BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 946

(Ano XII)

(22/02/2020)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2020

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA *(DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.*

MARCELO FERNANDO BORSIO *(MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.*

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO *(MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.*

RODRIGO LARIZZATTI *(DF/Argentina)**:** Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.*

MARCELO FERREIRA DE SOUZA *(RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.*

KIYOSHI HARADA *(SP)**:** Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.*

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO *(Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.*

CAMILA ALENCAR COIMBRA: *Bacharelanda em Jornalismo. Colaboradora em editoração.*

País: ***Brasil***. Cidade: ***Brasília – DF***. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

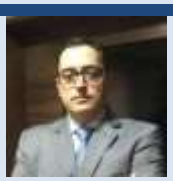
Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

www.conteudojuridico.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Quando o recebimento de propina resulta no crime de lavagem de dinheiro?
21/02/2020 | Marcelo Aith, 04.

ARTIGOS

Erro de tipo, erro de proibição e descriminantes putativas: uma análise dogmática
21/02/2020 | João Alberto da Trindade Neto, 8.

O novel crime de prolongar injustificadamente à investigação ou fiscalização da Nova Lei de Abuso de Autoridade
21/02/2020 | Joaquim Leitão Júnior, 25.

Presunção de ilicitude do patrimônio controverso: inversão do ônus da prova pró-culpabilidade
21/02/2020 | Leonardo de Tajaribe Ribeiro Henrique da Silva Junior, 30.

A teoria dos jogos e a solução de conflitos após a reforma trabalhista
21/02/2020 | Elias Ibrahim Nemes Junior, 35

A inconstitucionalidade da demissão por justa causa em estatais em decorrência da aposentadoria voluntária
20/02/2020 | Verônica Quihillaborda Irazabal Amaral, 52

Responsabilidade civil das operadoras de plano de saúde em decorrência de erro médico
19/02/2020 | Munique Nicolle Ribeiro, 55.

A utilização do termo de ajustamento de conduta no âmbito da improbidade administrativa
19/02/2020 | Luciana Oliveira Coimbra Roman, 91.

Demora do INSS para analisar requerimentos de aposentadorias e pensões
19/02/2020 | Alexandre S. Triches, 106.

Aplicação do Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal

18/02/2020 | Luciana Oliveira Coimbra Roman, 108.

As relações de trabalho e os impactos trazidos pela modernidade líquida
18/02/2020 | Severino Ramos da Silva, 126.

A polêmica sobre o art. 25, § 3º, da Emenda Constitucional 103/2019: há mesmo novidade?
18/02/2020 | Victor de Oliveira Meyer Nascimento, 145.

A imunidade tributária do Estado membro locador de imóvel urbano: Perspectiva sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 594.015 e RE 601.720, sobre a imunidade tributária recíproca.
17/02/2020 | Israel Evangelista da Silva, 165.

Chernobyl à brasileira: quando as estruturas judiciais também causam megadesastres
17/02/2020 | Luiz Fernando Cabeda. 181.

A informação-advertência no âmbito dos videogames: por uma proteção consumerista pelos danos causados por epilepsias e lesões físicas
17/02/2020 | Thiago dos Santos Rocha, 212.

Trabalhadores de cruzeiros marítimos e a legislação aplicável a partir da ratificação da Convenção nº 186/CLT
17/02/2020 | Denise Arantes, 246.

TESE

Comercio Electrónico y Seguridad Jurídica
17/02/2020 | Por: Carlos Roberto Barroso Bessa, 249.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

QUANDO O RECEBIMENTO DE PROPINA RESULTA NO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO?

MARCELO AITH: especialista em Direito Criminal e Direito Público e professor de Direito Penal na Escola Paulista de Direito

Diariamente somos inundados por notícias de denúncias envolvendo a prática de crime de corrupção e lavagem de direito. A lavagem de dinheiro, com isso, passou a ser papo entre amigos em bares e botequins no país a fora. Mas o que vem a ser o crime de lavagem de dinheiro? Todo o proveito do crime de corrupção ativa caracteriza crime de lavagem? Quando isso não ocorre?

Conforme preleciona Pierpaolo Cruz Bottini, professor livre docente do Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da USP, a ***"Lavagem de dinheiro é o ato ou a sequência de atos praticados para mascarar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, valores e direitos de origem delitiva ou contravencional, com o escopo último de reinseri-los na economia formal com aparência de licitude"***.

Como é cediço, o processo de lavagem de dinheiro tem como antecedente necessário a prática de uma infração penal – **momento da origem do recurso ilícito** – e se inicia com a ocultação dos valores auferidos. Desenvolve-se nas diversas operações posteriores para dissimulação da origem dos bens, e se completa pela reinserção do capital na economia formal com aparência lícita.

Assim, o processo completo de lavagem de dinheiro é composto por ao menos três fases: ocultação, dissimulação e a integração dos bens à economia formal. Não se pode esquecer que o objetivo final do processo de lavagem é a reinserção do capital à economia lícita.

Cumpre destacar, por oportuno, para a melhor compreensão da matéria posta a deslinde, a decomposição das fases do processo de branqueamento do dinheiro.

A primeira fase é a ocultação. Trata-se do movimento inicial para distanciar o valor de sua origem criminosa, com a alteração qualitativa dos bens, seu afastamento do local da prática da infração antecedente, ou outras condutas similares.

A etapa seguinte é o mascaramento ou dissimulação do capital, caracterizada pelo uso de transações comerciais ou financeiras posteriores à ocultação que, pelo número ou qualidade, contribuem para afastar os valores de sua origem ilícita.

Por fim, a integração se caracteriza pelo ato final da lavagem: a introdução dos valores na economia formal com aparência de licitude.

Embora o processo de lavagem de dinheiro se perfectibiliza com a reinserção do capital na economia lícita, a legislação brasileira não exige a completude do ciclo exposto para a tipicidade do crime em tela. Não é necessária a integração do capital sujo à economia lícita para a tipicidade penal. Basta a consumação da primeira etapa – a ocultação – para a materialidade delitiva, incidindo sobre ela mesma pena aplicável a dissimulação ou integração.

Portanto, o crime de lavagem de dinheiro é a ocultação de bens, valores e direitos obtidos por conta do delito antecedente, desde que o agente tenha inequivocamente a intenção (elemento subjetivo) branquear e reinserir o produto do crime antecedente na economia lícita.

Assevere-se que a constatação da existência de uma infração penal antecedente não é suficiente para a lavagem de dinheiro. Conforme destacado por Pierpaolo Bottini ***"é necessário que este ilícito anterior gere um produto, o objeto material do delito em discussão"***. Como é de conhecimento comezinho o objeto material do delito de branqueamento de capitais são bens, direitos e valores provenientes de infração penal antecedente. Dessarte, seja qual for a infração antecedente, ela só poderá gerar lavagem de dinheiro se produzir resultado ou frutos.

Leciona Pierpaolo Bottini, "***sempre que a ocultação estiver contida dentre os elementos do crime antecedente, o delito restará absorvido por este, pela consunção***. *Tomemos como exemplo o crime de corrupção passiva, previsto no art. 317 do Código Penal: "Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem". O tipo penal indica dois comportamentos típicos, solicitar ou receber, mas apenas o segundo importa aqui porque o ato de solicitar vantagem indevida sem recebê-la, embora caracterize o ato consumado de corrupção passiva, não gera produto passível de ocultação ou dissimulação. Pois bem, o recebimento da corrupção passiva pode se dar de forma direta ou indireta. O próprio agente pode receber a vantagem indevida, bem como terceiros podem fazê-lo em seu nome, como interpostas pessoas. Ambas as hipóteses estão contidas expressamente no tipo penal do art. 317 do Código*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Penal. ***Assim, se um funcionário público recebe vantagens indevidas por interposta pessoa, há corrupção passiva consumada****. "*

Destarte, nos casos de lavagem de dinheiro, sempre que a ocultação estiver contida dentre os elementos do crime antecedente, o delito restará absorvido por este, pela consunção, tal como ocorre quando o funcionário público recebe vantagem indevida oriunda de corrupção passiva em nome de sua esposa.

Cumpre ressaltar que o Supremo Tribunal Federal discutiu o tema na Ação Penal nº 470 (Mensalão), no caso de um servidor público que recebeu valores em razão do exercício de suas funções através de sua esposa, que buscou o dinheiro em espécie na agência bancária. Na hipótese, a Procuradoria Geral da República ofereceu denúncia pela prática – em concurso de delitos – de corrupção passiva e lavagem de dinheiro.

A Corte Suprema afastou a incidência do segundo delito por entender que o uso de interposta pessoa para o recebimento de valores integra expressamente o tipo penal de corrupção passiva. Essa forma de ocultação, portanto, está contida no artigo 317 do Estatuto Repressivo, de forma que o delito de lavagem de dinheiro é absorvido pelo crime antecedente.

Na oportunidade, a Ministra Rose Weber, apontou, de forma precisa, que: *"Nessa linha,* ***a utilização de um terceiro para receber a propina – com vista a ocultar ou dissimular o ato, seu objeto e real beneficiário - integra a própria fase consumativa do crime de corrupção passiva, núcleo receber, e qualifica-se como exaurimento do crime de corrupção ativa****. Por isso, a meu juízo, esse ocultar e esse dissimular não dizem necessariamente com o delito de lavagem de dinheiro, embora, ao surgirem como iceberg, como a ponta de esquema de proporções mais amplas, propiciem maior reflexão sobre a matéria. "*

E a decisão do Ministro Roberto Barroso que pontuou: "***O recebimento, por modo clandestino e capaz de ocultar o destinatário da propina, além de esperado, integra a própria materialidade da corrupção passiva, não constituindo portanto ação distinta e autônoma de lavagem de dinheiro****. Para caracterizar esse crime autônomo seria necessário identificar atos posteriores, destinados a recolocar na economia formal a vantagem indevidamente recebida."*

O mesmo ocorre quando o pagamento da propina é por meio de financiamento de um veículo para o agente público corrupto. Não há que se falar em ocultação na espécie, mas sim de exaurimento do crime de corrupção ativa.

Dessa forma, se a ocultação ou dissimulação típica da lavagem de dinheiro se limitar ao recebimento indireto de valores frutos da corrupção passiva, há

continência entre os tipos penais, aplicando-se a consunção, absorvendo-se o delito de branqueamento de capitais, tal como ocorreu na hipótese dos autos.

Assim, nem sempre ocorrerá o crime de lavagem decorrente dos valores obtidos com a corrupção, ou melhor explicando, nem sempre a propina quando ingressar na esfera de disponibilidade do corrupto incidirá as penas da lei de lavagem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ERRO DE TIPO, ERRO DE PROIBIÇÃO E DESCRIMINANTES PUTATIVAS: UMA ANÁLISE DOGMÁTICA

JOÃO ALBERTO DA TRINDADE NETO: Advogado. Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal. Ex-técnico judiciário do TJPB. Ex-Assessor de Gabinete de Juízo do 1º Grau do TJPB. Aprovado em 1º lugar para o cargo de Técnico Judiciário do TJPB. Aprovado em 1º lugar para o cargo de Auxiliar Judiciário do TJPB. Aprovado em 20º para o cargo de Oficial de Justiça Federal do TRF5 - Pernambuco.

RESUMO: O estudo mais aprofundado dos institutos do erro de tipo, do erro de proibição e das descriminantes putativas, com o objetivo de diferenciá-los, motivaram a produção do presente artigo, que poderá servir como uma importante ferramenta para aqueles que desejam ampliar seus conhecimentos no assunto. Primeiramente, tratou-se do conceito analítico do crime. Em seguida, foi trazida a diferença entre erro e ignorância. Depois, foram estudados o erro de tipo e o erro de proibição, com suas respectivas peculiaridades. Por fim, analisou-se a figura das descriminantes putativas. Para a feitura deste artigo científico, foram empregados diversos métodos: o método de abordagem utilizado foi o dedutivo, com uma análise crítica dos institutos jurídicos; como métodos de procedimento, foram dois, quais sejam: o comparativo, com a apresentação do conceito e opinião de vários escritores sobre o tema estudado, e o hermenêutico, com uma interpretação dos dispositivos legais e da doutrina, que tratam sobre o assunto.

Palavras chaves: Crime. Erro de tipo. Erro de proibição. Descriminantes putativas.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. O CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME - 3. ERRO E IGNORÂNCIA - 4. ERRO DE TIPO - 4.1 Espécies de Erro de Tipo - 4.1.1 Erro de Tipo Essencial - 4.1.2 Erro de Tipo Acidental - 5. ERRO DE PROIBIÇÃO - 5.1 Espécies de Erro de Proibição - 5.2 Consequências do Erro de Proibição - 6. DESCRIMINANTES PUTATIVAS - 6.1 Espécies e Natureza Jurídica das Descriminantes Putativas - 7. CONCLUSÃO - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

Muitos acadêmicos de Direito tendem a confundir os conceitos de erro de tipo e erro de proibição e, consequentemente, também há grande dificuldade em se entender as chamadas descriminantes putativas. A causa para a não

compreensão dessas questões tem origem em uma visão deficitária da estrutura analítica de crime proposta pela dogmática tradicional.

O presente artigo tem como escopo expor didática e objetivamente a estrutura do crime, de maneira a evidenciar os seus substratos. Tratou-se do conceito analítico do crime, como uma forma de introduzir e situar, dentro da disciplina do Direito Penal, os assuntos que se seguiriam.

Logo após, foi explanada a diferença entre erro e ignorância, pois a distinção entre esses dois termos, aparentemente sinônimos, é de fundamental importância para uma melhor compreensão acerca dos tipos de erros.

Continuamente, em cada um desses estamentos que formam analiticamente o delito, buscou-se alocar o erro de tipo e o erro de proibição. Para tanto, em pontos diversos, foram estudados o erro de tipo e o erro de proibição, os seus respectivos conceitos, espécies e as consequências da ocorrência de cada um, além de ter sido abordado, em diversas passagens, as diferenças entre os dois institutos.

Finalmente, abordou-se a figura das descriminantes putativas, tendo sido feita a conceituação e exposição de suas espécies e da natureza jurídica.

Desta forma, a partir de um estudo que aloca os referidos conceitos no mapa dogmático, visa-se um entendimento holístico e consolidado sobre o tema proposto.

2. O CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

A conceituação analítica de crime parte de uma exposição do tipo penal em substratos escalonados. Assim, analiticamente, crime é um fato típico, ilícito e culpável (de acordo com a teoria tripartite do crime) ou apenas fato típico e ilícito, sendo a culpabilidade pressuposto de aplicação da pena (para a teoria bipartida).

Nesta toada, seguindo a teoria tripartite do crime, tem-se que crime é, em primeiro lugar, um fato típico, porque tem previsão em um tipo penal legal. É também dotado de ilicitude ou antijuridicidade, que consiste na contrariedade entre a conduta e o ordenamento jurídico. É, por fim, um fato dotado de culpabilidade, que é o juízo de reprovação que se faz acerca da conduta ilícita do delinquente.

O fato típico, primeiro substrato do crime, é composto pelos elementos: conduta, resultado, nexo causal e tipicidade. O erro de tipo, em regra, afasta o elemento tipicidade do fato típico. Tem-se, pois, que dogmaticamente, o estudo do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

erro de tipo tem relevância na aferição da completude do primeiro substrato do crime, qual seja: o fato típico, notadamente em seu elemento tipicidade.

O segundo substrato do crime, a ilicitude ou antijuridicidade, representa a contrariedade do fato típico praticado pelo agente em relação a todo o ordenamento jurídico. Na lição de André Estefam:

> A ilicitude consiste na contrariedade do fato com o ordenamento jurídico (enfoque puramente formal ou "ilicitude formal"), por meio da exposição a perigo de dano ou da lesão a um bem jurídico tutelado (enfoque material ou "ilicitude material").
>
> A antijuridicidade da conduta deve ser apreciada objetivamente, vale dizer, sem se perquirir se o sujeito tinha consciência de que agia de forma ilícita. Por essa razão, age ilicitamente o inimputável que comete um crime, ainda que ele não tenha consciência da ilicitude do ato cometido.[1]

Para haver ilicitude, o agente não deve ter atuado em: legítima defesa; estado de necessidade; estrito cumprimento de dever legal; exercício regular de direito. Conforme se verá adiante, as descriminantes putativas têm incidência justamente neste substrato do crime.

A culpabilidade constitui o terceiro substrato do crime. É o juízo de reprovação social que a conduta delituosa e o seu autor merecem. Nas palavras de Estefam:

> A culpabilidade é entendida, pela maioria da doutrina nacional, como o juízo de reprovação que recai sobre o autor culpado por um fato típico e antijurídico. Constitui, para muitos, requisito do crime e, para outros, pressuposto de aplicação da pena.
>
> Em nosso Código Penal, o exame das excludentes de culpabilidade permite inferir quais são os elementos que a compõem. Assim, o art. 21 exime de pena quem pratica o fato desconhecendo seu caráter ilícito (erro de proibição); o art. 22 registra isenção de pena para o sujeito de quem não se pode exigir outra conduta (inexigibilidade de conduta diversa); os arts. 26 a 28 referem-se às pessoas que não detêm capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar conforme esse entendimento (inimputabilidade). Conclui-se,

> daí, que a culpabilidade, de acordo com nosso Estatuto Penal, resulta da soma dos seguintes elementos: a) imputabilidade; b) potencial consciência da ilicitude; e c) exigibilidade de outra conduta.[2]

É na culpabilidade que o erro de proibição atuará. Conforme será visto, quando justificável, o erro de proibição afasta a culpabilidade, isentando o agente de pena. Se, todavia, for injustificável, o agente responde pelo crime doloso, com redução de pena, de 1/6 a 1/3.

Devidamente demonstradas as posições de cada um dos institutos jurídicos no campo do conceito analítico de delito, passa-se à análise de suas peculiaridades.

3. ERRO E IGNORÂNCIA

Iniciando o estudo sobre o erro de tipo e do erro de proibição, Guilherme de Souza Nucci faz uma diferenciação ontológica entre o erro e a ignorância. Segundo o autor, o erro tem natureza positiva, consubstanciando-se em um falso conhecimento de um objeto. A ignorância, por sua vez, tem natureza negativa, sendo a ausência de conhecimento total acerca do objeto. Nas palavras do jurista:

> O erro é a falsa representação da realidade ou o falso conhecimento de um objetivo (trata-se de um estado positivo); a ignorância é a falta de representação da realidade ou o desconhecimento total do objeto (trata-se de um estado negativo). Erra o agente que pensa estar vendo, parado na esquina, seu amigo, quando na realidade é um estranho que ali se encontra; ignora quem está parado na esquina a pessoa que não tem ideia do outro que ali se encontra.[3]

Expostos os conceitos de erro e ignorância, o autor pontua que, a despeito das discrepâncias destacadas, no âmbito jurídico, ambos são tratados indistintamente.

4. ERRO DE TIPO

O erro é uma falsa percepção da realidade. O erro de tipo é aquele que incide sobre os elementos objetivos do tipo, abarcando as qualificadoras, as causas de aumento e agravantes. O erro sobre um dos elementos que compõem essencialmente o crime exclui o dolo, podendo levar à punição por crime culposo. O erro de tipo está previsto no art. 20 do Código Penal, que assim dispõe: "O erro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei."[4]. Na lição de Bitencourt:

> Erro de tipo é o que recai sobre circunstância que constitui elemento essencial do tipo. É a falsa percepção da realidade sobre um elemento do crime. É a ignorância ou a falsa representação de qualquer dos elementos constitutivos do tipo penal. É indiferente que o objeto do erro se localize no mundo dos fatos, dos conceitos ou das normas jurídicas. Importa, isto sim, que faça parte da estrutura do tipo penal.[5]

O exemplo tradicionalmente trazido pela doutrina é aquele em que o caçador imagina que atrás de um arbusto se encontra um animal, contra o qual desfere um tiro de arma de fogo, atingindo, todavia, outro caçador que ali se escondia a espreitar a caça, ferindo-o mortalmente. Não houve homicídio, pois ocorreu um erro sobre o elemento "alguém" do tipo penal do homicídio. O caçador buscava alvejar um animal e não "alguém". Desta feita, o dolo resta excluído. A culpa, todavia, pode remanescer.

Segundo Nucci, o referido exemplo, muito comum nas aulas acadêmicas e manuais de Direito Penal, tem origem em um curioso caso concreto (Ap. 567.959-0, 2.ª C., rel. Haroldo Luz, 09.08.1990, m. v., RT 663/300):

> Vale frisar que o exemplo supracitado do caçador que atira em seu companheiro de caça, pensando tratar-se de um animal, incidindo em erro, tem origem em caso concreto, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: "A prova dos autos revela que, em 31.12.87, por volta das 18h, os dois réus e a vítima E.S.S., menor de 14 anos de idade, irmão de F., todos armados de espingardas, embora não dispusessem de licença da autoridade competente, saíram de suas casas no distrito de São João de Iracema à caça de capivaras nas margens do rio São José. Chegando ao sítio de propriedade de H. R. H., escolheram um ponto nas proximidades de um arrozal, onde se colocaram à espera de atirar nos animais que, para comerem, saíssem da água, e, para tanto, F. aboletou-se no alto de uma árvore; A. deixou-se ficar em meio da referida plantação; e a vítima subiu em um barranco. Permaneceram nessas posições, utilizando apitos à guisa de chamariz, sem, todavia, nada lograrem até cerca das 23h, quando a vítima, ao dessedentar-se, avistou luzes e, em vez de retornar ao barranco, foi à procura de A. para deixarem o local, temendo

serem apanhados pela Polícia Florestal. Por isso, o ofendido veio caminhando em direção do arrozal, e, então, ouvindo o barulho desse movimento, A., pensando ser uma presa, efetuou um disparo que atingiu a vítima no abdome e causou-lhe lesões corporais de natureza grave, pois, penetrante o ferimento, exigindo laparotomia, sigmoidectomia e transversorrafia com colostomia, acarretou perigo de vida. A r. sentença entendeu inexistir culpa e consignou que: 'Embora A. tenha atirado 'por palpite' de que se tratava de uma capivara, na verdade tinha ele razões de sobra para assim pensar, pois a vítima trocou a blusa inicial por outra de cor diferente, o réu ouviu barulho próprio da capivara, a vítima não avisou que estava em movimento e nem sequer trazia seu farolete aceso...' (fls. 64, textual). Na realidade, porém, o erro de tipo – incidente, no caso, sobre o objeto material das lesões corporais – ex vi do caput do art. 20 do CP – exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei, porque: 'Dolo e erro de tipo são dois fenômenos que se excluem. O mesmo não se diga com relação a erro de tipo e culpa stricto sensu (negligência, imprudência ou imperícia), dois fenômenos que andam de mãos dadas' (FRANCISCO DE ASSIS TOLEDO, O erro no direito penal, São Paulo, Saraiva, 1977, p. 51). Logo, o erro de tipo, salvantes as hipóteses de caso fortuito ou força maior, denota culpa, da qual só se eximirá quem nele incorreu se o erro era inevitável, pois: 'Quem dispara contra uma pessoa, confundindo-a com um animal, não responde por homicídio doloso, mas a título de homicídio, se o erro derivar de uma negligência. O erro inevitável, isto é, aquele que o autor não poderia superar nem se tivesse empregado grande diligência, exclui a responsabilidade tanto a título de dolo como de negligência' (FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Teoria geral do delito, trad. de Luiz Regis Prado e outro, Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 63), ou se o evento era imprevisível, pois: 'Admite-se ainda a imprevisibilidade em situações resultantes de atividades da própria vítima ou de terceiro interveniente, com as quais o agente não pôde contar' (JUAREZ TAVARES, Direito penal da negligência, São Paulo, RT, 1985, p. 180). Ora, na hipótese aqui apreciada, o erro era perfeitamente vencível, não fosse a desatenção do réu A., pois, conforme ele próprio se incumbiu de dizer, percebendo algo movimentar-se no arrozal, não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> utilizou o farolete para não espantar a caça (fls. 17v. e 37v.), e, além disso, a aproximação de um dos companheiros de expedição era perfeitamente previsível, principalmente a da vítima, pois esta participava pela primeira vez e nada previamente se combinara acerca do procedimento a adotarem quando, durante a caçada, um deles tivesse de deslocar-se até o lugar ocupado pelo outro (fls. 45v.). Logo, não se exigia de A. nada que exorbitasse da normal cautela reclamada pelas apontadas circunstâncias, motivo pelo qual, não se certificando, antes de disparar, sobre poder fazê-lo sem atentar contra a incolumidade de outrem, se bem lhe bastasse apenas empregar o farolete, agiu com manifesta imprudência, daí se impondo responsabilizá-lo pelas lesões causadas à vítima". O réu foi condenado como incurso nas penas do art. 129, § 6.º, do CP, a seis meses de detenção (embora julgada extinta a punibilidade pelo advento da prescrição).[6]

4.1 Espécies de Erro de Tipo

Há duas espécies de erro de tipo, quais sejam: o essencial e o acidental. Este desmembra-se em erro sobre o objeto, erro sobre a pessoa - descrito no art. 20, § 3º, CP -, erro na execução – previsto no artigo 73 -, resultado diverso do pretendido – traçado no art. 74 do CP - e erro sobre o nexo causal, o qual não possui previsão legal. Aquele, para alguns doutrinadores, pode ser escusável ou inescusável, enquanto que para outros, subdivide-se em erro de tipo incriminador e em erro de tipo permissivo.

4.1.1 Erro de Tipo Essencial

Segundo Masson, o erro de tipo escusável, também chamado desculpável, invencível ou inevitável, é aquele no qual o agente não age com culpa, isto é, ainda que ele tivesse empregado todo o cuidado exigido do homem médio, mesmo assim ele continuaria equivocando-se quanto aos elementos que compõem o tipo penal. Já o erro inescusável, igualmente denominado de indesculpável, vencível ou evitável, ao contrário, advém da culpa, noutras palavras, se o agente tivesse agido cuidadosamente, teria obstado a prática do delito, pois perceberia de antemão a natureza ilícita do fato. Para tal doutrinador, a espécie do erro, se escusável ou inescusável, deve ser determinada a partir do estudo da situação em concreto, na qual devem ser observadas todas as nuances da prática do crime.[7]

Seguindo outra linha, o jurista André Estefam subdivide o erro de tipo essencial em erro de tipo incriminador, previsto no art. 20, caput, do CP, e erro de tipo permissivo, alocado no § 1º do mesmo dispositivo legal. Conceituando e exemplificando esses dois institutos, ele assim dispõe:

> Erro de tipo incriminador: a falsa percepção da realidade incide sobre situação fática prevista como elementar ou circunstância de tipo penal incriminador (daí o nome);
>
> (...)
>
> São exemplos de erro de tipo incriminador: a) contrair casamento com pessoa casada, desconhecendo completamente o matrimônio anterior válido (o agente não será considerado bígamo – art. 235 do CP); b) subtrair coisa alheia, supondo-a própria (não ocorre o crime de furto – art. 155 do CP); c) praticar conjunção carnal consensualmente com alguém, supondo equivocadamente que se trata de pessoa maior de 14 anos de idade (não caracteriza o estupro de vulnerável – art. 217-A do CP); d) destruir bem público pensando tratar-se de bem particular (o agente responderá por crime de dano simples, e não por dano qualificado – art. 163 do CP).
>
> (...)
>
> Erro de tipo permissivo
>
> Ocorre quando a falsa percepção da realidade recai sobre situação de fato descrita como requisito objetivo de uma excludente de ilicitude (tipo penal permissivo), ou, em outras palavras, quando o equívoco incide sobre os pressupostos fáticos de uma causa de justificação. Tome como exemplo a legítima defesa, que exige existência de agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, e que o agente a reprima mediante o emprego moderado dos meios necessários. Se na situação concreta, por equívoco, uma pessoa, apreciando mal a realidade, acreditar que está diante de uma injusta e iminente agressão, haverá erro de tipo permissivo.[8]

Para Estefam, os erros de tipo escusável e inescusável seriam uma subdivisão do erro de tipo incriminador, no tocante a sua intensidade.[9]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No que tange ao erro inevitável, como o agente não sabe o que faz e sendo a consciência um dos elementos do dolo, este, por conseguinte, restará excluído. Do mesmo modo, como nessa situação o resultado é imprevisível, a culpa é excluída, por se a previsibilidade um de seus elementos.

Quanto ao erro evitável, pela mesma razão de falta de consciência, o dolo é excluído. Entretanto, pune-se a culpa, se houver previsão em lei, visto que, neste caso, o resultado era previsível, estando presente, assim, o elemento da previsibilidade.

4.1.2 Erro de Tipo Acidental

Como já mencionado acima, são várias as espécies de erro de tipo acidental. A primeira diz respeito ao erro sobre o objeto e neste o agente tem a vontade e a consciência de cometer o delito, porém se equivoca e dirige sua ação para um objeto diverso daquele que pretendia cometer o ilícito penal. Não há previsão legal para este tipo de erro. Suas consequências são a não exclusão do dolo e da culpa, além de não isentar o agente de pena. Ao final, o agente responde pelo crime, levando-se em conta a coisa de fato atingida.

A segunda espécie é o erro sobre a pessoa, o qual está descrito no § 3º do art. 20 do CP da seguinte forma:

> § 3º O erro quanto à pessoa contra a qual o crime é praticado não isenta de pena. Não se consideram, neste caso, as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime. [10]

E, a partir desse dispositivo, o autor Rogério Greco trouxe em sua obra a seguinte ideia sobre o presente ponto:

> Como se dessume da leitura do § 3º do art. 20 do Código Penal, é acidental o erro sobre a pessoa porque, na verdade, o agente não erra sobre qualquer elementar, circunstâncias ou outro dado que se agregue à figura típica. O seu erro cinge-se, especificamente, à identificação da vítima, que em nada modifica a classificação do crime por ele cometido.
>
> (...)
>
> No erro sobre a pessoa, o dolo do tipo existe. Somente por erro do agente atinge-se pessoa diversa daquela que deveria ter sido atingida. Em tais casos, como determina o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> mencionado § 3º, não se consideram as condições ou qualidades da vítima, senão as da pessoa contra quem o agente queria praticar o crime.[11]

Relativamente ao erro na execução (*aberratio ictus*), alguns recortes da doutrina de Fernando Capez mostram-se muito elucidativos:

> Erro na execução do crime — "aberratio ictus": essa espécie de erro de tipo acidental é também conhecida como desvio no golpe, uma vez que ocorre um verdadeiro erro na execução do crime. O agente não se confunde quanto à pessoa que pretende atingir, mas realiza o crime de forma desastrada, errando o alvo e atingindo vítima diversa.
>
> (...)
>
> Formas

a. Com unidade simples ou resultado único: em face do erro na execução do crime, o agente, em vez de atingir a vítima pretendida (virtual), acaba por acertar um terceiro inocente (vítima efetiva). Denomina-se unidade simples ou resultado único, porque somente é atingida a pessoa diversa daquela visada, não sofrendo a vítima virtual qualquer lesão.

> Consequência: (...) Responderá da mesma forma que no erro sobre a pessoa, como se tivesse atingido quem pretendia.

b. Com unidade complexa ou resultado duplo: nessa hipótese, o agente, além de atingir a vítima visada, acerta terceira pessoa. Embora a expressão "resultado duplo" possa, à primeira vista, sugerir que apenas duas pessoas sejam atingidas (a vítima pretendida e o terceiro), significa, na verdade, que dois resultados foram produzidos: o desejado e um outro não querido. Pode ser, contudo, que este último compreenda mais de uma pessoa atingida.

> (...)
>
> Consequência: aplica-se a regra do concurso formal, impondo-se a pena do crime mais grave, aumentada de 1/6 até metade. O acréscimo varia de acordo com o número de vítimas atingidas por erro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Dolo eventual: se houver dolo eventual em relação ao terceiro ou terceiros inocentes, aplicar-se-á a regra do concurso formal imperfeito, que ocorre quando os resultados diversos derivam de desígnios autônomos. Há uma só conduta, que produz dois ou mais resultados, todos queridos ou aceitos pelo agente (dolo eventual). (...) Nessa hipótese, a lei manda somar as penas, do mesmo modo que no concurso material. No entanto, é importante frisar: quando houver dolo eventual com relação aos terceiros, não se poderá falar em aberratio ictus. Como se pode afirmar ter havido "erro na execução" quando o agente quis atingir todas as vítimas? Assim, somente se cogita de aberratio ictus com unidade complexa quando os terceiros forem atingidos por culpa, isto é, por erro. [12]

A quarta espécie é o resultado diverso do pretendido, também denominado de *aberratio criminis*, que tem previsão no art. 74 do CP. Conceituando tal instituto, tem-se que o agente, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, causa lesão jurídica em bem jurídico diverso do pretendido. A sua consequência é que o agente responderá, a título de culpa, pelo resultado efetivamente produzido e não por aquele que almejava. Se vier a ocorrer também o resultado pretendido, aplica-se ao caso a regra do concurso formal.

Por fim, existe o erro sobre o nexo causal ou aberratio causae, que não possui previsão legal. Segundo a doutrina, ele divide-se em duas subespécies: o erro sobre o nexo em sentido estrito, que se dá quando o agente, com apenas um ato, causa o resultado pretendido, contudo com um nexo causal diverso; e o dolo geral ou erro sucessivo, que ocorre quando o agente, por meio de dois ou mais atos, promove o resultado objetivado, mas com outro nexo de causalidade.

5. ERRO DE PROIBIÇÃO

O erro de proibição não se confunde com o erro de tipo, pois neste o agente tem uma percepção errônea da realidade, ou seja, ele não sabe o que está fazendo; por outro lado, no erro de proibição, o agente tem plena consciência da realidade, porém não sabe que a sua conduta é proibida, isto é, ele sabe o que está fazendo, no entanto não sabe que sua conduta é, na verdade, um ilícito penal.

Aprofundando as diferenças sobre os dois institutos, Grego traçou o seguinte paralelo:

> O erro de tipo, portanto, incidirá sobre os elementos, circunstâncias ou qualquer outro dado que se agregue à

> figura típica. Em suma, erro de tipo é analisado no tipo. O erro de proibição, ao contrário, não é estudado no tipo penal, mas, sim, quando da aferição da culpabilidade do agente. Com o erro de proibição procura-se verificar se, nas condições em que se encontrava o agente, tinha ele condições de compreender que o fato que praticava era ilícito.

Pontuadas essas diferenciações, faz-se necessário conceituar o erro de proibição, que nas palavras de André Estefam:

> No erro de proibição, todavia, a pessoa tem plena noção da realidade que se passa a seu redor. Não há confusão mental sobre o que está acontecendo diante de seus olhos. O sujeito, portanto, sabe exatamente o que faz. Seu equívoco recai sobre a compreensão acerca de uma regra de conduta. Com seu comportamento, o agente viola alguma proibição contida em norma penal que desconhece por absoluto. Em outras palavras, ele sabe o que faz, só não sabe que o que faz é proibido. [13]

Tratando sobre o mesmo tema, o professor Fernando Capez, em seu livro, assim escreveu:

> Erro de proibição: a errada compreensão de uma determinada regra legal pode levar o agente a supor que certa conduta injusta seja justa, a tomar uma errada por certa, a encarar uma anormal como normal, e assim por diante. Nesse caso, surge o que a doutrina convencionou chamar de "erro de proibição". O sujeito, diante de uma dada realidade que se lhe apresenta, interpreta mal o dispositivo legal aplicável à espécie e acaba por achar-se no direito de realizar uma conduta que, na verdade, é proibida. Desse modo, em virtude de uma equivocada compreensão da norma, supõe permitido aquilo que era proibido, daí o nome "erro de proibição". [14]

5.1 Espécies de Erro de Proibição

O erro de proibição possui três modalidades, que são o erro de proibição direto, erro de proibição indireto ou erro de permissão e o erro mandamental. Sendo que qualquer deles pode ser evitável ou inevitável.

O presente tipo de erro está previsto no art. 21 do Código Penal, o qual descreve:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 21. O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.
>
> Parágrafo único. Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência.[15]

Como se observa, no erro de proibição inevitável ou escusável, o homem médio, sob iguais condições, também cometeria o mesmo erro. Já no evitável ou inescusável, qualquer pessoa, se submetida à mesma situação, não incorreria em erro.

Bitencourt descreve as modalidades de erro de tipo da seguinte forma:

> No erro de proibição direto, o agente engana-se a respeito da norma proibitiva. Portanto, o crime que pratica é um crime de ação, comissivo, porque ou desconhece a norma proibitiva, ou a conhece mal.
>
> (...)
>
> O erro de mandamento ocorre nos crimes omissivos, próprios ou impróprios. O erro recai sobre uma norma mandamental, sobre uma norma imperativa, sobre uma norma que manda fazer, que está implícita, evidentemente, nos tipos omissivos. Pode haver erro de mandamento em qualquer crime omissivo, próprio ou impróprio.
>
> (...)
>
> Erro de proibição indireto - essa modalidade de erro é denominada por Jescheck erro de permissão485 não porque o autor não creia que o fato seja lícito simplesmente, mas porque desconhece a ilicitude, no caso concreto, em razão da suposição errônea da existência de uma proposição permissiva (causa de justificação).[16]

5.2 Consequências do Erro de Proibição

Como visto o erro de proibição é estudado dentro da culpabilidade, sendo, em verdade, uma de suas causas de exclusão, afastando, mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

especificadamente, um de seus elementos constitutivos, qual seja: a potencial consciência da ilicitude do fato.

A consequência do erro de proibição depende de qual espécie ele é: se inevitável, isenta o agente de pena, pois exclui a potencial consciência da ilicitude e, por conseguinte, também exclui a culpabilidade; se evitável, não isenta o agente de pena, mas há a sua diminuição em 1/6 a 1/3.

6. DESCRIMINANTES PUTATIVAS

Para entender melhor o conceito de "descriminantes putativas", basta saber que o termo "descriminante" é sinônimo de "causas excludentes da ilicitude" e que a palavrava "putativa" significa imaginária. Logo, as descriminantes putativas ocorrem nas situações em que o agente imagina estar acobertado por uma das causas que excluem a ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito), quando na verdade não está.

A despeito das descriminantes serem o mesmo que excludentes de ilicitude, se elas estiverem em um contexto de putatividade, não excluirão a ilicitude, sendo consideradas pela doutrina como um erro.

6.1 Espécies e Natureza Jurídica das Descriminantes Putativas

Existem duas espécies de descriminantes putativas: a por erro de tipo e a por erro de proibição. A primeira ocorre quando o equívoco do agente recai sobre uma situação fática. A segunda dá-se quando o erro incorre sobre a existência ou os limites legais de uma causa de justificação.

Neste ponto do estudo, há uma divergência doutrinária quanto à natureza do erro que recai sobre as descriminantes putativas. Escrevendo a respeito, Rogério Greco tratou sobre as duas teorias, que surgiram para elucidar tal situação: a teoria limitada da culpabilidade e a teoria extremada ou estrita da culpabilidade. Consoante seus ensinamentos:

> (...) para a teoria limitada, se o erro do agente vier a recair sobre uma situação fática, estaremos diante de um erro de tipo, que passa a ser denominado erro de tipo permissivo; caso o erro do agente não recaia sobre uma situação de fato, mas sim sobre os limites ou a própria existência de uma causa de justificação, o erro passa a ser, agora, o de proibição.[17]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para a teoria extremada da culpabilidade tudo é erro de proibição, ou, nas palavras do referido autor:

> Segundo Assis Toledo, para a "teoria extremada da culpabilidade todo e qualquer erro que recaia sobre uma causa de justificação é erro de proibição"[18], não importando, aqui, distinguir se o erro em que incorreu o agente incide sobre uma situação de fato, sobre a existência ou mesmo sobre os limites de uma causa de justificação.[19]

7. CONCLUSÃO

Segundo Fernando Capez, ao distinguir erro de tipo de erro de proibição, ele assim aduz: "no erro de tipo, o agente tem uma visão distorcida da realidade, não vislumbrando na situação que se lhe apresenta a existência de fatos descritos no tipo como elementares ou circunstâncias", em seguida completa: "No erro de proibição, ao contrário, há uma perfeita noção acerca de tudo o que se está passando. O sujeito conhece toda a situação fática, sem que haja distorção da realidade".[20]

Percebe-se, diante de tudo o que foi exposto, que a doutrina, após a Reforma Penal de 1984, esforçou-se em traçar as diferenças dos institutos do erro de proibição e do erro de tipo, tanto entre si quanto diferenciando-os dos antigos e extintos erro de fato e erro de direito.

O erro de fato era o que recaia unicamente sobre a situação fática, não abarcando o erro sobre os elementos normativos do tipo, o qual era tido como erro de direito. Hodiernamente, não se faz mais uso de tais nomenclaturas, estando tudo englobado pelo conceito de erro de tipo.

Dito isso, percebe-se a importância do estudo de tais institutos para que haja uma perfeita compreensão da figura das descriminantes putativas, pois, como visto, a depender das circunstâncias, ora ela se comporta como erro de tipo permissivo, ora como erro de proibição.

Conclui-se enfatizando a pertinência do presente artigo, na medida em que tratou de conceitos tão importantes para o Direito Penal pátrio e para a compreensão daqueles que se interessam pelo tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. E-book.

BRASIL. **Código penal** – Decreto-Lei nº 2.848, de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 12 de fev. 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)/Fernando Capez. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120) / André Estefam. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017. E-book.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral, vol. 1/ Cleber Masson. 11ª ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOTAS:

[1] ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120) / André Estefam. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. E-book. p. 304.

[2] Ibidem, p. 323.

[3] NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. p. 768.

[4] BRASIL. **Código penal** – Decreto-Lei nº 2.848, de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 12 de fev. 2020.

[5] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 24. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. E-book. p. 756.

[6] NUCCI, op. cit., p. 769-771.

[7] MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**: parte geral, vol. 1/ Cleber Masson. 11ª ed. Ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 345.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[8] ESTEFAM, op. cit., p. 280-281

[9] Ibidem, op. cit., p. 281.

[10] BRASIL, op. cit.

[11] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Ímpetus, 2017. E-book. p. 441.

[12] CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)/Fernando Capez. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. p. 253-255

[13] ESTEFAM, op. cit., p. 273.

[14] CAPEZ, op. cit., p. 349.

[15] BRASIL, op. cit.

[16] BITENCOURT, op. cit., p. 772-774.

[17] GRECO, op. cit., p. 446.

[18] TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 285 apud GRECO, op. cit., p. 446.

[19] GRECO, op. cit., p. 446.

[20] CAPEZ, op. cit., p. 349-350.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O NOVEL CRIME DE PROLONGAR INJUSTIFICADAMENTE À INVESTIGAÇÃO OU FISCALIZAÇÃO DA NOVA LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

MARCEL GOMES DE OLIVEIRA[1]

(coautor)

Entrou em vigor a Lei nº 13.869/2019 (Nova Lei de Abuso de Autoridade) trazendo uma nova figura incriminadora – objeto de exame do presente artigo que merece destaque – dentre tantas outras, consistente em **crime de prolongar injustificadamente à investigação ou fiscalização** perante a Nova Lei de Abuso de Autoridade.

