

É POSSÍVEL *DE LEGE LATA* PROIBIR O USO DO AMIANTO NO BRASIL? AS CONTRIBUIÇÕES SINÉRGICAS DO MANDADO DE INJUNÇÃO, DO ART. XX DO GATT 1994, DO ART. 103 DO CDC, DO ART. 10 *BIS* DA CONVENÇÃO DA UNIÃO DE PARIS E DA DOCTRINA DO ABUSO DE DIREITO

Edson Beas Rodrigues Jr.*

“[E]n este umbral del siglo XXI, el ser humano ha sido por sí mismo situado en escala de prioridad inferior a la atribuída a los capitales y bienes, – a pesar de todas las luchas del pasado, y de todos los sacrificios de las generaciones anteriores.”
(Antonio A. Cançado Trindade)¹

“Na batalha, inclusive jurisdicional, entre o patrimônio e a dignidade do ser humano, vence esta última – sempre.”
(Marcelo Freire Sampaio Costa)²

1 – INTRODUÇÃO

É fato notório que o amianto constitui agente químico altamente carcinogênico, não existindo limites seguros para a exposição humana. Há um sem-número de estudos nacionais e estrangeiros nesse sentido e os limites deste estudo não me permitem fazê-lo. A esse respeito não pretendo tecer comentários. Atualmente, tramitam conjuntamente, no Supremo Tribunal Federal (STF), três ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 3.357, 3.356

* *Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; professor universitário.*

1 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Voto concurrente de Antônio A. Cançado Trindade, par. 18.

2 COSTA, Sampaio; FREIRE, Marcelo. Lineamentos da técnica da ponderação no processo do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, ano 38, v. 147, jul./set. 2012, p. 247.

e 3.937) e uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 109), que impugnam a constitucionalidade de leis estaduais (Rio Grande do Sul, Pernambuco e São Paulo), e uma lei municipal (do Município de São Paulo) que proíbem o uso do amianto. Esses julgamentos se arrastam há mais de uma década. E não há previsão para sua conclusão, tampouco clareza sobre qual será a posição a ser adotada pelo STF. A questão toda está centrada na seguinte discussão: as leis estaduais e municipais usurparam a competência legislativa da União para disciplinar a matéria? O art. 24, V e XII, da Constituição Federal atribui à União “competência legislativa para dispor sobre normas gerais relativas à produção e consumo, além de proteção e defesa da saúde”³, cabendo aos Estados aprovar legislações apenas para complementar a legislação federal, que, no caso, é a Lei nº 9.055/95. O autor dessas ações arguiu que os diplomas legais impugnados violam as normas gerais, incorporadas à Lei nº 9.055/95. Esta Lei, por sua vez, é objeto de uma ADI (4.066), de relatoria da Ministra Rosa Weber⁴.

O objetivo deste artigo não é entrar no mérito dessas ações, mas, sim, apresentar algumas ferramentas legais, já incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, que, ao menos teoricamente, apresentam o potencial de banir o amianto do mercado brasileiro, independentemente de qualquer reforma legislativa. Essas ferramentas são a nova Lei do Mandado de Injunção, o art. XX

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. O que o caso amianto revela sobre o Supremo Tribunal Federal. *Revista Consultor Jurídico*, 3 de dezembro de 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-03/observatorio-constitucional-amianto-revela-supremo-tribunal-federal>>.

4 A respeito de um panorama atualizado sobre os debates legais envolvendo o amianto, no Brasil, consultar: JARDIM, Philippe G. Entre a vida e a morte: a atuação do Ministério Público do Trabalho pelo banimento do amianto no Brasil. In: MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (Org.). *Estudos aprofundados*. MPT. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 169-194. v. 2. É digno de nota que o Ministério Público do Trabalho é uma das instituições mais atuantes na proibição do uso do amianto no Brasil. Em 2015, o MPT foi agraciado com o prêmio “Tributo Inspiração”, concedido pela Asbestos Disease Awareness Organization (ADAO – Organização para a Conscientização sobre as Doenças do Amianto) pela sua atuação incansável pelo banimento do amianto no país. O MPT implementa o Programa de Banimento do Amianto no Brasil, o qual “estabelece estratégias de atuação nacional para evitar o manuseio e a utilização da fibra do amianto, em todo o país, seja para conceder efetividade às legislações estaduais e municipais que proíbem a sua utilização, atuando de forma repressiva para quem descumprir a lei, ou para promover alterações legislativas de âmbito nacional. Atua, também, no monitoramento e na promoção da saúde dos trabalhadores que mantêm ou mantiveram contato com a fibra ou com produtos que a contenham, exigindo, nessas hipóteses, o cumprimento da legislação federal que disciplina o aproveitamento econômico da substância declarada cancerígena pela Organização Mundial da Saúde. No Estado de Santa Catarina, onde ainda não existe legislação estadual de banimento do aproveitamento econômico do amianto, o MPT apoia o processo legislativo para a aprovação da lei que trata do assunto (PL nº 0179.5/08), a exemplo dos Estados RS, SP, RJ, PE e MG, e de mais de 60 países da comunidade internacional. Paralelamente ao processo legislativo estadual, o MPT tem intensificado a exigência do cumprimento da legislação federal de controle ambiental, médico e epidemiológico em diversos setores da cadeia do fibrocimento com amianto, tais como distribuidores de material de construção, construção civil e transporte de resíduos” (<portal.mpt.br>).

do Acordo Geral de Tarifas e Comércio da Organização Mundial do Comércio (GATT 1994), o art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula geral de repressão à concorrência desleal da Convenção da União de Paris (CUP) e a doutrina do abuso de direito. Passemos a elas.

2 – MANDADO DE INJUNÇÃO INDIVIDUAL OU COLETIVO PARA REDUZIR O LIMITE DE TOLERÂNCIA PARA A EXPOSIÇÃO AO AMIANTO NO AMBIENTE DE TRABALHO

A Lei nº 9.055/95, que disciplina a liberação comercial do amianto crisotila (amianto branco) no Brasil, estabelece que compete ao Poder Público fixar limites de tolerância a que estarão sujeitos os trabalhadores expostos a esta substância química. Em consonância com o princípio da melhoria contínua, estabelece este diploma legal que os limites de tolerância deverão ser revisados anualmente, com o objetivo de reduzi-los paulatinamente, a fim de reduzir os riscos de desenvolvimento de doenças ocupacionais e as mortes prematuras:

“Art. 7º Em todos os locais de trabalho onde os trabalhadores estejam expostos ao asbesto/amianto da variedade crisotila ou das fibras naturais ou artificiais referidas no art. 2º desta Lei deverão ser observados os limites de tolerância fixados na legislação pertinente e, na sua ausência, serão fixados com base nos critérios de controle de exposição recomendados por organismos nacionais ou internacionais, reconhecidos cientificamente.

(...)

§ 2º Os limites fixados deverão *ser revisados anualmente*, procurando-se reduzir a exposição ao nível mais baixo que seja razoavelmente exequível.”

A normativa responsável por disciplinar esses limites de exposição ao amianto crisotila é o Anexo 12 da Norma Regulamentar 15 do Ministério do Trabalho, cuja competência regulamentar tem espeque nos arts. 190 e 200, VI, da CLT. A respeito da perigosa obsolescência da regulamentação vigente, transcrevo trecho elucidativo da lavra do Professor Homero Batista Mateus da Silva:

“Quadro normativo sobre o amianto no Brasil. No Brasil, o quadro normativo do amianto é complexo. Em 1991, o Anexo 12 [da Norma Regulamentar 15] foi reescrito, pela Portaria nº 1 do Ministério do Trabalho, para reduzir à metade o limite de tolerância de duas fibras por centímetro cúbico para duas fibras respiráveis, mas sem cogitar de seu banimento (item 12 do Asbesto no Anexo 12); adormece, por ora, projeto de lei que

reduz a tolerância para 0,1 fibra, através da inserção de um parágrafo ao art. 190 da CLT – *padrão esse utilizado internacionalmente*. (...)

Tentativa de fixação de limite de tolerância para o amianto. Sem qualquer dúvida, o ponto central do Anexo 12 é a fixação do limite de tolerância do asbesto em duas fibras respiráveis por centímetro cúbico (2,0 f/cm³), entendendo-se fibra respirável como sendo aquela pequena, de diâmetro inferior a três micrômetros, dentre outras exigências. Evidente que já houve um avanço na redução do limite de 4,0 f/cm³ para 2,0 f/cm³ pela nova redação de 1991 ao Anexo 12, mas esse limite não é considerado seguro internacionalmente. A autoridade sanitária dos Estados Unidos, que adota a sigla OSHA em inglês, aponta média de 64 mortes por grupo de 1.000 trabalhadores expostos ao amianto, quando a tolerância fica na casa das 2,0 f/cm³. Se a tolerância for reduzida para 0,2 f/cm³, as mortes são reduzidas para 6,7 por grupo de 1.000 empregados, mas, ainda assim, são mortes. O limite de 0,1 f/cm³, considerado seguro por muitos estudos e objeto de projeto de lei no Congresso Nacional brasileiro, mantém as mortes na média de 3,4 por grupo de 1.000 empregados. Em suma, a redução do número de mortes é um esforço a ser empreendido pela comunidade jurídica, mas não é nem de longe a solução mais adequada para o problema.”⁵

A partir de uma consulta rápida à versão atualizada da NR-15, chega-se à conclusão de que o mandamento legal, cristalizado no art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.055/95, não vem sendo observado pelo Poder Público. Consoante o magistério de Homero Batista Mateus, “toda norma que dispuser limites de tolerância deve passar por revisão periódica dos valores, de modo a se adaptar à evolução científica e a corrigir erros do passado, como está previsto no art. 4º da Convenção nº 155 da OIT e no art. 8.3 da Convenção nº 148, ambas ratificadas pelo Brasil”⁶. Para melhor compreensão do exposto pelo autor, segue a transcrição dos dispositivos citados:

Artigo 8º da Convenção nº 148 – OIT:

“(…)

(3) Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, e tendo em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho.”

5 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Curso de direito do trabalho aplicado: saúde e segurança do trabalho*. E-book. São Paulo: RT, 2015. p. 69-70.

6 *Idem, ibidem*, p. 44.

Artigo 4º da Convenção nº 155 da OIT:

“1. Todo Membro deverá, em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e a prática nacionais, formular, por em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho.

2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida em que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.”

Se é verdade que a redução dos limites de tolerância à exposição não resolverão, de maneira adequada, o problema dos riscos do amianto no meio ambiente laboral, ao menos reduzirão o número de mortes e a incidência de doenças ocupacionais. Sem embargo, o Ministério do Trabalho vem se omitindo de revisar periodicamente o Anexo 12 da NR-15, como forma de garantir a plena eficácia de uma série de direitos fundamentais dos trabalhadores, a saber: o direito dos trabalhadores à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII, da CR/88); o direito à saúde (art. 6º da CR/88); e o direito ao meio ambiente do trabalho hígido e seguro (art. 225, *caput*, c/c o art. 200, VIII, da CR/88).

Diante da omissão do Poder Público (Ministério do Trabalho) em disciplinar, adequadamente, os limites de tolerância de exposição ao amianto, é cabível a impetração tanto do mandado de injunção individual quanto do mandado de injunção coletivo.

Em 2016, por meio da Lei nº 13.300, foi finalmente disciplinado o mandado de injunção, ação constitucional utilizável “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (art. 5º, LXXI, da CR/88).

Um dos aspectos mais interessantes trazidos pela novel normativa refere-se à possibilidade de se conceder mandado de injunção sempre que a falta “total ou parcial” de norma regulamentadora tornar inviável o exercício dos direitos e das liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. “Considera-se parcial a regulamentação quando forem *insuficientes* as normas editadas pelo órgão legislador competente” (art. 2º, parágrafo único).

No caso do amianto, estamos diante da falta parcial de norma regulamentadora voltada a efetivar o direito dos trabalhadores à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, XXII, da CR/88), o direito à saúde do trabalhador (art. 6º da CR/88) e o direito ao meio ambiente do trabalho hígido e seguro (art. 225, *caput*, c/c o art. 200, VIII, da CR/88). Existe normativa (Anexo 12 da NR-15 do Ministério do Trabalho), mas ela sabidamente está desatualizada, estando perigosamente distante dos padrões internacionais. Portanto, é cabível a impetração de mandado de injunção em face do Ministério do Trabalho para compeli-lo a atualizar o Anexo 12 da NR-15 (art. 8º, I), dentro de um prazo de tempo razoável. E, não o fazendo no prazo fixado pelo Poder Judiciário, caberá a este “estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados” (art. 8º, II). Ou seja, caber-lhe-á fixar os novos limites de exposição ao amianto no meio ambiente laboral, devendo levar em conta os padrões internacionais vigentes.

Diante do caso em análise, o mandado de injunção coletivo poderá ser promovido, notadamente (art. 12):

– pelo Ministério Público, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos interesses sociais ou individuais indisponíveis;

– por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, para assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas em favor da totalidade ou de parte de seus membros ou associados, na forma de seus estatutos e desde que pertinentes a suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial;

– pela Defensoria Pública, quando a tutela requerida for especialmente relevante para a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos individuais e coletivos dos necessitados.

A sentença, no mandado de injunção coletivo, “fará coisa julgada limitadamente às pessoas integrantes da coletividade, do grupo, da classe ou da categoria substituídos pelo impetrante” (art. 13).

Muito mais do que restringir os limites de exposição dos trabalhadores ao amianto, o ideal é simplesmente banir seu uso, no Brasil, como forma de garantir o direito fundamental dos trabalhadores ao meio ambiente laboral hígido e seguro. Para tanto, sequer seriam necessários a aprovação de qualquer lei ou o julgamento de procedência de qualquer ADIn ou ADPF.

