



FAS@JUS

e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho

Jan.-jun. 2018 - v. 8, n. 1. ISSN 2238-4081 (CD-Rom)

ISSN 2179-8222 (Impressa)



FACULDADES



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
QUALIDADE EM ENSINO SUPERIOR

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant
Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso
Editor-Associado

FAS@JUS

e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho

ISSN 2238-4081 (CD-Rom)

ISSN 2179-8222 (Impressa)

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Editor-Associado



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO (FADISA)
©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO
Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura
Vice-Diretor: Prof. Ms. Lácio César Gomes da Silva
Coordenador do Curso de Direito: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

FAS@JUS - e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho

Editor

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant - Faculdade de Direito Santo Agostinho, Montes Claros, Minas Gerais, Brasil.

Editor-Associado

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Faculdade de Direito Santo Agostinho, Montes Claros, Minas Gerais, Brasil.

Membros do Conselho Editorial

Prof.^a Dr.^a Alessandra Galli Aprá - Centro Universitário de Curitiba (Unicuritiba) e Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil.

Prof. Dr. Hugo Luís Pena Ferreira - Universidade Federal de Goiás, Goiás, Brasil.

Prof.^a Dr.^a Irene Maria Portela - Instituto Politécnico do Cavado e do Ave, Barcelos; Centro de Investigação JusGov Universidade do Minho, Braga, Portugal.

Prof. Dr. J. Eduardo López Ahumada - Universidad de Alcalá - España.

Prof.^a Dr.^a Luciana Cristina de Souza - Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), Minas Gerais, Brasil.

Prof. Dr. Pablo Schiavi - Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo; Facultad de Comunicación de la Universidad de Montevideo; Universidad de Montevideo; Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Uruguay.

Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura - Faculdade de Direito Santo Agostinho e Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes), Minas Gerais, Brasil.

Organização, padronização e revisão linguística

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/Editoração Gráfica/Capa

Maria Rodrigues Mendes

Comunicação

Correspondência e submissão de artigos (ver normas de publicação, nas últimas páginas desta Revista):

revistaelectronica@fasa.edu.br

Endereço: Av. Osmane Barbosa, 937, Bairro JK, Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39404-006.

FAS@JUS : e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho / Faculdade de Direito Santo Agostinho. – Vol. 8, n. 1, 2018 - . - Montes Claros, MG. Fundação Santo Agostinho, 2018-
v. : il. 21 x 29cm.

Semestral

ISSN 2179-8222 (Impressa)

ISSN 2238-4081 (CD-Rom)

1. Direito. I. Faculdade de Direito Santo Agostinho. II. Título.

CDU: 34 (05)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	7
 AUTOR CONVIDADO	
LA RESPUESTA DE LA OIT AL DÉFICIT DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES J. Eduardo López Ahumada.....	11
 ARTIGOS DO CORPO DOCENTE	
AS ESTRUTURAS FUNDAMENTAIS DA COMPREENSÃO NA TEORIA DA EXPERIÊNCIA HERMENÊUTICA DE HANS-GEORG GADAMER Mércio Mota Antunes.....	33
CONFLITOS AMBIENTAIS E MINISTÉRIO PÚBLICO Paulo Henrique Campos Leite Laura Patrícia Oliveira de Castro Campos.....	41
 ARTIGOS DO CORPO DISCENTE	
O <i>MERCHANDISING</i> NAS REDES SOCIAIS, SEUS LIMITES E (I)LEGALIDADE À LUZ DAS NORMAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR Amanda Marques Almeida da Silva.....	49
A (IM)POSSIBILIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL Anne Francis Aguiar Soares.....	61
RESPONSABILIDADE CIVIL NA FASE DAS TRATATIVAS: oportunismo ou oportunidade perdida? Werley Pereira de Oliveira.....	69

ARTIGOS DE EGRESSOS

DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO E O AUTO DE INFRAÇÃO DO ICMS NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Carlos Gilmar Colares

Ellen Fernanda Oliveira Alves..... 79

DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA APLICAÇÃO GEOGRÁFICA DA DESINDEXAÇÃO DE CONTEÚDO NA INTERNET: realidade ou utopia?

Diego Celestino Ferreira..... 89

A TUTELA RECURSAL NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES A PARTIR DA PERSPECTIVA DO DUPLO JUÍZO DE MÉRITO COMO GARANTIA INDIVIDUAL DO JURISDICIONADO

Igor Coelho Antunes Ribeiro..... 101

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: uma análise sobre os limites à liberdade

Rosana dos Santos Martins..... 111

ELO COM OUTRAS IES

APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM EXECUÇÕES FISCAIS

Antônio Luiz Nunes Salgado

Michelle de Souza Lopes..... 123

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO..... 133

APRESENTAÇÃO

O ano de 2018 representa um bloco do concreto a mais na construção da Revista Eletrônica **Fas@Jus**, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Uma concretude que se mostra digna da referência à firmeza, à segurança e à profundidade. O alicerce está se tornando mais profundo na exata medida em que o edifício ganha mais um andar. Uma subida acima e a segurança se aprofundando.

Neste primeiro semestre de 2018, o número mínimo de artigos está superado. E as seções estão representadas por lídimos pesquisadores, grandes estudiosos, dedicados na arte de escrever.

A Revista se encontra dividida em diversas seções, dando oportunidades distintas a autores convidados, Professores do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, Acadêmicos e Egressos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, e operadores do Direito vinculados a outras Instituições de Ensino Superior. No interior das seções, a apresentação se dá em ordem alfabética pelo nome do autor, ou do primeiro autor, quando mais de um.

A seção destinada a **Autor Convidado** recebe, com honra, o artigo do **Professor Doutor J. Eduardo López Ahumada**, que leciona Direito do Trabalho e Seguridad Social na Universidad de Alcalá, Espanha. O artigo científico, denominado “La Respuesta de la OIT al Déficit de Protección de los Trabajadores Migrantes” traz a preocupação, notadamente presente nos últimos tempos, de condições de trabalho para os trabalhadores migrantes. Em época de migração em massa, especialmente para a Europa e sendo a Espanha destino de diversas pessoas que fogem das guerras e do terrorismo em seus países, muitas

pessoas querem na Europa obter trabalho, em concorrência com os trabalhadores locais. O texto traz provocações acerca do trabalho escravo, o trabalho informal e a falta de proteção ao trabalhador (condições laborais injustas, por exemplo) e faz estudo profundo quanto ao não acesso à Seguridad Social dos trabalhadores migrantes sem vínculo empregatício na Europa. E apresenta uma solução de cunho humanitário: a assistência ao trabalhador alienígena deve ser dada com base não no Direito do Trabalho ou do Direito Previdenciário, mas com fundamento nos Direitos Humanos. Para completar a apresentação, o texto científico traz uma infinidade de estudos vinculados aos debates e às decisões da Organização Internacional do Trabalho (OIT), em várias décadas de análise e enfrentamento do tema.

Para comprovar a excelente qualidade de pesquisadores do corpo docente da Faculdade de Direito Santo Agostinho, há a seção **Artigos do Corpo Docente**. Desta vez, aparece o **Professor Mestre Mércio Mota Antunes** com o texto denominado “As Estruturas Fundamentais da Compreensão na Teoria da Experiência Hermenêutica de Hans-Georg Gadamer”, um autêntico texto literário abordando a Filosofia do Direito e a Hermenêutica. Um fato raro. O trato dos temas de Filosofia do Direito demonstra, ao leitor, uma facilidade de interpretação que faz com que haja uma necessidade de busca de leitura do original. Após o contato com este texto, o leitor, com certeza, terá mais afetividade para com o assunto, fará as vistas percorrerem os textos indicados e, sobretudo, compreenderá o quanto é fácil entender temas dotados da boa Filosofia. No caso, a Filosofia do Direito.

Ainda como participação dos docentes do Curso de Direito, há o artigo científico denominado “Conflitos Ambientais e o Ministério Público”, de autoria do **Professor Paulo Henrique Campos Leite**, que contou com a parceria da **Bacharela em Direito Laura Patrícia Oliveira de Castro Campos**. Trata-se de um estudo em dois pontos. No primeiro, há uma configuração do Ministério Público e a sua contextualização na defesa dos direitos difusos e coletivos, o que inclui o meio ambiente e outros patrimônios não individuais. Em uma segunda parte, há uma ligeira referência às ideias e experiências de um Promotor de Justiça que, durante algum valioso tempo, foi Coordenador Regional da equipe de Promotores encarregados da defesa do meio ambiente, especificamente das Bacias do Rio Verde Grande e do Rio Pardo. Em um trabalho sintético, as palavras não de mais tampouco de menos conduzem ao esclarecimento quanto aos trabalhos de mediação e entendimento extrajudicial, chegando a defender que deveria caber, antes de chegar ao Ministério Público e, destarte, antes ainda de chegar ao Poder Judiciário, a uma entidade esse processo de mediação de conflitos ambientais.

Em uma incontestável, externa e pública prova de que o Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho valoriza e incentiva a pesquisa científica, há a seção destinada ao **Corpo Discente**. São muitos os artigos científicos que ilustram essa seção. Todos, comprobatórios do quanto a iniciação à pesquisa no Curso é levada a sério.

A **Acadêmica Amanda Marques Almeida da Silva** volta ao seu tema de estudos constantes, e escreve, sob o título de “O *Merchandising* nas Redes Sociais, seus Limites e (I)legalidade à Luz das Normas de Proteção ao Consumidor”, explicando as consequências da publicidade sublimar, os anúncios disfarçados e outras formas de propaganda que não deixam explícito que se trata de divulgação. É o caso dos anúncios que os ocupantes com destaques nas redes sociais, no

ambiente virtual, utilizam. Os influenciadores virtuais fazem propaganda como se estivessem utilizando os produtos; divulgam indiscriminadamente produtos e serviços sem os necessários alertas que tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária exigem. Desrespeitam a necessária formação de opinião porque, sob disfarce de usuários de produtos quando na verdade estão anunciando produtos, entram em contato com o público inocente ou pouco alfabetizado. É o tema do artigo científico.

A **Acadêmica Anne Francis Aguiar Soares** dedicou seus estudos e pesquisas para, ao fim, elaborar o artigo científico denominado “A (Im)possibilidade da Redução da Maioridade Penal”. A discussão é acerca da imputabilidade penal do adolescente entre dezesseis e dezoito anos, polêmica discussão que, vez por outra, volta à tona no cenário jurídico-legislativo-político do Brasil. A autora define as questões penais, busca socorro jurídico na Constituição Federal, no Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. E enumera posições de diversos autores que se mostram desfavoráveis à redução de pena para a partir dos dezesseis anos e, contrariamente, lista outra gama de autores que veem a redução da maioridade penal no Brasil como um problema a mais para o sistema prisional, especialmente por não ter condições de recuperar o apenado e fazê-lo retornar ao campo da normalidade. Também há posições de Psicólogos quanto à punição de menores de dezoito anos e estes serem encarcerados ao lado de outros prisioneiros mais adentrados em idade e em experiência para com o crime.

Também figura na seção destinada aos Alunos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, o texto científico do **Acadêmico Werley Pereira de Oliveira**. Por sinal, já detentor de outro Curso superior e uma pós-graduação *stricto sensu*, o autor coloca sua experiência de pesquisador para descrever sobre a “Responsabilidade Civil na Fase das Tratativas:

oportunismo ou oportunidade perdida?”, título que, por si só, justifica o texto. O estudo revela as condições para que, ainda na fase dos primeiros contatos que poderão resultar em contrato, haver falha por parte de um dos envolvidos na situação, causando prejuízo à parte inocente que se viu impossibilitada de assumir outro compromisso que lhe daria resultado equivalente ao frustrado.

A Revista **Fas@Jus** possui uma seção, destinada aos **Egressos** que não deixa de ser continuidade da comprovação do apoio à iniciação científica. É que, mesmo graduados, os ex-Alunos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho não perdem o apoio e incentivo às suas produções científicas. Assim, ao lado do incentivo, há a disponibilidade do local para publicação de cunho científico. A seção, com quatro colaboradores, se somada à seção destinada aos Alunos em atividade já compõe o número mínimo de artigos semestrais, de acordo com as normas da Coordenadoria de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior (CAPES) do Ministério da Educação. Nessa seção destinada aos **Egressos**, vários ex-alunos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho estão presentes. É a prova da ligação, para todo o sempre, da Faculdade de Direito Santo Agostinho para com seus graduados. Afinal, um vínculo de cinco anos de convivência não deve ser extinto. E a **Revista Fas@Jus** é o elemento que propicia esse encontro continuado. Como as demais seções, os artigos aparecem na sequência determinada pelos nomes dos autores, em ordem alfabética.

Dois egressos se unem para escrever o texto “Direito Penal Tributário e o Auto de Infração do ICMS no Estado de Minas Gerais”. São autores os advogados **Carlos Gilmar Colares** e **Ellen Fernanda Oliveira Alves**. Descrevem, em primeiras linhas, o Direito Penal Tributário, junção de dois segmentos do Direito e adentram a um caso prático em que a pena tributária acessória, a conhecida multa que incide sobre os tributos, elevou uma dívida tributária em 299% e, computando-se os juros, a elevação chegou a 334%. E, por não

ter o contribuinte condições de pagar o principal – destarte, muito menos este valor quatro vezes mais elevado, em razão das multas e dos juros – menos condições tinha para o adimplemento da obrigação acrescida extraordinariamente. E, diante da inadimplência, o Estado iniciou ação penal, o que poderia/poderá levar o contribuinte a ser preso. O texto demonstra como se pode buscar pela extinção da punibilidade, mesmo que não tenha havido a quitação integral (pagamento) ou parcial (parcelamento) do crédito que o Estado constituiu em desfavor do contribuinte.

O egresso **Diego Celestino Ferreira** colabora com o artigo científico denominado “Direito ao Esquecimento e sua Aplicação Geográfica da Desindexação de Conteúdo na Internet: realidade ou utopia?”. O conteúdo demonstra um grande estudo que, por ser profundo, inicialmente requereu séria pesquisa acerca do direito ao esquecimento em casos de pessoas que estiveram envolvidas em atitudes criminosas ou mesmo que, por se sentirem na condição de querer, para si, que determinados assuntos que envolveram o seu passado não sejam expostos à opinião pública, requerem a condição de não serem alvo de novas notícias e pesquisas em banco de dados públicos. Somente esta parte já contemplaria um bom tema, mas há a continuidade, com a análise das consequências do cumprimento da ordem judicial para retirada de determinadas informações dos bancos de dados da internet, quando se analisa que o mundo em rede não tem limites geográficos; mas, as legislações, sim. Desta forma, não se poderia, no Brasil, determinar que uma notícia não fosse divulgada em outro país por uma questão de relações internacionais e pela eficácia da lei no espaço.

Outro egresso que comparece para reatar os vínculos para com o Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho é **Igor Coelho Antunes Ribeiro**. O seu texto recebe o grande e suficiente nome de “A Tutela Recursal no Âmbito dos Tribunais Superiores a partir da Perspectiva do Duplo Juízo de Mérito como Garantia Individual

do Jurisdicionado”. A discussão, portanto, é sobre o Duplo Grau de Jurisdição, mas sob o viés explicativo de que a denominação Duplo Juízo de Mérito seja, talvez, a mais adequada. Para demonstrar a viabilidade de proposta, o autor fala sobre os Recursos Especial, Extraordinário e Ordinário Constitucional, além da referência ao recurso perante o trio de Juízes do Juizado Especial. O artigo científico mostra a importância da garantia do duplo grau de jurisdição, na qualidade de promoção da justiça processual, mas alerta quanto ao fato de que nem sempre a tutela recursal autoriza, por si só, o acesso a uma nova e superior instância. O ato de estudar o artigo científico em destaque é equiparado a uma literatura, dado ao escrever corrente, de colocações bem elaboradas e correção elogiável.

A Advogada, **egressa** do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, **Rosana dos Santos Martins**, ajuntou grandes conhecimentos jusfilosóficos quando escreveu para a **Revista Fas@Jus**, o artigo científico com o título de “Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio: uma análise sobre os limites à liberdade”. O que se propôs a fazer, e o fez bem, foi falar, de início, sobre os conceitos, fundamentados, de liberdade. Em um segundo ponto, debruçou-se sobre a liberdade de expressão e os limites que esta deve ter, para que não haja discursos de ódio, de menosprezo coletivo a pessoas, raças, religiões e regiões. Interessante colocação é a de que compete à lei e ao Direito inibir os discursos de ódio, mas há o reconhecimento de que há uma dificuldade ou impossibilidade de anular a existência destas manifestações, quando em caráter particular, íntima ou relacionadas diretamente a uma pessoa, a vítima. O que é possível é a proibição da massificação do ódio, como passeatas, cartazes públicos, publicações, etc. Mas, um ato racista, por exemplo, praticado por uma pessoa perante outra, acontece sem que o Estado tenha conhecimento prévio ou possa, também em

atitude positiva prévia, evitar.

A seção destacada para ligar o Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho aos demais pesquisadores de todo o mundo (**Elo com Outras IES**) abre espaço para o **Professor Antônio Luiz Nunes Salgado** que, em parceria com a **Acadêmica Michelle de Souza Lopes**, escreveu o texto científico denominado “Aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica em Execuções Fiscais”. O artigo científico descreve inicial doutrina acerca do Direito Empresarial aplicado ao Direito Tributário. O crédito tributário é cobrado pelo Estado em fase inicial das empresas devedoras, mas pode chegar aos contribuintes distintos das empresas inicialmente devedoras, por meio da substituição tributária ou das responsabilidades solidária e subsidiária. Para a cobrança chegar ao sócio da empresa inadimplente e extinta, há a necessidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, com inovações do Código de Processo Civil de 2015, aplicado desde março de 2016. Trata-se, portanto, de instituto ainda pouco aplicado e que, devido ao tempo incipiente de sua utilização, ainda não se chegaram ao fim os primeiros processos de execução fiscal nos quais foi aplicado. Estudo, portanto, inovador e necessário.

A esperança e a vontade são de que os leitores da **Fas@Jus**, a e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, estejam e se sintam satisfeitos com a elevada qualidade dos textos que se encadeiam nesta publicação científica. E que continuem sendo diletos e seletos leitores, o que faz com que o alicerce, anunciado nas primeiras linhas, veja-se fincado mais firmemente no chão do conhecimento científico.

Prof. Ms. Richardson Xavier Brant
Editor

AUTOR
CONVIDADO

LA RESPUESTA DE LA OIT AL DÉFICIT DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

J. Eduardo López Ahumada¹

RESUMEN

El presente trabajo analiza la respuesta normativa de la OIT y los principales obstáculos que su aplicación presenta en el contexto internacional. La respuesta tradicional a dicho fenómeno se ha producido en virtud de los Convenios de la OIT. Estas disposiciones normativas se aplican con carácter general a todos los trabajadores y su efecto jurídico expansivo incluye ineludiblemente a los trabajadores migrantes. Se trata, sin duda, de convenios estrechamente relacionados con el trabajo de las personas migrantes, que nos obliga a realizar un análisis transversal y sistemático de una regulación ciertamente dispersa. La situación de especial vulnerabilidad de los trabajadores migrantes nos tiene que hacer reflexionar sobre las situaciones de explotación y de precariedad laboral presentes en la realidad actual. La protección internacional de las migraciones ha adquirido una mayor relevancia ante el aumento de los flujos migratorios laborales. Este proceso se ha producido debido al desarrollo de la globalización económica y a la ausencia de posibilidades de empleo en los países de origen.

Palabras Clave: trabajo decente, trabajadores migrantes, OIT, condiciones laborales justas.

1 INTRODUCCIÓN

Las migraciones laborales es una cuestión de naturaleza transversal, que se encuadra en el ámbito del trabajo decente (OIT, 2007a, p. 4). Ello presupone promover que las migraciones se asienten en condiciones de libertad, dignidad, equidad y seguridad en clara sintonía con el concepto de trabajo decente. Los movimientos migratorios internacionales tienen actualmente naturaleza compleja y son diversos en sus manifestaciones y razones que los motivan. La respuesta tradicional de la OIT a dicho fenómeno se ha producido en virtud de los Convenios de la OIT. Estas disposiciones normativas se aplican con carácter general a todos los trabajadores y su efecto jurídico expansivo incluye ineludiblemente a los trabajadores migrantes. Se trata, sin duda, de convenios estrechamente relacionados con el trabajo de las personas migrantes y que nos obliga a realizar un análisis transversal y sistemático de una regulación ciertamente dispersa. El aumento de los flujos migratorios laborales se ha experimentado debido a la propia globalización económica y a la ausencia de posibilidades de empleo en los países de origen, que con carácter general hacen de la migración casi la única alternativa para las personas migrantes².

¹ Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Universidad de Alcalá - España).

² Conviene tener en cuenta que los migrantes internacionales representaban en 2010 el tres por ciento de la población mundial. La OIT cifraba en entorno a doscientos catorce millones la presencia de personas migrantes. Ciertamente, la migración está estrechamente relacionada con el trabajo y el empleo, siendo este el principal motivo de migración. De acuerdo con las estimaciones de la OIT, realizadas en el año 2010, se calcula que en todo el mundo había alrededor de 105,4 millones de migrantes económicamente activos, que movilizaban igualmente a sus familiares. Dentro de este colectivo el cincuenta por ciento eran mujeres. (Vid. OIT, 2010a, p. 2). Sin duda, se trata de cifras que actualmente habría que actualizar a la baja debido a los efectos de la crisis económica.

Ciertamente, se trata de un fenómeno que afecta a distintos colectivos, por ejemplo, trabajadores estacionales o temporales, trabajadores en situación irregular, víctimas de trata y de trabajo forzoso, trabajadores cualificados³ etc. La mayor parte de las migraciones responden a cuestiones laborales y, en este sentido, la OIT se ha preocupado especialmente de la perspectiva laboral de los flujos migratorios.

2 LA GARANTÍA DE CONDICIONES LABORALES DIGNAS EN EL DESARROLLO DE LAS RELACIONES LABORALES

Los trabajadores migrantes se configuran como un colectivo especialmente vulnerable, circunstancia que se presenta especialmente en el momento de acceso al empleo⁴. En este sentido, las personas migrantes se ven obligadas a asumir trabajos que evitan los nacionales en sectores económicos menos atractivos, trabajos con baja cualificación del sector servicios, servicios domésticos, trabajos estacionales, labores peligrosas o insalubres, o incluso trabajos en la economía informal. Dichas situaciones de trato diferencial se encuentran condicionadas en la práctica por el obstáculo insalvable de la baja cualificación de los trabajadores migrantes, aunque en muchas circunstancias dichos trabajadores acreditan una formación adquirida en sus países de origen, cuyas competencias profesionales no son reconocidas en el Estado de acogida.

El objetivo de la protección de los trabajadores migrantes es necesariamente la lucha por unas condiciones laborales dignas que se apliquen en modelos de relaciones laborales estables, que puedan resistir a los cambios de los ciclos económicos. Sin duda, este es el mejor modo

de reducir la exclusión social y la pobreza, que generan nuevas formas de desigualdad⁵. Cuando hablamos de trabajo decente estamos pensando en el desarrollo de condiciones laborales justas ligadas a la dignidad de la persona (HEPPLE, 2011, p. 27). Ello implica, ciertamente, la consecución de una remuneración adecuada, el ejercicio del trabajo en condiciones de libertad, la aplicación equitativa de las condiciones laborales, la seguridad jurídica y el respeto a la dignidad del trabajador. No cabe duda, que al tratarse de un objetivo sumamente ambicioso, ello sobrepasa la perspectiva puramente laboral y tiene una proyección social evidente⁶.

La conexión de la igualdad con el trabajo decente significa luchar por la cohesión social y combatir los índices de pobreza⁷. La pobreza y la exclusión social están presentes en el mercado de trabajo y generan situaciones de discriminación laboral y precisamente la reducción de la pobreza tiene mecanismos directos de aplicación en el mercado de trabajo (OIT, 2003b, p. 100). Este objetivo es especialmente importante en un mundo globalizado como el actual, en el que las migraciones laborales se han intensificado y las sociedades están haciéndose cada vez más diversas. En estos contextos la lucha por la defensa de los derechos fundamentales en el trabajo y en la sociedad depende de la garantía de la asimilación y la inclusión social.

La mayor vulnerabilidad de los trabajadores migrantes se aprecia en el desarrollo de las relaciones laborales, mostrándose situaciones de trato desigual en comparación con los trabajadores nativos; por ejemplo, en relación a los incumplimientos contractuales, impagos salariales o despidos injustificados. Ello supone la existencia de relaciones laborales con una elevada dosis de inseguridad en el empleo y con unas condiciones

³ Ciertamente, no se trata de un fenómeno exclusivo de trabajadores poco cualificados y sin formación. Igualmente, el trabajo cualificado se proyecta en las migraciones laborales y se estima que generalmente los países en desarrollo pierden entre un diez por ciento y un treinta por ciento de sus trabajadores capacitados y profesionales a causa de la "fuga de cerebros".

⁴ En este sentido, la Recomendación OIT núm. 198 de 2006, relativa a la relación de trabajo, alude a los trabajadores migrantes como una categoría de trabajadores vulnerables [arts. 5 y 6 c)]. Del mismo modo, y en relación a la referencia a los trabajadores migrantes como grupo especialmente vulnerable. (Vid. OIT, 2010a, p. 94-95).

⁵ Vid. Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECO SOC), julio de 1997. OIT: *Herramienta para la igualdad de género*, disponible en la página web de la Oficina de la OIT para la Igualdad de Género.

⁶ En este sentido, es preciso subrayar que la desigualdad por motivos de género no se limita al trabajo y al empleo, sino que afecta a todos los aspectos de la vida social y a las estructuras socioeconómicas. Vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, 2004, p. 527-528.

⁷ En relación a la conexión entre pobreza y trabajo decente, vid. ALKIRE; SANTOS, 2010, p. 127; e OIT, 2003a, p. 38.

de trabajo menos ventajosas. Efectivamente, dicha vulnerabilidad en el empleo sitúa a los trabajadores migrantes ante la explotación y la precariedad laboral, lo que implica situaciones de desigualdad y discriminación en el trabajo. De igual modo, estos trabajadores migrantes encuentran dificultades prácticas para la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social, ya que sus relaciones laborales generalmente temporales implican de facto un bajo grado de protección social y en muchos casos los reducidos períodos de cotización condicionan la protección social contra los riesgos profesionales o impiden la transferencia de los derechos de Seguridad Social. De igual modo, el desempleo afecta especialmente a los trabajadores migrantes. Sin duda, el índice más elevado de desempleo lo sufren más los trabajadores migrantes en los países desarrollados de la Unión Europea y la OCDE, en comparación con los trabajadores nacionales. Asimismo, conviene indicar que estas altas tasas de desempleo en los países desarrollados repercuten con más intensidad en las mujeres y jóvenes migrantes, que son particularmente vulnerables al desempleo.

Desde el punto de vista de la protección del trabajo migrante, nuestra atención se dirige a los trabajadores que encuentran en el acceso al empleo y en la ocupación prácticas discriminatorias ligadas a su condición migrante y cuyas relaciones se ven sometidas a elevadas dosis de precariedad laboral. El fenómeno de las migraciones laborales está en conexión con los desafíos que han impuesto los cambios económicos, demográficos y tecnológicos, que demandan la presencia de los trabajadores extranjeros en los países industrializados. Ciertamente, los trabajadores migrantes ocupan generalmente empleos que no se logran cubrir con los trabajadores nacionales, y en su incorporación y actuación en el mercado de trabajo pueden encontrar diversas barreras formales o informales que iremos analizando. Dichos obstáculos impiden el acceso a un trabajo digno y justo. Con todo, conviene apuntar que la actual crisis económica y del empleo ha afectado especialmente a las condiciones de empleabilidad de los trabajadores migrantes. La recesión económica ha supuesto, como veremos, una pérdida de protagonismo del tema de los trabajadores migrantes en comparación con las acciones internacionales previas a la crisis económica.

3 PRESUPUESTOS PREVIOS DE PROTECCIÓN EN LOS ESTADOS DE RESIDENCIA

El convenio núm. 97 de la OIT centra su atención en la migración internacional para el empleo y garantiza la protección contra la discriminación de los trabajadores migrantes (art. 6). Concretamente, los Estados tendrán que garantizar asistencia a las personas migrantes que se encuentren legalmente en el país de acogida, sin que quede espacio para la discriminación por razones de nacionalidad, raza, religión o sexo, lo que impide la posibilidad de conceder un trato menos favorable del dispensado a los propios nacionales (art. 6.1). No obstante, este mismo precepto condiciona, con gran flexibilidad, el reconocimiento de la cláusula de igualdad y no discriminación al hecho de que el tratamiento en materia condiciones de trabajo y empleo, vivienda, seguridad social, etc., esté reglamentado por la legislación o dependa de las autoridades administrativas del Estado en cuestión [art. 6.1 a)]

Según la interpretación de la Comisión de Expertos, la exigencia de igualdad de trato y de oportunidades contenida en el Convenio núm. 97 (art. 6) no solamente se proyecta sobre el trabajador migrante, sino que igualmente es extensiva a sus familiares que se encuentren legalmente en el Estado de acogida. El convenio obliga a los Estados a mantener un servicio gratuito apropiado (art. 2), que preste ayuda a los trabajadores migrantes en el acceso al empleo, que en muchos casos podrá convivir con servicios privados de contratación y colocación a los que el Convenio no se refiere, lo que implica que los servicios gratuitos serán generalmente los servicios públicos de empleo. Dicho instrumento, junto a la Recomendación núm. 86, intenta suprimir las desigualdades de trabajo derivadas de la acción de los poderes públicos en su actuación administrativa (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, 2004, p. 550). Por tanto, estamos ante la previsión de una actuación de los Estados dirigidas a facilitar las migraciones laborales mediante servicios de asistencia de naturaleza gratuita, que proporcione información a los trabajadores migrantes.

De este modo, se prohíben formalmente las desigualdades de trato entre los trabajadores migrantes en situación regular y los trabajadores

nacionales, sin establecer diferencias entre los casos de las migraciones temporales o permanentes (arts. 6 y 8). Por tanto, se trata el fenómeno de las migraciones laborales en su conjunto y de forma genérica⁸. Es decir, con carácter general, el convenio núm. 97 garantiza la igualdad de trato entre trabajadores nacionales y extranjeros, cuando éstos se encuentren de forma regular en el país de prestación de servicios (art. 6.1), abarcando esta garantía al beneficio de los derechos laborales (libertad sindical, limitación de la jornada, descansos, salario suficiente, etc.) y la protección social, así como el derecho de acceder a la formación y a la promoción profesional, y se aseguran las condiciones para poder ejercer el derecho de reunificación familiar. Y, en este sentido, se intenta facilitar las condiciones de salida, el viaje y la propia admisión de las personas migrantes, sin que puedan tener un trabajo menos favorables que sus nacionales. Con todo, las reglas de extranjería relativas a la admisión y las exigencias de residencia legal se definirán por los propios Estados y podrán contemplar reglas especiales que ofrezcan un mejor tratamiento en función de la existencia de Convenios bilaterales o multilaterales.

El problema más importante de los trabajadores migrantes reside en la segregación profesional, que es ciertamente un claro ejemplo de discriminación en la ocupación. Por ello, incluso superado el difícil hándicap del acceso al empleo, los trabajadores migrantes encuentran posteriormente importantes desventajas en el empleo y la ocupación. En este punto, debemos apuntar la relevancia del convenio sobre la discriminación en el empleo y la ocupación de 1958 (núm. 111). Dicho convenio protege a todos los trabajadores contra la discriminación, es decir, como medio de reacción ante “cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en

el empleo y la ocupación” [art. 1, a)]. La protección se dispensa a pesar de que la nacionalidad no se encuentra entre los motivos de discriminación prohibidos expresamente [art. 1.a) Convenio 111 OIT]. Ello se debe a que la persona migrante se encuentra excluida o tratada desfavorablemente en razón a las causas prohibidas por el convenio, es decir, debido a la raza, el color, el sexo, la religión, la opinión política, el origen social o la ascendencia nacional (OIT, 2004a, p. 50; e OIT, 2001a, p. 349-395, en especial, las observaciones individuales sobre los convenios núms. 97 y 111).

Precisamente, la OIT insisten por medio de sus órganos de control de que los trabajadores migrantes están igualmente protegidos por este instrumento, máxime cuando se encuentran especialmente afectados por ser víctimas prototípicas de la discriminación en el empleo y la ocupación (OIT, 2001b, p. 269-374; OIT, 2004b, párrafos 8-15). Los Estados que han ratificado dicho convenio tienen que aplicar políticas nacionales que promuevan la igualdad de oportunidades y de trabajo, eliminando todas las formas de discriminación en el empleo y la ocupación. El problema afecta especialmente a los trabajadores migrantes con menos recursos y perfiles profesionales poco cualificados. Generalmente, los trabajadores migrantes altamente cualificados, cuyas competencias son reconocidas en el país de destino encuentran menos problemas en la práctica y suelen tener más garantías para poder realizar una prestación de servicios permanente⁹.

Los trabajadores migrantes son víctimas de discriminación en muchos casos en el acceso al empleo, así como durante la dinámica de las relaciones de trabajo. Especial reflexión merecen las barreras formales e informales existente en el acceso al empleo. Con carácter general, la OIT advierte del alto grado de discriminación existente en el mercado laboral de los países industrializados respecto de los trabajadores migrantes. Estudios de la OIT demuestran que más de uno de cada

⁸ Incluso el convenio se aplica a los migrantes refugiados y desplazados siempre que éstos trabajen en el país de acogida. Vid. OIT, 1999, apartado 101.

⁹ Vid. OIT, 2007b, p. 27. Por ejemplo, en Estados Unidos generalmente los puestos de alta dirección están ocupados por personas de raza blanca mientras que los grupos étnicos minoritarios están infrarrepresentados. También las mayores cotas de desempleo recaen sobre las poblaciones indígenas en Latinoamérica, lo cual también se aprecia en condiciones salariales (siendo la brecha salarial mayor) derivadas de trabajos precarios e informales. Dichos colectivos no pueden acceder a trabajos formales, siendo ello un claro ejemplo de discriminación social. Vid. OIT, 2008, p. 3.

tres trabajadores migrantes que aspiraban a un puesto fueron injustamente excluidos de la selección (Vid. 2007b, p. 27). En relación a la ocupación, indudablemente la crisis económica ha producido en la práctica un aumento de las diferencias en el empleo entre trabajadores migrantes y nacionales. El objetivo de la OIT es promover condiciones de trabajo digno ante el problema de la segregación de los trabajadores en determinadas ocupaciones donde no se precisa un alto grado de cualificación (Vid. OIT, 2004a, p. 84; e OSCE, OIM, ILO, 2006, párrafos 150 a 165). Según los estudios de la OIT, el desarrollo de condiciones de trabajo y empleo injustas se aplican tanto en países industrializados¹⁰ como en vías de desarrollo, y ello hace referencia a los bajos salarios, a las largas jornadas, a las condiciones insalubres, o a la exclusión del trabajador extranjero del comité de empresa por ser nacional del país de la empresa, a los supuestos de denegación de protección social (por ejemplo, denegar las bajas laborales por enfermedad o el problema de acceso a las prestaciones sociales en los casos de trabajo clandestino o por la temporalidad de las prestaciones laborales)¹¹.

El Convenio núm. 143 de la OIT refuerza la necesidad de respetar los derechos y libertades fundamentales de todos los trabajadores migrantes (art. 1), protección que deberán asegurar los Estados con independencia del carácter regular o irregular de la residencia del trabajador migrante¹². Por tanto, el convenio contempla la obligación general de los Estados de respetar los derechos humanos básicos de los trabajadores migrantes protegiendo a las personas migrantes que residen en el país de destino. Sin duda, el principal problema consiste en interpretar hasta donde alcanza la defensa de los derechos humanos de los trabajadores migrantes. Ciertamente, deberíamos entender que el derecho de igualdad de trato y de

oportunidades sería esencial y centro de gravedad en el objeto de la protección. Sin embargo, el propio Convenio núm. 143 contempla un tratamiento diverso al tema de la igualdad.

La primera parte del Convenio se refiere a las migraciones en condiciones abusivas y en este punto el art. 1 garantiza expresamente el respeto de los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes. Sin duda, y desde la óptica de la igualdad de trato y de oportunidades, el Convenio núm. 143 presta especial atención a la protección de los trabajadores migrantes que sufren condiciones de empleo y trabajo abusivas y lucha contra la migración clandestina, así como contra la migración en situación irregular (art. 3). Los Estados están obligados a combatir las situaciones de empleo ilegal, así como erradicar las migraciones promovidas en régimen de clandestinidad¹³. Por tanto, en estas cuestiones se garantiza la igualdad de forma expansiva abarcando a trabajadores regulares o irregulares, ya que el bien protegido es la propia libertad y dignidad de la persona. El Convenio núm. 143 pretendía en su momento actualizar la respuesta de la OIT al fenómeno de las migraciones, especialmente al problema de la migración irregular que en los años setenta convivió con un época de crisis económica y de empleo.

El Convenio es ciertamente ambicioso, ya que garantiza la igualdad de trato de los trabajadores migrantes en situación irregular en sus derechos básicos de empleo, especialmente en materia salarial por los trabajos anteriormente prestados (art. 9), y permite un ámbito de protección concreto en los casos de pérdida sobrevenida del empleo, que no puede dar lugar a la pérdida del permiso de residencia o de trabajo y, por tanto, el trabajador no podrá ser considerado en situación irregular (art. 8). En materia de seguridad social, la protección en esta primera parte se reconoce a

¹⁰ En la Unión Europea, los casos registrados de explotación de trabajadores migrantes incluyen alegaciones de acoso, largas jornadas laborales en condiciones insalubres, la denegación de bajas por enfermedad y salarios bajos. Vid. OIT, 2011, p. 40. Y ello a pesar de que en el ámbito europeo se ha aprobado la Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, por la que se configura un marco normativo general destinado a favorecer el trato igualitario en el empleo y la ocupación.

¹¹ En este punto, destaca la respuesta de la OIT en su asistencia a los Estados miembros con el fin de eliminar la discriminación en el empleo y la ocupación. Vid. OIT, 2007c.

¹² Es importante resaltar, una vez más, que esta referencia a los trabajadores migrantes en el art. 1 del Convenio núm. 143 se refiere a los migrantes cuya situación se encuentra regularizada o no. Vid. Von POTOBSKY, 1984, p. 343.

¹³ En este sentido, se ha indicado que dicho efecto deriva directamente del incumplimiento de los derechos fundamentales de los trabajadores. Vid. GIL Y GIL, 2009, p. 252.

los trabajadores migrantes regulares, pero aquellos que se encuentre sobrevenidamente de forma irregular, solamente tendrán derecho a la protección por sus derechos de seguridad social derivados de empleos anteriores en régimen regular. Por tanto, en esta primera parte del Convenio vemos como la garantía de protección de los derechos humanos no alcanzaría plenamente a la acción protectora de Seguridad Social.

En la segunda parte del Convenio núm. 143 los Estados signatarios se comprometen a aplicar una política nacional orientada a promover y asegurar la igualdad de oportunidades y de trabajo para los trabajadores migrantes y sus familiares (art. 10). Específicamente, esta parte dedicada monográficamente a la igualdad de oportunidades y de trato (arts. 10-14) contempla restrictivamente la aplicación del principio a los trabajadores migrantes y sus familiares que se encuentren en situación regular conforme a las normas de extranjería del país de acogida (art. 10), sin hacer referencia expresa al tratamiento diferencial en función de la residencia temporal o permanente. La referencia a los vínculos familiares implica que los Estados firmantes se comprometen a facilitar la reagrupación familiar en relación al trabajador migrante que tiene residencia legal.

El tratamiento de la igualdad en esta parte segunda del Convenio supone un avance respecto el Convenio núm. 97, ya que la igualdad no se refiere solamente a la igualdad de trato, sino que tiene un ámbito mayor de acción refiriéndose igualmente a la igualdad de oportunidades en las relaciones privadas. Ciertamente, este instrumento, así como la Recomendación núm. 151, suponen un cambio importante respecto del Convenio núm. 97, ya que el objetivo no gravita tanto en eliminar el posible trato desigual por la acción de la Administración (especialmente por parte de los servicios públicos de empleo), sino garantizar la igualdad de trato y de oportunidades y suprimir las posibles discriminaciones también en las relaciones jurídico privadas (OIT, 2014, apartado 369). En este sentido, destaca la garantía de reglas relativas a la libertad de trabajo como medida a favor de la igualdad, permitiendo que los trabajadores migrantes puedan cambiar de empresario una vez transcurridos como

mínimo dos años (art. 14). Ello es un mecanismo importante que evita posibles abusos empresariales. Efectivamente, facilita la movilidad en el mercado de trabajo y permite buscar otra colación asegurando una situación de indemnidad laboral. Con carácter general, la obligación de permanecer con el empleador por períodos muy largos puede dar lugar a que el empleador pueda de una manera injustificada presionar a su empleado, amenazándole con dejar de renovarle el contrato en función de su situación administrativa de residencia y de la correspondiente autorización para el trabajo.

El Convenio núm. 143 asegura la ausencia de discriminación en el acceso al empleo, así como en el propio desarrollo de la relación laboral, el derecho de sindicación y se garantiza la igualdad en el acceso a derechos básicos como la educación y la formación profesional a los efectos de conseguir la promoción personal y profesional (arts. 8 y 12). En este sentido, y en comparación con el convenio de 1949, se produce un avance en la garantía de la igualdad, al referirse a la igualdad de oportunidad y de trato en el empleo y la ocupación, los derechos sindicales y, en general, a las libertades individuales y colectivas, que son aplicables a los trabajadores migrantes o a los miembros de sus familias con residencia legal. Asimismo, se garantiza el derecho a la protección social asegurando la igualdad de trato, pero condicionado a la situación legal del trabajador migrante (art. 10). Ello conecta el Convenio núm. 143 con los convenios generales de la OIT relativos a la Seguridad Social, que se refieren a la adquisición, conservación y, en su caso, exportación de los derechos de Seguridad Social (*vid infra*).

4 LA LUCHA CONTRA EL TRABAJO FORZOSO, EL TRABAJO INFORMAL Y LAS CONDICIONES LABORALES INJUSTAS

Los trabajadores migrantes en muchas ocasiones se ven forzados a desarrollar trabajos precarios y actividades desarrolladas mediante el autoempleo en la economía informal. Ciertamente, en muchos casos el autoempleo informal es una salida casi natural ante las barreras que encuentran los migrantes en el mercado de trabajo¹⁴. El empleo

¹⁴ La OIT viene reiteradamente advirtiendo del crecimiento de la economía informal y del trabajo no declarado y sin protección. Vid. OIT, 2010a, p. 79-80.

precario representa múltiples problemas y los trabajadores migrantes se muestran especialmente condicionados a aceptar dichos empleos, que implican contratos devaluados y remuneraciones bajas. Estas circunstancias sitúan a este tipo de trabajo en condiciones de subempleo presidido por el deterioro de las condiciones laborales.

La precariedad laboral ha cobrado un protagonismo especial en los contextos de crisis económica y del empleo. Según Naciones Unidas, la pérdida del empleo de las personas migrantes les ha obligado a buscar nuevas vías de ingresos recurriendo al autoempleo¹⁵ y al empleo subordinado precario proveniente de la economía informal. Este nuevo espacio a la economía informal impide promover políticas eficaces para remover las situaciones injustas (vid. HARRISS-WHITE, 2003, p. 507-518) y, lo que es más grave, nuevos espacios sustraídos del ámbito de aplicación de las legislaciones laborales y de Seguridad Social. Ello supone ciertamente un obstáculo efectivo a la extensión de las políticas de igualdad y dificulta la interdicción de la discriminación. Especialmente, el trabajo temporal afecta a los trabajadores migrantes debido a que generalmente los trabajadores nacionales ocupan trabajos indefinidos. La OIT ha destacado el considerablemente aumento de los empleos temporales y en muchos casos se producen fenómenos de temporalidad de carácter cíclico o, incluso casos de relaciones temporales cuasi permanentes, que sitúan a las personas migrantes en condiciones concretas de vulnerabilidad. Ello supone ocupar trabajos con contratos de corta duración, de duración temporal e incierta, o contratos temporales sometidos a sucesivas renovaciones que se conjugan con interrupciones contractuales. En definitiva, situaciones en muchos

casos injustificadas que suponen un abuso de derecho y que implican la imposibilidad de garantizar un trabajo decente.

El convenio OIT núm. 122 de 1964 contempla un sistema que orienta a los Estados sobre la adopción de disposiciones normativas que eliminen la pobreza y fomenten el desarrollo de políticas de empleo orientadas a la no discriminación. El objetivo es estimular políticas de empleo neutras, en las que no exista margen a la discriminación respecto a los trabajadores nativos. Sin duda, pobreza y discriminación se encuentran irremediamente relacionadas y, en este sentido, la política de empleo puede dar lugar a una respuesta efectiva desde la equidad y la justicia social. Y ello no sólo desde la perspectiva subjetiva del propio colectivo migrante, sino también como medida de beneficio para el propio mercado de trabajo nacional mediante la mejora de las competencias y las aptitudes de sus miembros. Ello supone irremediamente la necesidad de adecuar los servicios de empleo y el contenido de la formación profesional teniendo en cuenta la situación particular de los trabajadores migrantes. Igualmente, los colectivos de trabajadores migrantes deberían tener más fácil el recurso a los servicios de acceso al empleo, que prestan, por ejemplo, las agencias de colocación y las empresas de trabajo temporal. Se trata de un aspecto sumamente importante, dada la fuerte presencia de los trabajadores migrantes en el trabajo temporal¹⁶.

La libertad de trabajo está igualmente reconocida en los convenios específicos núms. 97 y 143 de la OIT anteriormente analizados, ya que el tema se refiere a la propia libertad de movimientos, residencia, derecho al trabajo y a la elección de empleo en condiciones justas, así como

¹⁵ Incluso, cabe alertar del acceso de las personas migrantes al autoempleo declarado. Estamos, ante una nueva manifestación de trabajo precario por medio del autoempleo. El trabajo por cuenta propia ha aumentado, siendo en la práctica una vía disuasoria de la protección laboral y social del trabajo por cuenta ajena, que implica un alto coste económico para las empresas. Ciertamente, se trata de empleo formal desde el punto de vista normativo, pero en la práctica bajo esta figura se pueden ocultar trabajos propios de la economía informal, donde la remuneración es baja y las condiciones laborales se caracterizan por su contenido precario. Asimismo, los peligros de este tipo de trabajo afectan especialmente a la cobertura de los riesgos sociales, ya que en muchos países no se articulan mecanismos de tutela suficientes para el trabajo por cuenta propia.

¹⁶ Ciertamente, las políticas de empleo deberían prestar especial atención a los trabajadores migrantes en relación a los trabajos temporales con alta carga estacional. Máxime si tenemos en cuenta las dificultades de acceso de los migrantes a los servicios de las agencias de colocación y empresas de trabajo temporal. En este sentido, se resalta la importancia del objetivo, dado “el declive del papel del Estado en el mundo del trabajo y la mayor relevancia de las agencias privadas de contratación”. Vid. GIL Y GIL, 2009, p. 251.

al respeto de la libertad sindical, el derecho de asociación y el acceso a la seguridad social (especialmente a la protección por desempleo). Con carácter general, los trabajadores migrantes encuentran obstáculos al ejercicio libre de la profesión deseada, debido a la existencia de modelos de segregación ocupacional. Los trabajadores migrantes siguen trabajando en líneas generales en sectores específicos y ocupan puestos de baja cualificación profesional.

Aún existen formas de trabajo de las personas migrantes que incumplen la libertad de trabajo y afectan a la propia dignidad de la persona. Sin duda, la libertad de trabajo es un presupuesto básico para el desarrollo de los derechos humanos en el trabajo y supone en la práctica la prohibición de cualquier forma de trabajo forzoso o servidumbre¹⁷, que sigue siendo un obstáculo a la aplicación de principio de igualdad de trato y protección contra la discriminación. Se trata, pues, de una de las principales preocupaciones de la OIT (Vid. OIT, 2005a, p. 14). Ciertamente, muchas personas son forzadas a migrar, en muchas ocasiones bajo falsas expectativas y son sometidas a condiciones de explotación laboral. Además, es preciso indicar que el trabajo forzoso afecta principalmente a mujeres y niños¹⁸, aún más vulnerables dentro del colectivo de trabajadores migrantes, lo cual es un claro ejemplo de antítesis a la noción de trabajo decente¹⁹.

El convenio sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957 (núm. 157) aborda el tema las relaciones entre el trabajo forzoso y la discriminación racial, social o religiosa. En este mismo sentido, es preciso apuntar la proyección del Convenio sobre la población indígena y tribal de 1957 (núm. 107), que fue posteriormente sustituido y actualizado en 1989. El Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales de 1989 (núm. 169)

continúa con la tendencia de su predecesor. No cabe duda, que en la actualidad en el trabajo forzoso subyacen claros vínculos con las prácticas de discriminación racial, social o religiosa (*vid. infra*). En este sentido, conviene indicar que en muchos casos los trabajadores migrantes en situación irregular son más propensos a verse afectados por el trabajo forzoso, especialmente el derivado de la trata de personas. Ello supone que en muchas ocasiones el desarrollo del trabajo forzoso no es más que un efecto derivado de su situación irregular en el país de acogida y de su imposibilidad de poder ejercer su libertad de trabajo y de conseguir oportunidades en condiciones de igualdad. Se trata, en definitiva, de trabajos desarrollados sin derechos laborales básicos, trabajos no declarados, que pertenecen al ámbito de la economía sumergida que ampara situaciones de empleo ilegal (OIT, 2004a, p. 84).