O art. 31, da Lei nº 13.869/2019 (Nova Lei de Abuso de Autoridade) incriminou a conduta de:

> *"**Art. 31.** Estender injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado:*
>
> ***Pena -** detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado".*

Inicialmente cabe destacar que a Constituição Federal no art. 5º, XLI determinou que *"a lei punirá qualquer* discriminação *atentatória dos direitos e liberdades fundamentais"*. Assim, ao tipificar tal conduta o legislador buscou primariamente resguardar os direitos e garantias fundamentais, especialmente no tocante ao princípio da não culpabilidade.

Notadamente, a conduta descrita no artigo em comento viola o seguinte direito e garantia fundamental, previsto no art. 5º, LXXXVIII, da CF/88: *"LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".*

Acerca da demora em investigação policial, o próprio Superior Tribunal de Justiça já deliberou em 2008 e 2013, trancando a investigação que durava cerca de sete anos em ambos os casos por inércia do Estado, respectivamente no Habeas Corpus nº 96.666/MA e no Habeas Corpus nº 209.406/RJ, na qual havia um indiciado por crime de homicídio, mas o Estado-investigação e o Estado-acusador não foram diligentes o suficiente e interromperam a atuação no indiciamento. Diante de variadas fontes, a duração razoável da investigação criminal é realidade em nosso ordenamento, somando-se como garantia fundamental ao instituto da prescrição penal.

O objeto material do delito em apreço é a investigação a ser estendida de forma injustificada ou procrastinada em prejuízo do investigado ou fiscalizado. Logo, há de se atentar que o tipo penal não contenta com a mera e simplista demora. Deve haver, portanto, algo injustificável para tanto. Daí se dizer que o excesso de labor, cumulação de Delegacias e falta de efetivo pessoal, perícias complexas, grande quantidade de vítimas, poderão,por exemplo, ser sem dúvidas, argumentos a rechaçar este tipo penal.

Por sua vez, o núcleo do tipo é *estender* que significa alargar, alongar, prolongar. O tipo penal incriminador em cartaz responsabiliza na seara criminal a conduta de alongar injustificadamente a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado.

O parágrafo único por sua vez, tem modalidade equiparada similar ao *caput*, todavia, se distinguindo pelo fato de inexistir prazo para a conclusão do procedimento e o agente o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado. Sendo assim, pela exegese do dispositivo,

subentende-se que no caso do caput haveria prazo pré-determinado, enquanto no parágrafo único não haveria.

Como podemos notar, cuida-se de crime próprio, só podendo ser praticado por agente público (conceito amplo do art. 2º da presente lei), embora registramos que perante a regra do art. 30 do Código Penal Brasileiro, as circunstâncias de caráter pessoal, quando elementares do crime, se comunicarão aos demais concorrentes. Portanto, é perfeitamente possível o particular ser coautor do delito em tela, desde que tenha conhecimento da condição de funcionário público do agente. O sujeito passivo direto é o investigado ou fiscalizado, já o indireto é administração pública.

Retomando a discussão sobre o alongamento "injustificado"ou "imotivado" da investigação, com procrastinação em prejuízo do investigado ou fiscalizado, teremos como justificativas para não incidência do tipo penal, hipotéticos excessos de procedimento de investigação, falta de Delegados de Polícia, agentes de investigação, faltas de escrivães, acúmulo de unidades policiais como já dito entre outras situações que, são fatores que estendem de forma justificada a demora na conclusão de investigação. Tendo em vista que o termo "injustificado" se trata de elemento normativo do tipo, há de se concluir que, no caso concreto, dependerá de um juízo de valoração daquilo que viria ser "injustificado".

Guardada as proporções devidas, o mesmo se dá em relação a procedimentos de fiscalização, embora tenhamos que registrar que o legislador não andou bem a usar esta expressão investigação e ao final fiscalizado do art. 31 desta Lei, embora intuitivamente se extrai que a investigação poderia ser algo na seara fiscal-tributária, administrativo-disciplinar, por exemplo, entre outras – o que é lamentável, pois em tipos penais o princípio da taxatividade ou do mandato de certeza é importantíssimo e não poderia ter sido desprezado.

Assim, pode se dizer que o investigado ou fiscalizado, diante da procrastinação justificada, poderá até mesmo buscar o trancamento do procedimento, por exemplo, trancamento de inquérito policial por via de *habeas corpus*, mas jamais se imputar ao agente o delito em tela.

De outro vértice, caso não exista prazo para execução ou conclusão de procedimento, a extensão de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado deverá ser aferida no caso concreto, observando que da mesma forma que o termo *injustificadamente* integra o tipo penal como seu elemento normativo. Deste modo, podemos sustentar que a expressão *"imotivada"*, deverá ser aferida, pois se houver motivo plausível da justificativa, não terá que se falar em crime por total atipicidade da conduta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No mais, o crime se consuma no momento em que o agente estende de forma injustificada a investigação, procrastinando-a em prejuízo do investigado ou fiscalizado; ou então no momento em que, inexistindo prazo para execução ou conclusão de procedimento, o estende de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado. Por se tratar de crime plurissubsistente seria perfeitamente possível a tentativa, embora de difícil visualização prática.

Por derradeiro, temos na nova lei de abuso de autoridade aquilo que denominamos de "duplo elemento subjetivo específico (ou especial)", ou seja, sabe-se que o art. 1º, §1º define como finalidade específica de "prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal", porém, o artigo em comento reduz mais ainda o seu campo de atuação, vez que traz como elemento subjetivo específico o fato de "procrastinar – *a investigação* - em prejuízo do investigado ou fiscalizado".

Ponto interessante seria o fato de o agente prolongar a investigação com o objetivo de *favorecer* o investigado ou fiscalizado, nesta situação poderia incorrer no delito de prevaricação (art. 319, CP).

No que tange a pena, verifica-se que é de *detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Tratando-se, assim, de delito de menor potencial ofensivo, perfeitamente aplicável o procedimento especial da lei nº. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais).*

Das considerações finais

Enfim, para configuração do novel crime de prolongar injustificadamente a investigação criminal entre outras contidas na Nova Lei de Abuso de Autoridade, deverá restar claro que houve um alongamento demasiado diante do prazo previsto da tramitação do procedimento policial entre outros procedimentos sem justificativa plausível, devendo ser feito uma análise diante de cada caso concreto.

De contrário, caso não exista prazo para execução ou conclusão de procedimento, a extensão de forma imotivada, procrastinando-o em prejuízo do investigado ou do fiscalizado deverá ser aferida no caso concreto, observando que da mesma forma que o termo *injustificadamente* integra o tipo penal como seu elemento normativo. Em arremate, podemos sustentar que a expressão *"imotivada"*, deverá ser aferida "in concreto", pois se houver motivo plausível da justificativa, não terá que se falar em crime por total atipicidade da conduta.

[1] Delegado de Polícia no Estado do Mato Grosso, atualmente lotado na Delegacia Especializada de Homicídio e Proteção à Pessoa - DHPP. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Metodologia do Ensino Superior. Atualmente é professor de cursos preparatórios para concursos públicos e professor da Academia de Polícia Judiciária Civil do Estado do Mato Grosso - ACADEPOL/MT.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

PRESUNÇÃO DE ILICITUDE DO PATRIMÔNIO CONTROVERSO: INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PRÓ-CULPABILIDADE

LEONARDO DE TAJARIBE RIBEIRO HENRIQUE DA SILVA JUNIOR: Leonardo Tajaribe - Advocacia Criminal & Consultoria Jurídica Contato: (21) 97017-7276

Sabe-se a muito que as medidas cautelares prevista no Código de Processo Penal possuem o escopo de garantir a aplicação da lei penal, no caso das medidas pessoais, ou a reparação do dano oriundo do delito, nas hipóteses de restrição do patrimônio.

Desta forma, os efeitos adjacentes à condenação criminal visam, incluindo-se a privação da liberdade, efetivar a restrição cautelar causada pela medida previamente determinada com observância dos requisitos do *fumus comissi delict* e *pericum in mora*.

Portanto, pela lógica processual penal e seguindo os pressupostos procedimentais previstos, a decretação da prisão preventiva possuiria, em si própria, um pressuposto de "condenabilidade", eis que se efetivaria pela condenação criminal, a qual manteria o acusado em restrição ambulatorial, mantendo-se a prisão preventiva antes do trânsito em julgado, ou determinaria a soltura do agente até julgamento definitivo.

Logo, o efeito da condenação penal que efetiva a medida patrimonial assecuratória é a perda dos bens sequestrados, por disposição do art. 91/CP, visto que não faz sentido decretar a perda de bens que não tenham sido sequestrados, considerando que, no campo prático, os bens fruto de infração penal não restringidos no curso do processo já teriam sido dilapidados antes da sentença condenatória.

Deste modo, entende-se que o ônus de provar a ilicitude do patrimônio que se pretende reprimir é do órgão acusador, posto que, em regra, o ônus de provar é de "quem alega".

Todavia, a regra tem virado exceção com as recentes modificações legislativas, dentre elas a Lei nº 13.964/19 ("Pacote Anti-Crime"), que alterou diversas normas penais e processuais penais, dentre elas o Código Penal, incluindo, dentre outros, o Art. 91-A, *in verbis:*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Art. 91-A. Na hipótese de condenação por infrações às quais a lei comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser **decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito.**

§ 1º Para efeito da perda prevista no **caput** deste artigo, entende-se por patrimônio do condenado todos os bens:

I - de sua titularidade, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício direto ou indireto, na data da infração penal ou recebidos posteriormente; e

II - transferidos a terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, a partir do início da atividade criminal.

§ 2º O condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio.

§ 3º A perda prevista neste artigo deverá ser requerida expressamente pelo Ministério Público, por ocasião do oferecimento da denúncia, com indicação da diferença apurada.

§ 4º Na sentença condenatória, o juiz deve declarar o valor da diferença apurada e especificar os bens cuja perda for decretada.

§ 5º Os instrumentos utilizados para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias deverão ser declarados perdidos em favor da União ou do Estado, dependendo da Justiça onde tramita a ação penal, ainda que não ponham em perigo a segurança das pessoas, a moral ou a ordem pública, nem ofereçam sério risco de ser utilizados para o cometimento de novos crimes. (grifo nosso)

Ab initio, nota-se que o legislador estabeleceu uma presunção de ilicitude para todo o patrimônio que supera a compatibilidade com os rendimentos lícitos do condenado, configurando um disparate pragmático, difícil de se aplicar numa sociedade capitalista formada, em sua maior parte, por empregos informais, cuja percepção de renda da-se através de transferência de patrimônio não comprovada documentalmente e, no mais das vezes, em pecúnia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Deste modo, apesar do §3º exteriorizar a necessidade de um forte lastro probatório obtido no curso da investigação criminal, posto que o requerimento deve ser realizado na denúncia, manifesta também a imprescindibilidade de inexorável invasão patrimonial em detrimento da privacidade do acusado, comportamento de difícil adoção na fase inquisitória, na qual é no mínimo temerária a determinação de medidas como a quebra de sigilo bancário e outras promoções invasivas da privacidade e intimidade do agente investigado.

Acrescenta-se ao contexto exposto que tais medidas são, no mais das vezes, de necessária requisição por parte do *parquet*, sobretudo nas hipóteses em que não há colaboração do agente delitivo (investigado) no sentido de apresentar comprovações sólidas de rendimento lícito, não restando outra alternativa ao órgão de persecução para a formação do acervo probatório para basear o pedido, que não a decretação de medidas invasivas do patrimônio.

Outrossim, a inclusão da denominada "presunção de ilicitude do patrimônio controverso" ocasiona a inversão do ônus da prova no contexto processual penal, postura de perigosa aplicação em ambiente sensível como a iminente restrição da liberdade ambulatorial, aliada ao aniquilamento do patrimônio do acusado.

A alteração legislativa em comento lembra-nos, quanto a inversão do ônus probatório da licitude patrimonial, o disposto no Art.4º da Lei 9.613/98 (lei de lavagem de dinheiro), o qual dispõe que:

> Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.
>
> § 2º **O juiz determinará a liberação total ou parcial dos bens, direitos e valores quando comprovada a licitude de sua origem**, mantendo-se a constrição dos bens, direitos e valores necessários e suficientes à reparação dos danos e ao pagamento de prestações pecuniárias, multas e custas decorrentes da infração penal. (grifo nosso)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Evidencia-se que o dispositivo colacionado da lei de lavagem de capitais prevê a mesma inversão do ônus probatório, devendo o acusado provar a licitude de seus bens, fator de difícil produção e convencimento judicial em determinadas atividades de alta complexidade, como megaempresas departamentalizadas e até mesmo atividades informais, conforme anteriormente mencionado.

A respeito do assemelhado dispositivo da lei de lavagem e o juízo probatório necessário em relação ao *onus probandi*, Gustavo Henrique Badaró (pag.375):

> "Para decretar o sequestro, basta que o Ministério Público demonstre haver indícios suficientes de proveniência ilícita (juízo de probabilidade de ilicitude). Para liberar o sequestro, cabe ao investigado ou acusado demonstrar a licitude da origem do bem (juízo de certeza da licitude). Já para se impor, na sentença condenatória, com seu efeito civil, a perda do produto ou proveito do crime, será necessária certeza da proveniência ilícita do bem (juízo de certeza da ilicitude)."

Entende-se, portanto, que é mais fácil alegar a culpa, do que provar a inocência.

Por óbvio, a providência condenatória incluída pelo dispositivo em comento deverá ser confrontada e solidificada no curso da instrução processual, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, fundamentando sua aplicação por ocasião da sentença condenatória.

Não obstante a necessidade de reapreciação no curso da instrução, preocupa-nos a aplicabilidade da presunção de ilicitude do patrimônio não comprovadamente lícito, na medida em que vislumbramos apenas duas hipóteses praticas: ou nunca será aplicado, ante a fragilidade do acervo probatório obtido no curso da investigação criminal sem a decretação da medidas invasivas, ou aplicar-se-á mediante malabarismos acusatórios desprovidos de logicidade e tecnicismo, invertendo o ônus da prova e exigindo que o acusado pratique a produção de provas verdadeiramente diabólicas.

REFERÊNCIAS:

BADARÓ, Gustavo Henrique, BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro – Aspectos Penais e Processuais Penais. 3ª Edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.613, de 3 de Março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613compilado.htm. Acesso em: 1 de fev. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2020. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 1 de fev. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A TEORIA DOS JOGOS E A SOLUÇÃO DE CONFLITOS APÓS A REFORMA TRABALHISTA

ELIAS IBRAHIM NEMES JUNIOR: Advogado. Mestrando do curso de pós-graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

PAULO SÉRGIO JOÃO[1]

(Orientador)

RESUMO: Este artigo foi realizado com o objetivo de apresentar a Teoria dos Jogos como instrumento matemático de compreensão dos fenômenos sociais, sendo esta uma das ferramentas a ser utilizada na solução dos conflitos após a Reforma Trabalhista. Essa Teoria apresenta uma filosofia de cooperação, e, neste sentido, as partes envolvidas deverão avaliar todas as possíveis estratégias de sucesso e fracasso para escolherem uma solução a contento, principalmente com as novas possibilidades de solução de conflitos trazidos pela Reforma Trabalhista.

Palavra-chave: Teoria dos Jogos. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT: This article was carried out with the objective of presenting Game Theory as a mathematical instrument for understanding social phenomena, which is one of the tools to be used in the solution of conflicts after the Labor Reform. This Theory presents a philosophy of cooperation, and, in this sense, the parties involved should evaluate all possible strategies of success and failure to choose a satisfactory solution, especially with the new possibilities for resolving conflicts brought about by the Labor Reform.

Keywords: Theory of Games. Labor Reform.

INTRODUÇÃO

A Teoria dos Jogos traz uma visão do estudo do comportamento humano e fornece elementos para se compreender a relação entre os agentes envolvidos em um conflito. Pode ser ela compreendida por meio da Matemática, da Economia, além de outras ciências sociais e comportamentais.

Assim, por intermédio das análises das condutas de cada indivíduo, em seu tempo e espaço, observando as situações conflitantes e os comportamentos competitivos de cada parte envolvida, pode-se traçar os objetivos pessoais e as cooperações entre si que almejam ganhos mútuos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com base nessas análises, o presente texto tem o intuito de tratar da valoração da eficiência das soluções para pacificar os conflitos, aplicando-se a Teoria dos Jogos. Pretende, ainda, abordar o Equilíbrio de Nash, elemento que revolucionou a Teoria dos Jogos, por objetivar a adoção de estratégias eficazes de comportamento para a maximização de ganhos, e que constitui o objetivo a ser alcançado por todos os envolvidos em uma disputa.

O advento da Lei nº 13.467/2017[2], que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), estabeleceu diversas mudanças, principalmente em relação às formas de flexibilização para uma solução dos conflitos.

Neste sentido, serão analisados alguns artigos da Reforma Trabalhista e as condições para a aplicação da Teoria dos Jogos, em que as partes terão que ponderar suas condições, traçar estratégias, objetivos, bem como, cooperar entre si para uma conciliação, em que ambas vislumbrarão um ganho maior do que uma análise isolada, a qual lhe poderá trazer uma redução em suas expectativas.

Com isso, o trabalho apresentado possui grande relevância jurídica, uma vez que a Teoria dos Jogos desperta interesse em diversas condições, como também em situações de comportamento humano; deste modo, em mudanças provenientes da Reforma Trabalhista e em suas formas de solução de conflitos, ela pode sim ser muito bem aplicada e embasada.

Para a realização deste trabalho, utilizar-se-á o método essencialmente bibliográfico, a partir de informações obtidas em livros, além de arquivos disponibilizados em periódicos e em meio eletrônico sobre o assunto objeto de investigação. A análise das informações colhidas tem como objetivo principal extrair subsídios para embasar o desenvolvimento do tema a que se propõe.

1. A ORIGEM HISTÓRICA DA TEORIA DOS JOGOS

Os jogos de tabuleiros, de dados, de cartas, entre outros, divertiam uma grande quantidade de pessoas desde a formação das primeiras civilizações – haja vista que colocam as pessoas sob situações nas quais vencer ou perder depende das escolhas feitas no início das partidas. No entanto, até 1920, não havia muito interesse científico em relação à Teoria de Jogos, aspecto que dificultou a existência de análises técnicas adequadas para estudar as estratégias envolvidas.

A Teoria da Probabilidade é a percursora na origem dos jogos. Os matemáticos Blase Pascal e Pierre Fermat, lançando mão de regras e de conceitos matemáticos, desenvolverem a Teoria da Probabilidade nos jogos de azar.

Outro matemático francês, Antoine Augustin Cournot, publicou, em 1938, a obra intitulada "*Recherches sur les Principes Mathématiques de La Théorie des Richesses*». Neste trabalho, Cournout não tratou especificamente da Teoria dos Jogos, mas apresentou aspectos do duopólio, que é um modelo econômico empregado para descrever uma estrutura de indústria em que as empresas competem de acordo com a quantidade produzida pelos seus concorrentes, de modo a existir uma grande interdependência nas decisões dos agentes.

O duopólio pode ou não direcionar as empresas a um acordo – ou conluio – e a um abuso de posição dominante ou de uma situação de competição, até que ambos cheguem ao Equilíbrio de Nash.

Embora seja brilhante o trabalho desenvolvido por Cournot, a Teoria dos Jogos foi efetivamente elaborada pelo matemático húngaro John Von Neumann, que publicou uma série de trabalhos em 1928, dentre eles, a primeira publicação sobre a Teoria dos Jogos, intitulado "*Zur Theorie der Gessellschaftsspiele*", demonstrando que uma solução para jogos de soma zero pode ser determinada por técnicas matemáticas previamente estabelecidas.

O trabalho desenvolvido por John Von Neumann culminou no lançamento do livro cujo título é "*The Theory of Games and Economic Behavior*", em coautoria com o austríaco Oskar Morgenstern[3]. Este trabalho contém o método para se encontrar soluções para jogos, de duas pessoas, de soma zero.

No início, os trabalhos de Teoria dos Jogos eram focados na teoria de jogos cooperativos, em que se analisa estratégias para grupos de indivíduos, presumindo que eles possam conjugar seus esforços no que concerne às estratégias adotadas.

A Teoria dos Jogos se baseia na condição em que os jogadores são instruídos a demonstrarem um comportamento cooperativo entre grupos, ao invés de uma competição entre indivíduos.

Em 1950, Merrill Flood e Melvin Dresher formularam o problema denominado "Dilema do prisioneiro". Neste período, o matemático norte-americano John Nash, não contente com os jogos de soma zero como a única forma de equilíbrio, estabeleceu sua própria teoria.

Nash desenvolveu uma definição de uma estratégia ótima para jogos com vários jogadores, sendo que nenhuma solução ótima ainda tinha sido definida – o que foi denominado de Equilíbrio de Nash. Tal equilíbrio permite sua utilização na análise de jogos não cooperativos, além dos cooperativos.

De acordo com Sylvia Nasar, autora da biografia do matemático:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nash definiu equilíbrio como uma situação em que nenhum jogador pode melhorar sua posição escolhendo uma estratégia alternativa disponível, sem que isso implique que a melhor escolha feita particularmente por cada pessoa levará a um resultado ótimo. Ele provou que, para uma determinada categoria muito ampla de jogos com qualquer número de jogadores, existe pelo menos um ponto de equilíbrio – desde que sejam permitidas estratégias mistas. Mas alguns jogos têm muitos pontos de equilíbrio e outros, aqueles relativamente raros que não se enquadram na categoria ele definiu, talvez não tenham nenhum.[4]

O Equilíbrio de Nash é, portanto, aquele que resulta em cada jogador adotar a estratégia que é a melhor resposta às estratégias adotadas pelos demais jogadores, ou seja, em um jogo de dois ou mais jogadores, nenhum tem a ganhar mudando isoladamente sua estratégia; cada jogador concluirá que não é possível melhorar sua estratégia em razão das estratégias fixadas pelos demais jogadores.

Em 1965, o alemão Reinhard Selten publicou o artigo "*Spieltheoretische Behandlung eines Oligopolmodells mit Nachfragetragheit*", que versou sobre um aperfeiçoamento do Equilíbrio de Nash, denominado como Equilíbrio Perfeito em Subjogos. Significa que uma determinada estratégia, para que seja considerada em equilíbrio perfeito em subjogos, tem de ser ótima, considerando-se todos os possíveis desdobramentos do processo de interação estratégica.

2. CONCEITO DE TEORIA DOS JOGOS

A Teoria dos Jogos é um ramo da Matemática que estuda situações estratégicas em que jogadores optam por situações diferentes na busca para melhorar sua posição no jogo. Essa teoria almeja entender e explicar o modo como as pessoas tomam as decisões entre elas.

Constitui um método utilizado para compreender as decisões tomadas entre os jogadores. Com base nesta compreensão, configura-se a adoção da melhor escolha para o caso.

Na perspectiva de Brígida Alexandre Sartini et al., a Teoria dos Jogos é uma teoria matemática criada para se modelar fenômenos que podem ser observados quando dois ou mais agentes de decisão interagem entre si.[5]

Na ótica de Márcio Pugliesi, a chamada Teoria dos Jogos lida, fundamentalmente, com o estudo de conflitos tratados como jogos no sentido desta definição, que, embora pareça excessivamente abstrata e formal, abrange todas as componentes inevitavelmente presentes em conflitos, tais como os descritos neste trabalho e, em particular, nas lides jurídicas.[6]

Ainda, para Márcio Pugliesi, a Teoria dos Jogos preocupa-se não com o estudo do conflito propriamente dito, e sim com as condutas ótimas a serem seguidas em tal estado e, por conseguinte, possui um caráter normativo. Labora, essa Teoria, mais precisamente, com as possibilidades de decisão oferecidas quando se enfrenta uma incerteza estruturada. Nesse mundo pragmático, em que acontecem as ações humanas e seus tentâmens de relacionamento adequado com as diferentes variáveis, é possível imaginar sua importância progressiva para efeito de balizar as condutas ótimas.[7]

Consoante dispõe Fábio Almeida[8], John Von Neumann é considerado o pai da Teoria dos Jogos, por se aprofundar nos estudos sobre a referida teoria, além de ter fornecido elementos teórico para a sua construção. Como supradito, foi responsável pela afirmação da Economia como ciência exata, nos seguintes termos:

> Essa noção econômica foi introduzida na teoria de John Von Neumann, na medida em que toda a sua teoria é voltada a jogos de soma zero, i.é, aqueles nos quais um dos competidores, para ganhar, deve levar necessariamente o adversário à derrota. Não obstante John Von Neumann, para fundamentar que todos os jogos de várias pessoas podem ser reduzidos a jogos de duas pessoas, ter considerado o papel da comunicação entre os envolvidos (para produzir coalizões e garantir que cada jogo possa ser transformado em jogos de duas pessoas), sua teoria é totalmente não cooperativa.[9]

A ideia de competição constituía a base estratégica para o comportamento humano; assim, com os estudos do matemático John Nash, rompe-se com o paradigma da Economia, trazendo a ideia de cooperação como possibilidade de maximizar ganhos individuais.

Depreende-se, da análise de Tavares, que:

John Nash mostrou que, mesmo sob o prisma das hipóteses da teoria neoclássica, a interação entre indivíduos pode possibilitar o alcance de seus objetivos individuais, ou seja, o alcance de um resultado estável, em que nenhum dos jogadores teria incentivo para se desviar dele.[10]

Dessa forma, enquanto John Von Neumann evidenciava a ideia de competição, John Nash inovou ao inserir o elemento cooperativo na Teoria dos Jogos, que, a seu ver, não seria incompatível com o pensamento de ganho individual.

Desse modo, o uso da Teoria dos Jogos tem como finalidade conhecer, previamente, o melhor resultado para os jogadores diante das estratégias adotadas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.1. O dilema dos dois prisioneiros

Primeiramente, foi elaborado o dilema do prisioneiro e, posteriormente, foi realizada a adequação para o tema da pena de prisão como é atualmente conhecido. O dilema *clássico* do prisioneiro funciona da seguinte forma:

Dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia. A polícia tem provas insuficientes para os incriminar, mas, separando os prisioneiros, oferece a ambos o mesmo acordo: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o comparsa, cada um leva 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro. A questão que o dilema propõe é: o que vai acontecer? Como o prisioneiro vai reagir?[11]

A solução, quando analisada em conjunto, pode estabelecer que há dois ganhadores no jogo, já que a solução foi a melhor para ambos. Pode ocorrer que os jogadores tenham se deparado com algumas questões a serem analisadas, tais como: confiam no parceiro e continuam negando o crime, mesmo havendo risco de se defrontarem com uma situação ainda pior? Ou confessam e esperam a libertação, apesar de que, se o outro fizer o mesmo, ambos ficarão em uma situação pior do que se os dois permanecerem em silêncio?

Geralmente, os participantes cooperaram (ou seja, ficam em silêncio), pois o que importa são as vantagens de uma decisão cujas consequências estão atreladas às decisões de outros agentes, sendo que a confiança e a traição fazem parte da estratégia em jogo.

O enunciado clássico do dilema do prisioneiro, supraexposto, pode resumir-se, do ponto de vista individual de um dos prisioneiros, na Tabela 1 (tabela de ganhos), a seguir:

TABELA 1 - RESUMO DO ENUNCIADO CLÁSSICO DO DILEMA DO PRISIONEIRO

	Prisioneiro "B" nega	**Prisioneiro "B" delata**
Prisioneiro "A" nega	Ambos são condenados a 6 meses	"A" é condenado a 10 anos; "B" sai livre
Prisioneiro "A" delata	"A" sai livre; "B" é condenado a 10 anos	Ambos são condenados a 5 anos

Fonte: Chrispino e Santos (2011)

O prisioneiro vê-se, então, frente ao dilema de confessar ou de negar a participação no crime e, a depender de sua decisão, há a possibilidade de encarar uma pena dura.

Tem-se como esperar que o cúmplice escolha cooperar com ele e, assim, permaneça em silêncio, a opção ótima para o primeiro seria confessar, o que significaria que ele seria libertado imediatamente, enquanto o cúmplice teria que cumprir uma pena de 10 anos. Se esperar que seu cúmplice se decida por confessar, a melhor opção seria confessar também, já que, ao menos, não receberá a pena completa de 10 anos, ou seja, terá que esperar apenas 5, tal como o cúmplice. Se ambos decidirem cooperar e permanecerem em silêncio, ambos serão libertados em apenas 6 meses.

A confissão configura uma estratégia dominante para ambos os jogadores, uma vez que podem reduzir sua sentença ao optarem por esta escolha; mas, se caso ambos confessarem, eles receberão uma longa pena.

Este momento é o ponto-chave do dilema, pois o resultado das interações produzirá uma resolução que não é boa, e existe a situação de um dos prisioneiros melhorar (ou mesmo a de ambos) sem que acarrete uma piora para todo o resto.

Ao se pensar sob a perspectiva do interesse do grupo (isto é, dos dois prisioneiros), o resultado correto seria que ambos cooperassem, já que isto reduziria o tempo total de pena do grupo a um ano; qualquer outra decisão seria pior para ambos, considerando-os conjuntamente. Assim, se continuarem em seu próprio interesse egoísta, cada um dos prisioneiros receberá uma dura pena.

Caso algum prisioneiro opte por castigar o outro, ao confessar, então, um resultado cooperativo pode manter-se. Nesse jogo, se o comparsa trai e confessa uma vez, pode-se castigá-lo traindo-o na próxima. Desse modo, o jogo oferece uma opção de castigo que está ausente no modo clássico do jogo.

Esse jogo possui como solução, do ponto de vista Ótimo de Pareto, a seguinte estratégia:

- A e B negam.

Esse jogo possui, como Equilíbrio de Nash, a seguinte estratégia:

- A e B delatam: nesse caso, é o Equilíbrio dominante.

O jogo do dilema do prisioneiro é necessário para se compreender certas teorias de cooperação e de confiança humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na suposição de que as transações entre duas pessoas que exijam confiança podem ser modeladas pelo dilema do prisioneiro, então, o comportamento cooperativo em populações pode ser moldado por uma versão para vários jogadores.

No dilema do prisioneiro iterado, a cooperação pode ser obtida como um resultado de equilíbrio.

2.2. A Teoria dos Jogos no Direito

No sentido amplo, no Direito, os conflitos não solucionados têm como consequências processos, e estes podem ser comparados a um jogo, pois há regras, jogadores, estratégias, táticas, recompensas e, até mesmo, um juiz intermediando o conflito.

Em qualquer ramo do Direito, pode-se aplicar – de forma consciente ou inconsciente – a Teoria dos Jogos, pois, no andamento de um processo, as partes envolvidas são obrigadas a elaborar um plano de jogo e, de acordo com tal planejamento, mover suas peças estrategicamente a fim de alcançar o objetivo traçado.

Decerto que cada processo tem suas particularidades e peculiaridades, mas, cabe a todos os envolvidos traçarem suas estratégias antes mesmo da formação do processo, assim como também lhes cabe, sistematicamente, conferir se as estratégias adotadas estão lhes trazendo os resultados a fim de mantê-las ou, até mesmo, mudá-las, haja vista que, tal como o processo não é estático, as estratégias adotadas também não o são.

E essas estratégias são assumidas com base na análise de como as pessoas envolvidas em um determinado contexto tomam decisões, a partir de um conjunto de estímulos que se aplica à Teoria dos Jogos.

Para Gregorio Robles, o Direito é um sistema convencional de regras, cuja característica diferenciadora com relação à moral, aos usos sociais e às normas religiosas, é que, nele, deve haver necessariamente regras que assinalem o âmbito espaço-temporal da ação, criem os sujeitos (órgãos, pessoas) do sistema e lhes atribuam competências sob as quais a ação deve ser realizada. Igualmente, diferencia-se pela necessidade de estabelecer procedimentos para realizar a ação; nesse sentido, quanto à sua estrutura formal, o Direito se assemelha a determinados jogos.[12]

Para Pugliesi, algumas vezes, lida-se, no Direito, com jogos de soma variável, em que o mais obtido por um não significa necessariamente o menos para o outro, particularmente, no caso em que o preço da decisão acaba sendo um custo social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Constitui-se, na situação de lide jurídica, um interesse comum (ao menos, por parte dos advogados dos litigantes) de encontrar soluções ou decisões que sejam mutuamente vantajosas, ou, no pior dos casos, não sejam desvantajosas.[13]

Assim, tal como em outras ciências, no Direito, também se aplica a Teoria dos Jogos.

3. CONFLITO E CONCILIAÇÃO

Dada a grande quantidade de conflitos existentes na sociedade e, consequentemente, as inúmeras demandas judiciais, o acesso à justiça não tem sido efetivo, de modo que, dificilmente, uma das partes considera-se efetivamente vencedora.

Frente a esse cenário, é importante haver formas alternativas de composição de conflitos, a fim de serem aplicadas nas relações jurídicas, visando diminuir a sensação de impotência, de morosidade e de diluição dos direitos no tempo e espaço.

Conflito pode ser estabelecido como todo desentendimento motivado por uma disputa envolvendo ideais, dinheiro, bens etc. O conflito surgiu juntamente com o ser humano, ou seja, a partir do momento em que houve o convívio social. Ao encontrar resistências nos ideais e nas vontades individuais, o homem passou a vivenciar o fenômeno do conflito.

Na visão de Pugliesi, os estados conflitivos associam-se aos conceitos de negociação e de estratégia, visto que tais estados podem ser tidos como patológicos/patógenos, e, assim, a atitude pragmática corresponde ao seu tratamento, ou, então, como fato consumado, ensejando uma pragmática humana a seu respeito mediante a negociação.[14]

Pugliesi explica também que a manutenção inalterada do conflito (designada por vários nomes, mas, principalmente, por impasse) pode servir, por razões estratégicas, para provocar desgaste na parte menos forte e, dessa maneira, conduzir a uma variação das condições pela parte que tem o tempo a seu favor.

As partidas de esportes coletivos, em particular, o futebol, constituem evidentes exemplos de como o tempo é fator importante e, por vezes, preponderante, para a manutenção de um conjunto de estratégias (política) por parte de um dos times contra o outro. É comum, cabe salientar, que, em diversas oportunidades, quem tinha o tempo a seu favor, passou a tê-lo contra.[15]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Após instaurado algum conflito, as pessoas envolvidas buscam a obtenção de um determinado objetivo, de decisões ou soluções, com o mínimo custo possível para se alcançar o fim desejado.

A escolha da estratégia, mesmo sendo a melhor de todas aquelas apresentadas, e, mesmo sendo os envolvidos diligentes e cumpridores de suas obrigações, nem sempre lhes tararão o fim almejado, já que diversos são os fatores que envolvem um conflito alheio à própria vontade dos combatentes, como por exemplo, a morosidade e os custos elevados.

Nesse sentido, o conflito solucionado por meio de conciliação proporciona, de uma maneira célere, efetiva e sem grandes impactos psicológicos aos jogadores, uma recompensa de harmonização, reconciliação ou consagração, pois este é o significado de conciliação.

Na esfera trabalhista, a conciliação pode ser extrajudicial e judicial: as conciliações extrajudiciais podem ser nas Comissões de Conciliação Prévia ou nas Câmaras Arbitrais, as quais promovem a conciliação entre as partes, sem necessidade do poder Judiciário ser acionado, diminuindo, assim, a morosidade e o tormento na solução do conflito; já a conciliação judicial pode ser realizada, a qualquer momento, pela faculdade das partes e, pela obrigatoriedade do juiz, em dois momentos, quais sejam: na abertura da audiência inaugural, com a apresentação da defesa, e após o encerramento da instrução processual, antes do julgamento.

Com a Reforma Trabalhista, criaram-se algumas modalidades que flexibilizaram a conciliação; é possível citar os casos de extinção do contrato de trabalho, a rescisão contratual por acordo e o acordo extrajudicial com homologação judicial (jurisdição voluntária).

Essas modalidades, criadas por meio da Lei nº 13.467/2017, ajudarão ainda mais a dinamizar a Justiça do Trabalho e reduzirão o elevado custo gasto na formação de cada processo.

Este é o caminho pelo qual anda a Justiça brasileira, ao invés de processos infindáveis, haverá, cada vez mais, condições para as partes envolvidas se conciliarem de uma forma segura e harmoniosa.

O Conselho Nacional de Justiça mantém os estímulos aos movimentos e às campanhas pela conciliação, que já são adotadas por todos os Tribunais Regionais do país.

4. TEORIA DOS JOGOS APLICADA À CONCILIAÇÃO TRABALHISTA APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Teoria dos Jogos é empregada para se analisar as possíveis tomadas decisões dos jogadores, como as estratégias adotadas a fim de alcançar melhores resultados finais visando atingir aos objetivos almejados, ou até mesmo chegar próximos a eles.

Decerto que a conciliação é o instrumento mais utilizado na área trabalhista para a solução dos conflitos, respaldada nos princípios constitucionais da celeridade e de economia processual, em que um terceiro, alheio às partes, intervém e media a fim de concretizar esta transação.

A Lei nº 13.467/2017, em seu artigo 855 - B, estabelece o processo de jurisdição voluntária para a homologação de acordo extrajudicial:

Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.[16]

As partes, empregado e empregador, ao aderirem a esta forma de acordo extrajudicial homologada judicialmente, podem decidir por esta conciliação com base na Teoria dos Jogos.

O empregado, ao considerar que o processo poderá demorar anos para sua solução, ponderará que pode receber quase que imediatamente o valor acordado e, assim, seguirá sua vida funcional, seja usando o dinheiro recebido para uma finalidade, seja em busca de um novo emprego.

No mesmo sentido, o empregador, ao se deparar com esta mesma situação, também perceberá que terá custos para manter um processo judicial, e, vindo a perder a demanda, arcará com os valores pleiteados, acrescidos de juros e de correção monetária.

Assim, ambas as partes, com base na Teoria dos Jogos, levarão em consideração todas as situações possíveis e decidirão, caso seja seus objetivos, pelo processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial, sendo certo que esta situação não deixa de constituir uma conciliação entre as partes.

Esse tipo de conciliação, de forma ética, visa à rapidez e à eficiente solução entre as partes, a fim de que não haja um futuro conflito árduo, moroso e que onerará as partes e, de alguma forma, o próprio Estado. A cooperação das partes faz com que ambas ganhem nesta solução.

Outra inovação estabelecida pela Lei em análise é o caso de rescisão contratual por acordo no âmbito extrajudicial, conforme previsto no artigo 484 - A.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

I - por metade:

a) o aviso prévio, se indenizado; e

b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990;

II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas.

§ 1º A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.

§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.[17]

O artigo aponta, expressamente, realização de acordo entre empregado e empregador, ou seja, constitui uma conciliação extrajudicial que não mais precisará de sua homologação junto às Comissões de Conciliação Prévia ou às Câmaras Arbitrais.

Era muito comum o fato de os trabalhadores não terem mais a intenção de permanecerem na empresa, mas, para não perderem – ou deixarem de ganhar – alguns direitos, acabavam por se desinteressar pelo trabalho e, com isso, tinham suas produções diminuídas, ou compareciam habitualmente em consultas médias, com intuito de adquirir atestados e, assim, faltar no emprego, o que também diminui a produtividade e onera o empregador.

Em contrapartida, o empregador, mesmo ciente da falta de interesse por parte do empregado, haja vista a sua baixa produção, não o dispensava, já que lhe custaria o aviso prévio e a multa dos 40% (quarenta por cento) sobre os depósitos fundiários. Essa situação gerava um impasse para as partes.

Muitas das vezes, ambos queriam acordar entre si, mas tal conciliação não era possível. Geralmente, os acordos propostos entre as partes eram o não pagamento do aviso prévio e a devolução, pelo empregado, da multa dos 40% (quarenta por cento) sobre os depósitos fundiários.

Diga-se de passagem, que este tipo de acordo sempre foi considerado ilegal, mas não foram poucas as reclamações trabalhistas de empregados que, mesmo após

firmar este acordo diretamente com o empregador, ingressavam na Justiça do Trabalho pleiteando a devolução das verbas acordadas, sempre com ganhos de causa, nos casos de prova sobre a irregularidade supraexplanada.

Assim, a Lei nada mais fez que preencher a lacuna na legislação trabalhista e, desse modo, regulamentar as condições do acordo, ou seja, da conciliação extrajudicialmente entre as partes.

Com a aplicação dessa Teoria, o empregado levará em consideração – no momento de sua decisão de firmar ou não o acordo – a possibilidade de receber imediatamente seus haveres rescisórios, mesmo com a metade do aviso prévio e da multa sobre os depósitos fundiários; já o empregador decidirá que, além de ter uma redução dos valores das verbas rescisórias, não terá mais em sua empresa um empregado descontente. Ambos cooperarão para a busca da solução e, em conjunto, descobrirão a melhor maneira de poderem conciliar-se sob os termos deste artigo.

Em ambos os casos supracitados neste estudo, pode-se verificar que, com base na Teria dos Jogos, as partes envolvidas levarão em consideração todas as possibilidades para se realizar a conciliação, seja no âmbito extrajudicial ou judicial. E, principalmente, após a Reforma Trabalhista, ensejou-se às partes escolherem as melhores opções para seus objetivos traçados.

CONCLUSÃO

O objetivo principal deste trabalho foi analisar a Teoria dos Jogos em suas características, efeitos e condições para a solução de conflitos e, principalmente, se após a Reforma Trabalhista, ainda há espaço para sua aplicação. Foi constatado que a efetividade da Justiça do Trabalho é com a diminuição de lides trabalhistas, na busca incansável de conscientizar as partes, sendo que o grande ganho é para ambos os lados com essa solução.

O conflito, muitas vezes, dá-se pelo egocentrismo, competição, convívio entre as partes envolvidas, egoísmo, ganância, entre outros; mas, na Teoria dos Jogos, a interação dos indivíduos envolvidos em uma disputa foi verificada como possibilidade de agregar ganhos aos resultados por meio da cooperação, com uma combinação de estratégias que os jogadores, as partes, devem escolher, de maneira que não fariam melhor se escolhessem uma outra alternativa, dada a estratégia que o outro escolheu.

Como observado, a aplicação da Teoria dos Jogos como ramo de estudo das situações estratégicas que envolvem dois indivíduos tem por objetivo traçar parâmetros visando a uma solução que envolve o conflito entre indivíduos, de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

modo a haver um equilíbrio natural de cooperação, com benefício para todos os envolvidos.

É relevante a Teoria dos Jogos na aplicação de várias situações necessárias para estabelecer um comportamento previsível do indivíduo, bem como as condutas de outro que se relaciona ou interage com ele, mas de forma a não competir, mas sim cooperar, a fim de estabelecer o equilíbrio necessário a ambos.

Atualmente, houve uma diminuição considerável de novas reclamações trabalhistas, mas, ainda assim, continua grande a quantidade de processos em trâmite perante a Justiça do Trabalho, processos estes que foram ingressados anteriormente à vigência da Lei nº 13.467/2017.

Há, cada vez mais, a necessidade de se discutir novas formas de solução para os conflitos, tais como a acrescentada pela Reforma Trabalhista, visando continuar a diminuição das demandas, como também seria necessário, por meio de análises sob o prisma da Teoria dos Jogos, buscar formas de se alcançar as conciliações dessas ações em trâmite.

Nesse sentido, a Teoria dos Jogos pode melhorar a função da mediação na conciliação, fazendo com que as partes envolvidas entendam a conduta de cooperação para aumentar seus próprios ganhos, de modo a haver benefícios mútuos.