A “Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho” (1998), adotada pela Conferência Internacional do Trabalho da OIT, indica as obrigações mínimas dos Estados-membros da OIT decorrentes do simples fato de serem membros desta organização internacional. Nesse instrumento está arrolado o conjunto de direitos fundamentais dos trabalhadores que laboram no território dos Estados-membros da OIT. Estão contemplados no rol de direitos fundamentais dos trabalhadores, em âmbito mundial: o direito à liberdade sindical; o direito ao reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva, por meio de sindicatos ou associações congêneres; o direito à eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; o direito à abolição efetiva do trabalho infantil; e o direito à eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Contudo, esse rol não é *numerus clausus*. Existem outros direitos fundamentais dos trabalhadores que podem ser extraídos da chamada Carta Magna dos Direitos Humanos, composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e pelos dois Pactos de 1966 (Pacto de Direitos Cívicos e Políticos – PDCP e Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC). O PIDESC (arts. 7º e 8º) agrega à lista de direitos fundamentais laborais os seguintes: o direito à igualdade salarial para trabalho de igual valor; o direito a condições de trabalho seguras e higiênicas; o direito à limitação razoável da jornada de trabalho, de maneira a garantir repouso e lazer; o direito a férias e descanso remunerados e o direito de greve. Dentre esses direitos, aquele que interessa para o presente estudo é o direito a condições de trabalho seguras e higiênicas, ou seja, o *direito ao meio ambiente do trabalho hígido e seguro*, garantidor da incolumidade física e mental do trabalhador.

Direitos humanos estão longe de constituírem mandamentos de ordem meramente moral. A teor do art. 5º, § 1º, da Constituição da República, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. E em harmonia com a aplicabilidade imediata dos direitos humanos, a jurisprudência internacional identifica três obrigações principais impostas sobre o Estado: *obrigações de respeitar, proteger e garantir* direitos humanos. Nunca é excessivo repisar que os direitos trabalhistas fundamentais são direitos humanos de natureza social. Portanto, eles impõem ao Estado brasileiro essas três espécies de obrigações.

Quanto ao conteúdo, a *obrigação de respeitar* exige que o Estado brasileiro se abstenha de interferir direta ou indiretamente no desfrute dos direitos

humanos. Ou seja, o Brasil não tem a discricionariedade de adotar medidas, de qualquer natureza, que possam ameaçar ou prejudicar a fruição desses direitos laborais fundamentais⁷.

Por sua vez, a *obrigação de proteger* exige que o Brasil adote medidas que impeçam *terceiros* [inclusive pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras, que atuam em seus domínios] de interferir no desfrute dos direitos laborais fundamentais. Na eventualidade de uma pessoa física ou jurídica, que se encontre em seu território, adotar uma política de vilipêndio de sua mão de obra, o Estado brasileiro poderá ser responsabilizado por omitir-se no combate destas práticas violadoras dos direitos laborais fundamentais⁸.

Por fim, a *obrigação de garantir* contempla as obrigações de proporcionar, facilitar e promover os direitos laborais fundamentais. Isso implica que o Brasil deve adotar medidas legislativas, administrativas, orçamentárias, judiciais e de outra natureza, adequadas para velar pela sua plena realização⁹.

Na atualidade, o dever de garantir a plena observância dos direitos laborais fundamentais é compartilhada pelos Estados e pela iniciativa privada. É incontroverso que os direitos humanos vinculam não apenas os Estados nacionais (aplicação vertical dos direitos humanos), mas igualmente pessoas físicas e jurídicas, nacionais e estrangeiras (aplicação horizontal, decorrente da dimensão objetiva dos direitos humanos)¹⁰. A jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que as normas de direitos humanos – sejam elas previstas na Constituição da República ou em instrumentos internacionais – podem ser aplicadas imediatamente em face de partes privadas, não havendo para tanto a necessidade de qualquer intermediação legislativa infraconstitucional.

Quando o Estado deixa de adotar medidas voltadas a efetivar o direito de todo trabalhador a um meio ambiente de trabalho hígido e seguro, viola, de maneira reflexa, o direito dos trabalhadores à saúde e à vida digna, direito consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José

7 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *El derecho al trabajo*: artículo 6 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales (E/C.12/GC/18). Ginebra, Consejo Económico y Social, 2006. par. 22.

8 *Id.*, *Ibid.*

9 *Id.*, *Ibid.*

10 Consultar: AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

da Costa Rica), conforme construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ao Estado não cabe simplesmente garantir o direito aos indivíduos de existirem. Deve garantir condições para a persecução de um projeto de vida. Por certo, a realização desse direito estará prejudicada se o trabalhador tiver sua saúde física, mental e emocional conspurcada pelo exercício de atividade laboral em um meio ambiente destrutivo à sua saúde psicossomática:

“Na jurisprudência interamericana, o direito à vida é entendido não apenas como o direito de todo ser humano a não ser privado arbitrariamente de sua vida, mas também como o direito fundamental de toda pessoa de ter acesso às condições necessárias a uma vida digna (CORTE IDH, 2010. Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, para. 186; CORTE IDH, 2006. Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai, para. 150). Por meio dessa interpretação mais ampla do direito à vida, a Corte afirma não apenas a obrigação negativa do Estado de não privar seus cidadãos da vida, mas chama a atenção para o dever positivo do Estado de agir e criar as condições necessárias para garantir uma vida digna a todas as pessoas.

Dessa forma, o direito à vida, na jurisprudência da Corte, relaciona-se intrinsecamente com os direitos econômicos, sociais e culturais, sendo atribuída ao Estado uma função de garante, pela qual deve assegurar as condições de vida favoráveis ao desenvolvimento pleno dos sujeitos, o que implica na garantia de outros direitos fundamentais, como o direito ao trabalho, à educação, à saúde e à alimentação, entre outros previstos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) (nota suprimida).

Essa concepção mais ampla do direito à vida como vida digna aparece na jurisprudência interamericana em três casos que abordam especificamente a proteção dos direitos dos povos indígenas: Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, de 2005, Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai, de 2006; e Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai, de 2010.

(...)

Ao analisar os casos em questão, a Corte afirmou que cabe ao Estado, na sua posição de garante, adotar medidas positivas, concretas e

orientadas à real proteção do direito à vida digna, especialmente quando se trata de pessoas em situação de vulnerabilidade e risco.”¹¹

Após a Emenda Constitucional nº 45/04, o Supremo Tribunal Federal passou a considerar que os tratados internacionais de direitos humanos, quando não aprovados segundo o procedimento indicado no art. 5º, § 3º, da CF/88, gozam de *status* supralegal, ou seja, *status* superior ao das leis ordinárias¹². A consequência direta deste entendimento é que todo e qualquer órgão do Poder Judiciário tem o poder-dever de realizar, incidentalmente, o chamado *controle de convencionalidade* das leis ordinárias. O *controle de convencionalidade* (ou de supralegalidade) consiste na avaliação da adequação das normas infra-constitucionais com o disposto nos tratados de direitos humanos que gozam de *status* supralegal. Se uma lei ordinária conflitar com um tratado de direitos humanos, a primeira será afastada naquilo que conflitar com o tratado, ou seja, os efeitos da lei em conflito serão paralisados. Assim sendo, considerando que há efetivamente um conflito entre, de um lado, os direitos à saúde, à vida digna, ao meio ambiente do trabalho salubre e, de outro, o direito à livre-iniciativa das empresas que atuam na cadeia produtiva do amianto, o qual é assegurado pela Lei nº 9.055/95, esta norma deverá ter sua aplicação afastada no caso concreto, a fim de permitir a plena eficácia dos direitos humanos indicados.

3 – O ART. XX (B) DO ACORDO GATT 1994 SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

O Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT 1994) é um dos acordos anexos ao Acordo de Marrakesh, de 1994. O Acordo de Marrakesh é o acordo constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC), celebrado ao final da Rodada Uruguai de liberalização comercial do GATT. O GATT é um acordo internacional específico que disciplina a liberalização comercial de bens tangíveis. O Brasil é Estado-membro e fundador da OMC, tendo internalizado o Acordo de Marrakesh, bem como seus acordos anexos (dentre eles o GATT 1994), por meio do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994. A partir de então, o GATT 1994 adquiriu *status* de lei ordinária federal, passando a inte-

11 SCHETTINI, Andrea. Por um novo paradigma de proteção dos direitos dos povos indígenas: uma análise crítica dos parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 9, n. 17, jan. 2012.

12 Ver voto do Ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário 466.343/SP. No mesmo sentido, ver: RE 404.276 AgR/MG.

grar o ordenamento jurídico brasileiro, podendo ser aplicado *diretamente* pelos órgãos do Poder Judiciário nacional para solucionar controvérsias¹³.

O art. XX do GATT 1994 (e de seu antecessor, o GATT 1947) se dedica a regular o espaço disponível aos Estados contratantes para estabelecerem exceções ao livre-comércio de bens tangíveis, exceções estas voltadas a tutelar valores não comerciais. Portanto, é importante ter presente que, no contexto da OMC, o Brasil, na condição de Estado-membro da OMC, goza da legitimidade para adotar medidas internas restritivas do livre-comércio de certos bens tangíveis, desde que a medida excepcional limitadora do livre-comércio esteja amparada em alguma das hipóteses arroladas no art. XX do GATT 1994.

As alíneas (a), (b) e (d) do art. XX autorizam o Brasil a adotar medidas inconsistentes com os termos do GATT (isto é, restritivas do livre-comércio de bens), desde que:

(i) *necessárias* para a realização dos objetivos indicados nas referidas alíneas, e

(ii) tais medidas sejam aplicadas de maneira não discriminatória (*caput* do art. XX).

“Artigo XX

Exceções Gerais

Desde que essas medidas não sejam aplicadas de forma a constituir quer um meio de discriminação arbitrária, ou injustificada, entre os países onde existem as mesmas condições, quer uma restrição disfarçada ao comércio internacional, disposição alguma do presente capítulo será interpretada como impedindo a adoção ou aplicação, por qualquer Parte Contratante, das medidas:

a) *necessárias* à proteção da moralidade pública;

b) *necessárias* à proteção da saúde e da vida das pessoas e dos animais e à preservação dos vegetais;

c) *necessárias* a assegurar a aplicação das leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições do presente acordo, tais como, por exemplo, as leis e regulamentos que dizem respeito à aplicação de medidas alfandegárias, à manutenção em vigor dos monopólios

13 Elementos utilizados na elaboração do presente tópico e daquele dedicado à doutrina do abuso de direito foram extraídos de obra deste autor (*Acesso ao conhecimento e os testes dos três passos dos direitos de autor, de marca, de patente e de desenho industrial*. São Paulo: Singular, 2013).

administrados na conformidade do § 4º do art. II e do art. XVII à proteção das patentes, marcas de fábrica e direitos de autoria e de reprodução, e a medidas próprias a impedir as práticas de natureza a induzir em erro.”

Para se determinar o alcance desse dispositivo, é necessário desvendar o sentido normativo do termo “necessária”. O adjetivo “necessária”, utilizado para qualificar as medidas promotoras de interesses públicos e restritivas do livre-comércio, possui um sentido próprio no contexto do marco legal da OMC. Para esclarecer o sentido do critério de necessidade incorporado ao art. XX do GATT 1994, recorro aos relatórios, adotados sob o amparo do sistema de solução de controvérsias da OMC, dedicados a esclarecer seu sentido, no contexto do art. XX do GATT (versões de 1947 e de 1994)¹⁴. A título de esclarecimento, de maneira muito simplista, o sistema de solução de controvérsias da OMC é composto por Grupos Especiais, espécie de órgão de primeira instância *ad hoc*, e Órgão de Apelação, Tribunal de segunda instância.

Em 1989, ainda na esfera do antigo sistema GATT 1947, predecessor da OMC, o relatório do Grupo Especial para o caso *US – Section 337 of the Tariff Act*, o qual examinou a legalidade de um dispositivo de uma lei norte-americana em face da alínea (d) do art. XX do GATT 1947, propôs que uma medida restritiva do livre-comércio somente será julgada “necessária” se:

(i) perseguir algum dos objetivos legítimos autorizados pela alínea referida;

(ii) se a medida impugnada for verdadeiramente adequada a realizar os objetivos que levaram à sua adoção; e

(iii) se o Estado demandado não tiver *razoavelmente ao seu alcance* uma medida alternativa à impugnada, dirigida a realizar o mesmo objetivo político e no mesmo nível de proteção, mas que seja consistente com os termos do GATT ou que, na hipótese de contrariá-los, seja menos inconsistente que a medida impugnada. É interessante observar que não basta a existência de uma alternativa menos limitadora do comércio que a impugnada, para que a última seja julgada desnecessária. A medida alternativa deve também estar “razoavelmente

14 Nos termos do art. II: 4 do Acordo de Marrakesh, “el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 según se especifica en el Anexo IA (denominado en adelante ‘GATT de 1994’) es jurídicamente distinto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de fecha 30 de octubre de 1947 [GATT 1947]”. Apesar disso, o texto do art. XX do GATT 1947 tem a mesma redação do art. XX do GATT 1994, e por essa razão a jurisprudência a respeito do sentido dos termos do GATT 1947 é aplicável para compreender o sentido dos termos do art. XX do GATT 1994.

ao alcance” do Estado proponente, em termos técnicos e econômicos¹⁵. Isso significa que uma alternativa que, se adotada, gerar custos excessivos a um Estado empobrecido, que conta com grandes desafios sociais e um orçamento magro ou limitada capacidade tecnológica ou institucional, não pode ser caracterizada como uma alternativa razoavelmente ao seu alcance, pois, em virtude dos custos, o Estado acabaria por desistir de perseguir o interesse público eleito¹⁶.