La protección jurídica a favor del trabajo digno implica no sólo luchar contra el abuso en el acceso en el empleo, sino también en el respeto a condiciones de trabajo justas. En este sentido, tiene especial importancia la garantía de un salario digno. La igualdad de remuneración del convenio núm. 100 de 1951 obliga a los Estados a aplicar una política de igualdad de remuneración por un trabajo de igual valor realizado por los trabajadores y trabajadoras. Si bien es cierto que el Convenio tiene un ámbito subjetivo de aplicación general, especialmente tienen como sujetos beneficiarios a los trabajadores migrantes²⁰. Al igual que sucedía en el convenio 111, en el convenio 100 la nacionalidad no se prevé expresamente entre los motivos de discriminación, aunque debido a su eficacia normativa general se aplicaría a nacionales y no nacionales con independencia de su estatus. Asimismo, conviene indicar la fuerte proyección del convenio núm. 100 sobre la igualdad salarial

¹⁷ En relación al estudio en la práctica de los colectivos de migrantes víctimas del tráfico y trata de personas. Vid. OIT, 2010a, p. 102-103. No debemos olvidar que si bien es cierto que la esclavitud y el comercio de esclavos se prohibieron formalmente en el año 1880, no cabe duda que aún hoy existen prácticas de trabajo forzoso.

¹⁸ En muchos casos, se trata de un problema inherente al propio desarrollo de la delincuencia organizada transnacional, especialmente significativa en el caso de la trata de mujeres y niños. En este sentido, debemos apuntar la proyección del Protocolo para prevenir, reparar y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, así como el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

¹⁹ En relación al tema del trabajo forzoso de los trabajadores migrantes como efecto de la trata transfronteriza de personas. Vid. OIT, 2001c, p. 55-ss.; OIT, 2005a, p. 77-ss.; OIT, 2006, p. 51-ss.

²⁰ Una vez empleados los trabajadores migrantes perciben bajos ingresos derivados de prácticas de discriminación salarial, así como debido a la segregación ocupacional en trabajos peor remunerados que les sitúa en condiciones de pobreza. Vid. OIT, 2010b, p. 18; OIT, 2011, p. 8; OIT, 2010a, p. 47-48.

entre hombres y mujeres, ya que su objetivo es promover la igualdad en materia salarial y eliminar las discriminaciones en el trabajo. En este sentido, no debemos olvidar la fuerte presencia de la mujer en las migraciones, que sufren los problemas de la brecha salarial por partida doble.

El Convenio núm. 100 de la OIT ha sido ratificado por un gran número de Estados y en los últimos años se ha producido un aumento significativo de las ratificaciones. Con todo, según la OIT, aún existen muchos países que carecen en sus legislaciones laborales de disposiciones que contemplen la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor. Actualmente, los esfuerzos se centran en seguir proyectando el contenido del Convenio núm. 100 de la OIT en las legislaciones nacionales y fundamentalmente en la correcta recepción de la garantía de la igualdad en la remuneración por un trabajo de igual valor. Este principio tuitivo e innovador supone que la comparación en términos salariales no se hace de forma genérica respecto de un trabajo análogo, sino que se pone énfasis en la referencia al contenido similar del propio trabajo. Las legislaciones nacionales aún se refieren en términos comparativos a un trabajo idéntico o similar, sin incluir la noción de trabajo de igual valor, que como estamos observando es un concepto mucho más tuitivo. Por tanto, el problema reside en la falta de comprensión de la diferencia entre los conceptos de igual remuneración por trabajos iguales o similares y de igual remuneración por trabajos de igual valor. Ello puede dar lugar a supuestos de discriminación salarial que pueden ser directas, si se refieren a trabajos iguales o similares o, en su caso, indirectas, si la comparación se realiza con trabajos diferentes, pero de igual valor²¹. Ciertamente, se trata de un problema de hondo calado, que produce profundas diferencias en relación a la ordenación salarial.

En este sentido, la OIT considera que una de las formas de combatir la diferencia salarial es la introducción de salarios mínimos en las legislaciones (OIT, 2011, p. 26; OIT, 2007b, p. 29; OIT, 2003c, p. 62), así como fomentar cláusulas salariales en la negociación colectiva que contemplen salarios mínimos en sectores y

ocupaciones con mayor presencia femenina. Por ejemplo, en el Reino Unido desde la introducción en 1999 del salario mínimo se ha avanzado significativamente en términos de igualdad salarial. Efectivamente, una política de salarios mínimos (legales y convencionales) podría contribuir a la reducción de las diferencias salariales, sobre todo, en los estratos inferiores de la estructura salarial, que son precisamente los ámbitos donde las mujeres trabajadoras migrantes sufren las prácticas discriminatorias por motivos de género.

5 TRABAJADORES MIGRANTES Y PROBLEMAS DE ACCESO A LA ACCIÓN PROTECTORA DE LOS SISTEMAS NACIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL

Los trabajadores migrantes siguen encontrando problemas de acceso a la protección social. Sin duda, estos trabajadores sufren un déficit de protección ligado generalmente a la breve duración de las relaciones de trabajo, a la brecha salarial presente en las condiciones salariales y a los períodos de trabajo informal y no declarado que se sitúan al margen de la protección social y a todo ello se une el insoslayable problema de los obstáculos al acceso y mantenimiento de las situaciones regulares de residencia y las autorizaciones administrativas para trabajar. Ciertamente, se trata de una serie de factores que en muchas ocasiones suponen la imposibilidad de acceder a las prestaciones sociales en el país de destino. Ello implica la posibilidad de excluir a los trabajadores migrantes de la protección social, debido a que en muchos casos la respuesta social se limita a situaciones a corto plazo unida a la estancia de temporal, lo que impide en muchos casos la transferencia de prestaciones como el desempleo o prestaciones a largo plazo como la jubilación, incapacidad permanente o la viudedad.

En materia de seguridad social, los convenios de la OIT contemplan cláusulas técnicas relativas a la igualdad de trabajo entre los trabajadores nacionales y los trabajadores migrantes. El convenio núm. 102 de 1952 se garantiza el principio de

²¹ La OIT ha insistido en este sentido en combatir la discriminación directa e indirecta por motivos de género en la remuneración. Vid. OIT, 2009, párrafo 294.

igualdad de trato entre los nacionales y migrantes en relación a todas las ramas de la seguridad social (art. 68) (parte XI). Ciertamente, este convenio básico de Seguridad Social de la OIT se refiere al principio de igualdad de forma flexible, dado que se permite excluir a los trabajadores migrantes cuando las prestaciones o una parte de las mismas se abonen en su totalidad con cargos a fondos públicos. Estamos, pues, en presencia de una regulación de *softlaw* internacional, que permite informar y complementar la normativa nacional de *hardlaw*, especialmente a los efectos de extender los derechos de protección social (SUPIOT, 2006, p. 6). En este sentido, debemos indicar que una respuesta más intensa al reconocimiento del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social se complementa en otros Convenios de la OIT.

Con carácter general, el Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social) de 1962 (núm. 118) garantiza el principio de igualdad de trato, respetando el mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición. Ciertamente, los trabajadores migrantes necesitan un régimen especial de protección, que garantice sus derechos en los desplazamientos transnacionales. Concretamente, es especialmente importante la necesidad de asegurar el acceso a la cobertura social y la equiparación con los trabajadores nacionales en relación al derecho a las prestaciones sociales. La proyección del principio de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y migrantes se reconoce en relación a los inmigrantes en situación regular que consolidan sus derechos de seguridad social en el país de empleo y la cobertura social a los trabajadores migrantes en situación irregular dependerá de la legislación nacional de cada país y de la propia extensión de su acción protectora. Ello, pues, está en sintonía con la respuesta ofrecida por parte de los Convenios específicos de la OIT, especialmente, el Convenio núm. 143 de la OIT (*vid supra*).

Del mismo modo, el convenio núm. 118 asegura el mantenimiento de los derechos adquiridos y la exportación de las prestaciones sociales. Los trabajadores migrantes deben tener

garantizado los derechos adquiridos en el Estado de empleo, pudiéndose exportar las prestaciones al abandonar el país donde se aportó a nivel contributivo. Asimismo, otro elemento esencial es la posibilidad de poder acumular y totalizar los derechos adquiridos en diferentes países donde se ha trabajado y aportado a los sistemas públicos de seguridad social²². El convenio núm. 118 obliga a los Estados a asegurar la provisión de prestaciones en el extranjero en una rama específica para sus propios nacionales y para los nacionales de cualquier otro Estado, cuando éste haya aceptado las obligaciones del convenio para una rama concreta de protección social.

Precisamente, los problemas de igualdad de trato residen en muchos casos en la conservación de los derechos o en curso de adquisición, que permite ser beneficiario de derechos con independencia del traslado a otro país. En este punto, es especialmente importante la acción del convenio sobre invalidez, vejez y sobrevivientes de 1967 núm. 128, que se reconoce la garantía de los derechos adquiridos. Con todo, y a pesar del reconocimiento formal del derecho a la exportación de prestaciones sociales al extranjero desde la óptica de la igualdad de trato, conviene indicar que la exportación efectiva está condicionada al tipo de prestación de seguridad social y del país que tiene que reconocer la transferencia de la protección. Con todo, el convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social) de 1962 (núm. 118) articula un sistema de reconocimiento entre Estados, respecto de sus nacionales que ejercen en régimen de igualdad el acceso y disfrute de la acción protectora²³. El convenio núm. 157 de la OIT de 1982, relativo a la conservación de los derechos en materia de seguridad social, garantiza el mantenimiento de los derechos adquiridos de seguridad social con independencia de que los trabajadores trasladen su residencia de un país a otro, mantenimiento de derechos que se garantiza a los nacionales de los demás Estados partes del convenio. Tanto el Convenio núm. 157, como la Recomendación núm. 167 de 1983, que le acompaña, impulsan el principio de igualdad en la

²² En materia a la conservación y exportación de los derechos de seguridad social generados en el país de empleo, *vid.* HOLZMANN; KOETTL, 2005.

²³ Concretamente, en materia de prestaciones de seguridad social, la acción protectora se divide en nueve ramas diferentes, es decir, asistencia médica y prestaciones de enfermedad, desempleo, vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, familiares, maternidad, invalidez y supervivientes.

medida en que se configura un sistema internacional que permite el mantenimiento de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, asegurando el acceso a prestaciones generadas en el extranjero cuando regresen a su país de origen. En este sentido, sin duda, la conservación y exportación del desempleo respecto de los trabajadores migrantes temporales es el supuesto de acción protectora que más problemas plantea desde el punto de vista del reconocimiento entre Estados.

Según el Convenio núm. 157, el reconocimiento del Estado que haya ratificado el convenio y la protección efectiva se dispensará a los trabajadores migrantes, siempre que el Estado del ciudadano que pretende acceder de la protección sea igualmente parte del convenio sobre igualdad de trabajo en seguridad social. En esta línea, el Convenio núm. 19 de la OIT, de 1925 sobre igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnizaciones por accidentes de trabajo, prevé igualmente la exportación de las prestaciones para extranjeros trabajadores cubiertos por el convenio, aunque una vez más cuando el Estado que ratifique contemple asimismo dicha exportación de beneficios para sus propios nacionales. Todo ello nos sitúa ante la proyección del principio de reciprocidad que rige en las relaciones internacionales bilaterales. Estamos, pues, ante un objetivo que depende de mecanismos institucionales que permitan la coordinación entre los sistemas nacionales de seguridad social²⁴. Estos acuerdos bilaterales o multilaterales, especialmente de ámbito regional, permiten en definitiva reforzar la cobertura de los riesgos sociales y asegurar la transferibilidad de las prestaciones de seguridad social. En este sentido, podemos destacar como modelo ejemplo el modelo de la Unión Europea relativo a la Seguridad Social de los trabajadores

migrantes, que contempla un marco jurídico específico que garantiza ampliamente la transferibilidad de los derechos en materia de seguridad social para los nacionales tanto de la Unión Europea como de terceros países²⁵.

6 HACIA UNA PROTECCIÓN BASADA EN LOS DERECHOS HUMANOS Y EN UN TRATAMIENTO MULTILATERAL DE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES

La supresión de la discriminación en el trabajo forma parte de los propios principios constitutivos de la OIT desde su creación en 1919. La acción internacional contra la discriminación tiene su propio origen en los objetivos de la OIT, entre los que figura la justicia social, la libertad y la igualdad. Concretamente, en el Tratado de Versalles de 1919 se recoge el deber de la OIT de tutelar específicamente a los trabajadores migrantes, especialmente en los supuestos de tráfico o trata de personas, así como en el ámbito de la migración irregular. El Tratado de Versalles asegura la igualdad en el empleo y la ocupación, dado que las “las reglas que en cada país se dicten con respecto a las condiciones del trabajo deberán asegurar un trato económico equitativo a todos los obreros que residan legalmente en dicho país” (art. 427).

La propia Declaración de Filadelfia de 1944, así como en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 (Conferencia Internacional del Trabajo de 18 de junio de 1998) conceden el máximo reconocimiento a la igualdad de trato de los trabajadores migrantes. Concretamente, se contempla el compromiso de eliminar cualquier tipo de discriminación en el empleo y la ocupación [punto 2, letra d)]²⁶. Por su parte, la Declaración

²⁴ El propio Convenio núm. 157 de la OIT prevé la celebración de acuerdos bilaterales o multilaterales relativos a la seguridad social y, en este sentido, la recomendación 167 de la OIT contempla el modelo de disposiciones relativas a dichos acuerdos internacionales, que permiten ampliar los mecanismos de coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social.

²⁵ En materia de seguridad social de los trabajadores migrantes destacamos el Reglamento CEE núm. 1408/71, que sustituyó al Reglamento CEE núm. 3/1958 del Consejo, de 29 de diciembre de 1958. Asimismo, debemos tener en cuenta el Reglamento CE núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, que se configura como Reglamento base, reformado parcialmente por el Reglamento núm. 988/2009, de 16 de septiembre. Igualmente, el Reglamento CE núm. 987/2009, de 16 de septiembre, se configura como nuevo Reglamento de aplicación completando la regulación comunitaria en la materia.

²⁶ Dicha Declaración fue formulada en el marco de la 86ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 18 de junio de 1998. En este mismo sentido, cobra especial importancia en materia de reconocimiento del principio de no discriminación la Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa de 2008 y el Pacto Mundial para el Empleo de 2009.

de Filadelfia de 1944, relativa a los fines y objetivos de la OIT, presta una atención especial a los problemas de los trabajadores migrantes. Dicha Declaración vino en su momento a reforzar significativamente los objetivos de la Constitución de la OIT, mediante la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo y la promoción de un crecimiento más equitativo, teniendo como objetivo la promoción del pleno empleo con respeto a la dignidad, la seguridad y la igualdad de oportunidades. Concretamente, la Declaración de Filadelfia de 1944, actual Carta de Constitución de la OIT, garantiza que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades” [Anexo a la declaración relativa a los fines y objetivos de la OIT, epígrafe II, letra a)]. De este modo, los derechos laborales de los trabajadores migrantes están indisolublemente ligados a los derechos fundamentales en el trabajo reconocidos en la Constitución de la OIT²⁷. Estamos, pues, ante un principio rector de la propia OIT, que prácticamente durante un siglo ha trabajado intensamente por implementar dicha máxima en las relaciones laborales desde un punto de vista globalizado.

La igualdad y no discriminación se configura como un derecho ligado a la propia dignidad de la persona (Vid. GIL Y GIL, 2009, p. 225; e GIL Y GIL; USHAKOVA, 1999, p. 101-102) y ello es una consecuencia derivada de la propia naturaleza de los principios y derechos fundamentales en trabajo. Su carácter universal implica su aplicación a todas las personas con independencia del Estado a que pertenezcan y, por tanto, son derechos que disfrutan los trabajadores migrantes sin perjuicio de su situación regular o irregular en el país donde

prestan servicios. Con todo, la OIT ha venido reforzando en sus instrumentos internacionales generales la garantía de la igualdad y no discriminación. La Declaración de principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 contempla el deber de la OIT de prestar especial atención a los problemas de los trabajadores migrantes²⁸, asegurando empleo y ocupación libre sin posibilidad de discriminación. Concretamente, garantiza la igualdad y no discriminación de los trabajadores migrantes, sin tener en cuenta su nacionalidad o la situación de residencia regular o irregular (OIT, 1998, apartado 2º) y los Estados miembros de la OIT se comprometen a observar dichos principios incluso con carácter previo a la propia ratificación de los convenios internacionales específicos de la OIT en materia de trabajadores migrantes²⁹.

El enfoque del desarrollo de los derechos de las personas migrantes basado en el respeto de los derechos humanos fue reconocido en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de 1993. Dicha posición ha ido evolucionando hasta la configuración del Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales (Vid. OIT, 2005b). El Marco multilateral contempla la garantía de los derechos humanos de los trabajadores con independencia de su situación, aunque se presenta como criterios no vinculante en el ámbito de una economía global³⁰. Sin duda, gravita de forma recurrente el debate sobre la insuficiente eficacia jurídica de los derechos fundamentales internacionales, debido especialmente al bajo nivel de coercibilidad que tienen las normas internacionales. Por tanto, las reglas de protección de los trabajadores migrantes en condiciones de igualdad se presentan como un mecanismo de *softlaw* internacional, que pretende generar un contexto normativo de referencia que anime a los

²⁷ La OIT tiene, entre sus funciones, el compromiso de tutelar a los trabajadores migrantes. Así se declara expresamente en el preámbulo de la Constitución, que recoge la obligación de la OIT de mejorar la protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero. Vid. OIT, 1999.

²⁸ La Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo, celebrada en Copenhague en 1995, declaró como principio fundamental la garantía de empleo y ocupación sin discriminación y es el antecedente de la Declaración de la OIT relativa los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

²⁹ En este sentido, conviene recordar que la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008 considera como uno de los cuatro objetivos estratégicos de la organización el respeto, la promoción y la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

³⁰ Sin duda, el Marco Multilateral de la OIT para las migraciones ha representado un impulso a los planes y programas de acción destinados a los trabajadores migrantes. Vid. OIT, 2004a.

Estados miembros a contemplar dichas normas en sus sistemas jurídicos-laborales³¹.

Los convenios específicos sobre trabajadores migrantes garantizan el principio de igualdad de trato y de oportunidades, así como la ausencia de prácticas de discriminación en el trabajo. Sin duda, la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades de los trabajadores migrantes representa una medida efectiva de protección, ligada al respeto de la dignidad de la persona. Asimismo, se considera que la garantía de la tutela jurídica evita el denominado *dumping* social. De este modo, se asegura que el recurso al trabajo de las personas migrantes tiene el mismo valor para las empresas que el coste soportado por éstas respecto de los trabajadores nacionales (VITTIN-BALIMA, 2002, p. 158).

Los instrumentos normativos específicos adoptados por la OIT son el convenio núm. 97 (revisado) de 1949 y el Convenio núm. 143 (disposiciones complementarias) de 1975, así como las Recomendaciones núm. 86 de 1949 y la Recomendación núm. 151 de 1975 de la OIT³². Las normas contenidas en los convenios definen el estatuto de los trabajadores migrantes, abordando el proceso de migración desde el tránsito migratorio hasta las situaciones de inmigración tanto temporal como permanente. De igual modo, se contemplan excepciones como las relativas a los trabajadores transfronterizos, artistas o profesionales liberales. Dichas normas configuran el marco normativo básico y mínimo de protección de los trabajadores migrantes, reconociendo como objetivo principal la eliminación de las discriminaciones y el logro de la igualdad de trato y de oportunidades³³. Sin duda, estos convenios específicos son una muestra de la preocupación de la OIT por los trabajadores migrantes como

grupo especialmente vulnerable. Dichos convenios se complementan a efectos de tutela con otros convenios de la OIT generales como el convenio sobre discriminación en el empleo y la ocupación núm. 111 de 1958, el convenio sobre igualdad de remuneración núm. 100 de 1951 o los convenios relativos a la Seguridad Social (*vid. infra*). Sin duda, uno de los aspectos esenciales de estos instrumentos normativos se refiere a su ámbito subjetivo de aplicación, ya que dichas normas se aplican, como sucede con carácter general con los derechos humanos, a todas las personas por igual (Vid. OIT, 2005b, conclusión número 28, y el principio 9, apartado a), incluidos los trabajadores migrantes irregulares, a menos que se indique expresamente lo contrario como así hacen los convenios expresamente en determinados aspectos (Vid. GAROFALO, 2007, p. 36; Von POTOBSKY, 1984, p. 333; FITZPATRICK, 2003, p. 172).

Ciertamente, estos convenios específicos se adoptaron hace ya muchos años y, sin duda, la respuesta de la OIT al fenómeno de las migraciones laborales ha evolucionado³⁴. Ello significa que las normas contenidas en su articulado deberían interpretarse a favor de la libertad y la observancia de la igualdad, teniendo en cuenta la propia promoción de los derechos fundamentales en el trabajo realizada por la OIT (*vid. supra*). En efecto, el contexto económico y social de las migraciones internacionales ha cambiado sustancialmente desde la aprobación de los Convenios 97 y 143, en 1949 y 1970 respectivamente. Y ello implica la necesidad de adaptación de dicho marco a la actual economía globalizada, asegurando la observancia del principio de igualdad y no discriminación (Vid. OIT, 2004a, Informe VI, sexto punto del orden del día, p. 86-ss). En este sentido, podemos citar como ejemplo

³¹ En este sentido, el art. 22 de la Constitución de la OIT obliga a cada uno de los Estados miembros a “presentar a la Oficina Internacional del Trabajo una memoria anual sobre las medidas que haya adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se haya adherido”. De igual modo, los Estados están obligados a “informar sobre el estado de [su] legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del Convenio, e indicando las dificultades que impiden o rechazan la ratificación de dicho Convenio”.

³² En cualquier caso, es preciso recordar que los Convenios son instrumentos normativos de directa y obligada aplicación por parte de los Estados. En cambio, las Recomendaciones carecen efectivamente de efecto jurídicamente vinculante y no se encuentra sometidas al acto de ratificación.

³³ Téngase en cuenta el Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales, Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos.

³⁴ Efectivamente, dichos convenios fueron adoptados en dos momentos clave, como son la posguerra mundial y la crisis del petróleo de los años setenta con el fin de estimular los flujos migratorios.

el aumento del protagonismo de la participación de la mujer en los procesos migratorios, que demanda una respuesta especial desde la perspectiva de la igualdad de trato como persona migrante a la que se suma la condición de mujer. De este modo, la interpretación del estatuto del trabajador migrante basada en derechos es un cambio sustancial, que asegura un espacio de integración e inclusión social de los trabajadores migrantes (Vid. OIT, 2005b, principio núm. 14; e OIT, 2010a, p. 3).

Un impulso importante a la protección de los trabajadores migrantes se realizó en 2007 con la adopción del Marco multilateral de la OIT para la migración laboral. Este nuevo marco de actuación hace especial énfasis en la discriminación que sufren los trabajadores migrantes y se solicita la promoción de sus derechos desde la perspectiva de los derechos humanos. Ciertamente, ello supuso un importante paso adelante, enfocando la migración desde un tratamiento basado en los derechos. Esta nueva perspectiva basada en la protección mediante derechos intenta ofrecer un tratamiento justo al colectivo de trabajadores migrantes en el mundo e intenta promover la adopción de normas jurídicas que puedan impulsar políticas y prácticas en beneficio de la igualdad de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores migrantes.

Este nuevo tratamiento de las migraciones laborales implica la necesidad de dar una respuesta adecuada a la denominada migración irregular (no ilegal)³⁵, que es el término generalmente aceptado por la OIT y que se proyecta sobre el trabajo clandestino que desarrollan personas cuya situación

de extranjería en el país de empleo no se encuentran formalmente regularizada. Sin duda, se trata de un gran problema social, ya que se estima que alrededor de un quince por ciento de los trabajadores migrantes se encuentra en situación irregular (Vid. OIT, 2010a, p. 31-36; e JANDL, 2004, p. 141-55). En muchos casos, se trata de situaciones evidentes y estructuralmente implantadas, que las autoridades laborales toleran y que se desarrollan en el ámbito de la economía informal. Actualmente, en la normativa específica de la OIT existe un vacío de protección en relación a los trabajadores migrantes temporales y a los migrantes que prestan servicios en situación irregular. Los Estados tienden generalmente a garantizar formalmente a los trabajadores migrantes regulares o irregulares una igualdad de trato con los nacionales en lo que respecta a la remuneración, límites de tiempo de trabajo y descansos. Efectivamente, la OIT recomienda el desarrollo de estas prácticas nacionales con el fin ayudar al desarrollo de procesos migratorios justos y equitativos desde el punto de vista del trabajo decente³⁶.

Evidentemente, los programas actuales de migración laboral temporal desarrollados por los Estados no dan respuesta a la demanda permanente de trabajadores migrantes e impiden con carácter general que los trabajadores migrantes se puedan afincar definitivamente en el país de empleo. Sin duda, estos programas de migración temporal y circular deberían respetar el principio de igualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los nacionales. Especialmente, la migración irregular no es solamente una cuestión

³⁵ La expresión de migración ilegal es un término negativo y muchas veces injusto, ya que muchos migrantes entran en el país de acogida con documentación válida, pero posteriormente se convierten en irregulares de forma sobrevenida. La Comisión de Expertos ha interpretado que la igualdad de trato afecta igualmente a los migrantes irregulares que son comparados en la medida de lo posible con los migrantes en situación regular. De este modo se permite que los trabajadores migrantes irregulares reciban igualmente protección respecto de los derechos derivado del trabajo efectivamente prestado. Vid. OIT, 2014, apartados 302 y 303.

³⁶ Asimismo, es preciso destacar las acciones de la OIT dirigidas a la promoción del trabajo decente por países, que han incluido la igualdad como objetivo esencial para el logro de condiciones laborales dignas. Actualmente, los programas de la OIT sobre trabajo decente e igualdad de género han reforzado progresivamente en los últimos años la inclusión de la perspectiva de las migraciones. Uno de los objetivos esenciales de los programas es el desarrollo e intercambio de conocimientos y experiencias en relación a la eliminación de la discriminación en el empleo y la ocupación. Dichos programas se configuran igualmente como planes de acción dirigidos a armonizar las legislaciones nacionales a los convenios de la OIT, salvando los problemas existentes relativos a la aplicación del principio de no discriminación en el trabajo. Sin duda, en este contexto cobra especial importancia la vigilancia de la OIT del nivel de seguimiento de los convenios internacionales, especialmente por medio de los órganos de seguimiento de los tratados internacionales, así como por los propios mecanismos especiales existentes en Naciones Unidas sobre la observancia de las prácticas nacionales derivadas de los tratados internacionales.

de orden público, sino que supone la necesidad de implementar vías alternativas de regulación que tengan en cuenta la realidad de las relaciones jurídico privadas existentes. Sin duda, las políticas de regularización pueden ser una vía de fomento del trabajo decente, evitando situaciones de abuso y explotación. Asimismo, pueden reducir el margen de acción de las prácticas discriminatorias, sin olvidar, su importante repercusión en la reducción de la economía informal y la declaración del trabajo asalariado que es una fuente de ingresos para la Seguridad Social por la vía de las cotizaciones sociales³⁷. Se trataría, en definitiva, de un mecanismo que asegura el aumento de la protección y evita la no discriminación, reconociendo situaciones de igualdad de derechos.

La OIT desarrolla programas y acciones dirigidos a la protección de los trabajadores migrantes, que derivan de la aplicación de los derechos fundamentales internacionales en el trabajo contemplados en los convenios internacionales específicos y generales. Ello supone promover condiciones para asegurar que los flujos migratorios laborales se desarrollen garantizando la igualdad de trato y de oportunidades, reconociendo la importante contribución que dichas migraciones suponen especialmente en los países de destino, ya que contribuyen al crecimiento económico y a la creación del bienestar.

REFERENCIAS

ALKIRE, Sabina; SANTOS, Maria Emma. Acute multidisciplinary poverty: a new index for developing countries. En: *OPHI Working Paper*, Oxford, Ed. OPHI, n. 38, julio de 2010.

CONSEJO DE EUROPA. Regularisation programmes for irregular migrant: doc. 11350. Bruselas: Asamblea Parlamentaria, 2007. Disponible en: <<http://assembly.coe.int>>. Último acceso: 5 diciembre 2008.

FITZPATRICK, Joan. The human rights of migrants. En: ALEINIKOFF, T. Alexander;

CHETAIL, Vincent. (Ed.). *Migration and international legal norms*. The Hague (Netherlands): Asser, 2003. p. 169-184.

GAROFALO, Luciano. Le migrazioni di ordine economico nel diritto internazionale e comunitario. En: ALLAMPARESE, Andrea et al. *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea: profili giuridici*, collana di diritto comparato e comunitario del lavoro e della sicurezza sociale. Bari: Cacucci, 2007.

GIL Y GIL, José Luis. Los trabajadores migrantes y la OIT. En: *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Las Rozas (Madrid), Ed. La Ley, n. 2, p. 241-264, 2009.

GIL Y GIL, José Luis; USHAKOVA, Tatsiana. La Declaración de la OIT sobre principios y derechos fundamentales en el trabajo. En: *Documentación Laboral*, Madrid, Ed. Cinca, núm. 59, p. 99-112, 1999.

HARRISS-WHITE, Barbara. La desigualdad en el trabajo en la economía informal: cuestiones esenciales y ejemplos. En: *Revista Internacional del Trabajo*, London, Ed. John Wiley & Sons, v. 122, núm. 4, p. 507-518, 2003.

HEPPLE, Bob A. *Equality: the new legal framework*. London: Hart, 2011.

HOLZMANN, Robert; KOETTL, Johannes; CHERNETSKY, Tara. *Portability regimes of pension and health care benefits for international migrants: an analysis of issues and good practices: documento preparado para el Programa de investigación y análisis político de la Comisión Mundial sobre las Migraciones Internacionales*, Washington DC (USA), Ed. World Bank, septiembre de 2005.

JANDL, Michael. The estimation of illegal migration in Europe. En: *Migration Studies*, Perth, Ed. The University of Western Australia, v. 41, núm. 153, mar. 2004.

³⁷ En este sentido, conviene recordar la proyección de la regularización de trabajadores migrantes en época de bonanza, por ejemplo, en el ámbito de la Unión Europea. Vid. CONSEJO DE EUROPA, 2007.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Alianza global contra el trabajo forzoso*: informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2005a.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Alto al trabajo forzoso*: informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 89ª reunión. Informe I (B). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2001c.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Declaración de la OIT relativas a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 1998.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Eliminación de la discriminación de los pueblos indígenas y tribales en materia de empleo y ocupación*: guía sobre el Convenio núm. 111. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2008.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*. Conferencia Internacional del Trabajo, 92ª reunión. Informe VI. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2004a.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949 (núm. 97) y la Recomendación (núm. 86) y el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975 (núm. 143) y la Recomendación (núm. 151)*. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Informe III (Parte 1B), Trabajadores migrantes,

Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, junio de 1999.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado), 1949, (núm. 97), la Recomendación sobre los trabajadores migrantes (revisada), 1949 (núm. 86), el Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias), 1975, (núm. 143), y la Recomendación sobre los trabajadores migrantes, 1975 (núm. 151). En: *Memorias sobre los convenios no ratificados y las recomendaciones*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2014.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Global employment trends*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, enero de 2010b.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *International labour migration: a rights-based approach*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2010a.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *La igualdad de género como eje del trabajo decente*. Informe VI. Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2009.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *La hora de la igualdad en el trabajo*. Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2003c.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *La hora de la igualdad del trabajo*: memoria del Director General. Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, 91ª reunión. Informe I (B). Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2003b.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean*. Conferencia Internacional del Trabajo, 96ª reunión. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2007b.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *La igualdad en el trabajo: un objetivo que sigue pendiente de cumplirse*. Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2011.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales: principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos*. Reunión Tripartita de expertos sobre marco multilateral de la OIT para las migraciones internacionales. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 31 de octubre-2 de noviembre de 2005b.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Observaciones individuales sobre los Convenios núms. 97 y III*. International Labour Conference, 89ª sesión. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2001b.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Report of the committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR): Report III (Part 1A)*. International Labour Conference, 89ª sesión. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2001a.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Rights, labour migration and development: the ILO approach*. Ginebra: OIT, 2007a.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Second item on the agenda: date, place and agenda of the 95th Session*. (2006). International Labour Conference, Governing Body, 289ª session, Sesión, marzo, GB.289/2, Ginebra: Oficina

Internacional del Trabajo, OIT, 2004b.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo: prioridades y programas de acción para la cooperación técnica relativa a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación*. Informe de la Comisión de Cooperación Técnica. Documento GB.300/TC / 4, Consejo de Administración, 300ª reunión. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, noviembre de 2007c.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Superar la pobreza mediante el trabajo: memoria del Director General*. Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT, 91ª reunión. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2003a.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). *Trata de seres humanos y trabajo forzoso como forma de explotación: guía sobre la legislación y su aplicación*. Programa Especial de acción para combatir el trabajo forzoso. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2006.

ORGANIZATION FOR SECURITY AND CO-OPERATION IN EUROPE (OSCE), INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (OIM); INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (ILO). *Handbook on establishing effective labour migration policies in countries of origin and destination*. Viena: OSCE, OIM, ILO, 2006.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel. La OIT y los trabajadores migrantes. En: JAVILLIER, Jean-Claude; GERNIGON, Bernard (Dir.). *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir: mélanges en honneur de Nicolas Valticos*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 2004.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C. The principle of equality in the labour

market: reflections on the spanish model. En: ALVIZATOS, Nikolaos (Coord.). *Essays in honour of Georgios I. Kassimatis*. Atenas: BWV Berliner Wissenschafts-Bruylant, 2004.

SUPIOT, Alain. El lugar de la Seguridad Social en el sistema de normas internacionales de trabajo. En: *Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica*, Las Rozas (Madrid), Ed. La Ley, núms. 15-16, p. 129-136, 2006.

VITTIN-BALIMA, Cécile. Trabajadores migrantes. En: JAVILLIER, Jean-Claude

(Dir.). *Las normas internacionales del trabajo: un enfoque global*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2002. p. 130-171.

Von POTOBSKY, Geraldo W. Los trabajadores migrantes y las normas de la OIT. En: *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, n. 19, p. 333-352, 1984.

Submissão em: 27 março 2018.
Pareceres favoráveis em: abril 2018.

***ARTIGOS
DO CORPO DOCENTE***

AS ESTRUTURAS FUNDAMENTAIS DA COMPREENSÃO NA TEORIA DA EXPERIÊNCIA HERMENÊUTICA DE HANS-GEORG GADAMER

Mércio Mota Antunes¹

RESUMO

O presente estudo resume aspectos fundamentais da *teoria da experiência hermenêutica* proposta por Hans-Georg Gadamer em seu “Verdade e Método”. O objetivo do trabalho é articular essa teoria com a Filosofia do Direito no intuito de permitir aos operadores do Direito uma visão filosófica acerca dos pressupostos implícitos em todo ato de conhecimento. O artigo pretende ser um trabalho de divulgação científica de uma teoria que não pode passar despercebida por profissionais que lidam diariamente com juízos de valor. A partir da pressuposição de que os mecanismos processuais, ainda que maximamente esgotados, não conseguem elucidar determinadas dimensões envolvidas nos conflitos sociais, levanta-se aqui a necessidade de problematizar instâncias do saber que, muito embora “invisíveis”, influem decisivamente no entendimento sobre determinados fenômenos/eventos sociais.

Palavras-chave: Hermenêutica Jurídica – Hermenêutica filosófica – Compreensão.

1 INTRODUÇÃO

O circuito processual tem a função de evidenciar fatos e torná-los reconhecíveis aos padrões normativos positivados. A atividade jurisdicional vai consistir na subsunção das leis aos fatos, e assim sendo o *juízo jurídico* vai redundar em conclusões binárias em termos de lícito/ilícito. O juízo jurídico vai dizer se algo é permitido, ou não, a partir da perspectiva de um dado plexo normativo positivado.

Os sistemas jurídicos não conseguem prever em seus quadros as infinitas possibilidades circunstanciais das situações genericamente previstas em lei. O sistema jurídico, ainda assim, deve decidir todo e qualquer tipo de conflito que lhe chegue às instâncias. Tradicionalmente, o princípio da vedação do *non liquet* está associado ao artigo 4.º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Mas, o que significa dizer que em caso de omissão do legislador sobre determinado assunto o juiz deverá decidir com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais do Direito?

Fundamentalmente, esse artigo 4.º referido vai permitir uma discricionariedade analítica ao juiz. Esse dispositivo abre à Magistratura possibilidades hermenêuticas de igualar e diferenciar situações a partir de juízos não absolutamente dissociados de seu discernimento pessoal. Este discernimento inevitavelmente estará em diálogo com estruturas de pensamento ancoradas em dimensões que vão da sua experiência profissional ao aprendizado adquirido em sua vida particular. O mesmo pode ser dito em relação a princípios constitucionais tal como a liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Quase sempre esses princípios são invocados em situações complexas não previstas em lei, ou ao menos não previstas de forma plena.

Para articular esses juízos, inicialmente não jurídicos, ao sistema positivo, a partir dessas portas dadas pelo próprio sistema, será preciso uma compreensão mais apurada da dada situação-problema. Isso é importante porque o positivismo traz em seu bojo uma característica elementar ao seu funcionamento: a partir do momento que se tem uma lei dizendo como as coisas devem ser, o magistrado não precisa reconstruir seus fundamentos éticos e políticos.

¹ Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade Federal de Brasília (UnB). Professor Universitário (Faculdade de Direito Santo Agostinho; Universidade do Estado de Minas Gerais). Advogado.

A lei, ao trazer ínsita o seu fundamento, alivia o Judiciário da tarefa de recontar todas as razões históricas, sociais, econômicas etc., que levaram o legislador a estabelecer aquela disposição. Isso implica dizer que nas situações não previstas será preciso “compreender” o conflito a partir de uma postura que permita tornar visíveis princípios éticos, morais e políticos compatíveis com o sistema jurídico. O ímpeto dessa compreensão deve ser provocado pelo respeito para com a singularidade do conflito, para, aí sim, construir juízos que permitam igualar ou diferenciar a situação dos eventos já inseridos na memória do Direito. Mesmo porque é disso que surgem inovações na jurisprudência; é disso que muitas vezes o sistema passa a pensar de maneira diferente.

Este artigo elege a *teoria da experiência hermenêutica* do filósofo alemão Hans-Georg Gadamer (2007) como uma gramática fundamental a ser considerada por aquele que volta os olhos ao desconhecido. Aliás, para aquele que volta os olhos ao desconhecido e ao familiar, pois em relação àquele é preciso familiaridade para torná-lo presente; e em relação ao familiar, é preciso, muitas vezes, distanciamento – já que o familiar quase sempre nos faz perder do horizonte o distante.

2 HANS-GEORG GADAMER E OS TRAÇOS FUNDAMENTAIS DE UMA TEORIA DA EXPERIÊNCIA HERMENÊUTICA

O filósofo Hans-Georg Gadamer reabilita a noção de *preconceito*, rejeitada pelo *esclarecimento* alemão (*Aufklärung*), e dela faz um ponto ontológico fundamental à sua teoria da experiência hermenêutica. Os movimentos iluministas descartaram, por princípio, tudo o que vinha da Tradição, da Autoridade. O fato de o conhecimento ou opinião ser desta proveniente já o desqualificava aos olhos do Racionalismo, pois os adeptos da tradição eram de tal forma *sujeitados* que se tornavam incapazes do uso da Razão (“preconceito de sujeição”). “A autoridade [...] é culpada de que não façamos uso da própria razão.” (GADAMER, 2007, p. 368). Assim é que

Sobre a base de um esclarecedor conceito de razão e liberdade, o conceito de autoridade acabou sendo referido ao oposto de razão e liberdade, a saber, ao conceito de obediência cega. Conhecemos esse significado a partir da terminologia da crítica às ditaduras modernas (idem, ibidem, p. 370-1).

Por outro lado, os “esclarecidos” que aceitavam o “novo” não proveniente da Tradição, pelo simples fato de ser “novo”, caíam em um “preconceito de precipitação”, uma “verdadeira fonte de equívocos que induz ao erro no uso da própria razão” (GADAMER, 2007, p. 368). Enquanto, Autoridade e Razão se excluía, percebeu-se que tanto um como o outro seriam eternas fontes de *mal-entendidos* enquanto não conseguissem transcender suas respectivas condições de *sujeição* e *precipitação*.

O que interessa aqui sobre *passado* (Tradição, velho) e *futuro* (Razão, novo) tange à influência dessas perspectivas sobre o presente *horizonte histórico* e a também presente *óptica mediadora* ou, em outros termos, sobre o ponto do qual se quer ver e das lentes utilizadas. Desse modo, a articulação entre passado e futuro vai no sentido de colocar crivos reflexivos na tradição a partir da razão que tem como ponto de apoio a tradição: não simplesmente negar o passado por ser passado, nem aceitar o novo por ser novo, mas aceitar o passado que se justifique via crítica e se valer do novo como instrumento da razão que se direciona em novas perspectivas, tendo como “razão de ser” uma constante reelaboração da tradição, que é, em fim de contas, a *óptica* que permite enxergar alguma coisa.

Na realidade, o fato de os preconceitos, no sentido literal da palavra, constituírem a orientação prévia de toda nossa capacidade de experiência é constitutivo da historicidade de nossa existência. São antecipações de nossa abertura para o mundo, que se tornam condições para que possamos experimentar qualquer coisa, para que aquilo que nos vem ao encontro possa dizer algo. De certo, isso não significa que estejamos cercados por um muro de preconceitos, e que somente permitiríamos o acesso a quem mostrasse seu passaporte, contendo a seguinte inscrição: aqui não se diz nada de novo. Ao contrário, é bem vindo o hóspede que promete nos trazer algo novo

para nossa curiosidade. Mas como vamos reconhecer o hóspede, admitido na nossa companhia, que vai dizer-nos algo *novo*? Também nossa expectativa e nossa disposição para ouvir o *novo* não são trazidas necessariamente pelo antigo, onde nos encontramos? [...] Como toda comparação, também essa é caolha. A experiência hermenêutica não consiste em que algo esteja fora e cioso para entrar. Ao contrário, somos tomados por algo, e, em virtude disso que nos toma, sentimo-nos abertos para o novo, o outro, o verdadeiro (GADAMER, 2007, p. 261-2) (grifos originais).

O que Gadamer coloca nesta passagem é que os preconceitos não devem ser metaforizados como cancelas na fronteira da Tradição, em que só conseguem atravessá-las aqueles que apresentam passaportes atestando seus “bons antecedentes” para com a velha ordem. Contudo, os preconceitos podem impedir, sim, a entrada do novo, o que efetivamente acontece quando não se os reconhece.

O reconhecimento ocorre quando “somos tomados por algo, e em virtude disso que nos toma, sentimo-nos abertos para o novo, o outro, o verdadeiro.” (idem, *ibidem*, p. 262). Gadamer diz ser essa a sua verdadeira intenção em *Verdade e Método*, quando, no prefácio à segunda edição desta obra, coloca que “o que está em questão não é o que fazemos, o que deveríamos fazer, mas o que nos acontece além do nosso querer e fazer.” (GADAMER, 2007, p. 14). Nestes termos, uma das condições fundamentais ao entendimento da novidade que se nos apresenta é não sacralizar pensamentos e juízos prévios.

2.1 Círculo Hermenêutico e a Estrutura Prévia da Compreensão

O “círculo hermenêutico” consiste na estrutura prévia da compreensão, um elemento constitutivo que possui a tarefa de impedir que a posição prévia, a visão prévia e a concepção prévia sobre a coisa prevaleçam. As antecipações (*Vorsicht*), as pré-aquisições (*Vorhabe*) e as pré-conceituações (*Vorbegriff*) são funções imprescindíveis à compreensão enquanto servirem como formas de aproximação da *coisa mesma* para, a partir da relação estabelecida (nos termos do *dasein*), reelaborarem-se. Nestes termos, Heidegger fornece a “forma de realização da

própria interpretação compreensiva [...], onde toda e qualquer interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar seu olhar para ‘as coisas mesmas’.” (GADAMER, 2007, p. 355).

A tarefa hermenêutica consiste na interação com a coisa e nessa atividade buscar seus sentidos. O intuito é fugir da situação em que o intérprete aniquila a possibilidade de ser influenciado pela alteridade da coisa, isolando-se no circuito fechado das próprias opiniões prévias.

Esse deixar-se determinar assim pela própria coisa, evidentemente, não é para o intérprete uma decisão “heroica”, tomada de uma vez por todas, mas verdadeiramente a “tarefa primeira, constante e última”. Pois o que importa é manter a vista atenta à coisa através de todos os desvios a que se vê constantemente submetido o intérprete em virtude das ideias que lhe ocorrem. [...] Quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar os projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que só podem ser confirmadas “nas coisas”, tal é a tarefa constante da compreensão. Aqui não existe outra “objetividade” a não ser a confirmação que uma opinião prévia obtém através de sua elaboração (idem, *ibidem*, p. 355-6).

Assim, Gadamer entenderá a forma de compreensão dos textos, na qual, estando o intérprete consciente da impossível “neutralidade”, deverá conseguir expor os pressupostos (opiniões prévias e preconceitos) que traz consigo para dialogar com o texto. A inconsciência desses pressupostos, que naturalmente tende a não sair de si, condiciona automaticamente o entendimento, bloqueando inevitavelmente o acesso da alteridade ao intérprete. Isso impede a verdade da coisa de se confrontar com as opiniões prévias pessoais.

A questão, portanto, não está em assegurar-se frente à tradição que faz ouvir sua voz a partir do texto, mas, ao contrário, trata-se de manter afastado tudo que possa impedir alguém de compreendê-la a partir da própria coisa em questão. São os preconceitos não percebidos os que, com seu domínio, nos tornam surdos para a coisa de que nos fala a tradição (GADAMER, 2007, p. 359).

Como dito acima, a noção de “preconceito” é rejeitada de tal forma na *Aufklärung* que a sua própria negação vem a ser considerada também um “preconceito”. Porém, Gadamer vai dizer que

Em si mesmo, “preconceito” (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão. [...] “Preconceito” não significa, pois, de modo algum, falso juízo, uma vez que seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente (idem, ibidem, p. 360).

2.2 Distância Temporal e a Suspensão dos Juízos: o Entremeio (*Zwischen*) como Lugar da Compreensão

Duas questões básicas forçam trazer à tona a noção de *distância temporal*, deixada de lado pela hermenêutica tradicional: como se começa o trabalho hermenêutico? Quais as implicações para a atividade compreensiva o fato de ela sempre estar afetada por uma tradição?

Sendo os preconceitos inevitáveis, e se bem administrados, apresentando-se como legítimos guias, a questão que se coloca é como, pois, bem administrá-los. A *consciência histórica* ajuda a *consciência hermenêutica* a tomar consciência de seus próprios preconceitos. Esse tomar de consciência de seus próprios preconceitos quer dizer torná-los visíveis, destacados. E isso quer dizer suspender sua validade. Mas, então, como colocá-los em evidência? A resposta consiste em *provocá-los*, o que só será possível a partir de uma *distância histórica*.

Parte-se do entendimento de que os preconceitos não podem ser controlados de antemão, como se já estivessem todos à disposição do intérprete para que este, também previamente, pudesse atinar para aqueles que lhes são positivos ou negativos. A distinção entre os preconceitos que favorecem o conhecimento e os que levam a *mal-entendidos* ocorrem mesmo no momento da compreensão. Assim é que se torna fundamental trazer em cena a noção de *tempo*.

O tempo já não é, primariamente, um abismo a ser transposto porque separa e distancia [como pensava o historicismo], mas é, na ver-

dade, o fundamento que sustenta o acontecer, onde a atualidade finca suas raízes. Assim, a distinção dos períodos não é algo que deva ser superado [ou seja, deslocar-se ao espírito da época, e pensar segundo seus conceitos e representações, pois só assim poderia haver objetividade]. Na verdade, trata-se de reconhecer a distância de tempo como uma possibilidade positiva e produtiva do compreender. [o tempo] Não é um abismo devorador, mas está preenchido pela continuidade da herança histórica e da tradição, em cuja luz nos é mostrada toda a tradição. Não será exagerado falarmos aqui de uma genuína produtividade do acontecer (GADAMER, 2007, p. 393).

O tempo, a *distância temporal*, é preenchido pela continuidade da herança cultural. E quando essa totalidade começa a se fazer presente o suficiente ao ponto de nela todos se enxergarem e terem as condições supremas da compreensão: da interpretação enquanto “comportamento reflexivo diante da tradição”.

Desse modo, o sentido de pertença, isto é, o momento da tradição no comportamento histórico-hermenêutico, realiza-se através da comunidade de preconceitos fundamentais e sustentadores. A hermenêutica precisa partir do fato de que aquele que quer compreender deve estar vinculado com a coisa que se expressa na transmissão e ter ou alcançar uma determinada conexão com a tradição a partir da qual a transmissão fala. Por outro lado, a consciência hermenêutica sabe que não pode estar vinculada à coisa em questão ao modo de uma unidade inquestionável e natural, como se dá na continuidade ininterrupta de uma tradição. Existe realmente uma polaridade entre familiaridade e estranheza, e nela se baseia a tarefa da hermenêutica. [...] Ela se desenrola entre a estranheza e a familiaridade que a tradição ocupa junta a nós, entre a objetividade da distância, pensada historicamente, e a pertença a uma tradição. Esse entremeio (*Zwischen*) é o verdadeiro lugar da hermenêutica (idem, ibidem, 2007, p. 390-1).

Estar entre o familiar e o estranho, ou melhor, a partir do familiar estranhá-lo, é um lugar não muito acessível, porém elementar à percepção dos preconceitos. Se é fácil ver as deficiências da

identidade que o outro constrói sobre nós, não é tão fácil ver os próprios preconceitos sobre o outro, ainda quando esse outro está a indicá-los. Não fosse algo tão metafísico, a solução intuitivamente mais acessível seria se colocar no ponto de vista do outro, “calçar seus sapatos”. Então, será preciso a socialização com esse “além nós” para, nessa aproximação, colocar as coisas em perspectiva.

