.

(...) permanece apenas o essencial das coisas [...] o poder crítico da estética schopenhauereana à soberania do logos científico, pois o que Schopenhauer aponta é que há outro modo de conhecer o mundo, que não segue necessariamente a razão, mas a intuição estética e que, em termos metafísicos, satisfaz mais a quem conhece pois é um modo que opera um corte vertical na cadeia horizontal dos objetos condicionados, tornando-se uma “decifração do enigma do mundo (BARBOZA, 2006, p. 41)

A estética sublime representa o abandono da liberdade em relação aos limites da vontade do mundo em uma chave na direção do universal, transitório e particular estado de coisas infinitamente pequeno. A representação atômica do próprio mundo em suas infinitas curvas, a máxima representação do mundo que já não apenas descreve e transforma as imagens do mundo, outrossim, cria a próprias representações em verdadeiro espaços de novas mundanidades naturais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reunir, tornar intenção palavra e gesto, o sublime nanotecnológico no contexto da compatibilização entre inovação e risco, vislumbrar a dimensão estética que permeia a transformação estrutural da existência humana. Nesse sentido, as observações aqui sintetizadas concorrem para a sistematização de condições estruturais do Direito e da política no contexto global.

No corolário da evolução da tecnologia nano, relacionar os riscos e avanços dela resultantes, sob o enfoque da pluralidade de atores, em um modelo flexível de gestão, sob finalidade de coordenar e não simplesmente controlar a complexidade dos avanços.

Reconhecendo a incompletude das ciências duras e do Estado, aceitando as incertezas e não ignorando a multiplicidade de visões de mundo. A sociedade das nanociências e nanotecnologias tornam o mundo neoconcreto, em homogêneo valorar a incorporação esbarra na

impossibilidade de compreender a complexidade do que se aproxima no horizonte da humanidade.

Reflexivamente relacionar interesses transindividuais no procedimento moderador do liame precaucional. Ao acompanhar a problemática da incerteza científica e de sua extensão, bem como potencial de reversibilidade, a atualização jurídica representa efetiva comunicação com as teorias do risco e a argumentação de precaução, prevenção e equidade intergeracional.

É, ante os argumentos sustentados, a irrefutável adequação a pressupostos de investigação, avaliação e gestão, para então apoiar adequada decisão, reflexo da integração entre Direito, Política e Ciências Naturais. O risco, e os efeitos psicológicos que dele advém conformam a heurística do medo, sustentáculo da justificação jonasiana do cuidado de si e precaução. De base ontológica e metafísica, herança da filosofia de Martin Heidegger (2002), a unanimidade da conduta, indispensável à manutenção da vida requer tempo, bem como a sublimidade estética detentora parâmetros de compreensibilidade schopenhauriana.

Há, portanto, que conformar o Direito enquanto instituição reguladora da conduta dada a urgência da continuação da vida. Guardar intacta a natureza humana contra os perigos do tempo e contra a própria ação humana. Perigos que se escondem nas aparências dos resultados positivos. Torna-se indispensável concluir pela interdisciplinaridade na compreensão do progresso e sua facilitação, preservação em direção a manutenção e melhoramento da espécie e do meio ambiente, posto que a comunicação de fatores de saber e atores envolvidos torna próximo o irreconhecível, a fim de que se garanta a continuidade do mundo habitável com a dignidade das espécies.

REFERÊNCIAS

Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial. (2010a). Nanotecnologia. Estudo Prospectivo Nanotecnologia: 2008-2025, Série Cadernos da Indústria. Brasília: ABDI. Disponível em <http://>

www.abdi.com.br/?q=system/files/Relatorio_INI_Nanotecnologia_Estudo+Prospectivo.pdf. Acessado em: 7/05/2018

ARORA, P.; SINDHU, A.; DILBAGHI, N.; CHAUDHURY, A.; RAJAKUMAR, G.; RAHUMAN, A-A. (2012). **Nano regenerative medicine towards clinical outcome of stem cell and tissue engineering in humans**. J. Cell. Mol. Med, 2012

BRAGA, Humberto. **Quatro grandes mitos humanos**. Rio de Janeiro. 1992.

BARBOZA, J. **O Modo de Conhecimento Estético e Mundo em Schopenhauer**. Trans/Form/Ação, São Paulo, 29(2): 33-42, 2006.

BOSTROM, Nick. **Existential Risks: Analyzing Human Extinction Scenarios**. Journal of Evolution and Technology. Vol. 9, 2002.

BRODY, David Eliot. BRODY, Arnold R. **As sete maiores descobertas científicas da história e seus autores**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ETC. **La inmensidad de lo Mínimo**: breve introducción a las tecnologías de nanoescala. Disponível em: <http://www.etcgroup.com>. Acessado em 5/04/2018

DONALDSON, K.; STONE, V.; TRAN, C.L.; KREYLING, W.; BORM, P. J. (2004). **Nanotoxicology**. Occup Environ Med. 61, 727.

ESCHILO. **Le Supplici, Prometeo incatenato, Agamennone, Palamede, in Tragedie e frammenti**, Utet, Torino, 1987.

GALIMBERT, Umberto. **Psiche e Techne**: o homem na idade da técnica. Tradução de José Maria de Almeida. São Paulo. Paulus, 2006.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002, Parte I.

HOLISTER, P. **Nanotech**: The Tiny Revolution. CMP Cientifica; July 2002. Disponível em: http://www.cientifica.info/html/docs/NOR_White_Paper.pdf>. Acessado em: 7/05/2018

JONAS, H. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto e Ed. PUC-RJ, 2006.

KURZWEIL, Ray. **The Singularity is Near**. New York: Viking, 2005.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Guadalajara: Universidad Iberoamericana Universidad de Guadalajara, 1992.

MAYNARD, Andrew. **Don't define nanomaterials**. Nature, v. 475, 7 Jul. 2011.

MCINTYRE, RA. **Common nano-materials and their use in real world applications**. Science Progress. 2012; 95 (Pt1): 1-22

NANCY, J. -L. **The Sense of the World**. Trans. J. S. Librett. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1997.

NIETZSCHE, Fredrich. **Birth of Tragedy**. Tradução de Walter Kaufmann. Nova York, Ramdon House, 1965.