A conciliação, seja extrajudicial, seja judicial, é a maneira mais correta, célere e eficaz de a Justiça do Trabalho solucionar conflitos entre as partes e, assim, reduzir a grande quantidade de ações em trâmite, sendo que, por meio dos fundamentos da Teoria analisada, poderá chegar a essas soluções, harmonizando-as pela conciliação do conflito, convergindo os interesses dos envolvidos.

Os Tribunais Regionais do Trabalho de todo o país já descobriram, após semanas de conciliações, que mediar e intermediar os conflitos existentes, depois de longos anos de desgaste de ambos, constitui a maneira mais eficiente de solucionar os intermináveis processos em andamento, tanto que, nas últimas semanas, houve uma grande meta cumprida no que tange a conciliações.

Com a Reforma Trabalhista, foram dadas, pelo legislador, algumas outras opções de mediar conflitos, seja extrajudicialmente ou judicialmente, a fim de que as partes percebam que o conflito gerado pode ser resolvido de uma maneira rápida, sem muitos desgastes para as partes, as quais, cooperando entre si, aumentam seus ganhos individuais, direta e indiretamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As partes, após a Lei nº 13.467/2017, têm novas oportunidades para solucionarem, de forma pacífica, os conflitos, por meio da aplicação dos conceitos da Teoria dos Jogos, pois, como abordado nos artigos supramencionados, o legislador criou mecanismos para uma conciliação entre os envolvidos em uma relação empregatícia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A Teoria dos Jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. V. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília (DF). **Diário Oficial da União**. 14 jul. 2017.

CHRISPINO, Alvaro; SANTOS, Tais Conceição dos. Política de ensino para a prevenção da violência: técnicas de ensino que podem contribuir para a diminuição da violência escolar. **Ensaio:** Avaliação e Políticas Públicas em Educação. Rio de Janeiro, v. 19, n. 70, p. 57-80, mar., 2011 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40362011000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 5 fev. 2020.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada. Natal. **FIDES**, v.6, n. 1, p. 164-175, jan./jun., 2015.

NASAR, Sylvia. **Uma mente brilhante**. Tradução: Sérgio Moraes Rego. Rio de Janeiro: Record, 2002.

NEUMANN, John Von; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of Games and Economic Behavior**. Princeton: Princeton University Press, 1953.

PUGLIESI, Márcio. **Conflito, Estratégia, Negociação**: o Direito e sua Teoria. São Paulo: WVC Editora, 2001.

PUGLIESI, Márcio. **Teoria do Direito**: **aspectos macrossistêmicos**. São Paulo: Editora Sapere Aude Grupo Editorial. 3 ed., rev. e aum. 2010.

ROBLES, Gregorio. **As regras do direito e as regras dos jogos**: ensaio sobre a teoria analítica do direito. São Paulo: Ed. Noeses, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SARTINI, Brigida Alexandre et al. Uma introdução à Teoria dos Jogos. **II Bienal da SBM**. Universidade Federal da Bahia, out. 2004. Disponível em: https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf. Acesso em: 30 nov. 2019.

TAVARES, Jean Max. **Teoria dos Jogos aplicada à estratégia empresarial**. Rio de Janeiro: LTC, 2012.

NOTAS:

[1] Professor Titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Doutor em Direito pela mesma instituição. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo – USP. E-mail: psergio@psjadvogados.com.br

[2] BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília (DF). **Diário Oficial da União**. 14 jul. 2017.

[3] NEUMANN, John Von; MORGENSTERN, Oskar. **Theory of Games and Economic Behavior**. Princeton: Princeton University Press, 1953.

[4] NASAR, Sylvia. **Uma mente brilhante**. Tradução Sérgio Moraes Rego. Rio de Janeiro: Record, 2002. p. 122.

[5] SARTINI, Brigida Alexandre et al. Uma introdução à Teoria dos Jogos. **II Bienal da SBM**. Universidade Federal da Bahia, out. 2004. Disponível em: https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf. Acesso em: 30 nov. 2019. p. 1.

[6] PUGLIESI, Márcio. **Conflito, Estratégia, Negociação**: o Direito e sua Teoria. São Paulo: WVC Editora, 2001. p. 95.

[7] PUGLIESI, Márcio. **Conflito, Estratégia, Negociação**: o Direito e sua Teoria. São Paulo: WVC Editora, 2001. p. 99.

[8] ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A Teoria dos Jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. V. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 177.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[9] ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A Teoria dos Jogos: uma fundamentação teórica dos . In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. V. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 177-178.

[10] TAVARES, Jean Max. **Teoria dos Jogos Aplicada à Estratégia Empresarial**. Rio de Janeiro: LTC, 2012. p. 12.

[11] GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada. Natal. **FIDES**, v.6, n. 1, p. 164-175, jan./jun., 2015. p. 172.

[12] ROBLES, Gregorio. **As regras do Direito e as regras dos jogos**: ensaio sobre a teoria analítica do direito. São Paulo: Ed. Noeses, 2011. p. 292.

[13] PUGLIESI, Márcio. **Teoria do Direito**: aspectos macrossistêmicos. São Paulo: Editora Sapere Aude Grupo Editorial. 3. ed., rev. e aum. 2010. p. 125.

[14] PUGLIESI, Márcio. **Conflito, Estratégia, Negociação**: o Direito e sua Teoria. São Paulo: WVC Editora, 2001. p. 78-79.

[15] PUGLIESI, Márcio. **Conflito, Estratégia, Negociação**: o Direito e sua Teoria. São Paulo: WVC Editora, 2001. p. 79.

[16] BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília (DF). **Diário Oficial da União**. 14 jul. 2017.

[17] BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília (DF). **Diário Oficial da União**. 14 jul. 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A INCONSTITUCIONALIDADE DA DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA EM ESTATAIS EM DECORRÊNCIA DA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA

VERÔNICA QUIHILLABORDA IRAZABAL AMARAL: é advogada da Unidade Brasília e sócia do escritório Mauro Menezes & Advogados

MARCELISE DE MIRANDA AZEVEDO[1]

(coautora)

Foi com preocupação que as trabalhadoras e os trabalhadores receberam a notícia de que algumas empresas estatais, como a Petrobrás e o Banco do Brasil, determinaram que seus empregados se demitam após o deferimento dos seus pedidos de aposentadoria concedidos pelo INSS. A nova ordem está fundamentada nas recentes regras da reforma da Previdência, que entraram em vigor em novembro de 2019.

Como exemplo citaremos o caso do Banco do Brasil, em que foi alterada a norma interna IN 380, que trata da aposentadoria de seus funcionários, passando a prever, em seus itens 1.1.5 e 1.1.6, que cabe ao funcionário que tiver a aposentadoria concedida solicitar o seu desligamento (com perda de importantes verbas rescisórias, como a multa sobre os depósitos do FGTS). A norma segue afirmando que o funcionário que deixar de pedir o seu desligamento poderá sofrer sanções disciplinares, ensejando até mesmo demissão por justa causa.

Inicialmente, chama a atenção a incoerência entre o instituto do pedido de desligamento, em realidade um pedido de demissão – que é, por excelência a livre manifestação de uma vontade – e a aplicação de pesada penalidade na eventualidade dessa manifestação não ocorrer quando o empregador a deseja. A coação é confessada e esvazia integralmente a voluntariedade que é pressuposto mínimo de qualquer pedido de desligamento válido.

Não é demais relembrar que o legislador constituinte, por meio dos artigos 7º, I, da Constituição e 10º do ADCT, deixou claro que a esperada continuidade é princípio indissociável da relação de emprego, rompendo-se apenas nos termos da legislação ou com a livre manifestação da vontade do empregado.

Assim, obrigar o empregado a pedir o seu desligamento, sendo seu silêncio considerado uma infração disciplinar, apenas pelo exercício do direito de se aposentar pelo Regime Geral da Previdência Social, é medida que colide tanto com

o instituto do contrato de trabalho, como com a própria natureza livre e autônoma dos pedidos de demissão válidos.

Acrescente-se que esse não é o único aspecto das medidas adotadas pelas referidas empresas estatais que desrespeita o ordenamento jurídico. Apesar de os comunicados, veiculados até aqui pela mídia, fazerem menção a um suposto cumprimento do que está previsto no novo parágrafo 14º do artigo 37 da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 103 (a chamada Nova Previdência), a medida, na verdade, viola a Constituição.

Deve-se ter claro que o texto da reforma constitucional se limita a, de forma muito vaga, afirmar que haverá o rompimento do vínculo que gerou o tempo de contribuição, sem maiores detalhamentos. Assim, mesmo que a novidade venha a ser declarada constitucional – o que pode não se concretizar – sua implementação antes que diversos aspectos sejam resolvidos pela legislação infraconstitucional é, no mínimo, uma medida prematura.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal já apreciou norma legal com conteúdo semelhante e, no julgamento das ADIs 1721 e 1770, estabeleceu que a regra infraconstitucional que previa a utilização da concessão de aposentadoria como motivo para a ruptura, com justa causa, do vínculo laboral, fere diversos artigos constitucionais. A fundamentação adotada naquela oportunidade se enquadra perfeitamente para o questionamento do atual posicionamento das empresas estatais.

Não se deve perder de vista que o artigo 1º, IV, da Constituição afirma que nossa República tem como fundamento os valores sociais do trabalho. Em acréscimo, o artigo 170 expressamente afirma que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A ordem social, um dos princípios norteadores de todo o texto constitucional, tem como base o primado do trabalho, com o objetivo de alcançar o bem-estar e a justiça social (artigo 193).

A aposentadoria, inclusive a voluntária, surge do texto constitucional como um benefício que integra a vida do trabalhador por meio do exercício regular de um direito, que se verifica pelo cumprimento dos requisitos necessários para sua concessão. É, em essência, o simples exercício de um direito regulamentado. É paradoxal, portanto, a situação que tais empresas estatais buscam criar, obrigando o trabalhador a manifestar uma vontade que não é a sua, sob pena de aplicação de penalidade pesada para o que, em verdade, não passa de cenário em que o trabalhador está fazendo valer um direito que lhe assiste.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, é de se considerar que na hipótese em discussão, o direito à aposentadoria é constituído e exercido dentro de uma relação estabelecida entre o trabalhador e o Regime Geral da Previdência Social, relação esta que não deveria impactar a relação que se estabelece entre o trabalhador e seu empregador. Não se encontram parâmetros constitucionais, legais ou mesmo contratuais capazes de autorizar que o direito estabelecido dentro do marco previdenciário cause tamanha consequência no vínculo estabelecido com a empresa pública empregadora.

Em suma, apesar de a inovação constitucional falar em rompimento do vínculo, a leitura da Constituição como todo revela que não é possível que se crie, por emenda, a obrigatoriedade de apresentação de pedido de desligamento ou que se crie uma nova modalidade infração disciplinar punível com a demissão por justa causa, tendo como marco inicial o simples exercício regular de um direito.

NOTA:

_____

[1] é advogada, coordenadora da Unidade Brasília e sócia do escritório Mauro Menezes & Advogados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE EM DECORRÊNCIA DE ERRO MÉDICO

MUNIQUE NICOLLE RIBEIRO: Pós-graduada em processo civil e pós-graduanda em direito do trabalho e processo do trabalho. Advogada há 13 anos. Exercício da função de juíza leiga de 2015 a 2019 do TJBA. Atual conciliadora do TJBA. Participação em congressos, cursos e seminários na qualidade de ouvinte. Aprovada em 3º lugar na seleção para professor de processo civil da FTC-Unidade Jequié-Ba.

Resumo: A preocupação com as consequências das ações humanas existe desde os tempos mais remotos, fazendo surgir a acepção do termo responsabilidade civil. Isso porque a sociedade deparou-se com a necessidade de indenizar aqueles que sofriam prejuízos que não deram causa. Neste contexto, um dano ocasionado por um erro médico deverá ser ressarcido. É a partir de então que emerge o interesse em averiguar a forma que ocorreria a responsabilização, se na modalidade subjetiva ou objetiva, subsidiária ou solidária. Para solucionar as controvérsias, será analisado o tipo de vínculo mantido entre o paciente e o médico, e entre estes e a operadora de plano de saúde, acaso haja sua contratação. A doutrina e jurisprudência já afirmaram que a relação que se estabelece entre a operadora e o beneficiário é eminentemente consumerista, na medida em que o beneficiário é consumidor e a operadora fornecedora indireta. Logo, pretende-se com o presente artigo oferecer subsídios para que sejam efetivados os direitos garantidos ao consumidor pelo ordenamento jurídico, assegurando a tutela ressarcitória nos casos de prejuízo causado por erro cometido por médico conveniado ou credenciado às operadoras.

Palavras-Chave: responsabilidade civil; erro médico; operadora de plano de saúde.

Abstract: The concern with the consequences of human actions has existed since the most remote times, giving rise to the meaning of the term civil liability. This is because society faced the need to indemnify those who suffered losses that did not give cause. In this context, damage caused by a medical error should be compensated. It is from then on that the interest in investigating the form that accountability would occur, whether in the subjective or objective, subsidiary or solidary modality, emerges. In order to resolve the controversies, the type of bond maintained between the patient and the doctor, and between these and the health plan operator, should they be hired. The doctrine and jurisprudence has already stated that the relationship established between the operator and the beneficiary is eminently consumerist, insofar as the beneficiary is a consumer and the indirect

supplier operator. Therefore, it is intended with this article to offer subsidies so that the rights guaranteed to the consumer by the legal system are realized, ensuring the reimbursement protection in cases of damage caused by an error committed by a doctor accredited or accredited to the operators.

Keywords: civil liability; medical error; health operator immediate

Sumário: 1.Introdução .2 Responsabilidade Civil. 2.1 Conceito 2.2. Elementos essenciais da responsabilidade civil. 2.2.1 A conduta humana. 2.2.2 Dano. 2.2.3 Nexo de causalidade.2.2.4 Culpa. 2.3 Espécies de responsabilidade. 2.3.1 Responsabilidade Contratual e extracontratual. 2.3.2 Responsabilidade subjetiva. 2.3.3 Responsabilidade objetiva. 2.3.4 Responsabilidade subsidiária e solidária. 2.4 Responsabilidade do Médico. 2.4.1 Obrigação de meio e de resultado. 2.4.2 Erro médico. 3. Relação entre Paciente, Médico e Operadoras de Plano de Saúde e suas Consequências. 3.1 Relação contratual à luz do Código de Defesa do Consumidor. 3.1.1 Evolução história.3.1.2 Consumidor e prestador de serviço.3.2 Formas de contratação das operadoras de plano de saúde. 3.3 Sistemas de assistência privada à saúde. 3.3.1 Seguro-saúde e plano de saúde. 3.4 Responsabilidade civil das operadoras de plano de saúde em decorrência de erro médico. 4 Conclusão.5 Referências.

1 Introdução

A acepção do termo responsabilidade civil recebe, gradativamente, novos contornos. A nova ordem social apregoa a veemente necessidade de punir o agente agressor. Assim, surge o dever de indenizar.

O presente trabalho visa demonstrar quais são os limites da responsabilidade civil das operadoras de plano de saúde nas ações indenizatórias por erro de seus profissionais conveniados ou credenciados.

O vínculo que se estabelece entre o beneficiário e a operadora deve, igualmente, ser identificado, porquanto a ingerência do Código de Defesa do Consumidor nessas relações implicará a espécie de responsabilidade a ser aplicada.

Com efeito, surge a seguinte problematização, que é traduzida nas seguintes questões: Em que espécie encontrar-se-ia a responsabilidade das empresas de plano de saúde? A operadora seria responsabilizada por acidente de consumo causado por médico credenciado? E ainda, esta relação configura-se como sendo de consumo?

Entrevê-se que o tema abordado reveste-se de maior importância em razão do crescente número de ações indenizatórias oriundas de erro médico. Em

decorrência, observa-se que, via de regra, essas ações são propostas em face dos profissionais que praticam esses erros e/ou hospitais. Pouco se discute a respeito da responsabilidade solidária dos planos de saúde.

Demonstrar a solidariedade passiva dessas operadoras tornou-se, pois, socialmente importante. Isso porque, verifica-se a obrigação em exigir das empresas de plano de saúde maior atenção na seleção dos profissionais credenciados, sob pena de ser responsabilizada pela má prestação de seus serviços.

Assim, com fulcro na eminente necessidade de informar o consumidor dos seus direitos nas relações de consumo, é que doutrinadores como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Maria Helena Diniz, e principalmente Fernanda Schaefer, na sua obra Responsabilidade Civil dos Planos e Seguros de saúde, trazem importantes lições a respeito do tema abordado, de sorte que os valiosos ensinamentos desses doutrinadores serviram de base a consecução desta pesquisa.

Além disso, muito se ventila nos tribunais brasileiros a respeito da responsabilização solidária das operadoras. Inclusive o Superior Tribunal de Justiça já decidiu a respeito, indo ao encontro da dita solidariedade. Estes precedentes, igualmente tiveram curial importância na realização deste artigo.

Destarte, o crescente número de pessoas que contratam com a assistência privada à saúde, bem assim a preocupação em proteger adequadamente o sujeito hipossuficiente desta relação de consumo, foram os fatores preponderantes na escolha deste assunto para ser desenvolvido.

Para melhor elucidação do assunto, o presente artigo dividiu-se em dois capítulos, de maneira que serão abordados os aspectos mais importantes do tema, sem, no entanto, ter a pretensão de esgotá-lo.

Deste modo, o primeiro capítulo trata da responsabilidade civil e suas variadas espécies. Aduz ainda sobre a responsabilidade do médico diante de um erro por ele praticado. O segundo capítulo, por sua vez, se ocupou especificamente da responsabilização das operadoras de plano de saúde em decorrência de erro médico. Ventilou-se neste tópico as diferentes relações estabelecidas entre médico, paciente e operadora. Outrossim, foram apresentados os sistemas de assistência privada à saúde e a forma de contratação empregada.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 Conceito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O fato gerador da responsabilidade é o comportamento humano. Daí advém à dificuldade em conceituá-la.

Alguns doutrinadores, como o ilustre Serpa LOPES (2001, p. 187), afirma que o vocábulo responsabilidade emana no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de avocar as consequências jurídicas que sua atividade provocou.

A noção jurídica de responsabilidade implica na atividade danosa de um sujeito que, atuando *a priori* ilicitamente, infrinja uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

Assim sendo, o significado do termo responsabilidade civil consiste na obrigação do causador do dano em ressarcir o prejuízo gerado a outrem, por ato próprio ou de terceiro que dele depende.

Com efeito, a noção de responsabilidade está diretamente ligada ao conceito genérico de obrigação, existindo a figura do devedor (agente) e do credor (vítima).

2.2 Elementos essenciais da Responsabilidade Civil

Os elementos essenciais para que se configure a responsabilidade civil são aqueles considerados imprescindíveis, sem os quais a mesma não existiria.

Podem ser divididos quanto ao aspecto subjetivo, referindo-se ao agente e a vítima, e objetivo, relacionado a conduta, o nexo de causalidade e o dano. A culpa também é um elemento essencial, todavia apenas no que concerne a responsabilidade civil subjetiva.

Neste diapasão, agente seria aquela pessoa que pratica o ato danoso, enquanto que a vítima é a que sofre as consequências deste ato- o prejuízo.

2.2.1 A Conduta Humana

Impende ressaltar, inicialmente, que "só o homem, por si ou por meio das pessoas jurídicas que forma, poderá ser civilmente responsabilizado," (STOLZE, 2017, p.83). Isto porque é indispensável a ação ou omissão humana voluntária para que se configure a responsabilidade civil, a qual, frise-se, necessita da existência do elemento volitivo na conduta para que haja a responsabilização do agente infrator.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A ação humana voluntária informará ainda qual tipo de conduta, se positiva ou negativa, ou seja, a depender do ato praticado, se comissiva ou omissiva, respectivamente.

A conduta comissiva que faz nascer a obrigação de indenizar é aquela que se dá em virtude da realização de um ato reprovado pelo ordenamento jurídico. É um comportamento positivo.

Por sua vez, a responsabilização do comportamento humano omissivo advém da ideia do dever de praticar determinado fato e que do seu descumprimento aconteça o dano (nexo de causalidade). Esse dever de agir pode derivar de convenção, da lei, ou da própria criação de alguma situação de perigo, pois criado o perigo, surge a obrigação de quem o gerou de afastá-lo. Constitui-se no deixar de agir.

Além de a responsabilidade surgir de ato próprio do agente, o Código Civil, no artigo 932, ainda reconhece a responsabilidade civil indireta, por ato de terceiro, fato do animal e da coisa. Nesta, o encargo recai sobre aquela pessoa que não atuou diretamente na prática do ato danoso. É o caso do pai que responde pelos atos dos seus filhos menores que estiverem em seu poder ou em sua companhia.

2.2.2 Dano

O dano é um dos elementos imprescindíveis para que reste configurada a responsabilidade civil; sem a sua existência não haveria o que indenizar.

Para que o prejuízo exista e seja reparável, o direito violado poderá ter natureza patrimonial ou extrapatrimonial, de uma pessoa física ou jurídica, seja certo e que subsista. Mister esclarecer que o requisito certeza diz respeito a existência do prejuízo, e não do montante devido.

Insta sublinhar o entendimento de LOPES (2001, p.256), que assevera que o dano é composto de dois elementos distintos: "1º) elemento de fato – *o prejuízo*; 2º) elemento de direito – a violação ao direito, ou seja, a *lesão jurídica*. É preciso que haja *um prejuízo decorrente de uma lesão de um direito* (grifos no original)".

Destarte, deve-se observar que não há apenas a lesão material ou moral gerada à vítima, mas também, quiçá mais importante, a lesão jurídica deflagrada pela violação ao direito.

Gize-se, que o dano poderá ser de natureza material ou moral. Segundo Stolze (2017, p.100), a diferença entre eles reside no fato de que, "o dano

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

patrimonial traduz lesão aos bens e direitos economicamente apreciáveis do seu titular", podendo ser apresentada sob o aspecto do dano emergente (é a perda efetiva) ou do lucro cessante (o que deixou de lucrar). Já o dano moral traduz-se pela lesão a bem jurídico, "cujo conteúdo não é pecuniário, mas comercialmente reduzido a dinheiro" (2017, p103).

Assim, verifica-se que a existência deste elemento objetivo, o dano, faz-se indispensável para que haja a responsabilidade civil, tendo em vista que é quem delimita o montante a ser restituído .

2.2.3 Nexo de Causalidade

O nexo causal é um dos elementos da responsabilidade civil que se reveste de maiores dificuldades na ordem prática, principalmente quando existem várias condutas, que de alguma forma, colaboraram para a produção do resultado danoso. Caracteriza-se por ser o elo de ligação entre a conduta do agente e o dano. Sua existência é indispensável para que se configure a responsabilidade.

Existem três teorias que tentam explicar o sobredito elemento. A primeira delas é a teoria da equivalência das condições, sendo a mais abrangente de todas as teorias, já que considera como causa todos os elementos que contribuam para a efetivação do evento danoso. De tal modo, "todos os fatores causais se equivalem, caso tenham relação com o resultado"(STOLZE, p. 158).

Essa teoria sofre críticas na medida em que pode levar a investigação da causa ao infinito. Dessa forma preleciona Gustavo Tepedino, citado por STOLZE que:

> [...]a inconveniência desta teoria, logo apontada, está na desmesurada ampliação, em infinita espiral de concausas, do dever de reparar, imputado a um sem-número de agentes. Afirmou-se, com fina ironia, que a fórmula tenderia a tornar cada homem responsável por todos os males que atingem a humanidade. (TEPEDINO, apud, STOLZE, 2006, p.87).

Com base nos argumentos expostos, os juristas, em especial os criminalistas, já que o Código penal, no seu art. 13 adota esta teoria, limitou as causas que seriam relevantes ao evento, afirmando que o agente que participa de forma indireta só poderá ser responsabilizado se agir com dolo ou culpa, ou seja, se houver a previsibilidade ao dano.

Nesse contexto, não basta a relação causal entre o agente e o resultado, faz-se necessário que a conduta tenha sido praticada com dolo ou culpa para que se possa falar em fato típico".

Outra teoria desenvolvida é a da causalidade adequada, a qual aduz que causa "é o antecedente, não só necessário, mas também adequado a produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento" (CAVALIERI, 2000, p.51). Deste modo, causa adequada é aquela que abstratamente é capaz de dar efetivação ao resultado.

Por fim, a teoria da causalidade direta ou imediata, a qual, Pablo Stolze (2017, p. 163) sustenta que causa é o "antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata". Segundo esta teoria cada agente responde na medida da sua conduta, a qual teve o condão de gerar o resultado.

Necessário informar que apesar das divergências jurisprudenciais, o Código civil adotou a teoria da causalidade direta ou imediata, na vertente da causalidade necessária.

2.2.4 Culpa

A culpa é um elemento peculiar, pois não é comum a todas as espécies de responsabilidade, só estando presente na teoria subjetiva.

A presença da culpa no ilícito civil era (e ainda é) o alicerce da ideia de responsabilidade consagrada no Código Civil revogado (1916), precisamente em seu artigo 159. Assim, o ordenamento jurídico pátrio se baseava na teoria subjetivista, todavia sem afastar a responsabilidade fundada no risco, disposta apenas em leis especiais.

Acontece que, o Novo Código Civil (2002), aclamou expressamente, em seu artigo 927, § único, a responsabilidade objetiva, colocando-a ao lado da subjetiva (forma híbrida), culminando na perda da importância de outrora do aludido elemento.

Por sua vez, para que reste configurada a presença da culpa em sentido amplo, faz-se necessário a presença de três elementos: voluntariedade do comportamento do agente, previsibilidade e violação de um dever de cuidado

A culpa em sentido amplo divide-se ainda em dolo ou em culpa em sentido estrito. Esta última deve se apresentar sobre a forma de negligência- omissão ao dever de cuidado; imprudência- quando o agente pratica atos que violem as regras básicas de segurança; ou imperícia- que configura-se pela ausência de aptidão ou habilidade técnica para prática de alguma atividade específica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, a culpa *stricto senso*, apresenta-se por ser um comportamento voluntário com resultado involuntário. Mais a mais, o agente quer a conduta omissiva e comissiva, todavia não deseja o efeito danoso.

Ademais, a aferição da gravidade da culpa, constante no artigo 944 do Código Civil, torna-se importante apenas para fixação do *quantum* devido pelo dano moral, porquanto o dano material é o resultado de tudo aquilo que o lesado deixou de lucrar e do que efetivamente perdeu, independente do grau da culpa.

Por oportuno, ressalte-se que, a graduação da culpa não é aplicada no que concerne a responsabilidade objetiva, tendo em vista que nem mesmo é perquirida.

A culpa, ainda, poderá ser contratual ou extracontratual, a depender do dever jurídico violado. Dessa forma, infringindo cláusula estabelecida em contrato, estar-se-á diante da primeira hipótese. Enquanto que se a afronta for à lei, a culpa será extracontratual. A culpa ainda pode ser *in contraendo*, sendo aquela que incide o agente na fase anterior à elaboração de um contrato.

Depreende-se, pois, que a culpa poderá ocorrer anteriormente a elaboração do pacto, em sua decorrência, ou, ainda, exterior a ele.

2.3 Espécies de Responsabilidade

2.3.1 Responsabilidade Contratual e Extracontratual

O fato que distingue as duas espécies de responsabilidade é a análise da existência ou não de vínculo jurídico, devendo ser apreciado se o preceito agredido advém do campo contratual ou extracontratual.

No tocante a responsabilidade contratual, seu pressuposto é a existência de um contrato válido, acabado entre as partes. Esta espécie está sujeita a lei, ao dano e a relação de causalidade entre ambos.

No mais, a obrigação pactuada no contrato deve ser devidamente respeitada, sob pena de o inadimplente responder pela execução patrimonial. De tal modo, assevera Diniz (2006, pág. 251) que, "o devedor está obrigado a efetuar prestação devida de modo completo, no tempo e lugar determinados no negócio jurídico, assistindo ao credor o direito de exigir seu cumprimento na forma convencionada". Não sendo possível o cumprimento, a indenização o substituirá, ocasionando ao devedor a responsabilidade pelas perdas e danos causados a outra parte do contrato.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Quando o dano resulta de descumprimento contratual não há muita dificuldade na demonstração da culpa do agente agressor, na medida em que esta é presumida, invertendo-se o ônus da prova. A dificuldade maior existirá quando a afronta for a preceito extracontratual, porquanto o ônus de provar a culpa do agente infrator é da vítima, inexistindo presunção.

Necessário esclarecer ainda, que a presunção de culpa não está presente sempre que houver inadimplemento contratual, segundo magistério de Sérgio Cavalieri Filho:

> [...]essa presunção de culpa não resulta do simples fato de estarmos em sede de responsabilidade contratual. O que é decisivo é o tipo de obrigação assumida no contrato. Se o contratante assumiu a obrigação de alcançar um determinado resultado e não conseguiu, haverá culpa presumida, ou, se em alguns casos, até responsabilidade objetiva; se a obrigação assumida no contrato foi de meio, a responsabilidade, embora contratual, será fundada na culpa provada[...] (2000, p.198).

Ademais, tanto a responsabilidade contratual, quanto a extracontratual, gerará o dever de indenizar, interferindo apenas no que concerne ao ônus da prova.

2.3.2 Responsabilidade Subjetiva

Mister para configuração da responsabilidade subjetiva a existência de ato doloso ou culposo capaz de gerar prejuízo a outrem. Deste modo, o ressarcimento do prejuízo não pode estar assegurado em um fato qualquer do homem, mas tão-somente naquele fundado no comportamento culposo do agente.

Encontra-se esculpida no art. 186 do CC/02, o qual dispõe sobre a obrigação de indenizar daquele que pratica ato ilícito causador de dano. A ilicitude, portanto, conjugada com a culpa, é fato gerador da responsabilidade subjetiva.

De tal modo, existindo o fato gerador, a vítima poderá pleitear o ressarcimento, entretanto deverá provar a culpa do agente, pois cabe ao autor tal ônus, por ser fato constitutivo à sua pretensão ressarcitória. Saliente-se que cada pessoa responde na medida de sua culpa.

A responsabilidade do agente, por sua vez, terá caráter individual, podendo, ainda, ser direta ou indireta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste diapasão, a configuração desta espécie de responsabilidade, traduz-se pela conduta culposa do agente que foi suficientemente capaz de gerar danos à vítima.

2.3.3 Responsabilidade objetiva

Em que pese o código civil de 1916 ter adotado a teoria subjetiva, legislações esparsas já contemplavam a responsabilidade objetiva, a exemplo do decreto nº 2.681, de 1912, que aduz a respeito da responsabilidade civil das estradas de ferro, em razão do risco da atividade exercida.

O código civil de 2002 trouxe uma nova concepção, contemplando no seu corpo, precisamente no art. 927 a responsabilidade objetiva, a qual prescinde da noção de culpa, fazendo-se necessário apenas o elo de causalidade entre a conduta e o dano.

Impende ressaltar que a sobredita espécie de responsabilidade está diretamente vinculada a ideia de atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano. No entanto, "é preciso deixar bem claro que o perigo deve resultar do exercício da atividade e não do comportamento do agente" (DINIZ, 2006, pág. 56). E mais, independe o fato da atividade exercida ser lícita ou não, desde que seja potencialmente danosa.

A teoria objetiva nasceu, portanto, para garantir que àqueles que praticam dano não fiquem impunes, haja vista a dificuldade da vítima em demonstrar a culpa.

Percebe-se que, no ordenamento jurídico pátrio, há a consagração da responsabilidade fundada na culpa e de outro lado, a instituída por força de lei ou pelo exercício de atividade de risco.

2.3.4 Responsabilidade subsidiária e solidária

Necessário a verificação da aplicação da responsabilidade no que concerne a existência de vários sujeitos em uma relação. Neste azo, surge a responsabilidade solidária e a subsidiária.

A solidariedade pressupõe a existência de múltiplos sujeitos, ativo e ou passivo. Ela visa reforçar o vínculo, facilitando o cumprimento da obrigação.

Outrossim, a solidariedade terá como características, uma causa comum da obrigação- unidade de causa; uma unidade de prestação, isto é, o crédito ou débito é único; e uma multiplicidade de credores e ou devedores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por conseguinte, além do vínculo entre credor e devedor, existe uma relação entre os corresponsáveis. De tal modo, o credor poderá exigir a quitação de qualquer devedor, extinguindo-se o vínculo entre eles neste momento. Contudo, o devedor que saldou a dívida poderá reaver dos demais a quota-parte de cada um na obrigação.

Impende ressaltar ainda, que a solidariedade não se presume, devendo ser preexistente num contrato ou na lei. Deve ser expressa, pois é exceção. Assim o art. 265, do Código Civil, *in literis*:

> C/C/02, art. 265. A solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes.

Por outro lado, tem-se a responsabilidade subsidiária, que apresenta aspectos semelhantes e distintos da responsabilidade solidária.

Destarte, a subsidiariedade refere-se ao termo secundário, é o que serve de subsídio a uma obrigação dita principal. Esta espécie de responsabilidade verifica-se quando o devedor não puder cumprir com a obrigação assumida, fazendo surgir, então, a figura do responsável, que vem, para reforçar a responsabilidade principal.

Percebe-se, pois, que o responsável não possui o débito, apenas obriga-se a ele.

Há, então, uma hierarquia, ou seja, primeiramente busca-se o patrimônio do devedor para solver a obrigação, e não sendo este suficiente, aplicar-se-á a responsabilidade subsidiária.

Por derradeiro, a responsabilidade solidária advém justamente do inadimplemento de uma obrigação, pressupondo a existência de mais de um sujeito para satisfazer o dano causado, podendo a vítima demandar de qualquer dos agressores que, por força de lei ou de contrato, tem obrigação de reparar o prejuízo. Na subsidiariedade, por sua vez, mesmo havendo multiplicidade de sujeitos, há um benefício de ordem, pois o patrimônio do responsável, gize-se, serve, tão somente, para reforçar, dar uma garantia à obrigação. Existe, nesta hipótese, a possibilidade em responsabilizar sujeito que não deu causa direta ao dano.

2.4 Responsabilidade do Médico

A profissão médica, devido à forma peculiar em que o profissional desta área atua- com potencialidade de dano-, acarreta inúmeras consequências ao mundo jurídico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A má administração das técnicas necessárias na prevenção, no tratamento e na cura de certa enfermidade, poderá agredir direito fundamental da pessoa, retirando-lhe o bem maior, a vida.

Desta forma, é imperiosa a aferição da responsabilidade civil relacionando-a com a atividade profissional, que, por sua vez, é compreendida como o conjunto de atos praticados por determinado sujeito, vinculados ao exercício de um ofício, uma profissão.

Destarte, a atuação profissional consubstancia-se em uma relação que pressupõe a existência de um negócio jurídico bilateral. Infere-se, desta maneira, que a referida atividade encontra-se no âmbito da responsabilidade contratual. Isto porque o vínculo estabelecido entre médico e paciente, decorre de um contrato escrito ou verbal.

Neste contexto, existindo violação do pacto estabelecido entre as partes contraentes, haverá responsabilidade.

Tem-se ainda, por via de exceção, a possibilidade de incorrer a responsabilidade extracontratual, que engloba o dever do médico em prestar assistência em casos de urgência, envolvendo, nesta hipótese, a ética médica. Assim, havendo dano, ter-se-á a obrigação em repará-lo.

Ocorrerá ainda a incidência da responsabilidade sobredita, na ocasião em que o prejuízo gerado decorrer da atuação profissional que agredir normas regulamentares de seu ofício, por exemplo.

Sobre o tema, Maria Helena Diniz:

> Não se pode olvidar que há, sem dúvida, certas profissões dotadas de função social, daí serem obrigações legais, de modo que o profissional responderá por elas tanto quanto pelas obrigações assumidas contratualmente. São hipóteses em que coincidem as duas responsabilidades – a contratual e a extracontratual-, e o profissional deverá observar as normas reguladores de seu oficio, umas vezes por força de contrato e outras, em virtude de lei. Mas, como a responsabilidade extracontratual só surge na ausência de um vínculo negocial, decorre daí que, se há vínculo contratual, o inadimplemento da obrigação contratual e legal cairá, conforme o caso, na órbita da responsabilidade contratual e não delitual, ante a preponderância do elemento contratual[...](2006, p.243).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Percebe-se que, a responsabilidade extracontratual provém do descumprimento de preceito legal, na medida em que a contratual advém do inadimplemento de cláusulas contratuais, sendo a mais comum.

Ressalte-se ainda, que a responsabilidade civil do profissional liberal tem natureza subjetiva. De tal modo, o artigo 14, § 4º, da lei 8.078/90 estabelece:

> CDC/90, art. 14. [...]
>
> § 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Divergência surge, consoante o já mencionado Stolze, com o advento do Código Civil de 2002, porquanto aduz que aqueles que praticam atividade de risco (aqui se encontra a atividade médica), serão atingidos pela responsabilidade objetiva.

No entanto, não obstante o Código Civil ser lei nova, aplicar-se-á, naquela hipótese, o Código de defesa do consumidor, tendo por base o princípio da especialidade. Sendo assim, a responsabilidade dos profissionais liberais permanece de natureza subjetiva.

Além disso, a Lei Civil, em seu artigo 951, consagra a responsabilidade subjetiva, no momento em que afirma que a indenização só é devida no instante em que o profissional agir com negligência, imprudência ou imperícia, *in verbis*:

> CC/02, art 951. o disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Ademais, para que haja a delimitação da responsabilidade, necessário a distinção entre obrigação de meio e de resultado.

2.4.1 Obrigação de meio e de resultado

Prima facie, necessário esclarecer em que âmbito situa-se a obrigação médica.

A obrigação contraída pelo médico corresponde a uma obrigação de fazer, em regra infungível, que pressupõe atividade do devedor, energia de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

trabalho, material ou intelectual, em favor do paciente (credor). Todavia, o caráter *intuiu personae* muitas vezes é relativizado pela urgência.

Delimitado a natureza da obrigação (de fazer), imperiosa a distinção entre as duas espécies que a compõe, pois estando no campo da responsabilidade civil subjetiva, o tipo de obrigação– de meio ou de resultado- influenciará diretamente no ônus da prova, na medida em que há possibilidade de invertê-lo.

As obrigações de meio podem ser entendidas como aquelas em que o profissional obriga-se a atuar utilizando-se dos meios adequados e necessários para obtenção do resultado, sem, no entanto, garanti-lo. O objeto do contrato é a própria atividade do devedor.

Observe-se que, em regra, as obrigações dos médicos são de meio, devido a imprevisibilidade em alcançar o resultado. Nestas hipóteses, o fim não poderá ser o objetivo maior.

Em sentido contrário, tem-se a obrigação de resultado, sendo que nesta o devedor, além de utilizar os meios adequados, deverá atingir o resultado esperado, sob pena de não o alcançando responsabilizar-se por perdas e danos. Assim, a cirurgia plástica estética propriamente dita, é, via de regra, de resultado, pois o paciente além de almejar a correção das imperfeições, deseja que o efeito seja o esperado.

Ademais, no campo das obrigações do médico, tem-se, ainda, que, uma obrigação de meio poderá transformar-se em de resultado, desde que seja estabelecido no contrato.

No que concerne ao ônus da prova, imperioso se faz maiores esclarecimentos. Isto porque, frise-se, a depender da obrigação, o ônus de provar o descumprimento poderá ser invertido.

Assim sendo, nas obrigações de resultado, haverá, notadamente, uma presunção de culpa, porquanto que, se a finalidade para a qual o profissional obrigou-se a alcançar não foi a esperada, incidirá a responsabilidade, sem maiores dificuldades. Inverte-se, pois, o ônus da prova.

No entanto, quando a obrigação avençada for de meio, o credor (paciente) deverá provar que o devedor (médico) não atuou dentro das regras técnicas, prudência e diligência normais.

2.4.2 Erro Médico

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As ciências da vida, como soe ser a medicina, são verdadeiras artes. A criação de meios para a obtenção de cura de enfermidades é desenvolvida ao longo dos anos, por diferentes culturas, cada uma com suas técnicas e crenças, mas sempre com o desejo em restituir a saúde, possibilitando melhor qualidade de vida até o momento da morte.

Em vista disso, a medicina tornou-se uma ciência de suma importância na vida em sociedade, pois, por diversas vezes, é nos profissionais desta área que creditamos a cura, a vida!

De fato, a atuação desse ofício merece relevo, porquanto o seu exercício é interpretado como uma verdadeira missão de curar. Quando esta não é alcançada o médico é execrado pela sociedade, e, por vezes, o elemento culpa nem fora encontrado.

Neste toar, uma falha cometida pelo médico, gera a possibilidade de reparação, sendo que a culpa torna-se elemento indispensável para que essa exista.

Neste sentido assevera Fabrício Matielo:

> Diagnóstico equivocado, exceto quando resultante de culpa grosseira ou leviandade não poderá ser argumento suficiente para condenar o médico a indenizar, porque se constitui em procedimento onde prevalecem dados que frequentemente mascaram outra realidade que não aquela verificável de imediato. Às vezes o próprio paciente fornece dados distorcidos, ou oculta informações importantes, induzindo em erro o profissional (2001, p. 104)

Assim, o diagnóstico equivocado isoladamente, é considerado como erro profissional ou técnico, não ensejando reparação. Na medida em que erro médico seria justamente a falha praticada pelo médico quando do exercício de seu ofício, em combinação com a existência da culpa.

Importante salientar, que o erro de diagnóstico não pode ser grosseiro, mas sim aquele que poderia ter sido praticado por qualquer profissional cauteloso.

Vale dizer ainda, nas palavras de STOLZE (2017, p. 311) que a "prova do elemento anímico (culpa) é tão importante quanto a da conduta humana equivocada, no que diz respeito aos deveres gerais como cidadão e aos específicos da atividade profissional".

A propósito, bastante elucidativas as palavras de Maria Helena Diniz:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> [...]a responsabilidade civil do médico somente decorre de culpa provada, constituindo uma espécie particular de culpa. Não resultando provadas a imprudência ou imperícia ou negligência, nem o erro grosseiro, fica afastada a responsabilidade dos doutores em medicina, em virtude mesmo da presunção de capacidade constituída pelo diploma obtido após as provas regulamentares (TJRJ, ADCOAS, 1982, n. 81019)". (2006, p. 257).

Depreende-se, então, que existindo erro médico, haverá a responsabilidade do agente infrator. Outrossim, deve-se atentar ao fato de que a prova da culpa é indispensável, salvo nas hipóteses da obrigação ser de resultado, já que haverá inversão do ônus da prova.

3 Relação entre Paciente, Médico e Operadora de Plano de Saúde e Suas Consequências

A atuação do profissional que exerce a medicina possui vertentes variadas, na medida em que envolve diferentes relações.

Na ocasião em que o médico é vinculado a um plano de saúde, há uma relação jurídica entre eles. Quando desempenha suas funções, prestando serviços, cria-se uma outra relação, agora entre o médico e o paciente. Outro vínculo surge quando o usuário-consumidor é beneficiário de assistência privada à saúde, possuindo nesta três sujeitos.

Impende ressaltar, inicialmente, a relação entre paciente e médico. Nesta, tem-se o estabelecimento de um vínculo obrigacional, cuja prestação do médico é atender o enfermo utilizando-se das melhores técnicas, e por vezes, sendo obrigado a atingir determinado resultado. Em contrapartida, o paciente possui obrigação em realizar o pagamento pelos serviços prestados. Há entre eles, portanto, uma relação contratual.