Em 2000, já nos domínios do sistema OMC, em *Korea – Beef*, o Órgão de Apelação da OMC introduziu uma substancial alteração no sentido do critério de necessidade. O primeiro esclarecimento trazido foi que uma medida, para ser necessária, não precisa ser indispensável à realização do objetivo perseguido. No contexto do art. XX, será necessária aquela medida que estiver mais próxima de ser indispensável ao atendimento de seus objetivos:

“La palabra ‘necesarias’, tal como se utiliza en el apartado d) del artículo XX, se refiere, a nuestro juicio, a una variedad de grados de necesidad. En un extremo de este continuo, ‘necesarias’ se entiende como ‘indispensables’; en el otro extremo, en el sentido de ‘que contribuyen a’. Consideramos que una medida ‘necesaria’ está, en este continuo, situada significativamente más cerca del polo de lo ‘indispensable’ que del polo opuesto, de lo que simplemente ‘contribuye a’.”¹⁷

O Órgão de Apelação entendeu que uma medida inconsistente com o GATT 1994 (*i.e.*, restritiva do livre-comércio) será “necessária” se o Estado demandado não tiver “razoavelmente ao seu alcance” uma alternativa hábil a produzir menores efeitos deletérios sobre o livre-comércio. Contudo, introduziu uma novidade ao determinar que apenas devam ser consideradas medidas alternativas aquelas que, além de técnica e economicamente viáveis à realidade do Estado demandado, interfiram *significativamente* menos no livre-comércio. Se a medida alternativa for hábil a promover o mesmo interesse e na mesma medida, mas se, em relação à medida impugnada, produzir uma redução mínima no nível de restrição ao comércio, ela deverá ser desconsiderada. O objetivo dessa mudança é garantir aos membros da OMC certa margem de apreciação e, por conseguinte, respeitar sua soberania.

15 *Report of the appellate body*. United States – Measures affecting the cross-border supply of gambling and betting services. WT/DS285/AB/R. Geneva, 7 April 2005, par. 308.

16 GATT. *Report by the Panel*. United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930. Report adopted on 7 november 1989 (L/6439 – 36S/345), par. 5.26.

17 WTO. *Report of the appellate body*. Korea – Measures affecting imports of fresh, chilled and frozen beef. WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R. Geneva, 11 December 2000, par. 161.

A principal inovação trazida por *Korea – Beef* é a indicação de que o processo de determinação da necessidade de uma medida compreende o “so-pesamento e a confrontação de uma série de fatores”:

“En suma, la determinación de si una medida que no es ‘indispensable’ puede no obstante ser ‘necesaria’ en el sentido del apartado d) del artículo XX entraña en cada caso *un proceso en el que se sopesa y se confronta una serie de factores* entre los que figuran principalmente la contribución de la medida para lograr la observancia a hacer cumplir la ley o reglamento en cuestión, la importancia de los intereses o valores comunes protegidos por esa ley o reglamento y la repercusión concomitante de la ley o reglamento en las importaciones o exportaciones.”¹⁸ (grifo nosso)

Em outras palavras, *antes* de avaliar a disponibilidade de medidas alternativas menos restritivas ao comércio, o julgador deve investigar outros dois aspectos. Primeiramente, deve verificar se a medida impugnada é, de fato, adequada a alcançar os objetivos teoricamente perseguidos, a fim de prevenir a adoção de medidas inconsistentes com o GATT, as quais, sob a desculpa de perseguirem fins legítimos, em verdade criam distorções comerciais:

“Hay otros aspectos de la medida [impugnada] para lograr la observancia que han de considerarse al evaluar esa medida como ‘necesaria’. Uno es el grado en que la medida contribuye a la realización del fin perseguido (...). Cuanto mayor sea la contribución, más fácil será considerar que la medida es ‘necesaria’.”¹⁹

Em segundo lugar, deve-se avaliar a importância social dos interesses promovidos pela medida inconsistente com o livre-comércio, *i.e.*, a importância dos interesses promovidos pela medida em relação aos interesses comerciais prejudicados. Quanto mais socialmente relevantes são os interesses promovidos, maior as chances de que a medida seja julgada necessária:

“Al evaluar la ‘necesidad’ de una medida en estos términos, es útil tener presente el contexto en que figura la voz ‘necesarias’ en el apartado d) del artículo XX. Las medidas consideradas tienen que ser ‘necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos (...), *tales como* las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios [legítimos] (...),

18 WTO. *Report of the appellate body. Korea – measures affecting imports of fresh, chilled and frozen beef*. WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R. Geneva, 11 december 2000, par. 164.

19 *Idem*, *ibidem*, par. 163.

a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error’ (sin cursivas en el original). Esta claro que el apartado d) del artículo XX es aplicable respecto de una amplia variedad de ‘leyes y reglamentos’ cuya observancia se ha de lograr. Nos parece que un intérprete de tratados que evalúe una medida que se alegue necesaria para lograr la observancia de una ley o reglamento compatible con la OMC puede, en casos apropiados, tener en cuenta la importancia *relativa* de los intereses o valores comunes que la ley o el reglamento que se deban hacer cumplir estén destinados a proteger. *Cuanto más vitales o importantes sean esos intereses o valores comunes, más fácil será aceptar como ‘necesaria’ una medida concebida como instrumento para lograr la observancia.*”²⁰ (grifo nosso)

Considerando o objeto deste estudo, é digno de nota que o art. XX do GATT 1994 já foi testado em um caso concreto envolvendo o banimento do amianto. Em 2001, o Órgão de Apelação da OMC aplicou a nova interpretação sobre o sentido do teste de necessidade do art. XX (b) no caso *EC – Asbestos*. E considerou absolutamente legítima uma determinada normativa comunitária europeia que bania a comercialização de produtos manufaturados com amianto. Entendeu que a medida era “necessária” para a proteção da saúde pública, no âmbito europeu, e, portanto, amparada pelo art. XX do GATT 1994.

Em 2007, no caso *Brazil – Retreaded Tyres*, o Órgão de Apelação confirmou o entendimento a respeito do novo sentido do critério de necessidade, introduzido por *Korea – Beef*²¹. O relatório do caso *Brazil – Retreaded Tyres* trouxe alguns esclarecimentos interessantes a respeito de como interpretar e aplicar o critério de necessidade.

O caso tratou da legalidade de uma medida legislativa brasileira em face da alínea (b) do art. XX do GATT 1994, impugnada pela Comunidade Europeia. A medida impugnada bania a importação de pneus recauchutados vindos de todas as partes do mundo, exceto do Mercosul. Seu objetivo político era reduzir os riscos à saúde humana, vegetal e animal, resultantes do acúmulo de pneus descartados e da incineração desses materiais. Essa redução de riscos seria alcançada mediante a proibição da importação de pneus recauchutados de várias regiões do mundo.

20 *Idem, ibidem*, par. 162.

21 WTO. *Report of the appellate body*. European communities – measures affecting asbestos and asbestos – containing products. WT/DS135/AB/R. Geneva, 12 march 2001, par. 171-174.

Em primeira instância, o Grupo Especial, no processo de avaliação da necessidade da medida impugnada, primeiramente examinou a relevância social dos objetivos políticos perseguidos pela medida restritiva brasileira, não se limitando a investigar se esses interesses se enquadravam em alguma das alíneas do art. XX do GATT 1994. Ademais, identificou qual o nível de proteção dos interesses tutelados²². O Grupo Especial chegou à conclusão de que os múltiplos objetivos de natureza não comercial perseguidos pela medida – *i.e.*, proteção da saúde e da vida humana e animal e proteção dos recursos vegetais – são de grande importância à sociedade e, portanto, superiores aos interesses comerciais prejudicados:

“Por consiguiente, el Grupo Especial opina que el objetivo de proteger la salud y la vida de las personas frente a enfermedades que ponen en peligro la vida, como la fiebre hemorrágica dengue y el paludismo, es vital y de la máxima importancia. (...). Por consiguiente, el Grupo Especial constata que el objetivo de proteger la salud y la vida de los animales y preservar los vegetales también debe considerarse importante.”²³

A relevância social incontestada dos objetivos perseguidos pela medida brasileira é insuficiente para caracterizá-la como necessária²⁴. O Grupo Especial prosseguiu em sua análise e investigou se a medida era *adequada* a alcançar os objetivos propostos e, por fim, se existiam medidas alternativas, razoavelmente ao alcance do Brasil, hábeis a alcançar os mesmos objetivos, mas sem gerar um impacto tão restritivo no livre-comércio de pneus.

Quanto à avaliação da adequação da medida escolhida, o Grupo Especial esclareceu que a medida será considerada adequada se houver uma *relação causal* entre a realização dos objetivos perseguidos e a medida impugnada²⁵. Por fim, no que respeita à existência de alguma alternativa à medida brasileira, apta a alcançar os mesmos objetivos específicos perseguidos por ela, mas produzindo uma menor restrição do livre-comércio, o Grupo Especial chegou à conclusão de que inexistem medidas alternativas à medida impugnada razoavelmente ao alcance do Brasil²⁶.

Duas constatações dignas de nota se extraem do relatório do Grupo Especial: primeiramente, a conclusão de que uma medida extremamente restritiva

22 WTO. *Panel report*. Brazil – measures affecting imports of retreaded tyres. WT/DS332/R. Geneva, 12 June 2007, par. 7.108.

23 *Idem, ibidem*, par. 7.111-7.112.

24 *Idem, ibidem*, par. 7.210.

25 *Idem, ibidem*, par. 7.119.

26 *Idem, ibidem*, par. 7.212.

ao comércio não deve ser considerada, *a priori*, desnecessária. É igualmente relevante a constatação de que é “necessária” uma medida super-restritiva ao comércio dirigida à perseguição de um objetivo de grande relevância social, desde que inexista medida alternativa menos restritiva ao livre-comércio, capaz de alcançar o mesmo objetivo²⁷.

Insatisfeita com o resultado do litígio, a Comunidade Europeia recorreu ao Órgão de Apelação da OMC, o qual confirmou o entendimento do Grupo Especial sobre como apreciar a necessidade de uma medida inconsistente com o GATT 1994 no contexto de seu art. XX²⁸. O Órgão de Apelação aproveitou a oportunidade para esclarecer pontos até então nebulosos sobre como aferir a “necessidade” de uma medida inconsistente com os termos do GATT 1994. O Órgão de Apelação esclareceu que o processo de avaliação da necessidade de uma medida passa por duas fases. Na primeira fase, deve-se:

- identificar os objetivos políticos específicos perseguidos pela medida impugnada e verificar se eles são legítimos, no sentido de serem amparados pelas alíneas (a), (b) ou (d) do art. XX do GATT;

- avaliar se os efeitos provocados pela medida conduzem à realização dos objetivos políticos que motivaram sua adoção, *e.g.*, se a redução no volume de pneus descartados é realmente uma medida hábil a reduzir riscos à saúde e ao meio ambiente;

- avaliar a relevância social dos objetivos perseguidos pela medida e identificar o grau de restrição do comércio provocado pela medida impugnada; e

- comparar os benefícios sociais gerados pela medida com os prejuízos produzidos sobre o comércio, a fim de avaliar se os benefícios sociais superam os efeitos colaterais sobre o livre-comércio.

Se a medida for julgada adequada a promover objetivos legítimos e se os benefícios sociais por ela promovidos superarem os prejuízos ao comércio, a medida será julgada *preliminarmente* necessária:

“(…) Para determinar si una medida es o no ‘necesaria’ en el sentido del apartado b) del artículo XX del GATT de 1994, un grupo especial *debe* considerar los factores pertinentes, en particular *la importancia de los intereses o valores en juego, el alcance de la contribución de la*

27 *Idem, ibidem*, par. 7.211

28 Cf. WTO. *Report of the appellate body*. Brazil – measures affecting imports of retreaded tyres. WT/DS332/AB/R. Geneva, 3 December 2007.

*medida al logro de su objetivo, y el grado de restricción del comercio que implica*²⁹.

(...) En este caso, el Grupo Especial determinó que la prohibición de las importaciones tenía por objetivo reducir los riesgos resultantes de la acumulación de neumáticos de desecho. Evaluó la importancia de los intereses correspondientes a este objetivo. Constató que la acumulación de neumáticos de desecho provoca riesgos de dengue y paludismo, y que el objetivo de proteger la vida y la salud de las personas frente a esas enfermedades ‘es vital y de la máxima importancia’. El Grupo Especial observó que el objetivo de la prohibición de las importaciones también se relaciona con la protección del medio ambiente, un valor que – correctamente, a nuestro juicio – consideró importante. A continuación, el Grupo Especial analizó el grado de restricción del comercio que entrañaba la prohibición de las importaciones y su contribución al logro de su objetivo. Del razonamiento del Grupo Especial se desprende que éste consideró, *a la luz de la importancia de los intereses protegidos por el objetivo de la prohibición de las importaciones, que la contribución de ésta al logro de su objetivo tiene mayor importancia que su carácter restrictivo del comercio*. Esta constatación del Grupo Especial no nos parece errónea.”³⁰ (grifamos)

Com esse resultado preliminar, a necessidade da medida terá de ser confirmada por um *teste final*, o qual avaliará a existência de medidas alternativas à medida impugnada, capazes de produzir uma menor restrição ao livre-comércio do que aquela provocada pela medida impugnada:

“Si ese análisis lleva a la conclusión *preliminar* de que la medida es necesaria, ese resultado tiene que confirmarse comparando la medida con las posibles alternativas, que pueden ser menos restrictivas del comercio sin dejar de ofrecer una contribución equivalente al logro del objetivo. Esta comparación debe llevarse a cabo a la luz de la importancia de los intereses o valores en juego.”³¹

O Órgão de Apelação da OMC julgou plausível que, no processo de avaliação das medidas potencialmente alternativas, elas sejam avaliadas individual ou coletivamente. Portanto, é possível associar duas ou mais medidas complementares e tratá-las como uma medida única, para avaliar sua capacidade

29 WTO. *Report of the appellate body*. Brazil – measures affecting imports of retreaded tyres. WT/DS332/AB/R. Geneva, 3 december 2007, par. 178.