Roco, M.C.; Mirkin, C.A.; Hersam, M.C. (2010). **Nanotechnology Research Directions for Societal Needs in 2020 Retrospective and Outlook-NSF**. WTEC report, September. Disponível em http://www.wtec.org/Nano_Research_Directions_to_2020.pdf. Acessada em 2/05/2018.

SLOTERDIJK, P. **The operable man**: On the ethical state of gene technology. trans. J. Westerdale e G. Sautter. 2000.

SCHIRMACHER, W. **Homo Generator**: Media end Postmodern Technology. EGS, 1994.

SCHOPENHAUER, Arthur. [1844] **O mundo como vontade e como representação**. Trad. Jair Barboza. São Paulo: EdUnesp, 2005.

United States National Institute for Occupational Safety and Health. (2013). **Current Intelligence Bulletin 65**: Occupational Exposure to Carbon Nanotubes and Nanofibers, Abril. Disponível em <http://www.cdc.gov/niosh/docs/2013-145/>, Acessado em: 7/05/2018

O MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS, A BOLSA DE VALORES, AS COMPARAÇÕES E OS IMPACTOS COM O DIREITO CIVIL DOS CONTRATOS

Andréa Costa do Amaral Motta

INTRODUÇÃO

O Direito Bancário cintila numa época de aceleração jurídica e de liberalização mundial, onde o Direito Bancário teve seu crescimento devido à dificuldade do Direito Privado acompanhar o desenvolvimento da atividade bancária.

O Direito bancário⁵⁴ é o conjunto de normas e de princípios jurídicos que regem o mercado financeiro, valores mobiliários, mercado de capitais, serviços de investimentos e atividade financeira que envolve a tripartição das finanças em crédito, investimentos e seguro, em outras palavras, é o conjunto de princípios e normas jurídicas que regulam a atividade bancária, bem como a constituição e o fundamento das Instituições Financeiras.

Entre as características do Direito Bancário está a globalização. Com a aproximação do *Comum Law* – que são contratos dotados de muita praticidade – e a prática de discussão entre órgãos administrativos, as decisões são pautadas, além do Direito Civil, num Direito regulamentado, existindo uma base constitucional para este Direito. Esses regulamentos possuem força normativa e têm uma elasticidade muito grande, pois operam de acordo com a necessidade e com a prática.

54 OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Direito Bancário**. Disponível em: http://www.trinolex.com/artigos_print.asp?id=683&icaso=artigos. Acesso em 29 de julho de 2008

O Direito Bancário, em sentido *lato*, divide-se em Direito Bancário Institucional e Direito Bancário Material. O primeiro relaciona-se com a organização do Sistema Financeiro Nacional e Internacional. O Sistema Financeiro Nacional se organiza a partir do Conselho Monetário Nacional que é um órgão formado por representantes do governo, representantes do Banco Central, representantes da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), onde se editam normas e regulamentos que têm força normativa, que têm força de Lei. O Conselho Monetário Nacional, através de Instruções Normativas, regulamenta o Sistema Financeiro Nacional, isto é, como devem se organizar os Bancos, como devem se organizar as Instituições Financeiras etc, que é regida pela Lei nº 4.595/64, as Resoluções do Banco Central do Brasil e Conselho Monetário Nacional.

A sociedade atual possibilitou grande flexibilidade e, de uns tempos para cá, muitas alterações foram possíveis, até mesmo na parte regulamentar. Os bancos, inclusive os do sistema público, puderam atuar em várias carteiras – comerciais, de investimentos etc. Essa regulamentação, essa estruturação, embora tenha dado segurança às atividades bancárias, foi, aos poucos, se modificando, não no sentido de uma liberalização da regulamentação, mas no sentido de cada vez mais deixar a carga das necessidades do mercado.

Baseado nessas inópias do Mercado e a grandes transformações oriundas da Globalização, o Mercado de Capitais foi aberto, tendo em vista as necessidades de investimentos.

Buscando o tema que aqui será levantado, quando falamos em Direito Bancário, estamos em busca do Direito Bancário no Direito de Mercado de Capital, Direito de Mercado Financeiro com as operações bancárias de mercados de capitais, hoje, vertente importantíssima.

O Mercado de Capitais está inserido dentro da área do Direito Bancário, pelo que poderíamos chamar hoje de **capitalização das empresas**. Estas – não apenas como sociedade, mas como qualquer atividade econômica organizada, voltada para a produção de bens e serviços – como organizações de capital de trabalho, voltadas para uma determinada atividade, têm, como uma parte dos componentes fundamentais para que funcionem, o capital, que pode vir do capital próprio, quando os próprios sócios de uma sociedade que empreende

o capital utilizam e constituem a sociedade através da subscrição de ações (integralização do capital próprio ou a subscrição de cotas de integralização de capital próprio), ou, no caso do comerciante empresarial individual, quando se utiliza de certa parte do seu patrimônio para o exercício da atividade.

Essa última é a forma mais primitiva, mais simples de empreender (utilizando o capital próprio); por ser mais primitiva, é a forma que pode trazer mais restrições ao crescimento uma vez que, por maior que seja o patrimônio de um determinado empresário, seja ele pessoa jurídica, seja sociedade empresarial, ele precisa buscar recursos para ampliar o negócio. Para isso, para poder ampliar e expandir as atividades, e fazer crescer cada vez mais a empresa ou a organização, é necessário buscar capitalização. Uma forma é buscar sócios; o empresário individual geralmente vai em busca de sócios, parceiros para reunir mais capital para que a empresa possa prosperar.

Assim, uma forma de capitalização é através da busca de sócios, que é o capital de terceiros. O capital desses terceiros, a partir do momento em que se tornam sócios, já se torna capital próprio e, então, voltamos àquela forma primitiva, ainda que mais organizada. Essa evolução do comerciante individual para a sociedade vem justamente da necessidade de capital. Em outras palavras, são os Agentes deficitários que possuem pretensões de investimento que excedem a sua capacidade de geração de poupança⁵⁵.

Outra forma de capitalização seria buscar os Agentes Superavitários, uma vez que são Agentes que possuem capacidade de poupança superior as suas necessidades de investimento, ou seja, aqueles que têm recursos extras, além de seus próprios investimentos, que possuem renda superior às suas despesas e que podem investir e repassar esses recursos para quem deles necessitam.