Um pensamento verdadeiramente histórico deve incluir sua própria historicidade em seu pensar [...] para aprender a conhecer no objeto o diferente do próprio, conhecendo assim tanto um quanto outro. O verdadeiro objeto histórico não é um objeto, mas a unidade de um e de outro (GADAMER, 2007, p. 396).

Esse distanciamento pretende reduzir a epifania caótica daquilo que é tido como contemporâneo e que, por se estar de tal forma nele imersos, as paisagens se tornam surreais, e com tanta coisa à mostra, acaba-se por perder a capacidade de articular seus sentidos. Desse modo, é fundamental *esquecer* (abandonar algumas coisas, silenciar sobre outras, para perceber certos *princípios* fundamentais ocultos).

[...] para a consciência científica, o juízo sobre a arte contemporânea reveste-se de uma insegurança desesperadora. Quando nos aproximamos dessas criações, o fazemos, evidentemente, a partir de preconceitos incontroláveis, pressuposições que possuem demasiado poder sobre nós para que possamos conhecê-la, e que conseguem conferir à criação contemporânea uma hiper-ressonância que não corresponde ao seu verdadeiro conteúdo e significado. Somente a extinção de todos os nexos atuais torna visível sua verdadeira forma e possibilita, com isso, uma compreensão do que é dito neles, e isto pode reivindicar uma universalidade vinculante. [...] Essa experiência levou a investigação histórica à conclusão de que um conhecimento objetivo só pode ser alcançado a partir de uma certa distância histórica (idem, ibidem, p. 393-4)

Não sendo a *distância histórica* uma ausência de *historicidade*, mas antes o reconhecimento de uma inevitável condição preconceituosa, torna-se

imperioso jogar com os preconceitos, consciente da “realidade da história da própria compreensão”: uma exigência que, a serviço da abertura para as possibilidades futuras, Gadamer (2007, p. 396) chamará de *história efetual*.

2.3 O Princípio da *História Efetual*

A *consciência da história efetual* é uma maneira de experiência hermenêutica que permite abrir-se à tradição, tal como na dialética do reconhecimento. Nessa *experiência hermenêutica*, a *Tradição* é que deve chegar à experiência. Aquele que está dentro de uma tradição precisa pensar essa sua historicidade, pois não será a infértil busca em aniquilá-la que impedirá a intromissão de juízos e preconceitos na ação de conhecer. É justamente o contrário, “o fato de estar na tradição não restringe a liberdade do conhecer, antes é o que a torna possível.” (GADAMER, 2007, p. 471). Sendo linguagem, a tradição fala por si mesma. Se fala por si mesma, não é um mero “objeto”, mas é um “tu” que se comporta em relação ao objeto, e “uma vez que aqui o próprio objeto da experiência possui um caráter de pessoa, essa experiência se torna um fenômeno moral, tanto quanto o saber adquirido nessa experiência, a compreensão do outro.” (idem, ibidem, p. 467).

A consciência da história efetual é em primeiro lugar consciência da *situação* hermenêutica. No entanto, o tornar-se consciente de uma situação é uma tarefa que em cada caso se reveste de uma dificuldade própria. O conceito de situação se caracteriza pelo fato de não nos encontrarmos diante dela e, portanto, não dispormos de um saber objetivo sobre ela. Nós já estamos nela, já nos encontramos sempre numa situação cuja elucidação é tarefa nossa. Essa elucidação jamais poderá ser cumprida por completo. [...] Também a elucidação dessa situação, isto é, a reflexão da história efetual, não pode ser realizada plenamente (idem, ibidem, p. 399).

A palavra *situação* representa as condições/limitações de ver, e nesse sentido é intimamente ligada à noção de *horizonte*, que abarca e encerra tudo aquilo que pode ser visto.

A linguagem filosófica empregou essa palavra, sobretudo desde Nietzsche e Husserl, para caracterizar a vinculação do pensamento à sua determinidade finita e para caracterizar o ritmo de ampliação do campo visual. Aquele que não tem um horizonte é um homem que não vê suficientemente longe e que, por conseguinte supervaloriza o que lhe está mais próximo. Ao contrário, ter horizontes significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver além disso (idem, *ibidem*, p. 399).

A tensão entre *presente* e *passado* é constante, já que um decorre do outro. As mutações são inevitáveis, e ainda que nossos horizontes sejam estreitos, constantemente alteram-se. O encontro do passado (“Eu”) que somos decorrência, com o novo (“Outro”) que agora nos ocorre, será aqui chamado *fusão de horizontes*.

O horizonte do presente não se forma, pois, à margem do passado [não seria interessante dizer, pois, que também o horizonte do passado não se forma à margem do presente?]. Não existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem conquistados. *Antes, compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos.* [...] A vigência da tradição é o lugar onde essa fusão se dá constantemente, pois nela o velho e o novo sempre crescem juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explícita e mutuamente (idem, *ibidem*, p. 404) (grifos originais).

A questão para a hermenêutica é fazer desse processo de *fusão de horizontes*, numa espécie de *vigília da consciência histórica-efetiva*, uma realização consciente e controlada para obter um “horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição.” (GADAMER, 2007, p. 399). Esse processo de fusão vai interessar à teoria da experiência hermenêutica na medida em que através dele se consegue descrever como se forma a *consciência da história efetiva*.

O problema não é entender o *texto* de uma tradição, ou mesmo entender essa tradição, mas, sobretudo, relacioná-los – não entre si, mas com a situação particular do intérprete e os preconceitos nela contidos para qual a *universalidade* se

apresenta. Assim aparece novamente na história da hermenêutica o problema da *aplicação*, conforme Gadamer, deixado de lado pelo positivismo estético e histórico da hermenêutica romântica.

Precisamos determinar a *estrutura da consciência da história efetiva* a partir da perspectiva de Hegel e procurando distingui-la de sua perspectiva. [...] a atitude histórica do espírito não consiste em mirar-se num espelho nem mesmo numa suspensão puramente formal-dialética da auto-alienação em que se encontra, mas numa *experiência* que experimenta a realidade e é ela própria real (idem, *ibidem*, p. 453) (grifos originais).

O foco para análise da consciência efetiva é a observação da noção de *experiência* tal como prefigurada por Hegel nos termos da “inversão” e da “negatividade” (*nichtigkeit*). A noção de “inversão” representa a experiência da experiência, e isto é para Hegel a sua verdadeira essência: lançar-se sobre a coisa a partir dela mesma, de novo. Soma-se a “negatividade”: a experiência com o objeto acrescenta ao conhecedor novidades sobre ambos, e quando novamente se experimentam o velho objeto já não se sustenta, muito embora também não se esvaia: pois o novo continua a conter a verdade do anterior.

Quando se fez uma experiência, isso significa que a possuímos. A partir desse momento, o que antes era inesperado passa a ser previsto. Uma mesma coisa não pode voltar a converter-se para nós numa experiência nova. Somente um novo fato inesperado pode proporcionar uma nova experiência a quem já possui experiência. Desse modo, a consciência que experimenta inverteu-se, ou seja, voltou-se sobre si mesma. [...] a experiência é em primeiro lugar sempre experiência de negatividade (*Nichtigkeit*). Não é como havíamos suposto. A experiência que se faz de outro objeto altera as duas coisas, nosso saber e seu objeto. Agora sabemos outra coisa e sabemos melhor, e isto quer dizer que o próprio objeto ‘não se sustenta’. O novo objeto contém a verdade do anterior (GADAMER, 2007, p. 463-4).

Nesse sentido quer mostrar que “a experiência ensina a reconhecer o que é real”

(idem, ibidem, p. 467). Um princípio conduz essa noção: “a determinação infinitamente importante de que para aceitar e admitir um conteúdo por verdadeiro o próprio homem deve estar nele.” (HEGEL, G. W. F. *Enzyklopädie*, *apud* GADAMER, 2007, p. 464). Assim, a verdade não é “em-si”, mas algo que se considera, ou não, aceito ou aceitável.

3 A RESPOSTA CONSTRUÍDA DE FORA PARA DENTRO DO SISTEMA

Para este estudo o ponto fundamental na teoria da experiência hermenêutica está na *dialética da pergunta e resposta*. Esta matriz discursiva consegue estabelecer uma conexão entre *epistemologia* e *moral política constitucionalista* apta a resolver um problema essencial à questão da *única resposta correta* a partir do direito (DWORKIN, 2000; 2002; 2007).

A *dialética da pergunta e resposta* possui um caráter reflexivo que, ao propor indagações sobre algo, objetiva ampliar os *horizontes* não apenas sobre a coisa, mas também sobre quem a observa. Esse mecanismo reflexivo no agir comunicativo se dá através da prática *argumentativa*, que exigirá de todo participante a assunção de todos os outros (HABERMAS, 2003). E se por um lado isso é imprescindível à validade *constatativa* de uma dada realidade enquanto momento lógico-cognitivo do *conhecer* na matriz paradigmática da filosofia da linguagem, por outro é obrigatório juridicamente enquanto moral política moderna, já que é “princípio” e “fim” na tradição constitucionalista, a busca e defesa da *liberdade* e *igualdade*. Em última instância isso quer dizer *respeito*.

Se é necessário justificar as premissas internas do Direito a partir de coisas que aparentemente lhe são externas, é por essa lógica que se reconhece maior segurança para obtenção de um conhecimento “objetivo” (um meio termo entre a insensibilidade do objetivismo e as lucubrações do subjetivismo). Numa comunidade plural não há como o Direito “fechar-se” e valer-se de um modelo auto-referencial que fundamenta suas premissas apenas a partir de si. E aqui a teoria de Peter Häberle (1997) sobre a sociedade aberta de intérpretes é de extrema conveniência. Sem uma pragmática calcada no igual respeito e

liberdade de fala enquanto critério *epistemológico* e *político-moral-jurídico*, não há falar em discursividade com potencial reflexivo *desparticularizador* das ideias jurídicas localistas florescidas a partir de um *ethos compreensivo* protegido pelas cercas forenses. Isto é dizer: o fundamento universalizável é aquele que consegue abrangência plural justamente por ter sido pluralisticamente e democraticamente elaborado, e para isso é preciso ao menos tolerância a gramáticas um tanto quanto alheias a uma Justiça que optou pela departamentalização como forma de interlocução.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O positivismo jurídico, como dito acima, alivia o intérprete-aplicador da lei de reconstruir seus fundamentos – mesmo porque essa reconstrução não levaria a resultados iguais. Algumas situações não previstas, ou ao menos não plenamente previstas, ao invocarem a impossibilidade do *non liquet* obrigam o Poder Judiciário à prestação jurisdicional. Esta prestação, por não ficar adstrita a textos legislativos específicos àquela situação, ou mesmo porque a situação foge aos modelos jurisprudenciais vigentes, requer da magistratura uma postura diferenciada perante aquela situação, ou seja, requer da Magistratura um trabalho compreensivo mais acurado.

A compreensão não é mera atividade motora passível de adestramento por um processo disciplinar. A ideia de compreensão associa-se a variáveis culturais e morais constitutivas da identidade do sujeito, e na problemática levantada aqui o Direito precisa ser visto não como uma disciplina técnica, mas como um artefato cultural que, situado em um tempo/espaço específico, vai influenciar fortemente aquelas pessoas que pensam o mundo a partir de suas estruturas.

É importante refletir sobre os elementos da compreensão não para evidenciar esses elementos em termos de objetos físicos que podem ser examinados com lupas e microscópios. O intuito é considerar o direito (leis, julgados e doutrinas) enquanto um desses elementos da compreensão, e refletir em que medida o Direito exerce sobre os seus profissionais uma força de influência irreversível. A importância disso é muito básica:

muitos problemas que chegam às instâncias judiciais são problemas que o sistema instituído não é capaz de resolver em sua integralidade, de modo que o profissional não poderá simplesmente reproduzir os inscritos vigentes, mas sim inovar o pensamento das estruturas vigentes.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Ed. Universitária São Francisco, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. I e II. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

Submissão em: outubro de 2017.
Pareceres favoráveis em: dezembro de 2017.

CONFLITOS AMBIENTAIS E MINISTÉRIO PÚBLICO

Paulo Henrique Campos Leite¹

Laura Patrícia Oliveira de Castro Campos²

RESUMO

Este texto tem como objetivo estudar qual o papel do Ministério Público nos casos em que envolvem conflitos ambientais e como os métodos autocompositivos, a exemplo da mediação, têm sido incorporados pela Instituição como instrumento de resolução de conflitos ambientais. Pretende também analisar as estratégias e os perfis de atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na resolução dos conflitos ambientais no Norte de Minas, especialmente a partir da entrevista realizada com o Promotor de Justiça Paulo César Vicente de Lima.

Palavras-chave: Conflitos Ambientais; Ministério Público; Povos e comunidades tradicionais; Mediação; e Negociação.

1 CONFLITOS AMBIENTAIS E MINISTÉRIO PÚBLICO

Veza por outra, parece haver uma distância entre as demandas sociais e a efetiva prestação dos serviços públicos a cargo do Estado. Se, por um lado, são os ideais democráticos que devem legitimar a atuação do poder estatal, nota-se que a pretensa transformação da realidade social não dá a devida consideração às vozes e aos sujeitos que demandam a atenção do Estado e de uma política pública voltada à consideração das suas particularidades.

Sob esse prisma, a década de 90 registra movimentos sintomáticos nesse sentido, sobretudo

a partir da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente (CNUMAD), também conhecida como Eco-92³, que alertou sobre a necessidade de concepção de um novo modelo de desenvolvimento assentado no tripé economia–ecologia–equidade social.

Em que pese a ponderação de interesses que exala desse tripé pensado na Eco-92, nitidamente caracterizada pela conciliação dos interesses econômicos, ambientais e sociais, esse processo de busca pela resolução de problemas ambientais pretende promover a abertura de um diálogo entre ambientalistas, movimentos sociais, o setor privado, com as empresas e empreendimentos, bem como com o Poder Público.

Com efeito, a gênese do conflito ambiental se instala a partir dessa pluralidade de interesses, desse plexo de pretensões e identidades, cujas características não devem ser desconsideradas pelo Poder Público, que não toma assento nesta mesa em condição de igualdade com os demais, haja vista que tem o dever de zelar pela supremacia do interesse público e de promover o bem estar social.

Imprescindível se torna conhecer os meios de solução de conflitos ambientais no Estado de Minas Gerais. Nesse contexto, é essencial abordar o conceito de campo, na perspectiva do autor francês Pierre Bourdieu, como espaço social estruturado de posições, na medida em que “O campo do poder é o espaço das relações de força entre agentes e instituições que têm em comum possuir o capital necessário para ocupar posições dominantes nos diferentes campos (econômico ou cultural, especialmente).” (BORDIEU, 2000, p. 244)

¹ Especialista em Direito. Professor do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho e no Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES).

² Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES).

³ Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), mais conhecida como a Eco-92.

Além da noção de campo, é essencial também tratar do conceito de conflitos ambientais. Entre os autores que se dedicam a dissertar sobre a ideia do conflito, Andréa Zhouri e Laschefski (2014) orientam que:

Podemos dizer que os conflitos ambientais surgem das distintas práticas de apropriação técnica, social e cultural do mundo material e que a base cognitiva para os discursos e as ações dos sujeitos neles envolvidos configura-se de acordo com suas visões sobre a utilização do espaço.

Com efeito, o tema conflitos suscita a necessidade de uma ampla revisão bibliográfica, dado o extenso rol de autores que dissertam sobre o assunto. Nessa perspectiva, imprescindível fazer uma imersão sobre algumas categorias analíticas, a exemplo do conceito de conflito e de conflito ambiental. Com essa proposta, este trabalho valeu-se das lições do autor Henri Acselrad, que disserta sobre os conflitos ambientais no Brasil, as práticas espaciais e o campo dos conflitos ambientais.

Ainda no campo dos conflitos ambientais, Carvalho, em sua obra, “A invenção do sujeito ecológico”, propõe uma demarcação ética do campo ambiental, uma vez que trata da natureza como um bem, com horizontes de significação ambiental.

Outros enfoques sobre as noções de conflitos ambientais são encontrados com Carneiro (2003), que faz uma abordagem com uma conotação crítica alternativa, que transfere os conflitos para o cerne da questão ambiental, na medida em que opõem diferentes grupos sociais que, postos em condições assimétricas de poder, lutam pela atribuição de distintos significados e usos das condições naturais, sob o ponto de vista sociológico proposto por Acselrad.

Nesse íterim de estudo dos direitos e interesses envolvidos no campo dos conflitos ambientais, apresentar-se-á a gênese dos métodos autocompositivos em oposição ao modelo de processo tradicionalmente posto pelo ordenamento jurídico, a exemplo da mediação, conciliação, facilitação, negociação e arbitragem. A análise de tais métodos transcende a mera perspectiva jurídica pautada na teoria geral do processo, cuja atenção principal se desloca para o Poder Judiciário e seu papel jurisdicional.

Com efeito, a pesquisa não pode se descurar de uma análise mais crítica que identifica a existência de subcampos que passam pelas premissas institucionais, culturais e cognitivas, em que os atores sociais se orientam estrategicamente na construção de fronteiras simbólicas, questionando a esfera judicial e reconfigurando tecnologias próprias de resolução negociada para conferir legitimidade à solução dos conflitos ambientais.

As tipologias de práticas e procedimentos de resolução negociada (ACSELRAD, 2006) têm diversos fundamentos. Entre eles, encontra-se a suposta inadequação técnica do Poder Judiciário para resolução dos conflitos, uma vez que este pauta a sua atividade jurisdicional na ideia da lide, como oposição de interesses, cuja atividade jurisdicional submeterá a vontade de uma das partes ao pronunciamento estatal, consubstanciando a noção de substitutividade de jurisdição. Outro fundamento se refere à necessidade de redução de custos administrativos e judiciais, além da conveniência de se submeter os litígios ambientais à apreciação de *experts*, o que conferiria mais confiabilidade e adequação.

Entre outros fundamentos imprescindíveis à compreensão, encontra-se a necessidade de participação social, uma vez que, quanto mais se considerar os atores e as vozes daqueles não de suportar os efeitos do conflito ambiental, mais legitimidade haverá na resolução do conflito e, por consequência, haverá mais aptidão para que a decisão alcançada seja sustentável aos envolvidos.

Nesse ponto é que surge o sujeito Ministério Público, como instituição constitucionalmente concebida para defender os interesses coletivos, seja em sua atuação judicial, seja em sua atuação extrajudicial, ocasião em que tem mais aptidão para entrar nesse campo do conflito ambiental.

Ao lado das demais estruturas criadas pelo Estado para desenvolver suas finalidades institucionais, está o Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, ao qual incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, a teor do contido no artigo 127 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Por ter como tema uma instituição vocacionada à defesa dos interesses sociais e

individuais indisponíveis, o objetivo do presente trabalho passa por estudar o papel do Ministério Público nos conflitos ambientais, seus perfis de atuação, seus poderes, instrumentos e estratégias para resolução das demandas sociais.

As transformações pelas quais passa a sociedade no século XXI, especialmente no que se refere à conquista paulatina de direitos, exigem que o Ministério Público esteja conectado a esse movimento, mormente na perspectiva de fomentar a participação dos interessados na construção de soluções jurídicas das demandas que lhes são próprias. Especialmente frente à crescente tendência de resolução alternativa das controvérsias e dos conflitos instalados, em oposição às mazelas do processo judicial tradicionalmente pautado na ideia de lide e de solução do litígio substituindo a própria vontade dos envolvidos.

Nesse sentido, têm ganhado destaque os chamados métodos autocompositivos de solução de conflitos, assim entendidos como processos que conduzem direta ou indiretamente a um acordo, bem como à facilitação de soluções, a exemplo da negociação, a mediação e a conciliação, que se localizam no centro do estágio atual do acesso à justiça, na medida em que potencializam a resolução dos conflitos.

Sob a premissa de que tais métodos potencializam as relações de poder, na medida em que ampliam a participação e o envolvimento dos interessados na pretensa solução, a mediação, diz a doutrina que

é um procedimento em que e através do qual uma terceira pessoa age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma disputa, evitando antagonismos, porém sem prescrever a solução. As partes são as responsáveis pela decisão que atribuirá fim ao conflito. A mediação, quando oferece liberdade às partes de solucionar seus conflitos, agindo como meio facilitador para tal, passa não somente a ajudar na solução de conflitos, como também a preveni-los (SALES, 2003, p. 23-24).

Numa perspectiva mais crítica, convém indagar se essa reconfiguração dos processos de solução dos conflitos ambientais, o que Nader (1994) denominou de “privatização da Justiça”, não seria mais fruto de um movimento econômico-

-financeiro, que milita em favor do crescimento econômico, centrado nas práticas de livre mercado, do que uma suposta incompatibilidade da esfera jurídica. Com efeito, esse movimento que se iniciou na década de 90, sendo fomentado pelo Banco Mundial em 1996, fora responsável pela inserção de métodos autocompositivos em diversos países da América Latina (ACSELRAD, 2006), o que resultou, no Brasil, na criação da Lei de Arbitragem, a Lei Federal n.º 9.307, de 24-9-1996.

Essa conotação mais crítica suscita a necessidade de investigação sobre como esses métodos autocompositivos se tornaram instrumentos de resolução de conflitos, como a mediação, por exemplo, é incorporada ao campo dos conflitos ambientais. Tais análises demandam ainda o questionamento de quais ideologias estão por trás dessa reconfiguração dos processos de resolução de conflitos.

Em que pese a identificação desse movimento de criação de novas tipologias de práticas e procedimentos de resolução negociada, é oportuno pretender identificar como isso se tornou uma agenda do Ministério Público, haja vista que tal movimento tem sido disseminado institucionalmente, tanto no âmbito do Poder Judiciário, quanto no Ministério Público.

Seja à luz de uma perspectiva mais crítica, seja sob o olhar funcional da Instituição, os procedimentos de resolução negociada têm suscitado uma releitura do papel institucional do Ministério Público, na medida em que tem permitido uma revisitação do tema conflitos ambientais, suas estratégias de resolução com a interface da atuação do Ministério Público nesse campo, caracterizado pela pluralidade e complexidade de interesses.

Nessa trilha de ideias, seja como mediador dos conflitos ambientais, como negociador em defesa dos interesses coletivos ou como indutor de eventual conciliação entre os sujeitos envolvidos, o Ministério Público está diante de uma possível releitura do seu papel e de sua atuação institucional de forma a, com o uso de tais métodos, atuar na promoção da justiça ambiental e da pretensa pacificação social, ao lado ou em oposição aos métodos tradicionais de atuação.

Todo esse contexto recomenda que este trabalho venha a identificar como o Ministério Público vem incorporando institucionalmente a

mediação e os demais métodos de resolução negociada.

2 ENTREVISTA COM O PROMOTOR DE JUSTIÇA PAULO CÉSAR VICENTE DE LIMA

Nesse sentido, foi realizada uma entrevista com um “informante-chave”, o Dr. Paulo César Vicente de Lima, Promotor de Justiça que atuou por vários anos à frente da Coordenadoria Regional das Promotorias de Justiça de Meio Ambiente das Bacias dos Rios Verde Grande e Pardo. Entre os anos de 2005 a 2011, o Promotor de Justiça entrevistado esteve à frente da Coordenadoria atuando em diversos processos e procedimentos ambientais em que se apresentavam os conflitos.

O entrevistado entende que é necessário conferir uma humanização para condução dos trabalhos de resolução dos conflitos ambientais a cargo do Ministério Público. Sustenta que o campo dos conflitos ambientais é altamente heterogêneo no que se refere aos aspectos econômicos, técnicos, sociais, antropológicos, cujas expectativas dos envolvidos são igualmente dissonantes e distantes.

Segundo informou, os trabalhos registrados na Coordenadoria apresentam uma histórica disputa entre o desenvolvimento econômico do capital e os povos e comunidades tradicionais do Norte de Minas, seus processos de territorialização e desterritorialização. Há uma considerável dificuldade de entendimento entre os envolvidos, uma vez que o processo de “mediação” deveria conduzir a uma solução de “meio termo para as partes”, em que pudessem conseguir firmar algumas posições, mas que fizessem algumas concessões de forma a alcançar um equilíbrio na mesa de negociações.

O Promotor de Justiça informou ainda que o membro que participa de uma mediação ou de uma conciliação deve ter uma particular sensibilidade do campo, dos atores envolvidos, das reivindicações, das possibilidades de êxito e dos limites próprios dessa resolução negociada. Por fim, o entrevistado informou que sempre tentou ao máximo conduzir a um acordo entre os envolvidos, uma vez que as decisões que são consensuais são sempre mais sustentáveis, de melhor assimilação

entre os atores, evitando novos conflitos sucessivos.

O Dr. Paulo César Vicente de Lima informou ainda que, no ano de 2013, o Ministério Público criou o Núcleo de Resolução de Conflitos Ambientais (NUCAM), que tem orientado a atuação dos Promotores de Justiça em casos tais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No campo dos conflitos ambientais, o Ministério Público brasileiro, com sua configuração constitucional, tem muito a contribuir para o aprimoramento da utilização desses métodos na prática jurídica brasileira. Seja como negociador em defesa dos direitos coletivos, seja como mediador de conflitos sociais ou indutor de conciliação entre as partes nas causas que envolvem direitos indisponíveis ou de relevância social, o Ministério Público desempenha um papel determinante no uso desses métodos para a promoção da justiça e a pacificação social.

O Ministério Público brasileiro possui uma relevante vocação de transformação social, que passa pela assunção de uma postura também pedagógica e educativa, no sentido de estimular as comunidades a buscarem nas soluções colaborativas e autocompositivas a resolução dos conflitos e das controvérsias.

Dentre todos os textos estudados na disciplina de Sujeitos Sociais, Identidades e Territorialização, é importante situar o Ministério Público no campo dos conflitos ambientais, com todo o horizonte de significados, tradições e traduções desse campo. Seu papel institucional e a adoção de novas estratégias de resolução passam necessariamente pela revisitação dessa pluralidade de interesses e significados que exalam do campo dos conflitos ambientais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 3.^a reimpressão.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma nova*

summa divisio constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVARENGA, Luciano José. O aspecto imaterial e a transindividualidade do direito a um meio ambiente dignificante, como justificativas teóricas para o reconhecimento do dano ambiental coletivo extrapatrimonial. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPPELLI, Sílvia (Org.). *MEIO AMBIENTE E ACESSO À JUSTIÇA: FLORA, RESERVA LEGAL e APP; CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL*, 11., 2007, São Paulo. *Anais...*, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2007. v. 2. p. 423-431.

ACSELRAD, Henri. A resolução negociada de conflitos ambientais na América Latina: a constituição de um campo? In: *Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional da Universidade Federal do Rio de Janeiro (IPPUR/UFRJ)*. Rio de Janeiro: IPPUR, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOURDIEU, Pierre. Algumas propriedades do campo. In: BOURDIEU, Pierre. *Questões de sociologia*. Tradução de Jeni Vaitsman. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

BOURDIEU, Pierre. *As regras da arte: gênese e estrutura do campo literário*. Tradução de Maria Lúcia Machado. São Paulo: Cia. das Letras, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 9.037, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 set. 1996.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988.

CARNEIRO, Eder Jurandir. Modernização recuperadora e o campo da política ambiental em Minas Gerais. 2003. 449 f. Tese (Doutorado em Sociologia e Política)–Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2003.

CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. *Educação ambiental: a formação do sujeito ecológico*. São Paulo: Cortez, 2004. (Coleção Docência em Formação).

DUPUY, Jean-Pierre. *Introdução à crítica da ecologia política*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.

LITTLE, Paul Elliott. Os conflitos socioambientais: um campo de estudo e de ação política. In: BURSZTYN, Marcel (Org.). *A difícil sustentabilidade: política energética e conflitos ambientais*. Rio de Janeiro: Garamound, 2001.

LITTLE, Paul Elliott (Org.). *Políticas ambientais no Brasil: análises, instrumentos e experiências*. São Paulo; Petrópolis: IIEB, 2003.

MARTÍNEZ ALIER, Joan. *Introducción a la economía ecológica*. Barcelona: Rubes, 1999.

MARTÍNEZ ALIER, Joan. *O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração*. Tradução de Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2007.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 18. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

NADER, Laura. Harmonia coerciva: a economia política dos modelos jurídicos. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, Ed. ANPOCS, ano 9, n. 26, p. 18-29, outubro 1994.

PERALTA, Carlos E.; ALVARENGA, Luciano José; AUGUSTIN, Sérgio (Org.). *Direito e justiça ambiental: diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica*. Caxias do Sul (RS): Educs, 2014.

SACHS, Wolfgang (Ed.). *Dicionário do desenvolvimento: guia para o conhecimento como poder*. Tradução de JOSCELYNE, Vera Lúcia M.; GYALOKAY, Susana de; CLASEN, Jaime A. Petrópolis: Vozes, 2000. Título original: *Dictionary of development: a guide to knowledge as power*.

SALES, Lília Maia de Moraes. A mediação de conflitos e a universidade: possibilidade de transformação social. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Org.). *Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2003.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. *Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação: o positivismo, a fenomenologia, o Marxismo*. São Paulo: Atlas, 1987.

ZHOURI, Andrea. Ambientalismo e antropologia: descentrando a categoria de movimentos sociais. In: *Teoria e Sociedade*, Belo Horizonte, Ed. UFMG, n. 8, p. 10-29, jul.-dez. 2001.

ZHOURI, Andrea. O ativismo transnacional pela Amazônia: entre a ecologia política e o ambientalismo de resultados. In: *Horizontes antropológicos*, Porto Alegre, ano 12, n. 25, jan.-jun. 2006.

ZHOURI, Andrea; LASCHEFSKI, Klemens. Conflitos ambientais. Disponível em: <http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2014/04/ZHOURI__LASCHEFSKI_-_Conflitos_Ambientais.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2108.

ZHOURI, Andrea; LASCHEFSKI, Klemens; BARROS, Doralice Pereira. Introdução: desenvolvimento, sustentabilidade e conflitos socioambientais. In: ZHOURI, Andrea; LASCHEFSKI, Klemens; BARROS, Doralice Pereira (Org.). *A insustentável leveza da política ambiental: desenvolvimento e conflitos socioambientais*. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

Submissão em: março de 2018.

Pareceres favoráveis em: abril de 2018.

***ARTIGOS
DO CORPO DISCENTE***

O MERCHANDISING NAS REDES SOCIAIS, SEUS LIMITES E (I)LEGALIDADE À LUZ DAS NORMAS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

Amanda Marques Almeida da Silva¹

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a técnica publicitária do *merchandising* editorial nas redes sociais, que consiste na apresentação casual e disfarçada de produtos e serviços, através dos influenciadores digitais, e os limites dessa publicidade diante das normas de proteção ao consumidor. Devido à popularização prática da técnica, problematiza-se a necessidade de observância do princípio da identificação obrigatória e, sendo necessária sua observação, de que modo essa deve ser. A técnica publicitária do *merchandising* nas redes sociais através de perfis públicos revela-se muitas vezes de maneira impregnada à própria rotina da pessoa pública, com efeitos que restringem a notoriedade que concerne ao anúncio publicitário. Pretende-se, nessa pesquisa, analisar o alcance das normas vigentes de proteção ao consumidor e, verificada a necessidade de identificação publicitária em qualquer publicidade, sugere-se revisão legislativa, que a adapte para a via das redes sociais.

Palavras-chave: Rede social, publicidade abusiva, consumidor, *merchandising*

THE MEDIA INFLUENCES AND THE MERCHANDISING IN SOCIAL NETWORKS, ITS LIMITS AND (I) LEGALITY THE LIGHT OF CONSUMER PROTECTION STANDARDS

ABSTRACT

The present work deals with the advertising technique of editorial merchandising in social

networks, which consists of the casual and disguised presentation of products and services, through the digital influencers, and the limits of this publicity before the norms of consumer protection. Due to the practical popularization of the technique, the necessity of observing the principle of the obligatory identification is problematic and, if its observation is necessary, in what way this should be. The publicity technique of merchandising in social networks through public profiles often reveals itself in a way impregnated the routine of the public person, with effects that restrict the notoriety that concerns advertising. The aim of this research is to analyze the scope of the current norms of consumer protection and, verified the need for advertising identification in any advertising, it is suggested a legislative revision, which is adequate for the social networks.

Keywords: Social network, abusive advertising, consumer, merchandising

1 INTRODUÇÃO

No atual aspecto da evolução da ciência da informação, a publicidade está no cenário de consumo, e é fundamental e necessária sua atuação para fomento do mercado. Marques (2006, p. 802) relembra que “o vocábulo publicidade deriva do latim *publicus* – que significa tornar público, publicar de forma geral, vulgarizar, divulgar –, teria sua utilização com o atual aspecto comercial generalizada no início do século XIX.”. Acrescenta ainda Marques (2006, p. 801), que “publicidade é toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou

¹Acadêmica do Nono Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado.”. Percebe-se a amplitude do que consiste a publicidade e, por conseguinte, as diversas situações às quais a normatização deve estar atenta.

O Brasil, no diploma legislativo que tem como alvo a defesa dos consumidores, a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e, valendo-se de princípios e direitos básicos, trouxe previsões que buscaram limitar a atuação dos publicitários. Leciona Catalan (2007, p. 25), que o CDC foi aprovado “[...] objetivando ser um instrumento efetivo de proteção às relações de consumo, mas principalmente, visando salvaguardar o polo mais fraco da relação negocial.”.

As constantes inovações nas formas de desenvolver publicidade ensejaram no surgimento de algumas técnicas duvidosas em relação aos princípios da boa-fé e da vulnerabilidade, dispostos no art. 4.º do CDC, da identificação obrigatória decorrente do art. 36 do CDC e 28 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária (CBAP), e aos direitos básicos dos consumidores estatuídos no art. 6.º do CDC. Desponta o *merchandising*, modalidade de publicidade cuja utilização promove discussões acerca de sua licitude.

É importante depreender que essa técnica de *marketing* é ampla e se sustenta na premissa de destaque dos produtos, objetivando sua maior rotatividade, tendo como um dos estímulos à venda por impulso como lecionou Blessa (2011, p. 2-10). Dentre as novas modalidades da técnica, esse estudo centrar-se-á no *merchandising* que vai de encontro à sua prática inicial, pois busca apresentar o produto de forma disfarçada em comportamentos rotineiros de pessoas públicas em contextos e situações que muitas vezes não são próprios de publicidade.

O *merchandising* que será objeto da presente pesquisa consiste na publicidade que não se apresenta de forma expressa, realizada através dos perfis de influenciadores digitais que apostam no *influencer marketing*. Conforme Vieira (2016), tal técnica consiste na “maneira pela qual as empresas recompensam celebridades e estrelas das mídias sociais para criar conteúdo em prol das marcas, gerando endosso – e, assim, influenciando pessoas.”. Como pessoas recebem

contraprestação para realizarem publicidade, infere-se a não espontaneidade, e por isso, problematiza-se a necessidade de identificação publicitária em proteção ao consumidor.

2 EVOLUÇÃO DAS REDES SOCIAIS NO BRASIL E NO MUNDO

Apesar da eminente evolução tecnológica, Madeira e Gallucci (2009, p. 8) depreendem que o ciclo evolutivo das redes e mídias sociais não está atrelado apenas a essa evolução, mas se liga fortemente ao desenvolvimento do conceito de que é a Web, que consiste numa espécie de “teia de conexões” como explicita Zanatta (2010, folhas 4).

O surgimento das redes sociais passou pelas seguintes fases: Web 1.0, Web 2.0, Web 3.0. Gary Hayes, no texto “Virtual worlds, Web 3.0 and portable profiles”, (*apud* MADEIRA; GALLUCI, 2009, folhas 8), define tais fases como:

Web 1.0: unidirecional e baseada no conceito de *push*, ou seja, informar os usuários sem priorizar meios para suas respostas; o usuário neste momento é mero expectador; *Web 2.0*: bidirecional, baseada no diálogo entre as pessoas por meio da rede. A palavra chave é *share*, ou seja, compartilhar, uma vez que todo o conteúdo publicado (seja em forma de vídeos, fotos ou textos) é compartilhado; *Web 3.0*: rede colaborativa personalizada e em tempo real, que pode ser adaptada ao comportamento de cada usuário (pessoas físicas ou empresas).

As redes sociais, conforme Madeira e Galluci (2009, folhas 8) têm seu surgimento ligado à Web 2.0, que se caracteriza pelo estágio do diálogo e troca de informações por compartilhamento entre as pessoas através da rede, sendo a primeira rede social no novo molde da internet a *SixDegrees.com*.

o surgimento das redes sociais está ligado à Web 2.0. A primeira rede social reconhecida foi a *SixDegrees.com*, em 1997. À época era possível para o usuário criar seu perfil e divulgá-lo para uma lista de contatos; posteriormente, também se tornou possível navegar pela rede dos conhecidos e amigos. Por falta de recursos financeiros, a rede saiu do ar em 2000 (MADEIRA; GALLUCI, 2009, folhas 8,

citando Marc Bresseel no no artigo científico “The history of social media in a blink”).

Continuam as autoras Madeira e Galluci (2009, folhas 8):

A partir de 2002 começaram a surgir diversas redes sociais, mas a que mais se assemelhava com as que existem atualmente foi o Friendster, que se tornou forte nos Estados Unidos, mas não resistiu ao sucesso e fechou por não conseguir entregar serviços atualizados e novidades para seus usuários. Entre 2003 e 2004 começaram a surgir as principais redes que existem até hoje, entre elas:

- MySpace: focada principalmente em divulgação de bandas;
- Last.Fm: rádio online;
- LinkedIn: foco em relacionamentos profissionais;
- Orkut: rede de relacionamento.

A rede social do *Orkut*, que chegou a alcançar alta popularidade, foi superada. Outras redes surgiram com novidades, seguindo a essência do seu modelo. Destacam-se as redes sociais *Twitter*, *Facebook* e *Instagram*. Conforme aponta o *Statista*², o *Twitter* datado de 2006, revela-se como um *microblog* e possui cerca de 330 milhões de registros. O *Facebook* hoje é a rede social mais popular e se tornou sinônimo de sucesso e crescimento com maior número de inscritos.

Apesar de compreender modelos diferentes de propagação de conteúdo, o popular *YouTube* e *WhatsAap*, também são tratadas atualmente como importantes redes sociais. No *YouTube*, o conteúdo disponibilizado é para o compartilhamento de vídeos. Já o *WhatsApp* consiste em um aplicativo de mensagens instantâneas para *Smartphones*, tendo recebido o *status* de rede social conforme tabela demonstrada pelo *Statista*.

As redes sociais começaram suas atividades compartilhando, sobretudo, textos. Porém, em decorrência do desenvolvimento tecnológico da comunicação, tornou-se mais popular e recorrente a participação dos usuários nas redes, sobretudo compartilhando vídeos e fotografias. Nesta senda,

destaca-se o *Instagram*, uma das redes mais inovadoras e de acesso prático em que se discutirá a prática do *merchandising* editorial.

O *Instagram* é uma rede social que se tornou pública em 6 de outubro de 2010 tendo sido desenvolvida pelos engenheiros de programação Mike Grieger e o Kevin Systrom. Em 2010, a plataforma foi comprada por um bilhão de dólares pelo *Facebook*, conforme aponta *Maximiliano Meyer* em matéria publicada no site “Oficina da Net”. Conforme assinala Piza (2012, folhas 7), o *Instagram* nasceu de outro aplicativo chamado *Burbn*, também desenvolvido pelos engenheiros, cuja proposta inicial era de uma rede social que agruparia diversas funções como compartilhar localização, imagens, vídeos, planos para o fim de semana, entre outros. No entanto, devido à complexidade do projeto inicial, Kevin e Mike decidiram escolher uma das funções que fosse a mais atrativa e assim, a escolhida foi a fotografia. Atualmente, a plataforma inovou ao acrescentar a possibilidade de compartilhamento de vídeos, dinamizando ainda mais a rede.

Conforme Piza (2012, folhas 8), o *Instagram* foi desenvolvido para funcionar na plataforma iOS e têm como principal proposta fotografar e publicar em tempo real imagens com um dos diversos filtros apresentados no aplicativos. Ressalta-se que as fotos publicadas no *Instagram* podem ser instantaneamente compartilhadas em outras redes sociais como o *Twitter* e o *Facebook*, e, através do comando das *hashtags* (#), é possível agrupar imagens referentes a um mesmo assunto. Essas possibilidades tornam o *Instagram* ainda mais atraente aos consumidores.

2.1 O Marketing e o Potencial Publicitário das Redes Sociais

Kotler, Kartajaya e Setiawan (2010, p. 30) definem *Marketing* como “um processo social por meio do qual pessoas e grupos de pessoas obtêm aquilo de que necessitam e o que desejam com a criação, oferta e livre negociação de produtos e serviços de valor com outros.”. Trouxeram também

² A Statista é uma das principais empresas de estatísticas da internet. Com uma equipe de mais de 450 estatísticos, especialistas em banco de dados, analistas e editores, a Statista fornece aos usuários uma ferramenta inovadora e intuitiva para pesquisar dados quantitativos, estatísticas e informações relacionadas.

os autores o conceito de *marketing* conforme a *American Marketing Association* (2010, p. 18), nos seguintes termos: “*Marketing* é a atividade, conjunto de instituições e processos para criar, comunicar, oferecer e trocar ofertas que tenham valor para consumidores, clientes, parceiros e para a sociedade como um todo.”. Deve-se atentar à devida adequação da “sociedade como um todo”, para receber qualquer forma por qualquer via, de qualquer conteúdo de publicidade.

Kotlher, Kartajaya e Setiawan (2010, p. 5) pontuam que a fase atual do Marketing é impulsionado pela força do marketing colaborativo, como também pelo marketing criativo. Quanto à era do marketing colaborativo Kotler (2010, p. 7) leciona que um dos fatores que permitiram a nova onda de tecnologia foi a ascensão das mídias sociais e que “na era da participação, as pessoas criam e consomem notícias, ideias e entretenimento.”. Salientam Kotler, Kartajaya e Setiawan, quanto ao *marketing* criativo (2010, p. 19), que a função das pessoas com essa característica se torna cada vez mais dominante na sociedade, pois:

são em grande parte, inovadoras que criam e usam novas tecnologias e conceitos. No mundo colaborativo influenciado pela nova onda de tecnologia, funcionam como eixos centrais que conectam os consumidores entre si. São os consumidores mais expressivos e mais colaborativos que mais utilizam as mídias sociais. Com seu estilo de vida e suas atitudes, influenciam a sociedade de modo geral. Suas opiniões a respeito dos paradoxos da globalização e dos problemas da sociedade moldam as opiniões dos outros. Como os membros mais avançados da sociedade, favorecem as marcas colaborativas e culturais. Como pragmáticos, criticam marcas que têm impactos sociais, econômicos e ambientais negativos na vida das pessoas.

Torres (2009, p. 34) aponta que “a comunicação, o marketing e a publicidade on-line devem atingir pessoas, seus corações e suas mentes, e não seus computadores. Estamos tratando de pessoas, não números. Nunca esqueça isso.”. A utilização dos influenciadores digitais despontou como técnica eficaz em alcançar o coração do consumidor. Conforme Vieira (2016), a junção dos fatores de milhares de seguidores e

um estilo admirado por eles, atrai marcas, que enviam seus produtos aos influenciadores digitais em troca de uma postagem elogiando ou apenas utilizando o item. Aponta o autor que “os vários *likes* e comentários de jovens querendo saber a marca daquela blusa, o preço daquele batom ou se aquele tratamento estético é bom mesmo, aumentam e muito a procura pelos produtos e serviços divulgados.”. Percebe-se que os influenciadores digitais deram propulsão à divulgação de produtos e serviços através das redes sociais e são exitosos ao tornar a publicidade mais natural e próxima do consumidor adquirindo com facilidade sua confiança.

2.2 Atuação do *Merchandising* Através dos Influenciadores Digitais

A título de exemplo, ocorre o *merchandising* na via do *Instagram* quando a pessoa pública é patrocinada por uma empresa de acessórios, por exemplo, devido a sua influência pessoal. Assim, essa pessoa registra uma foto de sua rotina particular, de modo casual, e ao seu lado aparecem embalagens de determinado produto no qual a marca é claramente visível e identificada, no entanto devido ao contexto e à característica de casualidade, a intenção de publicidade não é também evidente. O leitor tem dificuldade em dissociar o produto patrocinado da utilização autêntica.

Além das veiculações de produtos e serviços cada vez mais recorrentes no *Instagram* por influenciadores digitais e *bloggers*, a utilização de outras redes torna ainda mais fértil a discussão. Destarte, informam Silva e Tessarolo (2016, folhas 12), que se destaca no mundo dos famosos e dos blogs Hugo Gloss, pseudônimo adotado por Bruno Rocha, ex-redator do Caldeirão do Huck, que soma mais de treze milhões de seguidores em suas redes sociais. Hugo brilha atualmente no *Facebook* e no *Instagram*, tendo conquistado essa repercussão com suas postagens humorísticas sobre o mundo das celebridades num *blog* sobre notícias do mundo dos famosos. Sobre o modo do *blogger* Hugo Gloss apresentar produtos através da rede do *Snapchat*, aduzem Silva e Tessarolo (2016, folhas 12),

Hugo Gloss tem um “quadro” no *Snapchat* semelhante ao “coisas grátis” de Thaynara

OG. O seu chama-se “recebidos”, com a ajuda de uma amiga, Bruno abre os presentes enviados pelas marcas, e agradece. Estes poucos segundos de visibilidade em seu perfil são suficientes para que grandes nomes como Apple, Warner e Netflix, por exemplo, enviem produtos para o brasileiro. Assistindo seu perfil de janeiro de 2016 até junho do mesmo ano, foi possível identificar produtos como um Ipad recém-lançado, pulseiras novas para seu Apple Watch e outros acessórios da marca, brindes promocionais de séries da Netflix, entre outros presentes.

Conforme se percebe, os influenciadores atraem as grandes marcas, que se encontram engajadas no desenvolvimento do *marketing* e da informação, tornando cada vez mais limítrofe a linha que destaca a autenticidade de uma simples apresentação de produtos, reflexo da liberdade de expressão, e de uma publicidade patrocinada.

Importante salientar que alguns influenciadores digitais, utilizam a *hashtag* (#) com a palavra *publi*, *publicity* ou *publipost* na descrição de suas postagens, a fim de sinalizar o caráter publicitário de suas publicidades. No entanto, não significa que essa maneira de sinalizar corresponde à ostensividade imposta pelo CDC e recomendada pela CBAP.

3 OS LIMITES DA PUBLICIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Na legislação brasileira, encontram-se dois diplomas que tratam da proteção ao consumidor: o CDC e o CBAP. O CBPA trata de modo específico da atividade publicitária, sendo que

A função do código era simples e direta: zelar pela liberdade de expressão comercial e defender os interesses das partes envolvidas no mercado publicitário, inclusive os do consumidor. No final do mandato do presidente Ernesto Geisel, em 1979, começou a lenta e gradual abertura democrática e o projeto Lindoso foi enterrado de vez. A autorregulamentação da publicidade mostrava-se o caminho mais eficaz nesse cenário e, em 1980, o Conar foi finalmente criado (AS RELAÇÕES, 2014).

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) foi fundado logo em seguida. E ficou responsável por cumprir o estabelecido no

código.

Ao tratar da publicidade serão destacados, a seguir, certos princípios dispostos no art. 4.º do CDC, o princípio da vulnerabilidade, da boa-fé, da coibição e repressão eficientes de abusos no mercado de consumo e da identificação obrigatória. Após, serão expostos direitos básicos do consumidor dispostos no art. 6.º, que tratam da liberdade de escolha, igualdade nas contratações, informação adequada e clara, proteção contra a publicidade abusiva e enganosa e da facilitação da defesa dos direitos do consumidor.

A vulnerabilidade do consumidor é um princípio reconhecido no inc. I do art. 4.º do CDC. Rollo (2011, p. 120) apresenta os três aspectos em que a vulnerabilidade se manifesta e as define, em regra, nos aspectos técnico, patrimonial e jurídico. Assinala Bittar (2003, p. 47), que se deteve o Código em regular de modo extenso os direitos e aspectos críticos do consumidor, admitindo-se as várias formas que os seus interesses econômicos podem ser lesionados, evidenciando-se, assim, a sua vulnerabilidade.

O princípio da boa-fé complementa o princípio da vulnerabilidade ao buscar proteger os polos da relação, para o devido equilíbrio e harmonia nas relações, inclusive nas pré-contratuais e está previsto no inc. III do art. 4.º. Marques (2006, p. 799) assegura que se pode afirmar de modo geral que a boa-fé é o princípio máximo orientador do CDC e que tal princípio tem como intuito resguardar a honestidade e lealdade das partes para propiciar relações jurídicas harmônicas e equilibradas. Marques (2006, p. 771) esclarece que o princípio da transparência, também defeso na linha de raciocínio admitida, é reflexo da boa-fé e a transparência é “maior clareza, é veracidade e respeito, através de maior troca de informações entre o fornecedor e o consumidor na fase pré-contratual.”.

Ainda no rol dos princípios do CDC, encontra-se disposto que

Art. 4.º [...]

VI - a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais, das marcas e nomes comerciais e signos distintivos que possam causar prejuízos aos consumidores;

[...].

O dispositivo apresentado acima pretende coibir e reprimir, de modo eficiente, todos os abusos praticados no mercado de consumo, que possam prejudicar os consumidores.

O Decreto 2.181, de 20 de março de 1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) também estabeleceu a aplicação de sanções, como se pode ver pelo disposto a seguir transcrito:

Art. 19. Toda pessoa física ou jurídica que fizer ou promover publicidade enganosa ou abusiva ficará sujeita à pena de multa, cumulada com aquelas previstas no artigo anterior, sem prejuízo da competência de outros órgãos administrativos.