30 *Idem, ibidem*, par. 179.

31 *Idem, ibidem*, par. 178.

de promover um determinado objetivo, mas gerando menores efeitos deletérios sobre o livre-comércio³². A medida impugnada será julgada “necessária”, em definitivo, se inexistir uma medida alternativa menos limitadora do comércio razoavelmente ao alcance do Estado demandado.

Considerando que não há direitos e interesses ilimitados, bem como diante da impossibilidade de o legislador prever, *a priori*, a solução para todo e qualquer conflito entre princípios ou interesses de *igual hierarquia*, o teste da proporcionalidade tem a função de controlar os limites da autonomia oferecida aos órgãos do Estado, mediante o sopesamento e a confrontação de interesses colidentes. O teste de proporcionalidade constitui um método de solução de conflitos entre princípios de mesmo *status* hierárquico. Ou seja, é uma “metaregra” que rege a aplicação de outras normas³³.

O teste da proporcionalidade é especificamente aplicável para a avaliação da legalidade de medidas *concretas* ou propostas que engendram a *colisão entre princípios*, mas não para solucionar *conflito entre regras*. Uma vez que a colisão entre princípios apenas surge em circunstâncias concretas, o teste da proporcionalidade não serve para avaliar a relação de precedência *abstracta* entre princípios potencialmente colidentes.

Regras são caracterizadas por impor direitos ou deveres definitivos, devendo ser observadas integralmente quando aplicáveis ao caso concreto. Conflitos entre regras são solucionados no domínio da validade, por meio da aplicação de preceitos hermenêuticos como o *lex superior derogat legi inferiori* e o *lex specialis derogat generali*³⁴. Destarte, esse tipo de conflito é resolvido por meio da declaração de invalidade de alguma das regras em conflito.

Já os *princípios*, nas palavras de Robert Alexy, constituem “mandamentos de otimização”, ou seja, “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fática existentes”³⁵. Diferentemente das regras, os princípios são normas gerais e flexíveis, realizáveis em diferentes graus. Os princípios fixam os objetivos gerais perseguidos pelo

32 *Idem, ibidem*, par. 180-181.

33 AFONSO DA SILVA, L. V. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. Tese apresentada para o concurso de provas e títulos para provimento do cargo de professor titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – área de Direito Constitucional – na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2005. p. 221-222.

34 SWEET, A. S.; MATHEWS, J. Proportionality balancing and global constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 47, n. 1, 2008, p. 94.

35 ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 90.

ordenamento legal³⁶; por essa razão, são aplicáveis em associação com regras que estabelecem direitos e obrigações, guiando sua interpretação. Os princípios igualmente desempenham o importante papel de impulsionar a positivação de regras secundárias destinadas a concretizá-los.

É possível – e recorrente – que no processo de positivação de novas regras voltadas à promoção de um determinado princípio, a realização de outros princípios seja afetada³⁷. A colisão entre princípios é resolvida caso a caso, no domínio do peso. Isso significa que os princípios integrantes de um dado ordenamento jurídico sempre permanecerão válidos, ainda que em colisão. Na hipótese de dois princípios colidirem, como resultado da adoção de uma medida dirigida à realização de um deles ao custo da restrição ao outro, a aplicação do teste da proporcionalidade indicará, *nas circunstâncias do caso concreto*, qual dos princípios é dotado de maior peso relativo e, portanto, terá preferência. A partir do resultado da aplicação do teste, será possível concluir a respeito da legalidade da medida controversa. O fato de o princípio P1, em determinadas circunstâncias, ser dotado de maior peso *relativo* que o princípio P2 não significa que ele sempre terá preferência sobre P2. Alteradas as circunstâncias de aplicação desses princípios, é concebível que P2 adquira maior peso em relação a P1 e passe a ter precedência sobre ele. Assim sendo, a aplicação do teste da proporcionalidade não produz uma regra *geral* sobre as relações de precedência entre os princípios colidentes aplicável em qualquer circunstância.

Na esfera nacional, a função primária do teste da proporcionalidade é servir como um mecanismo de revisão da legalidade de legislações, atos administrativos e judiciais, consagrados à promoção de um dado princípio constitucional, ao custo da restrição de um ou mais princípios de mesma hierarquia. Ainda na esfera nacional, o teste da proporcionalidade também é aplicado pelos Poderes Executivo e Legislativo com o propósito de avaliar, previamente à sua adoção, a legalidade de propostas legislativas e de atos administrativos que possam criar uma tensão entre princípios constitucionais³⁸.

Na esfera do sistema multilateral do comércio, o teste da proporcionalidade é empregado pelos órgãos do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC como ferramenta de controle da legalidade de medidas estatais, dirigidas

36 MITCHELL, A. D. The legal basis for using principles in WTO disputes. *Journal of International Economic Law*, v. 10, n. 4, 2007, p. 797.

37 HILF, M.; GOETZ, J. G. The relation of economic and non-economic principles in international law. In: GRILLER, Stefan (Ed.). *International economic governance and non-economic concerns: new challenges for the international legal order*. Wien, New York: Springer, 2003. p. 10.

38 SWEET, A. S.; MATHEWS, J. Proportionality balancing and global constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 47, n. 1, 2008, p. 161.

à realização de algum dos objetivos públicos salvaguardados pela OMC ao custo da restrição da liberdade de comércio³⁹. Por exemplo, uma medida estatal proibidora da importação de pneus recauchutados, consagrada à proteção da saúde humana, animal e ambiental, em âmbito nacional, ou uma medida estatal que bane o comércio de produtos feitos com amianto. Tanto o livre-comércio quanto a proteção do meio ambiente, da saúde humana e animal são objetivos que ocupam a mesma hierarquia na esfera da OMC; todos eles estão elencados no preâmbulo do Acordo da Marrakesh como interesses de igual relevância para os membros desta Organização. Esses interesses caracterizam princípios fundamentais ou “constitucionais” da OMC. Em caso de colisão entre eles, ocasionada pela adoção de uma medida dirigida a promover um ou mais desses interesses, ao custo da afetação de outros, o teste da proporcionalidade enseja a verificação da necessidade (legalidade) da medida adotada. Em síntese, na esfera na OMC, o teste da proporcionalidade estabelece limites à autonomia de seus membros para estabelecerem restrições ao livre-comércio.

Ao menos duas são as contribuições do teste da proporcionalidade à pacificação das relações sociais e internacionais. Em primeiro lugar, sua aplicação enseja o equilíbrio entre princípios conflitantes no contexto concreto, porquanto não prioriza, *prévia e abstratamente*, nenhum deles, e também porque assegura a maximização de todos eles, mesmo aqueles que forem restringidos por uma medida estatal.

Em segundo lugar, uma vez que a aplicação do teste da proporcionalidade envolve um método racional de solução de conflitos, cuja premissa é o sopesamento e a confrontação de *todos* os princípios em colisão, as partes interessadas têm a segurança de que a decisão tomada será legítima, ainda que contrária aos seus interesses individuais.

O teste da proporcionalidade compõe-se de três subtestes, aplicáveis cumulativamente: os subtestes da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Subteste da adequação

O subteste da adequação tem a função de avaliar se a medida investigada (M1) foi arquitetada para contribuir substancialmente à realização dos objetivos *legítimos* que motivaram sua adoção. O teste avalia, pois, a existência de uma

39 ANDENAS, M.; ZLEPTNIG, S. Proportionality: WTO law in comparative perspective. *Texas International Law Journal*, v. 42, n. 3, 2007, p. 385.

relação causal entre o meio e os fins perseguidos, bem como a legitimidade dos objetivos perseguidos⁴⁰.

O subteste da adequação tem a natureza de um “critério negativo”, competente para descartar os meios inadequados à realização dos objetivos perseguidos por M1⁴¹. Sua finalidade é prevenir a adoção de medidas que, além de não promoverem os objetivos eleitos, também prejudicam outros interesses relevantes. O subteste da adequação não tem por fim indagar se a medida eleita é o meio *mais* adequado para promover os objetivos perseguidos, tampouco questiona a conveniência de se perseguirem os objetivos escolhidos; tais tarefas competem exclusivamente ao Estado proponente. Sua única função é avaliar se M1 é verdadeiramente apropriada a alcançá-los⁴². Na seara do comércio internacional, o teste da adequação serve para prevenir a adoção de medidas que, teoricamente, servem para promover algum objetivo prioritário de natureza pública, mas que, em verdade, têm por objeto criar distorções comerciais veladas.

A aferição da adequação de M1 envolve: (i) a identificação *precisa* dos objetivos perseguidos por M1, incluindo seu nível de proteção, *e.g.*, proteção da vida humana no nível mais alto possível; (ii) confirmação da legitimidade desses objetivos, *i.e.*, se eles foram autorizados pelo ordenamento jurídico; (iii) identificação dos efeitos imediatos produzidos por M1 e verificação de se estes efeitos conduzem à realização dos objetivos perseguidos, *e.g.*, o caso *Brazil – Retreaded Tyres* examinou se a medida dirigida a banir a importação de pneus recauchutados, de fato, produzia redução no volume de pneus descartados e se a redução do volume de pneus descartados contribuía à preservação da saúde humana, animal e ambiental.

Subteste da necessidade

O subteste da necessidade envolve uma avaliação *quantitativa* da medida. Sua função específica é controlar se a medida estatal investigada (M1) é a opção, dentre as adequadas a promover a realização dos objetivos eleitos, que menos produz efeitos deletérios sobre os interesses prejudicados.

40 KINGSBURY, B.; SCHILL, S. Investor-state arbitration as governance: fair and equitable treatment, proportionality and the emerging global administrative law. *IILJ Working Paper 2009/6 (Global Administrative Law Series)*. New York: New York University School of Law, 2009. p. 29.

41 ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 590.

42 ORTINO, F. From “non-discrimination” to “reasonableness”: a paradigm shift in international economic law? *Jean Monnet Working Paper*, 01/05. New York: New York University, 2005. p. 34.

A determinação da necessidade de M1 envolve duas etapas⁴³. Em primeiro lugar, a identificação de medidas alternativas à M1, igualmente adequadas a promover o mesmo *objetivo* perseguido por ela, inclusive no *mesmo nível*⁴⁴. Na impossibilidade de identificar uma medida capaz de promover o mesmo objetivo perseguido por M1, é possível se tomar nota de duas ou mais medidas complementares que, em conjunto, se mostram adequadas a promovê-lo em igual medida⁴⁵.

É importante reiterar que apenas se deve tomar nota daquelas alternativas razoavelmente ao alcance do Estado proponente de M1. Assim, embora uma determinada medida, em termos teóricos, possa parecer adequada a promover o mesmo objetivo perseguido por M1, se sua implementação envolver custos econômicos, administrativos e tecnológicos que superam a capacidade do proponente de M1, ela não poderá ser incluída no grupo das medidas alternativas. Disso se pode inferir que as medidas razoavelmente ao alcance de um país industrializado não são obrigatoriamente as mesmas ao alcance de um país menos desenvolvido.

Em segundo lugar, o subteste da necessidade exige que se avalie se as medidas alternativas identificadas restringem o interesse prejudicado por M1 em menor grau, ao mesmo tempo em que não afetam a realização de qualquer outro interesse⁴⁶. Em síntese, M1 passará pelo subteste da necessidade se for indispensável, porquanto inexistente uma alternativa que promova o mesmo objetivo por ela perseguido, ou se M1, dentre as alternativas à disposição do Estado demandado, for a que interfere em menor grau na realização dos direitos por ela prejudicados⁴⁷. É por essa razão que o subteste da necessidade também é chamado de teste da medida menos restritiva⁴⁸, ou teste do meio menos gravoso.

O subteste da necessidade favorece a harmonização de interesses conflitantes, pois apenas admite a medida que menos obstaculiza a realização dos interesses prejudicados por M1⁴⁹. Quando se elege o meio menos gravoso para a realização de determinado objetivo legítimo, mitigam-se os prejuízos

43 KINGSBURY E SCHILL, 2009, p. 29.

44 AFONSO DA SILVA, 2005, p. 226.

45 Cf. WTO, WT/DS332/AB/R (Brazil – Retreaded Tyres), *Report of the Appellate Body*, par. 179-180.

46 Alexy sublinha que o subteste de necessidade pode ser mais bem compreendido como o critério de eficiência de Pareto: “De acordo com o esse critério, uma constelação A é preferível a uma constelação B ‘se, com a passagem de B para A, nenhum dos envolvidos tem sua situação piorada em relação à situação anterior e ao menos um dos envolvidos tem sua situação melhorada” (ALEXY, 2009, p. 170; notas internas omitidas).

47 ANDENAS E ZLEPTNIG, 2007, p. 412.

48 SWEET E MATHEWS, 2008, p. 143-144.

49 ANDENAS E ZLEPTNIG, 2007, p. 378-379.

socioeconômicos causados pela medida escolhida⁵⁰, ao viabilizar que os interesses afetados sejam realizados na maior medida possível, tendo em vista as possibilidades fáticas ao alcance do Estado pertinente⁵¹.

Subteste da proporcionalidade em sentido estrito

Não obstante a adequação e a necessidade de uma medida estatal M1, ela não é obrigatoriamente lícita. É ainda indispensável investigá-la em termos *qualitativos*. Em outras palavras, essa etapa avalia se os benefícios sociais gerados por M1 superam seus efeitos colaterais⁵².