Para interligar esses agentes econômicos, de forma que os Agentes superavitários possam aplicar suas poupanças em ativos financeiros emitidos pelos Agentes Deficitários, existem as Instituições Financeiras que atuam como autênticas “intermediárias de créditos”⁵⁶.

55 EIZIRIK, Nelson; Gaal, Ariádna B.; Parente, Flávia; Henriques, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais – Regime Jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

56 EIZIRIK, Nelson; Gaal, Ariádna B.; Parente, Flávia; Henriques, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais – Regime Jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Os Intermediários Financeiros constituem um tipo essencial de empresário, que capta recursos do público, deles se apropriam, como se fossem próprios, para fim de transferi-los aos agentes econômicos que deles necessitam. Possuindo como remuneração na diferença entre a taxa de juros pagos na captação e os juros cobrados nos repasses (UNDERWRITERS), assumindo o risco dessa intermediação.

Adentrando na abordagem do nosso tema, outras sociedades também se desenvolveram a partir do sistema financeiro não voltado à atividade bancária, mas, sim, à atividade de densidades fiscais. Essa busca de recursos dos agentes superavitários e a utilização dos recursos pelos agentes deficitários se faz diretamente através do mercado de capitais que é uma forma de desintermediação financeira, isto é, é uma forma de captação que visa buscar recursos daqueles que têm “sobrando” para serem investidos nas atividades daqueles agentes que necessitam desses recursos. Esses agentes, em contrapartida, pagariam aos investidores, como retorno, não a renda do capital, os juros, mas, sim, uma participação na atividade desempenhada pela Empresa devido ao capital investido.

No Mercado de Capitais, são efetuadas operações que não apresentam a natureza de negócios creditícios, mas visam canalizar recursos para entidades emissoras através de capital de risco. Mediante emissão pública de valores mobiliários.

No Mercado de Capitais, dentro do enquadramento maior do Direito Bancário, existe uma possibilidade que não decorreu da Lei n. 6404/76 (que regulamentou as Sociedades por Ações), mas, sim, do interesse do Mercado para se desenvolver.

MERCADO DE CAPITAIS E VALORES MOBILIÁRIOS

Dessa forma, vemos que a função econômica essencial do mercado de capitais é a de permitir às empresas, mediante emissão pública de seus valores mobiliários, a captação de recursos não exigíveis para

o financiamento de seus projetos de investimento ou mesmo para alongar os prazos de suas dívidas. Como não se tratam de empréstimos, a Companhia não está obrigada a devolver os recursos investidos, mas remunerá-los sob a forma de dividendos, caso apresente lucro em suas demonstrações financeiras. Por isso chamamos de mercado de “RISCO” já que os investidores não têm qualquer garantia quanto ao retorno de seus investimentos, que dependerá dos resultados dos empreendimentos econômicos desenvolvidos⁵⁷.

O Mercado de Capitais pode ser distinguido em dois segmentos, o Primário e o Secundário. No primário há a emissão de novos valores mobiliários, permitindo a captação de recursos públicos, já no Secundário não existe ingresso de recursos para as companhias emissoras, inexistindo a emissão de novos títulos, esse tipo de segmento é realizado entre os poupadores, sem que haja a vinculação da companhia que emitiu os valores mobiliários, em outras palavras os títulos são comercializados entre um já acionista e um novo investidor, de forma que os valores adquiridos não são repassados para o Capital da Empresa e sim para o acionista que está retirando-se da sociedade ou diminuindo suas Ações.

A função essencial do mercado secundário é a de conferir liquidez aos valores mobiliários, permitindo que seus adquirentes possam vendê-los rapidamente. É o que ocorre **nas bolsas de valores**, entidades que permitem a centralização das operações no mercado secundário, dotados de sistemas de pregão, mediante os quais se assegura a continuidade das operações e a divulgação instantânea dos preços praticados; e **nos mercados de balcão**, conjunto de operações de mercado secundário realizado fora da bolsa, porém com a intermediação de instituições financeiras⁵⁸.

Todavia, tanto a Bolsa de Valores como o Mercado de Balcão apresentam algumas características essenciais para o desenvolvimento regular e ordenado das operações, tais como: acesso limitado à negociação apenas aos membros habilitados; regras de negociação uniforme; resolução de disputa; fiscalização e elaboração de normas; entre outras.

57 EIZIRIK, Nelson; Gaal, Ariádna B.; Parente, Flavia; Henriques, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais – Regime Jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.08.

58 Lei nº 6.385/1976, artigo 2º, § 3º, inciso IV.

Essas características essenciais se dão com o intuito de ter o sistema de venda de Ações ordenado e regulamentado, para que não funcione de maneira aleatória e sem qualquer respaldo ou critérios pré-estabelecidos.

Diante da Globalização e dos investimentos financeiros entre os países, hoje, São Paulo é o centro financeiro do Brasil, estando diante de contratos de grande complexidade (Direito Bancário), não apenas no aspecto estrutural do contrato, mas no aspecto que coloca o Direito Continental, *Civil Law*, numa posição bem próxima do *Comum Law*, onde, na verdade, os contratos bancários hoje aglutinam os dois grandes sistemas, provavelmente podendo chegar aos sistemas asiáticos.

No cenário empresarial brasileiro, muitos emprestadores de capital, os chamados investidores, têm demonstrado grande interesse em aplicar seus recursos em empresas nacionais. Nesse quadro de investimentos, temos duas bolsas em funcionamento no Brasil, a Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA⁵⁹) e a BM&F, onde na primeira são negociados, principalmente, ações de companhias abertas, e na segunda derivativos financeiros e de mercadorias.

Para um maior entendimento do tema aqui exposto, faz-se imprescindível conceituarmos o que significa Valores Mobiliários. Com efeito, os valores mobiliários diferem de outros bens em alguns aspectos fundamentais. Primeiramente, eles não possuem em valor intrínseco, isto é, não tem valor em si (o valor de uma ação, por exemplo, depende, dentre outros fatores, de sua liquidez no mercado, das atividades desenvolvidas por sua emissora, da lucratividade que esta apresenta em um determinado período de tempo e das perspectivas futuras do nicho de negócios a que tal entidade se dedica)⁶⁰.