Parágrafo único. Incide também nas penas deste artigo o fornecedor que:

- a) deixar de organizar ou negar aos legítimos interessados os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem publicitária;
- b) veicular publicidade de forma que o consumidor não possa, fácil e imediatamente, identificá-la como tal.

De forma clara, o art. 19, parágrafo único, alínea b, reforça a ilicitude e repressão devida ao ato de veicular “publicidade de forma que o consumidor não possa, fácil e imediatamente, identificá-la como tal.”. Intenta-se preservar com essa previsão a escolha racional do consumidor.

Por fim, destaca-se o princípio da identificação obrigatória, que abriga resguardo tanto no CBAP quanto no CDC. O art. 9.º do CBAP, destaca a necessária observância do princípio da ostensividade dos anúncios publicitários, dispondo do seguinte modo:

Artigo 9.º A atividade publicitária de que trata este Código será sempre ostensiva.

§ 1.º A alusão à marca de produto ou serviço, razão social do anunciante ou emprego de elementos reconhecidamente a ele associados atende ao princípio da ostensividade.

§ 2.º O “teaser”, assim entendida a mensagem que visa a criar expectativa ou curiosidade no público, poderá prescindir da identificação do anunciante, do produto ou do serviço.

Como desdobramento da previsão acima, o art. 28 do CBAP declara que “o anúncio deve ser

claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação.”. Esse artigo abriga o princípio da identificação obrigatória, asseverando que toda publicidade deve ser devidamente identificada como tal. No mesmo sentido, o CDC no seu art. 36, *caput*, versa que: “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”. Nessa senda, assevera Marques (2006, p. 802):

O princípio da identificação obrigatória da mensagem como publicitária instituído no art. 36 antes mencionado (item 1.2), tem sua origem justamente no pensamento de que é necessário tornar o consumidor consciente de que ele é destinatário de uma mensagem patrocinada pelo fornecedor, no intuito de lhe vender algum produto ou serviço. Este princípio serve, por um aspecto, para proibir a chamada publicidade subliminar, que no sistema do Código de Defesa do Consumidor seria considerada prática de ato ilícito, civil e até mesmo penal.

Percebe-se que a previsão legal e menção doutrinária relativa ao art. 36 do CDC buscam limitar a atuação dos publicitários, e reconhecem a ilicitude de publicidades que não se apresentam como tal ao consumidor, o induzindo a não realizar escolha crítica e consciente.

O art. 6.º do CDC apresenta os direitos básicos do consumidor. O inciso II dispõe sobre o direito à “educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações.”. Como denota, essa previsão busca tutelar o consumidor quanto à proteção ao seu consumo adequado. Para isso, informa a importância da educação, assim como a divulgação sobre o consumo consciente, a fim de controlar o efeito degradante do consumismo desenfreado.

O inciso III desse artigo prevê que é direito do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;”. Pode-se depreender sobre a informação adequada, que trata daquela capaz de se ajustar qualquer via ou forma de transmissão do anúncio ao consumidor, de modo que preserve

a clareza da informação para que seja identificada.

Também importante previsão é a que trata da proteção contra a publicidade enganosa e abusiva. Conforme o art. 37, caput, do CDC, é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva e quanto aquela o § 1.º do mesmo artigo, dispõe que:

Art. 37 [...].

§ 1.º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

[...]

Como ressalta Nunes (2012, p. 550),

[...] o efeito da publicidade enganosa é induzir o consumidor a acreditar em alguma coisa que não corresponda à realidade do produto ou serviço em si, ou relativamente a seu preço e forma de pagamento, ou, ainda, a sua garantia etc. O consumidor enganado leva, como se diz, "gato por lebre". Pensa que está numa situação, mas, de fato, está em outra.

A publicidade abusiva possui previsão no art. 37, § 2.º do CDC, que dispõe que:

Art. 37 [...]

§ 2.º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Por fim, observa-se como direito básico ao consumidor previsto no CDC, art. 6.º, inciso, VIII, a "facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências."

Tratando o consumidor de polo vulnerável, tanto no plano econômico como no jurídico e

patrimonial, em regra, como afirma Rollo (2011, p. 220) compreende-se que deve ser valorizada a facilitação dos seus direitos, a fim de garantir efetiva solução das lides.

4 A ATUAÇÃO DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS E AS NORMAS DE RESTRIÇÃO DA PUBLICIDADE

Informa Estrela Neto (2017) que os influenciadores digitais participam de uma minoria com alto poder de repercussão social, tendo em vista que o crescimento das redes sociais fez com que as pessoas tivessem de participar das redes para estarem inseridas socialmente, posto que na nova era tecnológica o mundo virtual é assunto constante no mundo real.

Verifica-se que o influenciador digital, por exemplo, o *Youtuber* e o *Blogger*, influenciam e ditam comportamentos sobre grupos da sociedade, de modo que suas ideias e hábitos podem fidelizar milhões de expectadores. Depreende Kotler, Kartajaya e Setiawan (2010, p. 37):

Hoje, os consumidores se reúnem nas próprias comunidades, criam em conjunto os próprios produtos e experiências e buscam fora de sua comunidade apenas personagens admiráveis. São céticos porque sabem que bons personagens são escassos fora de suas comunidades. Entretanto, assim que encontram um, transformam-se instantaneamente em evangelistas leais.

Atualmente, há uma desconfiança dos consumidores quanto a publicidade tradicional, posto que confiem mais no que outra pessoa diz sobre determinado produto ou serviço do que a publicidade realizada pela própria empresa. O *marketing* atual reflete os efeitos da desconfiança dos consumidores, pois compreende o *marketing* em que consumidores divulgam para outros companheiros consumidores, como afirma Kotler, Kartajaya e Setiawan (2010, p. 376).

Quando o influenciador digital é patrocinado por uma empresa, para apresentar em seu *Instagram* algum produto ou serviço, de modo disfarçado sem evidenciar as características de publicidade, questiona-se que a sua atitude reflete

a evolução da tecnologia da informação e das relações sociais. Assim, alguns compreendem que essa maneira condiz com a realidade, pois a maneira de conquistar o consumidor atualmente é pelas vias modernas com a publicidade impregnada em cenários casuais, ao contrário geraria logo a desconfiança do consumidor. Desse modo, não seria necessário ser notória a publicidade.

Como a técnica publicitária do *merchandising* nas redes sociais é novidade não conhecida e regulada à época da elaboração do CDC, discute-se também a disposição tanto do art. 28 do CBAP como do art. 36 CDC, que dispõem que a publicidade deve ser ostensiva, seja qual for a forma ou via de veiculação, pois a norma vigente no momento da edição não conhecia os novos meios e métodos atuais.

Utiliza-se também a disposição do art. 29 do CAPB, como baliza para essa compreensão, pois prevê que o Código não dispõe da publicidade chamada subliminar por não ser comprovada. Devido à dificuldade de distinguir se os influenciadores digitais estão ou não fazendo o *merchandising*, muitos defendem a impossibilidade de apenar essa prática.

De outro lado, contraria a essência do *merchandising* e discute-se, portanto, a previsão do art. 28 do CBAP e do art. 36 do CDC, que consagram a observância do princípio de identificação obrigatória por todo modo ou via de publicidade. E embora não regulem as especificidades da publicidade nas redes sociais, não excepcionam sua ocorrência. Depreende-se, nessa senda, que em se tratando de um princípio que resguarda outros como o reconhecimento da vulnerabilidade e da boa-fé, deve ser aplicado a qualquer modalidade de publicidade que apareça no plano fático.

O CDC, no art. 38, reconhece que “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”. Conforme salienta Nunes (2012, p. 521) quanto ao CPAB, “a própria norma elaborada como autodisciplina já reconhece que são responsáveis pelo anúncio o anunciante, a agência de publicidade que o produziu e/ou veiculou e o veículo de divulgação utilizado (art. 3.º)”. Nesse sentido, o art. 3.º do CDC prescreve que “todo anúncio deve ter presente a responsabilidade do Anunciante, da Agência de Publicidade e do

Veículo de Divulgação junto ao Consumidor.”. Daí se percebe que a responsabilização do influenciador digital, dos patrocinadores encontra baliza legalmente.

Quando a pessoa de influência pública é particularmente patrocinada para realizar uma publicidade de modo disfarçado, a possibilidade de escolha e comparação de produtos, que confere a liberdade de escolha do consumidor, será tolhida. E isso favorece a obtenção de produtos adquiridos por erro, engano, podendo a publicidade também ser abusiva. Contra essas práticas no mercado de consumo, há legislação que as criminaliza conforme o art. 19 do Decreto 2.181, de 1997.

Destaca Nunes (2012, p. 545-546) da leitura do art. 37, que prescreve a publicidade enganosa e abusiva, que

o *merchandising* não é nem publicidade enganosa nem publicidade abusiva só pelo fato de ser *merchandising*. Poderá ser tanto enganosa quanto abusiva se o próprio *merchandising*, ao ser praticado, enquadrar-se na descrição legal, em toda a sua significação. Ou seja, se, além de ser apresentado o produto e o serviço por meio da técnica do *merchandising*, for possível identificar conteúdo enganoso ou abusivo no anúncio.

Ao falar da mensagem dissimulada, Blessa relata que

Resumindo, é uma ação de divulgação integrada ao desenvolvimento do esquema editorial, por encomenda. Possui custos mais elevados que os da propaganda em si, pois é “digerida” pelo público com muito mais facilidade do que os comerciais comuns nos intervalos. Apesar do nome, essas ações não têm nenhuma relação com o verdadeiro *merchandising*. O *product placement* é uma atividade que precisa de uma certa regulamentação, pois para públicos infantis ou ignorantes (e o Brasil tem bastante dos dois) essa “propaganda” pode ser utilizada como uma espécie de propaganda subliminar. Assim como pessoas sem cultura não reconhecem candidatos que mentem descaradamente nas campanhas políticas, elas também não entendem a diferença entre uma ação de *product placement* e produtos que aparecem normalmente num roteiro de novela.

Conforme a publicidade seja destinada a sociedade como um todo, deve-se atentar que o consumidor é polo hipossuficiente, assim a informação da publicidade deve se ater à realidade das pessoas com menos grau de instrução, devendo a publicidade ser claramente identificada. Com a sociedade em geral como polo passivo, a responsabilização recebe grau maior. Deve-se ressaltar que quanto maior a influência, maior a responsabilidade social e o dever observância da informação adequada e verossímil conforme os princípios do CDC.

4.1 Posicionamento do CONAR

Em maio de 2016, o caso da *blogger* Gabriela Pugliesi foi julgado pelo Conselho de Autorregulamentação Publicitária (CONAR) sendo conhecido como Skol Ultra Gabriela Pugliesi. No resumo da decisão indica que o fundamento da reclamação diz respeito ao fato do *post* da *blogueira*³ não estar claramente identificado como publicidade, não atendendo, assim, as determinações do Código. Em seguida, o resumo da decisão:

Consumidores reclamaram ao Conar de post em mídia social na qual Gabriela Pugliesi divulga apresentação da cerveja Skol. Os consumidores criticaram o fato de o post não estar claramente identificado como publicidade, não atender a recomendações do Código, inclusive pela ausência da frase de advertência e por poder induzir menores de idade ao consumo de álcool.

Não houve manifestação por parte dos responsáveis pela página da *blogueira*. A Ambev, por sua vez, negou o caráter publicitário das mensagens, informando que não solicitou nem participou da sua elaboração, ainda que seja fornecedora exclusiva de cervejas e refrigerantes para estabelecimento de propriedade da *blogueira*. Informou ainda que solicitou a ela a interrupção da divulgação das mensagens.

O relator de Primeira Instância considerou que a ausência de defesa por parte de Gabriela Pugliesi o fez entender como

verdadeiras as denúncias. Ele não aceitou as alegações da Ambev e considerou, sim, as postagens como publicidade. Por isso, recomendou a alteração da peça publicitária agravada por advertência a Gabriela Pugliesi e Ambev porque, além de desrespeitarem o Código, “faltaram com boa-fé e responsabilidade social”. Seu voto foi acolhido por maioria.

Houve recurso por parte da Ambev, inconformada com a sanção. Reafirmou a empresa o fato de não ter solicitado ou participado da elaboração do post e que o fato de ser fornecedora do estabelecimento da *blogueira* não caracteriza qualquer tipo de patrocínio publicitário. Informou que solicitou a Gabriela a colocação da frase recomendando moderação de consumo no post. Durante o julgamento foi mostrado aos conselheiros uma declaração da autora do post, reiterando que a publicação foi iniciativa espontânea dela.

O relator do recurso considerou que é indiscutível a recomendação de alteração do post, como também o é a advertência à *blogueira*, cabendo discutir apenas a advertência à Ambev. Nesse sentido, ele estranhou o fato de a empresa ter solicitado a inclusão da frase de advertência no post. Esta e outras constatações o levaram a amadurecer o entendimento de que é impossível isentar a Ambev de responsabilidade. “Num segmento como o de bebidas alcoólicas, onde existe um enorme rigor a tudo que se refere à sua comunicação, essa falta de atenção não é perdoável”, escreveu ele em seu voto, confirmando a decisão de primeira instância e que foi aprovado por unanimidade pela Câmara Especial de Recursos.

Dentre as personalidades influentes, os *blogueiros* como a Gabriela Pugliesi, surgem como agentes decisivos sobre a escolha dos consumidores. No caso em análise, a publicidade sem a notoriedade veiculada pela *blogueira* foi considerada velada e assim como o fornecedor, a *blogger* recebeu advertência.⁴

Em outubro de 2016, o CONAR julgou o caso conhecido como Delegação Skol – Felipe Simas, Giovanna Lancellotti e Bruna Marquezine. O caso trata da postagem em redes sociais com fotos dos

³ Blogueiro é um termo brasileiro utilizado para designar o indivíduo que publica em blogs. Veja-se em <http://www.significados.com.br/blogueiro/>.

⁴ Instagram é uma rede social de fotos para usuários de Android e iPhone. Basicamente se trata de um aplicativo gratuito que pode ser baixado e, a partir dele, é possível tirar fotos com o celular, aplicar efeitos nas imagens e compartilhar com seus seguidores. Veja-se em <http://canaltech.com.br/o-que-e-instagram/o-que-e-instagram/>

artistas supracitados, em visita ao estande da cerveja Skol. Na decisão, foi frisado o impacto que uma celebridade tem na divulgação de um produto ou marca e ao final da decisão se destaca a reflexão do julgador sobre o fato de que aumentará a ocorrência de situações envolvendo as redes sociais como *Instagram*. Assim, aponta trecho do resumo da decisão do Relator:

Prossiguiu: “ainda que se considere as alegações da defesa de que a divulgação foi uma iniciativa dos envolvidos como uma forma de ‘agradecimento’, é de conhecimento de todos o impacto que uma celebridade tem na divulgação de um produto ou marca, associado à sua imagem. É também de conhecimento de todos a posição firme adotada pelo Conar no que se refere à propaganda de bebidas alcoólicas, no sentido de coibir todo e qualquer abuso, mais ainda quando essas propagandas envolvem público jovem. Nesse sentido, ainda que o anunciante declare ter solicitado a remoção das fotos de seus perfis, a ‘viralização’ já tinha ocorrido, o que pode ser verificado em 5 de outubro de 2016, através de uma busca nas imagens no Google.”.

“Creio que cabe ao Conar refletir sobre o assunto, uma vez que é certo que cada vez mais teremos esse tipo de ocorrência, incluindo outras redes como o Instagram e similares, onde o post fica disponível por apenas algumas horas, como o Snapchat”, escreveu o relator. Seu voto foi aceito por unanimidade.

Essas decisões refletem a popularização prática do *merchandising* nas redes sociais. Ainda se percebe da decisão a responsabilidade através da advertência ao patrocinador e também ao anunciante, no caso da *blogger* Pugliesi, que recebeu advertência. Ressalta-se o reconhecimento de que independentemente da liberdade de expressão, as pessoas de imagens públicas, pela sua influência, precisam agir com ética e responsabilidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova era do *marketing* representa o estágio avançado da tecnologia, assim como também reflete a nova postura do consumidor. É mister que a publicidade tradicional não recebe adeptos

facilmente na atualidade e a rede social é o novo espaço onde as pessoas se relacionam. Por isso, tornou-se novo ponto-de-venda. Essa realidade deve convencer as empresas a se atualizar e considerar o modelo colaborativo, criativo, a fim de realizar publicidade que corresponda a uma política saudável.

Conforme previsão do CDC e CBAP, percebe-se que a publicidade, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação, deve ser ostensiva ao consumidor. Nessa senda, verifica-se que o *merchandising* editorial também deve observar o princípio da identificação obrigatória. Quando intencionalmente há publicidade veiculada por meio de perfis públicos a fim de induzir o consumidor, sem clara identificação, ela se torna ilícita. O princípio da informação adequada deve reconhecer as particularidades da publicidade nas redes sociais, que por um lado sugere maior informalidade, mas lado outro, reforça a ideia do perigo da informação sem responsabilidade para com a sociedade, visto seu vasto alcance.

O *hashtag* (#) com a palavra “patrocinado” ou “publicidade”, é uma opção que já vem sendo utilizada por vários influenciadores digitais. No entanto, normalmente aparece no final da descrição da mensagem, não correspondendo à clareza devida à publicidade. Para que se realize a identificação que atenda a notoriedade à publicidade patrocinada, sugere-se revisão legislativa que regularize a novidade já trazida pelo *Instagram*, em que se faz a marcação da marca ou empresa e, automaticamente, o selo aparece na parte superior da postagem. A título de exemplo, apresenta-se com a seguinte expressão: “parceria paga com apple”. Em linguagem nacional e de forma clara, esse modo de identificar publicidades pode corresponder à observância do princípio da identificação obrigatória.

Tal recurso que torna a publicidade notória no *Instagram* não é regra do Poder Legislativo do Estado, mas dos proprietários dos veículos de comunicação. É evidente que o desenvolvimento da tecnologia da informação é rápido e dinâmico, com efeitos alavancados em decorrência das redes sociais virtuais, realidade que deve tornar o direito atento a fim de acompanhar as novas situações, e ainda que demorada, reivindica-se que seja adequada, pois “Ubi homo ibi societates; ubi societates, ibi jus”.

REFERÊNCIAS

AS RELAÇÕES da publicidade com a ditadura. In: Meio e Mensagem, São Paulo, 31 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.meioemensagem.com.br/home/comunicacao/2014/03/31/as-relacoes-da-publicidade-com-a-ditadura.html>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*: código de defesa do consumidor. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BLESSA, Regina. Merchandising or product placement? Disponível em: <<http://www.blessa.com.br/index.php/novo-curso-de-gestao-de-varejo-rs/>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

BRASIL. Constituição. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto n.º 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 mar. 1997.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Retificada a publicação no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2007.

CATALAN, Marcos Jorge. Reflexões sobre a leitura dos contratos no código de defesa do consumidor e a importância dos princípios. In: CONPAVERDE, Aldaci do Carmo; CONRADO, Marcelo (Org.). *Repensando o direito do consumidor – II*. Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Paraná, 2007, p. 25-43.

CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBAP). Disponível em: <<http://www.conar.org.br/codigo/codigo.php>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

CONAR. Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. História. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

DAQUINO, Fernando. A história das redes sociais: como tudo começou. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/redes-sociais/33036-a-historia-das-redes-sociais-como-tudo-comecou.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

ESTRELA NETO, Aylon. As redes sociais e o os influenciadores digitais: reflexões jurídicas e sociais. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253668,41046>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

IKEDA, Ana. Sem alerta, post pago no Instagram pode render multa e abalar credibilidade. Disponível em: <<https://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2014/02/14/sem-alerta-post-pago-no-instagram-pode-render-multa-e-abalar-credibilidade.htm#fotoNav=11>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

KOTLER, Philip. *Administração de marketing*: análise, planejamento, implementação e controle. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

KOTLER, Philip; KARTAJAYA, Hermawan; SETIAWAN, Iwan. *Marketing 3.0*: as forças que estão definindo o novo marketing centrado no ser humano. Tradução de Ana Beatriz Rodrigues. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

LAGO JÚNIOR, Antônio. *Responsabilidade civil por atos ilícitos na internet*. São Paulo: LTr., 2001.

MADEIRA, Carolina Gaspar; GALLUCCI, Laura. Mídias sociais, redes sociais e sua

importância para as empresas no início do século XXI. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 32., Curitiba, PR, 4 a 7 de setembro de 2009. São Paulo: Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2009. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2009/resumos/R4-1163-1.pdf>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEYER, Maximiliano. 10 perfis mais seguidos do Instagram no mundo. [atualizado fev/2018]. Disponível em: <<https://www.oficinadanet.com.br/post/19182-10-perfis-mais-seguidos-no-instagram-no-mundo>>. Acesso em: 6 fev. 2018.

MOST famous social network sites worldwide as of January 2018, ranked by number of active users (in millions). The Statistics Portal. Disponível em <<https://www.statista.com/statistics/272014/global-social-networks-ranked-by-number-of-users/>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

NUNES, Luís Antônio Rizatto. *Curso de direito do consumidor*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIZA, Mariana Vassallo. O fenômeno Instagram: considerações sobre a perspectiva tecnológica. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3243/1/2012_MarianaVassalloPiza.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2017.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. *Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Cristiane Rubim Manzina da; TESSAROLO, Felipe Maciel. Influenciadores digitais e as redes sociais enquanto plataformas de mídia. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO, 39., São Paulo, 5 a 9 de setembro de 2016. São Paulo: Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação, 2016. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-2104-1.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

TORRES, Cláudio. *A Bíblia do marketing digital: tudo o que você queria saber sobre marketing e publicidade na internet e não tinha a quem perguntar*. São Paulo: Novatec, 2009.

VIEIRA, Eduardo. Influenciadores, a fronteira final da publicidade. In: Meio e Mensagem, 2016. Disponível em: <<http://www.meioemensagem.com.br/home/opiniao/2016/05/24/influenciadores-a-fronteira-final-da-publicidade.html>>. Acesso em: 11 jul. 2016.

ZANATTA, Leonardo. O direito virtual e as relações cíveis decorrentes das relações virtuais. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/leonardo_zanatta.pdf>. Acesso em: 6 jun. 2017.

Submissão em: outubro de 2017.

Retificação em: fevereiro de 2018.

Pareceres favoráveis em: março de 2018.

A (IM)POSSIBILIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Anne Francis Aguiar Soares¹

RESUMO

Este trabalho consiste em um estudo acerca da (im)possibilidade da redução da maioridade penal. Posto que é um assunto que tem sido alvo de grandes polêmicas no contexto jurídico e social, tendo em vista que o número de crimes praticados por menores de dezoito anos, jovens considerados penalmente inimputáveis tem sido uma crescente na realidade social do Brasil. O trabalho foi dividido em três tópicos que tratam, primeiramente da evolução histórica da legislação brasileira no que tange à maioridade penal. Em seguida analisa-se a imputabilidade e culpabilidade do agente do crime, bem como traça uma análise acerca do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e as medidas socioeducativas. Posteriormente, são apresentados os posicionamentos favoráveis e contrários à redução da maioridade penal. Trata-se de uma pesquisa qualitativa de cunho bibliográfico, em que foram realizadas pesquisas doutrinárias e à legislação pertinente à temática em questão.

Palavras-chave: Criança – Adolescente, maioridade penal, imputabilidade.

ABSTRACT

This work consists of a study about the (im)possibility of the reduction of the criminal majority. This is a subject that has been the subject of great controversy in the juridical and social context, considering that the number of crimes committed by minors less than eighteen years of age, considered criminally unjust, has been a growing social reality in Brazil. The work was divided in three parts that deal, first of the historical

evolution of the Brazilian legislation with respect to the criminal majority. Then the criminal agent's imputability and culpability is analyzed, as well as an analysis of the Child and Adolescent Law (ECA) and socio-educational measures. Subsequently, the favorable and contrary positions to the reduction of the criminal majority are presented. This is a qualitative bibliographic research, where doctrinal research was carried out and the legislation pertinent to the subject in question.

Keywords: Child - Adolescent, criminal majority, imputability.

1 INTRODUÇÃO

A maioridade é definida pelo Direito Civil como a idade em que o indivíduo passa a ter pleno gozo de seus direitos civis. E a maioridade penal é tratada pelo Direito Penal como a condição para que este indivíduo responda criminalmente pelos atos ilícitos praticados.

Historicamente, o Brasil aponta vários critérios que definiam a maioridade, deixando prevalecer o critério etário, considerando-se tão-somente a idade do agente. Dessa forma, conforme preleciona o artigo 27 do Código Penal, a idade penal se dá aos 18 anos.

Atualmente, muito se tem falado sobre o crescente índice de criminalidade, índice este que aponta como principais agentes crianças e adolescentes. Um dos fatores que despertou o interesse na discussão acerca da redução da maioridade penal está na potencialidade desses atos, que em muitos casos são crimes gravíssimos, o que leva a refletir acerca da viabilidade ou não

¹ Acadêmica do 10.º Período Matutino do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

da redução da maioridade penal, e se isso resolveria o problema da violência.

Assim, esse estudo discutirá a necessidade ou não de redução da idade penal, bem como traçará um paralelo entre as garantias individuais previstas pela Constituição, além de analisar a aplicabilidade das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2 APONTAMENTOS DO DIREITO PENAL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

2.1 Breves Noções Acerca do Direito Penal

Nesse momento, a pesquisa abordará alguns pontos acerca do Direito Penal atual, perfazendo uma breve explanação sobre a atuação deste instituto.

De acordo com Capez (2011), um dos principais objetivos do Direito Penal é proteger bens essenciais à subsistência da sociedade. Assim Capez (2011) ressalta que a vida, a saúde, a liberdade e a propriedade, dentre outros, são os bens que merecem a tutela do Direito Penal, de forma a se ater aos comportamentos humanos nocivos à ordem social.

Para Capez (2011, p. 19):

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, criando-lhes em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação.

O Direito Penal é o instituto capaz de ordenar os valores da vida em sociedade. É por meio do Direito Penal que as sanções se estabelecem como meio coercitivo de se alcançar essa ordem social.

Zaffaroni e Pierangeli (2002) apontam o Direito Penal como um sistema de controle social institucionalizado, capaz de ordenar os setores marginalizados da população.

Dessa forma, é possível apreender que Direito Penal é a segmento jurídico capaz de proporcionar a ordem pública, bem como tutelar

as relações sociais. É por meio dele que se torna possível definir os delitos e suas possíveis sanções. Assim, Prado (2013, p. 71) aborda dois aspectos do Direito Penal, o objetivo e o subjetivo:

Do ponto de vista objetivo, o Direito Penal (*jus poenale*) significa não mais do que um conjunto de normas que definem os delitos e as sanções que lhes correspondem, orientando, também, sua aplicação. Já em sentido subjetivo (*jus puniendi*), diz respeito ao direito de punir do Estado (princípio da soberania), correspondente à sua exclusiva faculdade de impor sanção criminal diante da prática do delito. Fundamenta-se no critério de absoluta necessidade e encontra limitações jurídico-políticas, especialmente nos princípios penais fundamentais.

O presente estudo propõe-se a discutir a possibilidade e a impossibilidade da redução da maioridade penal, ou seja, o debate acerca da capacidade de punir e de quais formas uma criança ou adolescente serão responsabilizados por seus atos delitivos.

2.2 Direitos e Garantias previstos pelo ECA

A criança e o adolescente são sujeitos detentores de direitos e garantias, e enquanto seres em desenvolvimento, demandam atenção especial do Estado. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.078, de surge para tutelar estes direitos e garantias.

De acordo com Adorno (1993) este dispositivo foi criado em resposta as situações jurídicas e políticas pelas quais o Brasil estava enfrentando, principalmente no que tange aos conflitos sociais aos quais as crianças e adolescentes estavam insertos. A luta pelos direitos das crianças e adolescentes veio ratificar o artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), que prevê o cuidado, a proteção e a garantia de tais direitos.

A Lei n.º 8.069/90 (ECA) aborda questões como o direito à vida, à saúde e à alimentação, o direito ao desenvolvimento pessoal e social, direito à educação, cultura, esporte e lazer, bem como o direito à integridade física, psíquica e moral dessas crianças e adolescentes.

Cury (2013, p. 17), expõe que:

O dispositivo ora em exame é a síntese do pensamento do legislador constituinte, expresso na consagração do preceito de que “os direitos de todas as crianças e adolescentes devem ser universalmente reconhecidos. São direitos especiais e específicos, pela condição de pessoas em desenvolvimento [...]”.

Assim, essas crianças e adolescentes necessitam de atenção especial, por não terem ainda capacidade de lutar nem de buscar seus próprios interesses, sendo necessário para tanto a intervenção do legislador.

Conforme esclarece Liberati (1991), o princípio da prioridade absoluta ou da proteção integral estabelece a possibilidade de se assegurar à criança e ao adolescente o amparo de seus direitos e garantias desde a sua concepção à sua formação enquanto cidadão.

O seio familiar é o melhor lugar para criar e educar uma criança ou adolescente. A proteção integral inicia no âmbito familiar, no qual estes indivíduos se formarão enquanto cidadãos. Dias (2010, p. 29), assim dispõe:

A família é o primeiro agente socializador do ser humano. De há muito deixou de ser uma célula do Estado, e é hoje encarada como uma célula da sociedade. É cantada e decantada como a base da sociedade e, por essa razão, recebe especial atenção do Estado (CF 226). Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar sobre o qual repousam suas bases. A própria Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelece (XVI 3): A família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção da sociedade e do Estado. A família é tanto uma estrutura pública como uma relação privada, pois identifica o indivíduo como integrante do vínculo familiar e também como partícipe do contexto social.

A família, enquanto base da sociedade, é a principal responsável por assegurar um desenvolvimento sadio para seus filhos, e deve receber amparo estatal para assegurar a proteção absoluta para as crianças e adolescentes. É no ambiente familiar que estes seres se desenvolvem e formam sua personalidade, para, a partir de então, viverem em sociedade.

Outro princípio que também merece especial atenção é o princípio do melhor interesse, que de acordo com o art. 3.º do ECA. O texto em assunto aborda principalmente a primazia das necessidades das crianças e dos adolescentes, como fonte para elaboração de leis futuras e até mesmo embasamento para solucionar conflitos.

Maciel (2010) entende que o princípio do melhor interesse deveria ser a regra para que a política de proteção das crianças e dos adolescentes fosse assegurada. No entanto, nem sempre é possível ver o interesse social acerca de questões que envolvem esses “pequenos titulares” de direitos, que fazem parte do desenvolvimento da sociedade.

O ECA trata nos artigos 103 ao 105 dos atos infracionais cometidos por adolescentes. Esses atos, conforme preleciona Maciel (2010), são condutas descritas como crimes, ou seja, violação de normas pré-estabelecidas na sociedade.

Bandeira (2006) entende que para um adolescente ser responsabilizado por um ato infracional, deve o Estado, por meio da proteção integral, averiguar se de fato houve o cometimento de ato infracional e qual será a melhor forma de lidar com esse adolescente, para que o ajude a conviver em sociedade, zelando principalmente pela sua educação e sua profissionalização.

No que tange à inimizabilidade, o ECA, no artigo 104, estabelece que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, devendo a estes ser aplicadas medidas socioeducativas. O dispositivo faz menção aos adolescentes entre doze anos completos e dezoito anos incompletos.

Deve haver, de acordo com Cury, Silva e Mendez (2002), certo cuidado para que o adolescente em conflito com a lei se reinsira na vida em sociedade, devendo o Estado se preocupar ainda com a recuperação das famílias desses adolescentes, pois o apoio que eles poderão dispor aos seus filhos será um dos ganchos principais para que eles não voltem a cometer atos infracionais.

O ECA, no artigo 98, estabelece ainda que em relação aos atos infracionais praticados por crianças, ou seja, aquelas que ainda não tem doze anos de idade, não sofrerão a aplicação das medidas socioeducativas, e sim medidas protetivas, devendo estas receber o tratamento previsto pelo artigo 101 do mesmo dispositivo, em que preceitua que essas crianças deverão ser encaminhadas para

o cuidado de seus pais, devendo receber orientação e apoio psicossocial, além de terem sua vida escolar acompanhada por profissionais habilitados além do amparo da própria família. De fato, dispõe assim o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
 - II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
 - III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
 - IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente;
 - V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
 - VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
 - VII - acolhimento institucional;
 - VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar;
 - IX - colocação em família substituta.
- [...].

A Lei 8.069, de 16 de julho de 1990 (ECA) tratou ainda de estabelecer quais deverão ser as medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes que vierem a cometer atos infracionais. Dessa forma estabelece:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

- I - Advertência;
- II - Obrigação de reparar o dano;
- III - prestação de serviços à comunidade;
- IV - Liberdade assistida;
- V - Inserção em regime de semi-liberdade;
- VI - Internação em estabelecimento educacional;
- VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1.º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2.º Em hipótese alguma e sob pretexto

algun, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3.º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Dessa forma, tais medidas representam a garantia que esses jovens têm para que seus direitos sejam assegurados.

3 A (IM) POSSIBILIDADE DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

O sistema jurídico brasileiro deixa expresso que a maioridade penal se dá quando o indivíduo completa seus dezoito anos. Isso conforme preleciona o artigo 27 do Código Penal, o artigo 104, *caput*, do Estatuto da criança e do adolescente, bem como o artigo 228 da CRFB.

Traz assim o Código Penal brasileiro:

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Por seu lado, este é o teor do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

Como última fundamentação, a Constituição Federal de 1988 está assim redigida:

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Diante da discussão acerca da redução da maioridade penal no Brasil, que voltou a ser discutida pela PEC 171/93 e em julho de 2015 ganhou proporção ao ser alvo de nova proposta de revisão pela Câmara Legislativa Federal, trouxe à tona também várias opiniões públicas que se formaram em torno do tema. E com elas, as divergências e embates no que tange a forma de pensar e analisar a questão. Dessa forma, este

segmento seguinte traz alguns posicionamentos contrários e a favor da redução.

3.1 Posicionamentos Contrários à Redução da Maioridade Penal

Um dos principais aspectos elencados e alvo de críticas no tocante à redução da maioridade penal é o fato de inserir adolescentes em estado de delinquência, no rol do sistema prisional brasileiro. Para Teixeira, M. (2013, p. 19), “reduzir a idade penal não vai resolver o índice de criminalidade que assola o Brasil.”. Conforme salienta a autora em assunto, o medo existente por causa da criminalidade, e o sentimento de insegurança não se deve única e exclusivamente à causa dos crimes praticados por menores, mas em sua maioria por atos ilícitos praticados por adultos, que têm alta participação no atual contexto de violência nos dias atuais.

Teixeira, M. (2013) assevera ainda que submeter menores, que estejam em conflito com a lei, ao sistema carcerário nos moldes em que se apresenta no Brasil, não seria a alternativa mais viável e plausível, haja vista que são seres em desenvolvimento, em processo de formação do seu caráter e personalidade, que podem ser facilmente influenciados em um ambiente que recebe adultos criminosos que tenham praticado vários crimes. Não seria, portanto, a forma mais adequada e eficaz de buscar uma ressocialização para estas crianças e adolescentes.

A redução da idade penal leva ao entendimento de que o adolescente poderá ser apenado pelos atos ilícitos que vier a cometer, sendo preso em presídios que inicialmente foram desenvolvidos para receber adultos que possuem pleno discernimento para prática de um delito.

De acordo com Teixeira, C. (2013) reduzir a maioridade penal de dezoito para dezesseis anos não é a resposta positiva que a sociedade busca como solução para reduzir os altos índices de criminalidade no país, pois o sistema penitenciário no Brasil é precário. Inserir um adolescente em um ambiente que não tem capacidade de lhe oferecer condições de vida melhor, ou até mesmo outras perspectivas de vida, como educação, saúde e lazer, não é a proposta mais adequada, completa a autora.

3.2 Posicionamentos Favoráveis à Redução da Maioridade Penal

A maioridade penal é um assunto que vem sendo discutido há muito tempo. No Brasil, a legislação nem sempre adotou o limite de dezoito anos para imputação da responsabilidade penal, inclusive critério psicológico já foi objeto definidor do caráter de discernimento na prática de atos ilícitos. A temática da redução da maioridade penal tem sido amplamente discutida atualmente. Existem aqueles doutrinadores que acreditam ser esta a melhor forma de resolver o problema do crescente índice de criminalidade praticado pela faixa etária dos dezesseis aos dezoito anos.

Miguel Reale (*Nova fase do direito moderno*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 161, *apud* JORGE, 2002) entende que:

Tendo o agente ciência de sua imputabilidade, está dando justo motivo à imperiosa mudança na idade limite da imputabilidade penal, que deve efetivamente começar aos dezesseis anos, inclusive, devido à precocidade da consciência delitual resultante dos acelerados processos de comunicação que caracterizam nosso tempo.

Quando o adolescente tem ciência, ou seja, sabe que poderá ser apenado pela prática de atos ilícitos e ainda assim os pratica, estará afirmando que a idade penal poderá ser reduzida para os dezesseis anos.

Autores como Barbosa (1992) partem para um viés em que discute o fato de os jovens de dezesseis anos terem direito ao voto facultativo, de se casarem, e de exercer a cidadania, sendo capazes de entender seus próprios atos, e não poderem ser responsabilizados pela prática de atos ilícitos.

Dessa forma Barbosa (1992, p. 16) ressalta que:

[...] se a mulher casada se emancipa civilmente com o casamento aos dezesseis anos e se projeto de lei visa a que o maior de dezesseis anos possa dirigir veículos, não se compreende que não possa responder pelos atos ilícitos que porventura praticar.

O posicionamento é de que se os jovens que tenham entre dezesseis e dezessete anos podem ter direito de exercer sua cidadania, demonstrando capacidade para isso, não seria coerente querer imputar a responsabilidade penal a eles apenas quando completarem dezoito anos. Dessa forma, Barbosa (1992, p. 16) assevera que, se “a CRFB concede maturidade suficiente aos jovens nessa faixa etária para tomar certas decisões, principalmente no que tange ao voto ainda que de forma facultativa, deveriam também se responsabilizar pelas ilicitudes cometidas.”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo possibilitou averiguar a possibilidade ou não da redução da maioria penal de acordo com a visão de doutrinadores supracitados na pesquisa.

Diante do aumento da criminalidade no âmbito infanto-juvenil que segue até os dias atuais, passando muitos adultos a captar cada vez mais jovens para o mundo do crime, várias polêmicas e posicionamentos são alavancados no que se refere à proposta de redução da maioria penal. A pesquisa fez ainda uma abordagem quanto ao Código Penal Brasileiro e como a culpabilidade e imputabilidade são vistas por doutrinadores causando divergência entre eles. Apontou também críticas favoráveis e contrárias destes doutrinadores quanto à proposta de redução da idade penal.

Após a leitura dos livros e artigos expostos ao longo deste trabalho, restou evidente que a proposta da PEC 171/93 continua sendo um problema que incomoda a sociedade, tendo em vista que as opiniões se dividem. Mas, para a maioria dos estudiosos, não é e nem será a solução para o fim ou redução da criminalidade que assola e aborrece a sociedade, ainda que esta acredite que encarcerar um menor de dezesseis anos irá trazer segurança para o convívio social.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor W. *Educação e emancipação*. Tradução de Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Paz & Terra, 1993.

ALBERTON, Maria Silveira. *Violação da*

infância: crimes abomináveis: humilham, machucam torturam e matam! Porto Alegre: AGE, 2005.

ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. Federalismo e políticas sociais. In: AFFONSO, Rui Brito Álvares; SILVA, Pedro Luís Barros (Org.). *Descentralização e políticas públicas*. São Paulo: FUNDAP, 1996. p. 13-40.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Privatização das prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BANDEIRA, Marcos Antônio Santos. *Atos infracionais e medidas socioeducativas: uma leitura dogmática, crítica e constitucional*. Ilhéus: Editus, 2006.

BARBOSA, Marcelo Fontes. Menoridade penal. In: *RJTJESP - LEX*, São Paulo, Ed. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, n. 138, 1992.

BARROSO FILHO, José. Do ato infracional. (1998). Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br>>. Acesso em: 20 out. 2016.

BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Retificado no *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 3 jan. 1941.

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Retificado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 set. 1990.

- BRASIL. Senado Federal. Redução da maioria penal (2013). Disponível em: <<https://senado.jusbrasil.com.br/noticias/100129338/maioridade-penal-nao-e-clausula-petrea-diz-teori-zavascki-aprovado-pela-ccj>>. Acesso em: 10 mar. 2017.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*: art. 1 a 120. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CHAVES, Antônio. *Comentários ao estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr., 1997.
- CURY, Munir (Coord.). *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CURY, Munir. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. 6. ed. São Paulo: Contexto, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GRECO, Rogério. Reflexões sobre a redução da maioria penal. Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/?cat=3>>. Acesso em: 11 mar. 2017.
- JESUS, Damásio Emediato de. *Direito penal: parte geral*. v. I. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- JORGE, Éder. Redução da maioria penal. In: Jus.com.br (2002). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3374/reducao-da-maioridade-penal>>. Acesso em: 1.º mar. 2017.
- LEITE, Carla Carvalho. Da doutrina da situação irregular à doutrina da proteção integral: aspectos históricos e mudanças paradigmáticas. In: *Juizado da Infância e da Juventude*, Porto Alegre, v. 2, n. 5, p. 9-24, mar. 2005.
- LIBERATI, Wilson Donizete. *O estatuto da criança e do adolescente: comentários*. Brasília: IBPS, 1991.
- MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen, 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOURA, Esmeralda. Crianças operárias na recém-industrializada. São Paulo. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. v. 1. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- RAMOS, Fábio Pestana. Os problemas enfrentados no cotidiano das navegações portuguesas da carreira da Índia: fator de abandono gradual da rota das especiarias. In: *Revista História*, São Paulo, Ed. Abril Cultural, v. XXIV, n. 137, p. 14-17, dez. 1997.
- ROCHA, Adílson. Vítimas ou culpados? In: *Revista Pela Ordem*, Belo Horizonte, Ed. OAB-MG, ano I, n.º 4, jul.-ago. 2010.
- SANTOS, Eliane Araque. Criança e Adolescentes: sujeitos de direitos. 2006. Disponível em: <<http://www.ibict.br/revistainclusaosocial/includ/getdoc.php>>. Acesso em: 17 fev. 2017.
- SANTOS, Larissa Medeiros Marinho dos. Nada do que foi é ou será: a inter-relação de jovens com seu ambiente. 2008. Tese. (Doutorado em Psicologia)–Universidade de Brasília, Programa

de Pós-Graduação em Psicologia Social, do Trabalho e Organizacional. Brasília, 2008.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STRAUS, Martha B. *Violência na vida dos adolescentes*. Tradução de Maria Cristina Guimarães. São Paulo: Best Seller. 1994.

TEIXEIRA, Caroline Köhle. As medidas socioeducativas do Estatuto da Criança e do Adolescente e seus parâmetros normativos de aplicação. In: *Revista da Esmesc*, Florianópolis, Ed. Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina, v. 20, n. 26, 2013.

TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. Redução da idade penal... mais uma vez! In: *Redução da*

idade penal: socioeducação não se faz com prisão. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2013. p. 19-21.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Temas de direito da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr., 1997.

VOLPI, Mário. *Sem liberdade, sem direitos: a privação de liberdade na percepção do adolescente*. São Paulo: Cortez, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Submissão em: agosto de 2017.

Retificação em dezembro 2017 e janeiro de 2018.

Pareceres favoráveis em: março de 2018.

RESPONSABILIDADE CIVIL NA FASE DAS TRATATIVAS: oportunismo ou oportunidade perdida?

Werley Pereira de Oliveira¹

RESUMO

Com o objetivo de dissertar sobre a aplicação da teoria da perda de uma chance na quebra da fase das tratativas, o presente artigo, em uma incursão na literatura da seara do Direito Civil, focando a matéria Responsabilidade Civil, abordará a responsabilização nas negociações preliminares, a teoria da perda de uma chance, danos emergentes e lucros cessantes. Para realização deste estudo, o autor utilizou os métodos de abordagem dedutiva e de procedimento monográfico. É questão norteadora da discussão, a saber: em que medida a fase as tratativas poderá ensejar uma responsabilidade civil? A concatenação de ideias basear-se-á na seguinte ilustração: a banda de *rock and roll* Engenheiros do Hawaii, de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, em transações para realizar uma caravana no Estado de Minas Gerais, cujas negociações obtêm certa seriedade, é surpreendida com a interrupção das pontuações pela obstinação do contratado. Por esta razão, os artistas poderiam reivindicar os danos sofridos pela perda de uma chance de participar de uma turnê que outra empresa do Estado de São Paulo que lhes ofereceu para o mesmo período em transação em Minas Gerais. Além destes danos, caberão indenizações com as despesas despendidas com as negociações preliminares. Conclui-se que é necessário proporcionar para a parte violada efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada pela aplicação do princípio da razoabilidade.

Palavras-chave: Tratativas. Chance perdida. Interesse negativo.

RESUMEN

Con el objetivo de disertar sobre la aplicación de la teoría de la pérdida de una oportunidad en la quiebra de la fase de las tratativas, el presente artículo, en una incursión en la literatura de la mina del derecho civil, enfocando la responsabilidad civil, abordará la responsabilidad en las negociaciones preliminares, la teoría de la pérdida de una oportunidad, los daños emergentes y los lucros cesantes. Para realizar este estudio, el autor utilizó los métodos de enfoque deductivo y de procedimiento monográfico. La cuestión de la discusión, a saber: ¿en qué medida las tratativas pueden dar una responsabilidad civil? La concatenación de ideas se basará en la siguiente ilustración: la banda de *rock and roll* Engenheiros do Hawaii de Porto Alegre de Rio Grande do Sul, en transacciones para realizar una caravana en el Estado de Minas Gerais, cuyas negociaciones obtienen cierta seriedad, es con la interrupción de las puntuaciones por la obstinación del contratado. Por esta razón, los artistas podrían reclamar los daños sufridos por la pérdida de una chance de participar en una gira que otra empresa del Estado de São Paulo que les ofreció para el mismo período en transacción en Minas Gerais. Además de estos daños, los costes gastados por las negociaciones preliminares. Se concluye que es necesario proporcionar a la parte violada efectivas condiciones personales de concurrir a la situación futura esperada por la aplicación del principio de la razonabilidad.

Palabras clave: Tratativas. Pérdida de chance. Interés negativo.

¹ Mestre em Desenvolvimento Social pela Unimontes. Acadêmico do 7.º Período do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

1 INTRODUÇÃO

A melodia do grupo musical Engenheiros do Hawaii, na música “Até o fim” inspira no antepenúltimo domingo do inverno de 2017 quando o esforço é dissertar sobre responsabilidade civil, responsabilidade nas negociações preliminares, teoria da perda de uma chance, danos emergentes e lucros cessantes.

G Em7 Bm D
 Não vim até aqui pra desistir agora
 G Em7 Bm D
 Entendo você se você quiser ir embora

As indagações iniciais são assim formuladas: compreendia a identidade de propósitos entre os pré-contratantes, há que se falar de vinculação jurídica nas pontuações, ou seja, no momento em que se executam pesquisas, reflexões, verificação de dados, apreciação de informações, julgamento de propostas e contrapropostas, já existe obrigação? Em algum momento, antes da fase de conclusão do contrato, as vontades se tornam divergentes; isto gerará responsabilidade civil em caso de desistência das negociações preliminares? Compreendida a vontade de uma das partes em recuperar danos sofridos em virtude de ruptura inesperada das tratativas, qual será o seu “até o fim”? De outra forma, a parte lesada buscará a mesma situação em que se encontrava no momento anterior à estipulação do negócio ou o dano a ser ressarcido vai ao encontro do interesse que ela teria na execução do negócio?

Para avançar nessas inclusões, surgiu o presente artigo que apresenta uma discussão acerca da aplicação da teoria da perda de uma chance no rompimento injustificado da fase das tratativas. É questão norteadora da discussão, a saber: em que medida a fase das tratativas poderá ensejar uma responsabilidade civil? A concatenação de ideias basear-se-á na seguinte ilustração: a banda de *rock and roll* Engenheiros do Hawaii, de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, em transações para realizar uma caravana no Estado de Minas Gerais, cujas negociações obtêm certa seriedade, é surpreendida com a interrupção das pontuações pela obstinação

do contratado. Por esta razão, os artistas poderiam reivindicar os danos sofridos pela perda de uma chance de participar de uma turnê que outra empresa do Estado de São Paulo que lhes ofereceu para o mesmo período de tramo em Minas Gerais. Além destes danos, caberão as despesas despendidas com as negociações preliminares. Como se verá, pode consistir em perda de lucro cessante no sentido de perda de chance, danos emergentes e, muito raramente, danos morais.

A responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompensar o dano da violação de um dever jurídico originário; logo, “proteger o lícito e reprimir o ilícito” (DANTAS, 1977, p. 341) é o objetivo da responsabilidade civil. Implica no princípio geral do Direito Romano *neminem laedere* (não lesar a ninguém, dar a cada pessoa o que é seu e viver honestamente).

Com revisão de literatura na seara do Direito Civil, focando a matéria Responsabilidade Civil, responsabilização nas tratativas, teoria da perda de uma chance, danos emergentes e lucros cessantes, para realização deste estudo, foram utilizados os métodos de abordagem dedutiva e de procedimento monográfico.

A pesquisa, computando-se a presente introdução, está organizada em cinco seções. A segunda seção abordará as noções categóricas de contrato, obrigação e responsabilidade civil, pois, apesar de estarem intimamente conectadas, não se tratam de mesmos institutos jurídicos. A terceira seção apresentará a teoria da perda de uma chance na quebra da fase das tratativas. A quarta seção discutirá a abrangência da reparação por ruptura injustificada, abordando o lucro cessante e o dano emergente. Por fim, a última seção refere-se às considerações finais.