Na hipótese de a medida M1 ser dedicada à realização de P1 e gerar como efeitos indesejados a restrição de P2, para avaliar se M1 é proporcional em sentido estrito, há que se sopesar e confrontar P1 e P2. M1 será considerada proporcional em sentido estrito se os benefícios sociais produzidos pela promoção de P1 superarem os prejuízos ocasionados pela restrição de P2⁵³.

Se o teste da proporcionalidade compreendesse apenas os subtestes da adequação e da necessidade, seria plausível a adoção de uma medida promotora de um interesse concretamente insignificante, ainda que legítimo, ao custo da restrição de um interesse de grande peso social. A finalidade do subteste da proporcionalidade em sentido estrito é exatamente prevenir a adoção de medidas abusivas, que mais prejudicam do que beneficiam a sociedade⁵⁴, ou, nas palavras de Afonso da Silva, sua função é “evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar”⁵⁵. Destarte, quanto mais relevantes à sociedade são os interesses promovidos pela medida investigada maior o grau em que o princípio afetado poderá ser restringido. Reflexamente, se a medida perseguir objetivos supérfluos, o princípio por ela cerceado apenas poderá ser restringido em um nível mínimo⁵⁶.

Em síntese, o teste da proporcionalidade tem como premissa a adoção pelo Estado de uma medida que gera tensão entre dois ou mais princípios de mesmo *status* hierárquico. Sua função última é equilibrar princípios em colisão, viabilizando a realização de todos eles na maior medida possível, ainda que

50 *Idem, ibidem*, p. 389.

51 ALEXY, 2009, p. 119.

52 SWEET E MATHEWS, 2008, p. 109.

53 ALEXY, 2009, p. 594.

54 SWEET E MATHEWS, 2008, p. 105-106.

55 AFONSO DA SILVA, 2005, p. 230.

56 ANDENAS E ZLEPTNIG, 2007, p. 392.

um deles ganhe precedência em determinado contexto⁵⁷. A marca principal do teste é a realização de avaliações comparativas, seja entre meios e fins (subteste da adequação), seja entre a medida avaliada e medidas alternativas (subteste da necessidade), seja entre os benefícios auferíveis e os malefícios potenciais (subteste da proporcionalidade em sentido estrito).

Em suma, no contexto do GATT 1994, desde o caso *Korea – Beef*, o critério de necessidade passou a ser qualificado como um teste de proporcionalidade. Desde então, não há mais uma solução fixa sobre qual dos interesses em colisão terá prioridade – *e.g.*, comércio *versus* proteção da saúde pública. A partir da nova abordagem, as alíneas (a), (b) e (d) do art. XX se limitam a pré-indicar os objetivos que *podem* justificar medidas restritivas do livre-comércio, inconsistentes com o GATT. Apenas após o exame do peso social do objetivo especificamente fomentado pela medida impugnada *vis-à-vis* os interesses comerciais prejudicados pela medida restritiva será possível determinar, *no caso concreto*, qual dos interesses em conflito terá prioridade. É, portanto, plausível que existam situações em que uma medida dirigida à promoção de algum dos objetivos indicados no art. XX do GATT seja julgada desnecessária, porquanto, sob a ótica do bem-estar geral da sociedade, o interesse perseguido pela medida é de menor relevância social que o interesse comercial afetado.

O processo, conduzido pelo Órgão de Apelação da OMC, de transformar o critério de necessidade em um teste de proporcionalidade possivelmente foi influenciado pela praxis da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. E faz todo o sentido que a jurisprudência de direitos humanos tenha influenciado a interpretação do conteúdo normativo do artigo XX do GATT, uma vez que essa é uma cláusula geral de tutela de direitos públicos primários, dentre eles direitos humanos, a qual está inserida em um acordo comercial.

A Convenção Europeia sobre Direitos Humanos estabelece que os direitos à privacidade⁵⁸ e às liberdades de pensamento, consciência, religião⁵⁹, expressão⁶⁰ e reunião pacífica e de associação⁶¹ estão sujeitos a restrições “*necessárias em uma sociedade democrática*” para resguardar interesses públicos, como a segurança, a saúde, a ordem pública, a moral e os direitos e as liberdades de

57 XIULI, H. The application of the principle of proportionality. In: Tecmed v. Mexico. *Chinese Journal of International Law*, v. 6, n. 3, 2007, p. 644.

58 Art. 8(2), European Convention on Human Rights.

59 Art. 9(2), European Convention on Human Rights.

60 Art. 10(2), European Convention on Human Rights.

61 Art. 11(2), European Convention on Human Rights.

terceiros. Ao longo dos anos, a jurisprudência da CEDH consolidou-se no sentido de identificar o teste da proporcionalidade como o meio de avaliar a *necessidade* de medidas restritivas a esses direitos.

Nesse sentido, em *The Sunday Times v. The United Kingdom*, a Corte esclareceu que o termo “necessária”, empregado no art. 10(2) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, não implica indispensabilidade da medida; igualmente indicou que a medida, para ser “necessária”, dever ser dirigida a salvaguardar uma “necessidade social imperiosa”:

“The Court has noted that, whilst the adjective ‘necessary’, within the meaning of Article 10(2) (art. 10-2), is not synonymous with ‘indispensable’, neither has it the flexibility of such expressions as ‘admissible’, ‘ordinary’, ‘useful’, ‘reasonable’ or ‘desirable’ and that it implies the existence of a ‘pressing social need’ (p. 22, par. 48).

(...) It must now be decided whether the ‘interference’ complained of corresponded to a ‘pressing social need’, whether it was ‘proportionate to the legitimate aim pursued’, whether the reasons given by the national authorities to justify it are ‘relevant and sufficient under Article 10(2) (art. 10-2)’ (...).”⁶²

Em *Affaire Orban et autres c. France*, a CEDH claramente reconheceu que a aferição da necessidade de medidas restritivas do direito à liberdade de expressão, garantido pelo art. 10(2) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, depende da aplicação do teste de proporcionalidade. Segundo esse julgado, uma medida que interfere na realização da liberdade de expressão deve ser proporcional ao interesse social promovido:

“A cet égard, la Cour, qui renvoie par ailleurs aux principes fondamentaux qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l’article 10 (...), rappelle que l’adjectif ‘nécessaire’, au sens de du second paragraphe de cette disposition, implique un ‘besoin social impérieux’. Les États contractants jouissent d’une ‘certaine marge d’appréciation’ pour juger de l’existence d’un tel besoin. Toutefois, d’une part, l’ampleur de cette marge d’appréciation varie en fonction des circonstances de chaque espèce et, d’autre part, la Cour a dans tous les cas compétence pour décider si l’État a outrepassé la marge dont il disposait et pour statuer en dernier lieu sur le point de savoir si une ‘restriction’ se concilie avec la liberté d’expression que protège l’article 10. Il lui incombe en particulier de déterminer si la mesure incriminée était ‘proportionnée’ au but légitime

62 ECHR. *Case of the Sunday Times v. The United Kingdom*, 1979, respectivamente, par. 59-62.

poursuivi et d’apprécier si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier sont ‘pertinents et suffisants’ (*Jersild précité*).”⁶³

No âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos assegura a todo indivíduo o direito à liberdade de pensamento e expressão, mas também estabelece limites ao seu exercício. O exercício da liberdade de expressão “não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores”. As causas de responsabilidade “devem ser expressamente fixadas pela lei e ser *necessárias* para assegurar: a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”⁶⁴.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos recorreu à jurisprudência da CEDH pertinente à determinação do sentido do termo “necessária”, empregado no art. 10(2) da Convenção Europeia de Direitos Humanos, para esclarecer analogicamente o sentido do mesmo termo utilizado no art. 13(2) da Convenção Americana de Direitos Humanos⁶⁵. Segundo o entendimento construído pela Corte Interamericana, tanto o direito à liberdade de expressão quanto os demais interesses tutelados pelo art. 13(2) da Convenção Americana são relevantes para a construção de uma sociedade democrática. As medidas de imposição de responsabilidade serão “necessárias” para a proteção da reputação e dos direitos de terceiros, da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou da moral públicas, se forem proporcionais, no sentido técnico-jurídico do termo, *i.e.*, se forem ajustadas à realização de um objetivo legítimo (um dos autorizados pelo art. 13[2] da Convenção); se o interesse tutelado pela medida mostrar-se, no caso concreto, mais importante para a promoção da democracia que a proteção irrestrita da liberdade de expressão de um indivíduo ou organização e, por fim, se a medida, dentre as alternativas disponíveis, for a menos limitadora da liberdade de expressão de terceiros. Esse entendimento está cristalizado no seguinte excerto da decisão do caso *Herrera Ulhoa v. Costa Rica*:

“Respecto de estos requisitos la Corte señaló que: la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un pro-

63 ECHR. *Affaire Orban et autres c. France*, 2009, par. 44.

64 Art. 13(2) da Convenção Americana de Direitos Humanos.

65 Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985, par. 43-46.

pósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. De este modo, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.”⁶⁶

No contexto do art. 13(2) da Convenção Americana de Direitos Humanos, a determinação da necessidade de uma medida restritiva da liberdade de expressão depende da determinação de qual dos interesses legítimos em colisão é o mais relevante, no caso concreto, para a construção de uma sociedade democrática. No contexto do GATT 1994, o raciocínio é o mesmo: a necessidade de uma medida restritiva da liberdade de comércio depende da determinação de qual dos interesses em colisão – *e.g.*, comercial ou saúde – é, no caso concreto, mais relevante para o bem-estar da sociedade. Os interesses indicados no § 2º do art. 13 da Convenção Americana e nas alíneas (a), (b) e (d) do art. XX do GATT são apenas interesses que *podem* justificar a adoção de medidas restritivas, respectivamente, da liberdade de expressão e do livre-comércio. Essas medidas apenas serão necessárias se passarem, com sucesso, pelo crivo do teste da proporcionalidade.

Se o sistema OMC estivesse dedicado a realizar exclusivamente objetivos comerciais (o que não é o caso), certamente não haveria justificativa para o Órgão de Apelação da OMC ter transformado o critério de necessidade em um teste de proporcionalidade, pois, em caso de conflito entre interesses comerciais e não comerciais, bastaria decidir que os primeiros sempre têm prioridade.

Os EUA corretamente arguíram, em sua defesa no caso *US – Shrimp*, que “constituye un error jurídico pasar de la observación de que el GATT de 1994 es un acuerdo comercial a la conclusión de que las preocupaciones comerciales deben prevalecer sobre cualesquiera otras preocupaciones en todas las situaciones que deriven de las normas del GATT”⁶⁷. Em face da multiplicidade de objetivos sociais e ambientais perseguidos pela OMC, essa observação pode ser generalizada para os demais acordos cobertos pela OMC.

66 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Herrera Ulhoa vs. Costa Rica*, 2004, par. 121 e 123.

67 WTO. *Report of the appellate body*. United States – import prohibition of certain shrimp products. WT/DS58/AB/R. Geneva, 12 October 1998, par. 16.

Dado que a OMC persegue a expansão do livre-comércio de bens e serviços *como meio* para aprimorar continuamente a qualidade de vida da humanidade como um todo, inclusive de seu meio ambiente natural⁶⁸, a aplicação do teste da proporcionalidade assegura que o livre-comércio internacional apenas será restringido quando útil para a promoção de interesses sociais prementes. Sempre que as medidas restritivas não passarem pelo crivo do teste da proporcionalidade, porquanto desnecessárias, isso significará que o livre-comércio, no caso concreto, apresenta-se como um meio mais adequado para a promoção do bem-estar social que a medida restritiva rechaçada. Enfim, a transformação do critério de necessidade em um teste de proporcionalidade permite que os interesses maiores da sociedade sejam sempre resguardados.

4 – O ART. 102 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/90) e a Lei da Ação Civil Pública (LACP – Lei nº 7.347/85) são dois dos principais diplomas legais a comporem o chamado microssistema processual coletivo. Nesse diapasão, o art. 21 da LACP dispõe que “aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”. O CDC, por sua vez, dispõe, em seu art. 90, que “aplicam-se às ações previstas neste título [Título III do CDC] as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.”

No Título III do CDC consta uma norma que pode ser utilizada para fundamentar pretensão em face do Poder Público, deduzida no bojo de uma ação civil pública, com o objetivo específico de banir a extração do amianto, sua utilização em processos industriais, bem como a comercialização nacional de produtos que o contenham:

“Art. 102. Os legitimados a agir na forma deste código poderão propor ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, *em todo o território nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda*, ou a determinar a alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo *uso ou consumo* regular se revele nocivo ou perigoso à *saúde pública e à incolumidade pessoal*.” (grifei)

“Os legitimados” a que se refere o art. 102 são aqueles legitimados a moverem ações civis públicas, arrolados no art. 5º da LACP e no art. 82 do CDC.

68 Cf. o preâmbulo do Acordo de Marrakesh.

O propósito do art. 102 do CDC é idêntico ao do art. XX, alínea (b), do GATT 1994, qual seja criar uma restrição ao livre-comércio de determinados produtos potencialmente prejudiciais à saúde humana e ao meio ambiente. Em termos de âmbito de aplicação, a principal diferença entre o art. 102 do CDC e o art. XX do GATT concerne aos legitimados passivos, em uma eventual ação civil pública movida com o fim de banir ou restringir o uso do amianto e produtos derivados, no Brasil, seja no processo produtivo, seja no comércio.

O art. XX do GATT permite a propositura de ações civis públicas em detrimento de entes privados. Considerando que o Novo Código de Processo Civil reconheceu a existência das chamadas *defendant class actions* (art. 343, § 5º), o dispositivo do GATT permite a propositura de ações civis públicas tanto em face de empresas produtoras de amianto e produtos derivados quanto em face de suas entidades representativas (e.g., sindicatos patronais), com o fito de impor aos substituídos processuais obrigações, no sentido de banir o amianto de sua cadeia produtiva local, por exemplo.