Em segundo lugar, os valores mobiliários não são bens produzidos ou fabricados para serem utilizados ou consumidos, mas são emitidos e depois ofertados aos investidores, que podem negociá-los no mercado secundário a preços variáveis e por um número indeterminado de vezes⁶¹.

59 Informações mais detalhadas podem ser obtidas em www.bovespa.com.br/Bovespa/ABovespa/SobreABovespa.asp.

60 EIZIRIK, Nelson; Gaal, Ariádna B.; Parente, Flavia; Henriques, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais – Regime Jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 23

61 EIZIRIK, Nelson; Gaal, Ariádna B.; Parente, Flavia; Henriques, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais – Regime Jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 23-24

Por constituírem bens com características tão peculiares, é fundamental que os valores mobiliários estejam disciplinados em legislação especial, uma vez que as normas de direito civil, comercial ou mesmo as destinadas à proteção de consumo não são suficientes para garantir aos seus adquirentes uma efetiva proteção.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, REGULAÇÃO ECONÔMICA E LEGISLAÇÃO ESPECIAL

Diante de todo esse aparato de negociações que gira em torno do Mercado de Capitais, faz-se necessário a existência de legislação específica sobre a matéria e, ainda, a criação de um órgão regulamentador, disciplinador e fiscalizador desse específico segmento do Sistema Financeiro Nacional, um órgão que esteja amparado por Lei para regulamentar e formular as coordenadas de como deve funcionar as atividades, que hoje esse órgão é conhecido como a CVM – Comissão de Valores Mobiliários.

Antes da Regulamentação do Mercado de Capitais propriamente dito veio, através da Lei 4.595/1964 a criação do Conselho Monetário Nacional, e disposição sobre as políticas e reformas Bancária, criando, também, o Banco Central do Brasil (BACEN) e como seriam regido o Sistema Financeiro Nacional.

Com a necessidade de disciplinar o Mercado de Capitais, veio a Lei nº 4.728/1965, onde estabeleceu medidas para o desenvolvimento do mercado. Após mais de 10 (dez) anos foram editadas a Lei que regulamentou as Sociedades por Ações e a Lei que deu origem a Comissão de Valores mobiliários, Lei nº 6.404/76 e Lei nº 6.385/76, respectivamente.

Para atuar no Mercado de Capitais se faz necessário que a Empresa possua capital aberto, aquela cujos valores mobiliários são admitidos na capitalização da Bolsa de Valores no Mercado de Valores, conforme regulamentação trazida pela Lei 6404/76.

Para tanto, ela tem que suprir certos requisitos e requerer o registro à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), que tem como finalidade a supervisão do mercado de capitais.

Antes da Legislação que deu origem a Comissão de Valores Mobiliários quem exercia as funções de órgão regulador e fiscalizador do mercado de Valores Mobiliários era o Banco Central do Brasil. Este último, após a Lei nº 6.385/76, disciplina o Sistema financeiro Bancário, monetário e creditício, enquanto que a CVM regula o Mercado de Valores Mobiliários, cabendo a mesma, disciplinar, fiscalizar e aplicar sanções no âmbito do citado mercado.

Após mais de 20 (vinte) anos, uma nova modificação, a Lei nº 9.457/1997 estendeu o poder de polícia da CVM sobre os participantes do mercado, de forma que pudesse atuar punitivamente, e conseqüentemente de forma mais eficaz, com previsão de sanções bem mais severas do que as elencadas na redação original da Lei nº 6.385/76.

No ano de 2001, juntamente com a edição da Medida Provisória de nº 08, que se converteu na Lei nº 10.411/2002, a Lei nº 10.303/2001 e o Decreto 3.995/2001 alteraram, novamente, a redação da Lei nº 6.385/76. Dentre as reformas introduzidas, destacaram-se a ampliação do mercado de Valores Mobiliários mediante inclusão de novos títulos e contratos no conceito de Valores Mobiliários; a extensão da competência da CVM e modificação de sua estrutura; e a alteração nos procedimentos administrativos por ela instaurados.

Art. 18º Compete à Comissão de Valores Mobiliários:

I - editar normas gerais sobre:

a) condições para obter autorização ou registro necessário ao exercício das atividades indicadas no art. 16, e respectivos procedimentos administrativos;

b) requisitos de idoneidade, habilitação técnica e capacidade financeira a que deverão satisfazer os administradores de sociedades e demais pessoas que atuem no mercado de valores mobiliários;

c) condições de constituição e extinção das Bolsas de Valores, entidades do mercado de balcão organizado e das entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários, forma jurídica, órgãos de administração e seu preenchimento;

d) exercício do poder disciplinar pelas Bolsas e pelas entidades do mercado de balcão organizado, no que se refere às negociações com valores mobiliários, e pelas entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários, sobre os seus membros, imposição de penas e casos de exclusão;

f) administração das Bolsas, das entidades do mercado de balcão organizado e das entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários; emolumentos, comissões e quaisquer outros custos cobrados pelas Bolsas e pelas entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários ou seus membros, quando for o caso;

h) condições de constituição e extinção das Bolsas de Mercadorias e Futuros, forma jurídica, órgãos de administração e seu preenchimento.

Após a Edição da Medida Provisória nº 08, a CVM passou de “entidade autárquica vinculada ao Ministério da Fazenda” à “entidade autárquica em regime especial”, sendo, assim, elevada a estadar status de agência reguladora.

Art. 5º É instituída a Comissão de Valores Mobiliários, entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, e autonomia financeira e orçamentária.” (grifei)

Conceitua-se como Agencia Reguladora, uma vez que exercem funções regulatórias, cujo sua administração compete a um colegiado, no qual seus membros são nomeados pelo Presidente da República,

detendo mandato por tempo determinado, como prescreve a alteração da Lei 6.385/76 dada pela redação da Lei nº 10.411/2002.

Art. 6º A Comissão de Valores Mobiliários será administrada por um Presidente e quatro Diretores, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal, dentre pessoas de ilibada reputação e reconhecida competência em matéria de mercado de capitais.

§ 1º O mandato dos dirigentes da Comissão será de cinco anos, vedada a recondução, devendo ser renovado a cada ano um quinto dos membros do Colegiado.