Por conseguinte, quando existe uma terceira pessoa na relação, isto é, uma empresa de assistência privada à saúde, surge outros dois vínculos: entre a empresa e o médico, e entre essa e o beneficiário.

Em ambos os casos têm-se a criação de um contrato.

A relação estabelecida entre o médico e a operadora verifica-se por ser aquele prestador de serviços, mantendo não uma relação empregatícia com essa última, mas sim, sendo credenciados ou conveniados a ela. As empresas que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

operam os planos de saúde devem, então, atender com serviços próprios ou de terceiros.

Consoante Fernada Schaefer:

> A relação existente entre plano privado de assistência à saúde e o médico, em regra, não é de preposição, não sendo o médico empregado, mas prestador de serviços autônomo que a operadora contrata para atender a convênios que firme com o objetivo de lucro[...](2006, p.17).

Por derradeiro, tem-se o vínculo entre o beneficiário e as aludidas empresas. Aqui, a relação é eminentemente contratual, não se presume um vínculo. Ou existe um contrato, ou não há relação entre eles.

O paciente, pois, contrata com o plano ou seguro de saúde para ser favorecido por seus serviços, mediante o pagamento de uma contraprestação. A existência desse vínculo é, sobremaneira, mais importante do que a relação criada pelo médico e paciente, porquanto os serviços daquele só são prestados em razão do contrato anteriormente firmado com a empresa.

3.1 Relação contratual à luz do Código de Defesa do Consumidor

3.1.1 Evolução Histórica

As garantias do consumidor evoluíram gradativamente no Brasil. Os movimentos sociais, tais como os ocorridos nas décadas de 30 de 50, foram imprescindíveis para que em momento posterior fosse constitucionalizada a proteção àquele.

Dessa forma, com o objetivo de atender a anseios populares, nasce a Carta de Outubro, que dentre tantas razões de sua essência, uma em especial demonstra a preocupação do constituinte em equilibrar e proteger as relações consumeiristas. Vislumbra-se esta preocupação no art. 48 da ADCT, que reza sobre a imprescindibilidade do CDC.

Neste contexto surge o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, que nasceu diante da necessidade eminente de proteger o consumidor, sujeito vulnerável do vínculo jurídico que estabelece com o fornecedor. Veio, portanto, para dar efetividade aos direitos disciplinados na Carta Magna, como soe ser a dignidade da pessoa humana perante o mercado de consumo. Surgiu como exigência da própria sociedade de consumo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O advento do multicitado Código trouxe ainda, em seu bojo, uma nova concepção à teoria geral dos contratos. A obrigatoriedade das convenções deixou de ser a máxima do direito obrigacional. O contrato passou a ter o dever de alcançar a sua função social e a boa-fé objetiva, devido a nova ordem que se instaurou no ordenamento jurídico.

Destarte, o direito à saúde mereceu tutela especial, que veio a lume com a Lei 9.656/98, a qual regulou as relações contratuais entre as operadoras de assistência privada e os beneficiários.

A sobredita lei deverá ser aplicada em consonância com o CDC, pois ambos protegem relações contratuais, que têm por objeto bens indisponíveis, bem assim os contratos de prestação de serviços à saúde.

3.1.2 Consumidor e Prestador de Serviço

É de bom alvitre esclarecer o conceito de consumidor e fornecedor, tendo em vista que o CDC cuida apenas das relações em que estes figuram como sujeitos.

A lei 8.078/90 conceitua consumidor no seu art. 2º, aduzindo que seria aquela pessoa que utiliza o serviço ou produto como destinatário final.

Com efeito, existem duas teorias que definem Consumidor: a finalista e a maximalista.

Os finalistas propõem que se interprete a expressão destinatário final do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC. Essa interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire um produto para uso próprio e de sua família.

Em relação aos maximalistas as normas do CDC gera o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente consumidor-não-profissional.

A teoria maximalista sugere uma interpretação literal do art. 2º do CDC, tendo como resultado uma ampliação do conceito. A teoria finalista, por sua vez, realiza uma exegese sistemática e teleológica, cujo resultado é a restrição do conceito da norma. Entende-se, pois, que a teoria que amplia o conceito é a mais correta, em razão da conjugação daquele artigo com o inciso I do art. 4º, que versa sobre o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De fato, o consumidor só será assim considerado se a aquisição do produto ou serviço ocorrer por intermédio de um fornecedor, que é o outro protagonista da relação de consumo.

O fornecedor é definido no art. 3º do CDC, vejamos:

> Lei.9.078/90. Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Entrevê-se que fornecedores são aqueles que ofertam bens e serviços no mercado de consumo, exercendo esse atributo com habitualidade.

O fornecedor ainda poderá ser direto ou imediato e direto ou mediato. O primeiro refere-se aquele que participou de alguma forma da produção do bem ou da prestação do serviço. Enquanto que fornecedor indireto é o sujeito que constituiu a relação de consumo. Percebe-se, assim, que a operadora enquadra-se no conceito de fornecedora indireta, enquanto que o médico credenciado ou conveniado é fornecedor direto.

Merece relevo a possibilidade de responsabilizar tanto o fornecedor direto, quanto o indireto, em decorrência dos acidentes de consumo (danos ocasionados pelo fato do serviço). Via de rega, a escolha de quem será demandado cabe ao consumidor, sendo resguardado aos fornecedores o direito de regresso.

Depreende-se do exposto que as operadoras de plano de saúde são consideradas como fornecedoras de serviços (atividade profissional relacionada à prestação de serviços ligados à saúde) na ocasião em que, seus beneficiários, são consumidores.

3.2 Formas de contratação das operadoras de plano de saúde

Hodiernamente, os contratos deixaram de ser um fim em si mesmo, cabendo ao Estado, devido à nova ordem social, intervir nessas relações. Criam-se normas cogentes, para que o escopo social seja alcançado também na seara contratual.

O fenômeno da socialização do direito foi, portanto, imprescindível. As relações humanas, a partir daí, passaram a ser interpretadas sob um plano social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No seu particular, a massificação das relações contratuais trouxe uma maior necessidade dessa intervenção. Os consumidores, a quem são impostos os contratos de plano de saúde, tornaram-se figuras sem poder de ingerência nas cláusulas estabelecidas no pacto. A criação do código de defesa do consumidor foi eminente sob esta ótica.

Em razão desse desequilíbrio material, posteriormente a edição do CDC, veio a lume a lei 9.656 de 1998, que regula os planos de assistência privada à saúde, nascendo justamente com o objetivo de dar maior proteção ao hipossuficiente dessa espécie de relação consumerista.

Para tanto, surgiram as chamadas cláusulas obrigatórias, cuja inexistência acarreta nulidade contratual. Assim reza o art. 16 da precitada lei:

> Lei. 9.656/98. Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:
>
> I - as condições de admissão;
>
> II - o início da vigência;
>
> III - os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames;
>
> IV - as faixas etárias e os percentuais a que alude o *caput* do art. 15;
>
> V - as condições de perda da qualidade de beneficiário;
>
> VI - os eventos cobertos e excluídos;
>
> VII - o regime, ou tipo de contratação:
>
> a) individual ou familiar;
>
> b) coletivo empresarial; ou
>
> c) coletivo por adesão;
>
> VIII - a franquia, os limites financeiros ou o percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> IX - os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária;
>
> X - a área geográfica de abrangência;
>
> XI - os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias.
>
> XII- número de registro na ANS
>
> Parágrafo único: A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.

No entanto, apesar da proteção legal ofertada ao consumidor, na prática, essas normas não são respeitadas pelas empresas, tendo em vista que os contratos, via de regra, não as inserem ou as tornam sem eficácia plena.

Além disso, é importante destacar que os contratos de assistência privada têm como principais características à reciprocidade das prestações, bem assim a bilateralidade.

São, pois, contratos de massa, de adesão, aleatórios, cuja execução se protrai no tempo.

O contrato de plano de saúde é aleatório porque tem por objeto o risco. O Contrato é perfeito, entretanto, está vinculado a um evento futuro e incerto. Ensina Caio Mário Pereira que contratos aleatórios são aqueles

> [...]em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estima prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte. Além disto, ficam dependentes de um acontecimento incerto.[...] Se é certo que em todo contrato há um risco, pode-se contudo dizer que no contrato aleatório este é de sua essência, pois que o ganho ou a perda conseqüente está na dependência de um acontecimento incerto para ambos os contratantes. O risco de perder ou ganhar pode ser de um ou de ambos; mas a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> incerteza do evento tem de ser dos contratantes, sob pena de não subsistir a obrigação. (1997, p. 40).

A aleatoriedade é uma das principais formas em que se apresenta o contrato de plano de saúde, porquanto o assistido não poderá alegar lesão na hipótese de não utilizar os serviços.

Neste diapasão, comumente, o contrato de adesão é o meio pelo qual é estabelecido o vínculo entre a assistência privada e o beneficiário. Isso porque é a forma mais célere e segura para o fornecedor. Enquanto que, para o consumidor, é a mais perigosa, pois cabe a ele apenas a tarefa de aderir às cláusulas pré-dispostas unilateralmente. "Assim, o contratante já recebe a relação contratual toda pronta e regulamentada, e limita-se a aceitá-la conforme o apresentado[...]"(SHAEFER, op. Cit. P. 57).

Vale dizer, ainda, que os contratos de assistência privada são de trato sucessivo, cuja execução é de longa duração.

Dessa forma, devido à continuidade do contrato, o consumidor absorve a ideia de segurança, mantendo a relação de dependência por anos. Ademais, por ser um contrato cativo, o beneficiário tem a falsa segurança de saúde garantida para o futuro. O adimplemento das prestações as quais se obrigou, faz nascer à certeza de que os serviços serão prestados a contento, tendo sua saúde assegurada por longos períodos.

Por derradeiro, as formas contratuais em que se apresentam os contratos de plano de saúde devem ser aplicadas de maneira tal que ao consumidor sejam garantidos seus direitos.

3.3 Sistemas de assistência privada à saúde

Imperioso destacar o significado do termo saúde. Sérgio Ximenes (2000, p. 844), define saúde como o "estado do indivíduo cujas funções orgânicas, físicas e mentais estão em condições normais".

Vale dizer que a saúde é um direito fundamental da pessoa humana, relacionando-se à prevenção e cura de enfermidades, bem como ao meio ambiente e a qualidade de vida.

A propósito Schwartz:

> [...]a saúde, para efeitos de aplicação do art. 196 da CF/88, pode ser conceituada como: um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar. (2001, p. 43).

A saúde, pois, é um direito público subjetivo assegurado na Carta Magna, que deve, preferencialmente, ser prestada pelo Estado. Dispõe o art. 196:

> CF/88, art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

No entanto, os custos são elevados na manutenção da saúde pública. A universalidade da cobertura é um ideal que nem sempre é atingido.

Neste ínterim, a Lei das leis, em seu artigo 199, autorizou a criação da assistência privada à saúde, devido à impossibilidade de efetivação desse direito pelo poder público a toda população.

Sobre o tema, doutrina Schaefer (2006, p. 27) que "não sendo o sistema público capaz de atender integralmente aos seus preceitos constitucionais, como acesso universal e atendimento adequado, fez-se necessária e urgente a harmonização deste com o sistema privado".

O sistema privado de saúde, portanto, deve ser entendido como um complemento ao sistema público, já que este ainda é a alternativa para a grande maioria da população brasileira.

Contudo, em razão do descaso do poder público com o Sistema Único de Saúde, a população é levada a contratar os serviços prestados pelas empresas privadas, porquanto o "sistema privado não convive com a escassez de recursos" (Op.cit; p.33).

Com base nessa migração para a previdência privada é que surgiu em 1998 a Lei 9.656, que veio regular os planos e seguros de assistência à saúde, visando, primordialmente, corrigir o desequilíbrio econômico causado por essas empresas. Em seu bojo encontra-se o art. 1º, e art. 8º, *in verbis*:

> Lei. 9.656/98. Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

seguros privados de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade.

Art. 8º Para obter a autorização de funcionamento a que alude o inciso I do art. 5º, as operadoras de planos privados de assistência à saúde devem satisfazer as seguintes exigências:

I - registro nos Conselhos Regionais de Medicina e Odontologia, conforme o caso, em cumprimento ao disposto no art. 1° da Lei nº 6.839, de 30 de outubro de 1980;

II - descrição pormenorizada dos serviços de saúde próprios oferecidos e daqueles a serem prestados por terceiros;

III - descrição de suas instalações e equipamentos destinados a prestação de serviços;

IV - especificação dos recursos humanos qualificados e habilitados, com responsabilidade técnica de acordo com as leis que regem a matéria;

V - demonstração da capacidade de atendimento em razão dos serviços a serem prestados;

VI - demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos, respeitadas as peculiaridades operacionais de cada uma das respectivas operadoras;

VII - especificação da área geográfica coberta pelo plano privado de assistência à saúde.

Pelo exposto infere-se que o art. 8º elencou os requisitos para efetivar a proteção do usuário consumidor, não obstando a defesa destes pelo Código de Defesa do Consumidor. O amparo aos contratantes destes serviços deve ser demasiado, pois a autonomia de vontade desses sujeitos encontra-se mitigada, mormente pelo fato dos contratos serem, via de regra, de adesão.

3.3.1 Seguro-saúde e Plano de Saúde

O sistema privado de saúde pode ser organizado sob diferentes formas, tais como o seguro e o plano de saúde.

Dispõe o art. 1º, I da lei 9.656/98:

> Lei. 9.656/98. Art. 1º Submetem-se às disposições desta Lei as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade, adotando-se, para fins de aplicação das normas aqui estabelecidas, as seguintes definições:
>
> I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

Especificamente aos seguros de saúde, o advento da lei 9.656/98 trouxe modificações significativas, uma vez que, coibiu que os mais diversos abusos fossem praticados, a exemplo da supressão da cobertura de doenças que as seguradoras considerassem muito dispendiosas, exclusão esta autorizada pelo Decreto-Lei 73/66.

Os seguros-saúde podem ser conceituados no âmbito das obrigações de dar, já que ao segurado é afiançado o reembolso das despesas realizadas com o tratamento de saúde, cujo montante a ser restituído é predeterminado no contrato. Ao segurado, ainda, é garantida a livre escolha do profissional que prestará os serviços, sendo facultada às seguradoras a apresentação de listas referenciais.

Observe-se que, o que caracteriza essa espécie de seguro é o fato da livre escolha dos prestadores de serviços, podendo, todavia, possuir listas referenciais, como anteriormente afirmado. O que não se permite, sob pena de descaracterizar esse contrato, é obstar o pagamento da indenização sob a alegação de que o atendimento não foi prestado por médicos não constantes naquela lista. Gize-se que, em regra, não existe vínculo contratual entre o prestador de serviço e a seguradora.

Além de ser regido pela supracitada Lei, o art. 757 do Código Civil, traz em seu bojo o instituto, *in literis*:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> CC/02. Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.
>
> Parágrafo único**.** Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

Depreende-se, então, que o seguro-saúde possui peculiaridades que o diferencia dos demais seguros, em razão de seu objeto ser indisponível e indivisível, como soem ser a vida, a saúde e a integridade física. Visa proteger os riscos gerados pelas enfermidades, mediante o pagamento de um prêmio.

Destarte, o contrato de seguro, consubstancia-se justamente no pagamento de uma indenização, em virtude da efetivação dos riscos objeto do contrato.

No tocante aos planos de saúde, maiores esclarecimentos se fazem necessários.

O seu conceito é trazido à baila nas lições de Fernandes Neto, que afirma que os de planos de saúde

> [...]são instrumentos de política econômica adotados para prover o direito a saúde[...]são pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade de forma societária, que se dedicam a captar e administrar recursos necessários ao custeio de atividades de assistência à saúde do consumidor, prestando-as diretamente ou por terceiro. (2002, p.50).

Desta feita, os planos de saúde compreendem-se nas obrigações de fazer, tendo em vista que a prestação pecuniária pressupõe o fornecimento futuro de serviços médico-hospitalares.

Além disso, as empresas que atuam nesse ramo devem possuir uma rede própria, conveniada ou credenciada, podendo, excepcionalmente oferecer o reembolso das despesas realizadas pelo contratante com o atendimento. As listas de profissionais, portanto, são vinculativas, isto é, o assistido pelo plano só poderá ser beneficiado pelos serviços prestados por aqueles profissionais que nela constam.

Lecionando sobre o assunto, a já citada Schaefer assegura:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Os planos e seguros de saúde poderão ser oferecidos segundo contratação individual ou familiar (é o regime mais comum); coletiva ou empresarial (sempre vinculado a uma pessoa jurídica) ou coletiva por adesão (oferecido por pessoa jurídica a um grupo de pessoas que têm liberdade de aderir ou não).
>
> Os planos e seguros-saúde podem operar segundo três modalidades de sistema:
>
> a. aberto: o contratante tem livre escolha dos serviços e prestadores, mediante o reembolso das despesas. É a modalidade mais utilizada pelas seguradoras;
>
> b. fechado: a empresa possui um médico de cabeceira que encaminha o segurado, após avaliação clínica, aos serviços especializados. É pouco utilizado porque muito burocrático, mas na prática pode ser observado em alguns sistemas de saúde oferecidos a servidores públicos;
>
> c. alternativo: a empresa fornece uma lista de prestadores de serviço credenciados ou cooperados, restringindo o fornecimento do serviço. É a modalidade mais utilizada pelos planos e cooperativas, no entanto, há seguradoras que estão adotando listas referenciais, o que acaba descaracterizando a livre escolha própria dos contratos de seguro e dificultando o direito de reembolso quando o serviço escolhido não consta na lista oferecida aos segurados.(2006, p.37)

De fato, os planos de saúde possuem uma linha tênue que o diferencia dos seguros-saúde, devendo o contrato apresentar todo seu sistema de funcionamento, para que não reste dúvidas de qual espécie de assistência privada se contratou. A diferença, pois, reside na abrangência, porquanto que o objeto e a relação estabelecida entre associado e a empresa é de mesma natureza, isto é, de consumo.

Em decorrência, todos os contratos de assistência privada a saúde devem obedecer ao Código de Defesa do Consumidor, à lei 9.656/98, e, principalmente, ao princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana.

Por fim, registre-se a existência das empresas ditas de autogestão, que "correspondem a um plano de saúde criado por uma ou mais empresas para assistir seus empregados ou funcionários ativos, dependentes, aposentados, pensionistas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e até ex-empregados, que poderão ser chamados a participar financeiramente." (Op.cit. p.42).

Assim, é uma forma de assistência privada que, normalmente, possuem as empresas de grande porte..

3.4 Responsabilidade Civil das operadoras de plano de saúde em decorrência de erro médico

A preocupação com a punição do médico ganhou novos contornos nas civilizações mais modernas. A sua vinculação a um plano de saúde fez surgir a possibilidade deste não ser acionado isoladamente numa ação de indenização, ou até mesmo, não figurar como demandado, cabendo a escolha, em regra ao consumidor.

Observe-se que, a forma de responsabilização das operadoras de plano de saúde por acidente de consumo deve ser analisada com fulcro no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que se trata de relação de consumo – fornecedor e destinatário final.

Assim, o referido *Codex*, elenca duas modalidades de responsabilidade: por vício do produto ou serviço e por fato do produto ou serviço.

O vício do produto ou serviço também é chamado de vício de adequação. Ocorre quando há um vício de qualidade, quantidade ou informação, gerando dano ao consumidor que não extrapola o limite valorativo do produto ou serviço viciado.

O vício de segurança, dito vício por fato do produto ou serviço, ocorre quando houver violação a um dever de segurança. No defeito o vício extrapola a coisa, podendo ocorrer um dano patrimonial exorbitante ou extrapatrimonial.

Oportuno salientar que o erro médico consiste no vício por fato do serviço, pois é considerado como acidente de consumo. Decorre de falha grave na execução dos serviços médicos, causando danos ao paciente que merecem ser ressarcidos. Dessa forma, configurado o erro, o médico deverá indenizá-lo.

Na ocasião em que o médico que comete o erro for vinculado a um plano de saúde, há uma ampliação da legitimidade passiva das ações indenizatórias.

Neste contexto, muito se discute na jurisprudência e na doutrina a responsabilização dos hospitais e médicos por danos ocasionados por erro médico. No entanto, pouco se aventa sobre a responsabilidade solidária das operadoras por acidente de consumo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Isto posto, a Lei 8.078/90, no seu art. 7º, parágrafo único e no art. 25, §1º, expõe a regra da solidariedade passiva de todos os fornecedores envolvidos na relação de consumo. Assim, a responsabilidade é compartilhada pelo médico, pelo hospital e pela operadora de plano de saúde, por força da aplicação dessa lei na relação entre prestador de serviço à saúde e beneficiário.

Por conseguinte, com supedâneo na doutrina de Stolze, tem-se que as operadoras:

> Como titulares de uma relação jurídica, decorrente da exploração de uma atividade econômica enquadrável nas previsões tuitivas das normas disciplinadoras das relações de consumo, parece-nos que devem também responder solidariamente pelos danos causados pelos profissionais credenciados ou autorizados, no caso de erro médico.(2017, p. 315)

É cediço ainda, que a solidariedade só poderá decorrer de contrato ou de expressa previsão legal. Dessa forma, sendo a operadora prestadora de serviços, será responsabilizada pelos atos de seus representantes autônomos, de acordo com o disposto nos arts. 7º, parágrafo único e 34 do CDC.

Neste sentido caminha a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. ERRO MÉDICO. PROFISSIONAL CREDENCIADO. INDENIZAÇÃO. LEGITIMIDADE DA OPERADORA. PRECEDENTES. SÚMULAS N. 7 E 83/STJ.
>
> 1. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ).
>
> 2. Incidem as disposições do verbete n. 83 da Súmula desta Casa na hipótese de o acórdão estadual estar de acordo com o entendimento desta Corte Superior.
>
> 3. Agravo interno a que se nega provimento.
>
> (AgInt no AREsp 1434191/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 24/09/2019)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

RECURSOS ESPECIAIS. ERRO MÉDICO. CONSUMIDOR. HOSPITAL E ADMINISTRADORA DE PLANO DE SAÚDE. RESPONSABILIZAÇÃO SOLIDÁRIA.

PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE ENTRE OS INTEGRANTES DA CADEIA DE FORNECIMENTO. MÉDICOS EXTERNOS AO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL.

IMPORTÂNCIA NA AÇÃO DE REGRESSO. VALOR DA INDENIZAÇÃO.

RAZOABILIDADE.

1. Erro médico consistente em perfuração de intestino durante cirurgia de laparatomia realizada por médicos credenciados, com a utilização das instalações de hospital também credenciado à mesma administradora de plano de saúde.

2. Responsabilização solidária pelo acórdão recorrido dos réus (hospital e administradora de plano de saúde), com fundamento no princípio da solidariedade entre os fornecedores de uma mesma cadeia de fornecimento de produto ou serviço perante o consumidor, ressalvada a ação de regresso.

3. A circunstância de os médicos que realizaram a cirurgia não integrarem o corpo clínico do hospital terá relevância para eventual ação de regresso entre os fornecedores.

4. Razoabilidade do valor da indenização por danos morais fixada em 200 salários mínimos.

5. RECURSOS ESPECIAIS NÃO PROVIDOS.

(REsp 1359156/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 26/03/2015)

Destarte, é inafastável a responsabilidade solidária dos planos de saúde por falhas perpertradas pelos seus médicos credenciados ou conveniados.

Dessa forma, se há um contrato vinculando a empresa ao médico, depreende-se que houve uma verificação prévia dos profissionais contratados, na

qual a operadora emitiu seu aval de excelência do serviço. Responderá, portanto, pela má escolha de seus profissionais.

Ainda, reforçando a previsão da solidariedade, sustenta Shaefer que:

> As listas vinculativas têm papel determinante na responsabilização dos planos de saúde, pois por meio delas as operadoras obrigam o paciente-consumidor a se socorrer dos serviços e profissionais ali elencados, retirando-lhe a liberdade de escolha sob pena de não poderem usufruir a cobertura contratada.(2006. p.87).

Infere-se que, as operadoras utilizam-se de listas vinculativas, isto é, os beneficiários apenas poderão buscar os serviços prestados pelos médicos constantes nessa, limita-se, pois, a livre escolha. Em vista disso, ocorrerá a sua responsabilização.

Neste toar, é imperioso esclarecer que a responsabilidade das operadoras é objetiva, ou seja, independente da prova de culpa, pois assumem o risco proveito da prestação dos serviços à saúde.

Sendo assim, de acordo com a doutrina de José Geraldo Filomeno (2005, p. 168-169), incide essa espécie de responsabilidade devido à ocorrência de vários fatores: a vulnerabilidade do consumidor; a insuficiência da responsabilidade subjetiva, em razão da dificuldade do consumidor de realizar a prova da culpa; e mais, o fornecedor deve responder pelos serviços que coloca a disposição dos consumidores no mercado, já que lucra com a sua venda.

De tal modo, a obrigação da operadora é de resultado, tendo em vista que deverá prestar serviços médicos de alta qualidade, pois é o que se espera. Não atingindo o fornecedor esse grau de qualidade almejada nos serviços prestados (como ocorre quando há um erro médico), o contrato será considerado descumprido.

Enfim, o adimplemento do contrato pelo beneficiário, que se apresenta no pagamento das mensalidades, impõe a operadora à obrigação de garantir tratamentos adequados e a qualidade dos serviços fornecidos, porquanto que os médicos credenciados ou conveniados foram por ela escolhidos.

Entrevê-se que havendo inadimplemento da fornecedora, surge para o consumidor o direito de ser ressarcido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste diapasão, quando a escolha de quem figurará no polo passivo da ação indenizatória couber ao consumidor, a melhor alternativa é demandar em face da operadora. Isso porque a responsabilidade dessa é objetiva, na medida em que a do médico é subjetiva. Facilita-se sobremaneira, a prova do descumprimento contratual. Insta sublinhar que se o consumidor acionar ambos, poderá dificultar a marcha processual. Observe-se ainda, que à operadora é salvaguardado o direito de regresso contra o médico que praticou o ato danoso, todavia deverá provar a culpa deste.

Além disso, saliente-se que as cláusulas limitativas ou exoneretivas de responsabilidade, comumente conhecidas como cláusula de não-indenizar, são, em regra, consideradas abusivas. O acerto da argumentação expõe-se no fato de que, quando são inseridas no contrato de consumo, geram desequilíbrio entre as partes, na medida em que causa excessiva vantagem ao contratado.

De fato, mesmo as operadoras sabendo desta proibição, da configuração da abusividade, continuam a inserir estas cláusulas nos seus contratos de adesão. Ora, como se não bastasse a mitigação da autonomia de vontade nesta espécie contratual, as citadas empresas, ainda induzem os consumidores à conclusão de que não possuem direitos ao ressarcimento por danos causados pela má prestação dos serviços contratados. É, pois, nula de pleno direito à inclusão dessas cláusulas.

Ressalte-se, por fim, que não haverá responsabilidade somente quando houver algumas das causas excludentes, que se encontram previstas no art 14, §3º do CDC e as constantes na legislação Civil.

Assim, não haverá responsabilidade quando não houver defeito; a culpa for exclusiva do consumidor; culpa exclusiva de terceiro que seja suficientemente capaz de afastar o nexo causal; caso fortuito e força maior; legítima defesa; estado de necessidade; exercício regular de direito e cumprimento do dever legal. Vale dizer ainda que deverão ser apresentas pelo fornecedor, pois é seu o ônus de provar fato extintivo do direito do Autor.

Por derradeiro, questão que merece ser ventilada, é o prazo prescricional para o exercício do direito de ação de indenização por acidente de consumo resultante de erro médico. Deste modo, o CDC reza que é de cinco anos o prazo, devendo ser este aplicado, em sobreposição ao Código Civil que estabelece ser de três anos, uma vez que, trata-se à hipótese de relação de consumo.

Em suma, percebe-se que quando o médico possuir vínculo jurídico com um plano de saúde, haverá a possibilidade de demandar ambos em uma ação de reparação civil, cabendo, em regra, ao consumidor o livre arbítrio de quem figurará no polo passivo da lide. Assim, as operadoras são responsáveis pelos seus médicos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

credenciados ou conveniados, pois não dão margem a livre escolha dos profissionais pelos consumidores, em razão das suas listas vinculativas.

Dessa forma, a empresa que se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica, é responsável pelos serviços que estes oferecem.

4 CONCLUSÃO

A Carta de Outubro introduziu no Brasil a ideia de saúde como direito público subjetivo, sendo-lhe garantida a gratuidade e o acesso universal, facultando a implementação pela assistência privada à saúde, desde que de forma complementar ao Sistema Único de Saúde.

O Estado estabeleceu normas cogentes a serem observadas pelo sistema de assistência privada à saúde, visando à promoção, proteção e a recuperação da saúde. Assim, os contratos de plano de saúde têm como objeto bens indisponíveis, devendo o Estado ofertar meios para garantia desses direitos.

Neste contexto, surgiu o Direito do Consumidor, cujo objetivo foi quebrar o paradigma liberal da força obrigatória das convenções, protegendo os consumidores por meios de normas de ordem pública e princípios a serem obedecidos pelos contraentes.

O legislador brasileiro, sabendo que os consumidores da assistência privada à saúde necessitavam de uma maior proteção, elaborou a lei 9.656/98, que regulamentou os contratos de planos e seguros de saúde, efetivando um preceito constitucional e reconhecendo a vulnerabilidade desses consumidores.

Entreviu-se a total compatibilidade do Código de Defesa do Consumidor com a lei 9.656/98, porquanto àquele cuida dos efeitos do inadimplemento do contrato criado pelos beneficiários e as operadoras de plano de saúde. Já a referida lei, reza sobre a forma de prestação dos serviços de assistência privada a saúde.

Demais disso, vislumbrou-se a perfeita aplicabilidade do CDC nas relações que envolvem o médico, paciente e operadora. Não há, pois, justificativa jurídica capaz de obstar a incidência da lei consumerista, já que, tratando-se de relação de consumo, estão presentes todas as figuras: consumidor e fornecedor - prestador de serviços médicos com habitualidade.

De outro giro, analisou-se os danos causados por erro médico, sendo que sua configuração ameaça a integridade física do paciente, ferindo o ordenamento jurídico na tutela dada à saúde.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Viu-se que, a existência da falha técnica perpetrada pelo médico faz surgir neste o dever de indenizar, cabendo ao paciente, a função de provar a culpa deste profissional, tendo em vista que se encontra diante da responsabilidade subjetiva.

Sendo assim, é inexorável a tutela ressarcitória por esses acidentes de consumo, não só como forma de proteger o consumidor, mas igualmente, garantir a boa prestação de serviço, em face à possibilidade de ser penalizado pela sua má execução.

Definiu-se plano de saúde como àquele que presta serviço ligado à saúde, por profissionais próprios ou terceirizados, mediante presença de uma lista vinculativa. Já seguro-saúde, foi conceituado como um contrato que garante o reembolso das despesas realizadas com os riscos relativos à saúde, cabendo a livre escolha aos beneficiários.

A aplicação do CDC demonstrou, ainda, a incidência da responsabilidade objetiva das operadoras de plano de saúde por erros praticados pelos médicos conveniados ou credenciados, em razão do risco proveito que assumem. Outrossim, esta responsabilização ocorre devido à verificação prévia dos profissionais contratados, na qual a operadora emite o seu aval de excelência dos serviços que estes oferecem.

Ao lado da responsabilidade objetiva, surge a solidariedade das operadoras com os médicos por acidentes de consumo, que decorre de expressa previsão legal.

Destarte, ressaltou-se que, via de regra, caberá ao consumidor a escolha de quem acionará na ação indenizatória, sendo a melhor alternativa demandar em face da operadora, devido à desnecessidade de demonstrar a sua culpa.

O presente trabalho não objetivou exaurir toda a matéria referente a plano de saúde, mas sim, almejou analisar a proteção do consumidor nas relações contratuais estabelecidas entre eles. Trouxe fundamentos para que o consumidor pudesse embasar a sua pretensão ressarcitória, demonstrando a perfeita aplicação do Código de defesa do Consumidor nas relações que envolvem paciente, médico e operadora, comprovando a solidariedade objetiva dos planos de saúde por acidente de consumo.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Lei. 6.656 de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L9656.htm . Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

REIS, Nelson Santiago. **O consumidor e os seguros ou planos de saúde**. Anotações acerca dos contratos; cláusulas e práticas abusivas. Jus Navigandi, Teresina, ano 2, n. 22, dez. 1997. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/698/o-consumidor-e-os-seguros-ou-planos-de-saude >. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

GAZONI, Danielle Lorencini. **A relação de consumo entre as empresas de seguro de saúde e o indivíduo, independente da preexistência de doença**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2210/a-relacao-de-consumo-entre-as-empresas-de-seguro-de-saude-e-o-individuo-independente-da-preexistencia-de-doenca >. Acesso em: 18 de janeiro de 2020.

BRASIL. Presidência da República. Medida Provisória nº 2.117-44, de 24 de agosto de 2001. Altera a lei 6.656/98. disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/MPV/2177-44.htm#art1. Acessado em: 20 de janeiro de 2020.

_____. Presidência da República. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do Consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 18 de janeiro de 2020.

BRASIL. Superir Tribunal de Justiça. **AREsp 1434191/RJ,** Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 24/09/2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp Acesso em: 27 de janeiro de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1359156/SP**, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 26/03/2015. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp . Acesso em: 27 de janeiro de 2020.

Novo curso de direito civil, v. 3 : responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 15. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil:** Responsabilidade Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, fev. 2000.

FERNANDES NETO, A. J. **Planos de Saúde e Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**: Fontes Contratuais das Obrigações e Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001, v. 5.

SCHAEFER, Fernanda. **Responsabilidade Civil dos Planos e Seguros de Saúde**. Curitiba: Juruá, 2006. 144p.

SCHWARTZ, Germano A. D. **Direito à Saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A UTILIZAÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

LUCIANA OLIVEIRA COIMBRA ROMAN:
Curso de Pós-graduação Lato sensu em Direito Penal.

CARLA HOLTZ VIEIRA

(Orientadora)

RESUMO: O presente estudo, através de estudo bibliográfico de doutrinas, artigos jurídicos e da pesquisa da legislação e da jurisprudência brasileira, tem o objetivo de analisar a possibilidade de aplicação do termo de ajustamento de conduta no âmbito da improbidade administrativa. O trabalho foi dividido em três capítulos. No capítulo inicial, analisamos a improbidade administrativa, em especial como o Ordenamento Jurídico pátrio trata o tema. No segundo capítulo, abordamos o Termo de Ajustamento de Conduta, dispondo sobre sua origem, sua finalidade e as vantagens de sua utilização. O último capítulo, por fim, consiste em analisar a utilização do acordo de ajustamento de conduta no âmbito da improbidade administrativa, bem como a normatização interna do tema pelo Ministério Público, titular da ação de improbidade administrativa.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade Administrativa. Termo de Ajustamento de Conduta. Ministério Público. Efetividade na Proteção dos Direitos Transindividuais. Solução Consensual de Conflitos.

ABSTRACT: *The present study, through a bibliographical study of doctrines, legal articles and the research of Brazilian legislation and jurisprudence, has the objective of analyzing the possibility of applying the term of conduct adjustment in the scope of administrative improbity. The work was divided into three chapters. In the initial chapter, we analyze the administrative improbity, especially as the Brazilian Legal Order addresses the issue. In the second chapter, we discuss the Term of Adjustment of Conduct, setting out its origin, its purpose and the advantages of its use. The last chapter, finally, is to analyze the use of the agreement of adjustment of conduct in the scope of administrative improbity, as well as the internal regulation of the subject by the Public Prosecutor, who is the owner of the administrative improbity action.*

KEYWORDS: *Administrative improbity. Conduct adjustment Term. Public ministry. Effectiveness in the Protection of Transindividual Rights. Consensus Solution of Conflicts.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: *INTRODUÇÃO.1.PROBLEMA INVESTIGADO. 2. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 2.1. A Lei de Improbidade Administrativa. 3. BUSCA E ANÁLISE DE RESULTADOS. 4. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. 5. POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. 5.1. Da normatização interna no âmbito do Ministério Público. 6. DISCUSSÃO DE RESULTADOS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.*

INTRODUÇÃO

A alta complexidade da sociedade de massas demanda a proteção célere e eficaz dos direitos coletivos, em sentido amplo. Esses direitos são defendidos em juízo por legitimados que, por não serem seus titulares, não podem deles dispor.

Contudo, é preciso analisar tal vedação em conjunto com a vanguarda do direito processual civil, que valoriza a solução negociada, destacando-se, desde já, que essa não se confunde com a renúncia.

Ademais, a progressiva impunidade frente aos atos de improbidade administrativa no Brasil demanda a necessidade de mudança na forma como os procedimentos têm sido conduzidos, para garantir maior efetividade à ordem jurídica.

A Carta Magna foi severa com os atos que violam a moralidade, prevendo variadas sanções aplicáveis em tais situações. Nesse paradigma, a Lei nº 8.429 de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) foi criada para dar efetividade e executividade às disposições constitucionais sobre o tema.

Com o presente artigo, através da pesquisa e análise de doutrinas, artigos e legislação correlata ao tema, objetiva-se destacar a possibilidade do uso do termo de ajustamento de conduta, apesar da proibição expressamente prevista no artigo 17, parágrafo 1º da LIA, sobre as transações, acordos e conciliações no âmbito da Improbidade Administrativo.

O primeiro capítulo debruçou-se sobre o tema da Improbidade Administrativo, analisando-o de forma ampla.

No segundo capítulo, buscamos abordar o termo de ajustamento de conduta, sua origem, natureza jurídica, a legitimidade para sua celebração, entre outros aspectos do instituto.

Por fim, no terceiro capítulo, adentramos no ponto central desse trabalho, com análise das possíveis consequências da utilização do termo de

ajustamento de conduta nas ações de improbidade administrativa, bem como demonstrando a maior efetividade da resolução de conflitos por meio do TAC.

Ademais, nesse último capítulo, buscamos abordar, ainda que de forma superficial, como o Ministério Público vem regulamentando a questão em seus âmbitos internos.

1.PROBLEMA INVESTIGADO

A impunidade frente aos atos de improbidade administrativa no Brasil, muitas vezes caracterizada pela longa duração dos processos judiciais, demonstra a necessidade de mudanças na forma de abordagem do problema a fim de que seja alcançada a maior efetividade das leis.

Diante dessa constatação, antes de adentrarmos na exposição do resultado encontrado, importante tecermos algumas considerações iniciais acerca do objeto central de nosso estudo, qual seja, a improbidade administrativa.

2.IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Primeiramente, cabe esclarecer que o vocábulo "probidade", do latim *probitate*, significa aquilo que é bom, relacionando-se aos conceitos de honradez, honestidade e à integridade.

A improbidade, por sua vez, deriva do latim *improbitate*, que se refere à imoralidade, à desonestidade.

Sobre a dificuldade em conceituar improbidade administrativa, explica-nos o professor Rafael Oliveira:

> "Não obstante a dificuldade na conceituação da improbidade, o termo pode ser compreendido como o ato ilícito, praticado por agente público ou terceto, geralmente de forma doloso, contra entidades públicas e privadas, gestoras de recursos públicos, capaz de acarretar enriquecimento ilícito, lesão ao erário ou violação aos princípios que regem a Administração Pública"[1].

A ação de improbidade administrativa é o instrumento processual que tem por objetivo aplicar sanções aos agentes públicos ou terceiros que praticarem atos de improbidade administrativa.

Constitucionalmente, o tema encontra-se previsto no art. 37, parágrafo 4º da Carta Magna, que determina: "*os atos de improbidade administrativa*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo o da ação penal cabível".

Ademais, o caput do próprio artigo 37 da CRFB/88 traz, como um dos princípios da Administração Pública, a moralidade.

Considerando que atuam na forma de Estado, bem como em nome da população de modo geral, a moralidade dos agentes estatais deve ter como base valores mais rigorosos que o da moral comum, sendo esse o mero juízo pessoal da consciência.

Sobre o tema, ensina-nos Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> "(...) implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que 'é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário.[2]"

A moralidade administrativa, conceito jurídico indeterminado, não se qualifica, portanto, apenas ao certo ou errado no que tange à consciência dos agentes públicos, isso porque atuam representando o povo e através do Estado, que detém poder institucional autônomo.

Ademais, há relação direta com a boa conduta dos administradores a prática de atos com lealdade, boa-fé e honestidade.

No âmbito infraconstitucional, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429 de 02 de junho de 1992), define os sujeitos e atos de improbidade, as respectivas sanções, as normas processuais, entre outras questões relacionadas ao tema.

2.1 A Lei de Improbidade Administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa, ao lado de garantias constitucionais como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular e ação civil popular, é considerada como um importante instrumento de defesa do patrimônio público, da moralidade e da eficiência na administração dos recursos públicos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em resumo, a lei estabelece a legitimidade ativa e passiva (artigos 1º ao 3º), os atos de improbidade (artigos 9º a 11), as sanções, que possuem natureza civil e política (art. 12), seu procedimento administrativo e judicial, onde se insere a vedação à transação (artigos 14 a 18), a previsão de ilícito penal (art. 19), bem como a previsão acerca da prescrição para a propositura da ação judicial (art. 23).

A legitimidade para a propositura da ação de improbidade administrativa é reconhecida ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada. O Ministério Público, quando não for parte, atuará como fiscal da lei, de forma obrigatória, sob pena de nulidade.

A legitimidade passiva, por sua vez, refere-se aos responsáveis pela prática do ato de improbidade administrativa, quais sejam: agentes públicos e terceiros.

Quanto aos terceiros, importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça tem exigido a presença do agente público no polo passivo da ação de improbidade administrativa como pressuposto para aplicação das sanções de improbidade aos particulares (terceiros). Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. AUSÊNCIA DE INCLUSÃO DE AGENTE PÚBLICO NO PÓLO PASSIVO. IMPOSSIBILIDADE DE APENAS O PARTICULAR RESPONDER PELO ATO ÍMPROBO. PRECEDENTES. 1. Os particulares que induzam, concorram, ou se beneficiem de improbidade administrativa estão sujeitos aos ditames da Lei nº 8.429/1992, não sendo, portanto, o conceito de sujeito ativo do ato de improbidade restrito aos agentes públicos (inteligência do art. 3º da LIA). 2. Inviável, contudo, o manejo da ação civil de improbidade exclusivamente e apenas contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda. 3. Recursos especiais improvidos. (REsp 1171017/PA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 06/03/2014)[3]

Conforme exposto, os atos de improbidade administrativa encontram-se tipificados nos artigos 9º (enriquecimento ilícito), 10 (dano ao erário), 10-A (concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário) e 11 (violação aos princípios da Administração) da Lei nº 8429/92.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Verifica-se que o artigo 11 da LIA atua como "cláusula de reserva", isso porque será aplicado de forma residual, nas hipóteses em que a conduta não se enquadradas nas demais tipificações.

Sobre o tema, os professores Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves esclarecem que:

> Ainda que a conduta não tenha causado danos ao patrimônio público ou acarretado o enriquecimento ilícito do agente, será possível a configuração da improbidade sempre que restar demonstrada a inobservância da atividade estatal[4].

A tipificação dos atos de improbidade administrativa, à exceção do artigo 10-A da LIA, é aberta e o rol de condutas elencadas para sua configuração é exemplificativo.