Já o art. 102 do CDC viabiliza a propositura de ações civis públicas em face do Poder Público (notadamente, em face do Poder Executivo), com o fito de impeli-lo a adotar políticas públicas voltadas ao banimento ou à restrição ao uso do amianto, na cadeia produtiva e em âmbito comercial.

Nesse momento, é pertinente assinalar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de autorizar a propositura de ações de natureza coletiva com o propósito de compelir o Poder Executivo a adotar políticas voltadas a efetivar direitos fundamentais, garantidos pela Carta Constitucional. Nesse sentido, segue a transcrição de dois precedentes judiciais, sendo um do STF, no *leading case* ADPF 45, e outro do Superior Tribunal de Justiça:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA ‘RESERVA DO POSSÍVEL’. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTAN-

GIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO ‘MÍNIMO EXISTENCIAL’. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). DECISÃO: (...)

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC nº 29/00), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. Celso de Mello) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:

‘DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO. MODALIDADES DE COMPORTAMENTOS INCONSTITUCIONAIS DO PODER PÚBLICO.

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um facere (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação

negativa do texto constitucional. Desse *non facere ou non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

(...)

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.’ (RTJ 185/794-796, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (José Carlos Vieira de Andrade. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 207. item nº 05), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte –, que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política ‘não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado’ (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello). (...)” (ADPF 45 MC/DF – Distrito Federal. Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29.04.04)

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO. MANIFESTA NECESSIDADE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO Oponibilidade DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no polo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional.

2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não realização do devido cotejo analítico.

3. *A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em prol das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a Administração Pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.*

4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos Poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a Administração Pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a Administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.

5. O indivíduo não pode exigir do Estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da

reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.

6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. *A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário.* Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.” (STJ, REsp 1.041.197/MS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, j. 25.08.09)

5 – O ART. 10 *BIS* DA CONVENÇÃO DE PARIS E A CLÁUSULA GERAL DE REPRESSÃO À CONCORRÊNCIA DESLEAL⁶⁹

O regime brasileiro de repressão à concorrência desleal alicerça-se sobre o art. 10 *bis* da Convenção da União de Paris (CUP)⁷⁰. O art. 10 *bis* da CUP, por sua vez, tem como origem a *action en concurrence déloyale*, criada pelas Cortes francesas a partir da aplicação extensiva das cláusulas gerais de responsabilidade civil do Código Civil francês. Estas cláusulas gerais obrigam todo aquele que prejudicar terceiros, seja por dolo ou por negligência, a indenizar as partes prejudicadas⁷¹. A *action* francesa foi concebida para proteger os comerciantes idôneos, vítimas de atos concorrenciais desonestos⁷².

Um dos legados da Revolução Francesa foi o reconhecimento de uma ampla liberdade de iniciativa comercial, industrial e, portanto, concorrencial⁷³.

69 Elementos utilizados neste tópico foram extraídos da obra deste autor: *Tutela jurídica dos recursos da biodiversidade, dos conhecimentos tradicionais e do folclore: uma abordagem de desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

70 A Convenção de Paris para proteção da Propriedade Industrial, Revisão de Estocolmo, 1967 (CUP) foi promulgada por meio do Decreto nº 75.572, de 8 de abril de 1975, e desde então integra o ordenamento jurídico brasileiro com o *status* de lei federal ordinária. Nesta condição, seus dispositivos, dentre eles o art. 10 *bis* da CUP, são diretamente aplicáveis pelas Cortes brasileiras, para solucionar litígios privados.

71 Artigos 1.382 e 1.383 do Código Civil francês.

72 HENNING-BODEWIG, F. *Unfair competition law: European Union and member states*. The Hague: Kluwer Law International, 2006. p. 2.

73 DERENBERG, W. J. The influence of the French code civil on the modern law of unfair competition. *American Journal of Comparative Law*, v. 4, 1955, p. 2.

Sem surpresas, no período que a sucedeu, os agentes do mercado começaram a abusar da liberdade recém-conquistada, utilizando ferramentas voltadas a atacar os demais concorrentes ou a desviar sua clientela por meios desonestos.

Com o objetivo central de proteger o conjunto de relações estabelecidas entre um agente comercial e sua clientela, as Cortes francesas, paulatinamente, expandiram o alcance de aplicação das cláusulas gerais de responsabilidade civil do Código Civil, passando:

- a resguardar a reputação empresarial contra atos concorrenciais aptos a estabelecer confusão entre produtos e serviços derivados de fontes distintas;
- a reprimir a apropriação ilícita de segredos comerciais e industriais;
- a reprimir o uso de falsas alegações, capazes de denegrir a reputação de agentes econômicos idôneos, bem como outras práticas concorrenciais desonestas, hábeis a desviar injustamente a clientela de terceiros⁷⁴.

O sistema de repressão à concorrência desleal surge, pois, para restringir a concorrência apenas quando algum agente do mercado se vale de instrumentos desonestos para promover seus negócios diante dos demais concorrentes⁷⁵.

O sistema de repressão da concorrência desleal não tem como propósito reprimir atos comerciais capazes de prejudicar a lucratividade de um agente de mercado. Afinal, no contexto do mercado, o sucesso mercantil de uns frequentemente se correlaciona com a decadência de outros. O sistema de repressão à concorrência desleal se limita a interferir em situações em que um agente persegue seu sucesso mercantil por intermédio de estratégias desonestas, ao invés de persegui-lo por meio do aprimoramento de sua capacidade técnica ou publicidade⁷⁶. Portanto, o objeto central tutelado pelo sistema é o bom funcionamento da livre-concorrência, ao assegurar um ambiente competitivo justo, no qual todos os participantes do mercado se pautam por um mesmo corpo de regras⁷⁷.

O sistema de repressão da concorrência desleal, ainda que tacitamente, tutela os interesses consumeristas. A relação entre proteção do consumidor e o bom funcionamento da concorrência é claro. Quando é assegurado que todos os agentes do mercado se conduzirão honestamente, há maior concorrência e

74 *Ibid.*, p. 4.

75 DE VREY, R.W. *Towards a European unfair competition law: a clash between legal families*. Leiden & Boston: Brill Academic Publishers, 2005. p. 180.

76 SANDERS, A. K. *Unfair competition law: the protection of intellectual and industrial creativity*. Oxford: Clarendon Press, 1997. p. 86-87.

77 HENNING-BODEWIG, F.; RUIJSENAARS, H. *Protection against unfair competition*. Geneva: WIPO, 1994, par. 9.

produtos melhores e mais acessíveis. Quando o consumidor é protegido contra atos voltados a interferir desonestamente em seu padrão de consumo, os concorrentes probos têm maiores chances de sobrevivência⁷⁸.

Os avanços legais carreados pelas Cortes francesas foram introduzidos, gradualmente, no marco da Convenção de Paris entre 1900 e 1925 e, hoje, se apresentam consolidados em seu art. 10 *bis*.

O art. 10 *bis* da CUP adota o sistema misto de definição de atos de concorrência desleal⁷⁹: conta com uma cláusula geral, que determina, genericamente, a obrigação dos Estados-membros da CUP (aí incluído o Brasil) de assegurar “aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal”⁸⁰. A CUP define ato de concorrência desleal como “qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial”⁸¹. A cláusula final, por sua vez, apresenta uma lista *exemplificativa* de práticas comerciais desleais que devem ser reprimidas pelos Estados Contratantes da CUP, todas elas dedutíveis da cláusula geral, a saber (art. 10 *bis* [3]):

“1º Todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

2º As falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

3º As indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.”

Sempre que um agente do mercado se sentir lesado por alguma prática comercial ou industrial desonesta, não proibida explicitamente pela Convenção de Paris, poderá acionar o Poder Judiciário brasileiro, com suporte na cláusula geral de repressão à concorrência desleal. Seus termos são suficientemente amplos e flexíveis para reprimir novas práticas desleais, emergentes no cenário comercial e industrial contemporâneo⁸².

78 HENNING-BODEWIG, *op. cit.*, p. 8-9.

79 MENÉNDEZ, S. A. G. *Competencia desleal: actos de desorganización del competidor*. 1. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004. p. 68.

80 Art. 10 *bis* (1) da Convenção da União de Paris.

81 Art. 10 *bis* (2) da Convenção da União de Paris.

82 *Ibid.*, p. 33.

Ao longo do século XX, o sistema de repressão à concorrência desleal alterou seu enfoque. Originalmente, o sistema apenas era acionado naqueles casos em que subsistia uma relação concorrencial *direta* ou *indireta* entre o autor de um suposto ato de concorrência desleal e sua vítima. Na contemporaneidade, o sistema é empregado também para proteger o consumidor e assegurar o bom funcionamento da livre-concorrência⁸³. Por essa razão, em vários países europeus⁸⁴, atos de violação de normas públicas e de direitos de terceiros não qualificados como agentes do mercado são tratados como atos de concorrência desleal, pois conferem aos seus agentes uma vantagem competitiva não desfrutada pelos agentes do mercado, que se conduzem de conformidade com o ordenamento jurídico vigente⁸⁵. Nas palavras de Adelaide Leitão, passou-se de um “*direito de danos* individuais para um *direito de ordenação* dos comportamentos desleais”⁸⁶.

Conseqüentemente, a alteração do objeto de proteção igualmente interferiu no entendimento do que constitui um ato de concorrência desleal. Segundo o entendimento contemporâneo a respeito do escopo das normas locais e internacionais de repressão da concorrência desleal, o ato de concorrência desleal pode prejudicar dois grupos: os prejudicados direto e indireto. O prejudicado *direto* do ato não é necessariamente um agente comercial ou industrial, podendo ser, por exemplo, uma pessoa física ou um grupo. O grupo dos prejudicados *indiretos* compreende, dentre outros, os demais concorrentes que atuam no mesmo nicho de mercado, uma vez que a vantagem injusta obtida pelo agente desleal lhe confere um benefício que o coloca em posição privilegiada frente aos demais agentes do mercado.

Adelaide Leitão sublinha que o ato de concorrência desleal “deixou de ser visto como um acto de desvio de clientela para ser cada vez mais concebido como um acto de intervenção no mercado”⁸⁷. Neste diapasão, em 1996, a OMPI publicou uma Lei Modelo de Repressão à Concorrência Desleal (Lei Modelo), que se propõe a auxiliar os Estados-partes da Convenção de Paris a cumprir com as obrigações decorrentes do art. 10 *bis*. A Lei Modelo, refletindo a perspectiva mais vanguardista a respeito do objeto de proteção do regime internacional de repressão à concorrência desleal, propõe a repressão de “qualquer ato ou prática, realizada *no curso* de atividades industriais ou comerciais, que

83 HENNING-BODEWIG, *op. cit.*, p. 3-6.

84 *Ibid.*

85 LEITÃO, *op. cit.*, p. 37.

86 *Ibid.*, p. 25-26.

87 *Ibid.*, p. 43.

sejam contrárias às práticas honestas⁸⁸, deixando para trás a definição de ato de concorrência desleal, que se limita a reprimir atos concorrenciais diretos ou indiretos, qualificados como desonestos.

De qualquer modo, a expansão do escopo do sistema não alterou o elemento característico dos atos de concorrência desleal, a saber, o fato de resultar da violação de normas, sejam elas sociais (aquelas que disciplinam as atividades de uma determinada comunidade de agentes econômicos), estejam elas incorporadas ao ordenamento jurídico geral. Independentemente da natureza das normas infringidas, sua infração confere ao infrator uma vantagem competitiva, que o coloca em posição superior à dos demais concorrentes⁸⁹.

A perspectiva contemporânea a respeito do escopo do art. 10 *bis* da CUP é influenciada pela doutrina da repressão da apropriação indébita (*doctrine of misappropriation*), inaugurada pela decisão da Suprema Corte dos EUA proferida no caso *International News Services (INS) v. Associated Press (AP)*, em 1918. As empresas envolvidas neste litígio atuavam como agências de notícias. A INS enviava, aos seus associados baseados na costa oeste americana, por telex, as notícias publicadas pela AP em seus boletins, divulgados em Nova York. Em virtude do fuso horário, as notícias veiculadas pela AP eram publicadas, pelas empresas associadas à INS simultaneamente ou mesmo com antecedência em relação às publicações da AP⁹⁰. Como a INS suportava custos operacionais menores que a AP, tinha condições de oferecer, nos mercados da costa oeste americana, os mesmos produtos (notícias) por preços inferiores aos praticados pela AP.

Àquela época, o marco legal de direitos autorais americano não reconhecia direitos autorais sobre artigos jornalísticos. Por esta razão, a INS sentia-se livre para se apropriar das notícias divulgadas pela AP. Como forma de reprimir a apropriação indébita de produções intelectuais não protegidas por direitos de propriedade intelectual, a Suprema Corte norte-americana reconheceu, em favor da AP, um direito de quase-propriedade sobre as notícias, geradas por suas operações.

A doutrina da repressão da apropriação indébita trouxe uma contribuição importante ao desenvolvimento do sistema contemporâneo de repressão à concorrência desleal. Até sua emergência, o sistema era acionável para prevenir a apropriação de bens comercialmente valiosos, realizada mediante o emprego de meios desleais, *e.g.* apropriação de segredos industriais por meios fraudulentos.

88 Art. 1º, WIPO, Model provisions on protection against unfair competition.

89 LEITÃO, *op. cit.*, p. 58-59.

90 Ver, *e.g.*: BEVERLY-SMITH, H. *The commercial appropriation of personality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. p. 28.