§ 2º Os dirigentes da Comissão somente perderão o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

Segundo o que disciplina o art. 3º do Decreto nº 4.763/2003, a Comissão de Valores Mobiliários é dirigida por um colegiado composto por um presidente e quatro diretores, todos nomeados pelo Presidente da República, somente após de aprovados em sabatina pelo Senado Federal, dentre pessoas de reputação ilibada e reconhecida competência em matéria de mercado de capitais.

Como previsto no final do artigo 5º da MP nº 08, esse mesmo modelo de composição do Colegiado é o constante nas demais Agências reguladoras brasileiras, de forma a atribuir maior independência e estabilidade às entidades, visando evitar possíveis interferências do Poder Executivo e do Setor Econômico regulado.⁶²

Todas essas mudanças no decorrer dos anos, com a criação da CVM, é no sentido de proteger os investidores, de maneira que possa assegurar-lhes uma noção precisa a respeito dos títulos que estão sendo negociados no mercado, de forma que os Investidores não fiquem à mercê do mercado sem qualquer aparato por um órgão responsável. Dentro desse mercado, fazem-se necessário um conjunto de normas e

62 DUBEUX, Julio Ramalho. **A Comissão de Valores Mobiliários e os principais instrumentos regulatórios do mercado de capitais brasileiro**. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 2006. pp. 34-37

regimentos para dar controle e ordenamento ao Mercado de Capitais, aos investimentos, as condutas dos Agentes e dos Investidores.

Como os valores mobiliários são ofertados ao público em geral, é importante garantir aos investidores as informações que dizem respeito a entidade emissora dos títulos e sobre as informações desses papéis que estão sendo oferecidos.

Dessa forma, todas as operações que envolverem títulos ou contratos que contenham Valores Mobiliários serão regulados e fiscalizados pela Comissão de Valores Mobiliários, uma vez que é de sua competência.

Em conformidade com o disposto no artigo 1º da Lei nº 6.385/76, após deversas alterações, temos que a CVM abrange a disciplina e a fiscalização das seguintes atividades do mercado: emissão, distribuição, negociação, intermediação, administração de carteira, etc, vejamos:

Art. 1º Serão disciplinadas e fiscalizadas de acordo com esta Lei as seguintes atividades:

- I - a emissão e distribuição de valores mobiliários no mercado;
- II - a negociação e intermediação no mercado de valores mobiliários;
- III - a negociação e intermediação no mercado de derivativos;
- IV - a organização, o funcionamento e as operações das Bolsas de Valores;
- V - a organização, o funcionamento e as operações das Bolsas de Mercadorias e Futuros;
- VI - a administração de carteiras e a custódia de valores mobiliários;
- VII - a auditoria das companhias abertas;
- VIII - os serviços de consultor e analista de valores mobiliários.

Dessa forma, todas as entidades que exercem atividade dentro do escopo previsto no artigo 1º, envolvendo Valores Mobiliários serão reguladas e fiscalizadas pela CVM.

Note-se que a CVM é regida por Legislação Especial de forma a ter seu próprio regulamento e capacidade para disciplinar e fiscalizar as operações oriundas no Mercado de Capitais que envolvam, de qualquer forma, os Valores Mobiliários.

Essas operações não estão baseadas na Legislação Civil Brasileira, tão pouco faz alusão ao Direito Comercial ou Consumidor, ficando a cargo da Comissão de Valores Mobiliários regulamentar o que se entende por lícito e ilícito dentro do Mercado de Capitais e aplicar, em cada caso concreto, sanções.

Para que possam participar do Mercado de Valores Mobiliários as Empresas estão sujeitas a um registro na Comissão de Valores Mobiliários, conhecido como o registro das OPAs - Oferta Pública de Aquisição de Ações de Companhia Aberta.

Essa exigência reside no fato de que esta espécie de oferta constitui uma emissão pública de valores mobiliários e sua distribuição no mercado, razão pela qual existe a necessidade de serem prestadas informações de natureza como são exigidas pela CVM.⁶³

RELAÇÕES CONTRATUAIS NO MERCADO DE CAPITAIS

Uma sociedade que não seja “aberta” não pode buscar recursos junto à poupança popular mediante eleição de ações; normalmente o que é feito é um pedido para a CVM com dois requerimentos: um requerimento com registro de companhia aberta; um outro para uma determinada oferta.

A Oferta Pública de Aquisição de Ações (OPA) é uma declaração unilateral de vontade por meio da qual o proponente manifesta seu

63 EIZIRIK, Nelson; Gaal, Ariádna B.; Parente, Flávia; Henriques, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais – Regime Jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 539.

compromisso de adquirir um bloco de Ações a um preço determinado e seguindo cláusulas e condições previamente estabelecidas⁶⁴.

Tal procedimento destina-se a conferir a todos os acionistas determinada companhia aberta a possibilidade de alienar as ações de sua propriedade, em igualdade de condições, em situações que envolvam alterações significativas na composição acionária da companhia.

Uma característica inerente às ofertas públicas de aquisição é a publicidade, que interessa aos acionistas destinatários, à companhia e ao mercado de capitais como um todo. Deve ser dada a oferta publicidade suficiente, mediante a publicação de editais com conteúdo preciso e completo, para que o conjunto dos possíveis acionistas interessados, bem como os demais participantes do mercado de valores mobiliários, possam vir a tomar conhecimento da oferta e de todos os seus termos⁶⁵.

Num exemplo, teríamos o seguinte: uma empresa com capital de dois milhões de reais, poderia emitir mais um milhão de ações de um real cada uma, perfazendo três milhões; as ações já são dos acionistas e são eles que põem à venda.

Uma das formas de resguardar o Direito dos Investidores é a CVM impor que para a emissão de Ações por Empresas, sejam oferecidos “prospectos” documento que deverá conter todas as informações necessárias para aquisição daquela Ação, será o oferecimento detalhado das possíveis perdas e ganhos da citada Ação.