2 NOÇÕES CATEGÓRICAS: CONTRATO, OBRIGAÇÃO E RESPONSABILIDADE CIVIL

Pela teoria geral dos contratos e em harmonia com o Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, CC/2002), para a formação dos contratos paritários há uma estruturação que perpassa pelas negociações preliminares², proposta

² Neste artigo, as expressões *negociações preliminares*, *tratativas* e *pontuações* referem-se ao mesmo instituto; já as expressões *oferta*, *policitação* e *oblação* referem-se à proposta.

e aceitação, culminando, se houver interesse das partes, o contrato definitivo.

Ressalta-se que, na condição de fase de formação contratual, negociação preliminar não é o mesmo que contrato preliminar. Ambos os institutos são observados antes da consolidação do contrato; porém, o contrato preliminar é um instituto autônomo. Ele tem por finalidade assegurar o negócio substancial que se objetiva. Logo, o contrato preliminar é positivo, de modo a precisar de parte a parte o contrato vindouro. Por isso, este instituto “não pode ser enfrentado como uma categoria intermediária entre as negociações preliminares e o contrato definitivo.” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 82). Dele já faz nascer uma obrigação de fazer.

As negociações preliminares são a etapa pré-contratual, mero campo de reflexão/expectativa, na qual as partes avaliam a conveniência e a oportunidade do contrato desejado. A policitação, por sua vez, incide na proposta que é a fase de manifestação de vontade dirigida a alguém com a intenção de concretizar um contrato. E, por fim, a aceitação é aquela manifestação de vontade que declara adesão aos termos contratuais de uma oferta (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

O contrato tem sempre por objeto uma obrigação, mas contrato não é obrigação. Ele é uma fonte de obrigação. Portanto, tem caráter vinculatório. Trata-se de um negócio jurídico fundado na autonomia de vontades em que as partes convergem interesses conforme valores constitucionais estabelecidos. Em uma linguagem técnica, Farias e Rosensvald (2017) sustentados por Antônio Junqueira de Azevedo, compreendem o contrato como “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos pelas partes, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pelo sistema jurídico que sobre ele incide.” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 62). Por sua vez, ainda conforme os ensinamentos dos referidos autores, a obrigação ostenta um conceito mais restrito, retoma o vínculo existente na relação jurídica dos sujeitos. Vínculo este em que uma pessoa adquire a prestação economicamente aferível em favor de outra, acoplando o seu patrimônio.

Obrigação é a relação jurídica transitória, estabelecendo vínculos jurídicos entre duas diferentes partes (denominadas credor e devedor, respectivamente), cujo objeto é uma prestação pessoal, positiva ou negativa, garantindo o cumprimento, sob pena de coerção judicial [...] Os caracteres principais da obrigação são: a) caráter permanente (até mesmo porque não pode haver uma relação obrigacional perpétua, o que implicaria, como se pode extrair de seu conceito, uma verdadeira servidão humana); b) vínculo jurídico entre as partes (através do qual a parte interessada pode exigir da outra, coercitivamente, o adimplemento); c) caráter patrimonial (pois somente o patrimônio do devedor pode ser atingido, afastada a sua responsabilidade pessoal); d) prestação positiva ou negativa (pode ser uma conduta de dar, fazer ou não fazer) (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 32-33).

Viu-se acima, portanto, que contrato não é obrigação e, focando o objeto de estudo desta pesquisa, acresce que obrigação também não é responsabilidade civil. Esta é a sombra daquela, isto é, obrigação é um dever jurídico originário, brota no vínculo jurídico contratual, ao passo que a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo.

Para o francês René Savatier, a responsabilidade civil é um dever que a pessoa tem de “reparar o dano causado a outrem por fato seu, ou pelo fato das pessoas ou coisas que delem dependam.” (SAVATIER, 1951, p. 1).

Ademais, Diniz (2006) conceitua a responsabilidade civil como sendo o procedimento que força a reparação do ilícito por perdas e danos advindos de obrigação contratual, bem como extracontratual.

[Destarte, responsabilidade civil busca a] aplicação de medidas que obrigam alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato próprio imputado, de pessoas por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda ou, ainda, de simples imposição legal (DINIZ, 2006, p. 40).

Neste ponto, vale frisar a responsabilidade civil que é pautada pela fonte do contrato e aquela inscrita na lei e outros instrumentos. A responsabilidade contratual está para o dever

jurídico violado pelo devedor que tem por origem a própria vontade das partes estabelecidas no contrato; por sua vez, a responsabilidade extracontratual volta-se ao dever jurídico de reparar danos que conflitam com a lei ou a ordem jurídica.

Tomada essas notas, apreende-se que na fase das tratativas, não há que se falar, de regra, de vínculo jurídico, pois, apesar de ser fase da formação contratual, não é um pré-contrato. Todavia, ver-se-á adiante que há entendimento jurisprudencial contrário quanto ao não poder vinculativo, quando poderá ser tratado pela responsabilidade extracontratual no caso de dano causado na fase das negociações. No tocante às fases da oferta e da aceitação há que se falar de vínculos jurídicos; portanto, em caso de dano, a ação buscará pela responsabilização contratual. Cavalieri Filho (2012) alerta que a figura execrável da responsabilidade civil é o dano. “Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 72). Logo, se com a ruptura das tratativas não houver dano, não há que se falar em responsabilidade civil.

No Direito argentino, as tratativas são admitidas como “quase contrato”. “Em nuestro derecho se admite la existencia de cuasicontrato, pero claramente se disse que no es un contrato. ¿Qué sucede si en el cuasicontrato se causan daños? Creemos que la solución no puede ser otra que imponer responsabilidad extracontratual.” (LÓPES HERRERA, 2006, p. 84).

Com a discussão desenvolvida até aqui, já é possível compreender que não há que se ponderar sobre vínculo jurídico nas negociações preliminares no Brasil. As tratativas “não envolvem compromissos, nem geram obrigações para os interessados, limitando-se a desbravar terreno e salientar conveniências e interesses.” (Caio Mário da Silva Pereira, *apud* FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 82), Portanto, de regra, o rompimento das negociações não acarretará responsabilidade civil em caso de desistência das negociações preliminares, pois “se a vítima não sofreu nenhum prejuízo, a toda evidência, não haverá o que ressarcir.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 73). Segundo Cavalieri Filho (2012), fala-se de dano

quando há lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral.

3 TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE NAS TRATATIVAS

“La pérdida de chance o de oportunidad es aquel daño cuya característica es ser más que una posibilidad pero menos que una certeza.”. O autor segue dizendo que “este tipo de daño puede suceder en un incumplimiento contractual o extracontractual.” (LÓPES HERRERA, 2006, p. 137). Assim, há de estabelecer a natureza jurídica da teoria da perda de uma chance como categoria de dano específico.

Fixar-se-á a natureza jurídica das espécies de perda de uma chance, no sentido de caracterizá-las como espécies de dano autônomo ou de causalidade parcial do dano final [...] considera que algumas aplicações da perda de uma chance constituem danos independentes, proceder-se-á à classificação das chances perdidas em outras categorias dogmáticas do sistema jurídico, tais como dano presente e dano futuro (SILVA, 2007, p. 101).

Quando, em um grande prêmio, cavalos de raça não podem participar porque sofreram um acidente causado por terceiro com culpa, bem como quando um advogado perde o prazo, não podendo protocolar recurso porque ele prescreveu, são exemplos para aplicabilidade da teoria da perda de uma chance.

Queda la duda sobre si el caballo hubiera ganado la carrera o si el juez hubiera fallado a favor de la pretensión del litigante cuyo abogado hizo caducar la acción. De lo que hay certeza es de que e ha perdido una oportunidad más que certa porque el caballo era el favorito, o porque las pruebas favorecían la posición de la parte caduca (LÓPES HERRERA, 2006, p. 137).

Logo, se existe a regra que não haverá responsabilidade civil no caso de ruptura nas tratativas, significa dizer que há exceção, no tocante à responsabilização. Quando houver inobservância dos princípios de probidade e boa-fé, bem como gerar dano a uma das partes, caberá ação indenizatória em negociações preliminares.

A contradição representada pela ruptura das tratativas tem como única consequência a reparação por perdas e danos. Entende-se mais gravosa para a paz social a violação à liberdade – que decorreria de uma contratação forçada, que a ruptura da confiança derivada da não contratação, para a qual a reparação dos prejuízos parece remédio adequado (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 84-85).

“Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”, reza o CC/2002³. Desta forma, “os deveres de conduta emanados da boa-fé objetiva já estão presentes ao tempo das tratativas.”, haja vista que “eles antecedem ao momento da contratação, surgindo com o início do contato social entre os parceiros.” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 82).

Neste sentido, Farias e Rosenvald (2017) alertam sobre os deveres a serem observados durante todas as fases da formação dos contratos:

(a) deveres laterais de informação, a fim de que sejam comunicadas todas as circunstâncias relevantes para a conclusão do contrato. O dever de esclarecimento completa a teoria dos vícios do consentimento, pois a pertinência da informação é a garantia de um razoável equilíbrio contratual; (b) deveres de proteção, para que os pré-contratantes zelem mutuamente pela tutela da integridade psicofísica e pela proteção do patrimônio do *alter*; (c) deveres de cooperação – intercedem no sentido de prestigiar a honestidade, a diligência e a lealdade de parte a parte, acentuando a colaboração no sentido de preservar a confiança depositada no outro (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 82).

Os autores supracitados lecionam que há uma composição da autonomia privada com a noção da indispensável responsabilidade dos contraentes das negociações sobre as legítimas expectativas de confiança depositadas parte a parte. Destarte, a ruptura inesperada das tratativas pode ensejar no dever de indenizar quando criada uma

expectativa legítima e resultado danoso a outra parte. De acordo com Cavalieri Filho (2012), o objetivo da indenização consiste em reparar o dano sofrido pela vítima, reintegrá-la ao *status quo ante* da prática do ato ilícito.

Em virtude do rompimento com as ideias das tratativas e da existência de prejuízos, portanto, será compreensível a vontade de uma das partes em recuperar danos sofridos. Resta saber se a parte lesada buscará o estado em que se encontrava antes do negócio ou se procurará o interesse que ela tinha na execução do contrato.

Como se viu, pela teoria da perda de uma chance⁴, que se caracteriza pelo comportamento de uma das partes, encerrando “a probabilidade de um evento que possibilitaria um benefício futuro para a vítima.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77), é perfeitamente aplicável indenização em casos de desistência injustificada das negociações preliminares.

Com efeito, a *culpa in contrahendo*, evidenciada na quebra da confiança pelo recesso intencional, não se verifica no início das tratativas, mas quando as conversações preliminares se encaminham para a conclusão, pois a confiança se intensifica na mesma proporção que as negociações avançam; mais precisamente ao tempo em que as partes já tenham alcançado os elementos essenciais do contrato, ou então, fazendo exigências desproporcionais que obrigam a outra a desistir, ou mesmo de forma culposa dar início a um contrato irrealizável, por saber de antemão que ele nunca seria concluído (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 84).

Cavalieri Filho (2012) lembra que a teoria da perda de uma chance implica afinidade com o lucro cessante. Em sua origem, “dela se utiliza nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77).

Farias e Rosenvald (2017) ministram que o primeiro teórico a arrazoar acerca da responsabilidade civil na fase das tratativas foi Rudolph Von Jhering. Este restringiu o prejuízo indenizável na *culpa in contrahendo*, chamando-

³ Nas negociações preliminares, existe um contrato social entre os contraentes. Tanto o é que, conforme Enunciado 170 do Conselho de Justiça Federal, a boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato.

⁴ A origem da teoria *perdre d'une chance* é da França por volta de 1960.

-a de interesse negativo, “cingindo-se a colocar a parte lesada na mesma situação em que se encontrava no momento anterior à estipulação do negócio”. Nessas situações, o ressarcimento ao dano padecido “não coincide com o interesse que a parte tinha na execução do contrato.” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 84). Portanto, não há que se falar de indenização pelo interesse positivo.

Igualmente, há a teoria de que “a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo.” (PEREIRA, 1998, p. 42).

Tratando-se de reparação de dano em caso de ruptura nas negociações preliminares, para a doutrina majoritária, a responsabilidade será extracontratual. A atualização monetária da indenização ocorre desde a data do fato/lesão. Já o Superior Tribunal Justiça brasileiro entende se tratar de responsabilidade contratual; assim, a atualização se dá com base na data da citação do réu.

Daí que a responsabilidade pela ruptura das tratativas somente pode compreender os prejuízos que o contratante sofreu em razão de ter, de boa-fé, confiado na conclusão do contrato. Esses prejuízos se limitam às despesas em que incorreu no desenrolar das tratativas e, eventualmente, na perda de algum outro negócio que tenha desistido em virtude de estar negociando o contrato que posteriormente não veio a se estabelecer (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 84).

Viu-se até aqui que a teoria da perda de uma chance guarda relação com lucro cessante e danos emergentes. Na seção a seguir mais bem se discutirá a abrangência da reparação por ruptura injustificada, abordando o dano presente e o dano futuro.

4 OPORTUNISMO OU OPORTUNIDADE PERDIDA?

Só caberá responsabilidade civil nas tratativas quando houver rompimento injustificado que causar dano material ou imaterial resultante de fato consumado a um dos contraentes e, por sua vez, a chance perdida por uma das partes será reformada com oportunidades envolvidas. Neste

sentido, Cavalieri Filho (2012) sobreavisa que a chance perdida reparável não trata de mera possibilidade hipotética.

É preciso verificar em cada caso se o resultado favorável seria razoável ou se não passaria de mera possibilidade aleatória. A vantagem esperada pelo lesado não pode consistir numa mera eventualidade, suposição ou desejo, do contrário estar-se-ia premiando os **oportunistas**, e não reparando as **oportunidades** perdidas (CAVALIERI FILHO, 2012, p 77). (Grifos originais).

De forma mais didática, Farias e Rosenvald (2017) discutem o alcance da reparação de danos existentes com a ruptura das tratativas. Falam dos interesses positivos e dos interesses negativos. Os primeiros eles classificam como sendo os prejuízos decorrentes da não conclusão do contrato. Por seu turno, os interesses positivos voltam-se à vantagem patrimonial que negociante prejudicado embolsaria caso o negócio jurídico fosse firmado.

É de fundamental importância a compreensibilidade destes interesses, pois eles determinarão que a indenização pautar-se por oportunismo ou oportunidade perdida. Pela teoria da causa perdida, os interesses negativos que serão balizados para auferir a reparação de danos causados no rompimento de tratativas que não observaram os princípios de probidade e boa-fé. Deve-se, portanto, analisar a chance como “a perda da possibilidade de conseguir um resultado ou de evitar um dano; devem-se valorizar as possibilidades que o sujeito tinha de conseguir o resultado para ver se são ou não relevantes para o ordenamento.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p 77). Destarte, para o juiz, o que contará no julgamento são os interesses negativos.

El daño al interés negativo es el típico que tiene lugar cuando el contrato se frustra en las tratativas o es declarado nulo, también, conocido como *in contrahendo*, o responsabilidad precontractual. Es el daño que consiste en los gastos realizados en espera del cumplimiento que parecía inminente, o las oportunidades perdidas por confiar en la otra parte. Este daño no es derivado del incumplimiento, porque el contrato nunca llegó a formarse, lo que trae como consecuencia que se juzga por las reglas de la responsabilidad extracontractual (LÓPEZ HERRERA, 2006, p. 147).

Sabidamente, Farias e Rosenvald (2017) dizem tratar-se de dano à confiança em decorrência das negociações preliminares fracassadas, cabendo, desta forma, indenização integral, na medida do dano material (danos emergentes e lucros cessantes – desfalque que acontece no decorrer das pontuações) ou moral (traduz na violação dos direitos da personalidade).

Os danos emergentes incidem nas despesas realizadas pelo contraente ofendido no decurso das tratativas.

O dano emergente, também chamado positivo, importa efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito [...]. A mensuração do dano emergente, como se vê, não enseja maiores dificuldades. De regra, importará no desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima; será a diferença do valor do bem jurídico entre aquele que ele tinha antes e depois do ato ilícito. Assim, valendo-se de um exemplo singelo, num acidente de veículo com perda total, o dano emergente será o integral valor do veículo. Mas tratando-se de perda parcial, o dano emergente será o valor do conserto, e assim por diante. Dano emergente é tudo aquilo que se perdeu, sendo certo que a indenização haverá de ser suficiente para a *restitutio in integrum* (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 74).

Quanto aos lucros cessantes, Farias e Rosenvald (2017) destinam-se às oportunidades que o negociante perdeu no andamento em que se envolveu nas tratativas; devendo, portanto, demonstrar as chances perdidas por ter acreditado na certeza do êxito das conversações.

O lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 75).

As melhores doutrinas lecionam que, para não cair no oportunismo, os interesses positivos não são indenizáveis.

El daño al interés positivo o al interés de

cumplimiento es el daño típico que sucede quando se incumple un contrato. Es el que tenía el acreedor en el cumplimiento de la prestación de la otra parte. Así, en la compraventa, el interés positivo, si el acreedor pago el precio, es la entrega de la cosa. Por eso este daño es derivado del incumplimiento contractual y se le aplican esas reglas (LÓPES HERRERA, 2006, p. 147).

Portanto, tratando-se das tratativas, a indenização cabível incide nos interesses negativos, pois se deve reparar a “perda da oportunidade de obter uma vantagem e não pela perda da própria vantagem.” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 78). E, “caso o interesse positivo fosse indenizável, haveria severa ofensa ao princípio da liberdade contratual, à medida que a parte desistente seria condenada a valor semelhante à própria prestação que o lesado auferiria se o contrato fosse celebrado.” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 84).

Nas causas voltas às frustrações danosas das negociações preliminares, é preciso compreender a responsabilidade civil via teoria da chance perdida como sendo chance de vitória, implicando dano emergente e lucro cessante, equivalendo assim, sempre, ao valor menor que àquilo que se auferiria caso o contrato fosse consumado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se que na fase das tratativas, negociações preliminares da formação de um contrato têm como marca a inexistência de vínculo jurídico entre os contraentes. De regra, a ruptura frustrada a uma das partes não caberá direito à indenização. A exceção a este entendimento acontecerá quando do rompimento injustificado causar dano material e/ou imaterial ao negociante.

Tem-se como perda de uma chance um prejuízo distinto do benefício que era esperado, isto é, não se trata de reparação integral do dano final, mas indenização ao dano constituído em ter confiado na validade do negócio.

Este estudo possibilita as considerações principais da teoria perda de uma chance, compreendendo-a como categoria de dano específico que incide sobre os danos emergentes e os lucros cessantes no tocante aos interesses negativos do lesado nas negociações preliminares.

Por fim, conclui-se que auferir a chance perdida requer não emaranhar dano emergente e lucro cessante com interesses positivos, bem como com lucro hipotético ou dano remoto. É necessário proporcionar para a parte violada efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada pela aplicação do princípio da razoabilidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. v. I. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1977.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 7. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: contratos*. 7. ed.

Salvador: JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: obrigações*. v. 2. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

LÓPES HERRERA, Edgardo. *Teoría de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Altas, 2013.

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 10. ed. Paris: LGDJ – R. Pichon e R. Durand-Auzias, 1951.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007.

Submissão em: setembro de 2017.
Pareceres favoráveis em: janeiro de 2018.

***ARTIGOS
DE EGRESSOS***

DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO E O AUTO DE INFRAÇÃO DO ICMS NO ESTADO DE MINAS GERAIS

CRIMINAL LAW TAX AND AUTO VIOLATION OF ICMS OF MINAS GERAIS

*Carlos Gilmar Colares¹
Ellen Fernanda Oliveira Alves²*

RESUMO

O objetivo do presente artigo é analisar a necessidade ou não de incidência do Direito Penal Tributário no auto de infração do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) do Estado de Minas Gerais, quando configurado o crime do artigo 1.º da Lei 8.137/90. Buscar-se-á compreender se a extinção da punibilidade pela Lei 10.684/03 viola o princípio da isonomia e a hipótese de extinção da punibilidade por inexigibilidade de conduta diversa, em face da intervenção mínima do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica qualitativa com estudo de um caso concreto em um processo penal tributário oriundo de auto de infração do ICMS do Estado de Minas Gerais aplicado a empresário individual na cidade de Montes Claros/MG, que possibilitará considerações sobre o tema. O resultado demonstra que há controvérsias, mas o entendimento é de que o Direito Penal Tributário está sendo utilizado como instrumento de cobrança de dívidas fiscais, sob coerção de pena privativa de liberdade. A extinção da punibilidade pela Lei 10.684/03 viola o princípio da isonomia e a hipótese de extinção da punibilidade por inexigibilidade de conduta diversa pode ser admitida. Conclui-se que pode ser aplicada sanção diversa no âmbito administrativo, dispensando a aplicação do Direito Penal Tributário no caso analisado. Destarte, a relação jurídico-tributária exige um novo diálogo

entre Estado/Fisco e contribuinte/particular, em consonância com os princípios constitucionais que balizam o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito Penal Tributário; Extinção punibilidade; ICMS/MG.

ABSTRACT

The purpose of this article is to reflect on whether or not the incidence of the Tax Criminal Law in the tax assessment of ICMS of the State of Minas Gerais, when set the crime of Article 1 of Law 8,137 / 90. If the extinction of criminal liability by Law 10.684 / 03 does not violate the principle of equality and the possibility of extinction of criminal liability for unenforceability of different conduct in the face of minimum intervention of criminal law in a democratic state. The methodology focuses on a qualitative literature with the presentation of a case of a tax criminal proceedings arising from self State Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) infringement of Minas Gerais applied to the individual entrepreneur in the city of Montes Claros / MG, which will enable an analysis of the theme. The result shows that there is controversy, but there is understanding that the Criminal Tax Law is being used as a charging instrument of tax debts under coercion of deprivation of liberty. The extinction of punishment by Law 10,684 / 03 violates the principle of equality and the possibility of extinction of criminal liability

¹ Advogado, pós-graduado em Direito Processual, Direito Tributário; pós-graduando em Direito Penal e Direito Processual Penal e Docência do Ensino Superior. Aluno especial disciplina isolada do Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Social (PPGDS) da Unimontes. Egresso do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

² Advogada, pós-graduada em Direito Tributário; pós-graduanda Direito Penal e Direito Processual Penal e Docência do Ensino Superior. Egressa do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

for conduct of diverse unenforceability may be admitted. It follows that can be applied in diverse administrative sanction, under dismissing the application of the Tax Criminal Law in the analyzed case. Thus, the legal-tax relationship requires a new dialogue between state / tax authorities and taxpayer / private, in line with the constitutional principles guiding the democratic rule of law.

Keywords: Criminal Law – termination of the punishable Tax – ICMS/MG.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal exerce função social tutelando bens jurídicos relevantes, responsabilizando pessoalmente o agente. O presente trabalho tem como objetivo refletir a necessidade ou não de incidência do Direito Penal Tributário no auto de infração do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) do Estado de Minas Gerais, quando configurado o crime do artigo 1.º da Lei 8.137, de 27-12-1990. Também configura como objetivo desta pesquisa verificar se a extinção da punibilidade prevista pela Lei 10.684, de 30-3-2003, não viola o princípio da isonomia e a hipótese de admissão da extinção da punibilidade por inexigibilidade de conduta diversa na ausência de pagamento em face da intervenção mínima do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

Pretende-se verificar se o Direito Penal não está sendo utilizado como mero instrumento de cobrança de dívidas fiscais, sob coerção de pena privativa de liberdade e, se seria possível aplicação de sanção administrativa diversa da penal no caso em análise.

A escolha do tema é relevante porque suscita questionamentos sobre a ação estatal na ordem tributária e penal em relação ao particular. O resultado demonstra que há controvérsias, mas há entendimento de que o Direito Penal Tributário está sendo utilizado como instrumento de cobrança de dívidas fiscais, sob coerção de pena privativa de liberdade.

A extinção da punibilidade pela Lei 10.684, de 30-3-2003, viola o princípio da isonomia. E a hipótese de extinção da punibilidade por inexigibilidade de conduta diversa pode ser admitida.

A análise indica que poderão ser aplicadas sanções diversas das penais em casos semelhantes, evitando-se a incidência do Direito Penal em dissonância com os princípios que norteiam o Estado Democrático de Direito.

A metodologia utilizada privilegia a pesquisa bibliográfica qualitativa com a apresentação de um caso concreto de um processo penal tributário oriundo de auto de infração do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), no Estado de Minas Gerais, aplicado a um empresário individual na cidade de Montes Claros, Estado de Minas Gerais. Isso possibilitou uma análise sobre o tema. Contudo, as questões aqui suscitadas poderão suportar limitações ao serem estendidas a outros casos. Embora o processo abordado seja público, optou-se por preservar a identidade do réu.

Além da introdução, o trabalho está dividido em seis sessões. A primeira analisa o Direito Penal Tributário, sanção administrativa e sanção penal. Em seguida, há a apresentação do caso concreto do processo oriundo de aplicação de auto de infração do ICMS do Estado de Minas Gerais na cidade de Montes Claros, quando configurado o crime disposto no art. 1.º da Lei 8.137, de 27-12-1990, a possibilidade de extinção da punibilidade pela Lei 10.684, de 30-3-2003, e o princípio da isonomia, a hipótese de admissão da inexigibilidade de conduta diversa e a intervenção mínima do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Por fim as considerações finais.

Conclui-se que pode ser aplicada sanção diversa no âmbito administrativo, dispensando a aplicação do Direito Penal Tributário no caso analisado. Destarte, a relação jurídico-tributária exige um novo diálogo entre Estado (Fisco) e contribuinte (particular, pessoa natural ou jurídica), em consonância com os princípios constitucionais que balizam o Estado Democrático de Direito, bem como, não ampliar hipótese de prisão por dívida.

2 DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO, SANÇÃO ADMINISTRATIVA E SANÇÃO PENAL

A atuação estatal em matéria tributária é imprescindível para assegurar direitos e garantias fundamentais por meio da prestação de serviços à população. A incidência tributária afeta diretamente dois valores essenciais consagrados no art. 5.º,

“caput”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88): a liberdade e o patrimônio.

Doravante, o poder de instituir tributos e as respectivas penalidades pelo descumprimento das normas tributárias, não podem ser desprovidas da limitação de atuação estatal. Assim, o poder constituinte originário positivou regras e princípios concernentes aos limites do poder de tributar, de modo peculiar, nos artigos 150 a 152 da CRFB/88.

Historicamente, percebe-se no Brasil uma resistência ao pagamento dos tributos, sob o fundamento de alta carga tributária, não contraprestação e interferência do Estado na atividade econômica dos administrados. Esse pensamento coletivo gera uma tensão entre Estado/Fisco e administrado/particular pela atuação das autoridades fiscais (DALLA, 2002).

Mas, a tributação contempla vetores axiológicos da CRFB/88. Quando o particular deixa de cumprir as normas tributárias, o Estado passa a utilizar os instrumentos jurídicos de prevenção e repressão em desfavor de condutas que violam esses valores. Nesse contexto, surge a Lei 8.137, em 27-12-1990, que dispõe sobre os crimes contra a ordem tributária, como mecanismo de reprimir a evasão tributária. Iniciou, assim, a necessidade de integração de Código Penal e Código Tributário Nacional, bem como princípios constitucionais comuns ao Direito Penal e ao Direito Tributário (DALLA, 2002).

Adota-se para o presente estudo o conceito de Direito Penal Tributário, quando ocorre crime e incide as normas do Direito Penal Tributário que

Dizem respeito ao conjunto de normas jurídicas que tutelam o patrimônio do sujeito ativo da obrigação tributária e que prescrevem penas privativas de liberdade e multas, sempre que o descumprimento de tais obrigações se der por meio de artifícios fraudulentos, segundo a descrição contida na lei, e que estejam presentes elementos que informam a culpabilidade (ANDRADE FILHO, 1997, p. 35).

Conforme o autor acima citado, a distinção entre Direito Penal Tributário e Direito Tributário Penal deve ser admitido como recurso didático, uma vez que o Direito é um todo.

As sanções administrativas previstas na legislação tributária são de competência das

autoridades administrativas (art. 95, *caput*, e inciso V, do Código Tributário Nacional - CTN). As infrações às leis tributárias podem ensejar sanções administrativas, dentre elas as multas. Mas, em algumas circunstâncias faz-se necessário a incidência do Direito Penal.

Não existe distinção relevante entre sanção administrativa, civil ou penal. A diferença se faz, tão-somente, por questão axiológica. Neste mesmo raciocínio “A penal seria reservada aos que praticam ilícitos mais graves, que mais seriamente ofendem os interesses sociais. A distinção residiria na gravidade da violação da ordem jurídica.” (MACHADO, 2013, p. 508). É competência exclusiva do Poder Judiciário a aplicação da respectiva sanção.

Esclarece o ínclito autor que o simples inadimplemento da obrigação principal não resulta sanção penal, pois a aplicação do Direito Penal no Estado Democrático de Direito pressupõe requisitos elementares com vistas a preservar a liberdade da pessoa humana.

O Direito Penal se aplica à sanção pessoal. São penas corporais que podem ser suportadas pessoalmente pelo ser humano, tais como a pena privativa de liberdade ou prestação de serviços à comunidade. Portanto, somente aplicável à pessoa natural, exigindo-se a presença do elemento subjetivo culpa ou dolo para atribuir responsabilidade. Ao contrário, a sanção patrimonial atinge indiretamente a pessoa natural e prescinde de dolo ou culpa, podendo ser aplicada às pessoas jurídicas sob o argumento da responsabilidade objetiva (MACHADO, 2013).

3 CASO CONCRETO QUE INCIDIU O ART. 1.º DA LEI 8.137, DE 27-12-1990, EM MONTES CLAROS/MG

As figuras delituosas de natureza tributária são objeto de repressão pelo Estado. Na evolução da legislação, a Lei 8.137, de 27-12-1990, prevê penas de reclusão e detenção nos crimes cometidos contra a ordem tributária.

Há uma conceituação de um ilícito como se vê na Lei 8.137, de 27-12-1990, composta do seguinte fragmento:

Art. 1.º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou

contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

[...]

II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

[...]

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

[...].

Trata-se de crime material, no qual exige o resultado da conduta típica, consistente na supressão ou redução do tributo (MACHADO, 2000). A título didático se apresenta um caso concreto de incidência do Direito Penal Tributário no delito disposto na Lei 8.137, de 27-12-1990, art. 1.º, inciso II, em auto de infração por suprimir ou reduzir tributo no recolhimento do ICMS do Estado de Minas Gerais. O Direito em referência foi aplicado a um empresário individual na cidade de Montes Claros/MG, optante pelo Sistema do Simples Nacional.

O Fisco estadual mineiro lavrou um o auto de infração de ICMS, que apresenta detalhes econômicos descritos nas próximas linhas.

Segundo constou do auto de infração, o ICMS suprimido ou reduzido (tributo – obrigação principal, art. 113 do Código Tributário Nacional - CTN), calculado sobre alíquota de 18% corresponde ao valor de R\$38.722,43 (trinta oito mil, setecentos vinte e dois reais, quarenta três centavos). Incidiu a multa de revalidação no montante de R\$19.361,22 (dezenove mil, trezentos sessenta e um reais, vinte dois centavos). E ainda, a multa isolada de R\$96.384,36 (noventa seis mil, trezentos oitenta e quatro reais, trinta seis centavos), mais os juros R\$13.614,49 (treze mil, seiscentos e quatorze reais, quarenta nove centavos). O crédito tributário constante do auto de infração, portanto, foi totalizado em R\$168.082,59 (cento sessenta oito mil, oitenta e dois reais, cinquenta nove centavos) (COLARES, 2015).

No caso mencionado, era facultada a interposição de recurso administrativo para o Conselho de Contribuintes, no prazo de trinta dias, pleiteando a nulidade do auto de infração ou a exclusão da multa isolada. Esta multa constitui ponto relevante de análise. No entanto, não foi apresentado recurso. Após a regular constituição

do crédito tributário (art. 142 do CTN), o contribuinte não realizou o pagamento ou parcelamento do referido crédito na via administrativa.

Até dezembro 2015, não estavam configurados o pagamento ou o parcelamento. Não havia, portanto, a satisfação do crédito tributário.

Duas foram as consequências. A Fazenda Estadual, tida como credora, ajuizou ação de execução fiscal em desfavor do contribuinte, que tramita na Comarca de Montes Claros/MG. E, diante da inadimplência e configuração do crime contra a ordem tributária, previsto no art. 1.º, inciso II, da Lei 8.137, de 27-12-1990, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais ofereceu denúncia em desfavor do referido contribuinte (responsabilidade pessoal, art. 137 do CTN), sendo esta recebida pelo Juízo Criminal. A referida ação encontra-se em trâmite.

4 A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA LEI 10.684, DE 30-30-2003, E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A legislação prevê hipóteses de extinção da punibilidade do agente na ação penal dos crimes contra a ordem tributária. O art. 14 da Lei 8.137, de 27-12-1990, dispunha sobre a extinção da punibilidade dos crimes previstos do art. 1.º ao 3.º desta lei pelo pagamento do tributo antes de recebida a denúncia, incluindo-se acessórios. No entanto, este artigo foi revogado pelo art. 98 da Lei 8.383, de 30-12-1991. O art. 34 da Lei 9.249, de 26-12-1995, restabeleceu a hipótese de extinção da punibilidade do art. 14 da Lei 8.137, de 27-12-1990, quando feito, pelo agente, o pagamento do tributo e acessórios, desde que antes do recebimento da denúncia, quanto aos crimes de sonegação fiscal da Lei 4.729, de 14-7-1965, e nos crimes contra a ordem tributária Lei 8.137, de 27-12-1990 (ANDRADE FILHO, 1997).

De fato, assim dispõe o texto legal em evidência:

Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Contemporaneamente, a extinção da pretensão punitiva estatal nos crimes contra a ordem tributária da Lei 8.137, de 27-12-1990, estende-se ao crime de sonegação de contribuição previdenciária (art. 337-A, § 1.º do Código Penal) e é regulada pela Lei 10.684, de 30-3-2003, assim:

Art. 9.º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1.º e 2.º da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1.º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2.º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Desde então, a referida lei possibilita a suspensão da prescrição criminal e da punibilidade do agente em caso de parcelamento, bem como a extinção da punibilidade pelo pagamento integral do crédito tributário. Mesmo, após o recebimento da denúncia e instrução criminal. O Supremo Tribunal Federal (STF), já consolidou o entendimento de que o pagamento do tributo a qualquer tempo, mesmo após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário, como se vê no seguinte Acórdão:

ACÇÃO PENAL. Crime tributário. Tributo. Pagamento após o recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Decretação. HC concedido de ofício para tal efeito. Aplicação retroativa do art. 9º da Lei federal nº 10.684/03, cc. art. 5º, XL, da CF, e art. 61 do CPP. O pagamento do tributo, a qualquer tempo, ainda que após o recebimento da denúncia, extingue a punibilidade do crime tributário (Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 81929 RJ. Rel. Min. César Peluso. 1.ª Turma, Julgado em 16.12.2003. *Diário [da] República Federativa do Brasil*, Diário da Justiça, Brasília, DF, 27 fev. 2004).

Insta frisar que o presente artigo analisa a extinção da punibilidade do agente pelo pagamento

do crédito tributário, após o recebimento da denúncia e a instrução criminal. Tal hipótese prevista na Lei 10.684, de 30-3-2003, suscita não poucas controvérsias. Cabe verificar se no caso em comento, esta disposição legal não viola o princípio da isonomia.

O princípio da isonomia, de modo genérico, é esculpido no art. 5.º, *caput*, da CF/88, diz que:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade [...].

A igualdade, segundo Sabbag (2014, p. 129), em continuidade à concepção aristotélica, consiste em “aquinhoar igualmente aos iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam.”. A isonomia tributária, de modo específico, disposta no art. 150, inciso II, do CTN, determina que é vedado conceder tratamento desigual a contribuintes que se encontrem em igualdade de condições. Percebe-se que tanto um postulado quanto o outro norteiam no sentido de proporcionar um tratamento especial às pessoas que se encontram em desigualdade.

O empresário individual montes-clarense, réu na ação penal em análise, não efetuou o pagamento do crédito tributário por hipossuficiência financeira. Antes da propositura da ação penal, o próprio contribuinte em assunto, de forma expressa, solicitou à Fazenda Estadual o parcelamento do débito. Contudo, com base no art. 3.º da Resolução Conjunta n.º 3559, de 1.º-9-2004, da Secretaria de Fazenda do Estado de Minas Gerais e da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, a Procuradoria Estadual da Fazenda indeferiu o requerimento de parcelamento, com o fundamento de que estavam ausentes caução ou garantia idônea.

Nesse sentido, a extinção da punibilidade pelo pagamento do crédito tributário cria benefício em favor daqueles réus que dispõem de recursos financeiros suficientes, eximindo-se da sanção penal. Todavia, o réu que não pode pagar o referido crédito, suporta a sanção penal correspondente. No caso em tela, entende-se que ocorreu violação ao princípio da isonomia. E a diferença foi fixada em razão do dinheiro, da capacidade financeira.

Salienta-se que a dificuldade em adimplir o crédito tributário não reside no valor da obrigação principal originariamente, qual seja o tributo (art. 113, § 1.º do CTN), mas na obrigação acessória (art. 113, § 2.º), concernente à multa isolada (art. 55, inciso II, da Lei estadual 6.763, de 30-12-1975), e a multa de revalidação. Essas obrigações acessórias, que elevam às alturas o valor original do tributo não quitado no prazo certo, são convertidas em obrigação principal para efeitos de execução fiscal e penal (art. 113, § 3.º do CTN).

No caso em análise, o capital social do réu (empresário individual) é de apenas R\$12.000,00. Percebe-se que o percentual de multas é exacerbado. Sendo o valor original do crédito tributário de R\$38.722,43, e sendo este acrescido de multa de revalidação de R\$19.361,22 e a multa isolada de R\$96.384,36, significa que houve um acréscimo, a título de obrigação acessória de 299%. Se se somar os juros de R\$13.614,49 à multa, chega-se a um acréscimo de 334%. Assim, se o principal é de R\$38.722,43, e o valor constituído como crédito tributário (a dívida do contribuinte, já que a denominação *crédito* é em relação ao Estado) é de R\$168.082,59, vê-se, a olhos nus, que o acessório está muito além do principal. E, em rápida análise, se o contribuinte não teve condições financeiras de quitar uma dívida tributária de R\$38.722,43, há absoluta e prática certeza de que igualmente não terá condições financeiras de quitar esta mesma dívida acrescida de 334%, até a data do ajuizamento da ação. E, após o início da ação, continua a incidência de atualização monetária. Por último, ao fim, ainda há honorários de sucumbência que, em hipotéticos dez por cento quanto ao valor do início da ação, aumentam ainda mais o valor a ser quitado em dezessete mil reais.

Uma conta rápida: os honorários advocatícios além de dezessete mil reais (este valor seria não incidente sobre os acréscimos que existem desde o início da ação junto ao Poder Judiciário, já que o percentual incide sobre o valor final, ao término da ação), já representam quase 50% do valor principal da dívida do contribuinte.

Por todos destes motivos, há clara inviabilização do pagamento do crédito tributário. Pagamento que extingiria a punibilidade, nos termos da Lei 10.684, de 30-3-2003.

O art. 3.º do CTN esclarece que o tributo

não constitui sanção de ato ilícito. Enquanto a multa é a “prestação pecuniária compulsória, que não constitua tributo, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa vinculada.”. (SABBAG, 2014, p. 247). O valor excessivo das multas que ultrapassam o valor do tributo é criticado pela doutrina. O percentual que oscila entre 30% e 300% incidindo sobre o valor do bem ou da operação, e não sobre o valor do tributo, é irrazoável (DALLA, 2002).

A falta de critérios científicos (racionalidade) razoáveis na aplicação de multas fiscais e a omissão da jurisprudência são assim expressas: “[...] Noutro ponto avança a legislação, em todos os seus níveis, arrolando formas ímpares de estatuir multas, sem qualquer correlação científica, nada que seja plausível e lógico ou pertencente ao sistema.” (BALEIRO, 1997, p. 27). Multas em percentual aproximado de 300% são desproporcionais, irrazoáveis e confiscatórias, conforme Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) n. 1.175/DF, relatoria do Ministro Celso de Mello, no qual o pleno do STF considerou confiscatória nos termos do art. 150, IV da CRFB/88 (SABBAG, 2014).

A Constituição Federal de 1998 veda aplicação de penas “a) de morte, salvo [...]; b) de carácter perpétuo e c) de trabalhos forçados.” (art. 5.º, inciso XLVII, da CF/88). A imposição de multas em percentuais escorchantes, como as apresentadas neste caso, pode significar a morte da empresa individual, desvirtuando os princípios constitucionais da Ordem Econômica, dentre eles, a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, o pleno emprego e o tratamento diferenciado à micro e pequena empresa (art. 170 da CF/88). Representa a marginalização do empresário individual do sistema econômico e social, sendo fadado ao mercado da informalidade e, ser mais um marginalizado do sistema penal (DALLA, 2002).

No tocante às multas incidentes no caso em análise, o acréscimo por multa inviabilizou o adimplemento do crédito tributário pelo réu, e, conseqüentemente, causou dano ao erário pela não arrecadação. E aumentou o dano ao Tesouro porque ensejou custos com a propositura de ação de execução fiscal e do processo penal. Entende-se que a ação estatal no caso viola princípios basilares de âmbito tributário, da ordem econômica

e penal: a isonomia, proporcionalidade, razoabilidade, não confisco, vedação de aplicação de penas cruéis, direito à liberdade, valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, dignidade da pessoa humana, eficiência, dentre outros aqui não mencionados.

5 INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

A culpabilidade relaciona com o juízo de reprovação social de determinada conduta. Todavia, em virtude da discrepância concernente aos valores das multas tributárias e a impossibilidade de parcelamento no caso concreto em análise, defende-se a hipótese da exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Esta pode ser aplicada não somente às causas de exculpação (em outros termos, exclusão da culpabilidade, por ser uma condição de inimputabilidade) prevista no texto legal, mas torna-se mais ampla, abrangendo outras situações fáticas em que não se pode exigir do agente realização de outra conduta (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002).

A inexigibilidade de outra conduta não se resume de forma estrita às fórmulas legais. “Desse modo, a inexigibilidade de outra conduta passou a ser, praticamente, uma causa supralegal e independente da ausência de culpabilidade.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 660). Assim, seria possível sua aplicação no crime tributário em tela, tendo em vista que o ônus imposto pelo Estado é demasiadamente superior às condições financeiras do empresário individual/réu, obstruindo a possibilidade de pagamento ou parcelamento do crédito tributário.

6 A INTERVENÇÃO MÍNIMA DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Direito Penal é utilizado como forma de controle social. Os homens estão inseridos em uma sociedade, e esta apresenta uma estrutura de poder no qual determinados grupos dominam e outros são dominados. Desta forma, em consonância com a estrutura institucionalizada, a conduta dos homens é regulada para solucionar os conflitos entre grupos ou indivíduos (ZAFFARONI; PIERANGELI,

2002).

O Direito Penal pode ser entendido como o saber penal consistente na interpretação, aplicação e compreensão da lei penal. No entanto, o Direito Penal, enquanto legislação, não encerra em si mesmo o seu objeto, pois se concretiza em caráter programático. Nesse entendimento, a institucionalização formal não representa a realização de seu objetivo, mas apenas enuncia (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002). Sua realização depende do sistema penal, pela atuação dos juízes, polícia, promotores, atividade dos legisladores, funcionários e da execução penal. Por isso que comporta ao Direito Penal a seguinte definição:

Controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 70).

O sistema penal tende a sustentar a estrutura social por meio de punição. Revela-se um meio mais violento de sustentação em razão das consequências que produz sobre as pessoas que suportam suas penas. Dessa forma, o sistema penal exerce uma função simbólica em face de grupos marginalizados ou hegemônicos. Mas, ressalta-se que não está provado de forma alguma que o sistema penal previna o delito; embora exista quem entenda que este sistema possui eficácia preventiva pela coerção, eliminação e segregação definitiva (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002).

Em toda sociedade ocorrem delitos, sendo necessária a incidência do Direito Penal e suas sanções. Porém, de forma limitada, pois o sistema penal tende a uma determinada violência e irracionalidade. Portanto, deve ser utilizado o mínimo de seu grau de irracionalidade, conforme pressupõe o princípio da intervenção mínima como sendo a: “linha de limitação da intervenção punitiva e redução da irracionalidade (ou violência) da mesma.” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 80).

A incidência do sistema penal apresenta pouca racionalidade e acrescenta violência sobre

o injusto jus-humanista que é submetida toda a América Latina. Este injusto representa uma agressão aos direitos humanos na América, violando o direito ao desenvolvimento, disposto no art. 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Não somente porque ocorre nos países centrais, mas pela peculiaridade de país periférico que é afetado pela violação do direito ao desenvolvimento. Destarte, o sistema penal deve observar as limitações impostas pelo princípio da intervenção mínima (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002).

Nessa esteira, o *jus puniendi* do Estado está limitado ao princípio da intervenção mínima. Não se pode admitir um direito subjetivo do Estado com bem jurídico único. A limitação do poder de coerção e punição deve levar a cabo os princípios consagrados na ordem jurídica, de modo peculiar, a dignidade da pessoa humana, esculpido no art. 1.º, inciso III, da CRFB/88 (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002).

As sanções penais são de responsabilidade pessoal e possuem natureza prisional. São utilizadas como fundamento do interesse público por aqueles que defendem a aplicação do Direito Penal como meio de coibir o ilícito tributário, dentre eles Coelho (2014). Contudo, sua aplicação no crime em análise gera controvérsias em face dos princípios constitucionais vigentes, agredindo o princípio da segurança jurídica.

É possível sustentar a ordem tributária por um meio menos violento que o Direito Penal, segundo Machado (2013), evitando que este seja utilizado em desconformidade com princípios essenciais, reduzindo-se a mero instrumento de cobrança de dívidas fiscais:

Pensamos que a melhor solução será a revogação das leis que definem como ilícito penal a infração de leis tributárias. Tais infrações, como todas que não demonstrem periculosidade física, devem ser definidas como ilícito administrativo fiscal, ensejando sanções patrimoniais, que podem ser exacerbadas em função da gravidade dos cometimentos (MACHADO, 2013, p. 510-511).

Nesse sentido, entende-se que a sanção a ser aplicada no caso concreto deve ser de natureza patrimonial em conformidade com a natureza do ilícito cometido, e não de natureza penal

(MACHADO, 2013). Ressalta-se que a prisão por dívida é vedada pela Constituição Federal de 1988, bem como pelo Pacto San José da Costa Rica.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A efetividade da função arrecadatória do tributo é imprescindível para que o Estado mantenha a prestação de serviços essenciais à população de forma adequada. O caso em análise apresenta entendimentos antagônicos. Segundo Coelho (2014), é possível a incidência do Direito Penal Tributário para coibir o ilícito fiscal. Em sentido diverso, Machado (2000), entende que este não é o mecanismo adequado para prevenir ou reprimir o ilícito tributário. Em razão da intervenção mínima do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, não seria necessária a incidência do Direito Penal. Se o Direito Penal absolve conceitos do Direito Tributário, este deve subtrair os princípios do direito Penal, tal como a subsidiariedade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004).

A extinção da punibilidade pela Lei 10.684, de 30-3-2003, por meio do pagamento ou parcelamento do crédito tributário, mesmo depois de recebida a denúncia, embora atenda ao fim arrecadatório, viola o princípio da isonomia ao criar uma situação desigual referente ao caso em tela, pela hipossuficiência econômica do réu (MACHADO, 2013).

A utilização do Direito Penal como mero instrumento de cobrança de dívidas fiscais e ameaça à liberdade viola o direito à liberdade, ampliando hipótese de prisão por dívida em dissonância com a vedação Constitucional de 1988 e do Pacto San José da Costa Rica. Defende-se a revogação da Lei 8.137, de 27-12-1990, que define como ilícito penal a infração tributária em análise (MACHADO, 2013). Não se trata de admitir o ilícito fiscal, mas reprimi-lo pelas vias adequadas, menos onerosas para o Estado e para o contribuinte.

Pode se cogitar da admissibilidade da hipótese de extinção da punibilidade pela inexigibilidade de conduta diversa no crime do art. 1.º da Lei 8.137, de 27-12-1990, pela hipossuficiência econômica do réu, rechaçando-se a aplicação de multas tributárias exacerbadas, desproporcionais, desarrazoadas, bem como a

exigência de caução ou garantia idônea para concessão do parcelamento do crédito tributário, tornando-se obstáculo ao adimplemento da obrigação.

Conclui-se que se faz necessário um novo diálogo entre Estado/Fisco e contribuinte/particular na relação jurídico-tributária, a partir do novo paradigma da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, visando encontrar um ponto de equilíbrio entre a atividade estatal e a do particular, sem transferir esta responsabilidade ao Direito Penal, que se encontra sobrecarregado com questões mais gravosas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito penal tributário: crimes contra a ordem tributária e contra a Previdência Social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. atual. por Misabel de Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BRASIL. (Constituição). Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940, e retificado no *Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 3 jan. 1941.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 out. 1966, e retificado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 out. 1966.

BRASIL. Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária,

econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 dez. 1990.

BRASIL. Lei 10.684, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 maio 2003, retificado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 6 jun. 2003, retificado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 9 jun. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 81929 RJ. Relator Ministro César Peluso. 1.ª Turma. Julgado em 16.12.2003. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Diário do Judiciário, Brasília, DF, 27 fev. 2004.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

COLARES, Carlos Gilmar. A multa isolada do artigo 55, inciso II, da Lei 6.763/75 – 5/13 aplicada ao empresário individual e a microempresa na cidade de Montes Claros/MG, nos autos de infrações do ICMS do Estado de Minas Gerais. In: Colóquio Internacional A Universidade e Modos de Produção do Conhecimento: para que Desenvolvimento? Montes Claros, Ed. Unimontes, v. 5, n. 1, p. 126, ago. 2015.