A Suprema Corte americana dispensou este requisito para a caracterização de um ato como de concorrência desleal, julgando suficiente que o agente se enriquecesse injustamente à custa do criador do bem apropriado⁹¹. Primeiramente, porque gozou de uma vantagem comercial injusta, que normalmente apenas pode ser usufruída contra o pagamento de uma compensação em favor de seu criador. E em segundo lugar, porque a apropriação do bem interfere na capacidade de seu criador de recuperar os investimentos realizados⁹².

Em resumo, segundo a doutrina da repressão da apropriação indébita objetiva prevenir a apropriação dos frutos do trabalho e dos investimentos alheios. Sempre que um agente do mercado se apropriar, sem custos ou com custos diminutos, de bens de terceiros, resultantes de investimentos consideráveis, e a apropriação interferir na capacidade do titular deste bem de colher os frutos de seu investimento, há um ato de apropriação indébita⁹³.

Basicamente, o ilícito de apropriação indébita se confunde com o ilícito civil de enriquecimento sem causa, presente tanto nos ordenamentos jurídicos dos países filiados ao sistema romano-germânico quanto naqueles filiados à *common law*⁹⁴. Em termos gerais, há enriquecimento sem causa quando:

- houver uma transferência involuntária de riqueza de uma parte a outra;
- a parte prejudicada sofre um empobrecimento, seja uma diminuição concreta em seu patrimônio, seja a perda de uma oportunidade econômica⁹⁵;
- o autor do ato desleal goza de uma vantagem econômica, cuja retenção é considerada injusta, seja porque fere a equidade e os bons costumes, seja porque foi obtida graças à prática de um ato ilícito⁹⁶.

Originalmente, o que diferenciava o ilícito de apropriação indébita do de enriquecimento sem causa é que o primeiro ocorre em um cenário concorrencial, ou seja, o beneficiário desonesto e sua vítima são agentes do mercado, enquanto no segundo caso não é uma condição que as partes concorram direta ou indi-

91 SANDERS, *op. cit.*, p. 135.

92 SELL, *op. cit.*, p. 486-487.

93 KELLER, B. P. Condemned to repeat the past: the reemergence of misappropriation and other common law theories of protection for intellectual property. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 11, n. 2, 1997, p. 415.

94 GIGLIO, F. A systematic approach to ‘unjust’ and ‘unjustified’ enrichment. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 3, p. 456. No Brasil, o ilícito de enriquecimento sem causa é disciplinado, atualmente, pelos arts. 884 e seguintes do Código Civil de 2002.

95 LEITÃO, *op. cit.*, p. 182.

96 Ver, *e.g.*, GREENFIELD, D. F. Greenberg v. Miami Children’s Hospital: unjust enrichment and the patenting of human genetic material. *Annals Health Law*, v. 15, 2006, p. 217.

retamente. Contudo, considerando que, no presente, as normas de repressão à concorrência desleal são aplicadas para reprimir atos praticados em detrimento do bom funcionamento da concorrência, mesmo quando não exista qualquer relação de concorrência direta ou indireta entre autor do ato e sua vítima, a diferença entre enriquecimento sem causa e apropriação indébita desapareceu.

O funcionamento do sistema de repressão à concorrência desleal está intimamente ligado à atuação judicial⁹⁷. A aptidão de acompanhar o desenvolvimento das atividades comerciais e reprimir novas estratégias comerciais e industriais desonestas, não previstas pelos legisladores, é a grande fortaleza deste sistema⁹⁸. Em síntese, em face de um alegado caso de concorrência desleal, não previsto textualmente na Convenção de Paris ou na Lei de Propriedade Industrial de 1996, as autoridades judiciais brasileiras avaliarão a presença cumulativa de três fatores:

*Fator 1: existência de um prejuízo potencial ou real, decorrente de um ato praticado no contexto do mercado*⁹⁹. Para que um ato concorrencial seja qualificado como desleal é suficiente que apresente a potencialidade de prejudicar os competidores, os consumidores, algum terceiro (por exemplo, os empregados do agente econômico) ou a ordem pública¹⁰⁰.

*Fator 2: infração a algum parâmetro valorativo da lealdade concorrencial*¹⁰¹. Historicamente, o direito da concorrência desleal surgiu como um meio de proteção dos negociantes honestos. Nesse contexto, as práticas comerciais e industriais honestas, vigentes no território onde se buscava proteção, assim como as práticas honestas vigentes no comércio internacional, eram os parâmetros mais comuns, contra os quais o judiciário avaliava a deslealdade de um ato comercial¹⁰².

Sem embargo, no presente, as Cortes de múltiplas jurisdições vêm ampliando o conjunto de valores e normas utilizadas como parâmetro de avaliação, podendo levar em conta normas constitucionais, os princípios gerais do direito, direitos humanos, direitos do consumidor e interesses *legítimos* dos demais concorrentes idôneos¹⁰³. Uma vez infringido algum parâmetro de lealdade,

97 HENNING-BODEWIG, F.; RUIJSENAARS, H., *op. cit.*, paras. 11 e 27.

98 SANDERS, *op. cit.*, p. 23.

99 MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 49-50.

100 *Ibid.*, p. 52-53.

101 *Ibid.*, p. 60.

102 BODENHAUSEN, G. H. C. *Guide to the application of the Paris convention for the protection of industrial property as revised at Stockholm in 1967*. Geneva: BIRPI – WIPO, 2004. p. 144.

103 HENNING-BODEWIG; RUIJSENAARS, *op. cit.*, par. 37.

o julgador considerará o ato desleal, independentemente da culpabilidade do agente¹⁰⁴. Por conseguinte, para a caracterização de um ato como de concorrência desleal é *dispensável* a existência de uma relação concorrencial direta entre o autor da prática desleal e sua vítima¹⁰⁵. É suficiente que o autor do alegado ato de concorrência desleal tenha infringindo norma e que esta violação que lhe confira uma vantagem competitiva não usufruída pelos demais agentes do mercado que agem dentro dos limites fixados pelo direito.

No caso específico do amianto, um dos parâmetros de lealdade mais claramente violados é o representado pelos princípios da prevenção e precaução.

O princípio da precaução e o da prevenção são irmãos. O princípio da precaução está previsto no Princípio 15 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, o qual está assim vazado: “Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”. O princípio da precaução impõe aos Estados e aos agentes em geral a obrigação de adotarem todas as medidas ao seu alcance para evitar que um dano potencial se transforme em uma lesão real, ainda que dados científicos não sejam categóricos sobre a plausibilidade de a ameaça tornar-se um dano no futuro. Ainda assim, medidas preventivas deverão ser adotadas. A diferença entre o princípio da precaução e da prevenção está no seguinte: no princípio da precaução, há falta de certeza científica sobre a conversão das ameaças em danos; quando dúvidas não existem sobre a conversão de riscos em danos, aplica-se o princípio da prevenção. Nesse sentido é o magistério de Teresa Ancona Lopez:

“O princípio da precaução, que contém a ideia de prevenção de riscos não definidos, não avaliáveis de maneira precisa pela comunidade científica, riscos que são hipotéticos, mas que podem vir a acontecer, apareceu para proteger a natureza de seus desastres; porém, sua tendência é servir de direção em todos os ramos do direito que lidem com perigos.”¹⁰⁶

“(...) o princípio da precaução aparece para tentar evitar ou diminuir os males da ‘sociedade de risco’. Portanto, sempre que estivermos diante da incerteza sobre danos possíveis, o princípio da precaução

104 MENÉNDEZ, *op. cit.*, p. 50-51.

105 *Ibid.*, p. 55.

106 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 87.

deverá atuar como instrumento de gerenciamento dessa incerta. (...) Em uma definição do princípio da precaução tem de ficar clara a atitude de antecipação do risco de dano grave, de difícil reparação ou até irreparável. Os riscos são dos mais diversos tipos; podemos lembrar alguns: econômicos (...), sociais (...), à saúde, (...) à integridade física e à vida (...), riscos alimentares (...), riscos nos produtos e serviços ofertados ao consumidor, risco de fome, risco de superalimentação, risco de superpopulação, risco de escassez de alimentos, além dos riscos nucleares e ambientais. (...) Enfim, o elemento comum aos significados léxicos da palavra ‘precaução’ é a oposição ao risco e ao perigo.”¹⁰⁷

“(...) Tanto a precaução quanto a prevenção constituem medidas antecipatórias que tentam evitar o dano; projetam para o futuro, diferentemente da reparação, que somente vê o passado depois do acontecimento danoso. A diferença entre elas vem da diferença entre risco potencial e risco provado. A precaução diz respeito aos riscos potenciais, como: riscos à saúde, como o consumo de alimentos geneticamente modificados; e a prevenção a riscos constatados, como aqueles que vêm das instalações nucleares. Esses últimos são conhecidos e provados.”¹⁰⁸

No direito brasileiro, são fundamentos dos referidos princípios:

“(...) são fundamentados os princípios da precaução e da prevenção no *caput* do art. 5º do Título II da Constituição Federal de 1988. O art. 5º dispõe que ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)’. Completa essa proteção constitucional a norma do art. 6º (...), que determina que ‘são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança (...)’. Portanto, a segurança aparece como direito e garantia individual e coletiva e também como direito social. A precaução tem como objetivo direto a segurança individual e social, ou melhor, é um dos modos pelos quais se faz a gestão de riscos, riscos esses graves, irreparáveis e incertos. O princípio da precaução vai desenvolver o princípio da segurança.”¹⁰⁹

“(...) também há os fundamentos (...) do direito infraconstitucional, como o Código de Defesa do Consumidor, que prevê expressamente a obrigação geral de segurança afeta ao fornecedor de produtos e serviços

107 *Idem, ibidem*, p. 98-99.

108 *Idem, ibidem*, p. 101.

109 *Idem, ibidem*, p. 116.

que ameacem a saúde, a vida e a segurança dos consumidores. É direito básico do consumidor ‘a proteção à vida, à saúde, e à segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos’ (art. 6º, I, do CDC). Além disso, o consumidor tem expectativa de segurança nos produtos e serviços postos nos mercados. O Código de Defesa do Consumidor, visando proteger a parte mais fraca e vulnerável, tem como ‘regras de fundo’ os princípios da prevenção e da precaução, obrigatórios para os fornecedores de produtos e serviços. O mesmo acontece com as leis ambientais, que exigem essa precaução para que o meio ambiente e, por consequência, as pessoas não fiquem prejudicados com seus maus uso ou uso abusivo.”¹¹⁰

“Finalmente, o fundamento da precaução e também da prevenção como princípios jurídicos pode vir dos princípios inspiradores do sistema (analogia *juris*), como o princípio da segurança, o princípio da ética social, o princípio da função social da propriedade e dos contratos, o princípio da dignidade humana, o princípio da solidariedade, o princípio do respeito à vida, à saúde, à propriedade, o princípio da igualdade substancial no plano individual e global, o princípio da reparação integral dos danos. Assim como dos princípios gerais de direito, de conhecimento universal. Lembraríamos principalmente o *alterum non laedere*, ‘deve-se fazer o bem e evitar o mal’, ‘deve-se respeitar o próximo’, ‘deve-se manter a vida em sociedade’, ‘deve-se pensar nas gerações futuras’.”¹¹¹

Além desses fundamentos, há um específico no direito do trabalho, qual seja o art. 4º da Convenção nº 155 da OIT, que positiva o princípio da prevenção.

*Fator 3: inexistência de um contrato entre o agente econômico praticante do ato desleal e os demais agentes econômicos prejudicados: o ato de concorrência desleal decorre de uma quebra do “dever geral de comportar-se lealmente e não da violação de uma relação contratual”*¹¹².

Com vistas a permitir a repressão a *todo e qualquer* ato concorrencial desleal, o art. 10 *bis* da CUP permite que se adotem medidas eficazes para *neutralizar* o ato desleal. Nesse diapasão, é legalmente possível, por exemplo, a suspensão da comercialização de bens cujo preço competitivo é fruto direto da violação a direitos fundamentais, dentre eles e o direito ao meio ambiente do trabalho hígido e seguro e o direito à saúde e à vida digna dos trabalhadores

110 *Idem, ibidem*, p. 116.

111 *Idem, ibidem*, p. 117.

112 *Ibid.*, p. 53.

que participaram de sua manufatura. A introdução no mercado de bens cuja competitividade está associada à deterioração prematura da saúde e longevidade dos trabalhadores envolvidos em sua produção é uma forma de ato de concorrência desleal, que pode ser qualificado como *dumping social*. E tal “vantagem competitiva” deve ser combatida por meio da atuação do Poder Judiciário. Parece razoável deduzir que muito da competitividade dos produtos derivados do amianto se dá em função da não internalização de uma externalidade negativa no preço final: as vidas e projetos de vida de um sem-número de trabalhadores, perdidos graças a esse agente químico altamente perigoso. Se os produtos derivados do amianto permanecerem competitivos, há um desestímulo para que novas tecnologias substitutas sejam desenvolvidas e introduzidas no mercado.

Em sintonia com o exposto nesse tópico, a Lei nº 12.529/2011 (lei do CADE), em seu art. 36, dispõe que

“constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

(...)

III – aumentar arbitrariamente os lucros.”

Quando os lucros de um produto advêm, em grande medida, de *dumping social*, temos um caso de aumento arbitrário de lucros, uma vez que os altos lucros auferidos se devem às externalidades negativas sociais não internalizadas em seu preço final. Se a competitividade de um produto se deve à não incorporação ao preço final das vidas e projetos de vida perdidos, criam-se obstáculos para que agentes econômicos que não compactuem com essa “estratégia de mercado” se introduzam nesse mercado, o que, por certo, prejudica a livre-concorrência e a livre-iniciativa.