Essas ofertas de que estamos falando nada mais são do que ofertas propriamente dita e, segundo os estudiosos do Direito Civil, uma proposta que vincula o ofertante e como tal precisa seguir um conjunto de regras. Tais regras são estipuladas pela CVM a partir do princípio da transparência, igualdade e de uma série de regras específicas. Como aquelas regras vinculam o ofertante, e como o público em geral aplica seus recursos numa companhia que emite ações, sem conhecer pormenorizadamente a atividade da companhia e sem conhecer a dinâmica do mercado, não sabe dos riscos que envolvem aquele investimento. Todas as informações

64 CARVALHOSA, Modesto. Oferta Pública de aquisição de ações. Rio de Janeiro, IBMEC, 1979, p. 24.

65 BOITEUX, Fernando Netto. Oferta pública de aquisição de controle de companhia aberta. Revista Forense. Rio de Janeiro, Forense, v. 301, mar. 1988, p.56

devem ser repassadas para o Investidor - comprador das ações, e são repassadas através de um prospecto.

Neste Prospecto, como já informado, têm que ser descrito, em detalhes, a atividade da companhia e todos os riscos que aquela atividade envolve, todos os riscos que o setor daquela atividade possui, o setor em que desenvolve sua atividade e, além disso, os riscos que envolvem o próprio mercado de ações, tanto no nível nacional quanto internacional.

Podemos concluir que as relações contratuais existentes no Mercado de Capitais está entre a Empresa Emissora de suas Ações ou seus próprios Acionistas (mercado secundário) e os Investidores, que procuram saber informações (dadas pela Empresa) de como encontram-se os seus títulos, a Empresa, o setor contábil, etc, para assim adquirir as Ações, e confiam seus investimentos por saber que existe uma auto regulamentação dentro do Mercado de Capitais que não permitirá as Empresas Emissoras agirem de má-fé.

Os Investidores contam com o poder disciplinador e sancionador da Comissão de Valores Mobiliários, para que não haja ilícito na proposta de venda de Ações, uma vez que existe a Auto-regulamentação no Mercado de Valores Mobiliários, não ficando à míngua quanto a possíveis ilícitos praticados pelos emissores.

Não significa dizer que essa autor regulamentação dá a garantia de investimento, apenas faz com que exista licitude e transparência na transação.

COMPARATIVOS

Diante do que já foi apresentado acima, e observando as partes que compõem essa relação – investidor e empresa emissora – estamos diante de alguns pontos: sendo obrigatória a apresentação do Prospecto, contendo todas as informações descritas, para serem repassadas ao comprador das ações, e se as informações contidas no Prospecto vinculam o negócio, então estamos diante do que chamamos de oferta, embora a regulamentação da Bolsa de Valores não sejam os contidos no Código

Civil? Podemos equiparar essas normas com as do nosso Direito? Mesmo a Regulamentação se dando de forma especial pela Comissão de Valores Mobiliários?

Em face do questionamento levantado, podemos verificar que a relação que se estabeleceu entre as partes no Mercado de Capitais possui características de um Contrato e como a CVM fiscaliza, regula e tem poder sancionador entre as Empresas emissoras das Ações, pode-se dizer que existe um respeito aos princípios contratuais, porém não expressos em sua legislação.

A auto-regulamentação do Mercado de Capitais, incluindo o poder de polícia da Comissão de Valores Mobiliários obedece aos princípios dos contratos constantes do Código Civil pátrio, ficando nítido que existe uma relação contratual entre a Empresa Emissora de Ações e o Investidor, assim como um Acionista que vende suas Ações (ou parte delas) a um Investidor.

A auto-regulamentação da Comissão de Valores Mobiliários em relação as operações ocorridas do Mercado Mobiliário não faz com que descartemos a Legislação Civil, quanto a possibilidade de sanções jurídicas por um Magistrado vez que estaria diante de princípios basilares do Direito Civil, do Direito dos Contratos, caso houvesse ofensa. Essa auto-regulação do Mercado de Capitais não contrariam o Direito Civil, pelo contrario, elas se somam, de forma a envolver as regras do Direito Civil e Econômico.

O investidor sabe que existe uma série de regras de regulamentação corporativa, uma série de regras de estruturação societária que faz com que o investidor tenha a garantia de que o empreendedor, a administração da companhia não vai utilizar de recursos indevidos para o benefício próprio. Havendo crescimento, o investidor sabe que a Companhia, em função daquelas regras, não vai reverter o lucro em benefício próprio e que não vai, a qualquer momento, sair do Mercado Mobiliário aleatoriamente, deixando-o no prejuízo.

A supracitada auto-regulamentação, que estabelece as várias regras para a relação entre os investidores e as empresas, não é uma imposição, posto que não provém de Lei; deriva de uma relação “contratual”, que é um poder aderente. Essas regras, definidas pela auto-regulamentação, constituem o “Contrato” entre as partes negociantes no Mercado Mobiliário.

Um dos grandes pontos que interligam o Mercado Mobiliário ao Direito Civil é quando nos deparamos com o Prospecto. Este é um aviso ao Mercado de estão sendo oferecidas as ações e quais os “fatores de riscos” possíveis naquela intermediação. O Prospecto é uma Oferta na medida em que descreve os riscos inerentes ao “Contrato” e ao Mercado Financeiro, sendo, nesse sentido, semelhante a um contrato “normal”. O Prospecto existe com o propósito de levar segurança ao Investidor, equiparando-se a Segurança Jurídicas dos contratos.

É importante entendermos a idéia da auto-regulamentação aplicada no Mercado de Valores Mobiliários. Existe toda uma supervisão para ver se a Companhia está cumprindo as regras; existe todo um procedimento que se dá quando o investidor pensa em investir num determinado empreendimento em que ele acredita que dará retorno, embora o investidor não entenda nada desse empreendimento. Existe uma infinidade de negócios desenvolvidos sendo apresentados para o público em geral com oportunidades de investimento e o mencionado Prospecto é o “livro” onde constam informações sobre as empresas e sobre as ações negociadas. Ele informará o que está sendo oferecido, o setor de atuação da empresa, as projeções do negócio, uma análise contábil e de como se processou a evolução da Companhia até aquele momento.

Então, com base em tudo que já foi apresentado o investidor aplica seus recursos e é daí que vem a responsabilidade do ofertante. O Prospecto deve refletir exatamente a verdade da Empresa uma vez que o investidor deve tomar sua decisão consciente, decisão de “consentimento informado”, já que tem direito à informação. Daí vem a necessidade de que a Companhia, queira abrir seu capital, siga a regulamentação que vem da CVM. É essa regulamentação que o próprio Mercado exige.