Importante destacar, ainda, que à exceção dos atos de improbidade que causam dano ao erário (art. 10 da LIA), é necessária a presença de dolo do agente público ou do terceiro para configuração da improbidade administrativa.

Os atos de improbidade que causam prejuízos ao erário, portanto, são os únicos que podem ser praticados sob a forma culposa.

Quanto às sanções, importante destacar que a própria Constituição Federa, em seu artigo 37, parágrafo 4º, trouxe previsão, *in verbis*: "*Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*".

A LIA, além de ter ampliado o rol de sanções, diante das três modalidades de atos de improbidade criou um escalonamento de gravidade das sanções, conforme se verifica em seu artigo 12, *in verbis*:

> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009).
>
> I - na hipótese do art. 9°, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos

de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

Feitas as considerações iniciais acerca do tratamento legal da Improbidade Administrava no Ordenamento Pátrio, passemos à analise do instituto do Termo de Ajustamento de Conduta.

3. BUSCA E ANÁLISE DE RESULTADOS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Diante do problema identificado, buscou-se analisar os instrumentos jurídicos passíveis de garantir maior efetividade ao Ordenamento Jurídico, oportunidade em que os métodos de solução consensual se destacaram.

Contudo, no âmbito da Improbidade Administrativa, o seu diploma legal regulamentador traz proibição expressa, mais especificamente no artigo 17, §1º da LIA, sobre as transações, acordos e conciliações.

Parte da doutrina entende que essa vedação deve ser relativizada frente a disposições legais posteriores, bem como para atender ao objetivo do legislador e do Constituinte Originário.

Antes de adentramos na temática da (im) possibilidade da utilização do TAC no âmbito da LIA, importante tecer breves considerações sobre aquele instrumento de solução consensual dos conflitos.

4. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O termo de ajustamento de conduta foi revisto, de forma originária, no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

Vejamos o artigo 211 do ECA, *in verbis*: "*Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.*"

Após, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em seu artigo 113, procedeu ao alargamento das hipóteses de cabimento do TAC, prevendo-o, através do acréscimo do parágrafo 6º ao artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/95) como instrumento de tutela dos interesses transindividuais em geral.

Dois fatores, que precederem ao TAC, foram de extrema importância para sua introdução no Ordenamento Jurídico pátrio, quais sejam: a possibilidade de composição judicial nas ações coletivas, bem como aa valorização da atuação administrativa do Ministério Público em sede de inquérito civil público.

O TAC, portanto, surge como meio hábil de acesso à justiça, posto que se trata de instrumento extrajudicial de pacificação de conflitos coletivos, que atingem direitos transindividuais.

Conforme previsão do artigo 5º, paágrafo 6º da LACP é possível concluir que o TAC possui eficácia de titulo executivo extrajudicial. Não há, contudo, unanimidade na doutrina quanto à sua natureza jurídica.

O primeiro, e majoritário, posicionamento entende o TAC como espécie de transação limitada à forma de se cumprir o dever jurídico. Nesse sentido, Edis Milaré afirma que o compromisso de ajustamento de conduta tem "natureza jurídica de transação, consistente no estabelecimento de certas regras de conduta a serem observadas pelo interessado, incluindo a adoção de medidas destinadas à salvaguarda do interesse difuso atingido"[5] .

Por outro lado, a segunda parcela da doutrina se diversifica em classificar o TAC como espécie de ato ou negocio jurídico.

Para Hugo de Nigro Mazzilli, trata-se de um ato negocial. Nesse sentido:

> É ato administrativo negocial por meio do qual só o causador do dano se compromete; o órgão público que o toma, a nada se compromete, exceto, implicitamente, a não propor ação de conhecimento para pedir aquilo que já esta reconhecido no título[6].

Ainda sobre a natureza jurídica do TAC, imprescindível mencionar os ensinamentos de Geisa Assis Rodrigues, que explica:

> Consideramos ser o ajustamento de conduta um negocio jurídico da Administração, e não um negócio jurídico administrativo, em que a Administração esteja em uma posição superior ao administrado. Conforme já verificamos, o ajustamento de conduta é meio de se garantir a prevenção do dano ou sua reparação no âmbito civil, e por isso não tem sentido imaginar que o legitimado ativo, pela sua natureza de órgão público, possa estar em uma situação de superioridade desmedida. Há, decerto, uma submissão do obrigado, que ameaçava ou violava o direito transindividual ao cumprimento de uma conduta definida pelo órgão público, não por suas qualidades intrínsecas, mas por estar este defendendo os direitos transindividuais[7].

Quanto à legitimação para a celebração do TAC, verifica-se que essa é mais restrita do que a legitimação para a tutela dos interesses transindividuais.

Isso porque o parágrafo 6º do artigo 5º da LAC autoriza a tomar o tempo de ajustamento de conduta os "órgãos públicos legitimados".

Quanto ao momento de sua celebração, advertem Emerson Garcia e Rogério Pacheco que "muito embora a lei de ação pública só se refira ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ajustamento de conduta extrajudicial, nada impede a sua celebração durante a própria relação processual, quando em curso ação em defesa do interesse difuso"[8].

Sendo assim, quando tomado na fase pré processual, o TAC toma forma de titulo executivo extrajudicial. Por outro lado, quando celebrado em juízo, mediante homologação pelo magistrado, tratar-se-á de titulo executivo judicial.

Cabe destacar, ainda, que quando a celebração do compromisso se der do curso do inquérito civil, a cargo do Ministério Público, haverá um controle externo realizado pelo Conselho Superior.

Esse instrumento tem ganhado importância, diante da gradual priorização da resolução consensual dos conflitos, face à constatação de que essa garante maior efetividade, sob os aspectos da razoável duração do processo e também dos cursos, aos direitos coletivos.

Sobre a aplicação dessa mudança de paradigma no âmbito da Administração Pública, precisas são as lições de Moreira Neto:

> O Direito Administrativo do século XXI não abdica, nem abdicará, das normas premiais, sancionatórias e, com força crescente, das normas consensuais. São faces de uma realidade unitária. [...] O Direito que regula a Administração Pública, formal e materialmente considerada, carece de normas que incentivem, através de prêmios, os particulares à realização de determinados comportamentos. De igual modo, esse ramo jurídico necessita da força do consenso. Os acordos, a participação dos cidadãos, a administração consensual dos interesses públicos, tudo isso integra a nova realidade e o panorama do Direito Administrativo desse século. Porém, ao lado dessas normas premiais e consensuais, pensamos que persistem, fortes e revigoradas, as normas sancionatórias. Sem essa perspectiva sancionatória, muitos acordos não se celebrariam. Um acordo é mais facilmente travado ante a perspectiva de sancionamento de condutas reprováveis, porque uma das premissas que estimulam o consenso é a busca da mitigação ou eliminação dos possíveis prejuízos advindos da não celebração dos acordos[9].

Realizadas as devidas considerações acerca do Termo de Ajustamento de Conduta, bem como da necessidade de aplicação de instrumento de resolução consensual também no âmbito da Administração Pública, passemos à análise do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tema central desse artigo, qual seja, a possibilidade de celebração do termo de ajustamento de conduta no âmbito da improbidade administrativa.

5. POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO ÂMBITO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

É sabido que o artigo 17, parágrafo 1º da Lei da Improbidade Administrativa prevê vedação expressa à celebração de transação, acordo ou conciliação no bojo das ações disciplinadas por tal lei.

Contudo, a doutrina majoritária e com visão mais moderna sobre o instituto entende que seria sim possível a celebração do compromisso em tais hipóteses.

Essa posição defende a derrogação tácita do art. 17, parágrafo 1º da LIA, uma vez que diplomas legais posteriores passaram a prever transações em situações criminais e administrativa, incompatíveis, portanto, com a vedação legal anteriormente estabelecida.

Tais leis ensejaram um confronto acerca de tal disposição, de modo a proporcionar uma revisão sobre a interpretação de tal vedação, no contexto da tutela metaindividual.

Entre essas leis, destacamos a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/13), que trouxe previsão sobre o acordo de leniência, com a finalidade de permitir acordos de colaboração do Poder Público com pessoas jurídicas pela prática de atos em face da Administração Pública.

Em seguida, a Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13) disciplinou o instituto da colaboração premiada.

Ademais, a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/15) previu, em seu artigo 36, parágrafo 4º, *in verbis*: "*Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa do Ministro Relator*".

Não obstantes tais normas não tenham, de forma expressa, revogado o art. 17, parágrafo 1º da LIA, é notório que disciplinar o mesmo tema, qual seja, a possibilidade de formalização do acordo, de forma diversa, opondo-se à vedação estabelecida no artigo mencionado.

Cabe destacar, ainda, que o novo Código de Processo Civil de 2015 passou a prever institutos de autocomposição de conflitos, buscanso superar o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

modo demandista, em clara busca por celeridade, simplicidade e dinamicidade na solução dos conflitos existentes, sem a integral submissão ao Poder Judiciário.

5.1 Da normatização interna no âmbito do Ministério Público

O Conselho Nacional do Ministério Público editou a resolução nº 179/17, que em seu artigo 1º, parágrafo 2º, sedimentou a possibilidade expressa de se firmar compromissos de ajustamento de conduta em casos de improbidade administrativa. Registre-se:

> "É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou ato praticado"[10].

Seguindo tal normativa, os Conselhos Superiores dos Ministérios Públicos de alguns estados da Federação, como exemplo, citamos Paraná (Resolução CSMP nº 01/2017), Minas Gerais (Resolução CSMP nº 03/2017) e Mato Grosso (Resolução CSMP nº 51/2018) regulamentaram o tema. Respectivamente, vejamos:

> Art. 1º. "As tratativas prévias e a celebração de compromisso de ajustamento de conduta e acordo de leniência envolvendo as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa, definidos na Lei 8.429, de 02.06.1992, e aos atos praticados contra a Administração Pública, definidos na Lei 12.846, de 01.08.2013, no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, deverão observar os parâmetros procedimentais e materiais previstos na presente Resolução".[11];
>
> Art. 1º. "Os órgãos de execução do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no âmbito de suas respectivas atribuições, poderão firmar termo de ajustamento de conduta, com pessoas físicas e/ou jurídicas, nas hipóteses
>
> configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou de algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado".[12];

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 1º. "O compromisso de ajustamento de conduta é instrumento de garantia dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais homogêneos e outros direitos de cuja defesa está incumbido o Ministério Público, com natureza de negócio jurídico que tem por finalidade a adequação da conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir da celebração". § 3º. "É cabível COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou ato praticado"[13].

6. DISCUSSÃO DE RESULTADOS

A possibilidade da celebração de TAC no âmbito da Improbidade Administrativa é uma medida de vanguarda, que garantirá celeridade e eficácia à aplicação da lei de improbidade administrativa.

Tal possibilidade, superando o modelo demandista, atende aos preceitos de um Ministério Público moderno, resolutivo, que deve buscar a implementação de mecanismos de autocomposição, tais como a negociação, a mediação e a conciliação, para melhor atender ao interesse público e garantir maior rapidez na reparação do dano eventualmente sofrido pelo erário.

CONCLUSÃO

Conforme visto, a ação de improbidade administrativa, prevista na Lei nº 8.429/92, a teor do que determina o artigo 37, parágrafo 4º da Carta Magna, é um dos principais instrumentos para a proteção do patrimônio público.

Contudo, diante da ineficiência dos meios tradicionais de solução de conflitos, a lei em questão não conseguiu eliminar ou reduzir consideravelmente a prática dos atos de improbidade administrativa, sendo necessária a utilização de novos instrumentos, que propiciem efetividade à tutela objetivada pelo legislador.

Entre esses, temos o temo de ajustamento de conduta, que se trata de instrumento compatível com as finalidades perseguidas pelo Estado Democrático de Direito, na medida em que busca tutelar o interesse público primário de forma célere, econômica e efetiva.

Concluímos, portanto, que não obstante a vedação legal expressa na norma do artigo 17, parágrafo 1º da LIA, o TAC deve ser utilizado no campo da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

improbidade administrativa, isso porque sua utilização não proporciona qualquer prejuízo à Administração Pública, pelo contrário garante a prevenção e a efetiva reparação dos danos causados.

No mesmo sentido, conforme vimos, tem se posicionado o Ministério Público, que, como sujeito ativo da ação de improbidade administrativa, em seu âmbito interno, vem regularizando e fomentando a utilização do acordo no âmbito da improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 862.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 78.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 459

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 385.

MILARÉ, Edis. O Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, v. IV, março de 2011, p. 383.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma avaliação das Tendências do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed Renovar. 2003, p. 318.

RODRIGUES, Geisa Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 138.

NOTAS:

[1] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5 ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 862.

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 78.

[3] Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/3328bdf9a4b9504b9398284244fe97c2 . Acesso em: 09 mar 2019.

[4] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 459

[5] MILARÉ, Edis. O Compromisso de Ajustamento de Conduta e o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos. **Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental**, v. IV, março de 2011, p. 383.

[6] MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 385.

[7] RODRIGUES, Geisa Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 138.

[8] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 993.

[9] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma avaliação das Tendências do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed Renovar. 2003, p. 318.

[10] Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf. Acesso em 10 mar 2019.

[11] Disponível em: http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/Restaurativo/Resolucao_01_2017_CSMP_MPPR.pdf. Acesso em 10 mar 2019.

[12] Disponível em: https://www.mpmg.mp.br/files/diariooficial/DO-20171129.PDF. Acesso em 10 mar 2019.

[13] Disponível em https://www.mpmt.mp.br/conteudo/73/74016/resolucao-n-512018-csmp---compromisso-de-ajustamento-de-conduta. Acesso em 10 mar 2019.

DEMORA DO INSS PARA ANALISAR REQUERIMENTOS DE APOSENTADORIAS E PENSÕES

ALEXANDRE S. TRICHES: Advogado. Especialista em Direito Previdenciário.

A grande pauta na imprensa, nos últimos dias, tem sido a demora do INSS em analisar os requerimentos de aposentadorias e pensões. Noticia-se que aguardam análise quase dois milhões de solicitações. Deste total, segundo o governo, aproximadamente 500 mil estão nas mãos dos segurados, aguardando que estes cumpram exigências feitas pela autarquia, seja de complementação dos documentos ou de informações. O número representa mais do que um terço da demanda de processos represada na autarquia.

A carta de exigência é emitida pelo INSS quando o servidor, ao analisar o requerimento de aposentadoria, constata que o pedido não está devidamente instruído com os documentos e as informações minimamente necessárias para que seja emitida uma decisão. Nesses casos, é aberto um prazo de 30 dias, prorrogáveis pelo mesmo período e uma única vez, para que o segurado forneça os dados ou documentos faltantes.

Acontece que, apesar da carta de exigência ser um direito do segurado, no contexto atual de carência de servidores especializados, de fechamentos das agências previdenciárias e de aumento expressivo de requerimentos administrativos, a sua emissão pode significar um retardo de tempo ainda maior na concessão do benefício, assim como pode prejudicar a análise do processo e até de seus efeitos financeiros numa eventual ação judicial.

É por isso que o momento do requerimento do benefício torna-se de suma importância, pois, se realizado de forma correta, evitará, na maioria das vezes, que o servidor exija dados complementares, possibilitando uma análise mais rápida do pedido. Caso o processo seja negado pela falta de documentação e o segurado resolva ingressar com ação judicial para garantir o seu direito de aposentadoria, a constatação de que não foi ofertado ao servidor do INSS a documentação exigida na legislação, pode se traduzir num julgamento improcedente da demanda, pela falta de interesse processual.

Algumas dicas práticas são relevantes: buscar o máximo de informações antes de protocolar o requerimento na Previdência, como utilizar todos os formulários exigidos pela autarquia e, caso não possua todos os documentos exigidos, informar essa condição expressamente no momento no protocolo. Caso seja emitida a carta de exigência, é importante levar em consideração que ela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

precisa ser imediatamente cumprida. Se não for possível obter as informações e documentos exigidos, deve-se protocolar esta informação imediatamente ao INSS para que seja dado prosseguimento no requerimento. Não se deve jamais deixar transcorrer o prazo esperando que a autarquia tome as providências necessárias. No contexto atual, é fundamental postular tudo aquilo que se entende necessário.

Ironicamente, a Previdência Social tem promovido a redução da sua estrutura de atendimento e tem apostado em um sistema bastante individualista, o que dificulta sobremaneira a missão do cidadão comum em postular sua aposentadoria, pois a matéria previdenciária é sempre de difícil compreensão para pessoas leigas e, além disso, pouco apoio institucional tem sido prestado à população neste momento. Por isso, recomenda-se cautela e uma postura bastante ativa para a realização do requerimento de aposentadoria.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL

LUCIANA OLIVEIRA COIMBRA ROMAN:
Curso de Pós-graduação Lato sensu em Direito Penal.

LUCIANA DE ALMEIDA MONTAGNA

(Orientadora)

RESUMO: O presente estudo, através de estudo bibliográfico de doutrinas, artigos jurídicos e da pesquisa da legislação e da jurisprudência brasileira, tem o objetivo de analisar a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal. O trabalho foi dividido em dois capítulos. No capítulo inicial analisamos o princípio da proporcionalidade, seu conceito, sua relação com o princípio da razoabilidade, bem como as suas dimensões, também chamadas subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O segundo e último capítulo consiste em analisar como o princípio, em suas duas vertentes, quais sejam proibição do excesso e proibição da proteção deficiente, tem sido aplicado em nosso Ordenamento Jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Proporcionalidade. Razoabilidade. Direito Penal. Direitos Fundamentais. Proibição do Excesso. Proteção Deficiente.

ABSTRACT: This article, through a bibliographical study of doctrines, legal articles and the research of Brazilian legislation and jurisprudence, has the objective of analyzing the application of the principle of proportionality in the scope of Criminal Law. The work was divided into two chapters. In the initial chapter we analyze the principle of proportionality, its concept, its relation to the principle of reasonableness, as well as its dimensions, also called subprinciples: adequacy, necessity and proportionality in the strict sense. The second and last chapter consists of analyzing how the principle, in its two aspects, which are prohibition of excess and prohibition of deficient protection, has been applied in our Legal Order.

KEYWORDS: Principle of Proportionality. Reasonability. Criminal Law. Fundamental rights. Prohibition of Excess. Deficient Protection.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1.1 Conceito. 1.2 Proporcionalidade x Razoabilidade. 1.3 Dimensões (Subprincípios) do Princípio da Proporcionalidade. 2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPROCIONALIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO. 2.1 Proibição do Excesso x Proibição da Proteção Insuficiente. 2.2 Proibição da Proteção Insuficiente. 2.3 Proibição do Excesso. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O princípio da proporcionalidade é uma diretriz utilizada pelos aplicadores do direito como instrumento de avaliação entre os meios empregados e as finalidades pretendidas pelo Ordenamento Jurídico, sendo incontestável sua importância para todos os ramos do Direito, em especial o direito penal.

O papel desenvolvido pelo princípio da proporcionalidade na esfera penal é de extrema importância, posto que inerente ao núcleo fundamental dos dos direitos fundamentais, que, enquanto manifestação da pretensão à liberdade do particular face ao Estado, podem ser atingidos apenas na medida em que sejam manifestamente indispensáveis à defesa do interesse público.

Esse princípio é constituído por duas vertentes: a proibição do excesso e a proteção da proteção insuficiente. A proibição do excesso é a vertente que proíbe que o Estado faça mais do que o permitido pelo Ordenamento Jurídico, de forma a controlar a interferência estatal em relação ao "núcleo essencial" dos direitos fundamentais. Já a proibição da proteção insuficiente é a vertente que censura a falta ou a insuficiência de medidas estatais adequadas e necessárias ao cumprimento do dever estatal de garantir os direitos fundamentais.

O presente artigo, através de estudo bibliográfico de doutrinas e artigos jurídicos e da pesquisa da legislação, bem como da jurisprudência brasileira, visa a analisar a aplicação do mencionado princípio na esfera do Direito Penal.

Válido destacar que o estudo da aplicação do mencionado princípio na seara criminal é de extrema importância e de relevante valor prático, pois nesse âmbito do Direito lidamos com um dos valores mais caros ao ser humano enquanto sujeito de direitos: a sua liberdade.

O capítulo inicial pretende analisar o princípio da proporcionalidade, conceituando-o, diferenciando-o do princípio da razoabilidade e, ao final, apresentando os seus subprincípios, também chamados "dimensões", quais sejam: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

No capítulo seguinte, debruçamo-nos sobre o tem central do presente estudo, qual seja, a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal pátrio.

Para tanto, analisamos as duas vertentes do princípio da proporcionalidade, quais sejam: a proibição do excesso e a proibição da proteção deficiente. Ademais, através de pesquisa jurisprudencial, foi possível vislumbrar a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

forma como tais vertentes têm sido aplicadas pelos nossos Tribunais nas demandas criminais.

1.PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Na Carta Magna de 1988, entre outras Constituições modernas, os princípios jurídicos constituem modalidade de normas existentes, sendo a outra modalidade referente às regras. Considerando as diferenças e as funções desempenhadas por elas, verifica-se que a existência de ambas as modalidades permite o entendimento da Constituição como um sistema aberto, suprimindo a possibilidade de se formar como um sistema jurídico racionalmente limitado, se instituído somente por regras, bem como de se formar como um sistema carecido de segurança jurídica, se instituído tão somente por princípios.

O princípio da proporcionalidade tem como seu primordial âmbito de atividade o campo dos direitos fundamentais, na qualidade de critério valorativo constitucional determinador das restrições que podem ser aplicadas na esfera individual do particular pelo Estado, e para consecução dos seus fins[1].

Antes de adentrar na análise da aplicação do mencionado princípio no âmbito do Direito, necessário tecer algumas considerações gerais a seu respeito.

1.1 Conceito

O princípio da proporcionalidade não se encontra expresso na Constituição Federal, tratando-se, portanto, de um princípio implícito. Tem como função essencial a garantia aos particulares, tendo em vista que determina que as restrições à liberdade individual sejam equilibradas com a necessitada tutela a determinados bens jurídicos, e apenas confere legitimidade às intervenções que se mostrarem em conformidade com o ela impõe[2].

Embora não se encontre expressa previsto no texto da Carta Magna, é possível inferi-lo da menção ao "Estado Democrático de Direito", posto que ele compreende juízo de ponderação entre interesses particulares e coletivos, partindo-se de uma hierarquia de valores que deve, necessariamente, ser respeitada pelo legislador.

Ademais, verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está previsto na Carta de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil, de modo que a pessoa humana ocupa posição central em torno da qual a legislação infraconstitucional, especialmente a penal, deve se embasar, de modo que todo condicionamento, restrição ou limitação aos direitos e garantias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

constitucionalmente previstos seja sopesado com outros valores trazidos pela Carta Magna.

O termo "princípio da proporcionalidade" foi utilizado pela primeira vez[3], no Brasil, no ano de 1993, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle de constitucionalidade, ao ser concedida medida liminar de suspensão dos efeitos da Lei Estadual nº 10.248/93, oriunda do Estado do Paraná, que impunha a obrigatoriedade da presença do consumidor no momento da pesagem de botijões de gás.

A proporcionalidade é algo para além de um critério ou de uma regra; trata-se um princípio intrínseco ao Estado de Direito, e a sua aplicação de forma adequada se constitui como uma das garantias elementares que devem ser respeitadas em toda situação em que direitos e liberdades individuais podem ser violados.

1.2 Proporcionalidade x Razoabilidade

O termo razoabilidade, frequentemente utilizado, em especial, nos ordenamentos norte-americano e italiano, traz a ideia de que toda intervenção aos direitos individuais deve ser embasada na razão.

Ele pressupõe ideias de adequação, idoneidade, aceitabilidade, lógica, equidade, definido, portanto, o que é admissível.

Ao se debruçar sobre o princípio da proporcionalidade, em especial sua relação com o princípio da fungibilidade, é importante observar que a doutrina e a jurisprudência se dividem. Parcela dos autores, por todos Mariângela Gama de Magalhães Gomes, entende que há fungibilidade entre os conceitos, enquanto outra corrente, por todos Humberto Ávila, afirma que os princípios possuem pontos de intersecção, mas não se confundem.

Nesse sentido, vale mencionar os ensinamentos do doutrinador supramencionado[4]:

> "A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim. Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como o faz o postulado da proporcionalidade".

1.3 Dimensões (Subprincípios) do Princípio da Proporcionalidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

À ideia de proporcionalidade estão relacionadas noções de moderação, prudência, equidade, dentre outras similares. Essas ideias, contudo, possuem considerável grau de subjetivismo, fornecendo poucos parâmetros objetivos que conduzam à sua delimitação.

Para conferir parâmetros, com maior grau de objetividade à sua delimitação, o princípio da proporcionalidade é decomposto em três dimensões ou subprincípios, quais sejam: adequação, em que se perquire a aptidão do meio utilizado para atingir a finalidade pretendida, isto é, verificar se a restrição imposta ao direito fundamental é adequada ao fim visado; necessidade, que consiste em averiguar se não há outro meio que restrinja em menor grau o direito fundamental violado e que obtenha resultados iguais ou semelhantes; e, por fim, proporcionalidade em sentido estrito, que se analisa se o resultado obtido compensa o ônus imposto ao direito fundamental atingido.

Sobre os subprincípios em questão e o critério trifásico necessário ao juízo de proporcionalidade, Humberto Ávila ensina que

> "O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca" [5].

Estes elementos que compõem a estrutura analítica do princípio da proporcionalidade foram desenvolvidos pela jurisprudência constitucional alemã. Importante observar que os subprincípios mencionados devem ser aferidos na ordem lógica em que foram apresentados, de modo que primeiro faz-se um juízo acerca da adequação da medida, para, posteriormente, apreciar-se a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

À vista disto, é fácil concluir não ser imprescindível a apreciação dos três elementos da proporcionalidade em toda e qualquer circunstância. Isto porque apenas se legitimará a análise da necessidade da medida se aferida a sua adequação; apenas se constatada sua necessidade, far-se-á o exame da proporcionalidade em sentido estrito.

2. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O princípio da proporcionalidade possui uma função essencial no âmbito do do sistema penal, considerando que é o norte para a construção dos tipos penais por meio de uma escolha ponderada das condutas que são penalmente relevantes, bem como embasa fundamenta a especificação nos tratamentos penais dados às diversas modalidades delitivas. Ademais, é o princípio de proporcionalidade que traça limites à atividade do legislador penal e do intérprete, visto que determina quando a intervenção do Estado na liberdade individual dos cidadãos é legítima[6].

Acerca da proporcionalidade na seara do direito penal, cabe transcrever os argumentos expostos por Marcus Alan de Melo Gomes:

> "Vê-se que a proporcionalidade em matéria penal é decorrência, na verdade, de valores albergados no corpo da Constituição. Ao eleger a realização do Estado Democrático de Direito como meta de todos, o legislador constituinte converteu a proporcionalidade em um cânone implícito da Carta Maior. Afinal de contas, como seria possível construir uma sociedade baseada no pleno respeito aos direitos e garantias fundamentais, no livre exercício das liberdades públicas – liberdade de ir e vir, liberdade de pensar, liberdade de se expressar, liberdade para participar da vida política do Estado etc. - sem um critério de equilíbrio entre esse exercício e o poder estatal de restringi-lo?"[7]

2.1 Proibição do Excesso x Proibição da Proteção Insuficiente

O princípio da proporcionalidade possui como uma de sua vertentes a ideia da expressão "proibição de excesso de proibição". Registre-se que, inicialmente, essa era o seu único sentido, de forma que o princípio em análise era aplicado apenas para proteger os cidadãos dos excessos eventualmente cometidos pelo Estado.

Sobre o tema, Paulo Bonavides põe luz ao equívoco daqueles que confundem o princípio da proporcionalidade com somente uma de suas facetas: o princípio da proibição do excesso de proibição (*übermassverbot*). Trata-se da faceta negativa do garantismo, razão pela qual é modernamente mais recomendada a utilização da expressão *Verhältnismässigkeit*.

> O princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeit) pretende por conseguinte, instituir, como acentua Gentz, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle de excesso ("eine Übermasskontrolle").
>
> A locução "vedação de excesso", ou seja, Übermassverbot, teve a preferência de importantes juristas desde Jullinek, em clássico do Direito Administrativo, até Peter Lerche, autor de uma originalíssima e fundamental obra sobre o assunto, estampada ao começo da década de 60. Também usaram essa designação Klaus Stern, Hoffman-Becking, Kloepfer, H. Liesegang e Selmer, entre outros. [8].

Ao longo do tempo, outra perspectiva surgiu: o garantismo positivo, a proibição de proteção estatal deficiente. Nesse sentido, ensina-nos Streck:

> Há que se ter claro, portanto, que a estrutura do princípio da proporcionalidade não aponta apenas para a perspectiva de um garantismo negativo (proteção contra os excessos do Estado), e, sim, também para uma espécie de garantismo positivo, momento em que a preocupação do sistema jurídico será com o fato de o Estado não proteger suficientemente determinado direito fundamental, caso em que estar-se-á em face do que, a partir da doutrina alemã, passou-se a denominar de "proibição de proteção deficiente" (*Untermassverbot*)[9].

Ainda no que tange aos princípios em análise, o autor mencionada ensina acerca da ampliação das funções estatais, dando especial importância à proibição de abstenção ou omissão do Estado, quando deveria prevenir e reprimir, a fim de assegurar os direitos fundamentais.

Trata-se, portanto, da "outra" faceta dos direitos fundamentais (garantismo positivo), conforme resume o seguinte excerto:

> Perfeita, pois, a análise de Baratta: é ilusório pensar que a função do Direito (e, portanto, do Estado), nesta quadra da história, esteja restrita à proteção contra abusos estatais. [...] Tanto isso é verdadeiro que o constituinte brasileiro optou por positivar um comando criminalizador, isto é, um dever de criminalizar com rigor alguns crimes, em especial, o tráfico de entorpecentes, inclusive epitetando-o, prima facie, de hediondo. Na verdade, a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos – protegendo-a contra os diversos tipos de agressões.

> Ou seja, o agressor não é somente o Estado. [...] Estes são os dois componentes do direito penal: a) o correspondente ao Estado de Direito e protetor da liberdade individual; b) e o correspondente ao Estado Social e preservador do interesse social mesmo à custa da liberdade do indivíduo. Tem-se, assim, uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais: a proteção positiva e a proteção contra omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, como também por deficiência na proteção[10].

O vanguardista na aplicação do princípio da proporcionalidade também como proibição de proteção deficiente por parte do Estado foi o Tribunal Constitucional Federal alemão.

Streck ensina-nos que

> Assim, na Alemanha, há uma distinção entre os dois modos de proteção de direitos: o primeiro – o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbot*) – funciona como proibição de intervenções; o segundo – o princípio da proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) – funciona como garantia de proteção contra as omissões do Estado, isto é, será inconstitucional se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção[11].

Diante do desenvolvimento da proporcionalidade e do abandono da ideia clássica de proteção somente dos bens jurídicos face ao Estado, manifesta-se um novo paradigma no que tange à eficácia dos princípios constitucionais.

Conclui-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade tem como área especial de atuação o campo dos direitos fundamentais. Tal princípio é o encarregado por estabelecer os limites máximos e mínimos das intervenções feitas pelo Estado, sendo que essa característica se mostra mais facilmente ao tratarmos de Direito Penal, posto que esse ramo do Direito é responsável por tutelar os bens jurídicos constitucionais, devendo, ao mesmo tempo, zelar pela proibição de abusos ou arbitrariedades estatais, bem como efetivar as necessidades fundamentais do indivíduo e da sociedade, conforme estabelecido nos mandados de criminalização constitucionalmente previstos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Feitas as considerações acerca das duas perspectivas pelas quais o princípio da proporcionalidade pode se efetivar, abordaremos, a seguir, aplicações de ambas na jurisprudência nacional no âmbito do Direito Penal.

2.2 Proibição da Proteção Insuficiente

O Ministro Gilmar Mendes, no voto condutor da decisão da maioria no RE 418.376-5/MS, que teve concluído seu julgamento em 9 de fevereiro de 2006, suscitou o princípio da proteção deficiente no âmbito penal pela primeira vez.

Essa decisão foi proferida no sentido de negar provimento ao recurso extraordinário contra decisão do Tribunal de Justiça de Mato Grosso que havia acolhido recurso de apelação do Ministério Público contrário à extinção da punibilidade, da sentença, por união do réu que havia cometido estupro em uma menina que tinha, à época do fato, 9 anos de idade.

O princípio também fundamentou a decisão que admitiu a constitucionalidade do porte de arma de fogo desmuniciada no HC 102.287/MG, julgamento em 28 de fevereiro de 2012, caracterizado como crime de perigo abstrato. Esse julgamento ocorreu na Segunda Turma do STF, com o voto vitorioso do Ministro Gilmar Mendes, contra o voto do Relator, o Ministro Celso de Mello.

No caso em questão, restou decidido que:

> HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandados constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandado de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de

proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALDIADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA. (HC 102087, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 28/02/2012, DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012 REPUBLICAÇÃO: DJe-163 DIVULG 20-08-2013 PUBLIC 21-08-2013 EMENT VOL-02699-01 PP-00001)[12]

No âmbito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o princípio também vem sendo aplicado. A título de exemplo:

> PENAL - TÓXICO - ARTIGO 33 §4º DA LEI 11.343/06 - RECURSO MINISTERIAL - AFASTAMENTO DO PRIVILÉGIO - IMPOSSIBILIDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33 PARÁGRAFO 4º DA LEI 11.343/06 - PROIBIÇÃO DEFICIENTE

- OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE - INCONSISTÊNCIA - RECURSO DEFENSIVO - DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ARTIGO 28 DO MESMO DIPLOMA LEGAL - IMPOSSIBILIDADE - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA - PROVA INCONTESTE DE QUE O ACUSADO GUARDAVA, TINHA EM DEPÓSITO E COMERCIALIZAVA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - JUSTIÇA GRATUITA - IMPOSSIBILIDADE - APELANTE ASSISTIDO POR ADVOGADO CONSTITUÍDO - RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. - O artigo 33 parágrafo 4º da Lei 11.343/06 contemplou uma hipótese de redução da reprimenda, estabelecendo um tratamento diferenciado ao traficante ocasional, sempre atento ao princípio da proporcionalidade e da proibição da proteção insuficiente, buscando conferir tratamento jurídico suficiente e proporcional à gravidade do delito, à entidade do dano e, finalmente, ao grau de culpabilidade do seu autor, não padecendo de vício de inconstitucionalidade. - Mantém-se a condenação do acusado por tráfico de droga, quando comprovada a comercialização de substâncias entorpecentes, afastando-se a tese desclassificatória in casu. - Se o apelante foi assistido por advogado constituído durante toda a instrução e não fez prova da situação de pobreza, impossível a concessão de justiça gratuita. V.V.P. APELAÇÃO CRIMINAL - CUSTAS PROCESSUAIS - RÉU ASSISTIDO POR DEFENSOR CONSTITUÍDO - PRESUNÇÃO DE HIPOSSUFICIENTE - ISENÇÃO CONCEDIDA - RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Nada há nos autos que permita a aferição devida da situação financeira do réu e o fato de ele estar assistido por advogado constituído não implica, necessariamente, que sua tal situação lhe permita arcar com o custo do processo sem prejuízo de seu próprio sustento, razão pela qual a presunção legal de veracidade de sua declaração de hipossuficiência não está elidida. (TJMG - Apelação Criminal 1.0433.08.255782-1/001, Relator(a): Des.(a) Pedro Vergara , 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 19/01/2010, publicação da súmula em 10/02/2010) (g.n.)[13]

2.3 Proibição do Excesso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Da mesma forma, o princípio da proporcionalidade sob o aspecto da proibição do excesso vem sendo aplicado como fundamento em decisões emanadas por nossos Tribunais Superiores no âmbito do Direito Penal.

Em diversos julgados, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a decretação da prisão preventiva, em determinadas situações, ensejaria na violação da proporcionalidade enquanto proibição de excesso. Por exemplo, registre-se a seguinte ementa:

> *HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é firme em assinalar que a determinação de segregar o réu, antes de transitada em julgado a condenação, deve efetivar-se apenas se indicada, em dados concretos dos autos, a necessidade da cautela (periculum libertatis), à luz do disposto no art. 312 do CPP. 2. Para justificar a medida extrema como única idônea e necessária à proteção do bem jurídico sob risco, cabia ao Juízo indicar circunstâncias específicas do caso que amparassem o prognóstico de que a supressão da liberdade do réu seria o instrumento exclusivo e adequado para evitar a prática de novos crimes, como acenado em relação à preventiva. 3. No caso, não obstante o Juízo singular haja ressaltado que se tratava de quantidade razoável de droga, a revelar a necessidade de algum acautelamento da ordem pública, deixou de contextualizar em dados concretos dos autos, em juízo de proporcionalidade, a necessidade da medida extrema, como única providência idônea para atender ao dever de proteção do interesse jurídico ameaçado, não sem mencionar o fato de o acusado estar preso provisoriamente há quase um ano. 4. Em que pese a fundamentação da custódia para garantia da ordem pública, a decretação da prisão preventiva será, na miríade de providências cautelares previstas nos arts. 319, 320 e 321, todos do CPP, como densificação do princípio da proibição de excesso, a medida extrema a ser adotada, somente para aquelas situações em que as alternativas legais à prisão não se mostrarem aptas e suficientes a proteger o bem ameaçado pela irrestrita e plena liberdade do indiciado ou acusado. 5. Sob a influência do*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *princípio da proporcionalidade e das novas opções fornecidas pelo legislador, revela-se mais adequada a imposição de medidas cautelares diversas da prisão ao paciente, para evitar a reiteração delitiva. 6. Ordem concedida para substituir a prisão preventiva do paciente pelas medidas previstas no art. 319, II, do CPP, sem prejuízo de outras medidas que o prudente arbítrio do juiz natural da causa indicar cabíveis e adequadas. (HC 430.654/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018) (g.n.)*[14]

Outra aplicação interessante do princípio ocorreu no julgamento da AI no HC n. 239.363/PR, reconheceu, por maioria, a desproporcionalidade do preceito secundário do art. 273, § 1º-B, do Código Penal, declarando sua inconstitucionalidade. Registre-se:

> *ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 273, § 1º-B, V, DO CP. CRIME DE TER EM DEPÓSITO, PARA VENDA, PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS DE PROCEDÊNCIA IGNORADA.*
>
> *OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.*
>
> *1. A intervenção estatal por meio do Direito Penal deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade, incumbindo também ao legislador o dever de observar esse princípio como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.*
>
> *2. É viável a fiscalização judicial da constitucionalidade dessa atividade legislativa, examinando, como diz o Ministro Gilmar Mendes, se o legislador considerou suficientemente os fatos e prognoses e se utilizou de sua margem de ação de forma adequada para a proteção suficiente dos bens jurídicos fundamentais.*
>
> *3. Em atenção ao princípio constitucional da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos (CF, art. 5º, LIV), é imprescindível a atuação do Judiciário para corrigir o exagero e ajustar a pena cominada à conduta inscrita no art. 273, § 1º-B, do Código Penal.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4. O crime de ter em depósito, para venda, produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência ignorada é de perigo abstrato e independe da prova da ocorrência de efetivo risco para quem quer que seja. E a indispensabilidade do dano concreto à saúde do pretenso usuário do produto evidencia ainda mais a falta de harmonia entre o delito e a pena abstratamente cominada (de 10 a 15 anos de reclusão) se comparado, por exemplo, com o crime de tráfico ilícito de drogas - notoriamente mais grave e cujo bem jurídico também é a saúde pública.

5. A ausência de relevância penal da conduta, a desproporção da pena em ponderação com o dano ou perigo de dano à saúde pública decorrente da ação e a inexistência de consequência calamitosa do agir convergem para que se conclua pela falta de razoabilidade da pena prevista na lei. A restrição da liberdade individual não pode ser excessiva, mas compatível e proporcional à ofensa causada pelo comportamento humano criminoso.

6. Arguição acolhida para declarar inconstitucional o preceito secundário da norma.

(AI no HC 239.363/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, CORTE ESPECIAL, julgado em 26/02/2015, DJe 10/04/2015)[15]

CONCLUSÃO

Conforme visto, o princípio da proporcionalidade desempenha papel fundamental no sentido de controlar a atuação estatal, em especial no âmbito do Direito Penal, ramo do Direito em que tem a função de legitimar e limitar o poder de punir do Estado.

Referido princípio não se destina tão-somente ao julgador, ao responsável pela aplicação em concreto da sanção penal abstratamente cominada. Ao revés, ao proceder à incriminação das condutas, deve o legislador pautar-se pelas diretrizes ditadas por referido princípio, sob pena de, sob o manto da legitimidade formal do princípio da legalidade, consagrar afrontas e violações ao sistema de direitos e garantias desenhado pela Constituição Federal de 1988.

Constitui-se de duas vertentes importantes, quais sejam: a proibição do excesso, que impede que uma sanção ou medida cautelar seja desnecessária ou

desproporcionalmente imposta ao cidadão, e a proteção insuficiente, que exige do Estado uma atuação positiva, através de um dever de proteção a certos bens jurídicos.

Destarte, em todos as situações, deve ser observada a proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato, como condição inafastável da justiça e da observância do princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, deve ser conferida suficiente proteção aos bens jurídicos tutelados pelo Ordenamento Jurídico pátrio, de forma a efetivar, através do Direito Penal, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2003.

FELDENS, Luciano. A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no Direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Marcus Alan de Melo. Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em http://150.162.138.7/documents/4899. Acesso em 25 nov 2018, p. 8.

_____. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): o lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes"? Disponível em https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht. Acesso em 25 nov 2018.

NOTAS:

[1] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

[2] Op. cit., p. 59.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[3] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 50.

[4] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 201.

[5] Op. cit., p. 158.

[6] GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 60.

[7] GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena**. São Paulo: Lumen Juris, 2008, p. 152.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 403.

[9] STRECK, Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição**: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em http://150.162.138.7/documents/4899. Acesso em 25 nov 2018, p. 8.

[10] STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)**: o lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes"? Disponível em https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht. Acesso em 25 nov 2018.

[11] Op. cit..

[12] Disponível em https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085710/habeas-corpus-hc-102087-mg-stf. Acesso em 25 nov 2018.

[13] Disponível em https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=734CFD607B5B2ABD2AAB0EDBB01B8D51.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0433.08.255782-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 25 nov 2018.

[14] Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/559898296/habeas-corpus-hc-430654-sp-2017-0332766-4/inteiro-teor-559898308. Acesso em 25 nov 2018.

[15] Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180398766/arguicao-de-inconstitucionalidade-no-habeas-corpus-ai-no-hc-239363-pr-2012-0076490-1. Acesso em 25 nov 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AS RELAÇÕES DE TRABALHO E OS IMPACTOS TRAZIDOS PELA MODERNIDADE LÍQUIDA

SEVERINO RAMOS DA SILVA: Mestre em Direito, Advogado e Professor;

RESUMO: O presente trabalho insere-se no plano das discussões sob as perspectivas das relações trabalhistas ao novo direito do trabalho, em especial as relações de trabalho e os impactos trazidos pela modernidade líquida. Atualmente, a crise econômica encontrou lacuna nas relações de trabalho moderna. Nesse sentido, esse assunto é motivo de descontentamento da classe trabalhadora, que por sua vez, tem que dipor de garantias laborais, como forma de garantir a continuidade da relação de emprego. A mudança nas relações de trabalho e toda a encadeação de direitos trabalhistas amparado na Carta Magna de 1988 são paradigma por relações de trabalho mais estabilizadas. O método utilizado para análise é a pesquisa bibliográfica, dedutivo. Como resultado final, apresentamos a flexibilização e os reflexos da modernidade líquida no direito do trabalho provenientes das alterações legislativas desestabilizará os direitos trabalhistas que foram adiquiridos, frutos de muitos anos.