6 – DOCTRINA DO ABUSO DE DIREITO

O princípio que veda o abuso de direito é uma das diversas roupagens, materializações do princípio da boa-fé, cuja viga de sustentação é a ideia de “solidariedade social” e de honestidade¹¹³. O referido princípio está atualmente positivado no art. 187 do Código Civil/02: “Também comete ato ilícito o titular

113 KOLB, R. Principles as sources of international law (with special reference to good faith). *Netherlands International Law Review*, LIII, 2006, p. 18 e 29.

de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A máxima latina *summum jus summa injuria* bem sumariza o entendimento de que não há direitos absolutos. Qualquer direito tem como limites sua *função social e os direitos de terceiros*. Uma vez ultrapassados esses limites, o exercício de um direito válido transmuta-se em um abuso de direito (ato ilícito), o qual produzirá efeitos sociais deletérios.

Há, portanto, uma *interdependência* entre direitos e obrigações¹¹⁴, no sentido de que os direitos conferidos a um alguém/ente devem ser exercidos de maneira harmônica com sua finalidade social, bem como com as obrigações assumidas em face de terceiros¹¹⁵. Nesse sentido, na seara dos direitos humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos reconhece que “los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (art. 32.2)¹¹⁶. De maneira mais genérica, no caso *US – Shrimp*, o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio (OMC) expressou o mesmo entendimento a respeito do conteúdo da doutrina do abuso de direito:

“Este principio [da boa-fé], que es a la vez un principio general del derecho y un principio general del derecho internacional, regula el ejercicio de los derechos por los Estados. Una aplicación de este principio general, aplicación que se conoce corrientemente como la doctrina del abuso de derecho, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe, es decir, en forma razonable. El ejercicio abusivo por parte de un Miembro del derecho que le corresponde en virtud de un tratado da lugar a una violación de los derechos

114 CHENG, B. *General principles of law as applied by international courts and tribunals*. London: Stevens & Sons Limited, 1953. p. 125.

115 *Idem, ibidem*, p. 131-132.

116 Byers (Abuse of rights: an old principle, a new age. *McGill Law Journal*, v. 47, p. 390-431, 2002) assinala que a doutrina do abuso de direito foi reconhecida em várias convenções internacionais, entre as quais são dignas de nota, *inter alia*: Convention on Rights and Duties of States (art. 3 – “The exercise of these rights has no other limitation than the exercise of the rights of other states according to international law”); Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (art. 17 – Prohibition of abuse of rights – “Nothing in this Convention may be interpreted as implying for any State, group or person any right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention”). Nos mesmos termos da Convenção Europeia, consulte o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 5º), o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 5º) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 30).

que corresponden a los otros Miembros en virtud de ese tratado y, asimismo, constituye una violación de la obligación que le corresponde a ese Miembro en virtud del tratado.”¹¹⁷

A doutrina do abuso de direito tem a função de estabelecer limites ao exercício de direitos. Ela é especialmente útil para determinar os limites daqueles direitos cujo escopo não é determinado com precisão, os quais, quando exercidos, podem afetar a realização de outros direitos¹¹⁸. Mesmo quando os limites dos direitos parecem claros, há espaço para a aplicação da doutrina do abuso de direito. Para assegurar a coerência da ordem jurídica, em termos concretos, a doutrina do abuso proíbe a prática dos seguintes atos¹¹⁹:

– exercício arbitrário de um direito, de modo a prejudicar os interesses de terceiros. Todo direito foi concebido para a realização de uma finalidade específica, a qual pode ser chamada de função social, pois ainda que o direito tutele imediatamente interesses privados, seu fim último é social. Nesse diapasão, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (antiga LICC) determina que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”¹²⁰. Os direitos devem ser exercidos com o propósito de realizar *formal e materialmente* os interesses legítimos por ele albergados¹²¹. O exercício arbitrário de um direito se afasta da efetivação de sua finalidade legítima. Os prejuízos sofridos por terceiros em função do exercício arbitrário de um direito decorrem da não efetivação de sua função social¹²²;

– exercício de um direito para mascarar um ato ilícito¹²³;

– exercício de um poder discricionário para um fim diverso do autorizado (*détournement de pouvoir*)¹²⁴. *E.g.*, se o ordenamento jurídico de um dado país apenas autorizar as autoridades locais a desapropriar a propriedade privada para a satisfação de interesses públicos, na hipótese de uma desapropriação

117 WTO, WT/DS58/AB/R, Report of the Appellate Body, par. 158.

118 GARCÍA A., F. V. State responsibility: fifth report on international responsibility. A/CN.4/125 and Corr. 1. *Yearbook of the International Law Commission*, v. II, 1960, p. 57.

119 D’AMATO, A. Good faith. In: BERNHARDT, R. *Encyclopedia of public international law*. Amsterdam: Elsevier Sciences Publishers, 1992. p. 600.

120 Art. 5º do Decreto-Lei nº 4.657/1942.

121 Cheng 1953, p. 122.

122 KISS, A. Abuse of rights. *Max Planck encyclopedia of public international law*. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law/Oxford: Oxford University Press, 2009, par. 6.

123 ILUYOMADE, B. O. The scope and content of a complaint of abuse of right in international law. *Harvard International Law Journal*, v. 16, 1975, p. 82.

124 KISS, 2009, par. 5.

ocorrer em virtude de fins comerciais, ainda que tácitos, o Estado terá exercido abusivamente sua discricionariedade;

– exercício de um direito, de maneira a interferir negativamente na capacidade de terceiro de usufruir seus direitos¹²⁵; e

– exercício não razoável, desproporcional de um direito, no sentido de que seus efeitos antissociais superam os benefícios alcançáveis¹²⁶. O titular de direitos sempre deve atentar para os efeitos positivos e negativos que decorrem do seu exercício, devendo abster-se de exercê-los quando os benefícios forem desproporcionais aos malefícios¹²⁷.

A aferição da regularidade do exercício de um direito não envolve apenas o exame dos aspectos formais do ato jurídico, já que, frequentemente, os atos abusivos ostentam a camuflagem da legalidade e seus proponentes são suficientemente perspicazes para evitar declarações públicas que os coloque em perigo¹²⁸. A caracterização de um ato como abuso de direito depende da presença de dois elementos: em primeiro lugar, deve-se provar que o exercício de um direito ocorreu em detrimento de sua função social. Em segundo lugar, deve-se provar a existência de prejuízos causados a terceiros, em função da não realização da função social do direito exercido¹²⁹. Não é necessário comprovar as intenções do agente de um ato abusivo.

Considerando que há uma indissociável relação entre a interpretação e a aplicação de uma norma, o intérprete está obrigado a descartar toda interpretação que, embora pareça formalmente adequada, se aplicada,

(i) impedirá a realização dos objetivos da norma; e/ou

125 Nesse sentido, Cheng 1953, p. 130: “Every right is subject to such limitations as are necessary to render it compatible both with a party’s contractual obligations and with his obligations under the general law”.

126 Friedmann classifica o princípio do abuso de direito como um princípio de interpretação do direito: “This [princípio do abuso de direito] does not say anything on the specific content and extent of certain rights, such as ownership of land or territory, the use of waters, fishing and the like; it merely says that whatever these rights are, they must not be used in such a manner that its antisocial effects outweigh the legitimate interests of the owner of the right” (FRIEDMANN, W. The uses of “general principles” in the development of international law. *American Journal of International Law*, v. 57, p. 279-299, 1963, p. 288).

127 Nesse sentido, o art. 3.13 do Código Civil da Holanda: “Instances of abuse of right are the exercise of a right with the sole intention of harming another or for a purpose other than that for which it was granted; or the exercise of a right where its holder could not reasonably have decided to exercise it, given the disproportion between the interest to exercise the right and the harm caused thereby”.

128 KOLB, 2006, p. 28.

129 ILUYOMADE, 1975, p. 75-76; D’AMATO, 1992, p. 509.

(ii) produzirá efeitos antissociais, que superam os benefícios alcançados pela observância da norma; e/ou

(iii) afetará o exercício dos direitos de terceiros. Tanto quanto possível, o intérprete deve construir interpretações que harmonizem regras potencialmente conflitantes, conservando a validade de todas elas. Esse é um meio de se concretizar a presunção contra conflitos do direito (noção de direito como sistema uno e harmônico)¹³⁰. Se os diferentes direitos puderem ser observados de maneira que todos eles sejam conservados íntegros, então, não haverá conflitos¹³¹.

Portanto, somente é possível afirmar com segurança que determinada opção interpretativa é a mais adequada entre as possíveis após atestar que os potenciais *efeitos* que resultarão de sua aplicação viabilizam a consecução dos objetivos da norma, com as obrigações impostas sobre o titular do direito pelo ordenamento e com os direitos de terceiros.

As empresas envolvidas na cadeia produtiva do amianto gozam do direito à livre-iniciativa empresarial (art. 1º, IV, da CR/88), a qual encontra amparo na própria Constituição da República. Por outro lado, o exercício dessa liberdade constitucional somente será lícito se compatibilizado com sua função social, ou seja, com os direitos de terceiros, dentre outro, os direitos dos trabalhadores integrados à cadeia produtiva do amianto (art. 186 da CR/88). Se o exercício da liberdade de iniciativa conduzir à vulneração aos direitos fundamentais dos trabalhadores à vida *digna*, à saúde, ao meio ambiente laboral salubre e seguro, ter-se-á não mais o exercício regular de um direito, mas um ato ilícito (abuso de direito), cuja prática o ordenamento jurídico não tolera, sob pena de conduzir à ruína todo o ordenamento jurídico pátrio, cujo epicentro axiológico repousa sobre a tutela da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88).

7 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurei demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro – *de lege lata* – já conta com algumas ferramentas inexploradas cujo potencial para o banimento do amianto ainda não foi devidamente testado perante o Poder Judiciário. Não há garantias de sucesso em seu uso. Contudo, elas constituem mecanismos que, se bem acolhidos pelo Poder Judiciário, podem finalmente libertar o Brasil de uma praga silenciosa, que ceifa a saúde, os projetos de vida e

130 AMARAL Jr., A. do. *Comércio internacional e a proteção do meio ambiente*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 294-295.

131 MCGRADY, B. Necessity exceptions. In: WTO law: retreated tyres, regulatory purpose and cumulative regulatory measures. *Journal of International Economic Law*, v. 12, n. 1, 2009, p. 17.

a longevidade de um sem-número de trabalhadores que atuam na cadeia produtiva do amianto. O exercício de qualquer atividade laboral não pode gerar como efeito colateral mortes prematuras e perda da dignidade. Trabalho é ferramenta de dignificação do homem, de inserção produtiva e respeitosa na sociedade. Transformar o trabalhador em peças descartáveis para o enriquecimento alheio dos detentores dos meios de produção viola inúmeras normas constitucionais, dentre elas o princípio da dignidade da pessoa humana, o do valor social do trabalho, o da função social da propriedade privada, bem como os direitos à vida digna, à autodeterminação, ao meio ambiente laboral hígido e seguro. A aplicação do princípio da proporcionalidade, na sua versão de proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbote*), já seria o suficiente para banir o uso do amianto do Brasil.

O STF considera o princípio da proporcionalidade um corolário, em sua dimensão substancial, do princípio constitucional do devido processo legal, o qual tem por objetivo prevenir que o Estado pratique abusos ao interpretar e aplicar normas jurídicas. O princípio da proporcionalidade, por sua vez, apresenta duas dimensões: o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbote*)¹³², e o princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbote*)¹³³. A respeito do conteúdo do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente, reproduzimos alguns trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510, a qual avaliou a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05)¹³⁴.

“Como é sabido, os direitos fundamentais se caracterizam não apenas por seu aspecto subjetivo, mas também por uma feição objetiva que os tornam verdadeiros mandatos normativos direcionados ao Estado. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).

(...)

132 A respeito do conteúdo do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso, ver Capítulo 1, item 1.4.2.1.

133 Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADI 3.510, que julgou a constitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/05, em maio de 2008, p. 12.

134 *Idem, ibidem*, p. 12-16.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros.

Essa interpretação da Corte Constitucional empresta, sem dúvida, uma nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de ‘adversário’ para uma função de guardião desses direitos. É fácil ver que a ideia de um dever genérico de proteção fundado nos direitos fundamentais relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica. *Assim, ainda que não se reconheça, em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever deste de tomar todas as providências necessárias para a realização ou concretização dos direitos fundamentais.*

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Überrasverbote*), mas também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).

Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção:

- a) dever de proibição (*Verbotspflicht*), consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
- b) dever de segurança (*Sicherheitspflicht*), que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;
- c) dever de evitar riscos (*Risikopflicht*), que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico.

Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito

fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental.

Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso* (*Übermassverbot*) e como *proibição de proteção deficiente* (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais como *imperativos de tutela* (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. O ato não será *adequado* quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser encontrada na segunda decisão sobre o aborto (*BverfGE 88, 203, 1993*). O *Bundesverfassungsgericht* assim se pronunciou:

‘O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência).’

(...) É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção.

A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. (...).” (notas suprimidas)

DOUTRINA ATUAL

Não há dúvidas de que permitir o uso do amianto crisotila na cadeia produtiva de inúmeras empresas viola o princípio da proporcionalidade (na dimensão proibição da proteção suficiente), ao rebaixar – por sua interferência direta – o nível de proteção dos referidos direitos fundamentais já referidos. A Lei do Amianto (Lei nº 9.055) está muito distante de passar pelo crivo desse princípio, sendo, portanto, desproporcional (inconstitucional). Independentemente de uma análise constitucional, as ferramentas tratadas nesse artigo reconfirmam que, até mesmo sob a ótica do direito infraconstitucional e até mesmo sob a perspectiva de ferramentas previstas no direito privado, o uso do amianto é normativamente injustificável.