DALLA, Ricardo Corrêa. *Multas tributárias: natureza jurídica, sistematização e princípios aplicáveis*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 34. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. Supressão ou redução de vários tributos mediante conduta

única e a questão do concurso de crimes. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas do direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 339-355.

MINAS GERAIS. Lei 6.763, de 26 de dezembro de 1975. Consolida a Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. *Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais*, Diário do Executivo, Belo Horizonte, 30 dez. 1975 (p. 3, coluna 4, microfilme 220).

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado da Fazenda e Advocacia Geral do Estado. Resolução Conjunta 3.559, de 1.º de setembro de

2004. Disciplina a instrução de pedidos de parcelamento específico e extraordinário no âmbito do Programa MINAS EM DIA. *Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 2 set. 2004.

SABBAG, Eduardo de Moraes. *Manual de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2004.

Submissão em: janeiro de 2018.

Pareceres favoráveis em: março de 2018.

DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA APLICAÇÃO GEOGRÁFICA DA DESINDEXAÇÃO DE CONTEÚDO NA *INTERNET*: realidade ou utopia?

RIGHT TO FORGOTTEN AND ITS GEOGRAPHICAL APPLICATION OF THE DISINDEXING OF CONTENT ON THE *INTERNET*: reality or utopia?

Diego Celestino Ferreira¹

RESUMO

O presente artigo trata do direito ao esquecimento e a problemática da aplicação da desindexação de conteúdo na *internet* em todas as extensões geográficas. Também conhecido como direito de ser “deixado em paz ou de estar só”, o direito ao esquecimento é aquele inerente ao ser humano de não permitir que um determinado fato ocorrido em sua vida, ainda que seja verídico, seja continuamente exposto ao público, causando danos à dignidade da pessoa humana. A ausência de normas e procedimentos indefinidas sobre o direito ao esquecimento faz com que a desindexação de conteúdos em buscadores da *internet* deixe obscuro principalmente o processo da aplicação geográfica da desindexação, evidenciando, dessa forma, uma imprecisão e reprovação quanto à real efetividade e objetividade do direito ao esquecimento, criando por outro lado com sua aplicação, um denominador comum dos direitos de liberdade de expressão, liberdade de imprensa e de acesso à informação, valores estes expressivos na Constituição da República Federativa do Brasil/CRFB (1988).

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento; Aplicação geográfica; Realidade; Utopia

ABSTRACT

The present article treats from the right to the forgetfulness and the problem of the application of

the content deindexation in the internet in all of the geographical extensions. Also known as right of being “left alone or of being alone”, the right to the forgetfulness is that inherent one to the human being of not allowing that a certain fact happened in his/her life, although it is truthful, be exposed the public continually, causing damages to the human person’s dignity. The absence of norms and indefinite procedures on the right to the forgetfulness do with that the deindexation of contents in searchers of the internet leaves obscure principally the process of the geographical application of the deindexation, evidencing, of that form, an imprecision and disapproval as for to real effectiveness and objectivity of the right to the forgetfulness, creating on the other hand with his/her application, a common denominator of the rights of freedom of expression, freedom of press and of access to the information, values these expressive ones in the Constitution of the Federal Republic of Brazil/CRFB (1988).

Keywords: Right to Forgetfulness; Geographical application; Reality; Utopia

1 INTRODUÇÃO

Por natureza, o homem é um ser social, considerado frágil demais para viver sozinho, como já dizia o filósofo Karl Marx (1990, p. 301)², “Não é a consciência do homem que lhe determina o ser, mas, ao contrário, o seu ser social que lhe

¹ Advogado e Especialista em Direito Digital e *Compliance*. Egresso do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

² Karl Marx nascido em 1818 na cidade da Tréveris na Alemanha, foi um filósofo, sociólogo, jornalista e revolucionário socialista, autor de vários livros e teorias sobre a sociedade, a economia e a política. Defende a compreensão coletiva que as sociedades humanas progredem através da luta de classes.

determina a consciência”. Dessa forma, pode-se destacar que, para o cumprimento de sua essência e cultivo mútuo das relações na sociedade, o homem, por motivações internas e externas, acaba manifestando e compartilhando as suas ideias, vontades, convicções e pensamentos, independentemente do meio de comunicação, sendo ele pessoalmente ou por mídias sociais.

Nesse contexto, faz-se pertinente observar que o homem, quando reunido para se comunicar com os outros, acaba por colocar em prática a liberdade de expressão, promovendo a troca de experiências, propensas a causar ou não problemas nas relações com os demais indivíduos. Como bem expressa Mondin (1986, p. 154) o homem é um ser sociável, pois tem a “propensão para viver junto com os outros e comunicar-se com eles, torná-los participantes das próprias experiências e dos próprios desejos, conviver com eles as mesmas emoções e os mesmos bens.”.

É a partir desse momento, com a ocorrência e/ou diferenças nas classes sociais, que um indivíduo acaba cometendo uma conduta atípica ou algo que afete a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem de outrem, surgindo, a partir daí, a necessidade de invocar o direito ao esquecimento, tornando este último vítima dos meios de comunicação tradicionais, a exemplo da televisão, jornais e *internet*.

2 O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Surgido do campo das condenações criminais, o direito ao esquecimento, também conhecido como “the right to be let alone³”, ou seja, “direito de ser deixado em paz” ou o “direito de estar só” teve sua origem histórica através do caso *Lebach*⁴, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão no ano de 1973. Nesse caso, objetivou-se pleitear a tutela liminar para impedir a exibição de um documentário de televisão, apresentando os nomes, fotos reais e insinuando a orientação sexual dos soldados alemães da época envolvidos em uma chacina, soldados estes já condenados e com pena cumprida.

O emblemático caso da época fez com que, como mencionado, um dos envolvidos no homicídio pleiteasse a tutela liminar do direito ao esquecimento, impedindo dessa forma a exibição do programa televisivo, sob a óptica de que a exibição do documentário lesava seus direitos da vida privada e personalidade, bem como causava obstáculos para a ressocialização.

Logo, foi decidida pela corte do Tribunal Constitucional Alemão, naquela oportunidade, que, em virtude da proteção constitucional da personalidade, a imprensa não poderia explorar, por tempo indefinido, a vida privada do criminoso, fundamentando que tal exposição causava-lhe dificuldades à sua ressocialização (LIMA, 2007).

Na percepção do Tribunal Constitucional Alemão, foi limitada a liberdade de radiodifusão, pois o programa estava, de forma excessiva, colocando em ameaça a ressocialização dos condenados, e em jogo os direitos da personalidade. Nesse sentido, conforme ponderado por Bitencourt (2001, p. 139) “[...] o objetivo da ressocialização é esperar do delinquente o respeito e a aceitação de tais normas com a finalidade de evitar a prática de novos delitos.”.

Na doutrina jurídica pátria, o direito ao esquecimento possui a mesma definição originada do campo das condenações do Direito estrangeiro, que surge como uma parcela importante no direito de ressocialização do ex-detento, possibilitando a discussão do modo e finalidade de como são lembrados os fatos pretéritos, no entanto, extinguindo a probabilidade de apagar fatos e reescrever a própria história, como expressado a seguir:

Se a pessoa deixou de atrair notoriedade, desaparecendo o interesse público em torno dela, merece ser deixada de lado, como desejar. Isso é tanto mais verdade com relação, por exemplo, a quem já cumpriu pena criminal e que precisa reajustar-se à sociedade. Ele há de ter o direito a não ver repassados ao público os fatos que o levaram à penitenciária (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 374).

³ “The right to be let alone” é um termo em inglês utilizado nos Estados Unidos que significa “O direito de ficar sozinho”, que está relacionado diretamente ao direito ao esquecimento, como proteção ao direito à privacidade dos cidadãos norte-americanos.

⁴ *Lebach* é um pequeno lugarejo localizado a Oeste da Alemanha, onde em 1969 ocorreu um assassinato de soldados alemães que faziam a guarda de um depósito de munição.

Os fundamentos da pretensão protetiva do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro estão elencados através do art. 202 da Lei de Execução Penal - n. 7.210/84, no capítulo intitulado “Das Disposições Finais e Transitórias”, disposto no título “IX”, que busca o retorno ao convívio (ressocialização) do egresso do sistema prisional na sociedade, tendo como direito o sigilo dos registros criminais e suas condenações. Tem por finalidade a de que seja esquecido como sendo um ex-presidiário e reconhecido como um cidadão.

No entanto, além da garantia do sigilo das informações, o direito ao esquecimento está diretamente relacionado às questões dos direitos e garantias fundamentais constantes no dispositivo constitucional, no que tange aos direitos da personalidade, podendo citar a intimidade, a honra e a imagem do egresso do sistema prisional (SANTOS, 2013).

Nesse sentido, o apenado, além de sofrer as barreiras do preconceito e falta de oportunidades, ainda passa pelos problemas da violação da sua imagem e vida privada, através dos meios de comunicação – como televisão, rádio e *internet* – principalmente quanto aos fatos pretéritos de ampla repercussão social, conforme ponderado por Santos (2013, folhas 6):

Apesar da existência de normas como essa do art. 202 da lei de execução penal, que proíbem a divulgação de informações referentes aos egressos do sistema carcerário, em alguns casos, nem mesmo a total observância a essas normas, será eficaz para efetivar o direito ao esquecimento, como por exemplo, os casos anteriormente citados, que causaram um grande clamor social, os quais foram tão explorados pela mídia, que marcaram nas mentes das pessoas os rostos e os nomes dos envolvidos em tais crimes, que mesmo após anos se passarem, um simples comentário do nome dessas pessoas, já trará à memória todo o episódio ocorrido.

Por consequência, o direito ao esquecimento está derivado do desdobramento do direito de personalidade, sendo positivado pelos direitos fundamentais, o qual tem como motivação a tutela dos direitos à intimidade, à honra e à imagem da pessoa natural, dispostos nos artigos 11 a 21 do Código Civil brasileiro e art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil/

CRFB (RAMOS FILHO, 2014).

Por se tratar de direitos fundamentais, alguns doutrinadores afirmam que o direito ao esquecimento também pode ser embasado pelo art. 1.º, inciso III, da Constituição Federal, como decorrência da dignidade da pessoa humana, sendo considerada como base do Estado democrático, reforçando o vetor hermenêutico na adequação e compreensão de qualquer direito.

Pela observância do art. 1.º, inciso, III da Constituição Federal de 1988, pode-se notar que o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado ao patamar dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, podendo integrar as garantias fundamentais constantes do “Título I da Carta Magna”, em consonância com outros importantes valores ético-jurídicos, tais como a soberania, a cidadania, os valores sociais, do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político (RAMOS FILHO, 2014).

Entretanto, por outro lado, Borges (2009, p. 35) defende que o direito de personalidade vai além dos direitos à intimidade, à honra e à imagem, como condição própria do homem, bem como da pessoa que decorre da personalidade humana, buscando proteger o direito à vida, à integridade intelectual, ao corpo, à privacidade e à liberdade, sendo considerados os bens jurídicos fundamentais previstos na Constituição Federativa de 1988.

Para Bittar (2001, p. 56), o direito de personalidade é tido como essencial, pois não poderá o ordenamento jurídico brasileiro permitir que seu titular se desaposse dele, constituindo-se dessa forma como direito inato, relacionado a atributos inerentes à condução humana, devendo ao Estado reconhecê-lo e sancioná-lo em nível constitucional.

Assim, visto que o direito ao esquecimento está diretamente relacionado às características do direito de personalidade, pode-se destacar que os fundamentos jurídicos do direito ao esquecimento acabam por ser entrelaçados entre as normas que abrangem os direitos à privacidade, intimidade e honra. Na Constituição Federal de 1988, tais garantias estão consagradas no art. 5.º, incisos V e X, no capítulo intitulado “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, disposto no título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

De forma expressa, pode-se observar que a CRFB/88 reconhece no seu artigo 5.º, incisos V e

X, a inviolabilidade dos direitos de personalidade, assegurando o direito a quaisquer indenizações pelo dano material ou moral que seja causado à vítima, reforçando que os direitos à honra, à intimidade, à privacidade e à imagem constituem direitos fundamentais, essenciais e inerentes à pessoa humana, tutelados por dispositivos especiais contidos tanto na Constituição Federal quanto no Código Civil brasileiro.

O direito ao esquecimento tomou força no Brasil, pelo Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil de 2013 do Conselho da Justiça Federal, quando se promoveu uma discussão e chegou-se à redação final, do Enunciado 531, nos seguintes termos: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. O que se buscou foi auxiliar aos operadores do Direito sobre os pontos controversos do referido tema no Código Civil, através da doutrina e jurisprudência brasileira. A justificativa do enunciado refere-se ao artigo 11 do Código Civil. O Enunciado recebeu o seguinte texto, a título de justificativa:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mas especificamente o modo e finalidade com que são lembrados.

A proposta apontada pelo Enunciado n. 531 do CJF se baseia no argumento de que, na era da hiperinformação, o direito ao esquecimento surge como um instituto importante para a ressocialização do ex-detento, reforçando que os direitos de personalidade devem ser respeitados, sendo

inadmissível a sua irrenunciabilidade e intransmissibilidade (AGUIAR JÚNIOR; MOREIRA, 2013).

Todavia, somente foi possível observar algum vestígio histórico de manifestação acerca da aplicabilidade do direito ao esquecimento na jurisprudência, a partir do julgamento dos casos emblemáticos da Chacina da Candelária⁵ (REsp n.º 1.334.097-RJ) e Aída Curi⁶ (REsp n.º 1.335.153-RJ), conforme Canário, 2013.

Tempos depois, estes casos foram, resumidamente, abordados em documentários produzidos pela emissora Rede Globo de Televisão, através do programa “Linha Direta”, nos quais, retratando a simulação dos fatos, apontaram nomes das pessoas que haviam participado do crime, tal como reacenderam na sociedade as lembranças do crime, expondo a imagem dos envolvidos absolvidos e vítimas, violando de alguma forma a sua (deles) privacidade.

Os envolvidos recorreram contra a emissora e ambos os casos foram julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). No entanto, houve resultados distintos. Por exemplo, no julgado da Chacina da Candelária, foi decidida pela Quarta Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Gilson Dipp, o acolhimento do direito à indenização ao recorrente, considerando que, embora os fatos do crime fizessem parte da história dos crimes ocorridos no Brasil, a exibição dos nomes e imagens dos condenados e absolvidos não era necessária para que os fatos fossem retratados de forma fidedigna no programa de televisão “Linha Direta Justiça” da emissora Rede Globo.

Nesse sentido, o Tribunal entendeu que, pelo ordenamento jurídico brasileiro, existem aludidas previsões, como os artigos 93 do Código Penal, art. 798 do Código de Processo Penal, e art. 202 da Lei de Execuções Penais, assim como doutrinas, que reconhecem o direito ao esquecimento e asseguram o direito à identidade pessoal, a fim de ressocialização dos condenados na sociedade.

⁵ O caso conhecido como Chacina da Candelária ocorreu na madrugada do dia 23 de julho de 1993, em que oito meninos de rua foram mortos a tiros, supostamente por policiais militares, conforme investigações, enquanto dormiam em frente à Igreja da Candelária, localizada no centro da cidade do Rio de Janeiro. O referido crime chocou o país e repercutiu nacional e internacionalmente através dos telejornais.

⁶ Aída Jacob Curi é nome da jovem de dezoito anos que foi vítima de tortura, atentado violento ao pudor e homicídio por dois acusados, e o porteiro do Edifício Rio Nobre, em 14 de julho 1958, no Bairro de Copacabana, Rio de Janeiro. Os acusados jogaram a vítima do décimo segundo andar do edifício, com a finalidade de simular um suicídio, buscando ocultar, as agressões e as responsabilidades pelo homicídio.

Por outro lado, o caso de Aída Curi foi decidido pela Quarta Turma do STJ, sob a relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. Houve o indeferimento do reconhecimento do direito ao esquecimento, assim como do pedido de indenização aos familiares de Aída Curi, em virtude da vinculação da história da morte da jovem no programa “Linha Direta Justiça”. A decisão do STJ justificou que, por haver mais de cinquenta anos do cometimento do crime, este não causava nenhum abalo moral nos familiares da vítima (CARVALHO; DANTAS, 2013).

Por conseguinte, foi negado o pedido de tutela do direito de personalidade, por entender que a imagem da vítima não foi utilizada de forma degradante e/ou desrespeitosa. Portanto, o programa de televisão não poderia apresentar tal matéria sem desassociar o nome e as fotos reais da única vítima. Assim sendo, não seria possível que a Rede Globo apresentasse a história omitindo o nome de Aída Curi.

Além desses casos, há o registro de casos mais recentes julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) pelo REsp. 1.316.921, por exemplo, o da apresentadora “Xuxa Meneghel *versus Google Search*”, em que solicitou a desvinculação dos índices de busca dos resultados relativos à pesquisa sobre a expressão “Xuxa pedófila”, que, conseqüentemente, viralizou devido à participação da apresentadora em um filme brasileiro de 1982, de nome “Amor, estranho amor” (SANTANA; SILVA, 2015).

Diante de interposição do Recurso Especial, foi deferido pela Terceira Turma do STJ, por unanimidade, sob a Relatora da Ministra Nancy Andrighi, a impossibilidade e bloqueio do conteúdo de pesquisas feitas por cada usuário, no que tange às expressões “Xuxa pedófila” ou qualquer outra que associasse o nome da autora na prática criminosa, com a justificava de que a *Google Brasil Internet Ltda.* não teria como aplicar tais filtros nos provedores de conteúdo, por não terem total controle dos “links” nos provedores de busca. Assim sendo, não pode ser considerado como um produto defeituoso, conforme mencionado no art. 14 do Código do Direito do Consumidor (CDC).

Ademais, foi sustentado pelo STF que, em

virtude da circulação em massa de informações na *internet*, não pode ser aceita a desvinculação de informações nos provedores de busca da *internet*, uma vez que desqualifica a liberdade de expressão e acesso à informação, garantidos pelo art. 220, § 1.º, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB).

Por fim, o STF concluiu que não cabia à autora a proteção do direito ao esquecimento, no que se refere à desvinculação dos índices de busca aos resultados relativos à pesquisa sobre a expressão “Xuxa pedófila”, alegando que tal proibição reforça e facilita a pesquisa do conteúdo.

Esses foram os primeiros casos julgados de maior repercussão que originaram o surgimento da tutela do direito ao esquecimento no Brasil, fazendo com que os direitos da personalidade em alguns predominassem, em face da liberdade da informação e em outros não.

3 A APLICAÇÃO DA DESINDEXAÇÃO DE CONTEÚDOS EM BUSCADORES DA INTERNET

Especificamente nos países europeus, a desindexação de conteúdos nos buscadores da *internet* é baseada na decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 29 de maio de 2014, e na interpretação da Diretiva Europeia 95/46/CE⁷, conforme a criação das chamadas “Autoridades Independentes” de cada país europeu. Trata-se de proteção dos dados pessoais, podendo ser recebidas pelos usuários considerando os direitos do usuário sob a óptica da tutela do direito ao esquecimento, a fim de garantir o direito de retificação, apagamento ou bloqueio de dados do cidadão interessado. Conforme a doutrina,

Para agir em defesa dessa proteção de dados pessoais, previu-se nesse documento a criação de autoridades independentes para efetivar essa proteção. Sendo assim, os seguintes países europeus apresentam Autoridades Independentes para a proteção de dados pessoais: Áustria, Bélgica, Bulgária, Croácia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países

⁷ A Diretiva Europeia 95/46/CE é um documento criado em 1995 pelo Parlamento Europeu e do Conselho, no qual prevê a proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação de dados na internet.

Baixos, Polônia, Portugal, Romênia, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Suíça e Reino Unido (GONÇALVES, 2016, folhas 52).

Dessa forma, levando-se em conta a Diretiva 95/46/CE, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), através do julgamento de um caso emblemático, decidiu que qualquer cidadão que sinta inadequada, irrelevante e/ou excessiva a exposição de seus dados pessoais, poderá solicitar à autoridade a desindexação dos conteúdos nos buscadores da *internet*, através do preenchimento do Formulário *online* (válida somente no território da União Europeia) disponível pela empresa *Google Inc.*, podendo as remoções ser acompanhadas pelo “*Transparency Report*”.⁸

Os pedidos recebidos pelos usuários são analisados caso a caso, sendo alguns pedidos deferidos integral e/ou parcialmente, e outros indeferidos integralmente, considerados, dessa forma, os direitos do indivíduo e o interesse do público no conteúdo. Ainda que a avaliação de remoção dos pedidos das URL’s⁹ seja analisada pela *Google Inc.* individualmente, em sendo identificada a insuficiência de informações prestadas pelo usuário, poderá a empresa solicitar ao indivíduo novas informações, fazendo com que os critérios estejam alinhados com as diretrizes da decisão. Como ponderado pela *Google Inc.*:

Avaliamos cada pedido caso a caso. Em alguns casos, podemos solicitar ao indivíduo mais informações. Nós estabelecemos cuidadosamente critérios em alinhamento com as diretrizes do grupo de trabalho do artigo 29. Depois que um pedido é enviado a nós através do nosso *webform*, ele é submetido a uma revisão manual. Não há categorias de pedidos que são automaticamente rejeitados por humanos ou por máquinas. Uma vez que chegarmos a uma decisão, o indivíduo receberá um *e-mail* informando-o de nossa decisão e, se não removermos o URL, uma breve explicação.

Com a criação do formulário *online*, após a

Sentença da TJUE em determinar a desindexação de conteúdos nos buscadores da *internet*, a empresa *Google Inc.* recebeu doze mil pedidos de direito ao esquecimento, em apenas um dia, de cidadãos europeus que pretendiam a retirada de links de informações da *internet*, a fim de proteção dos dados pessoais (GOOGLE, 2014).

Diferentemente dos países europeus, no Brasil a legislação específica para a desindexação de conteúdos em buscadores da *internet* territorial já é, por si só, um desafio para o cumprimento dos pedidos de retirada de conteúdo dos usuários da *internet*. Isso, por não haver no ordenamento jurídico brasileiro normas taxativas sobre a regulação do direito ao esquecimento, uma vez que os pedidos de direito ao esquecimento no território brasileiro estão sendo requeridos com base nas jurisprudências, doutrinas e dispositivos previstos no art. 202 da Lei de Execuções Penais, art. 93 do Código Penal e art. 748 do Código de Processo Penal, assim como nos que norteiam a proteção do direito de personalidade e dignidade da pessoa humana. Estes últimos podem ser vislumbrados nos art. 11 a 21 do Código Civil, e art. 1.º, inciso III, e art. 5.º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988. E também é fundamento jurídico o Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil de 2013, do Conselho da Justiça Federal.

Nem mesmo a Lei do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14), dispositivo regulatório mais recente que estabelece os princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da *internet* no Brasil, previu de forma categórica e íntegra a pretensão de remoção de conteúdos em buscadores da *internet*.

[...] o artigo 19 do Marco Civil da Internet não previu de forma expressa um direito de desvincular conteúdo da *web*, mas um sistema de responsabilização dos provedores de aplicação da *internet* por danos decorrentes de conteúdos de terceiros. Esses provedores poderão ser responsabilizados se existir ordem judicial nesse sentido. Constatamos que o Marco Civil, em seu artigo 19, § 4.º, dispôs também sobre a possibilidade de antecipação da

⁸ *Transparency Report* é uma palavra em inglês que significa “Relatório de transparência”, criado pela *Google Inc.* para informar através de relatórios e gráficos pedidos de remoção de conteúdos de pesquisa da *internet* em cumprimento da legislação europeia sobre privacidade.

⁹ URL é uma sigla em inglês que corresponde às palavras “Uniform Resource Locator”, que traduzida para o português significa “Localizador Uniforme de Recursos”, no qual se refere ao endereço de rede onde se encontra algum recurso informático.

tutela nessa ordem judicial (GONÇALVES, 2016, folhas 88).

Antes da promulgação da Lei do Marco Civil da Internet, o pedido de desindexação de conteúdos em buscadores da *internet* no Brasil ocorria por uma simples “Notificação Extrajudicial” enviada pelo usuário lesado ao provedor e/ou rede que, posteriormente, fazia uma avaliação sobre a solicitação recebida, optando pela retirada ou não do material. No entanto, caso o conteúdo não fosse retirado, o provedor responderia solidariamente pela postagem de terceiros e danos causados à pessoa (COTS; OLIVEIRA, 2014).

Com o advento do Marco Civil da Internet, foram implantadas regras específicas para a desindexação de conteúdos da *internet*, buscando orientar os usuários sobre os meios legais e necessários para o pedido de retirada de conteúdo, regulando, assim, a responsabilidade dos indivíduos causadores de danos a outrem. No entanto, a Lei n. 12.965/14 não previu em seus dispositivos a desindexação ampla de conteúdos da *internet*, deixando taxativo a retirada apenas de conteúdo gerados por terceiros.

Antes de qualquer coisa é importante ressaltar que o MCI não regula toda a retirada de conteúdo da *internet*, mas apenas o conteúdo gerado por terceiros, como canais de vídeos públicos, redes sociais, sites de compartilhamentos, entre outros. Dessa forma, não entra na regra sites de notícias, canais de vídeos privados, comércio eletrônico, etc., vez que o conteúdo é apresentado como próprio, o que atrai a responsabilidade para o seu proprietário (COTS; OLIVEIRA, 2014).

Além de o Marco Civil da Internet não prever a forma de desindexação ampla de outros conteúdos da *internet*, os provedores respondem aos pedidos de remoção de conteúdos da *internet* apenas através de Ordem Judicial de “Ação de Obrigação de Fazer” e indicação dos URLs a serem removidos, ficando desnecessária a avaliação do conteúdo na *internet*. Neste caso, o provedor é obrigado a realizar a desindexação, sob pena de responder civilmente por descumprimento de Ordem Judicial e pelos danos causados ao lesado.

Atualmente, porém, essa avaliação que o

provedor do conteúdo precisava fazer se tornou praticamente desnecessária, vez que, em regra, somente terá a obrigação de retirar o conteúdo mediante ordem judicial. Não qualquer ordem, mas uma que “deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material” (parágrafo 1.º, art. 19). A exceção, porém, é a seguinte: a retirada de material que contenha imagens, vídeos ou outros materiais com cenas de nudez ou de atos sexuais deve ocorrer também mediante mera notificação extrajudicial por parte do interessado, não havendo necessidade de ordem judicial (COTS; OLIVEIRA, 2014).

A Ordem Judicial que a Lei do Marco Civil da Internet exige para a desindexação de conteúdo na *internet* deverá conter a identificação clara, específica e objetiva do conteúdo indicado como ilegal, com a relação e localização dos materiais (URLs), como bem expressa o § 1.º do art. 19 da Lei n. 12.965/14, artigo assim descrito:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de *internet* somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1.º A ordem judicial de que trata o *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

[...]

Todavia, observa-se que, no que fere os conteúdos e materiais decorrentes da violação dos direitos da intimidade do indivíduo, como imagens e vídeos de cenas de nudez, atos sexuais e/ou racistas, o interessado poderá requerer a desindexação do conteúdo na *internet* via notificação extrajudicial, conforme prevê o art. 21, parágrafo único, da Lei n. 12.965/14, como exposto:

Art. 21. O provedor de aplicações de *internet* que disponibilize conteúdo gerado

por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Parágrafo único. A notificação prevista no *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido.

Com a exceção no que tange à violação dos direitos da intimidade do indivíduo, não significa que o provedor deve aguardar a desindexação dos conteúdos da *internet* apenas com notificação extrajudicial, pois estes deverão ser retirados independentemente de notificação, quando identificados conteúdos que contrariam os termos, normas de uso e/ou políticas internas do provedor (LEONARDI, 2005, p. 16).

Conforme as mudanças da solicitação de desindexação de conteúdos nos buscadores da *internet* com o advento da Lei do Marco Civil da Internet, percebe-se, no que se refere à proteção do interessado lesado, que houve uma ruptura na sistemática dos dispositivos do Marco Civil da Internet, burocratizando e dificultando o pedido de desindexação, deixando de ser uma simples notificação para constituir-se pedido com ordem judicial.

3.1 As Barreiras Encontradas pelos Usuários

Como visto, cada país possui seu modelo próprio e forma de garantia do direito ao esquecimento, buscando a proteção do direito de personalidade (à honra, à intimidade, à privacidade e à imagem) do indivíduo que se sentir lesado pela exposição de informações privadas. No entanto, percebe-se que o direito ao esquecimento acaba por não ser tão eficaz como pretendido, uma vez

que as normas e legislações existentes não determinaram se a aplicação da desindexação de conteúdo nos buscadores da *internet* deveria ser feita pela *Google Inc.* apenas no campo geográfico do país ou abranger todas as localizações geográficas do globo.

A própria Europa, por ter atualmente um modelo mais eficiente no pedido de direito ao esquecimento, não previu, com a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), a extensão geográfica das desindexações. Tampouco se deviam ser feitas em todas as versões do *Google Inc.* Sobre o tema, há o seguinte texto:

Ocorre que a decisão do TJUE não determinou se as desvinculações deveriam ser feitas pela Google em todas as suas versões, ou apenas nas versões europeias. Estamos nos referindo ao questionamento a respeito da desvinculação da URL apenas quando se pesquisa no índice do google.fr, por exemplo, ou também quando se busca no índice do google.com (GONÇALVES, 2016, p. 54).

A problemática da desindexação do conteúdo em buscadores além do território surgiu através do pedido da Comissão Nacional de Informática e de Liberdade (CNIL, autoridade francesa que atua em prol da tutela de dados no país de origem) em conformidade com a decisão do TJUE, de desvinculação de dados pessoais não apenas nos índices de pesquisa dos domínios europeus, ou seja, do google.fr, mas também de todas as outras extensões existentes, como google.com, google.co.jp, e outras de todos o mundo (BRITO, 2017).

Dessa forma, o principal problema tratado neste estudo, diz respeito à ausência de normas e critérios que estabeleçam a aplicação geográfica da desindexação de conteúdos nos buscadores da *internet*, assim como elucidar sobre o posicionamento da empresa *Google Inc.* quanto à desindexação de conteúdos em buscadores além da extensão geográfica do país de origem.

Em 2015 foi publicada uma nota da empresa *Google Inc.*, através do Google Europe Blog, com o título “*Implementing a European, not global, right to be forgotten*”¹⁰ no qual foram reforçados

¹⁰ “*Implementing a European, not global, right to be forgotten*” é um frase em Inglês que, traduzida para o Português, significa “Implementando um europeu, não global, direito a ser esquecido”, no qual se refere ao título da matéria divulgada pela Google no Blog da Europa.

pontos de vista da empresa na *internet* e na sociedade sobre o direito de esquecimento europeu e não global.

O primeiro ponto levantado pela empresa *Google Inc.* para não aplicação da extensão geográfica da desindexação de conteúdos nos buscadores da *internet* diz respeito à autoridade independente de cada país. Ou seja, nenhum país poderia ter autoridade sobre o que os demais poderiam acessar. Como ponderado por Gonçalves (2016, p. 54):

Posicionando se a respeito, o Google acabou por implementar essas desvinculações junto aos seus diretórios apenas europeus, mencionando que essa implementação do direito ao esquecimento na era digital seria europeia, e não global. Uma das razões para essa conclusão foi que o Google considerou que nenhum país deveria ter a autoridade sobre qual conteúdo o outro país poderia acessar. Além disso, o Google ponderou que a grande maioria da população de usuários franceses – atualmente cerca de 97% – acessa a versão do google.fr.

A segunda justificativa da empresa *Google Inc.* em não implementar as desindexações dos conteúdos além do território europeu, foi que os buscadores operam por diferentes versões, e que estas já são pré-direcionadas aos usuários por território, ou seja, para os cidadãos franceses estão disponíveis apenas as buscas pelo *google.fr*, os cidadãos brasileiros através do *google.com*. E assim ocorre com cada país que utiliza os buscadores do *Google Inc.* (IMPLEMENTING, 2015).

O terceiro argumento utilizado pela *Google Inc.* foi que as extensões das desindexações não poderiam ser feitas, pois a legislação europeia não poderia ultrapassar os limites geográficos e ser aplicada em outros países, uma vez que a técnica abrangente de desindexação dos conteúdos está limitada apenas aos países europeus, conforme decisão do TJUE (IMPLEMENTING, 2015).

O quarto motivo apresentado foi que, sendo utilizada essa técnica de extensão das desindexações, a empresa poderia sofrer represálias dos regimes políticos repressivos de alguns países, bem como ser censurada, pois, em alguns países, certos conteúdos da *internet* são

considerados ilegais, conforme o ordenamento jurídico interno e, em outros, podem ser considerados legais, sob a legislação de outro (IMPLEMENTING, 2015).

A esse respeito, Gonçalves (2016, p. 54), assim exemplifica:

Portanto, segundo o Google, poderiam existir casos em que certo conteúdo da *web* é declarado ilegal sob o fundamento jurídico de um determinado país, mas que seria considerado legal sob a legislação de outro país. Um exemplo são as informações que seriam reputadas como ilegais, pois são consideradas como “propaganda *gay*” na Rússia.

Com base no quarto motivo exposto pela *Google Inc.*, pode-se considerar um quinto e último motivo pelo qual não seria viável a extensão das desindexações: que seria a criação de um denominador comum do padrão de liberdade de expressão e/ou censura à informação geograficamente em todos os países, deixando de haver aplicabilidade da proteção do direito de privacidade, diferentemente nos demais países (IMPLEMENTING, 2015).

Tendo em vista a análise da discussão do surgimento da problemática sobre a extensão geográfica da desindexação de conteúdos da *internet*, e também do posicionamento da empresa *Google Inc.*, conclui-se, através deste subtítulo, que existem diversas motivações que podem causar conflitos, principalmente, motivações políticas e de direitos, entre os países. Como exposto pela *Google Inc.*, a questão deve ser repensada, pois “Acreditamos que nenhum país deve ter a autoridade para controlar o conteúdo que pode ser acessado por alguém em um segundo país.”

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade vive atualmente marcada pela era da hiperinformação, na qual o indivíduo, independentemente de sua escolha, está sujeito aos acontecimentos e resultados de uma tecnologia, cujo nome “internet” sem fronteiras e leis, criada inicialmente com o objetivo de aproximação das pessoas, tem-se tornado também um promovedor de conflitos políticos, jurídicos, econômicos e sociais, fazendo com que sejam feitas escolhas

entre normas e legislações fundamentais à dignidade da pessoa humana, como os direitos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem sejam deixadas de lado em detrimento de outras, para satisfazer e garantir a liberdade de expressão e o acesso à informação.

Neste contexto, surge o direito ao esquecimento como uma alternativa e faculdade que o indivíduo possui em afastar ou proibir que determinado fato ocorrido no passado, mesmo sendo verídico, seja revivido alastrando incontrolavelmente pelos meios de comunicação disponíveis, buscando garantir no mínimo uma parcela da tutela dos direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, observa-se que, para a tutela do direito ao esquecimento no que se refere à extensão geográfica da desindexação de conteúdos na *internet*, existem dois pesos e duas medidas, que contribuem por se tornar um direito complexo e subjetivo e também pouco uniforme no que tange à legislação deficitária de normas claras que regulamentem e protejam os bens jurídicos sob a ótica das soluções protetivas da pessoa humana.

Portanto, diante da falta de legislação clara e procedimentos objetivos que regulem o “direito de ser esquecido”, percebe-se através deste estudo que tanto nos países europeus, quanto no Brasil e/ou até mesmo em qualquer país do mundo, ainda não se consegue falar em uma extensão geográfica da desindexação de conteúdos na *internet*, sendo considerado pela própria empresa *Google Inc.* e alguns doutrinadores como uma criação de parâmetros de desindexação improvável, tornando-se uma utopia no campo do direito ao esquecimento.

Evidenciou-se que para a aplicação da extensão aplicação geográfica da desindexação de conteúdos nos buscadores da *internet* na atualidade, seria necessária o alinhamento e adesão de alternativas que evitassem criar um cenário padrão de direito de liberdade de expressão e/ou direito de personalidade, entendida diferentemente em cada país, fazendo com que uma lei de determinado país se torne legal em outro, criando a autoridade para controlar o conteúdo que alguém em outro país possa acessar.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de; MOREIRA, Meneses Fialho Moreira. Enunciados aprovados na VI Jornada de Direito Civil – n.º 531. Conselho de Justiça Federal, 2013. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130607-02.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Diário Oficial [da] República Federativa dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro, DF, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jul. 1984.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Retificado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2007.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da]*

República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.316.921/RJ (2011/0307909-6). Relatora: Min. Fátima Nancy Andrihgi. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 29 jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.334.097"RJ, Quarta Turma. Rel.: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 set. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.335.153"RJ, Quarta Turma. Rel.: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 set. 2013.

BRITO, Ana. O caso que pode mundializar o “direito ao esquecimento”. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2017/05/13/sociedade/noticia/o-caso-que-pode-mundializar-o-direito-ao-esquecimento-1771985>>. Acesso em: 30 ago.2017.

CANÁRIO, Pedro. STJ aplica “direito ao esquecimento” pela primeira vez (5.7.2013). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-05/stj-aplica-direito-esquecimento-primeira-vez-condena-imprensa>>. Acesso em: 26 ago. 2017.

CARVALHO, Ivan Lira de; DANTAS, Rafael Levino. Direito ao esquecimento: delineamentos a partir de um estudo comparativo de leading cases das jurisprudências alemã e brasileira. In. Encontro Nacional do CONPEDI, XXII. 24f. 2013. São Paulo. Direitos Fundamentais e Democracia I. Florianópolis: CONPEDI, 2013. v. 22. p. 336-359. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/>

livro.php?gt=89>. Acesso em: 23 maio 2017.

COMISSÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Jornal Oficial n.º L 281, de 23.11.1995 p. 0031-0050.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. Sistemática de retirada de conteúdo da internet piorou com o Marco Civil (10.09.2014). Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-10/sistema-retirada-conteudo-internet-piorou-marco-civil>>. Acesso em: 9 ago. 2017.

DELISTING URLs from Google Search for privacy. Transparency report. Disponível em: <<https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview>>. Acesso em: 30 ago.2017.

GONÇALVES, Luciana Helena. O Direito ao esquecimento na era digital: desafios da regulação da desvinculação de URLs prejudiciais a pessoas naturais nos índices de pesquisa dos buscadores horizontais. 2016. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento)–Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, São Paulo, 2016.

GOOGLE recebeu 12 mil pedidos de “direito ao esquecimento” em um dia. Folha de São Paulo TEC. 2-6-2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/06/1463681-google-recebeu-12-mil-pedidos-de-direito-ao-esquecimento-em-um-dia.shtml>>. Acesso em: 8 jun. 2017.

IMPLEMENTING a european, not global, right to be forgotten (30.07.2015). Disponível em: <<https://europe.googleblog.com/2015/07/implementing-european-not-global-right.html>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

LEONARDI, Marcel. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

LIMA, George Marmelstein. Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha. 2007. Disponível em: <<http://georgemlima.xpg.uol.com.br/alemanha.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

MARX, Karl. Prefácio de contribuição à crítica de economia política. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras completas*. v. 1. São Paulo: Alfa-Ômega, 1990.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONDIN, Battista. *O homem, quem é ele?* São Paulo: Paulinas, 1986.

RAMOS FILHO, Evilário Almeida. Direito ao esquecimento *versus* liberdade de informação e de expressão: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação. 2014. 75f. Trabalho de Pós-graduação Lato Sensu (Especialização em Direito Constitucional)–Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, ESMEC,

Fortaleza/CE, 2014.

SANTANA, Patrícia Mylla do Nascimento; SILVA, Wladimir Correa e. Direito ao esquecimento: uma análise do caso Xuxa Meneghel vs. Google Search sob a perspectiva dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade. 2015. 20f. Artigo Científico (Trabalho de Graduação em Direito)–Universidade Tiradentes, Unit, Aracaju, 2015.

SANTOS, Raphael Alves. O direito ao esquecimento dos condenados (14.06.2013). Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5781/O-direito-ao-esquecimento-dos-condenados>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

SOLICITAR remoção de conteúdo indexado na Pesquisa Google com base na lei europeia de proteção de dados. *Disponível em*: <https://support.google.com/legal/contact/!r_eudpa?product=websearch>. Acesso em: 1.º maio 2017.

Submissão em: novembro de 2017.
Pareceres favoráveis em: março de 2018.

A TUTELA RECURSAL NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES A PARTIR DA PERSPECTIVA DO DUPLO JUÍZO DE MÉRITO COMO GARANTIA INDIVIDUAL DO JURISDICIONADO

Igor Coelho Antunes Ribeiro¹

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a análise dos recursos nos Tribunais Superiores à luz do duplo juízo de mérito. O vetor teleológico dos recursos baseia-se no mote central de que em qualquer relação processual, marcada pela polarização de dois ou mais indivíduos, podem surgir divergências acerca da aplicação dada pelo juiz à disciplina material ou processual. A ideia do reexame surge, pois, a partir do desejo de que o aplicador do direito, no exercício da tutela jurisdicional do Estado, conduza um litígio empregando-lhe mecanismos alheios à pretensão do jurisdicionado. A efetivação de direitos depende das garantias contempladas no próprio ordenamento, motivo pelo qual não se pode conceber que sua apreciação seja realizada num único momento. O objetivo é demonstrar a importância da garantia do duplo grau de jurisdição como instrumento de justiça processual, tendo como problema a indagação de que, por vezes, a tutela recursal não dá ensejo à instauração de nova instância. Dá-se a essa perspectiva o nome de duplo juízo de mérito, o que se pretende analisar à luz da efetiva prestação do exercício jurisdicional. Para o desenvolvimento dessa pesquisa, adotar-se-á o método hipotético-dedutivo de abordagem, que inicialmente será feito de modo argumentativo a partir da análise dos procedimentos adotados nos recursos apreciados nos Tribunais Superiores, bem assim dos principais aspectos acerca da redefinição do duplo grau de jurisdição.

Palavras-chave: Recursos. Duplo grau de jurisdição. Tribunais Superiores.

PROTECTION UNDER APPEAL COURTS HIGHER FROM THE DOUBLE MERIT JUDGEMENT PERSPECTIVE AS PERSONAL GUARANTEE CLAIMANTS

ABSTRACT

This work has the scope to analysis of resources in high courts in light of the double merit of judgment. The teleological vector of resources is based on the central theme that any procedural relationship, marked by polarization of two or more individuals, there may be disagreement about the application given by the judge to discipline substantive or procedural. The idea of the review arises, therefore, from the desire that the right applicator, in the exercise of judicial protection of the State, leads a dispute employing him mechanisms unrelated to the claimants claim. The realization of rights depends often guarantees contemplated in the legal system, why cannot conceive that its assessment is carried out in a single moment. The objective is to demonstrate the importance of the guarantee of two levels of jurisdiction and procedural instrument of justice, with the problem the question that sometimes the court protection does not give rise to the establishment of new instance. Gives to this perspective the name of dual judgment of merit, to be analyzed in the light of the effective provision of judicial exercise. For the development of this research, it will be adopted the hypothetical-deductive method approach, which will initially be made of argumentative way from the analysis of the procedures adopted in the resources enjoyed

¹ Mestrando em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES. Pós-graduado em Direito Público e em Direito Processual Civil. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho.

the Superior Courts, as well as the main aspects about the double reset degree of jurisdiction, resulting in the need to resize the guarantee of two levels of jurisdiction.

Keywords: Resources. Double degree of jurisdiction. Superior Courts

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisará a tutela recursal no âmbito dos Tribunais Superiores à luz das garantias processuais do jurisdicionado, em especial o duplo juízo de mérito como redimensionamento do duplo grau de jurisdição, corolário do Estado Democrático de Direito.

O objetivo geral do trabalho é demonstrar a necessidade de redimensionamento da garantia do duplo grau de jurisdição a partir da tutela de apreciação recursal no âmbito dos Tribunais Superiores. Também será objeto de análise a demonstração da importância da garantia do duplo grau de jurisdição como instrumento de justiça processual, identificar os dissensos doutrinários acerca da natureza jurídica do princípio do duplo grau de jurisdição, além de analisar os recursos previstos na Constituição Federal de 1988 que serão interpostos diretamente perante os tribunais superiores.

Tal panorama convida, pois, a uma análise dos recursos direcionados às instâncias superiores, distinguindo-os e, sobremaneira, percorrendo os vetores axiológicos que sustentam o duplo grau como método garantidor de reapreciação das decisões judiciais que guardam incompatibilidade com o ordenamento jurídico.

Isso porque, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, alguns direitos foram estatuídos ao panorama de fundamental. Referidos direitos compõem o núcleo essencial do texto constitucional, deles se extraindo os consectários gerais do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, da ordem social. Além desses direitos, fundamentais à existência humana digna, o artigo 5.º da Constituição Federal contempla também garantias, instrumentos asseguradores do efetivo exercício dos direitos fundamentais, evidenciando-se uma verdadeira relação de instrumentalidade da interface entre os

direitos e garantias outrora consagrados.

Ocorre, todavia, que a garantia do duplo grau de jurisdição, compreendida como a necessidade de nova análise de julgamento como consequência natural da marcha processual, não se encontra expressamente prevista no referido rol.

Surge, então, a necessidade de averiguar, diante de tais casos, se o duplo grau de jurisdição consagra-se como garantia processual fundamental do jurisdicionado, dando-lhe interpretação sistemática para reconhecermos a imprescindibilidade da sua redefinição segundo o fenômeno da efetividade da tutela jurisdicional.

Para o desenvolvimento dessa pesquisa, adotar-se-á o método hipotético-dedutivo de abordagem, que inicialmente será feito de modo argumentativo a partir da análise dos procedimentos adotados nos recursos a serem apreciados nos Tribunais Superiores, bem assim dos principais aspectos acerca da redefinição do duplo grau de jurisdição.

O presente trabalho perpassará, portanto, pela análise processual dos recursos inerentes às instâncias superiores, abordará aqueles que possuem índole constitucional, além da existência de tal consectário processual no mundo jurídico.

2 O DUPLO JUÍZO DE MÉRITO COMO FUNDAMENTO DE REAPRECIAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS

O duplo grau de jurisdição consagra-se como verdadeira garantia, revertendo-se eventuais equívocos judiciais em instrumentos de justiça processual. Referido instituto, porém, possui dupla dimensão: a análise do provimento jurisdicional pelas instâncias superiores e sua mera reapreciação, que, por vezes, não dá ensejo à instauração de nova instância, conforme passa a ser demonstrado.

2.1 Do Duplo Grau de Jurisdição ao Duplo Juízo de Mérito: uma Abordagem de novas Perspectivas da Reapreciação das Decisões Judiciais

Tendo em vista a natural falibilidade das condutas humanas, nada mais natural que também no ordenamento jurídico não fosse um único sujeito – o juiz – imune a falhas e equívocos, tomando

decisões definitivas sem que qualquer pessoa possa questioná-las. A própria manifestação de vontade interna de quem se vê diante de uma sentença desfavorável traduz um comportamento involuntário de não aceitação, a pretender, no mínimo, nova análise do mérito.

Soma-se a isso o fato de que “o juiz único poderia tornar-se despótico, sabedor de que sobre as decisões não haveria controle algum”, conforme adverte Nery Júnior (2000, p. 39).

Resta observar, porém, se a garantia da reapreciação de mérito encontra-se respaldada no sistema jurídico interno.

Basta uma simples leitura do texto constitucional para se observar que não há nenhum dispositivo que contemple o duplo grau de jurisdição como garantia constitucional explícita. Implicitamente, todavia, a própria Constituição Federal, ao criar Juízos e Tribunais, estabeleceu uma estrutura organizacional do Poder Judiciário que compete, dentre outras funções, promover o controle dos atos judiciais e julgar os recursos de instâncias inferiores sempre que qualquer litigante se mostre inconformado com o tratamento judicial aplicado em seu desfavor.

Já que o duplo grau de jurisdição é erigido à categoria de garantia fundamental de boa justiça, deve ter lugar de destaque em toda a ordem jurídica. Seguindo essa tendência, os ordenamentos modernos dos povos ocidentais têm previsto referido princípio em suas Constituições. E, no Brasil, é a própria Constituição Federal que dá a tônica, os contornos e os limites do duplo grau de jurisdição. Assim, para que se efetive o binômio segurança-justiça, os litígios não poderiam perpetuar-se no tempo, a pretexto de conferirem maior segurança àqueles que estão em juízo buscando a atividade jurisdicional substituidora de suas vontades (NERY JÚNIOR, 2000, p. 40).

Para aqueles que sustentam a ideia de que o duplo grau de jurisdição encontra substrato na própria Constituição, referido princípio encontra-se, por óbvio, limitado pelo próprio texto constitucional, haja vista a expressa menção dos casos em que seria possível a interposição de recursos aos Tribunais Superiores – como ocorre com os Recursos Especial e Extraordinário. Compete ao legislador infraconstitucional, a partir

daí, tornar efetiva a garantia do duplo grau.

Essa ideação, todavia, não goza de prestígio de parte da doutrina, que prefere lhe negar a existência ao fundamento de que a possibilidade de interposição de recursos aos órgãos superiores de jurisdição não significa necessariamente garantir o duplo grau.

Ora, se fosse intenção do legislador constitucional – ao prever os recursos aos tribunais superiores – garantir o direito ao recurso de apelação, não teria ele aberto a possibilidade da interposição de recurso extraordinário (que só é admissível para fins limitados, não constituindo meio de impugnação da “justiça” das decisões) contra decisão de primeiro grau de jurisdição. Na realidade, quando a Constituição garantiu o recurso extraordinário contra decisão de primeiro grau, afirmou que o direito ao duplo grau não é imprescindível ao devido processo legal. Portanto, não há razão para estar presente, na Lei dos Juizados Especiais, um duplo juízo sobre o mérito, como está previsto atualmente (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 493).