Palavras-Chave: Relações de Trabalho; Modernidade líquida; Flexibilização.

ABSTRACT: The present paper is part of the discussions under the perspectives of labor relations to the new labor law, especially the labor relations and the impacts brought by Net modernity. Currently, the economic crisis has found a gap in modern labor relations. In this sense, this issue is cause for discontent among the working class, which in turn has to have labor guarantees, as a way to guarantee the continuity of the employment relationship. The change in labor relations and the whole chain of labor rights supported by the Constitution of 1988 are a paradigm for more stabilized labor relations. The method used for analysis is the bibliographic research, deductive. As a final result we present the flexibilization and the reflexes of the net modernity in the labor law coming from the legislative changes, that will destabilize the labor rights that were acquired, results of many years.

Key-words: Labor Relations; Net Modernity; Flexibilization.

Sumário: 1. Introdução - 2. O reconhecimento dos direitos dos trabalhadores no Brasil à luz da Constituição Federal de 1988. 3. Os impactos da modernidade líquida nas relações de trabalho. 4. O passado, o futuro do direito do trabalho sob a ótica da modernidade líquida. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1.INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Este trabalho tem como objetivo analisar as relações de trabalho e os impactos trazidos pela modernidade líquida, termo este de origem do sociólogo Polonês Zygmunt Bauman, é o momento, a fluidez e a flexibilidade atuam de maneira predominante, deixando para traz a lógica e preceitos de ordem e regulação da época anterior, a sólida, dando espaço ao incerto, e materializando-se enquanto sociedade de consumo e do gozo imediato. É provável contemplar, ao extenso da obra de Bauman, a exposição de uma série de modificação que vem ocorrendo na sociedade no que diz respeito ao mundo do trabalho.

A normatização dos direitos trabalhistas no Brasil, teve início no governo Vargas, que foi consolidado em 1943, com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. O movimento de Constitucionalização dos Direitos Trabalhistas teve marco inicial com a Constituição de 1934 e que foi consolidada com a Carta Magna de 1988, trouxe ao plano constitucional a elevação dos direitos trabalhistas ao nível de direito fundamental, e, portanto, de direito indisponível. O direito do trabalho é assegurado com prioridade pela Carta supra citada, sendo inclusive considerado um dos princípios básicos disposto no título pertencente aos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 reconheceu os direitos trabalhistas como instrumento que vise à garantia de melhores condições ao trabalhador. É possível perceber que o direito do trabalho tem como desígnio cabal a guarida das relações de trabalho. Ele apareceu e cresceu com um caráter protetivo e compensador da desigualdade existente na relação de emprego. Esse crescimento deu-se porque os trabalhadores começaram a unir-se na procura de melhores condições de trabalho e em consequências das razões políticas e econômicas da Revolução Francesa e a Revolução Industrial.

Todavia, na atualidade o formato da modernidade líquida, ou seja, a mudança da relação de trabalho com o adevento da Lei 13.467, apelidada de reforma trabalhista traz à classe trabalhadora grandes ricos, uma vez que flexibilizar direitos implicará nas garantias legais alcançadas há decádas. Para tal, a justuficativa seria a preocupação com a redução de direitos trabalhistas que poderão ser extintos das gerações atuais e futuras.

Sendo assim, o presente trabalho possui como problema de pesquisa: A flexibilidade das relações de trabalho na modernidade líquida, quando desregulamentar direitos normatizados, provocará retrocesso social?. O que é observado no contexto da modernidade líquida é um novo direito do trabalho que não pode mais ser identificado pela condição de uma pretensa busca de proteção a parte hipossuficiente na relação de emprego, ou seja , o trabalhador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O objetivo geral do trabalhos erá identificar o novo direito do trabalho e sua possível flexibilização de direitos trabalhistas, diante das relações de trabalho, bem como os impactos trazidos pela modernidade líquida.

Apresentamos como objetivos específicos analisar reconhecimento dos direitos trabalhistas no Brasil, demonstrar as interferências da modernidade líquida e seus imapctos nas relações de trabalho e avaliar a flexibilização de direitos trabalhistas sob a ótica do passado e futuro na modernidade líquida.

Diante de tal indagação, apresenta-se como uma das hipóteses, a reforma trabalhista na modernidade líquida quando pactuarem casos em contexto de flexibilização das relações de trabalhos amplia a fragilização dos direitos trabalhistas e, se os impactos das relações de trabalhos quando promovidos, exerce um descontrole de direitos sociais diante ações praticadas pelo legislativo.

Tais flexibilizações pela interpretação constitucional, estava adstrita às conjecturas de redução salarial temporária, a reforma trabalhista poderá trazer implicações para a legislação trabalhista, tais como: retirada de direitos previstos na legislação vigente, aumento do desemprego, precarização do trabalho, desregulamentação, pois esse último, o Estado deixaria de intervir na seara trabalhista, ou seja, não havendo limites na lei para questões trabalhistas.

Nesse sentido, será necessário observar o direito do trabalho sob o prisma de direito fundamental, isto é, o direito do trabalho mostra-se como uma fonte promotora de dignidade humana, entrelaçando o direito à vida, pois sem trabalho o indivíduo não tem como proporcionar uma vida digna para si e para seus familiares.

Percebe-se, atualmente, que o mundo passa por uma crise nas relações de trabalho, provocada pelas mudanças geradas pelo processo de globalização e a mundialização da economia. Resta salientar, ainda, que a Constiuição de 1988 é uma Constituição social, pois se preocupa com o combate à exploração do homem e defende a aplicação dos princípios nela inseridos como meio de reforçar a proteção aos hipossuficientes.

Os impactos nas relações de trabalhos na modernidade líquida vão em sentido contrário a real proposta do direito do trabalho no Brasil, pois o novo direito do trabalho traduz incertezas e insegurança para a classe trabalhadora, além do mais, será capaz de causar a desregulamentação de direitos trabalhistas, conquistados ao longo dos anos. Esse novo modelo de direito do trabalho na modernidade líquida, poderá trazer uma rápida, acentuada e contínua progressiva de redução de direitos trabalhistas, pois afirma-se que a norma infraconstitucional

não poderá precarizar direitos, uma vez que a Carta Magna em seu texto menciona que imprescindível valorizar.

Deve-se destacar, nesse ponto, o progresso e não retrocesso social, pois a nocão de vedação do retrocesso social está de maneira indissolúvel vinculada à noção de progresso. A modernidade líquida poderá trazer a perda à condição de traço identitário, o trabalho não consegue mais forjar-se, enquanto elemento central no projeto de vida da maior parte da população, o que gera efeitos de precarização nos processos de formação humana colocados em movimento na sociedade atual nas relações trabalhistas.

2. O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES NO BRASIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A princípio, imprescindível se faz constatar que alguns relatos históricos trouxeram a passagem do Estado Liberal ao Estado Social, no que concerne à legislação trabalhista, de modo a evidenciar as vitórias sociais dos trabalhadores, que ao logo da constitucionalização dos direitos trabalhistas serviram de base à garanttia da dignidade da pessoa humana.

Desde os primórdios da humanidade, o ser humano já praticava atividades de trabalho. Nessa época, dava-se pela execução da caça e da pesca como meios necessários à sobrevivência. Em referência à idade antiga, surge a figura do trabalhador escravo o qual era, na maioria das vezes, capturado em batalhas e obrigado a trabalhar para seus donos sem nenhum direito trabalhista que hoje conhecemos.

O escravo era tido como um objeto, um ser que era utilizado no labor da época em situações desumanas e degradantes. "O trabalhador escravizado era tratado como um utensílio, um bem que servia tão somente para trabalhar e que não era detentor de nenhum direito trabalhista quanto mais tinha sua dignidade respeitada", como bem aponta Martins (2015, p. 20).

Cabe registrar que o direito do trabalho tem marco de seu nascimento nos séculos XIX e XX. À vista disso, nesta seção tem por desígnio situar de forma histórica o surgimento do direito do trabalho. Reconhecemos portanto que as relações de trabalho não possuam de um marco histórico específico que demonstrem o ápice exato de seu surgimento, entende-se que o homem, sempre precisou executar suas forças humanas para garantir sua subsistência.

> O direito do trabalho é ramo especial do Direito, desprendido, desde meados do século XIX, da matriz civilista originária, em direção à construção jurídica com regras, instituições, teorias,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> institutos e princípios próprios, os quais, em conjunto, asseguram-lhe autonomia no universo diversificado do Direito. (DELGADO, 2017, p.17).

O direito do trabalho, seja na participação individual ou coletiva é um histórico de luta, é indicativo inegável da necessidade e profundidade que a efetiva presença do direito do trabalho na elaboração das normas que regem a Consolidação das Leis do Trabalho representa a classe trabalhadora no cenário jurídico moderno e pós moderno. "Esse Estado visa precipuamente garantir aos cidadãos direitos de substência, identidade e manifestação de sua personalidade, tudo isso em um cronograma de poder instucionalizado" (PEREIRA, 2018, p.14). Cumpre destacar que o liberalimo preconiza a liberdade individual. No liberalismo não deve existir corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado.

> O direito do trabalho não existe uma liberdade individual plena na contratação, pois ela fica limitada pelo Estado nos pontos que protegem nos pontos que protegem o trabalhador. O sindicato é um órgão negociador que fica entre o indivíduo e o Estado, defendendo e representando interesses de seus filiados ou da categoria. (MARTINS, 2015, p.6).

O sindicato forma-se por uma associação de trabalhadores que se constiui com intutito para defender os interesses sociais, econômicos e profissionais concernente com a atividade de trabalho dos seus componentes. Permitida a importância de organizações democráticas que se respanzabilizam de negociar as condições de admissão de contratação com as entidades e circustância de normas favoráveis ao trabalhador.

> O direito do trabalho pode e deve ser um direito de vanguarda, no sentido que se coloca sempre a par dos acontecimentos últimos que se realizam no Plano Cultural, em benefícios dos valores essenciais das pessoas que trabalham em qualquer área do conhecimento. (REALE, 1997, p.11).

Verifica-se que o direito do trabalho é a mola mestra nas relações individuais e coletivas de trabalho, tem a obrigação de dirimir os conflitos convencionados à relação de trabalho e prerrogativas substancial para a estrutura da relação empregatícia.

No ano de 2017, a Constituição Mexicana de 1917 completou 100 anos de promulgação. Afirma-se ser um marco a ser comemorado, não apenas pelo texto constitucional mexicano ter incorporado uma série de direitos sociais com o condão

de proteger os trabalhadores, mas pelo fato de ter sido a primeira Constituição social do mundo, passando também a qualificar os direitos trabalhistas como direitos funtamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos. A Constituição mexicana de 1917 tem sido considerada a notável pioneira do constitucionalismo social.

De acordo com Sayeg Helú (1987) "o primeiro, e extremamente radical, sinal de alarme apareceu com a Revolução Mexicana de 1910. A revolução, como sabemos, houve um espetacular resultado constitucional, notadamente com a Constituição de 1917". Essa constituição era fortemente compromissada com os direitos sociais.

> A Constituição mexicana de 1917, decisivamente, mudou a história do constitucionalismo Latino-Americano. Seguindo a sua adoção, pouco a pouco, a maioria dos países da região começou a mudar as suas estruturas constitucionais básicas. De fato, seguindo o exemplo mexicano, a maioria dos países passou a incluir longas listas de direitos sociais em suas constituições: o Brasil modifi cou sua constituição em 1937; a Bolívia em 1938; Cuba em 1940; Uruguai em 1942; Equador e Guatemala em 1945; e Argentina e Costa Rica em 1949. (GARGARELLA, 2013, p.105)

Entende-se que essa foi a forma pela qual as constituições Latino-Americanas expressaram, através da linguagem jurídica, as maiores transformações sociais que tiveram lugar na região durante metade do século XX, especificamente a inserção da classe trabalhadora como um decisivo ator político e econômico.

Insta salientar, ponsteriormente, na Alemanha, em 1919, surgiu a segunda Constituição tratando de constitucionalismo social. Denominada de Weimar, a Constituição refletiu em toda a Europa sendo a incentivadora para as demais Constituições dos outros países Europeus, foi também o embasamento da democracia social daquele tempo.

Por esse instrumento, produto da tutela protetiva do direito trabalhista, é importante mencionar que a primeira Constituição no Brasil que abordou especificamente o direito laboral foi a de 1934. Dentre as diversas características do direito do trabalho, essa versou sobre a organização dos sindicatos, a isonomia salarial, o salário mínimo, a jornada de trabalho, a proteção ao trabalho das mulheres e dos menores, as convenções coletivas de trabalho, dentre outros fundamentos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Trata-se de um texto social dos novos direitos, o domínio das garantias individuais, consagradas por esta Consttiuição, produziu uma inovação extraordinária, surgiu a elevação de novas ideias que iriam impor a reestruturação do Estado e imposição de reforma social (BONAVINDES, 1991, p. 322).

O relato demonstra que a Constituição mencionda aferiu as leis trabalhistas status de direitos funtamentais. Além disso, foi estipulada a justiça do trabalho e a justiça eleitoral, o voto secreto, de outros, deixando legado relevante para o progresso dos direitos sociais. "A constituição de 1946 reconhece conquistas sociais, seja quando reconhece o direito a greve, seja quando assegura o salário mínimo, a participação direito e obrigatória nos lucros da empresa ou o repouso semanal remunerado". (BONAVINDES, 1991, p.421)

Os direitos trabalhistas conduzem à necessidade de um conjunto de direitos e garantias do ser humano, tendo como finalidade o conjunto a proteção e garantia de vida e desenvolvimento humano. Para tanto, a constituição de 1967 não trouxe significativas alterações no cenário trabalhistas, era pois, a criação.

A normatização dos direitos trabalhistas no Brasil, teve início no governo Vargas, que foi consolidado em 1943, com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Tal legislação é relevante no ordenamento jurídico pátrio, pois apareceu para impor regras a serem contempladas na relação instituída entre empregados e empregadores.

> O objetivo da CLT foi apenas reunir as leis esparsas existentes na época, consolidadno-as. Não se trata de um código, pois pressupõ um direito novo. Ao contrário, a CLT apenas runiu a legislação existente à época, consolidando-a. (MARTINS, 2005, p.44).

A CLT foi criada em uma época em que o direito do trabalho externava-se desmembrado e com lacunas, pois cada profissão se utilizava de seu próprio regramento, mas havia inúmeras profissões que ficavam a mercê da legislação, sem proteção. Entretanto, a CLT constitui-se um marco normativo na medida que trouxe uma maior segurança jurídica às relações de trabalho, adotando regras próprias a disciplinar as relações de trabalho, seu foco é regulamentar as relações individuais e coletivas do trabalho.

A Constituição Federal de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988, reconheceu os direitos trabalhistas como instrumento que vise melhores condições de trabalho e de viés constitucional. "Com o surgimento da Constituição de 1988 é que pode-se falar, cientificamente, no surgimento do Direito Constitucional do Trabalho" (Delgado (2014, p.62). Percebe-se parte do legislador constituinte a

preocupação de proteger o trabalho, especialmente pelos dispositivos constitucionais relacionados ao direito do trabalho.

> A Constituição de 1988 cuidou em promover os direitos sociais, sobretudo os direitos trabalhistas, à categoria de mínimo essencial, como uma forma de reconhecer as conquistas antecedentes do constitucionalismo social. A elevação dos direitos trabalhistas à direitos fundamentais. como República Democrática, fundada no trabalho como valor e fixar normas de conduta que visassem amoldar como o poder público deveria atuar em relação as forças produtivas (GEMINGNANI, 2014, p. 31).

A Constituição da República de 1988 consolidou a importância do direito do trabalho como papel importante dos direitos fundamentais, tem objetivo de assegurar aos brasileiros direitos sociais essenciais ao exercício da cidadania. A referida Constituição modifica de modo singular todas as constituições anteriores no momento que determina que todo poder emana do povo, que exercerá por meio de seus representantes legais.

Pode-se registrar a importância da Constituição Mexicana de 1917. Foi a primeira constituição a estabelecer os direitos trabalhistas, um dos documentos mais importantes da história Mexicana sendo considerada precursora do constittucionalismo social. Canotilho (2003. p.51) "identifica constitucionalismo como a teoria (ou ideologia) que erguem o princípio do governo indipensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político social de uma comunidade".

O Constitucionalismo pode ser entendido sob a ordem jurídica, sociológica ou política, ou seja, a estrutura de uma comunidade política organizada, partindo da ideia de que todo Estado deve possuir uma Constituição, a qual compõe-se regras que darão sustentação à limitação do poder, impossibilitando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses.

3. OS IMPACTOS DA MODERNIDADE LÍQUIDA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Na sociedade atual e trabalhista o grau de pessoas desempregadas chega a números preocupantes. Pensando nisso, o legislativo aprovou a Lei 13.467/2017, conhecida por reforma trabalhista, com o discursso que a CLT por ser de 1943 estaria ultrapassada. Entende-se que a globalização seria uma fase de sistema capitalista, que estruturou seus esteios de produção nesta facilidade de produzir ao menor custo e ampliar seu mercado consumidor graças à conjuntura de fatores políticos, culturais, econômicos sociais. Além disso, o sistema de modernidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sempre alterou as relações trabalhistas, ora criando novas formas de emprego e em outras dizimando postos de trabalho, intervindo rigorosamente as transformações nas relações de trabalho.

> A auto confiança moderna deu um brilho inteiramente novo à eterna curiosidade humana sobre o futuro. As utopias modernas nunca foram meras profecias, e menos ainda sonhos inúteis: abertamente ou de modo incorberto, eram tanto declarações de intenções quanto expressão de fé em que o que se desejaria podia e devia ser realizado. (BAUMAN, 2001, p. 165)

Nessa nova performance, muito influenciada pelos aspectos que são causas atuais desta crise estrutural, a econômica, é que se se profetizou a flexibilização de direitos trabalhistas. Entretanto, isto poderá acarretar a intensificação da exploração do trabalho. O direito do trabalho sofreu alterações, os direitos alcançados ao longo dos anos vêm sofrendo com a teoria da flexibilização, os princípios norteadores do direito do trabalho estão sendo violado. Baumam (2001, p. 166) "o progresso não representa qualquer qualidade da história, mas a autoconfiança do presente". A modernidade líquida traz a convicção que estamos atualizados para enfrentar os desafios implementados no presente e futuro.

Em meio a tantas incertezas, o direito do trabalho correspondem a um fenômeno jurídico que envolve aspectos sociais, econômicos e políticos relevantes, preocupando-se com os impactos nas relações de trabalho e manutenção do próprio sistema.

Bauman (2001, p. 167) "A modernidade não conhece outra vida se não a vida "feita": a vida dos homens e mulheres modernos é uma tarefa, não algo determinado, e uma tarefa ainda incompleta, que clama incessantemente por cuidados e novos esforços".

A modernidade aponta diferentes desafios e intranquilidade face ao futuro do homem. Em meio a essas questões, que merecem ênfase na sociedade capitalista contemporânea, está o valor do mundo do trabalho. A mudança nas relações de trabalho, a flexibilização, a concorrência e o medo do desemprego são fatores que preocupam a classe laboral.

> Vivemos no mundo de flexibilidade universal sob condições de *Unsicherheit* aguda e sem perpesctivas, que penetra todos os aspectos da vida individual – tanto as fontes da sobrevivência quanto as parceria do amor e do interesse comum, os parânmetros da identidade profissional e da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> cultural os modos de apresentação do eu em público e os padrões de as~ude e aptidão, valores a seres perseguidos e o modo de persergui-los. (BAUMAM, 2001, p. 171)

Pode-se constatar que o processo de flexibilização nas relações de trabalhos facilita assombrosamente uma desregulamentação de direitos trabalhistas, trazentos aspectos relevante em qualquer que seja a classe profissional. E com o passar dos anos, as regras trabalhistas ganharão importância nos direitos sociais. Além disso, ferir normas constitucionais e convencionadas internacionalmente, transcendendo ao perigo, ou seja, ao risco. Sendo assim, com sua consagração nacional como instrumento norteador de preservação e defesa dos direitos trabalhistas, o direito do trabalho assume uma preocupação de caráter geral na modernidade líquida.

> O sistema empregatício, surgido no último século a partir de graves crises e conflitos sociasi e políticos se apoia em padronizações intensivas em todas as suas dimensões básicas: do contrato de trabalho, do local de trabalho, do local de trabalho, e da jornada de trabalho. (BECK, 2011, p. 207)

A flexibilização das normas trabalhistas não se exaure numa só medida, mas sim na totalidade do fenômeno da flexibilização, que é mais abrangente, compreendendo estratégias políticas, econômicas e sociais, e não apenas jurídicas. A solução adotada no Brasil fora a diminuição da proteção estatal nas relações privadas, flexibilização das regras trabalhistas, pois alguns já defendem a desregulamentação, essa sendo a total ausência do Estado das relações contratuais.

Na extrapolação da curva da suposta crise econômica no Brasil, mas também pela falta de planejamento de cada ente federativo, assim como na autação politícas, como já foi dito, presume-se que a modernidade líquida permanença enfraquecendo as relações de trabalho, tendo em vista as mudanças legislativas que se estabeleceu no direito do trabalho, bem como as alterações entre seres humanos e instituições sociais.

De acordo com Beck, (2011, p.208) "contudo, já é possível dizer que a flexibilização da jornada de trabalho, a conversão de empegos de jornada integral no mais variados postos de trabalho de jornada parcial não ocorrerá sem efeitos sobre a renda". Isto é, a participação dos direitos atingidos pela reforma trabalhista acarretará efeitos sobre a renda do trabalhador. Para Beck (2011, p.209) "os trabalhadores trocam uma parcela de liberdade obtida em relação ao trabalho por novas compulsões e incertezas materiais".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por outra forma, desenvolvimento enigmático paradoxal é posto em caminhada, em razão da qual desigualdade e perda associam-se indestrutivelmente. Harvey (2017, p. 22) "se a vida moderna está de fato tão permeada pelo sentido do fugidio, do efêmero, do fragmentário e do contingente, há algumas consequências". A transitoriedade da economia brasileira e o consequente enfraqueciemnto da política interna no país, dos elevados índices de desemprego e subdesempregos de milhões de pessoas, mostra-se o emprego de medidas que harmonizam os interesses empresariais com as necessidades profissionais.

> O pós-modernismo surgiu em meio a este clima de economia vodu, de construção exibição de imagens políticas e de uma nova formação de classe social. A exitência de algum vínculo entre esssa eclosão pós-moderna, a construção de imagem de Ronald Reagan, a tentativa e desconstruir instituições tradicionais do poder da classe trabalhadora (os sindicatos e os partidos de esquerda) e o mascaramento dos efeitos sociais da política econômica de privilégios deveria ser bastante evidente. (HARVEY, 2017, p.301)

Uma retórica que justifica, crise econômica, o desemprego crescente, também vai saudar a flexibilização de direito trabalhistas gerando uma fragilidade nas relações de trabalho. A proposta de flexibilizar direitos trabalhistas gera uma certa instabilidade nas relações contratuais. É de se destacar, no entanto, que os objetivos da flexibilização é a busca do lucro superior, do setor empresarial. Todavia, deve haver ponderação nas relações laborais e o enaltecimento sociais amparado da dignidade do ser humano. Harvey, (2017, p.97) "entende que o modernismo é uma perturbada e fugidia resposta estética a condições de modernidade produzidas por um processo particular de modernização".

Afirma-se que a relação do homem com o trabalho assume uma nova conduta frente as demandas da modernidade líquida expostos por Zygmunt Baumam, acerca das consequências nas relações de trabalhos na atualidade. No entanto, o direito do trabalho deve rememorizar as razões históricas de seu surgimento e manter este papel e ampliativo de direitos frente aos novos riscos sociais, culturais e políticos que o desafiam ininterruptamente.

Para (Sussekind, 2009, p.48) "A globalização da economia acirrou a polêmica entre os defensores do estado social e os adpetos do estado liberal, os quais, obvialmente, adotam caminhos distintos a respeito da posição dos poderes públicos frente às relações de trabalho". Sendo assim, a influência da teoria econômica pregam a omissão do Estado, desregulamentando, com tanta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

frequência possível, o Direito do Trabalho, com o intuito de que as condições do emprego estejam inspiradas, basicamente, pelas lei do mercado.

> Já os defensores do Estado social, esteado na doutrina social da Igreja ou na filosofia trabalhistas, advogam a intervenção estatal nas relações de trabalh, na medida necessária à efetivação dos princípios formadores da justiça social e à preservação da dignidade humana. (SUSSEKIND, 2009, p. 48)

É possível afirmar que nenhuma ampliação das relações de trabalho na modernidade poderá desregulamentar o direito do trabalho. A desregulamentação retira a proteção do Estado do trabalhador, permitindo que a autonomia privada, seja individual ou coletiva, regule as condições de trablho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego na modernida líquida. Portanto, o direito do trabalho surge com o condão de preserveção da dignidade humana.

4. O PASSADO, O FUTURO DO DIREITO DO TRABALHO SOB A ÓTICA DA MODERNIDADE LÍQUIDA

O trabalho na modernidade líquida era considerado exatamente aquilo que iria construir o futuro. As bases do futuro seriam o produto de intenso trabalho feito no presente, a quem é confiado o progresso, pois este por sua vez é uma maneira de endenter que o presente é capaz de criar o futuro. Para Baumam (2011, p. 166-167) "tudo o mais que possamos querer ou ouvir sobre a "essência" da ideia de progresso é um esforço compreensível, ainda que fútil e equivocado, de "ontogizar" a queme sentimento de fé e autocomfiança".

A conjuntura é que elementos sólidos é vistos como forma forma definida, estável duradoura e inabalável, como o modelo de fábrica fordista, perderam o controle e não mais são capazes de administrar e organizar o mundo. Buamam diz que a dúvida também encontra-se na probabilidade de projetos sociais serem capazes de modificar o mundo.

> Se, no entanto, a idéia de progresso em sua encarnação presente parece tão pouco familiar que chegamos a nos perguntar se ainda mantemos, é porque o progresso, como tantos outros parâmetros da vida moderna, está agora "individualizado"; mais precisamente – desregulado e privatizado. Está agora desregulado – porque as ofertas de "elevar de nível" as realidades presentes são muitas e diversas e porque a questão "uma novidade particular significa de fato um aperfeiçoamento?" foi deixada à livre competição antes e depois de sua introdução. ((BAUMAM, 2001, p. 170).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O aprimoramento não é mais pensado como parte de um projeto que visa aumentar os níveis de qualidade para a vida, o aprimoramento é agora parte das escolhas de homens e mulheres individuais que deverão, às suas custas, usar seu juízo, seu recursos, seu próprio tempo e dinheiro, para satisfazer-se eternamente, já que não há referência de objetivo a ser alcançado.

A tendência é que surjam condições de existência individualizadas, atomizadas, que se sustentam diretamente no indivíduo, não mais na coletividade. Contudo, não se deve esquecer que o trabalho foi considerado durante a modernidade como seu principal valor.

> Contra a unidimensonlização individualista, egoísta e proprietária do liberalismo, contra a proletarização crescente das classes trabalhadoras, o movimento operário reclama justiça social. Isto é hoje indiscutivelmente considerado como o primeiro e mais importante "background" histórico social do moderno princípio da democracia econômica e social. (CANOTILHO, 1993, p. 407).

O direito do trabalho foi o grande marco na evolução da defesa do trabalhador, sendo uma lei de ordem pública e de interesse social com inúmeras inovações, inclusive o descompasso temporal, consoante a maior ou menor resistência às reivindicações operárias. Com efeito, a luta da classe trabalhadora por condições melhores de trabalho se deu há bastante tempo, a proposta de flexibilizar direitos trabalhistas gera uma certa instabilidade nas relações trabalhos. As garantias de proteção ao trabalho são de extrema relevância para o cenário brasileiro, pois se completa com o acesso ao Poder Judiciário, todas as vezes que o consenso da relação contratual não alcança o seu objetivo.

> Independente de o quanto os deveres de progressividade (em matéria de direitos sociais) e desenvolvimento possam (ou menos devam) ocupar um lugar de destaque, segue sendo necessário uma preocupação permanente com a consolidação e manutenção pelo menos dos níveis de proteção social mínimos, onde são alcançados, nas várias esferas da segurança social e da tutela dos direitos sociais.(SARLET, 2010, p.16).

Afirma-se que a proibição ao retrocesso social é uma imposição de princípios que regem o ordenamento constitucional, que juntamente com outros princípios e regras, opera de modo a perseguir a maximização da eficácia do sistema de direitos fundamentais como um todo. A vinculação do legislador aos direitos fundamentais

impõe àquele que edite as normas necessárias para conferir eficácia aos direitos sociais constitucionalmente assegurados. No entendimento de (BAUMAN, 2011), o trabalho encontrava-se como uma atividade em que se imaginava que a humanidade como um todo estava envolvida por seu destino e natureza, e não por escolha. Sendo assim, surge a percepção que o traablho possui relevância para diminuir a desigualdade social.

> Assim, em virtude do seu inerente dinamismo, a sociedade moderna está acabando com suas formações de classe, camadas sociais, ocupação, papéis do sexos, família nuclear, agricultura, setores empresariais e, é claro, também com o pré-requisitos e as formas contínuas do progresso pode se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói o outro e o modifica, é o que eu chamo de etapa de modernizade reflexiva. (GIDDENS; BECK; LAS, 2012, p. 13).

Segundo os escritos acima, nota-se que o trabalho perde sua propriedade essencial e eficácia como identidade avaliativa do trabalhador, intervindo mais como conjução de fomento acarretando na perca do sentido de trabalho como responsável da sapiência protetiva e independência. Dessa forma, a modernidade reflexiva faz vários apontamentos de destruição no que diz respeito às relações de trabalho.

Arendt (2018, p. 161) enfatiza que, "o risco de que a emancipação do trabalho na era moderna não só fracasse na instauração de uma era de liberdade para todos, mas, ao contrário, acabe por submeter pela primeira vez toda humanidade ao jugo da necessidade".

A emancipação do trabalho é um risco, e especialmente nas relações de trabalhos pelo suposto desenvolvimento na modernidade líquida, pois um eixo de ordem pública deve permanecer intocável. Antes de mais nada, as relações de trabalho na modernidade deverá favorecer o ajuste igualitário, e não depreender a destruição do direito do trabalho

> Trabalhar significa ser escravizado pela necessidade, e essa escravização era inerente às condições da vida humana. Pelo fato de serem dominados pelas necessidades da vida, os homens só podeiam conquistar a liberdade dominando outros que eles, à força, sujeitavam à necessidade. (ARENDT, 2018, p. 103)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A decomposição no direito do trabalho será uma decadência, pois desconstrói a legistação trabalhista, contraria alguns de seus princípios, suprime regras favoráveis à classe trabalhadora, prioriza normas menos favoráveis ao empregado, o negociado sobre o legislado (para reduzer direitos), além disso, prestigia o trabalho intermitente, a liberdade de ajustes entre empregado e empregador, jornada de trabalho e exclui regras protetoras de Direito Civil e de Processo Civil ao Direito e Processo do Trabalho, tencionando modernizar e flexibilizar as relações de trabalho, pois a flexibilidade e `a insegurança, próprias do novo capitalismo da sociedade pós-moderna, são características da modernidade líquida pelo poder do capital. Edeman (2016, p.40) "o poder do empregador é o mesmo do bom funcionamento do capital, ele se dá como um poder sobre os trabalhadores pela mediação do contrato". Logo, o liame que mostra a modernidade liquida é a relação capital/trabalho.

Para Giddens (1991, p. 50-51). "A modernidade é constituída por e através de conhecimento reflexivamente aplicado, mas a equação entre os conhecimentos e certeza revelou-se erroneamente interpretada". Estamos em grande parte num mundo desenvolvido que é integramente por meio do conhecimento mediativo, mas em que parte, em que época, não podemos nunca estar seguros de qualquer componente dado deste conhecimento. Assim, a modernidade, o mecanismo de mudanças como inovação, por um lado, o direito do trabalho, são aspectos fundamentais para o entendimento de incertezas do futuro do direito do trabalho.

Com isso, entende-se que a modernidade demonstra insegurança, preocuçaões ao que se refere as relações de trabalho, desde que os fundamentos existentes no direito do trabalho se revelem sem credibilidade.

> O derretimento dos sólidos levou à progressiva libertação da economia de seus tradicionais embaraços políticos éticos e culturais. Sedimentou uma nova ordem, definida principalmente em termos econômicos. Essa nova ordem definida principalmente em termos econômicos. (BAUMAN, 2001, p. 11)

Por conseguinte, é possível dizer que as organizações modernas líquidas ocupam-se de maneiras mais soltas de formar-se, tendem a não falar sobre controles, liderança e gerência, mas sim de influências. A modernidade líquida trouxe incertezas, medo sobre o presente e futuro das relações de trabalho. Formalmente, o direito fundamental é estudado com o esteio em diversos direitos que vem surgindo ao longo dos anos para propor uma vida digna e coletiva. Os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

efeitos da pós modernidade traz um risco para a sociedade em três esferas, quais sejam:, o trabalho, consumo e meio ambiente.

> O referido reconhecimento dos efeitos futuros do risco parte da aceitação de que a representação do futuro até então adotada, cujo controle se dava por meio de condições razoáveis de previsibilidade, mostra-se insuficiente para o estado atual. (MARQUES, 2012, p.3).

Na sociedade atual, é necessário enfatizar que as raízes do risco encontram-se desenvolvidas na liberdade extensiva dos ramos do direito. Daí a necessidade de normas imperativas com a condição de indisponibilidade, mas elas devem responder, ao nível de proteção e admitir o trabalho o humano com dignidade. Enfim, a Carta Marga de 1988 tipifica em seu texto "a dignidade da pessoa humana'. Então, percebe-se que é socialmente inaceitável e politicamente perigoso, é que o mundo seja impulsionado exclusivamente pelas leis do mercado. Marques (2012, p. 4). "Assim, diante de uma lógica da durabilidade e equidade, produzir uma mudança de comportamento representa uma tentativa de organizar o porvir, de encontrar elementos de controle das consequências futuras dos atos humanos presentes".

Para Arent (2018), o perigo é que tal sociedade, deslumbrada pela ambudância de sua crescente, fique aprisionada pela performance de um processo interminável, pois o foco na modernidade líquida deveria ser a edificação das normas protetivas das relações de trabalho. "O problema fundamental em relação aos direitos dos homens, hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas o de protege-los" (BOBIO, 1992, p. 6).

Entretanto, a modernidade líquida poderá trazer a ausência do Estado, e, em consequência, revogação de direito impostos pela lei, rerirada de acolhimento legislativo, autorizando o liberto e manifestação arbítria, a autossuficiência privada para regular a relação laboral.

> A fadiga do Estado moderno é talvez sentida de modo mais agudo, pois significa que o poder de estimular as pessoas ao trabalho – o poder de fazer coisas – é retirado da política, que costuma decidir que tipos de coisas deveriam ser feitas e quem as deveria fazer. (BAUMAM 2011, p. 168).

A questão da modernidade líquida enfazida-se um desiquilíbrio, em especial nas relações de trabalho, pois poderá deixar a classe trabalhadora desprotegida em face do setor econômico. Constata-se que o trabalho nas relações de trabalho sofreu uma grande transformação, criando risco para as gerações atuais e futuras. Bauman (2001) entende que seja a era do "mercado de trabalho flexível. Sendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

assim, o papel do trabalho é enfraquecido, não conseguindo da uma base segura a classe operária. Ainda, sobre esse cenário, Baumam (2001) elenca que um governo preso aos modelos de sociedades capitalistas joga o jogo da classe empresária, da iniciativa privada, e passa a desregulamentar as normas protetiva do direito do trabalho.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela observação dos aspectos analisados durante o trabalho, tivemos empenhados em compreender os impactos na modernidade líquida nas relações de trabalho, teoria esta criada pelo sociólogo polônes Zygmunt Baumam. No primeiro momento as garantias dos trabalhistas previtos na norma Constitucional, e também aspectos do passado e as perspectivas do futuro das relações trabalhistas.

Os discursos da modernidade líquida vêm afrontando o direito do trabalho, a partir de alteração relevante de dispositos da norma infraconstitucional. Para tanto, nos detivemos a identificar a modernidade líqudida em função da flexibilização de direitos sob o prisma da desregulamentação e retrocesso social.

Diante de todos os expostos, é certa a necessidade de reflexão profunda acerca dos rumos que as relações de trabalho têm traçado e quais são as suas perpectivas dos trabalhadores brasileiros dentro deste contexto. É preciso um despertar de olhar mais analítico e perspicaz sobre as formas de dominação imbuídas nas atividades desempenhadas e em suas vinculações porque não parece que os tempos de modernidade líquida, desejosos por sua liberdade e autonomia, tenham de fato contribuído para a emancipação e plenitude do homem, enquanto sujeito trabalhador, pelo contrário, tem intensificado o sequestro de sua subjetividade e capacidade crítica.

O Direito surgiu como ferramenta para equilibar as relações de trabalho. Entretanto, a modernidade líquida aparece para fazer do trabalhador um objeto descartável, cumpre-se destacar os esforços do direito brasileiro e também internacional na investida de proteger a dignidade humana do trabalhador. A modernidade líquida chega à sociedade de forma desproporcional, de um sitesma econômico e social, em que o principal objetivo visa ao lucro por meio da desregulamentação de previsão legal do direito do trabalho.

A modernidade líquida é novo paradigma nas relações de trabalho. A pesquisa constata que a passagem da modernidade sólida para modernidade líquida afeta nos mais variados aspectos no direito do trabalho, pois a modernidade sólida possui forma definida, estável e duradoura. Por sua vez, a modernidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

líquida apresenta características instáveis , forma passageira e sua extraordinária mobilidade faz com que sejam associadas à leveza.

Obervamos que a modernidade líquida traz a diminuição da interferência do Estado nas relações de trabalho, traz uma perspectiva voltada para uma insegurança, riscos, desregulamentação, precarização, destruição, retrocesso social, dos níveis mais elementares de tutela do direito do trabalho.

6. REFERÊNCIAS

ARIGÓN, Mario Garmendia, **Ordem pública e direito do trabalho.** São Paulo: Ltr, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBIO. Norberto, **Ética dos direitos**. Tradução português, ed. Campus: 1992

BECK. Ulrich. Sociedade de Risco. São Paulo: Editora 34, 2011.

BONAVIDES. **Paulo. História Constitucional do Brasil.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017.

EDELMAN, **Bernard. A legalização da classe operária**. 1.ed. – São Paulo: Boitempo, 2016.

GARGARELLA, Roberto. **Latin american constitutionalism**, 1810-2010: the engine room of the Constitution. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. **Direito Constitucional do Trabalho: DA ANÁLISE dogmática à concretização de questões polêmicas.** São Paulo: LTR,2014.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução Raul Fiker – São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GIDDENS, Anthony.**Modernidade Reflexiva.** 2.ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ARENDT hannah. **A condição humana**. 13.ed. ver. Riode Janeiro: Forense Universitária, 2018.

HARVEY, David. **Condição pós moderna**. São Paulo: Loyola: 2017.

MARQUES. Clarissa. Meio ambiente, solidariedade e futura gerações. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito**. Fortaleza, Ceará v. 32. n. 2, p. 37-56. jul/dez. 2012. Disponível em: http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/350. Acesso em: 6 fev. 2019.

MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de traablho. 5.ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Emanoel. **Direito sociais trabalhistas**: responsabilidade, flexibilização, sindicabilidade judicial e as relações negociadas – São Paulo: Saraiva, 2018.

REALE, Miguel. **A globalização da economia e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, Jan. 1997.

SAYEG HELÚ, Jorge. **El constitucionalismo social mexicano**: la integración constitucional de México: (1808– 1988). 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trablho**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2010.

ALVARENGA, Rúbia Zanotteli. **Direito Constitucional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

SARLET, Ingo Wofgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**. p. 1-39. Salvador –Bahia, 2010, p. 1-39. Disponível em: https://www.olibat.com.br/documentos/SARLET.pdf. Acesso em: 26 nov. 2019.

GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. **Modernidade reflexiva**: Política, tradição e estética na ordem social moderna. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A POLÊMICA SOBRE O ART. 25, § 3º, DA EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019: HÁ MESMO NOVIDADE?

VICTOR DE OLIVEIRA MEYER NASCIMENTO: Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Conselheiro-substituto do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, desde novembro/2018. Foi Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União entre 2004 e 2018.

Resumo: O art. 25, § 3º, da Emenda Constitucional 103/2019 (última reforma da previdência) tem sido objeto de severas críticas de especialistas e de ações diretas de inconstitucionalidade, por supostamente violar a intangibilidade constitucional do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, além de transferir ao segurado o dever estatal de fiscalizar o recolhimento das contribuições previdenciárias. O presente artigo analisa a polêmica em conjunto com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União sobre a contagem recíproca de tempo para fins de aposentadoria, enfoque que não foi dado nas críticas mencionadas. Ao final deste estudo, concluiu-se que o dispositivo em questão não inova substancialmente no ordenamento jurídico, tampouco apresenta inconstitucionalidade manifesta, pois: i) está em linhas gerais em consonância com a jurisprudência do STF e do TCU sobre a contagem recíproca; ii) não se aplica aos casos em que não era exigida contribuição do segurado na época em que a atividade foi exercida; iii) não transfere ao segurado o dever de fiscalizar o recolhimento das contribuições; iv) não há incompatibilidade entre a norma em questão e o instituto da decadência.

Palavra-chave: Reforma da previdência. Aposentadoria. Contagem recíproca. Contribuição. Nulidade. Retroatividade. Direito adquirido.

Abstract: The art. 25, § 3, of Constitutional Amendment 103/2019 (last social security reform) has been the object of severe criticism by specialists and direct actions of unconstitutionality, for allegedly violating the constitutional intangibility of the vested right and the perfect legal act, in addition to transferring to the insured the state's duty of supervise the collection of social security contributions. This article analyzes the controversy in conjunction with the jurisprudence of the Supremo Tribunal Federal and the Tribunal de Contas da União about the reciprocal counting of time for retirement purposes, an approach that was not given in the criticisms mentioned. In the end, it was concluded that the provision in question does not substantially innovate in the legal system, nor does it present manifest unconstitutionality, since: i) it is generally in line with the jurisprudence of the STF and TCU about reciprocal counting; ii) does not apply to cases in which the insured's

contribution was not required at the time the activity was performed; iii) does not transfer to the insured the duty to inspect the collection of contributions; iv) there is no incompatibility between the rule in question and the decay institute.

Keyword: Social security reform. Retirement. Reciprocal counting. Contribution. Retroactivity. Vested right.