No nosso Direito Civil, os negócios jurídicos, segundo a teoria geral do Direito, podem ser divididos em: a) atos unilaterais; e b) atos bilaterais; os primeiros se efetivam através da manifestação da vontade de uma das partes; já os segundos precisam da manifestação de duas ou mais vontades para que possam existir.

Os negócios jurídicos patrimoniais de formação bilateral são chamados de contratos. A anuência das partes representa uma *conditio sine qua non* em relação à efetivação da avença. Assim, se uma das partes

não quiser celebrar o negócio jurídico, a relação não será formada. O contrato é, fundamentalmente, um meio harmonizador dos interesses não coincidentes ou o legitimador de interesses semelhantes.

Clóvis Beviláqua⁶⁶ conceituou o instituto descrevendo que “O contrato é o acordo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos”.

Contrato, do latim, *contractu*, é trato com. É a combinação de interesses de pessoas sobre determinada coisa. É “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um Direito”, como bem conceitua o renomado Mestre Washington de Barros Monteiro⁶⁷. Ulpiano corretamente afirmou que: *duorum plurimumve in idem placitum consensus*, vale dizer, contrato é mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto.

Além das condições para sua validade, o contrato possui, ainda, três princípios básicos: que a vontade seja autônoma, significando, aí, a liberdade das partes na estipulação do que melhor lhes convenha; o princípio da supremacia da ordem pública, ou seja, a vontade das partes tem como limite os termos da legislação pertinente à matéria, aos princípios da moral e da ordem pública; e, finalmente, o da obrigatoriedade, donde o velho axioma de a avença fazer lei entre as partes (*pacta sunt servanda*).

Em nosso tempo, caracteriza-se o contrato, efetivamente, como o negócio jurídico (espécie de ato jurídico) bilateral que tem por finalidade gerar obrigações entre as partes.

Já a oferta, segundo Lopes⁶⁸ “uma declaração unilateral do proponente, receptícia, e que deve conter, em princípio, os elementos essenciais do negócio jurídico”. A oferta, consoante preleciona Luiz Guilherme Loureiro⁶⁹ é:

é uma espécie de «germe» do contrato, é através dela que tem início o negócio; para que seja formado um contrato sinalagmático a

66 BENVILÁQUIA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4ª ed. São Paulo: Red Livros, 2004.

67 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações**. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

68 LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: fontes das obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 3.

69 LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no Novo Código Civil – Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 2. Ed. São Paulo: Método. 2004.

título oneroso, a oferta deve conter as características essenciais do contrato que o ofertante deseja concluir com o destinatário. Sem tais elementos, a iniciativa não constitui uma oferta de contratar.

Nesta Regra, consta a obrigatoriedade do Prospecto. Vejamos o que ela diz textualmente:

O Presidente da Comissão de Valores Mobiliários - CVM torna público que o Colegiado, em reunião realizada nesta data, tendo em vista o disposto nos arts. 2º e 19 da Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976, **resolveu** baixar a seguinte Instrução:

[...]

Seção II - Do Registro dos Fundos

[...]

Art. 7º - O funcionamento do fundo depende do prévio registro na CVM, [...], e considerar-se-á automaticamente concedido na data constante do respectivo protocolo de envio.

Art. 8º - O pedido de registro deve ser instruído com os seguintes documentos e informações:

[...]

III - prospecto, elaborado em conformidade com disposto na Seção V, Capítulo III, ressalvado o disposto nos art. 110, inciso II;

[...]

Seção V - Do Prospecto

Art. 39 - O prospecto deve conter todas as informações relevantes para o investidor relativas à política de investimento do fundo e aos riscos envolvidos.

[...]

Art. 40 - O prospecto deve conter [...]:

I - metas e objetivos de gestão do fundo, bem como seu público alvo;

- II - política de investimento e faixas de alocação de ativos,
[...];
 - III - relação dos prestadores de serviços do fundo;
[...]
 - IX - identificação dos riscos assumidos pelo fundo;
 - X - informação sobre a política de administração dos
riscos [...];
[...]
 - XIII - política de divulgação de informações [...];
 - XIV - quando houver, identificação da agência classificadora
de risco [...];
 - XV - [...] os resultados do fundo em exercícios anteriores,
[...];
 - XVI - o percentual máximo de cotas [...].
- §1º O prospecto deve conter [...] «A concessão de registro
[...]».

Veja a ligação que existe entre nossa Doutrina civil e a auto-regulamentação do Comércio Mobiliário, ficando cada vez mais nítido o enlace entre os temas.

CONCLUSÃO

Diante do aqui exposto podemos concluir que o Comércio de Valores Mobiliários desenvolveu toda uma auto-regulamentação com o objetivo de criar mecanismos para regular, disciplinar, fiscalizar e possuir poder sancionador dentro das relações entre os investidores e as empresas. Nesse sentido, as empresas que quiserem ter as suas ações negociadas na Bolsa, nos segmentos mais atrativos para o investidor, elas teriam que adotar as regras criadas pelo Mercado. Estas regras não são impostas, não são leis, porém, o seu não cumprimento pode implicar em não tornar atraentes, para o investidor, as ações da empresa. Não existe um poder acima das partes, do tipo estatal, por exemplo, não existe Lei

a ser seguida, porém, essa auto-regulamentação “faz” Lei entre essas partes. É interessante destacar que essas regras têm uma dimensão supra nacional e seguem padrões que são muitos parecidos em outros países, como nos EUA ou na Europa.

Pudemos observar também que o sentido dessa auto regulação é um modo de preservar o investidor, de levar as mais completas informações, e com maior precisão sobre como se encontra os ativos da Empresa-Emissora.

A relação que passa existir entre o Investidor e o Emissor de títulos é meramente contratual e diante disso vimos a ligação existente dessa auto regulação e os princípios e normas norteadores dos contratos no âmbito civil brasileiro. A preocupação de preservar os Investidores é a mesma preservação entre os contratantes no Direito Civil, inclusive com a vinculação da Oferta, que no caso do Mercado de Valores Mobiliários verificamos com o Prospecto.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Maria Luiza P. **Paradigmas Inconclusos: os contratos entre autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

BENVILÁQUIA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4^a ed. São Paulo: Red Livros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Lei n. 6.404/76, de 15/12/76. Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 11 de dezembro de 2007.