Não obstante sua natureza jurídica, o princípio do duplo grau de jurisdição é consectário processual que induz que todo provimento judicial deve ser revisto, não necessariamente por órgão superior, mas que proporcione ao litigante nova discussão acerca do seu inconformismo, motivo pelo qual o direito processual civil brasileiro consagra a ideia da existência de um duplo juízo sobre o mérito – e não necessariamente de jurisdição.

De toda sorte, analisando-se o duplo grau apenas a partir da rediscussão de um provimento judicial em uma instância superior, adverte a doutrina que nem toda demanda rende ensejo ao princípio do duplo grau de jurisdição, a exemplo das ações originárias de competência dos tribunais superiores.

A competência originária conferida em certas situações aos tribunais superiores possui intrínseca ligação com o princípio da segurança jurídica, tendo em vista “a experiência dos juízes componentes do tribunal e, principalmente, o fato de que a decisão deve ser proferida por órgão colegiado, pois, como se sabe, no Brasil o primeiro grau de jurisdição é ordinariamente exercido por juiz monocrático.”, conforme adverte Nery Júnior (2000, p. 47).

Segundo Wambier e Talamini (2012, p. 68), o duplo grau de jurisdição também guarda ligação com outros dois princípios constitucionais, a ampla defesa e o contraditório, “em respeito ao qual se deve evitar a hipótese de falta de controle das decisões judiciais, pela parte (por meio dos recursos) e pelo próprio Poder Judiciário (pelo provimento ou desprovimento dos recursos)”.

Ressalte-se, por oportuno, que segundo a natureza voluntária dos recursos, cujo manifesto de vontade é requisito essencial à sua caracterização, o duplo grau de jurisdição obrigatório, também chamado de reexame necessário, é incompatível com a natureza recursal, não se podendo atribuir tal natureza a referido instituto.

Ao se colocar o princípio do duplo grau de jurisdição no centro de análise, todavia, temos a difícil tarefa de distinguir referido princípio como pressuposto de subordinação jurisdicional hierárquica e de própria garantia legal. É que numa primeira análise, o duplo grau de jurisdição revela-se como instrumento garantidor da justiça processual, mas que necessita de ser redimensionada à luz da efetiva prestação da tutela jurisdicional.

Chioenda (1942) *apud* Marinoni e Arenhart (2012, p. 488), a partir dessa perspectiva, alerta que “não é possível a pluralidade das instâncias se fundar, no direito moderno, na subordinação do juiz inferior ao superior, por não dependerem os juízes, quanto à aplicação da lei, senão da lei mesma.”. Isso se justifica a partir do seu vetor teleológico de propiciar ao vencido a revisão do julgado, não se tratando o recurso, pois, de uma reclamação contra a autoridade que o proferiu, mas de verdadeiro inconformismo quanto à aplicação das regras jurídicas.

Em linhas gerais, não se pode afirmar que o controle da decisão prolatada coincida com qualquer tipo de controle da atividade do magistrado, eis que a tutela recursal tem por pretensão exclusiva a de oportunizar ao vencido o direito à revisão daquilo que lhe foi contrário.

A afirmação comum de que o recurso interposto em órgão composto com juízes mais experientes tem maior possibilidade de surgir soluções que mais bem se adaptem ao mundo jurídico, quase sempre presente nas discussões dessa natureza, também está longe de ser

unanimidade.

Por outro lado, não se pode negar que o duplo grau de jurisdição tende a influenciar psicologicamente o magistrado a exercer com maior responsabilidade suas funções, mormente pelo fato de que este estará sempre ciente do potencial de seu provimento ser revisto por outro órgão.

Outra importante questão acerca do postulado processual em análise encontra-se na Lei dos Juizados Especiais. A Lei 9.099/95, logo em seu artigo 2.º, preceitua que os processos de menor complexidade, notadamente aqueles cujo valor da causa não exceda o montante de quarenta salários mínimos, serão regidos pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. A oralidade, consectário do princípio da imediação, oportuniza ao juiz que tenha assistido o pleno desenvolvimento da dilação probatória a possibilidade de presidir a coleta de provas e de formar sua convicção segundo as impressões extraídas das manifestações de ambas as partes. Eventual inconformismo, todavia, será julgado em sede de recurso pelo próprio Juizado Especial por um colegiado composto de três juízes em exercício no primeiro grau de jurisdição, a teor do que dispõe o artigo 41 da referida legislação, revelando-se contraditório o julgamento por autoridades que não hajam estabelecido contato direto com os jurisdicionados.

Registre-se, ainda, que a demora na prestação jurisdicional, anseio tão aclamado no direito processual civil moderno, tem se transformado em verdadeiro substrato da não exigência de revisão diante de causas em que dificilmente se chegaria à conclusão diversa, tal como ocorre nas causas de menor complexidade do Juizado Especial. Há quem registre, por essa razão, inconformismo pela exigência de dupla revisão das causas de menor complexidade.

Tendo em conta a impossibilidade quase sempre presente de executar a decisão quando da interposição de um recurso, tem-se diminuída a importância da figura do juiz de primeiro grau, eis que, segundo Marinoni e Arenhart (2012, p. 491) “se retira da decisão do juiz a qualidade que é inerente à verdadeira e própria decisão, que é aquela de modificar a vida das pessoas, conferindo tutela concreta ao direito do autor.”.

Daí se falar que o duplo grau de jurisdição caminha, hoje, ao lado da ideia de que o juiz de

primeiro grau não merece confiança. E isso tem se alternado ao longo do tempo, como nos faz questão de mostrar a própria história.

Não se conhecia, nos tempos primeiros, a pluralidade das instâncias; então, administrava diretamente a justiça do povo ou o rei. Quando, em lugar do povo, passaram a sentenciar determinados juízes, a tendência de quem perdia a lastimar-se do insucesso, exacerbado, ademais, pela efetiva possibilidade de erro e pela má-fé, assumiu, conforme o lugar, a forma de um ataque pessoal aos juízes ou procurou estorvar, por outros meios, a execução da sentença. Com a instituição, porém, da hierarquia própria dos regimes monárquicos, afigurou-se natural que a sentença do funcionário dependente sofresse impugnação perante o superior, até ao rei, a quem todos respondiam. Daí uma série, frequentemente numerosa, de instâncias: conflitos, questões, inconvenientes ao infinito (CHIOVENDA, 1942, apud MARINONI; ARENHART, 2012, p. 491).

Essa desconfiança no juiz de primeiro grau não prospera, contudo, ao se falar da sua atuação no sistema “*common law*”, em que o juízes, independente das instâncias que ocupem, gozam dos mesmos prestígios (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 491).

Com essa abordagem é que Cappelletti (1978) apud Marinoni e Arenhart (2012, p. 491) chega a afirmar que o principal defeito da concepção do duplo grau de mérito, “que não se encontra presente nos países socialistas nem nos países anglo-saxões – especialmente em relação ao processo civil –, é a profunda desvalorização do juiz de primeiro grau de jurisdição, com a consequente glorificação dos juízes recursais”.

Outrossim, no que tange à verdadeira concepção processual do duplo juízo de mérito, algumas modificações se impõem frente ao ordenamento jurídico. Não restam dúvidas que a prestação da tutela jurisdicional adequada depende, em inúmeros casos, do redimensionamento do duplo juízo de mérito, além da profunda valorização do juiz de primeiro grau, instituindo-se mecanismos que lhe assegurem valorização funcional.

Em certas situações, porém, conforme se passa a demonstrar, atribui-se às cortes superiores a função de solucionar os dissensos jurisdicionais

quando envolvam matéria de maior relevo e, sobremaneira, quando não demandem análise fática da lide.

2.2 Da Tutela Recursal no Âmbito dos Tribunais Superiores à luz da Constituição Federal de 1988

O ordenamento jurídico brasileiro consagra a regra de que uma vez encerrada a fase cognitiva judicial é assegurado ao litigante o direito ao recurso às instâncias imediatamente superiores para revisão da sua pretensão. Em certas situações, todavia, a própria ordem jurídica contempla a tutela recursal direta a Tribunais Superiores, derogando-se a regra de julgamento pela instância imediatamente superior àquela que proferiu a decisão.

No seio constitucional, três espécies recursais assumem acentuada importância no sistema jurídico interno, máxime porque não asseguram apenas a aplicação do direito objetivo, mas também preservam a identidade da Constituição Federal.

2.2.1 Do recurso extraordinário

O Recurso Extraordinário encontra-se apoiado no sistema constitucional brasileiro para assegurar o regime federativo, a partir do controle da Constituição Federal e da lei federal.

Daí se falar que “esses recursos são chamados de recursos de fundamentação vinculada. É que só permitem a discussão em certas situações, e, assim possuem âmbito restrito.” (MARINONI; ARENHART, 2012, p. 557).

Malgrado o Código de Processo Civil enuncie algumas regras a respeito do recurso extraordinário, referida espécie recursal encontra substrato no artigo 102, inciso III, da Constituição Federal, que prevê sua interposição sempre que a decisão proferida contrariar dispositivo da Constituição Federal, para declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal.

Em razão da peculiaridade que lhe garante ser espécie recursal excepcional, o recurso extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal, possui alguns requisitos específicos para sua admissibilidade, a saber: esgotamento obrigatório de todos os recursos

ordinários, pré-questionamento e alegação de ofensa ao direito positivado.

Por esgotamento dos recursos ordinários entende-se a impossibilidade de ser interposto referido recurso sempre que seja possível ao litigante utilizar-se de outro instrumento recursal para questionar sua pretensão. Já o requisito do pré-questionamento compreende a análise de questões já decididas, já existindo decisão judicial sobre a matéria recorrida. A ofensa ao direito positivo, por sua vez, impossibilita que o Supremo Tribunal Federal realize o reexame de provas, de modo que as alegações nela constantes sejam exclusivamente de direito.

Não se pode afirmar, contudo, que tais requisitos são unânimes. Isso porque, outros pressupostos de existência também são lembrados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Exemplo disso é o julgamento da causa em única ou última instância, a existência de questão federal constitucional e até mesmo a demonstração da repercussão geral.

A repercussão geral, enquanto pressuposto processual, impõe que a discussão ultrapasse os interesses subjetivos da causa, isto é, que vá além de questões que envolvem as pretensões dos jurisdicionados. O artigo 543-A do Código de Processo Civil de 1973, norma reproduzida integralmente no artigo 1035, § 1.º da Lei 13.105, de 2015 (Novo Código de Processo Civil), acrescenta, ainda, que “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico”, devendo o recorrente demonstrar a sua existência em sede de preliminar do recurso.

A matriz constitucional do recurso extraordinário veio, porém, a sofrer significativas alterações por força da Emenda n.º 45, de 08.12.2004, dentre elas a que figurou no novo § 3.º acrescido ao art. 102 da Constituição. Por força desse dispositivo, doravante caberá à parte fazer, em seu recurso, a demonstração da “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”. [...] Foi, sem dúvida, a necessidade de controlar e reduzir o sempre crescente e intolerável volume de recursos da espécie que passou a assoberbar o Supremo Tribunal a ponto de comprometer o bom desempenho de sua

missão de Corte Constitucional, que inspirou e justificou a reforma operada pela EC n.º 45 (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 724).

Uma vez negada a existência da repercussão geral, a decisão proferida valerá, inclusive, como instrumento cabível para todos os recursos que versem sobre matérias idênticas, sendo, todos eles, desde já indeferidos liminarmente.

Não se pode deixar de reconhecer que referida espécie recursal possui inequívoca finalidade política, visando assegurar o núcleo essencial do texto constitucional por meio do controle jurisdicional.

A finalidade deste recurso, pois, é a de assegurar o cumprimento da ordem constitucional, impossibilitando que eventuais decisões contrariem seus dispositivos e permaneçam em harmonia com os entendimentos já pacificados pelos Tribunais Superiores.

2.2.2 Do recurso especial

A validade do Recurso Especial, que antes era desempenhada pelo Recurso Extraordinário, atualmente é a manutenção da autoridade e unidade da lei federal, tendo em vista que na Federação existem múltiplos organismos judiciários encarregados de aplicar o direito positivo elaborado pela União.

Também de índole constitucional, classifica-se em especial o presente Recurso, haja vista que enquanto nos recursos ordinários bastaria a sucumbência para estar apto a preencher a legitimidade, no especial há a necessidade de demonstrar a ofensa ao direito positivo.

Destarte, os recursos foram classificados em especiais ou excepcionais em oposição aos recursos comuns, vale dizer, enquanto nos recursos comuns basta a sucumbência para preencher os requisitos relativos ao interesse e à legitimidade, no Recurso Especial exige-se a ofensa ao direito positivo, constitucional ou infraconstitucional.

A rigor, a impugnação processual só terá cabimento dentro de uma função política, notadamente a de resolver uma questão federal controvertida, pois através do Recurso Especial não se suscitam nem se resolvem questões de Direito local.

O recurso especial é julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, e conforme disposição expressa do artigo 105, inciso III, da Constituição Federal, será cabível quando contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência, julgar válido ato de Governo local contestado em face de lei federal e, por fim, quando interpretar a lei federal de forma divergente da que lhe haja atribuído outro Tribunal.

Por serem instrumentos processuais cuja origem reporta a inúmeras semelhanças, os mesmos requisitos válidos para o Recurso Extraordinário também são aplicáveis aos Recursos Especiais, valendo, nesse caso, os mesmos apontamentos feitos anteriormente quanto aos pressupostos do Recurso Extraordinário.

O Recurso Especial, como se vê, consiste em meio excepcional de impugnação recursal, sendo certo que, enquanto instrumento de índole constitucional, tem por finalidade assegurar a soberania e identidade da Constituição Federal.

2.2.3 Do recurso ordinário constitucional

O Recurso Ordinário Constitucional encontra-se previsto nos artigos 102, inciso II, e 105, inciso II, ambos da Constituição Federal, consistindo verdadeira espécie recursal ordinária dirigido ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, ocasião em que exercerão sua competência independente de qualquer tipo de limitação à matéria fática.

O Recurso Ordinário, segundo Bueno (2011, p. 257), pode ser comparado com a apelação, já que as cortes superiores competentes funcionam como verdadeiros órgãos de segundo grau de jurisdição.

Deste modo, tal espécie recursal permite a discussão de qualquer tipo ou espécie de erro no julgamento, possibilitando ampla revisão da decisão recorrida, sendo dispensado o requisito do pré-questionamento, ao contrário do recurso especial e recurso extraordinário, outrora analisados.

Segundo o texto constitucional, em seu artigo 102, inciso II, o Recurso Ordinário Constitucional dirigido ao Supremo Tribunal Federal tem cabimento quando denegada a decisão, em única ou última instância pelos Tribunais Superiores, em mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção. Quando dirigido ao Superior Tribunal de

Justiça, por seu turno, é cabível quando denegada a decisão em mandado de segurança, decididas em única instância pelos Tribunais ou nas causas em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

Nessas hipóteses, o Recurso Ordinário, considerado como apelação, será interposto perante o juiz federal que proferiu a Sentença, a quem competirá a realização do juízo de admissibilidade.

O Recurso Ordinário Constitucional, de competência dos Tribunais Superiores, portanto, funda-se na ideia de reapreciação das matérias civis geralmente jungidas à competência originária dos referidos órgãos de jurisdição, assumindo relevante papel no combate aos equívocos jurisdicionais nas ações em que lhe competem.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No capítulo em que se buscou analisar o duplo juízo de mérito como fundamento da reapreciação das decisões judiciais ficou demonstrado que a falibilidade do comportamento humano, característica intrínseca de qualquer sujeito, também foi erigida como o fundamento para sua análise, afinal, o juiz, enquanto aplicador do direito, não se encontra imune a erros. Daí surge a ideia que subjaz os recursos processuais, sendo estes os mecanismos adequados à satisfação da tutela jurisdicional quando qualquer litigante se encontre diante de um equívoco judicial passível de revisão.

Também ficou demonstrado que na teoria dos recursos costuma-se analisar o duplo grau de jurisdição como fundamento de validade para o direcionamento da reapreciação de provimentos judiciais aos Tribunais Superiores, o que, ao menos em tese, partem da presunção de que estes possuem maior aptidão para corrigir equívocos e promover a justiça processual. Por outro lado, tem se questionado a ausência de qualquer dispositivo que contemple o duplo grau de jurisdição no âmbito do rol das garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, embora não tenha sido óbice para a doutrina majoritária reconhecê-lo como consectário constitucional implícito.

Considerando as inúmeras exceções ao duplo grau de jurisdição, conforme os exemplos outrora salientados, convencionou-se em afirmar que a garantia do duplo grau de jurisdição é limitada, prestando-se como cláusula genérica para estabelecer, via de regra, a necessidade de instauração de nova instância quando da interposição de recursos. Tendo em vista a importância de algumas matérias, o próprio ordenamento consagra algumas hipóteses em que deverão ser interpostos – ou até mesmo ajuizando-se originariamente – perante os Tribunais Superiores. A própria Constituição Federal de 1988 estatui em seus artigos 102, incisos II e III, e 105, inciso III, os requisitos genéricos para interposição dos Recursos Ordinário, Extraordinário e Especial.

Não se nega, porém, a dupla dimensão do duplo grau de jurisdição, que, por vezes, dá ensejo à instauração de nova instância, mas que nem sempre se mostra essencial à revisão do julgado, eis que em certas ocasiões ao próprio juízo de primeiro grau compete tal mister. Daí se falar que o duplo grau de jurisdição pode ser interpretado, em linhas gerais, como um duplo juízo de mérito.

O duplo juízo de mérito, portanto, conforme demonstrado alhures, consiste em mecanismo processual do qual se extrai a necessidade de revisão da Sentença de mérito como instrumento da concretização da tutela jurisdicional.

Mas, como se viu, algumas consequências são resultantes da sua atuação se levada em consideração toda e qualquer circunstância. É que algumas vezes o duplo grau tende a desvalorizar a função jungida ao juiz de primeiro grau, além de proporcionar que causas de menor complexidade sejam sempre objeto de reapreciação por juízes também de primeira instância que não participaram da coleta de prova ou tampouco formaram suas percepções sobre as manifestações das partes.

Além da interface do duplo juízo de mérito, procurou-se estabelecer, em novo capítulo, a relação entre os recursos que são peculiares às instâncias superiores, abordando os aspectos gerais daqueles previstos constitucionalmente, além de demonstrar a relevância do combate aos dissensos jurisdicionais quando do cometimento de equívocos de maior importância, a qual deverá ser analisada pelos Tribunais Superiores frente à natureza da

divergência a ser solucionada, bem assim da possibilidade de um exame mais aprofundado sobre a sua aplicação.

De tudo que se extrai do presente trabalho, como resposta ao problema proposto, algumas modificações se impõem a partir da inteligência do duplo juízo de mérito, abstraindo-se dos valores teleológicos de tal fenômeno os aspectos de maior relevância, a fim de se permitir sua aplicação apenas quando estritamente necessário, valorizando-se, por conseguinte, a atuação do magistrado em exercício no primeiro grau de jurisdição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 1973.

BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 set. 1995.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 mar. 2015.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais*. v. 5. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de*

conhecimento. v. 1. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

Submissão em: outubro de 2017.
Pareceres favoráveis em: dezembro de 2017.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO: uma análise sobre os limites à liberdade

Rosana dos Santos Martins¹

RESUMO

O presente artigo analisa a liberdade de expressão no cenário jurídico atual, bem como sobre a possibilidade de sua limitação em face de discursos de ódio nas perspectivas das teorias de Stuart Mill e Jeremy Waldron, objetivando verificar a possibilidade de limitação ao princípio da liberdade. Para isso, primeiramente faz-se a análise das liberdades no ordenamento jurídico brasileiro e a definição do que seria discurso de ódio sob o viés das teorias de Stuart Mill e Jeremy Waldron. Usou-se, para a realização deste trabalho, o método hipotético-dedutivo mediante pesquisas bibliográficas de forma seletiva e crítica. Diante do estudado, percebe-se que o discurso de ódio não pode ser protegido pela liberdade de expressão e que esta não é uma garantia absoluta, sendo os parâmetros de indignidade e ofensa de Jeremy Waldron e a teoria do risco a terceiro de Stuart Mill permitem uma interpretação limitadora à liberdade de expressão, mas é necessária uma análise mais aprofundada sobre este para o desenvolvimento de critérios objetivos e seguros, uma vez que se está falando de uma garantia constitucional de suma importância para o Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: liberdade, expressão, discurso, ódio

ABSTRACT

The present article analyzes the freedom of expression in the current juridical scene, as well as the possibility of its limitation in the face of hate speech in the perspectives of the theories of Stuart

Mill and Jeremy Waldron with the purpose of verifying the possibility of limitation to the principle of freedom. For this, the analysis of freedom in the Brazilian legal order and the definition of what would be a discourse of hatred under the theories of Stuart Mill and Jeremy Waldron are first made. The hypothetical-deductive method was used for the accomplishment of this work through selective and critical bibliographical research. In the face of this study, it can be seen that hate speech can not be protected by freedom of expression and that this is not an absolute guarantee, since the parameters of indignity and offense of Jeremy Waldron and Stuart Mill's third risk theory allow, A restrictive interpretation of freedom of expression, but a more in-depth analysis of it is required for the development of objective and secure criteria, since we are talking about a constitutional guarantee of paramount importance for the Democratic Rule of Law.

Keywords: freedom, expression, speech, hate

1 INTRODUÇÃO

A liberdade sempre foi uma busca por parte da humanidade. Ela é inerente ao homem, anterior à sociedade, ao Estado e ao próprio Direito. Ela está com o homem desde a formação deste. O Estado a reconhece, a regula e restringe seu uso pelo homem. Segundo Hobbes (2000, p. 99):

Entende-se por liberdade (conforme o significado da própria palavra) a ausência de empecilhos externos, que podem, muitas vezes, subtrair o poder de cada um agir como quiser, mas não impedir que se use o poder restante, de acordo com o próprio julgamento e razão.

¹ Advogada. Egressa do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho.

Já o filósofo Locke (2005, p. 401-402), criador da expressão “onde não há lei, não há liberdade”, diferencia a liberdade natural da civil, explicando que a natural “consiste em estar livre de qualquer poder superior sobre a Terra e em não estar submetido à vontade ou à autoridade legislativa do homem, mas ter por regra apenas a lei da natureza.”; e a civil “consiste em não estar submetido a nenhum outro poder legislativo senão àquele estabelecido no corpo político mediante consentimento, nem sob o domínio de qualquer vontade ou sob a restrição de qualquer lei afora as que promulgarem o legislativo.”.

O homem nasce livre, porém este sempre estaria preso a frutos de sua natureza corrupta. O homem, quando escolhe viver em uma sociedade politicamente organizada precisou conciliar a sua liberdade individual à regulamentação da liberdade. Rousseau (2002, p. 32) sustenta esta afirmação com base no pacto social de forma a que “cada um de nós coloca em comum a sua pessoa e todo o seu poder sobre a suprema direção da vontade geral, e nós recebemos em corpo cada membro como parte indivisível do todo.”.

É notável que toda esta preocupação em conceber o significado da palavra liberdade demonstra o quão esta é essencial aos seres humanos, tendo a liberdade diversos conceitos de acordo com cada linha de pensamento. Atualmente, a liberdade está consagrada como um direito fundamental dos homens, e a Constituição Federal de 1988 (CRFB) declara várias formas de liberdade. Assim, faz-se necessário a análise de algumas espécies de liberdade postas no cenário jurídico brasileiro atual, bem como compreender a importância da liberdade de expressão para uma sociedade democrática.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A liberdade de expressão corresponde a uma das reivindicações mais antigas do ser humano por sua relevância e importância social. A liberdade de expressão, mais que um direito fundamental, apresenta-se como base para a formação e manutenção do Estado Democrático de Direito. De acordo com Mendes e Branco (2014, p. 264):

A garantia da liberdade de expressão tutela,

ao menos enquanto não houver colisão com outros direitos fundamentais e com outros valores constitucionalmente estabelecidos, toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância e de valor, ou não.

O princípio debatido em questão engloba não apenas o direito a manifestação, como também o de não se expressar (MENDES; BRANCO, 2014).

A liberdade de expressão é uma garantia presente no Estado Democrático de Direito. Mas nem sempre foi assim. Está foi expressa, pela primeira vez em 1687, no *Bill of Right*, que era um documento oriundo da Revolução Gloriosa que trazia direitos aos cidadãos da Inglaterra.

Mais adiante, a liberdade de expressão começa a incorporar outros documentos como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (ONU, 2016, p. 7-10), exemplo disso é o artigo 10 que afirma que “ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida”. E o artigo 18 que apresenta:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar a religião, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos.

Com relação ao Direito brasileiro, desde a Constituição do Império já havia a garantia da liberdade de expressão sendo este presente no ordenamento jurídico até 1937. Depois, nos períodos tanto do Estado Novo como da Ditadura Militar, essa livre manifestação foi se extinguindo, dando lugar à censura. A censura, nesta determinada época histórica, foi um instrumento para impedir que “certas informações” não fossem veiculadas nos meios de comunicação (LUNA; SANTOS, 2014).

A liberdade de expressão só voltou ao ordenamento nacional com a promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em 5 de outubro de 1988, e ainda ampliou esta garantia, limitando-a apenas quanto ao anonimato. A Constituição de 1988 traz em seu texto:

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

[...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

[...]

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

[...]

Pode-se perceber que a liberdade de expressão, como garantia constitucional, tem como objetivo permitir que o cidadão se manifeste sobre qualquer tema sem que sofra qualquer tipo de repressão, tanto na esfera pública como privada. Observa-se também que a garantia à liberdade de expressão foi uma grande conquista para o povo brasileiro que sofreu por muito tempo com governos autoritários e ditatoriais.

O ser humano, social por excelência, sente a necessidade de transmitir seu pensamento, de forma direta e imediata, quando se encontra em presença de outro homem. Tem-se então a Liberdade de Pensamento que poderá ter caráter público ou sigiloso. Entretanto, quando houver entre o ser humano que emite o pensamento e a pessoa que o recebe, um veículo de comunicação (imprensa, televisão, rádio, etc.) tem-se para o caso descrito o desdobramento de mais um aspecto da proteção: a Liberdade de Expressão, essencial à consolidação da democracia nos Estados contemporâneos. Consistem ambos no direito de veicular livremente o pensamento e os fatos, sem submetê-los à

censura de qualquer natureza (FREITAS; CASTRO, 2013, p. 336).

Faz-se importante distinguir o mero pensamento de uma convicção de caráter filosófico ou religioso. Para Freitas e Castro (2013, p. 336) “uma convicção, de natureza filosófica ou religiosa, não se restringe apenas ao foro íntimo, implica a externalização de um agir em sociedade, consoante a ideologia adotada”. Nota-se a dificuldade que encontramos ao tentar identificar o que seria ou não uma convicção. Freitas e Castro (2013, p. 337), concluem então que:

[...] a convicção não constitui apenas um pensamento fortuito, facilmente cambiável, mas, ao contrário, implica a reprodução de hábitos comportamentais próprios a essa convicção. Não se trata de proselitismo, ou do simples ato de manifestar o pensamento. Fala-se de uma interação em sociedade pautada pela convicção.

Diante do exposto, percebe-se a importância da liberdade de expressão e convicção para a democracia. Contudo, ao garantir ampla liberdade, o Estado irá se deparar com situações de “abusos” de liberdade. E, como questiona Lewis (2007, *apud* OLIVEIRA, 2013, folhas 17): “onde deve ser traçada a linha entre a liberdade e a ordem?”

A doutrina vem debatendo sobre o assunto buscando definir o que está ou não no âmbito de proteção da liberdade de expressão.

3 A QUESTÃO DO DISCURSO DE ÓDIO

Existem determinados discursos que nada acrescentam para o debate e possuem apenas a intenção de agredir e ferir o outro. São definidos com discurso de ódio. Este pode ser entendido, segundo Oliveira (2013, folhas 19) como “qualquer manifestação de cunho odioso dirigido a um grupo social, tendo tal manifestação sido proferida exatamente em razão da diferença do grupo ofendido.”.

Para Brugger (2007, p. 188), o discurso do ódio refere-se a “[...] palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas.”.

Tal discurso serve para perseguir, julgar e justificar a privação de direitos fundamentais dando “base” para o cometimento de crimes de cunho odioso como o homicídio motivado por preconceito, xenofobia, homofobia, entre outros, acarretando um conflito com os valores tutelados pela CRFB, como a dignidade da pessoa humana.

Não há consenso sobre o discurso de ódio. De um lado, há quem defenda como uma manifestação legítima. De outro, há quem negue sua manifestação. Assim, a principal questão é indagar se haveria a possibilidade de limitar a liberdade de expressão quando esta se refaz em manifestações odiosas. Oliveira (2013, folhas 19) afirma:

A partir do momento em que o discurso odioso se constitui em uma ação legalmente vedada, sai do conceito de discurso, passando a ser qualificado como crime. Dessa maneira, percebe-se que não apenas declarações expressas estão incluídas nesse conceito, mas também, por exemplo, uma passeata nazista ou a queima de uma bandeira, as quais são consideradas discursos odiosos em forma de ação.

Para que se tenha uma ideia sobre os posicionamentos doutrinários, analisar-se-á a teoria do mercado livre de ideias de Stuart Mill. Em contrapartida, serão apresentadas algumas críticas a esse modelo a partir da análise do dano do discurso de ódio de Jeremy Waldron.

4 STUART MILL E A PROPOSTA DO MERCADO LIVRE DE IDEIAS

John Stuart Mill foi um filósofo e economista inglês do século XIX. Extremo defensor das liberdades, via na expressão uma forma de a sociedade avançar, pois a inexistência de um debate livre e aberto se transforma em um obstáculo para o desenvolvimento da sociedade em geral (OLIVEIRA, 2013).

No livro intitulado *Sobre a Liberdade*, publicado originalmente com o título *On Liberty*, em 1859, ele apresenta o debate como um mercado de ideias. De acordo com Oliveira (2013, f. 21), o pensamento de Mill é que

Todas as ideias devem ser apresentadas para que a sociedade possa decidir, a partir

do maior número de informações possíveis, o que é melhor para si, não logrando a humanidade justificativa para silenciar determinada pessoa, tendo-se por base o fato de que esta seja a única a ter uma opinião específica.

De acordo com a pesquisa realizada por Oliveira, o mercado livre de ideias apresenta quatro objetivos principais: “a busca da verdade; fortalecimento da democracia e do autogoverno; a autonomia e o livre desenvolvimento da personalidade; e a realização de uma comunidade mais tolerante e, portanto, mais flexível.” (OLIVEIRA, 2013, folhas 21).

Stuart Mill afirma haver três motivos principais para a preservação da manifestação de todas as ideias (OLIVEIRA, 2013). Em primeiro lugar, a opinião suprimida pode ser verdadeira. De acordo com Mill (1991, p. 44):

[...] a opinião que se tenta suprimir por meio da autoridade talvez seja verdadeira. Os que desejam suprimi-la negam, sem dúvida, a sua verdade, mas eles não são infalíveis. Negar ouvido a uma opinião porque se esteja certo de que é falsa, é presumir que a *própria* certeza seja o mesmo que certeza *absoluta*.

Em segundo lugar, a opinião reprimida pode ser falsa, mas ainda assim precisa ser integrada ao mercado livre de ideias, pois, de acordo com Mill (1991, p. 71), “por mais verdadeira que seja [a ideia], se não for totalmente, e sem medo, discutida será realizada como um dogma morto, não como uma verdade viva.”. E Mill (1991, p. 69) ainda acrescenta que “A verdade ganha mais com os erros de alguém que, com o devido estudo e preparo, pensa por si, do que com as opiniões verdadeiras daqueles que as professam apenas porque não suportam a atividade do seu próprio pensamento.”.

Em terceiro lugar, “pode-se ter a situação em que as ideias em conflito, reprimida e repressora, compartilham a verdade entre si e, portanto, é através do debate que se conseguirá descobrir a verdade que há em cada uma” (OLIVEIRA, 2013, folhas. 21-22). Mill (1991, p. 8) assim coloca:

[consideremos] que a opinião aceita seja falsa e, conseqüentemente, alguma outra opinião verdadeira; ou que seja verdadeira

a opinião aceita, caso em que um conflito com o erro oposto é essencial a uma apreensão clara e a um sentimento profundo da sua verdade.

Com relação ao fortalecimento da democracia e do governo, o autor entende ser a liberdade de expressão o principal fundamento de uma democracia, uma vez que dá ao povo um instrumento de poder para lutar contra as tiranias (MILL, 1991).

Quanto à autonomia dos indivíduos, Stuart Mill defende dois pontos no mercado livre de ideias: o desenvolvimento da individualidade e o fortalecimento das mentes humanas. Com relação ao desenvolvimento humano, Mill (1991, p. 121-122) argumenta no sentido de que “não há razão para que toda a existência humana se construa por um só modelo, ou por um pequeno número de modelos”, portanto, “se possui tolerável soma de senso comum e de experiência, o modo próprio de dispor a existência é o melhor, não porque seja o melhor em si, mas porque é o seu próprio modo.”. Já em relação ao fortalecimento das mentes humanas, entende-se que os seres humanos devem ser incentivados a saber diferenciar o que é bom e o que é ruim e, desde que possível, escolher o primeiro. Stuart Mill (1991, p. 49), então, acrescenta:

E sentindo que o único meio de um ser humano aproximar-se do conhecimento completo de um assunto é ouvir o que sobre ele digam representantes de cada variedade de opinião, e considerar todas as formas por que cada classe de espíritos o possa encarar. Jamais qualquer homem sábio adquiriu a sua sabedoria por outro método que não esse, nem está na natureza do intelecto humano chegar à sabedoria de outra maneira. O hábito firme de corrigir e completar a própria opinião pelo confronto com os outros, muito ao contrário de causar dúvida e hesitação no levá-la à prática, constitui o único fundamento estável de uma justa confiança nela.

O “último objetivo do mercado livre de ideias [...] é a realização de uma sociedade mais tolerante.” (OLIVEIRA, 2013, folhas. 23). Para Raoul Vaneigem (2004 *apud* OLIVEIRA, 2013, folhas 23) “a defesa da liberdade é um ataque à hipocrisia de uma sociedade que, por não conseguir

extinguir as causas das suas desventuras, opta sempre por esconder os próprios males de si mesma”.

No entanto, Mill (1991, p. 135) faz o seguinte questionamento: “qual o limite da liberdade do indivíduo em relação à sociedade? Onde começa a autoridade da sociedade sobre o indivíduo?” Temos então que o indivíduo é livre até que sua liberdade interfira na liberdade de outro (ou seja, quando passa a ser nociva) (BAVARESCO; SANTOS; KONZEN, 2012, p. 3). Assim Mill (1991, p. 135) afirma:

O fato de viver em sociedade torna indispensável que cada um seja obrigado a observar certa linha de conduta para com o resto. Essa conduta consiste, primeiro, em não ofender um os interesses de outro, ou antes, certos interesses, que, ou por expressa cláusula legal ou por tácito entendimento, devem ser considerados direitos

Na sua obra, Stuart Mill formula o princípio do dano a terceiro. Na análise de Luna e Santos (2014, p. 182) este princípio se faz necessário onde “o poder possa ser exercido legitimamente sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra sua vontade, é obstar que provoque dano aos demais.”. Logo, o Estado só poderia regular condutas que prejudicassem terceiros. Mill (1991, p. 103) pontua:

Atos de qualquer espécie que, sem causa justificável, produzem dano a outrem, podem ser refreados pelos sentimentos desfavoráveis e, quando necessário, pela interferência ativa da coletividade, e, nos casos mais importantes, exigem mesmo tal. A liberdade do indivíduo deve ser, assim, em grande parte, limitada – ele não deve tornar-se prejudicial aos outros. Mas, se se abstém ele molestar os outros no que lhes concerne, e meramente age segundo a própria inclinação e julgamento, em assuntos que dizem respeito a ele próprio, as mesmas razões que demonstram dever a opinião ser livre, provam também que se lhe deve permitir, sem o importunar, leve à prática as suas opiniões à própria custa.

É fácil perceber que “a tese de Mill permite um autocontrole da própria sociedade, pois a própria sociedade punirá o indivíduo no embate das

opiniões e das informações, sem recorrer de imediato ao controle ou à punição legal.” (BAVARESCO; SANTOS; KONZEN, 2012, p. 38). Assim, se algum ato ofender aos direitos constituídos das pessoas, o causador deverá ser punido pela lei. Mas, se a ofensa recair sobre um interesse juridicamente desprotegido, haveria somente um castigo por meio de opiniões desfavoráveis. Porém, uma coisa é clara: não há de se falar em atuação jurisdicional do Estado em questões que afetam apenas os interesses do próprio indivíduo.

Não se deve entender esse posicionamento como algo egoísta. A preocupação com o bem-estar do homem é algo ligado à própria existência humana. Stuart Mill não deixa de reconhecer isto, mas ele percebe que o uso de “acoites” não é a melhor forma de impelir alguém a agir conforme se julga ser correto; é necessário entender o indivíduo como um ser capaz de dialogar e que a mudança se dá pela persuasão, e não pelo uso da força.

Em suma, a defesa do debate, o contraste das ideias, a recusa da censura e a livre circulação do discurso são necessários para que os indivíduos, como agentes morais, possam decidir de forma autônoma sobre seus planos de vida.

5 JEREMY WALDRON E O DANO DO DISCURSO DE ÓDIO

Jeremy Waldron², ao contrário de Stuart Mill, acredita que os discursos de ódio podem vir a danificar elementos importantes da democracia. O autor, então, defende que a democracia se fortaleceria com restrições legais a esse tipo de manifestações. Essa tese é apresentada em seu livro, intitulado “*The harm in the hate speech*”, em tradução livre: O dano nos discursos de ódio. De acordo com Consani (2015, p. 181):

Ao se reportar às restrições legais aos

discursos de ódio, Waldron tem em mente uma espécie de regulamentação proibidora de declarações públicas que possam causar perturbações à paz social ou insultar e atacar diretamente membros de minorias vulneráveis, as quais têm sido adotadas por diversos países, tais como Canadá, Dinamarca, Alemanha, Nova Zelândia e o Reino Unido.

Waldron (2012, p. 66) usa o conceito de Rawls de sociedade bem-ordenada definida como uma “sociedade cuja estrutura básica foi regulamentada (e conhecida por ser regulamentada) por certos princípios de justiça e habitado por pessoas que tomaram a ideia de justiça a sério.”³. Assim, em uma sociedade bem ordenada, todos aceitam os mesmos princípios de justiça e sabem que os demais também o aceitam. A questão levantada é se em uma sociedade bem ordenada, a lei deve tolerar discursos de ódio.

Waldron (2012, p. 77-78) diz que “uma sociedade não pode ser bem-ordenada se as pessoas defendem o ódio racial ou religioso, haja vista a ideia de uma sociedade bem-ordenada ser aquela amplamente e efetivamente governada por uma concepção de justiça.”⁴. Assim, não há como se falar em sociedade bem-ordenada se os intolerantes e racistas não abrirem mão de sua missão e começarem a aceitar os princípios básicos de justiça. Waldron (2012, p. 78) então afirma:

Discussão em uma sociedade com suficiente rancor e divisão para gerar discursos de ódio não pode ser discussão em uma sociedade ordenada (no sentido de John Rawls), uma vez que tanto o ódio que esse discurso exprime e o ódio calculado para angariar são incompatíveis com o atitudes cuja prevalência entre os cidadãos – com efeito, cuja adoção universal – é supostamente definidor de uma sociedade bem ordenada sociedade. Nós não chamamos uma sociedade “bem-ordenada” a menos que estes atitudes

² Jeremy Waldron é professor universitário na New York University School of Law (NYU) e ensina Filosofia Jurídica e Política. Ele mantém sua posição NYU conjuntamente com a sua posição como Chichele Professor de Teoria Social e Política da Universidade de Oxford (All Souls College), sendo considerado um importante filósofo jurídico e político atualmente.

³ Texto original: A society whose basic structure was regulated (and known to be regulated) by certain principles of justice and inhabited by people who took the idea of justice seriously.

⁴ Texto original: [...] a society can not be well-ordered if people advocate hatred racial or religious group, given the idea of a society well-ordered be that large mind and effectively governed by a conception of justice.

tenham morrido e sejam substituídas por sentimentos de justiça⁵.

A sociedade, além de não ser bem-ordenada, precisa se proteger contra a intolerância e o discurso de ódio. Uma das formas de proteção que pode ser usada é a educação; e outra forma de proteção são as leis que proíbam este tipo de discurso (CONSANI, 2015). A autora ainda observa que Waldron, ao falar de proteção, não o diz com se as pessoas buscassem uma ideia favorita de justiça, mas baseando-se nos fundamentos da justiça que afirma que todos sejam iguais e detentores de dignidade, merecendo proteção contra qualquer forma de violência e intolerância (CONSANI, 2015).

Percebe-se que em uma sociedade bem-ordenada, deve buscar meios pelo quais a dignidade da pessoa humana seja observada e garantida. Assim, o conceito fundamental é a dignidade humana. Para Waldron (2012, p. 137-138), têm-se diversas formas de entender o que é dignidade:

Há a teoria kantiana que identifica dignidade com a capacidade moral, há a teologia da igreja católica romana que associa a dignidade com homens e mulheres sendo criados à imagem e semelhança de Deus; há a teoria de Ronald Dworkin que associa a dignidade com a responsabilidade que cada pessoa deve assumir para sua própria vida; há teorias que usam dignidade para capturar algo sobre o alto *status* que concedemos a cada pessoa nas interações sociais e legais. Meu uso é como o último desses conceitos, mas não há como negar que outros usos também são muito proeminentes.⁶

Consani (2015, p. 183) esclarece que ao se falar em dignidade é necessário que haja

respeito dos outros indivíduos e também do Estado. O elemento da segurança é uma parte intrínseca do que a dignidade requer (cf. WALDRON, 2012, p. 85). Essa normatividade inerente ao conceito de dignidade não é, todavia, meramente legal, como o conceito de dignidade assegurado pelos direitos humanos. Trata-se de “um valor, de um princípio imerso no argumento político.” (WALDRON, 2012, p. 138).

O *status* ligado ao conceito de dignidade representa primeiramente, o modo pelo qual a pessoa será recebida pela sociedade, não se restringindo as formalidades da cidadania; assim, pode-se relacionar a dignidade à reputação do indivíduo na sociedade (CONSANI, 2015).

Lopes (2013, folhas 38) acrescenta que “a dignidade de qualquer indivíduo depende da garantia de que sua posição social será respeitada, se que sua reputação e a reputação de seu grupo permitirão que ele seja tratado como um igual pelos cidadãos.”

A dignidade exige respeito, e segundo Waldron (2012), respeito pode ser dividido em um respeito de avaliação, e passa-se a perceber o indivíduo por suas virtudes, vícios, méritos, entre outras características; e respeito de reconhecimento, que é o direito que uma pessoa tem de que suas ideias sejam consideradas pelos demais.

Waldron (2012) traz em seu livro alguns exemplos quanto à diferença entre respeito de avaliação e respeito de conhecimento. Estes são explicados por Consani (2015). O autor menciona casos que ocorreram no século XIX nos Estados Unidos onde se tinham cartazes em estabelecimentos com os seguintes dizeres: “judeus e cachorros são proibidos”⁷. Waldron (2012, p. 1-2) afirma que depois dos atentados de onze de setembro, tinha-se na cidade de Nova Jersey placas

⁵ Texto original: Discussion of a society with suficiente rancor and division to generate hate speech cannot be discussion of a well-ordered society (in John Rawl’s sense), since both the hatred this speech expresses and the hatred it is calculated to drum up are incompatible with the attitudes whose prevalence among the citizenry – indeed, whose universal adoption – is supposedly definitive of a well-ordered society. We don’t call a society “well-ordered” unless these attitudes have died out and been replaced by sentiments of justice.

⁶ Texto original: There Kantian theory that identifies dignity with moral capacity, there is the theology of the Roman Catholic Church which associates the dignity with men and women being created in the image and likeness of God; there is Ronald Dworkin’s theory associated with dignity with the responsibility that each person must take for his own life; Theorists using dignity to capture something about the high status we give to each person in the legal and social interactions. My use is as the last of these concepts , but there is no denying that other uses are also very prominent

⁷ Texto original: and earlier generations of signage that sought to drive Jews out of fashionable areas in Florida with postings like “Jews and Dogs Prohibited.”

que assim diziam: “Mulçumanos e onze de setembro! Não os atenda, não fale com eles, não os deixe entrar.”⁸. Consani (2015) analisa os casos dizendo que ao se impedir alguém de entrar em determinado lugar público com tal advertência, como no exemplo dos judeus, tem-se a falta de respeito de reconhecimento. Assim, o judeu que encontra tal proibição tem sua dignidade e *status* violados. Da mesma maneira, acontece a falta de respeito de reconhecimento ao se incitar o ódio contra algum grupo, no caso acima, os mulçumanos.

Depois de definir dignidade como *status* que precisam ser respeitada em uma sociedade bem-ordenada, Waldron faz uma distinção entre indignidade e ofensa. Esta distinção se dá por critérios objetivos, que é a análise da posição de uma pessoa na sociedade; e critérios subjetivos, estes se baseiam em como uma pessoa se sente diante dos fatos (WALDRON, 2012).

Para Waldron (2102) a dignidade diz respeito aos critérios objetivos, ou seja, o modo como as coisas são para essa pessoa dentro da sociedade, e não o sentimento que tal fato provoca, mesmo que este fato cause alguma característica subjetiva, em segundo plano, como humilhação e revolta. Então, Consani (2015, p. 184) exemplifica: “um judeu que se deparar com um cartaz dizendo ‘judeus e cachorros são proibidos’ sentir-se-á, obviamente, humilhado, mas tal cartaz afeta também aspectos objetivos da sua vida em sociedade.”. Porém, a ofensa advém de uma reação subjetiva da pessoa, afetando os sentimentos do indivíduo, mas não chega a atingir sua dignidade ou seu *status* de igualdade perante a sociedade. Neste caso, falta a característica subjetiva que autorize uma intervenção do Estado (CONSANI, 2015).

Para Waldron (2012), cabe então, no âmbito da política, proteger a dignidade das pessoas e seu garantir um tratamento descente na sociedade por meio do direito. O autor conclui que não se pode e nem é viável proteger as pessoas contra ofensas, já que seria uma forma de proteger os indivíduos dos efeitos em seus sentimentos. Assim, leis que proíbem o discurso de ódio são necessárias para

que se possa garantir e proteger a dignidade das pessoas, mas não privá-las de possíveis ofensas.

Waldron acredita que leis contra discursos de ódio são uma forma de assegurar dignidade e igualdade aos membros de uma sociedade, sendo que aquelas terão um efeito preventivo com relação a possíveis danos à dignidade humana e à segurança de minorias.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para analisar a liberdade de expressão e seus possíveis limites, foi apresentada a teoria do mercado livre de ideias do economista do século XIX, Stuart Mill. O autor, por ser um árduo defensor do liberalismo, aplica este também ao campo jurídico ao entender que os diversos tipos de discursos devem ser defendidos para que, como em um mercado de produtos, as pessoas possam escolher o entre as opções, o que lhe é melhor. Pode-se concluir que Mill entende o discurso de ódio como manifestação importante para a engrenagem do mercado livre de ideias, pois este pode funcionar como um contraponto à verdade; fortalecer a democracia por ajudar o povo a entender determinada ideia e lutar contra ela para a construção de uma sociedade mais justa; fortalecer o indivíduo para que este consiga diferenciar e escolher o que é bom e o que não é; e por fim, realizar uma sociedade mais tolerante por entender que uma sociedade é hipócrita ao esconder suas mazelas por não conseguir solucionar a causa do problema.

É importante observar que Stuart Mill formula o chamado princípio do dano a terceiro, sendo este a possibilidade de que os atos que não possuam uma fundamentada causa devem ser amenizados ou evitados em totalidade. Inicialmente, em razão do próprio sentimento coletivo e, se ultrapassada essa fase, pela interferência da sociedade, normalmente agindo pelos seus encarregados da segurança e, em raros casos, por ação com as próprias mãos. O autor entende a necessidade de punição em caso de manifestações que atinjam direito de terceiros, mas o mesmo percebe que o uso de “acoites” não é a

⁸ “Muslims and 9/11! Don’t serve them, don’t speak to them, and don’t let them in.”.

melhor forma de impelir alguém a agir conforme se julga ser correto; é necessário entender o indivíduo como um ser capaz de dialogar e que a mudança se dá pela persuasão, e não pelo uso da força.

Diante de tal afirmação, o autor confirma uma das hipóteses levantadas neste trabalho. O discurso de ódio não é apenas um problema jurídico, mas também um problema social. A cultura da discriminação, intolerância e preconceito precisa ser enfrentada como um mal social e tratada também neste âmbito, uma vez que a própria sociedade repele esse tipo de atitude, conforme a ideia de Mill.

Como um contra-argumento, foi analisado no terceiro tópico a ideia do dano do discurso de ódio formulada pelo jurista norte-americano Jeremy Waldron. Ao contrário do que acredita Stuart Mill, Waldron defende que a democracia se fortaleceria com restrições legais aos discursos de ódio. Waldron parte do conceito de sociedade bem ordenada de Rawls para analisar se nesta caberiam manifestações odiosas. Para o autor, não se pode falar em sociedade bem ordenada se esta defende o ódio racial ou religioso. A sociedade deve buscar a justiça. Waldron, então, afirma que em uma sociedade bem ordenada tem que buscar meios de efetivar a dignidade da pessoa humana.

O autor, por último, conceitua sua ideia de dignidade humana como um *status* que se concede a cada pessoa nas interações sociais e que exige respeito por parte de todos. É a partir dessa conceituação que o autor propõe um parâmetro para a punição estatal quanto às manifestações, se estas são ou não discursos de ódio. Assim, tem-se a noção de ofensa e indignidade.