Sumário: Introdução. 1. A novidade não é nova: entendimento consolidado no TCU e no STF sobre a contagem recíproca. 2. A autolimitação da norma: nem toda contagem recíproca sem recolhimento de contribuições é nula. 3. O caso do cômputo do tempo de advocacia para magistrados e membros do Ministério Público. 4. Decadência e efeitos da nulidade. Conclusão. Referências

Introdução

O artigo 25, § 3º, da Emenda Constitucional 103/2019 tem suscitado grande polêmica entre juristas por sua aparente retroatividade, ao considerar nula aposentadoria que "tenha sido concedida" por regime próprio de previdência social (RPPS) com contagem recíproca de tempo de serviço vinculado ao regime geral de previdência social (RGPS), sem o recolhimento da respectiva contribuição ou da correspondente indenização:

> § 3º Considera-se **nula** a aposentadoria que **tenha sido concedida** ou que venha a ser concedida por regime próprio de previdência social com contagem recíproca do Regime Geral de Previdência Social mediante o cômputo de tempo de serviço sem o recolhimento da respectiva contribuição ou da correspondente indenização pelo segurado obrigatório responsável, à época do exercício da atividade, pelo recolhimento de suas próprias contribuições previdenciárias. (grifamos)

As reações no meio jurídico foram praticamente imediatas, expressando perplexidade e repulsa diante do que se apresentou como manifesta violação da garantia fundamental à intangibilidade do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, sobretudo no que se refere ao tempo de serviço anterior à EC 20/1998.

Como exemplo, pode ser mencionado o contundente artigo publicado por Paulo Modesto em 14/11/2019[1], dia seguinte ao da publicação da EC 103/2019, com o sugestivo título "A norma mais chocante da nova reforma da Previdência".

Com base em minuciosa fundamentação, o referido autor afirmou que o § 3º do Art. 25 da EC 103/2019 "é grosseiramente inconstitucional, por violação ao princípio da segurança jurídica e infração a direitos fundamentais de matriz

constitucional, fronteira intransponível à competência reformadora, nos termos do Art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República".

Lembrou Modesto que "foi a Emenda Constitucional n. 20/1998 que extinguiu a aposentadoria por tempo de serviço nos regimes próprios e a transformou em aposentadoria por tempo de contribuição", convertendo, "de forma instantânea, por norma transitória, todo o tempo de serviço considerado na legislação precedente como tempo de contribuição para o novo regime".

Desse modo, prosseguiu, "o § 3º do Art. 25 da Emenda Constitucional 103/2019 é norma, por isso, flagrantemente retroativa e pretende regredir seus efeitos no tempo em quase 21 anos!".

Também pode ser mencionada a opinião de Rômulo Saraiva, publicada em coluna no site da Folha de São Paulo em 18/11/2019[2], para quem o referido dispositivo "é radical" e "inaugura uma preocupação nova que ninguém estava acostumado", pois a responsabilidade estatal de fiscalizar o recolhimento das contribuições passaria a ser do empregado.

Por fim, vale ainda mencionar as ações diretas de inconstitucionalidade 6254[3] e 6256[4], protocoladas em 13/11/2019, data da publicação da EC 103/2019, a primeira de autoria da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (Anadep) e a segunda proposta por diversas entidades de classe, dentre elas a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp). Ambas ADIs impugnam o art. 25, § 3º da EC 103/2019.

O que foi dito até aqui já basta para dar uma noção da celeuma causada na comunidade jurídica pelo art. 25, § 3º, da EC 103/2019. Nesse contexto, o presente trabalho se propõe a contribuir para que a inovação constitucional seja mais bem compreendida, examinando-a em conjunto com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal sobre a contagem recíproca do tempo de contribuição.

Desenvolvimento

1. A novidade não é nova: entendimento consolidado no TCU e no STF sobre a contagem recíproca

Para compreender o art. 25, § 3º, da EC 103/2019, é essencial levar em consideração o entendimento do STF e do TCU de que a Constituição Federal de 1988, **desde sua redação original**, já exigia o recolhimento das contribuições

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

previdenciárias como condição para aproveitamento no RPPS do tempo de serviço prestado sob vinculação ao RGPS.

De fato, no texto original da Constituição de 1988, o instituto da contagem recíproca estava previsto nos seguintes termos:

> CF/1988 (texto original)
>
> art. 202, § 2º Para efeito de aposentadoria, **é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição** na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos sistemas de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei. (grifamos)

A EC 19/1998 transferiu essa previsão para o art. 201, § 9º, mantendo exatamente o mesmo texto:

> CF/1988 (alterada pela EC 20/1998)
>
> art. 201 § 9º Para efeito de aposentadoria, **é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição** na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei. (grifamos)

Esse dispositivo permaneceu inalterado até a recente EC 103/2019, que, embora tenha promovido discreta modificação no texto, manteve a norma na essência:

> CF/1988 (alterada pela EC 103/2019)
>
> art. 201 § 9º Para fins de aposentadoria, **será assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição** entre o Regime Geral de Previdência Social e os regimes próprios de previdência social, e destes entre si, observada a compensação financeira, de acordo com os critérios estabelecidos em lei. (grifamos)

Percebe-se que a contagem recíproca desde sua previsão inicial na Constituição de 1988 referia-se a tempo de contribuição, e não a tempo de serviço. Por esse motivo, já havia decisão do STF mesmo antes da EC 19/1998 no sentido de que o aproveitamento do tempo de serviço prestado sob o RGPS para o RPPS **não** prescindia da comprovação do recolhimento das contribuições.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nessa linha, menciona-se o acórdão proferido pelo Plenário do STF ao apreciar pedido cautelar na ADI 1664, publicado em 19/12/1997, mantendo a eficácia de dispositivo da Medida Provisória 1523-13 que vedava o computo do tempo de atividade rural para fins de contagem recíproca, salvo se comprovado o recolhimento das contribuições.

Vale transcrever a fundamentação utilizada pelo relator, Ministro Octavio Galloti (grifamos):

> Começo, nesse ponto, por observar que a contagem instituída pelo § 2º do art. 202 da Constituição (e para a qual expressamente exige esta compensação financeira e a contribuição) tem, como pólos da reciprocidade, de um lado, a administração pública, de outro, a atividade privada, aqui compreendidas tanto a rural como a urbana.
>
> [...]
>
> **Dessas premissas, parece lícito extrair que, para a contagem recíproca corretamente dita**, isto é, aquela que soma o tempo de serviço público ao de atividade privada, **não pode ser dispensada a prova de contribuição**, pouco importando – diante desse explícito requisito constitucional – que de, contribuir, houvesse sido, no passado, dispensada determinada categoria profissional, assim limitada, bem ou mal, quanto ao benefício da reciprocidade pela ressalva estatuída na própria Constituição.

Em resumo, entendeu o STF nessa oportunidade, anteriormente à EC 20/1998, que a soma do tempo de atividade privada ao de atividade no serviço público (contagem recíproca) requeria prova das contribuições.

E mais, conforme afirmou expressamente o relator no trecho acima transcrito, ainda que determinada categoria profissional tenha sido dispensada de contribuir no passado – caso dos trabalhadores rurais antes da Lei 8.212/1991 –, tal dispensa não alcançaria o benefício da contagem recíproca, haja vista o delineamento constitucional desse direito.

No mesmo sentido, inclusive citando esse precedente do Supremo, em 2006 o TCU pacificou sua jurisprudência firmando o entendimento de que a inclusão de tempo de serviço rural na contagem recíproca exige prova da contribuição, conforme dispôs o Acórdão 740/2006-Plenário:

> 9.4. firmar o entendimento de que somente é admissível a contagem recíproca de tempo de serviço rural, para fins de aposentadoria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> estatutária, mediante comprovação de recolhimento das contribuições previdenciárias, à época da realização dessa atividade;

Ainda em 2006, por meio do Acórdão 1.893, Plenário, o TCU modificou a tese acima para admitir também o recolhimento das contribuições em momento posterior, de forma indenizada:

> 9.5. alterar a redação do item 9.4 do Acórdão 740/2006-TCU-Plenário, nos seguintes termos: '9.4. firmar o entendimento de que é possível a contagem recíproca de tempo de serviço rural, para fins de aposentadoria estatutária, mediante comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias, à época da realização da atividade rural **ou, mesmo a posteriori, de forma indenizada**, nos termos do art. 96, inciso IV, da Lei 8.213/91 c/c com o art. 45, §§ 3º e 4º, da Lei 8.212/91'. (grifamos)

O entendimento consolidado em tais decisões parte da premissa, como já dito, de que as contribuições eram exigidas para a contagem recíproca **desde** a Constituição de 1988, conforme se constata no excerto abaixo:

> Acórdão 1.893/2006-Plenário, voto do relator (grifamos):
>
> 18. Assim, **a partir da vigência da Lei Maior**, passou-se a considerar, para efeito de reciprocidade, não apenas o tempo de serviço rural prestado, mas, sim, o tempo de efetiva contribuição previdenciária relativamente ao período laborado. **Surge, induvidosamente, da Constituição Federal de 1988, a obrigatoriedade da contribuição previdenciária, uma vez que, nos termos do dispositivo constitucional precitado, na sua versão original, o que vale para efeito de contagem recíproca para aproveitamento no regime previdenciário dos servidores públicos (Estatuto) é o tempo de contribuição na atividade privada rural ou urbana, e não o mero tempo de serviço, sem que tenha havido as correspondentes contribuições**.

Esse entendimento ensejou a edição do enunciado 268 da súmula da jurisprudência do TCU[5], e continua sendo aplicado, conforme se verifica, por exemplo, na fundamentação do Acórdão 13.239/2019-Primeira Câmara, que negou provimento a recurso interposto em face de decisão que havia considerado aposentadorias ilegais e negado registro, por causa do cômputo de tempo de serviço rural sem as correspondentes contribuições:

> 4. No que se refere ao tempo rural averbado, é entendimento pacífico nesta Corte de Contas que seu cômputo para fins de aposentadoria estatutária só é possível mediante a comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias, à época da realização da atividade rural ou a posteriori, de forma indenizada (Acórdãos 740/2006-TCU-Plenário e 1.893/2006-TCU-Plenário).

Também no STF persiste o mesmo entendimento, no sentido de que o tempo de atividade rural sem contribuição não pode ser computado para fins de aposentadoria no RPPS, pois a contagem recíproca prevista na Constituição de 1988, seja na previsão atual (art. 201, § 9º), seja na original (art. 202, § 2º), requer o recolhimento das contribuições:

> AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. CONTAGEM DE TEMPO DE ATIVIDADE RURAL. CONTAGEM RECÍPROCA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO RECOLHIMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS PARA A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA PELO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM ATIVIDADE RURAL. PEDIDO DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. ATO COMPLEXO. TERMO INICIAL DO PRAZO PREVISTO NO ART. 54 DA LEI 9.784/1999. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.
>
> **1. A contagem recíproca de tempo de serviço rural para a aposentadoria no serviço público pressupõe o recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes**. Precedentes: MS 33.482-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 31.08.2016; MS 28.917, Rel. Min. Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 28.10.2015; MS 28.668, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 11.06.2014; MS 28.929, Rel. Min. Cármen Lúcia, Plenário, DJe 14.01.2011; MS 26.391, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 06.06.2011.
>
> **2. Os precedentes desta Suprema Corte tiveram por fundamento o art. 201, § 9º, da Constituição da República, que tratou, para efeito de aposentadoria, da possibilidade de contagem recíproca de tempo de contribuição na Administração Pública e na atividade privada, rural e urbana, o qual, embora tenha sido renumerado, constava da redação original da Constituição da República como art. 202, § 2º.**
>
> 3. In casu, não houve aplicação retroativa da EC 20/1998 ou da Lei 9.528/1997, tendo sido observado o entendimento firmado por esta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Corte em relação à aplicação da legislação específica vigente por ocasião do preenchimento dos requisitos para a aposentadoria.
>
> 4. O ato de aposentadoria de agentes públicos é complexo e somente se aperfeiçoa após o seu registro junto ao TCU. O simples ato de averbação de tempo de serviço prestado em atividade rural, exarado em âmbito de controle interno do Tribunal de Contas, não atrai a incidência do art. 54 da Lei 9.784/1999 quanto ao pedido de aposentadoria pelo servidor público.
>
> 5. Agravo interno a que se NEGA PROVIMENTO.
>
> (MS 34.695 AgR/DF, Primeira Turma, Min. Luiz Fux, Dje 13/12/2017 - grifamos)

Esses julgados do STF e do TCU tratam especificamente do cômputo de tempo de atividade rural para o RPPS, mas as razões em tese se aplicam a qualquer contagem recíproca de tempo entre RGPS e RPPS, pois o fundamento constitucional das decisões (art. 201, § 9º, ou o antigo art. 202, § 2º) não se restringe à atividade rural.

Dito isso, voltemos ao polêmico art. 25, § 3º, da EC 103/2019, que tem a seguinte redação:

> § 3º Considera-se nula a aposentadoria que tenha sido concedida ou que venha a ser concedida por regime próprio de previdência social com contagem recíproca do Regime Geral de Previdência Social mediante o cômputo de tempo de serviço sem o recolhimento da respectiva contribuição ou da correspondente indenização pelo segurado obrigatório responsável, à época do exercício da atividade, pelo recolhimento de suas próprias contribuições previdenciárias.

A primeira parte do dispositivo afirma que são consideradas nulas as aposentadorias que tenham sido concedidas (ou venham a ser) por RPPS com contagem recíproca de tempo de serviço sem recolhimento das contribuições, ainda que na forma indenizada.

Essa parte está em perfeita consonância com o entendimento do TCU e do STF sobre o tempo de atividade rural, conforme julgados que apresentamos, os quais, vale lembrar, baseiam-se na previsão constitucional da contagem recíproca, que não sofreu alterações substanciais desde o texto original da Constituição Federal de 1988 e que não se restringe à atividade rural.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, o fato de o questionado dispositivo da EC 103/2019 considerar nulas aposentadorias anteriormente concedidas nas circunstâncias que especifica não deveria causar perplexidade, pois o TCU e o STF já consideravam em regra ilegais, e, portanto, nulas, as aposentadorias do RPPS para cuja concessão tivesse sido computado tempo de serviço do RGPS sem as correspondentes contribuições.

2. A autolimitação da norma: nem toda contagem recíproca sem recolhimento de contribuições é nula

Aspecto importante que não foi comentado nas citadas críticas ao art. 25, § 3º, da EC 103/2019 consiste na autolimitação do referido dispositivo por força da sua parte final, de seguinte redação: "pelo segurado obrigatório responsável, à época do exercício da atividade, pelo recolhimento de suas próprias contribuições previdenciárias".

Isso significa que o art. 25, § 3º, da EC 103/2019 **não** afirma a nulidade de todas as aposentadorias concedidas pelo RPPS com contagem recíproca sem recolhimento das contribuições, mas apenas daquelas em que o segurado obrigatório era o responsável por esse recolhimento na época do exercício da atividade.

Essa restrição por si só esvazia as principais críticas ao art. 25, § 3º, da EC 103/2019, que, se analisado atentamente, em vez de assombrosa novidade, mais se aproxima de tautologia, ao limitar-se a considerar nulas as aposentadorias concedidas àquele segurado que descumpriu o dever legal, existente na época da atividade, de efetuar o recolhimento das contribuições.

Com efeito, nos casos em que não era exigida contribuição do segurado quando do exercício da atividade, este não era, por óbvio, o responsável pelo recolhimento, não se aplicando art. 25, § 3º, da EC 103/2019. Por outro lado, nos casos em que a legislação exigia contribuição do segurado na época do exercício da atividade e o próprio segurado era o responsável pelo recolhimento, o cômputo do tempo sem contribuição caracteriza-se logicamente como ilegal, sendo a nulidade da aposentadoria mera consequência.

Não se sustentam, portanto, conclusões de que o art. 25, § 3º, da EC 103/2019 estaria, de forma retroativa, estabelecendo exigência inexistente à época do exercício da atividade.

Além disso, percebe-se a inaplicabilidade do dispositivo aos casos em que, embora a contribuição fosse exigida na época da atividade, o segurado não era o responsável pelo recolhimento, a exemplo dos segurados empregado e trabalhador avulso, cujas contribuições devem ser retidas e recolhidas por quem os remunera[6].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Desse modo, preservou-se o entendimento há muito prevalecente de que, nos casos em que a responsabilidade por recolher as contribuições não é do segurado, o benefício previdenciário deve ser concedido independentemente da comprovação do recolhimento das contribuições, bastando prova do exercício da atividade.

A *ratio* desse entendimento, que inclusive resultou no atual Enunciado 2 do Conselho de Recursos da Previdência Social[7], é que se o poder público decidiu atribuir a terceiros a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições do segurado, não poderá impor a este as consequências da omissão alheia, cabendo ao próprio Estado, e não ao segurado, o encargo de fiscalizar o pagamento das contribuições.

Não se justifica, portanto, a crítica de que o art. 25, § 3º, da EC 103/2019 estaria transferindo ao empregado a responsabilidade de fiscalizar o recolhimento das contribuições pelo empregador[8]. Não é disso que se trata, pois, como visto, o dispositivo em questão expressamente exclui de sua aplicação os casos em que o segurado não era, à época, o responsável pelo recolhimento das suas contribuições.

3. O caso do cômputo do tempo de advocacia para magistrados e membros do Ministério Público

Cumpre considerar o caso específico do cômputo do tempo de advocacia para aposentadorias de magistrados e membros do Ministério Público.

Essa controvérsia específica decorre das previsões no art. 77 da LC 35/1979[9] e no art. 231, § 1º, da LC 75/1993[10] no sentido de que o tempo de advocacia deve ser contado como tempo de serviço, até o limite de quinze anos.

Nas ADIs 6254 e 6256[11], que impugnaram o art. 25, § 3º, da EC 103/2019, um dos argumentos consistiu justamente na incompatibilidade desse dispositivo constitucional com a alegada ausência de obrigatoriedade de comprovação do recolhimento das contribuições para o cômputo do tempo de exercício de advocacia para magistrados e membros do Ministério Público anteriormente à EC 20/1998. Desse modo, a inovação constitucional sob exame estaria, retroativamente, considerando nulas aposentadorias supostamente concedidas em consonância com a legislação da época.

Tal argumento fundamenta-se sobretudo na recente guinada jurisprudencial no âmbito do Tribunal de Contas da União, promovida pelo Acórdão 1.435/2019-Plenário, de 19/6/2019, que admitiu o cômputo de tempo de exercício de advocacia para aposentadoria de magistrado sem o recolhimento das contribuições, tendo a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tese vencedora sido sintetizada no seguinte enunciado do sistema Jurisprudência Selecionada, disponível no site do TCU[12]:

> É legal, para fins de aposentadoria de magistrado, a contagem do tempo exercido como advogado, independentemente do recolhimento das contribuições previdenciárias, desde que comprovado por meio de certidão da OAB, apenas para os interessados que ingressaram na carreira antes do advento da EC 20, de 16/12/1998.
>
> Acórdão 1435/2019-Plenário | Redator: WALTON ALENCAR RODRIGUES

Importante destacar que, até esse julgado, a jurisprudência predominante no próprio TCU era no sentido de que o tempo de advocacia somente poderia ser computado para aposentadorias do RPPS, mesmo de magistrado ou de membro do ministério público, mediante a comprovação do recolhimento das contribuições, ainda que na forma indenizada (Acórdãos 2.375/2018-Segunda Câmara, Min. José Múcio; 1.143/2017-Primeira Câmara, Vital do Rêgo; e 1.138/2017-Segunda Câmara, André de Carvalho). Houve, inclusive, resposta a consulta no mesmo sentido, com caráter normativo[13]:

> Acórdão 2.229/2009-Plenário
>
> 9.1. conhecer da presente consulta, por preencher os requisitos indicados no art. 264 do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, responder ao consulente que:
>
> [...]
>
> 9.1.2. o tempo de exercício de advocacia por magistrado (como profissional autônomo), inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, não constitui tempo de serviço público, podendo, contudo, ser computado para fins de aposentadoria, nas hipóteses expressamente indicadas no item 8.1.1 da Decisão 504/2001-TCU-Plenário, **desde que comprovada a respectiva contribuição previdenciária**, na forma do item 8.1.2 da mesma decisão; (grifamos)

A questão é complexa e ainda não foi definida no âmbito do STF[14], podendo ser examinada mais detalhadamente em trabalho específico. Para os fins do presente artigo, importa apenas observar que o art. 25, § 3º, da EC 103/2019 não pode ser considerado surpreendente nesse aspecto, pois, como já dito, até recentemente havia consolidada jurisprudência do TCU a exigir o recolhimento das contribuições previdenciárias para considerar lícita a contagem de tempo de advocacia na concessão de aposentadoria a magistrado ou membro do MP.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Não se pode falar, portanto, em flagrante violação da segurança jurídica pela norma questionada, mesmo no que se refere à contagem de tempo de exercício de advocacia para fins de aposentadoria de magistrados e de membros do ministério público, pois, nesse caso, a EC 103/2019 apenas teria encampado o entendimento que até pouco tempo predominava no TCU.

De qualquer forma, caso o STF venha a anuir à posição mais recente do TCU, ainda assim não será o caso de se invalidar o art. 25, § 3º, da EC 103/2019, bastando-se declarar nulidade parcial sem redução de texto, para afastar interpretação que alcance aposentadorias nessa situação específica de cômputo do tempo de advocacia, permanecendo o dispositivo hígido em relação às demais aposentadorias dos RPPS que eventualmente tenham contemplado contagem recíproca sem o recolhimento das contribuições, na linha da jurisprudência consolidada.

4. Decadência e efeitos da nulidade

Pode-se ainda questionar se o art. 25, § 3º, da EC 103/2019 afronta a segurança jurídica, por aparentemente desprezar o instituto da decadência, ao considerar nulas aposentadorias anteriormente concedidas sem qualquer limitação temporal.

Com efeito, o fato de o legislador constituinte derivado ter utilizado o termo "nula", em vez de "anulável", pode sugerir que se trata de vício insanável e insuscetível de convalidação pelo decurso do tempo.

Entretanto, de modo diverso do que ocorre no direito civil[15], a conformação dada ao instituto da decadência no âmbito do direito administrativo, positivada na esfera federal pelo art. 54 da Lei 9.784/1999 – replicado nas legislações de diversos estados membros – não diferencia o ato nulo do ato anulável.

Estabelece o citado artigo da lei federal que o direito de a administração anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, salvo comprovada má-fé. Depreende-se que a natureza ou a gravidade do vício não o tornam inalcançável pela decadência, excetuada a hipótese de má-fé. Dito de outra forma, a disciplina da decadência administrativa não se vale da distinção entre ato nulo ou anulável como critério para a aplicação do instituto, mas apenas da constatação ou não de má-fé.

Desse modo, pode-se concluir que a utilização da palavra "nula" no art. 25, § 3º, da EC 103/2019 não o torna por isso incompatível com o princípio da segurança jurídica, eis que não exclui necessariamente a aplicação da decadência. Pode-se interpretar o novo dispositivo constitucional no sentido de que seus efeitos estão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

limitados aos casos em que ainda não tenha decaído o exercício da autotutela pela Administração.

Cabe apenas lembrar duas mitigações ao instituto da decadência administrativa, independentes da emenda constitucional sob análise.

A primeira refere-se ao entendimento atualmente predominante no STF no sentido de que a decadência não incide nos casos de inconstitucionalidade manifesta[16].

A segunda diz respeito ao entendimento pacífico no STF de que os atos concessórios de aposentadoria em regimes próprios são atos complexos, que somente se aperfeiçoam com o registro pelo tribunal de contas, momento a partir do qual se inicia a contagem do prazo decadencial[17].

Dito isso, como o art. 25, § 3º, da EC 103/2019 trata especificamente de atos de aposentadoria de regimes próprios, caso o Supremo mantenha os entendimentos atualmente predominantes[18], os efeitos desse dispositivo poderão alcançar as aposentadorias cujos registros pelo respectivo tribunal de contas tenham ocorrido a menos de cinco anos.

Por fim, mesmo considerando-se nula a aposentadoria nos termos da nova norma constitucional, os efeitos da declaração de nulidade preservarão os valores até então recebidos de boa-fé pelo beneficiário, conforme pacífica jurisprudência do TCU a respeito de aposentadorias consideradas ilegais[19].

6. Conclusão

Diante do estudo apresentado, conclui-se que o art. 25, § 3º, da EC 103/2019 não inova substancialmente no ordenamento jurídico, tampouco apresenta inconstitucionalidade manifesta, pois: i) está em consonância com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União sobre a contagem recíproca de tempo para fins de aposentadoria em regimes próprios de previdência social, exceto no que se refere ao aproveitamento de tempo de exercício de advocacia para magistrados e membros do ministério público, assunto que ainda não está pacificado; ii) não se aplica aos casos em que não era exigida contribuição do segurado na época em que a atividade foi exercida; iii) não transfere ao interessado no benefício o dever de fiscalizar o recolhimento das contribuições por terceiros; iv) não há incompatibilidade entre a norma em questão e o instituto da decadência.

7. Bibliografia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 25/11/2019.

BRASIL. Conselho de Recursos da Previdência Social. **Enunciado 2 do CRPS.** Disponível em http://sa.previdencia.gov.br/site/2019/12/DESPACHO_37_ENUNCIADOS.pdf. Acesso em 26/01/2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional 20, de 15 de dezembro de 1998.** Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm Acesso em 25/11/2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019.** Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em 25/11/2019.

BRASIL. **Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l3807.htm. Acesso em 15/01/2020.

BRASIL. **Lei 8.212, de 24 de julho de 1991.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm. Acesso em 15/01/2020.

BRASIL. **Lei 8.443, de 16 de julho de 1992.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm. Acesso em 15/01/2020.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 15/01/2020.

BRASIL. **Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em 15/01/2020.

BRASIL. **Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em 15/01/2020.

BRASIL. **Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em 15/01/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1664.** Relator Min. Octávio Gallotti. Plenário. Brasília. 13 de novembro de 1997. Disponível

em http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1664%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1664%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ksos4ms. Acesso em 07/01/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 636.553 RG/RS.** Relator Min. Gilmar Mendes. Plenário. Brasília. Julgamento não concluído. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4043019. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 33.385 AgR-Ed-ED/DF.** Relator Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília. 24 de fevereiro de 2017. Disponível em http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+34695%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+34695%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4led7pl. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Rescisória 2582 AgR/DF.** Relator Min. Dias Toffoli. Plenário. Brasília. 20 de abril de 2017. Disponível em http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AR%24%2ESCLA%2E+E+2582%2ENUME%2E%29+OU+%28AR%2EACMS%2E+ADJ2+2582%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kkutmpt. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 34.695 AgR/DF.** Relator Min. Luiz Fux. Primeira Turma. Brasília. 1º de dezembro de 2017. Disponível em http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+34695%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+34695%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4led7pl. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança AgR/DF.** Relator Min. Edson Fachin. Segunda Turma. Brasília. 2 de março de 2018. Disponível em http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+33805%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+33805%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7w23d46. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo 1128137/SC.** Relator Min. Roberto Barroso. Primeira Turma. Brasília. 28 de setembro de 2018. Disponível

em http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24%2ESCLA%2E+E+1128137%2ENUME%2E%29+OU+%28ARE%2EACMS%2E+ADJ2+1128137%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y6b8z73c. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 30.294/DF.** Relator p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes. Primeira Turma. Brasília. 28 de maio de 2019. Disponível em http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+30294%2ENUME%2E%29+OU+%28MS%2EACMS%2E+ADJ2+30294%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y4ckgmqd. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 34.401/DF.** Relator Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Brasília. Julgamento não concluído. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5046793. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 740/2006.** Relator Min. Walton Alencar Rodrigues. Plenário. Brasília. 17 de maio de 2006. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A740%2520ANOACORDAO%253A2006%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6a4497a0-3264-11ea-9324-7929cea56031. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1893/2006.** Relator Min. Subst. Augusto Sherman. Plenário. Brasília. 11 de outubro de 2006. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1893%2520ANOACORDAO%253A2006%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6ad5bea0-3265-11ea-887d-e3e2f2079b64. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2229/2009.** Relator Min. Subst. André de Carvalho. Plenário. Brasília. 23 de setembro de 2009. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2229%2520ANOACORDAO%253A2009%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=9847dcb0-326a-11ea-8ef4-5139830282fd. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1143/2017.** Relator Min. Subst. André de Carvalho. Segunda Câmara. Brasília. 31 de janeiro de 2017. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/tempo%2520advocacia/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/5/sinonimos%253Dtrue?uuid=9847dcb0-326a-11ea-8ef4-5139830282fd. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1143/2017.** Relator Min. Vital do Rêgo. Primeira Câmara. Brasília. 21 de fevereiro de 2017. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/tempo%2520advocacia/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/3/sinonimos%253Dtrue?uuid=9847dcb0-326a-11ea-8ef4-5139830282fd. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2375/2018.** Relator Min. José Múcio. Segunda Câmara. Brasília. 10 de abril de 2018. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2375%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6ad5bea0-3265-11ea-887d-e3e2f2079b64. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1435/2019.** Relator Min. Benjamin Zymler. Autor do voto vencedor Min. Walton Alencar Rodrigues. Plenário. Brasília. 16 de junho de 2019. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1435%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6ad5bea0-3265-11ea-887d-e3e2f2079b64. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 13.239/2019.** Relator Min. Bruno Dantas. Segunda Câmara. Brasília. 29 de outubro de 2019. Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A13239%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Primeira%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=6ad5bea0-3265-11ea-887d-e3e2f2079b64. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Enunciado 268 da súmula da jurisprudência do TCU.** Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/sumula/268/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMEROINT%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue?uuid=31ce3780-37e8-11ea-9bf6-751b1c24744e. Acesso em 08/01/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Enunciado 106 da súmula da jurisprudência do TCU.** Disponível em https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/boa%2520f%25C3%25A9%2520%2520pessoal/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/1/sinonimos%253Dtrue?uuid=269a6230-3eeb-11ea-94d1-4d2c7f805011. Acesso em 24/01/2020.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização. **Enunciado 75 da súmula da jurisprudência da TNU.** Disponível em https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=75&PHPSESSID=ov9ok3bi9aeg7c3qj48f407da5. Acesso em 08/01/2020.

FURLAN, Cássio. **A Reforma da Previdência prevê hipótese de anulação de aposentadorias já concedidas?**

Jusbrasil. 2019. Disponível em: https://cassiofurlan.jusbrasil.com.br/artigos/793341494/a-reforma-da-previdencia-preve-hipotese-de-anulacao-de-aposentadorias-ja-concedidas?ref=feed. Acesso em 27/01/2020.

MODESTO, Paulo. **A norma mais chocante da nova reforma da Previdência**. Consultor Jurídico. 2019. Disponível em: www.conjur.com.br/2019-nov-14/interesse-publico-norma-chocante-reforma-previdencia. Acesso em 27/11/2019.

SARAIVA, Rômulo. **Aposentadoria sem contribuição pode ser anulada**. Folha de São Paulo online. 2019. Disponível em: https://agora.folha.uol.com.br/grana/2019/11/opiniao-aposentadoria-sem-contribuicao-pode-ser-anulada.shtml. Acesso em 28/11/2019.

NOTAS:

[1]Modesto, 2019

[2]Saraiva, 2019

[3] Petição inicial disponível em https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/11/E961201A40E92C_ADIANADEPEC103_2019-Assinado.pdf, acesso em 25/11/2019.

[4] Petição inicial disponível em https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/11/ADI-2.pdf, acesso em 7/1/2020.

[5] Enunciado de súmula 268: "O tempo de atividade rural somente poderá ser averbado para fins de aposentadoria no serviço público se recolhidas as respectivas contribuições previdenciárias na época própria ou, posteriormente, de forma indenizada".

[6] Art. 66 da Lei 3.807/1960 e Art. 30, I, da Lei 8.212/1991.

[7] Enunciado 2 do CRPS: "Não se indefere benefício sob fundamento de falta de recolhimento de contribuição previdenciária quando a responsabilidade tributária não competir ao segurado". (DOU 219, sessão 1, de 12/11/2019).

No mesmo sentido era o enunciado 18 do Conselho de Recursos do Seguro Social: "Não se indefere benefício sob fundamento de falta de recolhimento de contribuição previdenciária quando esta obrigação for devida pelo empregador" (DOU de 18/11/1999).

[8] Essa preocupação foi manifestada, por exemplo, no artigo do professor Rômulo Saraiva, já citado neste trabalho.

[9] Art. 77 - computar-se-á, para efeito de aposentadoria e disponibilidade, o tempo de exercício da advocacia, até o máximo de quinze anos, em favor dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos membros dos demais Tribunais que tenham sido nomeados para os lugares reservados a advogados, nos termos da Constituição federal.

[10] Art. 231, § 1º Será contado como tempo de serviço para aposentadoria, não cumulativamente, até o limite de quinze anos, o tempo de exercício da advocacia.

[11] Citadas na introdução.

[12] Acesso em 16/12/2019.

[13] Lei 8.443/1992.

Art. 1° Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

[...]

XVII - decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.

[...]

§ 2° **A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo** e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto. (grifamos)

[14] No MS 33.585 AgR-Ed-ED/DF, julgado em 24/2/2017, Min. Luiz Fux, Primeira Turma, decidiu-se pelo impossibilidade da contagem do tempo de advocacia para aposentadoria de magistrado sem o recolhimento das contribuições; No MS 34.401, versando sobre o mesmo assunto, também da Primeira Turma, Min. Marco Aurélio, cujo julgamento ainda não foi concluído (consulta em 27/01/2020), há dois votos pela exigência do recolhimento das contribuições e dois votos pela desnecessidade do recolhimento.

[15] Código Civil, Art. 169. O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.

[16] MS 30.294/DF, Primeira Turma, Alexandre de Moraes, Dj. 7/6/2019; AR 2582 AGR/DF, Dias Toffoli, Pleno, DJ. 18/5/2017.

[17] ARE 1128137 ED-AgR/SC, Primeira Turma, Roberto Barroso, Dj. 26/10/2018; MS 33805 AgR /DF, Edson Fachin, DJ. 13/3/2018.

[18] Importante mencionar que, embora a tese de que o prazo para o exercício da autotutela no caso de atos de aposentadoria é contado somente após o registro pelo tribunal de contas venha sendo adotada nas decisões do STF, há recurso extraordinário com repercussão geral sobre o tema cujo julgamento ainda não foi concluído (RE 636553, consulta em 27/01/2010).

[19] Enunciado 106 da súmula da jurisprudência do TCU: "O julgamento, pela ilegalidade, das concessões de reforma, aposentadoria e pensão, não implica por si só a obrigatoriedade da reposição das importâncias já recebidas de *boa-fé,* até a data do conhecimento da decisão pelo órgão competente".

www.conteudojuridico.com.br

A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO ESTADO MEMBRO LOCADOR DE IMÓVEL URBANO: PERSPECTIVA SOBRE O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RE 594.015 E RE 601.720, SOBRE A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA

ISRAEL EVANGELISTA DA SILVA: Advogado. Graduado em Direito (UNIRON). Pós-graduado em Direito Público (PUC/MG). Ex-Assessor Especial na Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão - SEPOG/RO. Assessor Especial na Secretaria de Estado da Assistência e do Desenvolvimento Social – SEAS. Membro do Grupo Ocupacional de Trabalho – GOT, referente à Prestação de Contas de Governo do Poder Executivo. Membro Suplente do Comitê Estadual para Juventude de Rondônia. Delegado no Plano Diretor do Município de Porto Velho/RO.

PAULO HIGO FERREIRA DE ALMEIDA [1]

Coautor

RESUMO: O presente artigo objetiva a exposição acerca do tema da imunidade tributária do estado membro locador de imóvel urbano, tendo como parâmetro de estudo o entendimento do Supremo Tribunal Federal no RE 594.015 e RE 601.720, que tratam sobre a imunidade tributária recíproca. O objetivo central visa demonstrar as referidas decisões judiciais e apresentar o tema sob nova perspectiva: a hipótese de incidência da imunidade quando o ente público figura como locatário do imóvel. Inicialmente, esclarece aspectos jurisprudenciais relacionados ao tema. Em seguida, demonstra o posicionamento dos Órgãos responsáveis, bem como a interpretação aplicada pelos juristas ao caso. Por fim, de maneira imparcial, faz-se menção ao posicionamento que se pretende adotar, indicando pela posição mais adequada. Finalmente, demonstra-se a maneira que vem se posicionando alguns casos concretos no Estado de Rondônia.

Palavras-chave: Constituição Federal. Imunidade. Tributo.

ABSTRACT: This article aims to expose the subject of tax immunity of the urban property leasing member state, having as a study parameter the understanding of the Federal Supreme Court in RE 594.015 and RE 601.720, which deal with reciprocal tax immunity. The main objective is to demonstrate these court decisions and present the subject under a new perspective: the hypothesis of immunity incidence

when the public entity appears as the tenant of the property. Initially, it clarifies jurisprudential aspects related to the theme. It then demonstrates the position of the responsible Bodies, as well as the interpretation applied by the lawyers to the case. Finally, in an impartial manner, mention is made of the position to be adopted, indicating the most appropriate position. Finally, it demonstrates the way some concrete cases have been taking place in the State of Rondônia.

Keywords: Federal Constitution. Immunity. Tribute.

1 INTRODUÇÃO

A cobrança coativa de valores, visando retirar parte do patrimônio privado para custear os serviços públicos, não é novidade. Antes mesmo de existir a estrutura de Estado atual, a medida já era considerada uma forma de distinguir pessoas e atividades, reconhecida como uma maneira de implementar políticas - fiscal ou econômica.

Em Roma existiam várias espécies de impostos, bem como isenções. Conforme ensina Silvio Meira[2], a *Lex Vicesima Hereditatum et Legatorum* impunha a cobrança de um imposto com alíquota de 5% sobre o valor das heranças ou legados, recaindo, principalmente, sobre os legados a amigos e as heranças dos celibatários. Da tributação, eram isentos apenas os parentes próximos e os bens de pequeno valor, conforme decisão do Imperador Augusto.

De fato, o estudo do tema imunidade tributária desperta os mais incandescentes debates. Isto porque, de um lado, figura a necessidade estatal de auferir renda por meio do tributos; de outro, uma garantia constitucional como forma limitadora do poder de tributar: a imunidade.

Quando o tema é imunidade recíproca, emerge a ideia de proteção ao pacto federativo, por se evitar com tal mecanismo impeditivo de exação que entes políticos federados insurjam-se, uns contra os outros, por meio de cobrança de impostos a incidir sobre seus respectivos patrimônios, rendas e serviços.

Certamente, a visão do legislador constituinte e da sua permissão destinada ao legislador ordinário dos entes políticos, foi de contrabalancear os mecanismos de tributação, permitindo uma *pseudo* contenção da alienação compulsória dos entes públicos.

O caso da imunidade recíproca foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal – STF. Trata-se do RE 594.015 e RE 601.720, ambos sob o rito da repercussão geral. No primeiro, a Corte Suprema enfrentou o debate do alcance ou não da

imunidade recíproca quando a arrendatária do terreno em área pertencente à União, é sociedade de economia mista.

No segundo caso - RE 601.720 -, a discussão se deu em razão da incidência do imposto predial e territorial urbano considerando bem público cedido à pessoa jurídica de direito privado, sendo esta a devedora.

De fato, são esclarecedores os julgados quando tratam da possibilidade de cobrança do IPTU de pessoa jurídica de direito privado enquanto locatária/cessionária de imóvel urbano pertencente a Ente Federado detentor da imunidade tributária recíproca.

Ocorre que, embora sejam encontradiças interpretações [extensivas] quanto à manifestação do STF, ambas as decisões tomadas não abrangem a matéria apresentada neste trabalho.

Discute-se, neste estudo, a possibilidade do Ente Federado, em especial o Estado de Rondônia, ser albergado pela imunidade tributária recíproca quando da exação do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU enquanto locatário de imóvel urbano.

Logo, o cerne da questão diz respeito à possibilidade da exação da imunidade recíproca entre os Entes Federados quando estes não dispõem de patrimônio próprio ou em face de necessidade premente de utilização de imóvel privado, sem desapropriar, se vê obrigado a celebrar contrato de locação imobiliária urbana, submetendo-se às cláusulas de adesão.

Nesta ótica, desenvolve-se neste trabalho, inicialmente, a discussão da (im)possibilidade de extensão do entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, para ser o ente federado albergado pela imunidade tributária recíproca quando da exação do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU enquanto locatário de imóvel urbano.

Para tanto, far-se-á, inicialmente, a apresentação conceitual do tema, seus conceitos, bem como o posicionamento da doutrina e da jurisprudência acerca do fato. Apresentar-se-á onde o tema está alocado e o posicionamento mais aceito em relação à incidência da imunidade recíproca nos casos citados.

Finalmente, o estudo pretende apresentar estudo de caso prático e verídico de ocorrência no Estado de Rondônia, bem como as conclusões dos processos administrativos.

2 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO ESTADO MEMBRO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Sistema Tributário Nacional, conforme previsão da Constituição Federal de 1988, tem funcionamento pautado no recolhimento de tributos, com o objetivo de custear as atividades do Estado, como melhorias nos serviços prestados à população, concernente nos investimentos em infraestruturas e para elaboração e efetivação das políticas públicas, além da remuneração de pessoal.

Em verdade, trata-se de um poder do qual detém o Estado de, dentro dos limites e garantias legais, recolher aos cofres públicos receitas destinadas a prover necessidades coletivas dos cidadãos. Este poder de tributação é garantido pela Constituição Federal como forma de se assegurar a soberania estatal.

No entanto, este poder não é absoluto. No ímpeto de delimitar uma tributação desmedida ou abusiva, o Sistema Tributário prevê certos instrumentos destinados a delimitar este poder.

Destes instrumentos, destaca-se a hipótese da não incidência tributária constitucionalmente qualificada – a imunidade tributária. Trata-se de verdadeira proteção que a Constituição Federal confere aos contribuintes.

A rigor, a imunidade tributária se apresenta o último e mais intenso grau de exoneração tributária, na medida em que, através de dispositivo constitucional específico, se vedaria, peremptoriamente, ao poder político legiferante o exercício pleno de sua competência tributária.

Dentro desta especificidade, encontra-se o *locus* do presente estudo – a imunidade tributária recíproca, que estabelece que os entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) são reciprocamente imunes a impostos sobre renda, patrimônio e serviços instituídos entre estes. Esta imunidade tem seu fundamento na Carta Magna, em seu art. 150, VI, "a", da Constituição Federal de1988.

A grande celeuma tramita sobre dois fatos. O primeiro, em relação à incidência dessa imunidade quando a empresa privada – exploradora de atividade econômica - arrenda imóvel público, com o fim de exercer suas atividades. E outro, acerca da incidência da imunidade quando o imóvel de propriedade de pessoa jurídica de direito público é cedido a pessoa jurídica de direito privado.

Estes fatos foram enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal – STF no RE 594.015/SP e RE 601.720/RJ, respectivamente. Os julgados, que tiveram repercussão geral reconhecida, embora não tratem da matéria em debate, contribuem para o desenvolvimento de seu raciocínio. Por este motivo, ambos os julgados serão discutidos em tópicos posteriores neste trabalho.

2.1 Da extensão do instituto da imunidade recíproca: interpretação do Supremo Tribunal Federal – STF

No âmbito do Supremo Tribunal Federal – STF, intérprete último da Lei Maior, são encontradiças decisões que demonstram uma interpretação extensiva quanto ao alcance da imunidade recíproca.