BRASIL. Lei n. 6.385/76, de 07/12/76. Disponível em <<http://www.cvm.gov.br/port/atos/leis/6385.asp>> Acesso em 22 de janeiro de 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6^a ed. Coimbra: Almedina, 1993.

- CARVALHOSA, Modesto. **Oferta Pública de aquisição de ações**. Rio de Janeiro, IBMEC, 1979.
- DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional Econômico: globalização & constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 1999.
- DINIS, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva. 2006.
- DUBEUX, Julio Ramalho. **A Comissão de Valores Mobiliários e os principais instrumentos regulatórios do mercado de capitais brasileiro**. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 2006.
- EIZIRIK, Nelson; Gaal, Ariádna B.; Parente, Flavia; Henriques, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais – Regime Jurídico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GOMES, Luís Roberto. **Princípios constitucionais de proteção ao meio ambiente**. Revista de Direito Ambiental, n 16, p. 164.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: fontes das obrigações**. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 3.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no Novo Código Civil – Teoria Geral e Contratos em Espécie**. 2. Ed. São Paulo: Método. 2004.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 6. ed. São Paulo: Atlas. 2005.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.
- MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações**. 33ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Direito Bancário**. Disponível em: http://www.trinolex.com/artigos_print.asp?id=683&icaso=artigos. Acesso em 29 de julho de 2008

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. São Paulo. Revista dos Tribunais.

SAMPAIO, Rogério Marrone de C. **Direito Civil – Contratos – Col. Fundamentos Jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 1ª ed. São Paulo: Método, 2003.

SOBRE OS AUTORES

Adriano Marteleto Godinho - Professor de Direito Civil da Universidade Federal da Paraíba. Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: adrgodinho@hotmail.com.

Anna Rachel Alves de Arruda - Graduanda do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Pesquisadora pelo projeto “Direito, arte, tecnologia e ficção - Perspectivas e novos desafios de humanização do Direito Civil-Constitucional”. E-mail: annarachel_11@hotmail.com

José Manuel Peixoto Caldas - Médico e Sociólogo do Instituto de Saúde Pública da UP, Professor Titular da UFPB e Investigador Coordenador da FAPESP e-mail: jcaldas@ccs.ufpb.br | jmpeixotocaldas@gmail.com.

Heloísa Pinho Veloso - Odontologista, Professora Associada da UFPB, Investigadora Pós-Doutora do Instituto de Saúde Pública da UP e Diretora do ERO, e-mail: hhveloso@gmail.com.

Reginaldo Deconti Junior - Psicólogo Clínico e Mestrando da Universidad de Vigo, e-mail: decontirjunior@gmail.com.

José Lucas Santos Carvalho - Mestrando em Direito (Universidade Federal de Sergipe). Especialista em Direito do Estado (Estácio de Sergipe). Bacharel em Direito (Universidade Tiradentes). Analista do Ministério Público de Sergipe. E-mail: lucascarvalho.br@gmail.com.

Danielle Garcia Alves - Mestra em Constitucionalização do Direito pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Federal de Sergipe (Mestrado/PRODIR/UFS); Especialista em Gestão Estratégica de Segurança Pública pela Universidade Federal de Sergipe e graduada em Direito pela mesma Instituição; Especialista em Inteligência Estratégica pela Escola Superior de Guerra (ESG/Rio); Delegada da Polícia Civil

em Sergipe; Professora dos Programas de Capacitação do Ministério da Justiça (SENASP/SNJ); Professora Convidada da Fundação Getúlio Vargas (LLM/CJUS/FGV).

Henrique Ribeiro Cardoso - Doutor em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio), com Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos (IGC - Universidade de Coimbra). Pesquisador em Estágio Pós-doutoral no Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB) na área de concentração Direitos Humanos e Desenvolvimento. Mestre em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio). Especialista em Direito Constitucional Processual (FAPESE/UFS). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC/Bahia). Professor do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal de Sergipe (Mestrado/PRODIR/UFS) e do Programa de Pós-graduação da Universidade Tiradentes (Mestrado/PPGD/UNIT). Promotor de Justiça. E-mail: henrique@mpse.mp.br.

Ana Flávia Furtado Evangelista - Maestra en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales por la Universidad de Salamanca, España.

María Luisa Martín Hernández - Profesora Doctora en la Universidad de Salamanca, España.

Juliana Fernandes Moreira - Professora Adjunto I da Universidade Federal da Paraíba.

Jailton Macena de Araújo - Professor adjunto da UFPB. Doutor em Direitos Humanos e Desenvolvimento (UFPB)

Hiago Pereira Silva Moura - Graduando em Direito pela UFPB. Pesquisador Bolsista do Programa de Iniciação Científica do CNPq (PIBIC/CNPq). Monitor de Direito Civil II no DCJ/CCJ/UFPB. Membro Titular do Conselho Superior de Ensino, Pesquisa e Extensão da UFPB. Membro do IDCC. E-mail: hiagomoura@hotmail.com.

Ana Paula Correia Albuquerque da Costa - Professora Adjunta do Curso de Direito da UFPB. Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento (UFPB). Mestra em Ciências Jurídicas (UFPB). Presidente do IDCC. Membro fundadora da ALDIS. E-mail: ap_albuquerque@gmail.com.

Andréa Costa do Amaral Motta - Mestrado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, Brasil(2010), Proprietária do Amaral - Advocacia e Consultoria Jurídica , Brasil.



INSTITUTO DE PESQUISA E
EXTENSÃO, PERSPECTIVAS
E DESAFIOS DE HUMANIZAÇÃO DO
DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL



Diagramado pela Editora UFPB em 2019.
Impresso em papel Offset 75 g/m² e capa
em papel Supremo 250 g/m².

A Obra que se oferece ao público,
Desafios do Direito Privado

Contemporâneo: Novos Direitos Sociais, apresenta coletânea de textos que problematiza que problematiza desafios de humanização do direito privado no Brasil. O livro resulta das reflexões e debates ocorridos no V Seminário do grupo de pesquisa intitulado Perspectivas e Novos Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional, sediado pela UFPB e composto por pesquisadores de mais de dez instituições universitárias brasileiras e estrangeiras, em formato de rede de pesquisa, nomeadamente de Instituto de Pesquisa (conferir www.institutodcc.org.br).

ISBN 978-85-237-1441-3



9 788523 714413