Para Waldron, a dignidade diz respeito a critérios objetivos, ou seja, o modo como as coisas são para uma pessoa na sociedade, enquanto a ofensa perpassa por critérios subjetivos, sendo estes sentimentos provocados por determinada situação dentro da sociedade. Assim, cabe, no âmbito da política, proteger a dignidade das pessoas e garantir um tratamento descente na sociedade por meio do Direito. Porém, não se pode e nem é viável proteger as pessoas contra ofensas, já que seria uma forma de proteger os indivíduos dos efeitos de seus sentimentos.

O autor apresenta uma ideia que pode ser considerada como parâmetro para a limitação à

liberdade de expressão, usando a dignidade da pessoa humana na fórmula de sua proposta, refutando a segunda hipótese apresentada, uma vez que o autor traz um método de análise do discurso além de já estabelecer o que seria dignidade da pessoa humana, facilitando assim seu entendimento, já que o conceito de dignidade humana não é um consenso entre a comunidade jurídica. Assim, mesmo em se tratando de um princípio, a liberdade não é absoluta, sendo, então, passível de sofrer limitações. E a teoria de Waldron se apresenta como um bom começo para análise do que pode ser limitado na liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

BAVARESCO, Agemir; SANTOS, João Vitor Freitas dos; KONZEN, Paulo Roberto. Princípio da utilidade e liberdade de expressão e de informação, em sobre a liberdade, de J. S. Mill. In: *Àgora Filosofia*, ano 12. n. 1. jan.-jun. 2012. Disponível em: <<http://www.unicap.br/ojs/index.php/agora/article/view/161>>. Acesso em: 5 jul. 2016.

BRASIL. (Constituição). Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso de ódio? algumas observações sobre o direito alemão e o americano. In: *Revista de Direito Público*, Brasília, Ed. Instituto Brasiliense de Direito Público, v. 1, n. 15, p. 117-136, jan.-fev.-mar. 2007. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/541/Direito%20Publico%22n152007_Winfried%20Brugger.pdf?sequence=1>. Acesso em: 13 set. 2016.

CONSANI, Cristina Forani. Democracia e os discursos de ódio religioso: o debate entre Dworkin e Waldron sobre os limites da tolerância. In: *Éthic!*, Revista Internacional de Filosofia da Moral, Florianópolis, Santa Catarina, v. 14, n. 2, p. 174-197, dez. 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/38970/31180>>. Acesso em: 10 ago 2016.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. In: Sequência, Florianópolis, n. 66, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/14.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2016.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, a matéria, forma e poder de um estado eclético e civil*. Tradução de Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

LOCKE, John. *Dos tratados sobre o governo*. Tradução de Júlio Ficher. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LOPES, Ana Paula Veiga. Liberdade de expressão e discurso de ódio na representação político-partidária brasileira: um estudo de caso. Monografia (Trabalho de conclusão de curso)– Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2013. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35483/3.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: controvérsias em torno das perspectivas norte-americana, alemã e brasileira. In: Revista Gênero e Direito, João Pessoa, Paraíba, Ed. UFPB, n. 2, 2.º semestre de 2014. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/20472>>. Acesso em: 1.º set. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

OLIVEIRA, Maria Fernanda Moreira Marques de. Liberdade de expressão e discurso de ódio. Monografia (Bacharelado em Direito)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2013. Rio de Janeiro. 2013. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/22481/22481.PDF>>. Acesso em: 31 ago 2016. 70f.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social: princípio de direito político*. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

Submissão em: março de 2017.

Retificações em: agosto de 2017

Pareceres favoráveis em: novembro de 2017.

***ELO COM
OUTRAS IES***

APLICAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM EXECUÇÕES FISCAIS

Antonio Luiz Nunes Salgado¹

Michelle de Souza Lopes²

RESUMO

Este estudo pretende avaliar a aplicação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, criado com o Código de Processo Civil (CPC) de 2015, às Execuções Fiscais. Para tanto, apresenta a responsabilidade pelo custeio do Estado, a execução fiscal em caso de inadimplência e a inovação trazida pelo novo CPC. Para responder à questão central além do apanhado teórico, foi realizada pesquisa jurisprudencial nos sítios dos Tribunais de Justiça dos quatro Estados da região Sudeste. Ao fim, não se confirmou a utilização do incidente, caminhando a jurisprudência por perpetuar a prática anterior ao atual CPC de se redirecionar a execução.

Palavras-chave: Responsabilidade Tributária. Personalidade Jurídica. Execução Fiscal. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica.

ABSTRACT

This study aim to evaluate the application of the Incident of Disregard of Legal Personality, created with the Código de Processo Civil (CPC)/2015, to Tax Action. In order to do so, it presents the responsibility for the cost of the State, the tax execution in case of default and the innovation brought by the new CPC. In order to answer the central question beyond the theoretical survey, a jurisprudential research was carried out on the websites of the Courts of Justice of the four States of the southeast region. In the end, the use of the incident was not confirmed, with jurisprudence

continuing to perpetuate the practice prior to the current CPC of redirecting execution.

Keywords: Tax Liability. Legal Personality. Tax Action. Incident of Disregard of Legal Personality.

1 INTRODUÇÃO

A proposta deste artigo é analisar a possibilidade de aplicação do instituto da Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, previsto no Código de Processo Civil (CPC) de 2015.

Consoante dita Machado (2006), a tributação é certamente o meio mais eficaz de arrecadação de recursos utilizado pelo Estado, que emprega tal atividade financeira como meio de sobrevivência da economia capitalista, e fonte de manutenção dos objetivos e princípios constitucionais garantidos aos cidadãos. Logo, se a obrigação de pagar os tributos não é cumprida pelo contribuinte, haverá um déficit por parte do Estado em cumprir com os seus deveres perante a sociedade.

Devido ao inadimplemento da obrigação por parte do contribuinte, tem o ente público dois meios de solução para seus créditos, que são: o processo administrativo, designado a conduzir os atos da Administração Pública e do contribuinte no chamado acertamento da relação tributária; e o processo judicial, consolidado pelo processo de execução fiscal, que ocorre quando já se fizeram infrutíferas as tentativas de resolução da obrigação por meio administrativo (MACHADO, 2006).

Segundo a 12.^a edição do relatório Justiça em Números, apresentada pelo Conselho Nacional de

¹ Professor nas Faculdades Integradas do Norte de Minas – FUNORTE. Graduado em Direito e Especialista em Gestão Contábil e Controladoria Empresarial, ambos pela Universidade Estadual de Montes Claros. Advogado. Preside o Conselho de Ética e Disciplina da 11.^a Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil em Montes Claros/MG.

² Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas do Norte de Minas – FUNORTE.

Justiça (CNJ), a somatória dos processos pendentes de baixa no Poder Judiciário em 2015 atingiu quase 74 milhões, sendo que mais da metade destes (51,9%) se referiam à fase de execução.

Do estudo desempenhado pelo CNJ, confere-se que os processos de execução fiscal são os grandes responsáveis pela elevada taxa de obstrução do Poder Judiciário, haja vista que correspondem a aproximadamente 39% da totalidade de casos pendentes e exibiram congestionamento de 91,9%, o maior dentre os tipos de processos pesquisados nessa exposição.

A responsabilidade tributária, diretamente ligada ao descumprimento de uma obrigação jurídica, pode ser atribuída tanto àquele que detém o dever jurídico quanto a quem não o tem, conforme o artigo 121 do Código Tributário Nacional (CTN). A responsabilidade do crédito pode ainda ser atribuída a uma terceira pessoa, relacionada ao fato originário da respectiva obrigação, “excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”, conforme o artigo 128 do CTN. Faz-se indispensável, porém uma ligação dessa determinada pessoa para com o fato gerador para que seja este considerado responsável.

A responsabilização do sócio já é empregada ao processo de execução fiscal, por meio do redirecionamento aos sócios. Ao pressupor irregularidades por parte do responsável pelo crédito tributário, o Estado requer, de forma direta, o redirecionamento da ação ao terceiro responsável pela pessoa jurídica, e constantemente é atendido pelo Poder Judiciário. Conforme decisão do julgamento do agravo de instrumento n.º 1.0024.15.093261-4/001, julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), a Relatora, Desembargadora Sandra Fonseca, em seu voto descreveu: “conquanto o recorrente possua legitimidade para figurar no polo passivo da execução, esta deve prosseguir em face do agravante apenas em relação aos créditos cujo vencimento da obrigação [...]”.

Ainda conforme a mencionada decisão, na tentativa, sem sucesso, de citar a empresa, mediante a mudança de endereço sem a efetiva notificação aos órgãos responsáveis ou em razão da efetiva inexistência da empresa, as autoridades fazendárias requerem ao oficial de justiça que

ateste quando não é possível citar a pessoa jurídica, na pessoa de seu representante, para que seja caracterizada sua dissolução irregular.

Nesse mesmo momento o representante do Estado requer também a inclusão dos sócios da pessoa jurídica no polo passivo da execução, o que é comumente deferido pela autoridade judiciária. Após o deferimento do referido pedido, o próximo passo seguido pela execução fiscal, com base na Lei 6.830/1990, Lei de Execuções Fiscais (LEF), dar-se-ia pela penhora dos bens dos sócios, ou a penhora *online*. Em seguida, seria concedido prazo para que os figurantes do polo passivo propusessem Embargos à Execução, conforme artigo 16 da LEF.

Seria, conforme o rito descrito, o procedimento regular das Execuções Fiscais. Contudo, o CPC de 2015 trouxe o instituto do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, previsto em seus artigos 133 a 137.

A inovação do CPC trouxe ao processo de Execução Fiscal, já altamente moroso, mais um risco processual. Antes da ocorrência de tal inovação, o Estado, como mencionado, redirecionava a Execução Fiscal aos sócios de forma direta, pela presunção de fraude, questiona-se neste momento a necessidade/legalidade da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica para que esse redirecionamento não ocorra de forma lesiva a ambos os sujeitos da relação processual.

2 A EXECUÇÃO FISCAL

A razão de existir do Estado está diretamente ligada à ideia do bem comum. Ideia esta atrelada à organização social, pois, quanto mais organizada a sociedade, maiores serão suas necessidades. Por ser a ideia do bem comum, constitucionalmente positivada, há a vinculação e o comprometimento de todos os Poderes e suas esferas para que esta ocorra de forma eficaz (MACHADO, 2006). “Pode-se dizer que o bem comum corresponde à concretização dos objetivos e princípios constitucionais postos, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais.” (BUFFON, 2012, p. 40) do cidadão.

Objetivando alcançar seus fins sociais, a Administração Pública desenvolve atividade para atingir recursos financeiros e aplicá-los. Tal atividade, porém, não se constitui em atividade

econômica, mas sim financeira, à medida que o Estado pratica atos para a obtenção, gestão e aplicação das receitas de que necessita para as suas finalidades. A tributação é a principal ferramenta de alcance de receitas, representando-se como parte essencial de tal prática desenvolvida pelo Estado (MACHADO, 2006)

Entre os poderes compreendidos pelo Estado, o de tributar é o mais aplicado pelos entes públicos na medida em que a arrecadação de tributos aparece como a maior fonte de recolhimento de receitas, e ao mesmo tempo surge como instrumento de delimitação de comportamentos/conduitas aos cidadãos contribuintes, compreendido pelo seu caráter extrafiscal.

O CTN, em seu artigo 3.º, apresenta a seguinte definição de tributo:

Art. 3.º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

A natureza jurídica característica do tributo é estabelecida pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo considerados tributos apenas os impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Considerando que o objetivo principal do Direito Tributário é a obtenção de recursos para o Estado, se o contribuinte não cumpre com a sua obrigação tributária, que, como já dito, é o meio mais eficaz de financiamento da máquina estatal, não será possível o custeio do Estado, e muito menos o proporcionar do bem comum a toda a população.

De modo que a máquina estatal e os cidadãos, em geral, não se prejudiquem com o inadimplemento das obrigações tributárias, por parte do contribuinte, o Estado tem como meio de buscar os pagamentos não realizados, em primeiro momento, a cobrança administrativa ou, se esta restar-se infrutífera, por meio judicial.

Somente à autoridade administrativa competente pertence o domínio de “constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o

sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”, conforme o artigo 142 do CTN.

Consoante aponta Sabbag (2011) o processo judicial tributário pode ser proposto tanto pelo contribuinte, quando este desejar opor-se diante das práticas do Fisco, por meio do processo de conhecimento, quanto pode haver a proposição por parte da Fazenda Pública, chamada de Execução Fiscal, sendo esta última exclusiva da Fazenda Pública.

A ação de execução fiscal assegura ao credor determinados privilégios. Partindo da proposição de que a dívida realmente existe e logra da presunção de certeza e liquidez, somente poderá ser refutada por prova incontestável a cargo do executado (KFOURI JÚNIOR, 2010).

Com base na presunção anteriormente citada, o devedor é citado para, no prazo de cinco dias, pagar a dívida ou, a fim de oferecer embargos, garantir a execução, no prazo de trinta dias, conforme dita o artigo 16 da Lei 6.830, de 22-9-1980 (LEF). Tendo corrido o prazo e não ocorrendo o pagamento da dívida, ou garantida a execução, a LEF (art. 7.º, incisos II e III) possibilita a constrição do patrimônio do executado mediante penhora ou arresto.

Na execução fiscal, o executado deverá apontar bens à penhora. Importante ressaltar que a alienação ou oneração de bens após a inscrição do crédito tributário em dívida ativa é considerada fraude e suportará o devedor às consequências regidas pela legislação.

Tem-se então que o meio de satisfação do crédito via processo judicial demanda tempo e gastos aos cofres públicos, além de contribuir para que a Justiça brasileira esteja cada vez mais sobrecarregada. Em conformidade com o relatório Justiça em Números do CNJ, já citado, verificou-se uma preponderância dos processos de execução em tramitação no Judiciário que duram em média oito anos e onze meses quando são de competência da Justiça Estadual. Dentre esses igualmente verificou-se o destaque para as de natureza fiscal.

3 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E SUAS PARTICULARIDADES

Uma pessoa pode causar prejuízo a outrem por descumprir uma obrigação, seja ela advinda

de contrato ou não. Conforme dita Gonçalves (2012), o termo responsabilidade traz a concepção de contraprestação, de reparação de dano. Por serem inúmeras as ações humanas, incontáveis são também as naturezas de responsabilidade, que compreendem todas as áreas do Direito e transbordam os limites da vida jurídica, para prender-se a todas as esferas da vida social. A responsabilidade sujeita o responsável na circunstância de quem, ao violar certa norma, vê-se submetido às implicações não desejadas advindas de sua conduta que provocou danos, podendo ser forçado a repará-lo.

A responsabilidade civil constitui-se da percepção de culpa à ideia de risco, que se institui na regra de que é restaurável o prejuízo causado a outrem em benefício do responsável. Estabelecendo-se como responsável aqui, apenas aquele que tenha capacidade de discernimento, ou seja, aqueles plenamente capazes, de acordo com o Código Civil de 2002 (CC/02). (GONÇALVES, 2013)

De acordo com Lana (2011), a Constituição brasileira vigente dispõe como finalidades essenciais da República a procura pela igualdade e pelo bem-estar social. Para que tais finalidades fossem auferidas pela população, demandou-se pela atuação dos cidadãos brasileiros, que por meio da cessão de parte de seu patrimônio para o Estado, tornam-se encarregados pela sustentação das atividades estatais. É sabido que o fornecimento de serviços públicos, e a sustentação do patrimônio social, implicam elevados gastos, o que obriga o Estado exigir de seus cidadãos o pagamento dos tributos.

À vista do que foi dito verifica-se que o Estado depende, em grande parte, do contribuinte para o movimento da sua “máquina”. Se o contribuinte não arca com os seus deveres, toda a coletividade é prejudicada. Para que o dano à população não ocorra, faz-se necessária uma atuação eficaz do Estado com objetivo de responsabilizar o indivíduo gerador do não cumprimento da obrigação para que este venha adimplir seu débito junto ao ente estatal. Sobretudo, o ente público tem o dever de cobrar os tributos lançados, bem como constituir e lançar os tributos devidos, ocorrendo em infração à Lei de Responsabilidade Fiscal o agente público que não o fizer apropriadamente.

Consoante Gagliano e Pamplona Filho (2012)

a percepção sumária da responsabilidade civil, pela óptica subjetivista, dita que cada indivíduo responde pessoalmente pela culpa, ou seja, paga pelo dano causado a outrem. Por representar fato consistente em direito à pretensão reparatória, caberá ao autor provar a culpa do réu.

Contudo, em determinadas hipóteses poderá haver a responsabilização, no âmbito civil, a alguém que não foi causador direto do dano, isto é, a um terceiro que mantém algum tipo de relação jurídica com o gerador da conduta danosa. Nessa situação, caracteriza-se uma responsabilidade civil indireta, em que a culpa é subentendida, de acordo com o dever geral de vigilância a que está obrigado o requerido (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

Verifica-se no CC/02 a existência de dispositivos legais que, na seara do Direito Empresarial, tratam da responsabilidade objetiva dos sócios, dos acionistas e dos administradores, em que a culpa ou o dolo são prescindíveis, o que via de regra não acontece, visto que o dever de indenizar, decorrente da prática de atos ilícitos, funda-se na culpa ou no dolo do agente.

A responsabilidade tributária, diretamente ligada ao descumprimento de uma obrigação jurídica, pode ser atribuída tanto àquele que detém o dever jurídico quanto a quem não o tem, conforme o artigo 121 do CTN. A responsabilidade do crédito pode ainda ser atribuída a uma “terceira pessoa, vinculada ao fato originário da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação”, conforme o artigo 128 do CTN.

Faz-se indispensável, porém uma ligação dessa determinada pessoa para com o fato gerador para que seja este considerado responsável.

De acordo com Machado (2006), o Direito Tributário estrutura a ideia de responsabilidade sob dois aspectos: amplo e estrito.

Em sentido amplo, é a submissão de determinada pessoa, contribuinte ou não, ao direito do fisco de exigir a prestação da obrigação tributária. Essa responsabilidade vincula qualquer dos sujeitos passivos da relação obrigacional tributária. Em sentido estrito, é a submissão, em virtude de disposição legal expressa, de determinada pessoa que não é contribuinte, mas está vinculada ao fato gerador da obrigação

tributária, ao direito do fisco de exigir a prestação respectiva (MACHADO, 2006, p. 116).

O CTN estabelece:

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis:

[...]

VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.

[...]

Tal previsão legal infere que o terceiro tenha participado do ato que caracteriza o fato gerador do tributo, ou em relação a este, tenha se omitido. Faz-se necessária uma relação entre a obrigação tributária e o comportamento daquele a quem a lei outorga a responsabilidade.

A responsabilidade solidária está prevista, no mesmo CTN, no art. 135, a seguir transcrito:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

[...]

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Assim, diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídica de direito privado serão pessoalmente responsável pelos créditos tributários resultantes de atos praticados com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos, ou seja, assumirão a responsabilidade com seus bens pessoais por dívidas da empresa provenientes de seu comportamento irregular.

Importante destacar que a responsabilidade especificada no referido artigo é solidária, visto que a solidariedade é a regra, já que há sempre o interesse comum, conforme o artigo 124, I, do CTN, dos responsáveis na situação que estabelece o fato gerador. Percebe-se com o exposto que a atuação dos administradores é que produz a dívida tributária e traz benefícios e lucros a estes e à empresa.

A responsabilização do sócio já é empregada ao processo de execução fiscal. Ao pressupor

irregularidades por parte do responsável pelo crédito tributário, o Estado, requer, de forma direta, o redirecionamento da ação ao terceiro responsável pela pessoa jurídica, e constantemente é atendido pelo Poder Judiciário. Conforme decisão do julgamento do Agravo de Instrumento n.º 1.0024.15.093261-4/001, julgado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), a Desembargadora Sandra Fonseca, como Relatora, descreveu: “conquanto o recorrente possua legitimidade para figurar no polo passivo da execução, esta deve prosseguir em face do agravante apenas em relação aos créditos cujo vencimento da obrigação [...]”.

4 DIFERENÇAS TRAZIDAS PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: CPC/1973 X CPC/2015

Até o início de vigência do CPC em março de 2016, ao constatar que o patrimônio da pessoa jurídica não seria suficiente para liquidar as dívidas tributárias, diante da necessidade processual de o Estado trazer os sócios para o polo passivo da execução fiscal, a solução se efetivava com o pedido de desconsideração da personalidade jurídica, que comumente era recepcionado pelo juiz ao caso concreto.

Tal requerimento era realizado de forma simples, em que bastava a comprovação por parte do ente estatal de que ocorreu de fato o encerramento irregular das atividades da empresa ou de que ocorre a confusão patrimonial, e nesse mesmo momento, o ente credor já procedia à indicação dos sócios integrantes da pessoa jurídica. Por muito tempo e com bastante frequência o Estado utilizou o redirecionamento, que nada mais é do que a desconsideração da personalidade jurídica, como forma de chegar aos sócios, a fim de obter êxito na execução fiscal (BARBOSA, 2016).

Ao direcionar a execução fiscal aos sócios, esses tinham o direito de se defender nos embargos à execução. Sendo que os mesmos requisitos para que a empresa oferecesse sua defesa eram também atribuídos aos sócios, ou seja, necessário se fazia garantir o montante integral do valor da execução, em conta judicial, para que então seu recurso fosse apreciado pelo Poder Judiciário.

Com o início do vigor do CPC/2015, em março de 2016 passou-se a exigir para todos os

casos dessa natureza a propositura do incidente que pode ser requerido em todas as fases do processo, entretanto quando não requerido na petição inicial, suspende o processo até que o sócio ou pessoa jurídica, depois de devidamente intimado(a), manifeste nos autos no prazo de quinze dias, requerendo aqui os meios de prova cabíveis.

Cabe salientar que se o requerimento decorrer da exordial será cumprida a citação diretamente do sócio ou da pessoa física e correrá o procedimento nos próprios autos. Por razão de a lei dispensar o prazo supramencionado neste momento do processo, com a efetivação da referida citação, os sócios ou as pessoas físicas passarão a integrar no processo como litisconsortes (BARBOSA, 2016)

À guisa de exemplo, tem-se o amplo debate formulado na seara trabalhista, encerrado com a Instrução Normativa n.º 39 do Tribunal Superior do Trabalho, reconhecendo a aplicabilidade do incidente.

O CPC/2015 veio com maior consonância à Constituição da República no que diz respeito aos princípios constitucionais, em suas variantes processuais. O princípio do contraditório é um deles, que têm procedimento anterior à desconsideração da personalidade jurídica. Faz-se expresso então o preceito de que mesmo lidando com matéria pública, não está o juiz dispensado a observar o princípio do contraditório.

Verificou-se que a tramitação do projeto na Câmara dos Deputados não trouxe nenhuma proposta de alteração da regra criada no âmbito do Senado, dentre as 900 emendas apresentadas.

O CPC/2015 trouxe a inovação que regulamenta o procedimento da desconsideração da personalidade jurídica, muito falada. Afinal, não são incomuns episódios em que pessoas físicas se utilizam de uma personalidade jurídica para prática de atos ilegais.

Com o advento da mencionada norma, surge a processualização da personalidade jurídica, como uma espécie de intervenção de terceiro, já que se encontra em seu livro, ao acolher o pedido incidental. Sendo, esta, “cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença, e na execução constituída de título executivo extrajudicial.” (art. 134 do CPC).

Ao ser(em) citado(s) o sócio ou a pessoa jurídica

têm o prazo de quinze dias para manifestarem, e o mesmo prazo para requererem as provas que acharem necessárias, estando paralisado o processo durante o prazo (art. 135 do CPC).

5 O PONTO DE VISTA DOS TRIBUNAIS

Para a estruturação desta seção buscou-se realizar pesquisa jurisprudencial referente à temática de modo a verificar como os Tribunais têm interpretado a aplicação do instituto da desconsideração.

Dessa forma foram realizadas pesquisas nos quatro Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais (TJMG), São Paulo (TJSP), Rio de Janeiro (TJRJ) e Espírito Santo (TJES), em seus sítios na internet. Foram utilizados como descritores as palavras: “execução”, “fiscal”, “incidente”, “desconsideração”; unidos pelo conectivo “e” de modo a gerar pesquisa com todas essas palavras.

Definiu-se por não estabelecer restrição de data para a pesquisa pelo fato de que o CPC vige a apenas dezoito meses, quando da pesquisa em 23 de outubro de 2017.

Foram localizados números variados de documentos, sendo que não necessariamente tinham pertinência com a temática: TJMG, sete decisões; TJSP, 2.186 decisões; TJRJ, oito decisões, sendo que para o TJES a pesquisa não retornou resultados.

Para a formulação da amostra a ser trabalhada neste estudo, definiu-se que nos Tribunais de Minas Gerais e Rio de Janeiro seriam lidos todos os textos selecionados, enquanto que no Tribunal de São Paulo apenas os treze primeiros, conforme apresentação definida pelo próprio sítio do tribunal. Adiante se fez a análise de pertinência de cada texto com a pesquisa, sendo então definido como amostra o total de 28 decisões.

Da leitura inicial dos acórdãos foi necessário o descarte de: 5 do TJMG, 3 do TJRJ, mantidos do TJSP o mesmo número representativo dentre aqueles que tinham real pertinência com o tema.

Com base na análise dos acórdãos, pertinentes ao tema, encontrados na página eletrônica do TJMG, notou-se que a matéria em questão ainda foi pouco abordada nessa Corte, comparativamente ao TJSP. Tal desproporção pode advir do fato de a Procuradoria do Estado de Minas Gerais requerer em menor intensidade a inclusão dos sócios no polo

passivo da demanda, ou em outra hipótese, de o número de créditos fiscais mineiros ser menor que os paulistas.

Daqueles que discutiam a aplicação do incidente, viu-se que a argumentação do devedor, em maioria, funda-se no princípio do contraditório, uma vez que, sob o seu ponto de vista, ocorreu a desconsideração sem que fosse respeitado o seu direito de defesa ao ser este incluído no polo passivo da demanda. Posicionamento que destaca o desacordo com o que estabelece o CPC/15, que em seu artigo 134 § 3.º, determina a suspensão do processo em caso de haver o requerimento da desconsideração da personalidade jurídica, sem que este tenha ocorrido na petição inicial.

O TJMG, em maioria de suas decisões, entendeu que o incidente de desconsideração não deve ser levado em consideração nas hipóteses em que esteja configurada a dissolução irregular da empresa, visto que a Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça permite que seja direcionada a execução fiscal aos sócios que praticam tal ato sem comunicar oficialmente aos órgãos responsáveis; e no artigo 135 do CTN que permite a responsabilização desses sócios; ou que nos casos em que haja a comprovação da confusão patrimonial dos sócios e da pessoa jurídica. Cabe ressaltar que este entendimento não dota de unanimidade.

Como exemplo apresenta-se o Acórdão prolatado pela 3.ª Câmara Cível, referente ao Recurso de Agravo de Instrumento, em que foi relator o Juiz Adriano de Mesquita Carneiro (Juiz de Direito Convocado), em cujo texto foi escrito que:

Coaduno com o entendimento sufragado pelo Relator no sentido de que o redirecionamento da execução fiscal ao sócio coobrigado não implica desconsideração da personalidade jurídica da executada, tampouco o rito previsto no art. 133 do CPC/2015 – o qual prevê a suspensão do processo e ampla instrução probatória, sem garantia do juízo – seria compatível com o processo de execução fiscal regido pela Lei n.º 6.830/80.

A esse respeito, anoto que a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM já aprovou o Enunciado n.º 53, segundo o qual “o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de

desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015.” (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de instrumento n.º 1.0386.05.001134-8/001 0337968-95.2016.8.13.0000 (1). Terceira Câmara Cível. Relator Juiz Adriano de Mesquita Carneiro. *Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais*, Diário da Justiça, Belo Horizonte, MG, 18 maio. 2017.)

Observa-se uma predisposição desta Corte a não considerar cabível a aplicação do incidente aos processos de execução fiscal, tendo como uma de suas razões a especialidade da LEF.

Dos julgados do TJSP tomados em análise, em sua maioria, o Estado figura como recorrente uma vez que o juízo de Primeira Instância comumente julga a desconsideração da personalidade jurídica tendo por base o artigo 133 e seguintes do CPC instaurando o incidente.

Há nas decisões de Segunda Instância, predominantemente, o entendimento pela desnecessidade da instauração do incidente. Pois, ao requerer a inclusão dos sócios no polo passivo da demanda, o ente público geralmente se baseia na dissolução irregular da empresa, com pedido de redirecionamento, e não especificamente de desconsideração da personalidade jurídica, tendo como base a Súmula 435 do STJ e artigos do CTN.

O entendimento do TJSP, e cabe aqui a ressalva de que todos os julgados analisados foram unânimes em sua votação, consolida-se no sentido de que nos casos em que configure a dissolução irregular, a confusão patrimonial, e que a execução seja de caráter fiscal, não deve ser instaurado o incidente de desconsideração. Para tanto se entendeu que o Código Processual, por se tratar de lei geral, pode ser aplicado ao procedimento de execução fiscal, subsidiariamente, conforme dispõe o próprio art. 1.º da LEF, sendo certo que, pelo princípio da especialidade, a lei especial prevalece sobre a geral.

Além de utilizar como base para suas decisões o CTN e a Súmula 435 do STJ, os julgadores também aplicaram o Enunciado n.º 53 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, que dita: “O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do CPC/2015.” (ENFAM, 2017).

Nesse mesmo sentido tem-se o entendimento consolidado no Enunciado n.º 6 formatado no Fórum de Execuções Fiscais (FOREXEC): “A responsabilidade tributária regulada no art. 135 do CTN não constitui hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no art. 133 do CPC/2015.” (EMARF, 2015).

Ao prolatar decisões unânimes que utilizam quase que invariavelmente as mesmas bases legais a respeito do tema, vê-se que a Corte paulista tende a pacificar o entendimento de que o incidente de desconconsideração não deve ser aplicado às execuções de caráter fiscal.

A partir do exame das decisões proferidas pelo TJRJ, ainda se percebe divergência de entendimentos. Há julgadores que entendem não ser o incidente aplicável ao processo de execução fiscal, independente de terem incorrido os sócios na dissolução irregular ou não, como exemplo do Acórdão proferido pela 10.ª Câmara Cível, relativo ao Agravo de Instrumento n.º 0054947-09.2017.8.19.0000, em que figura como Relator o Desembargador Pedro Saraiva de Andrade Lemos, em cujo voto foi escrito que:

[...] O Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica, novidade do NCPC, embora cabível em todas as fases do processo, assim como nas execuções de títulos extrajudiciais (art. 134, CTN), mostra-se incompatível com o regramento especial previsto na Lei 6.030/80 para execução dos créditos públicos. [...] (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n.º 0054947-09.2017.8.19.0000. Décima Câmara Cível. Relator Desembargador Pedro Saraiva de Andrade Lemos. *Diário Oficial [do] Estado do Rio de Janeiro*, Diário da Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 28 set. 2017).

Há julgadores que entendem ser aplicável o incidente independente de os sócios terem incorrido em infrações ou não. Como é o caso da decisão proferida pela 3.ª Câmara Cível, concernente ao Agravo de Instrumento n.º 0044476-31.2017.8.19.0000, figurando como relator o Desembargador Petterson Barroso Simão, no qual expressa:

[...] incidente de desconconsideração da personalidade jurídica é um instrumento que

assegura o contraditório prévio aos sócios acerca da responsabilidade pessoal por débitos originariamente das empresas que integram ou integravam, ou seja, a utilização do instituto, na forma como preconizada, notadamente quando a figura do responsável não consta da CDA, garante a defesa antes da inclusão do nome no processo de cobrança e do bloqueio de bens para garantir o pagamento do imposto. Finalmente, quanto à alegada suspensão do processo e não da prescrição, entendendo que são aplicáveis as regras previstas na Lei Complementar 106/2005, que estabelecem a citação ou despacho que ordena a citação como marcos interruptivos da prescrição, bastando que a Fazenda não se mantenha inerte e promova as diligências necessárias para que o prazo interrompido não volte a correr [...] (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n.º 0044476-31.2017.8.19.0000. Terceira Câmara Cível. Relator Desembargador Petterson Barroso Simão. *Diário Oficial [do] Estado do Rio de Janeiro*, Diário da Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 20 set. 2017.).

Há aqui, assim como nos outros Tribunais, a preponderância do artigo 135 do CTN, da Súmula 435 do STJ e a especialidade da LEF, nas decisões que julgam prescindível a aplicação do incidente às execuções fiscais.

A partir do exposto, percebe-se que o TJRJ, por ainda dispor de desacordos acerca da temática aqui tratada, pode demorar um tempo maior para consolidar um entendimento a respeito da aplicação do incidente especificamente em execuções fiscais.

Por não obter êxito nas pesquisas realizadas no endereço eletrônico do TJES, não há considerações atinentes ao entendimento deste Tribunal.

Com base nas considerações acima expostas e da minuciosa leitura dos julgados, percebeu-se que os Tribunais examinados tendem a considerar pertinente a aplicação do incidente apenas em execuções de títulos executivos extrajudiciais de cunho não fiscal, por ser de grande peso o princípio da especialidade, que traz a superioridade da lei especial sobre a lei geral, aqui caracterizada pelo CPC, além dos Enunciados da ENFAM e FOREXEC, anteriormente mencionados, os quais direcionam os julgadores ao entendimento de que o incidente elencado no Capítulo IV do CPC.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para a construção da discussão proposta buscou-se apresentar como base o estado atual das ações de execução fiscal e o seu impacto para a prestação jurisdicional como um todo. Assim como os ditames normativos que regem o dever tributário e a persecução pública à efetivação do tributo. Paralelamente foi apresentado o novo instituto, trazido com a entrada em vigor do novo CPC. O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica atende a anseio antigo de uniformizar o procedimento para a quebra da singularidade da entidade passando a alcançar os sócios.

A discussão proposta se deu nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, revelando a pesquisa documental o caminho de pacificação do entendimento da inaplicabilidade do incidente às execuções fiscais, conforme apontado na “Seção Ponto de Vista dos Tribunais”.

Possivelmente a um futuro próximo a questão alcançará o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vindo a encontrar uniformização. Ao momento presente verifica-se aberta a possibilidade de novos estudos que eventualmente alarguem a pesquisa para Tribunais de outras unidades federativas, ou mesmo busquem os Tribunais superiores.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Murilo Pompei. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no novo código de processo civil. 2016. 77 f. Monografia (Bacharelado em Direito)–Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2016. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/view/5312/5057>> Acesso em: 19 out. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Emendas Apresentadas - PL 8046/2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas;jsessionid=515409C9BEC0C905389B9F770F3E7EE1.proposicoesWebExterno2?idProposicao=490267&subst=0> Acesso em: 14 set. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2016: ano-base 2015. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

BRASIL. Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 maio 2000.

BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 out. 1966, e retificado no *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 out. 1966.

BRASIL. Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 set. 1980.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Senado Federal. Comissão de Juristas “Novo CPC”. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf> Acesso em: 30 set. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução n.º 203, de 15 de março de 2016. Edita a Instrução Normativa n.º 39, que dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, DF, n. 1939, 16 mar. 2016.

BUFFON, Marciano. Tributação e direitos sociais: a extrafiscalidade instrumento de efetividade. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, RS, Ed. IMED – Faculdade Meridional, v. 8, n. 2, p. 38-68, jul.-dez. 2012. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/287>> Acesso em: 29 abr. 2017.

EMARF – Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região. Os impactos do novo Código de Processo Civil na execução fiscal. Fórum de Execuções Fiscais – FOREXEC. 2015. Disponível em: <<http://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/enunciadosforexec2015.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Seminário. O poder judiciário e o novo código de processo civil. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. v. 3. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado*. v. 1. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

KFOURI JÚNIOR, Anis. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LANA, Fernanda Fagundes Veloso. A responsabilidade tributária como instrumento para assegurar o dever fundamental de pagar tributos. 2011. 127 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público)–Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito Público. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <[http://](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LanaFFV_1.pdf)

www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_LanaFFV_1.pdf> Acesso em: 29 set. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 27. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de instrumento n.º 1.0024.15.093261-4/001 0978146-71.2015.8.13.0000 (1). Sexta Câmara Cível. Relatora Desembargadora Sandra Fonseca. *Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais*, Diário da Justiça, Belo Horizonte, MG, 1.º jun. 2016.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de instrumento n.º 1.0386.05.001134-8/001 0337968-95.2016.8.13.0000 (1). Terceira Câmara Cível. Relator Juiz Adriano de Mesquita Carneiro. *Diário Oficial [do] Estado de Minas Gerais*, Diário da Justiça, Belo Horizonte, MG, 18 maio 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n.º 0044476-31.2017.8.19.0000. Terceira Câmara Cível. Relator Desembargador Petterson Barroso Simão. *Diário Oficial [do] Estado do Rio de Janeiro*, Diário da Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 20 set. 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n.º 0054947-09.2017.8.19.0000. Décima Câmara Cível. Relator Desembargador Pedro Saraiva de Andrade Lemos. *Diário Oficial [do] Estado do Rio de Janeiro*, Diário da Justiça, Rio de Janeiro, RJ, 28 set. 2017.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Submissão em: dezembro de 2017.
Pareceres favoráveis em: fevereiro de 2018.

***NORMAS
PARA PUBLICAÇÃO***



e-Revista da Faculdade de Direito Santo Agostinho

ISSN 2238-4081 (CD-Rom)

ISSN 2179-8222 (Impressa)

Área: Direito

Editor: Prof. Ms. Richardson Xavier Brant

Editor-Associado: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Endereço eletrônico (e-mail):

revistaeletronica@fasa.edu.br

Periodicidade: semestral

Idioma: Português

Forma de distribuição: eletrônica, constante na página eletrônica direito.fasa.edu.br, com acesso livre. O formato é copiável, mas pede-se a citação de autor e fonte.

1 INFORMAÇÕES INICIAIS E TÉCNICAS SOBRE A REVISTA

A Revista Eletrônica Fas@Jus é uma publicação semestral do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho. Tal Faculdade tem sede em Montes Claros, Minas Gerais, na Av. Donato Quintino, 90, Shopping Center, CEP 39400-546. Os telefones são (38) 3224-7905 (Coordenação), 3224-7901 (recepção) e 3224-7900 (geral).

A e-Revista Fas@Jus é uma publicação eletrônica e, em algumas oportunidades, são impressos alguns exemplares, com o fim de divulgação. É composta das seguintes seções fixas:

ENTREVISTA – destinada a divulgar assuntos relacionados ao Direito, orientação profissional e temas ligados aos órgãos nos quais atuam os operadores do Direito;

ARTIGOS DO CORPO DOCENTE – espaço destinado a publicar artigos científicos de autoria de Professores do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). Neste ponto, uma explicação. A Fas@Jus não publica artigos e resenhas envolvendo parceria de Professores e Acadêmicos porque:

- há seção exclusiva para publicação de textos dos Acadêmicos da Casa;
- é forma de incentivar aos Acadêmicos a publicarem de forma isolada;
- é forma de evitar que Professores exijam que seus Alunos façam artigos científicos e incluam os seus (dos Professores) nomes;
- parcerias, normalmente, não valem pontuação, para os Acadêmicos, em concursos públicos de provas e títulos;
- no caso específico da FADISA, somente a publicação individual pode levar o Acadêmico autor a ser dispensado de feitura e apresentação de monografia como Trabalho de Curso;

ARTIGOS DO CORPO DISCENTE – espaço destinado a publicar artigos científicos de autoria de Acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). São aceitas parcerias entre Acadêmicos, embora não sendo aconselhável porque tais publicações com mais de um autor, normalmente, não resultam em pontuação em concursos públicos de provas e títulos e, no caso da FADISA, somente a publicação individual pode levar o Acadêmico autor a ser dispensado de feitura e apresentação de monografia como Trabalho de Curso;

ARTIGOS DE EGRESSOS – seção destinada aos ex-alunos do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho;

ELO COM OUTRAS IES – espaço apropriado para publicação de artigos científicos de autoria de:

- Acadêmicos de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;
- Egressos de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;
- Professores de outras Instituições de Ensino Superior de todo o Brasil;

AUTOR CONVIDADO – seção destinada a conter artigos científicos de autoria de pessoas que o Editor ou os componentes do Conselho Editorial convidam a colaborar;

RESENHA – espaço destinado a publicação de resumo crítico, comparativo ou contendo emissão de juízo de valor por parte do autor sobre obras artísticas que são da área do Direito ou são a tal área inter-relacionados. São exemplos: livros, filmes, peças teatrais, músicas e outras atividades artísticas que tocam no tema dos segmentos do Direito.

2 NORMAS GERAIS E INICIAIS PARA QUAISQUER TIPOS DE MATERIAL SUBMETIDO À ANÁLISE, APRECIACÃO E PUBLICAÇÃO

I – somente serão analisados, pelo Conselho Editorial, materiais inéditos, entendendo como inédito o texto que tenha sido motivo de, em forma de resumo, eventuais apresentações orais, em eventos científicos;

II – a submissão de texto científico a ser analisado e, se aprovado, publicado, importa em ciência de que há originalidade, não há plágios, fraude ou cópias e que o material é inédito em termos de publicação, afirmações sob a responsabilidade, nas searas penais e civis, do autor;

III – a submissão dos trabalhos implica:

a) aceitação e autorização da publicação, se aprovado pelo Conselho Editorial, com cessão dos direitos autorais de colaboração autoral inédita;

b) ciência de que o material, se aprovado para publicação, poderá ser submetido a correção linguística, metodológica, de formatação e padronização;

c) ciência de que a não aprovação, por parte do Conselho Editorial, não implica em responsabilidade de informar em que partes do texto foram notadas deficiências (a reprovação do texto não se traduz por oferta de correção ou sugestões);

d) ciência de que somente em casos excepcionais o Conselho Editorial devolverá o material ao autor, para melhoramentos, adequações e adaptações, sendo a regra a reprovação do que não se encaixar nas regras ora fixadas.

3 NORMAS PARA PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS

A Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho aceita analisar artigos científicos que lhe sejam submetidos, com as seguintes condições.

PRIMEIRA. TEMA

Os artigos científicos submetidos devem conter, a princípio, exclusivamente temas de Direito. Mas, há como mesclar Direito e outros segmentos do saber (Direito e Economia, Direito e Psicologia, Odontologia Legal, Medicina Legal, por exemplos) assim como são aceitos textos envolvendo, também como exemplo, Educação Superior.

SEGUNDA. FORMATO DO DOCUMENTO

O **artigo científico** submetido:

I – deve ser enviado exclusivamente em texto digitado, redigido em Língua Portuguesa, sem envio de material impresso;

II – deve estar digitado com tipos Times New Roman (preferencialmente) ou arial;

III – exceto as citações longas, o texto deve ter tipos tamanho 12, com espaço 1,5 entre linhas;

IV – as citações curtas, de até três linhas, devem vir dentro do texto, entre aspas;

V – as citações longas devem:

- a) ser digitadas em tipos de tamanho 11;
- b) ser recuadas em 2,5cm (duas vezes o espaço 1,25cm do parágrafo normal);
- c) ter espaço simples (espaço 1) entre linhas;
- d) ter referência a autor – apenas pelo sobrenome e em letras maiúsculas – data e número da página;

VI – ter, no mínimo, dez páginas, incluindo bibliografia e notas de rodapé;

VII – estar redigido em formato word (não se admitindo arquivo em PDF ou outro formato), com as seguintes especificações:

- a) a página deverá ser padronizada com margens superiores e esquerda com 3cm e margens superiores e direita com 2cm;
- b) os recuos de parágrafos devem ter 1,25cm, e a separação entre parágrafos deve ser feita com utilização de espaço normal entre linhas;

VIII – o título do artigo deve ser digitado em tamanho 14 ou 16, com efeito negrito e centralizado;

IX – se houver subtítulo do artigo, deve vir todo digitado em letras minúsculas – exceto em se tratando de nomes próprios – e após o título, tendo dois pontos imediatamente após a última letra do título e antes do subtítulo;

X – o nome completo do autor do texto deve ser digitado em tamanho 12, alinhado à direita, com nota de rodapé contendo a qualificação resumida do autor (títulos e Instituições de Ensino às quais se acha ligado ou nas quais obteve os títulos);

XI – o Resumo deve:

- a) ter o máximo de 200 palavras, em único parágrafo;
- b) estar digitado em espaço simples (espaço 1);
- c) ser redigido em Língua Portuguesa;
- d) conter até cinco palavras-chave, estas escritas na última linha;

XII – o Resumo deve ser traduzido, preferencialmente em inglês, na mesma condição do Resumo, sob a forma de ABSTRACT, inclusive

as cinco correspondentes *keywords*;

XIII – os destaques devem ser feitos exclusivamente com utilização de tipos itálicos, não se admitindo negrito e sublinhado;

XIV – a Bibliografia deve:

- a) ser inserta ao fim do texto, exclusivamente;
- b) ter o subtítulo como, apenas, REFERÊNCIAS;
- c) ter espaço simples entre as linhas;
- d) estar alinhada à esquerda;
- e) conter:

1) nome de família do autor, em letras maiúsculas, seguido de vírgula;

2) restante do nome do autor somente com iniciais maiúsculas, exceto partículas de ligação que ficam escritas em minúsculas (exemplos: de, da, e), seguido de ponto final;

2) título da obra somente com a primeira inicial maiúscula, exceto em se tratando de nomes próprios, com efeito itálico; seguido de dois pontos se houver subtítulo ou ponto final quando não houver subtítulo;

3) se houver, subtítulo da obra somente com iniciais minúsculas, exceto em se tratando de nomes próprios, sem efeitos;

4) nome do tradutor, se houver, seguindo de ponto final;

5) número da edição indicada apenas pelo algarismo arábico seguido de ponto final e somente em sendo da segunda edição em diante, e seguido da palavra “ed.”, em letras minúsculas seguidas de ponto final, como forma de abreviar “edição”;

6) o nome da cidade em que houve a publicação, seguido de dois pontos;

7) o ano da edição, seguindo de ponto final;

8) notas esclarecedoras como título original ou a qual coleção pertence, se houver;

XV – o material gráfico e ilustrações devem:

a) ter largura entre 8,5cm e 16cm;

b) ser numeradas sequencialmente em algarismos arábicos;

c) estar localizados(as) dentro do texto, quando tratado do assunto em que a ilustração, quadro, tabela ou outra forma de ilustração se referir;

d) ter legendas escritas em tipos Times New Roman, tamanho 8, logo abaixo da figura.

TERCEIRA. O TEXTO E OS SUBTÍTULOS

O texto deve ser apresentado em estilo “justificado” (de um lado ao outro da página) e separado por subtítulos, precedidos de algarismos arábicos.

Quando se tratar de numeração primária (exemplos: 1, 2, etc.), o subtítulo deve vir todo escrito em letras maiúsculas, com efeito negrito. Quando se tratar de numeração secundária (exemplos: 1.1; 1.2; 2.1; 2.2, etc.), o subtítulo deve ter somente as iniciais maiúsculas, exceto partículas de ligação e palavras monossilábicas (exemplos: de, para, por, as), com efeito negrito. Subtítulo com numeração terciária (exemplos: 1.1.1; 1.1.2, etc.) deve conter apenas a primeira inicial maiúscula, e sem efeito negrito.

QUARTA. NOTAS DE RODAPÉ

Somente são admitidas notas de rodapé para identificação resumida do autor (inciso X da nota SEGUNDA) e para notas explicativas. Não são admitidas referências bibliográficas como nota de rodapé. Os tipos das notas de rodapé devem ser de números 9 ou 10.

QUINTA. ABREVIATURAS, ABREVIACÕES E SIGLAS

A primeira utilização de iniciais, abreviatura e sigla somente será admitida após o nome por extenso da sequência abreviada, e entre parênteses. A partir da primeira utilização de iniciais, abreviaturas e siglas, pode-se utilizar, opcionalmente, todo o nome ou a forma diminuída. Não se admite o uso de abreviações (exemplos: cine, fone).

Notar que não há pontos finais em iniciais ou siglas.

Exemplos de siglas: Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA) ou Faculdade de Direito Santo Agostinho (Fadisa) (nos exemplos, a palavra formada tem mais de quatro letras e, por isso, pode aparecer em caixa-alta ou somente com a primeira letra em maiúscula; se fosse composta de até quatro letras, o uso seria, exclusivamente, exclusivamente com letras maiúsculas).

Exemplos de iniciais: Fundo Monetário Internacional (FMI); Núcleo Docente Estruturante (NDE).

SEXTA. NUMERAIS

No texto, os numerais são escritos por extenso entre um e vinte e a cada vez que a indicação for em números pronunciados com única palavra (exemplos: trinta, cem, quinhentos, mil) e em algarismos nos demais casos (exemplos: 21, 45, 135, 1.011). Deve-se notar que a partir de mil, há ponto final entre o milhar e a centena. Não se usa ponto final entre o milhar e a centena é em datas. Exemplos: 2015, 1968; 2045.

4 NORMAS ESPECÍFICAS PARA PUBLICAÇÃO DE RESENHAS

A Revista Eletrônica Fas@Jus, do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho aceita analisar **resenhas** que lhe sejam submetidas. A elaboração de resenhas deve obedecer, em tudo, as normas para publicações de artigos, exceto as seguintes particularidades:

I – admite-se texto sem subtítulos ou com subtítulo sem numeração;

II – o texto deve ter, no mínimo, cinco páginas;

III – não há resumo e/ou *abstract*;

IV – as obras resenhadas devem, obrigatoriamente, envolver o Direito, não se fixando quais as modalidades intelectuais em que a arte analisada é apresentada (exemplos: filmes, livros literário, peças teatrais e outras).

V – admite-se Referência com apenas dados da obra resenhada.

5 NORMAS DA ABNT

Em quaisquer textos submetidos à análise do

Conselho Editorial da Fas@Jus, a e-Revista do Curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho, devem ser observadas as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) em tudo que não ficou descrito nas regras anteriormente descritas.



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

ISSN 2179-8222 (Impressa)



9 772179 822004

ISSN 2238-4081 (CD-Rom)



9 772238 408002