Embora o artigo 150, VI, da CF/88, delimite o tema aos entes, a Corte Máxima, interpretando o dispositivo, estendeu a imunidade recíproca à Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, no que diz respeito às suas funções essenciais[3].

No mesmo sentido, reconheceu a elasticidade do instituto da imunidade quando firmou o entendimento de que "sociedades de economia mista prestadoras de ações e serviços de saúde, cujo capital social seja majoritariamente estatal, gozam de imunidade tributária prevista na alínea "a", do inciso VI, do artigo 150, da CF"[4].

Na mesma ordem de ideias, pode-se interpretar como extensão da imunidade recíproca o entendimento da Corte Suprema, quando tratou do município de São Leopoldo, considerando estranhas à tributação operações de importação realizadas, impedindo que o Estado do Rio Grande do Sul exigisse daquele ente o pagamento do imposto sobre operações de circulação de mercadorias e serviços. O entendimento foi sufragado no Agravo Interno nº 518.405-AgR. DJe 30.04.2010.

É possível dizer que a imunidade intergovernamental, tal como proposta pela Constituição, passou por conformações e construções no que diz respeito à regra imunizante, em razão das novas interpretações dadas pelo STF diante das novas relações e conflitos sociais que lhe são propostos.

O tema em debate se distingue destas análises pelo suntuoso fato de incluir em seu bojo uma relação em que uma das partes (locador) se obriga a ceder à outra (locatário), por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.

Nestes casos, resta saber se as convenções contratuais particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, podem ser opostas à Fazenda Pública, *ex voluntate*, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias.

2.2 Da (im)possibilidade de aplicação do artigo 123, do Código Tributário Nacional – CTN aos contratos de locação regidos pela Lei Federal nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O dispositivo da norma tributária é claro quando estabelece que as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes, salvo disposições de lei em contrário.

Por sua importância, transcrevemos o referido dispositivo:

> Código Tributário Nacional – CTN
>
> Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Inicialmente, deve-se esclarecer que a intenção deste trabalho não é defender a ideia de eventual inconstitucionalidade do dispositivo, até porque, a norma demonstra extrema importância e pertinência para que não haja subterfúgios ou fraudes em relação a sujeição passiva tributária.

Em verdade, neste título, o presente trabalho se presta a demonstrar os posicionamentos que se distinguem em favoráveis ou não à transmissão da sujeição passiva tributária, quando o Estado-locatário é possuidor do imóvel particular.

2.3 Dos posicionamentos contrários à transmissão da sujeição passiva tributária.

Um primeiro posicionamento que sustenta a impossibilidade da transmissão da sujeição passiva tributária ao Estado, se funda na interpretação conjunta dos artigos 123 e 34, do Código Tributário Nacional – CTN[5].

A tese levantada pressupõe a falta de interesse de agir do locatário para se insurgir contra o lançamento tributário, pois este não seria o possuidor com ânimo de domínio e, desta forma, não poderia sofrer a exação tributária do IPTU, originalmente destinada ao proprietário.

Ocorre que este argumento é facilmente elidido pela disposição final do dispositivo, quando apresenta ser contribuinte o "possuidor a qualquer título". Na hipótese, há reconhecimento de que a referida expressão alcançaria o locatário do imóvel.

Outro posicionamento que resvala na impossibilidade da transmissão da sujeição passiva, seria uma interpretação extensiva da decisão do STF.

O STF, instado a se manifestar sobre o tema[6], em síntese, reconheceu que a entidade faria jus à imunidade quando o rendimento do imóvel locado for utilizado em sua atividade fim, representada pelo interesse público. Desta forma, por interpretação reversa, quando a Administração-locatária está fazendo uso do imóvel, o faz visando o interesse público, e desta forma, não haveria a incidência tributária.

Ocorre que se trata de interpretação extensiva ao julgamento do STF, que delimitou sua tese a entender que a imunidade recíproca prevista no art. 150, VI, a, da Constituição alcança o IPTU que incidiria sobre os imóveis de propriedade da Administração e por ela utilizados

Embora se trate da construção de uma excelente tese, aplicar uma interpretação diversa ao julgado do STF, seria subverter o entendimento do Pretório Excelso.

2.4 Dos posicionamentos a favor da transmissão da sujeição passiva tributária.

O principal posicionamento que sustenta a possibilidade de transmissão da sujeição passiva tributária considera o disposto no início do artigo 123, do CTN.

Ao prever a expressão "Salvo disposições de lei em contrário", insurge o entendimento de que, no caso da existência de lei, as convenções particulares poderiam modificar a definição do sujeito passivo das obrigações tributárias.

A Lei do inquilinato – Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 -, em seu artigo 22, dispõe exatamente sobre este ponto. Prevê o normativo que o locador é obrigado a pagar impostos e taxas que incidam sobre o imóvel, porém, põe a salvo eventual disposição em contrário por meio de contrato de locação[7].

Corroborando com esta disposição, o artigo 25 desta mesma lei dispõe que, no caso de ser atribuída a locatário a responsabilidade pelo pagamento dos tributos, encargos e despesas do condomínio, o locador poderá cobrá-lo[8].

Nos contratos de locação, é comum a prática de transmissão da responsabilidade pelo pagamento de tributos ao locatário. Trata-se, muitas das vezes, de uma espécie de contrato celebrado em que os direitos, deveres e condições são estabelecidos pelo proponente – contrato de adesão.

Assim, como a interpretação que mais se amolda ao caso é a de que o locatário, por expressa disposição contratual, poderia se tornar sujeito passivo do IPTU, acaba que o locatário facilmente pode ser obrigado ao pagamento do imposto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3 JURISPRUDÊNCIA - *Distinguishing*

3.1 Recurso Extraordinário nº 594.015 – Supremo Tribunal Federal (STF).

O RE nº 594.015 conta com a seguinte ementa:

> O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 385 da repercussão geral, negou provimento ao recurso, vencidos os Ministros Edson Fachin, Celso de Mello e Cármen Lúcia (Presidente). Em seguida, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Alexandre de Moraes, fixou a seguinte tese de repercussão geral, sugerida pelo Ministro Roberto Barroso: "A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, b, da Constituição não se estende a empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos. Nessa hipótese é constitucional a cobrança do IPTU pelo Município". Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes. Plenário, 6.4.2017.

Sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, o julgado teve seu tema delimitado à hipótese de incidência da imunidade alcançar, ou não, sociedade de economia mista arrendatária de terreno localizado em área pertencente à União.

Neste julgado prevaleceu a tese de que a imunidade tributária recíproca, sem embargo do imóvel objeto da tributação pertencer à União Federal, não poderia prevalecer quando o terreno fosse arrendado (locado, cedido, etc) à Sociedade de Economia Mista com capital negociado na bolsa de valores (Petrobrás Transportes S/A Transpreto), cujo objetivo seria auferir lucro e, posteriormente, distribuí-los aos acionistas.

Em síntese, a interpretação do Supremo Tribunal Federal – STF, foi de que, se o imóvel público é usado para fins particulares, descabe a imunidade tributária recíproca.

Lado outro, por um raciocínio lógico, se o imóvel privado é usado para fins públicos, aplicar-se-ia integralmente a imunidade tributária recíproca (reflexa) dando-se vazão ao espírito apresentado pela CF quando objetivou, em qualquer situação, ocorrer a tributação, via impostos, de um ente federado sobre outro.

Ao que se depreende da análise da decisão do STF, sua interpretação se deu conforme a Constituição, adotando-se a interpretação finalística, a qual busca

entender a lei por seu sentido finalístico; o motivo porque ela foi editada, a fim de aplicá-la ao caso concreto.

Da decisão, assentou-se a seguinte tese:

> "A imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, b, da Constituição não se estende a empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos. Nessa hipótese é constitucional a cobrança do IPTU pelo Município"

Com esse entendimento, foi superada a interpretação segundo a qual a tributação do IPTU seria apenas aquela afeta ao *animus domini*, assentando-se o entendimento que não se afigura apenas como fato gerador a propriedade, mas outrossim, admitindo-se o domínio útil ou a posse quando esses fenômenos não estão na titularidade daquele que normalmente os tem ou seja, o proprietário.

3.2 Recurso Extraordinário nº 601.720 – Supremo Tribunal Federal (STF).

O RE nº 601.720, por sua vez, conta com o seguinte ementário:

> IPTU – BEM PÚBLICO – CESSÃO – PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. Incide o imposto Predial e Territorial Urbano considerado bem público cedido a pessoa jurídica de direito privado, sendo esta a devedora.

Os autos foram relatados pelo Ministro Edson Fachin, tendo como extrato duas questões essenciais postuladas: (i) Pode a pessoa cessionária do uso de imóvel pertencente à União figurar como sujeito passivo da obrigação tributária referente ao Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU)? E (ii) Pode a Municipalidade prevê, instituir e arrecadar IPTU, em que a base impositiva seja imóvel de titularidade da União, ainda que o bem o objeto de contrato administrativo de concessão de uso, assim como haja particular que utilize o imóvel com finalidade lucrativa?

No caso em análise pelo STF, tratava-se de concessão de uso de imóvel entre a Empresa Pública Brasileira de Infra Estrutura Aeroportuária – INFRAERO e uma sociedade empresaria que se dedica a atividades lucrativas.

Neste julgado – RE 601.720, foi, inclusive, o que decidiu o STF, assentando a seguinte tese:

> "Incide o IPTU, considerado imóvel de pessoa jurídica de direito público cedido a pessoa jurídica de direito privado, devedora do tributo".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em relação à INFRAERO, a despeito de sua condição de empresa pública não se enquadrar taxativamente no rol de entes recíprocos imunes, a interpretação do STF considerou-a como detentora da imunidade recíproca.

Entendimento que não se aplica no caso do arrendamento se dar à pessoa jurídica de direito privado, exploradora de atividade econômica.

Ocorre que, ao que se extrai dos julgamentos ora expostos, não se pode estender a interpretação do STF visando abranger a discussão que ora se propõe – imóvel privado, em que conste o ente federado como locador. Neste sentido, passamos a enfrentar esta hipótese.

As decisões do STF, conforme se exposto em linhas pretéritas, versam sobre a possibilidade de cobrança do IPTU de pessoa jurídica de direito privado enquanto locatária/cessionária de imóvel urbano pertencente a Ente Federado detentor de imunidade tributária recíproca.

O questionamento permanece para hipótese de incidência em que, por motivos esporádicos e eventuais, o Estado figure como locatário/cessionário de imóvel particular.

Como se observa, ambas as decisões - RE 594.015/SP e RE 601.720/RJ – não tratam do assunto objeto deste debate. As teses discutidas nos recursos tratam do deslocamento dos polos contratuais, discutindo a possibilidade de cobrança de IPTU de pessoa jurídica de direito privada enquanto locatário de imóvel público.

4 A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DO ESTADO MEMBRO LOCADOR DE IMÓVEL URBANO

Quando o texto constitucional assegura as imunidades, o faz diferenciando-as entre pessoas e coisas, o que deu ensejo à classificação das imunidades tributárias em subjetivas e objetivas.

A imunidade descrita no artigo 150, VI, "a", da CF/88, a qual veda a instituição de impostos sobre "patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros", impede que os entes federados possam instituir e cobrar tributos, uns aos outros e, sendo assim, esta imunidade leva em consideração os atributos da pessoa titular do patrimônio, da renda ou dos serviços. Trata-se da imunidade subjetiva.

Por diametralmente diverso, a previsão do artigo 150, VI, "d", da CF/88, impede a incidência de impostos no tocante à produção de "livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão", estando, desta forma, a tratar de imunidade tributária objetiva.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Há quem defenda, ainda, uma terceira categoria. As imunidades mistas. Tais imunidades são revestidas tanto do aspecto objetivo, quanto do aspecto subjetivo.

A imunidade tributária recíproca, a qual impede que os Entes Públicos instituam ou criem impostos sobre o patrimônio, a renda ou serviços, uns dos outros, situa-se claramente no conceito de imunidade subjetiva.

Resta saber se o ente público pode ser albergado pela imunidade tributária recíproca quando figure como locatário de imóvel particular.

Não dispor de patrimônio próprio na cidade longínqua, localização privilegiada, acomodação suficiente ou existência de adaptações de gastos excessivos, são alguns dos motivos que, para cumprir seu *múnus* constitucional de execução de política pública, podem levar o ente público a ocupar imóvel particular.

E, quando o negócio jurídico é firmado, a relação jurídica entre o poder público e o particular passa a ser regida, também, pelo direito privado.

Diversamente do que se poderia supor em um primeiro momento, é plenamente possível que os contratos feitos com a Administração Pública sejam regidos pelo direito privado. Inclusive, a doutrina especializada divide a classificação de contratos públicos (negócio jurídico que tenha a participação do Poder Público) entre contratos da administração – quando regido pelo direito privado, e contratos administrativos – quando regidos sob a égide do direito público.

Na hipótese de ser firmado contrato sob a égide do direito privado, o poder público, embora com algumas ressalvas, se submete a este regime, sendo a relação jurídica entre as partes regidas pelas cláusulas contratuais. E mais, estes contratos, aplicam-se o disposto no Código Civil.

Em sendo assim, no caso em que o Estado membro, na condição de locatário do imóvel urbano particular, assume contratualmente a obrigação de adimplir o pagamento do IPTU. Nesta hipótese, haveria a transferência da sujeição passiva albergada pela conjugação do artigo 123, do Código Tributário Nacional e os artigos 22 e 25, da Lei do Inquilinato.

5 CASOS NO ESTADO DE RONDÔNIA

A fim de ilustrar a pluralidade de interpretações acerca da aplicação do instituto da imunidade recíproca nos bens locados pela Administração, traz-se o caso concreto ocorrido no âmbito do Estado de Rondônia.

Neste caso, o locador, pessoa física, requereu[9], além do pagamento dos aluguéis atrasados, o reconhecimento por parte do Estado de Rondônia, através da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Secretaria de Estado da Assistência e do Desenvolvimento Social – SEAS, locatária do imóvel, o pagamento do IPTU referente ao período de ocupação do imóvel por parte da referida Pasta, conforme se depreende no trecho a seguir:

> "[...] E, por fim pugna-se que o Estado de Rondônia/SEAS reconheça a dívida correspondente aos aluguéis dos meses de abril/2018 até novembro/2018, bem como que dê quitação as dívidas de IPTU desde o início da locação (28/11/2011 até novembro de 2018), pois somente após o recebimento do imóvel tomei conhecimento dos referidos atrasos"

Desta feita, remetidos os autos à Procuradoria-Geral do Estado localizada junto àquela Pasta, o parecer jurídico setorial[10] entendeu pela impossibilidade do pagamento do tributo pelo Estado de Rondônia, nos seguintes termos:

> "OPINA Pela não possibilidade jurídico-constitucional de a Prefeitura de Porto Velho (ou qualquer outra) cobrar do Estado o IPTU sobre bens próprios ou sobre bens utilizados pelo Estado (alugados).
>
> ESCLARECE que é vedado aos Municípios e a União cobrar impostos sobre patrimônio, renda ou serviços do Estado.
>
> RECOMENDA a SEAS-DAF efetuar levantamento relativo a valores pagos a título de IPTU por esta Secretaria de Estado a Municípios nos últimos 06 (seis) anos, para fins de municiar a PGE em ação de repetição de indébito tributário"

Ao ser submetida ao crivo do Procurador-Geral do Estado, na forma da lei, o entendimento advindo do Gabinete da PGE divergiu daquele exarado pela setorial.

Isto posto, vejamos o entendimento advindo do representante máximo do órgão de representação judicial e extrajudicial do Estado de Rondônia acerca do tema em espeque**:**

> "Destino distinto tem o pedido de pagamento do Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU referente ao período em que é inconteste à posse do Estado sobre o bem imóvel 28.11.2011 à abril/2018. De início, de fato, existe manifestação desta Douta Procuradoria Geral do Estado quanto a inexistência de fato gerador do IPTU quando o imóvel estiver locado ao Estado - id 5223103.

A referida orientação, analisando o quanto decidido pelo STF no RE 928.902, entendeu que o fato do imóvel estar sob a posse do Estado resultaria na aplicação da imunidade recíproca, prescrita no Artigo 150, VI, "a" da CF. No poder de autotutela prescrito na Súmula 473 é primordial revisitar o tema.

A imunidade tirbutária é o impedimento constitucional absoluto à incidência da norma tributária, pois restringe as dimensões do campo tributário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios. Nesse contexto a doutrina dividie em 02 (dois) grupos: (i) imunidade subjetiva e (ii) imunidade objetiva.

A primeira é conferida em razão da condição de determinada **pessoa**. Como exemplo de imunidade subjetiva podemos citar a imunidade conferida aos partidos políticos, sindicatos dos empregados e educacionais sem fins lucrativos. Já a segunda atinge um **objeto,** sejam fatos, bens ou situações, apesar de também beneficiarem as pessoas.

A imunidade tributária recíproca cinge-se a oportunidade em que os Entes estão impedido de estabelecer impostos uns sobre os outros. Avencemos.

O IPTU tem por fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município. Em sendo assim, a jurisprudência é assente no sentido de que a imunidade tributária recíproca tem espaço apenas quanto o Ente for proprietário do bem, não quando figure como possuídor.

Isto é, o fato do Estado ser locatário do bem imóvel não faz incidir sobre ele a imunidade tributária recíproca, uma vez que o fato gerador é devido pela propriedade.

Nesse sentido, entendo pertinente a obrigação do Estado de arcar com o ônus do IPTU durante o período da locação - 28.11.2011 à abril/2018.

Noto ainda que a obrigação do pagamento do tributo restou consignado no termo de referência - ID 2424920.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Dito isto, recebo pedido de reconsideração, concedendo em parte a pretensão, entendo pertinente a obrigação do Estado de arcar com o ônus do IPTU durante o período da locação - 28.11.2011 à abril/2018."

Diante de tal entendimento, observa-se que a Procuradoria-Geral do Estado é adepta da posição mais cautelosa acerca da extensão da imunidade tributária aos imóveis locados pela Administração.

Neste trilhar, a PGE sedimentou seu posicionamento no que tange à cobrança do imposto a partir da análise do seu fato gerador: a propriedade do imóvel.

Ressalte-se, por oportuno, que a Procuradoria, no caso concreto, não consignou o pagamento pelo não-alcance da imunidade, mas sim, pela previsão contida no Termo de Referência que norteou a celebração do Contrato de Locação, onde restara consignada a obrigação de pagamento do imposto pelo locatário.

Em que pese não ser o foco do presente artigo adentrar no mérito das cláusulas ajustadas celebradas nestes tipos de contrato, nota-se que a cláusula que atribui a responsabilidade do pagamento do IPTU ao ente público não se mostra vantajosa, pois é desprovida de interesse público. Com efeito, tal previsão demonstra exclusivo interesse particular, na medida em que apenas ao proprietário do imóvel interessa a regularidade fiscal perante a Fazenda Municipal. Notadamente, por ser uma inversão facultativa, deveria, em tese, o agente público se escusar de assumir tal ônus contratual.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme vimos, o estudo do tema imunidade tributária desperta os mais incandescentes debates. Isto porque, de um lado, figura a necessidade estatal de auferir renda por meio do tributos; de outro, uma garantia constitucional como forma limitadora do poder de tributar: a imunidade.

Nessa toada, o presente artigo debruçou-se sobre a imunidade recíproca, que foi objeto de discussão no Supremo Tribunal Federal – STF. Trata-se do RE 594.015 e RE 601.720, ambos sob o rito da repercussão geral. No primeiro, a Corte Suprema enfrentou o debate do alcance ou não da imunidade recíproca quando a arrendatária do terreno em área pertencente à União, é sociedade de economia mista, sendo que o Pretório Excelso firmou o entendimento de que a imunidade recíproca, prevista no art. 150, VI, b, da Constituição não se estende a empresa privada arrendatária de imóvel público, quando seja ela exploradora de atividade econômica com fins lucrativos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Todavia, o questionamento permanece para hipótese de incidência em que, por motivos esporádicos e eventuais, o Estado figure como locatário/cessionário de imóvel particular.

Além da análise retromencionada, o presente artigo discorreu sobre a possibilidade do Ente Federado, em especial o Estado de Rondônia, ser albergado pela imunidade tributária recíproca quando da exação do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU enquanto locatário de imóvel urbano, trazendo, a partir da análise de um caso concreto, o posicionamento da Procuradoria-Geral do Estado, órgão de representação judicial e extrajudicial do Estado de Rondônia, no que concerne à matéria. Isto posto, nota-se, por parte da PGE, a posição mais cautelosa acerca da extensão da imunidade tributária aos imóveis onde a Administração figure como locatária, entendendo que, havendo previsão contratual, o Estado, enquanto locatário, deverá arcar com os custos referentes ao IPTU.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, **Recurso Extraordinário nº 601.720** – Rio de Janeiro;

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – STF, **Recurso Extraordinário nº 594.015** – São Paulo;

BRASIL, **Lei Federal nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**;

BRASIL, **Lei Federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**.

NOTAS:

---

[1] Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia – UNIR, Advogado (OAB n. 8.106), servidor público estadual, membro do Conselho Estadual de Defesa do Direito do Consumidor – CONDECON, ex-membro da Mesa de Negociação Permanente de Conflitos Agrários no Estado de Rondônia. No Estado, acumula passagens pelo Departamento Estadual de Trânsito DETRAN/RO, Secretaria de Estado da Justiça -SEJUS/RO e Secretaria de Estado do Meio Ambiente – SEDAM/RO. Atualmente, exerce a função de Assessor na Secretaria de Estado da Assistência e do Desenvolvimento Social – SEAS/RO. paulo_higo@hotmail.com

[2] Sílvio Meira, Direito Tributário Romano, pág. 23.

[3] Supremo Tribunal Federal – STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 259.976. DJe de 30.04.2010.

[4] Supremo Tribunal Federal – STF, Recurso Extraordinário nº 580.264. DJe de 06.10.2011.

[5] Código Tributário Nacional – CTN. Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Art. 34. Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

[6] Supremo Tribunal Federal – STF, Recurso Extraordinário nº 773.992. DJe de 19.02.2015.

[7] Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991. Art. 22. O locador é obrigado a: [...] VIII - pagar os impostos e taxas, e ainda o prêmio de seguro complementar contra fogo, que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário no contrato;

[8] Art. 25. Atribuída ao locatário a responsabilidade pelo pagamento dos tributos, encargos e despesas ordinárias de condomínio, o locador poderá cobrar tais verbas juntamente com o aluguel do mês a que se refiram.

[9] Pet. no Processo Eletrônico n.0026.048198/2019-32. Sistema Eletrônico de Informações – SEI. Disponível em: <https://sei.sistemas.ro.gov.br/sei/controlador.php?acao=procedimento_trabalhar&acao_origem=protocolo_pesquisar&id_procedimento=2794356&id_documento=7917562&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110000119&infra_hash=1fd06a49a0ae892cbf46b0bbd5cbdf6e80986baea15679c07f2ad0d6b8473dc9 >Acesso em: 30 de out. de 2019.

[10] Informação nº 43/2019/PGE-SEAS, no Processo Eletrônico n.0026.048198/2019-32. Sistema Eletrônico de Informações – SEI. Disponível em: <https://sei.sistemas.ro.gov.br/sei/controlador.php?acao=documento_visualizar&acao_origem=arvore_visualizar&id_documento=5987741&infra_sistema=100000100&infra_unidade_atual=110000119&infra_hash=24835609bb93b99dee9ca3670f2c7c8c50f069236874d6d83306d650240ea921 >Acesso em: 30 de out. de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CHERNOBYL À BRASILEIRA: QUANDO AS ESTRUTURAS JUDICIAIS TAMBÉM CAUSAM MEGADESASTRES

LUIZ FERNANDO CABEDA: Desembargador aposentado do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, com estágio na Escola Nacional da Magistratura da França, Seção Internacional, em Paris, e autor dos livros "A Justiça Agoniza" e "A Resistência da Verdade Jurídica".

1. Uma proposição sobre os bloqueios da verdade

A mais recente reflexão socrática nos chega bem difundida pelo serviço de *streaming*.

Ela não foi suficientemente valorizada nas apreciações críticas publicadas sobre a já célebre série "*Chernobyl*", da HBO, uma dramatização que guarda um pouco do *estilo* de documentário sobre o primeiro grande acidente atômico no mundo.

Porém, a reflexão já está contida nas palavras que apresentam o episódio inicial e introduzem o tema da narrativa, de modo que não são um adorno que se possa considerar ou não.

Como seria de esperar, nos comentários na Internet e em vídeos, feitos em geral por observadores que colecionam dados sobre a vida pessoal de atores, curiosidades das filmagens ou referências insignificativas a respeito de custos, da renda, da *trajetória* dos realizadores, do fascínio pelo horror e todas as outras variantes amadoras da metalinguagem, as frases iniciais do filme, escritas como uma *'proposição grega'* pelo roteirista americano Craig Mazin, passaram inteiramente despercebidas.

No entanto, é essa introdução que nos transporta para as ruas, os jardins e a ágora de Atenas, na Antiguidade, por onde passaram Sócrates, Platão, Diógenes, Protágoras e Epicuro, até cruzarem o pórtico dos estoicos e difundirem pelo *globo* o sentido da reflexão – tal como reconhecemos hoje através da Filosofia - livre da inspiração religiosa, da disputa pelo poder político ou da afirmação de predominância etnocêntrica de algum povo, mas sim voltada para o entendimento da condição humana no mundo e para a tentativa de encontrar "a medida de todas as coisas".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Eis a *proposição* maiêutica que abre o relato filmado "*Chernobyl*":

"Qual é o preço da mentira?

Não é que possamos confundi-la com a verdade.

O perigo real é que, se ouvirmos mentiras o bastante, não reconheceremos mais a verdade.

E o que poderemos fazer?

O que restará, além de esquecer até a esperança da verdade, é nos contentarmos em vez disso com histórias. Nessas histórias não importa quem são os heróis.

Só queremos saber quem é o culpado."

O que mais impressiona nessas palavras é a ***tensão moral*** que elas estabelecem antes mesmo de iniciar a narrativa, de uma forma que obriga a concluir que o registro histórico, apresentado a seguir, serve tanto para revelar como para esconder, e que a verdade - quando se trata de uma questão de reconhecimento - , não é mais algo concreto que possamos acessar, cercada que ela está por versões inverossímeis, pela mentira e pelo desejo oculto de aplacar essa *tensão moral* com um ato expiatório.

2. A compreensão que só o mundo ficcional induz

Apesar do descaso para com o prólogo de "*Chernobyl*", há quem cultive, no meio literário, o estudo das frases que introduzem temas em romances, ensaios ou poemas.

Existe, de fato, uma relevância nisso.

Rubem Fonseca, no livro de contos "Os Prisioneiros", transcreveu o aforismo de Lao Tzé:

"Somos todos prisioneiros de nós mesmos. Nunca te esqueças disso e também de que não há fuga possível."

A lembrança de tal 'aprisionamento', na própria identificação que cada um faz de si mesmo, é renovada em todas as histórias contadas naquele livro, de modo que, ao fim de cada uma delas, nos perguntamos se o desfecho poderia ser diferente. E somos levados a concluir que não.

Já Ernest Hemingway escolheu citar o poeta inglês do Século XVII John Donne no título e no prólogo de seu romance famoso de 1940, após viver a experiência terrível de acompanhar a Guerra Civil Espanhola (1936-1939) como correspondente de imprensa:

"Nenhum homem é uma Ilha*, um ser inteiro em si mesmo; todo homem é uma partícula do* continente*, uma parte da* terra*. Se um* pequeno *torrão carregado pelo* mar *deixa menor a* Europa*, como se todo um* promontório *fosse, ou a herdade de um* amigo *seu, ou até mesmo* a sua própria*, também a morte de um único homem* me *diminui, porque* eu *pertenço à humanidade. Portanto, nunca procures saber por quem os sinos dobram. Eles dobram por ti."*

Assim aceitamos, por essa referência, que nosso lamento e até o nosso pranto pelo destino dos outros, todos os outros, é também um pranto e lamento por tudo o que nos é próprio e nos diga respeito.

Lembrará alguém, a respeito disso, que também aqui não há nada de novo sob o sol, pois Terêncio já havia dito na Antiguidade romana *"humano sou, nada do que é humano me pode ser indiferente"*, frase da qual Machado de Assis gostava, tanto que a citou repetidamente. Mas há, sim, diferença: o prólogo transcrito por Hemingway trata do ***resgate pela memória do que já foi e não é mais***, e ainda da ***perda irremediável***, situações que Terêncio não incluiu em seu pensamento, mesmo porque não havia sido ainda construída a imagem medieval de que o toque dos sinos em um campanário seria o sinal mais expressivo de que algo importante deve ser anunciado, ou porque surgiu ou porque acabou, deixando uma lembrança cristalizada no tempo.

A despeito da felicidade na escolha dessas citações, talvez a advertência que melhor antecipe uma obra literária seja aquela que começa o romance mais conhecido de Gabriel García Márquez:

"Muitos anos depois, diante do pelotão de fuzilamento, o coronel Aureliano Buendia havia de recordar aquela tarde remota em que seu pai o levou para conhecer o gelo. Macondo era então uma aldeia de vinte casas de barro e taquara, construídas às margens de um rio de águas diáfanas que se precipitavam por um leito de pedras polidas, brancas e enormes como ovos pré-históricos. O mundo era tão recente que muitas coisas careciam de nome e para mencioná-las precisava-se apontar com o dedo."

Já foi bem analisado por muitos que essa introdução temática de "Cem Anos de Solidão" é reveladora dos três tempos em que se passa a ação, como das suas alegorias e ancestralidades, de tal modo que, se a iminência da morte lembra ao personagem principal o remoto dia do conhecimento do gelo (e do frio nele

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

aprisionado), o sentimento do fim pelo fuzilamento evoca também o início de todas as coisas, não só no passado, mas na pré-história do tempo, quando tudo começou, e a civilização precária que hoje temos – feita de taquara e barro – nem mesmo tinha então o reconhecimento pleno das palavras, de modo que a realidade, quando se apresentava – diáfana como as águas ou enorme como ovos de animais extintos -, não podia ser descrita e precisava ser indicada pelo aceno de um gesto, apontando-lhe o dedo.

Assim o sentimento mágico que habita o subcontinente latino-americano foi apresentado ao mundo, que a ele fez duradoura reverência, pois se o homem inventou a razão não foi para ser dominado por ela, mas para libertar-se de seus limites, sem se perder nas névoas da mitologia extática.

Quando ressurgiu a literatura na América Latina sob os auspícios desse *realismo mágico*, os grandes países do Norte já tinham conhecido o êxtase com seus heróis, santos, titãs e guerreiros, bem como seus deuses aquilinos, monstruosos ou senhoriais, de modo que grande foi a curiosidade em saber que, numa vasta parte do Novo Mundo, surgia uma nova mitologia reveladora de uma realidade que só poderia ser apresentada pela narrativa em forma distorcida, caso contrário jamais seria entendida.

3. Quando a devastação atômica se apresenta como simbologia de uma ordem institucional, cujo domínio pretendíamos ter e que se desfaz como diante uma usina em colapso, abandonada ou desativada por ser perigosa

O que a proposição socrática que apresenta a série filmada *Chernobyl* tem a ver com as sínteses extremas – contudo muito reveladoras -, contidas nos prólogos das obras literárias referenciais citadas?

Tem a ver com a comum advertência que fazem, de que estamos invadindo um mundo ainda mal descrito que pode não corresponder à *presunçosa noção de ordem* que pretendíamos ter antes de desafiá-lo.

No caso histórico e real da explosão de um reator nuclear na usina de Chernobyl, ocorrida em 25.04.1986, é preciso considerar que as medidas reformadoras da *ordem soviética* recém estavam sendo anunciadas por Mikhail Gorbachev, que ainda não tivera tempo de implementá-las, pois havia assumido como dirigente do PCUS cerca de um ano antes, em 11.03.1985.

A confiança então existente na URSS em seu desenvolvimento industrial, especialmente tendo em vista seus êxitos na exploração espacial a partir do primeiro satélite, Sputinik 1, lançado em 1957, na formação de um imenso arsenal atômico e nos resultados inegáveis de um dos processos de industrialização

autônoma mais notáveis e acelerados na história humana, especialmente no que diz respeito à infraestrutura e indústria pesada, tudo isso recomendava que de fato havia razões para o Estado soviético confiar no seu desenvolvimento científico, particularmente no domínio da Física.

Tanto era assim que, em 1982, a URSS havia iniciado na localidade de Juraguá, Cuba, a construção de outra usina atômica que daria grande autonomia energética à ilha do Caribe, notoriamente dependente e sem outras fontes nessa área, exatamente com a mesma planta executada na Ucrânia.

A Chernobyl caribenha era um dos sonhos do governo de Fidel Castro, que se expressava bem com a nomeação de seu filho primogênito, Fidel Castro Días-Balart, conhecido como Fidelito, que se havia titulado em Física na Rússia, como secretário-executivo do projeto.

Em 1989, com o fim da União Soviética, cessaram os subsídios que de lá vinham para sustentar a economia cubana e o projeto da usina parou.

Fidel Castrou tentou outras participações internacionais, mas não obteve êxito. Demitiu Fidelito acusando-o de "ineficiência" (Fonte: BBC News Brasil, 1º.02.2018 e 16.06.19). Também de acordo com a mesma base informativa, Fidelito suicidou-se após longa crise depressiva, já sob o governo de seu tio Raúl Castro, no início de 2018.

A obra abandonada em Cuba no ano de 1992 apresenta hoje o mesmo aspecto dos escombros, enquanto Chernobyl foi reencapsulada, na área do reator que explodiu, pela maior estrutura móvel para uso em terra já construída pelo homem, providenciada pelo governo da Ucrânia, com ampla cooperação internacional de cerca de quarenta países e financiada pelo Banco Europeu (Fonte: Agência Russa Sputnik News/Europa, 11.06.2019).

Essa estrutura, chamada *sarcófago*, projetada para impedir a radiação por cem anos, foi instalada em 29.11.2018, pois a proteção anterior montada ainda pela antiga URSS, logo depois do acidente de 1986, construída com chumbo e concreto, já ameaçava entrar em colapso. Contudo, o magma formado por urânio e grafite ainda está infiltrado no subsolo e por ele espalhará radiação em um raio e por um tempo ainda imprevistos, não permitindo novas contenções pela tecnologia hoje disponível.

Há um documentário do canal televisivo Discovery sobre Chernobyl, disponível na Internet, que colheu longo depoimento de Gorbachev, no qual ele aponta detalhes dos imensos sacrifícios que foram cobrados aos soviéticos para fazer o controle imediato da radiação, que se espalhou por partes da Europa, para o que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

concorreram diretamente mais de quinhentos mil homens, sob grandes riscos, com a articulação direta de um general designado para esse fim.

Os recursos alocados também foram muito grandes, já que a antiga URSS praticava uma equiparação artificial com o dólar e os gastos afetaram a economia da federação, deixando as reformas de Gorbachev expostas aos riscos de uma crise econômica, que em seguida veio, desequilibrando o orçamento estatal, pois ele era feito em bases pouco dinâmicas por um planejamento controlador de toda a economia.

4. Grandes desastres, grandes erros, e a dificuldade quase intransponível de impedi-los

Grandes desastres; grandes cismas; grandes sonhos emancipadores que soçobram ou se concretizam como tenazes de pesadelos; grandes abandonos de projetos sociais ou de destinos individuais que ficam aprisionados no tempo real ou imaginário, como restos de desgraças ; grandes desilusões (que nunca deveriam ter sido alimentadas antes com grandes ilusões, quando estas já podiam ser percebidas); grandes revoluções previamente perdidas e grandes guerras de secessão que vieram para destruir muito, mas nunca iriam destruir as causas da própria secessão ... tudo isso é o que a inevitável errância humana deixa como o seu grande legado, geração por geração, apenas para que se repitam pelas mãos dos incrédulos de todos os tempos, uma vez que eles, obstinadamente, pensam dirigir o vento com o sopro da sua boca.

O acidente de Fukushima, em 2011, menor em seu efeito desastroso do que Chernobyl, mas igualmente preocupante, pois o controle tecnológico japonês parecia mais confiável e ficou irremediavelmente abalado, fez com que Alemanha, Itália, Suíça, Finlândia e Suécia abandonassem seus programas nucleares, hoje reprogramados para a extinção.

O parlamento alemão, no entanto, recusou proposição de seu Partido Verde no sentido de que fosse rompido o acordo nuclear com o Brasil, que sustenta a transferência de tecnologia para as usinas nacionais de Angra dos Reis (Fonte: Deutsche Welle, 14.11.2019).

Quanto ao próprio Japão, após contabilizar muitas mortes e lidar com remoções populacionais em áreas extensas, sabe-se que a radiação de Fukushima se estendeu pelo Oceano Pacífico até a costa do Canadá, EUA e México, conforme já ficou comprovado por mapeamento, e o país ainda não tem solução para a água contaminada que foi bombeada de navios para esfriar os reatores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Japão é um país conhecido por ser predador dos mares, tanto causando desequilíbrios na preservação da baleias pela sua caça disfarçada ou ostensiva, como provocando a proliferação de medusas gigantes pelo manejo destrutivo da pesca, tendo também produzido o desastre ambiental na Baía de Minamata com o derrame de mercúrio (descoberto em 1956), que provocou mortes e doenças em massa depois do metal pesado entrar na cadeia alimentar dos peixes. Assim, é provável que a água radiativa de Fukushima esteja sendo descartada aos poucos no oceano, pois só isso justificaria o mapeamento por imagens ultrassensíveis captadas até na costa oeste americana (Fonte: site Estadão-Conteúdo e site *marsemfim.com.br*, "Desastre de Fukushima não contaminou só o Pacífico", 21.12.2019).

Já o projeto brasileiro está completamente paralisado desde 2015, quando a Operação Lava Jato descobriu desvio gigantesco de verbas na construção da Usina Angra 3, em um esquema criminoso comandado pelo seu principal gestor, vice-almirante Othon Luiz Pinheiro da Silva, já condenado, de tal modo que a Eletrobrás gasta hoje 30 milhões de reais por mês (pois as duas outras usinas de Angra dos Reis não geram receita suficiente para a empresa estatal Termonuclear, que as administra, pagar tais parcelas), destinados a ressarcir o BNDES de um financiamento bilionário, e ainda será necessário o aporte de mais 25 bilhões de reais para concluir a obra (Fontes: (1) Portal TCU.gov.br, 29.08.1917 e (2) jornal Folha de S. Paulo, 14.11.1917).

Com o "efeito Fukushima", a Alemanha rendeu-se a uma dependência energética quase completa da Rússia, havendo construído um custoso e tecnicamente desafiador gasoduto que passa sob o Mar Báltico, para que, em seu trajeto, não ficasse exposto no território de outros países da região, que já foram invadidos no passado pelos russos e se livraram do seu jugo.

Porém, o povo alemão, cuja história de confrontos é milenar, e cuja capacidade de reconstruir-se é inegável, aposta em novas tecnologias e pretende que, através delas, num tempo indeterminado, voltará a obter sua emancipação energética.

Essa emancipação não virá, por ora, para a América Latina, que sempre recomeçou – e agora ainda o faz – suas revoluções perdidas, tal como o coronel Buendia.

Não virá, certamente, para Cuba, que não tem nenhum modelo de desenvolvimento que aponte para um futuro próspero.

Assim também não virá para todos aqueles países que são compelidos por estruturas de poder a serem cativos de si mesmos, pois nem as grandes ilusões,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

nem os grandes cismas, nem os grandes desastres permitirão que apostem em uma tecnologia que não dominam, ou num sonho de convivência que não acalentam.

Da mesma forma como não acreditam que, nas suas incertezas, o *status libertatis* possa ser criativo e realizador, enquanto as certezas do *status subjectionis* oferece o único – mas irremediável - consolo dos sinos que dobram.

Muitas pessoas que culpam a planificação e o planejamento por erros pelos quais todos pagam, pois resultam de sonhos errados, não examinam que o irracionalismo e o sentido de aposta podem também resultar da atitude contrária, expressa na competição econômica, no estímulo ao consumo direcionado só para o desfrute e na iniciativa interminável de criar coisas inúteis.

As mitologias que asseguram a regência de um espírito liberal, que cercam de garantias a iniciativa de cada um em forjar o seu mundo, todos sabem que duram até a próxima crise. Quando ocorre o colapso, essas crenças perdem a sua justificação e as políticas nelas baseadas têm de ser socorridas e alimentadas de novo por um regime regulatório, ainda que transitoriamente.

A superação das crises mundiais em 1939 e em 2008, ambas desencadeadas nos EUA, mostram isso. Nessas ocasiões houve intervenção no sistema bancário, controle na comercialização de títulos financeiros, socorro a empresas privadas inadimplentes e investimento público em atividades econômicas. Em '39 chegou a haver também um longo controle de preços, que esteve a cargo do famoso economista John Kenneth Galbraith.

Também é inegável que há uma sucessão de fatos que desmentem generalizações simplistas, como na justificativa para o acidente de Chernobyl, quando a URSS se encontrava em uma crise de obsolescência, mas que se mostra em contraste com o de Fukushima, pois o Japão se situa na ponta do desenvolvimento tecnológico.

Em ambos os casos, pelo que hoje se sabe, foram cometidos erros de projeto, no caso russo por falta de recursos eficientes para o resfriamento do reator, na hipótese de excesso de carga (sendo esse o motivo provável do acidente), e no caso japonês porque foi subestimada a possibilidade de estragos causados por tsunami, na crença de que havia segurança suficiente pelo fato dos reatores estarem encaixados em escavações na pedra, cercadas por uma barreira marinha, que afinal se mostrou baixa.

Quando houve a crise do petróleo em 1973, em razão da política adotada pela OPEP, o Brasil começou a reorganizar sua matriz energética, que resultou pouco depois na Política Nacional do Álcool, o Proálcool, visando a produção de etanol.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Jornalistas que simpatizavam com o regime cubano, e então eram muitos, perguntaram a Fidel Castro se não iria iniciar programa semelhante, já que Cuba era grande produtora de cana. Ele respondeu que absolutamente não, pois seu país também era tradicional exportador de rum, cujo preço era muito superior ao do álcool (em que pese a multicentenária produção do Rum Bacardi ter sido transferida para o exterior, pela família cubana proprietária da marca, depois de ter sido expropriada pela revolução).

Em outra ocasião sustentou que a produção do etanol era prejudicial ao meio ambiente e à saúde dos trabalhadores, pois utilizava mudas transgênicas, acrescentando a esses temas mais alguns como o da produção latifundiária, o domínio de grandes interesses internacionais e outros mais, como era comum em seus longos pronunciamentos.

Não deve ser esquecido que, ainda quando estudante, antes da ditadura de Fulgêncio Batista, Fidel Castro ganhou um concurso nacional de oratória. A verve discursiva daquele que veio a se El Comandante sempre teve elementos de figuração e de humor em seus gestos e palavras grandiloquentes, assim como na indumentária e em um certo espírito de encenação que ele personificava.

Quando a campanha antitabagismo se impôs como questão de saúde pública e ele teve que respaldá-la, justificou que antes sempre fumava charutos porque os russos, que já se tornavam onipresentes nas relações com Cuba, tinham o desagradável hábito de beijar na boca.

Quando foi surpreendido (e fotografado) sorvendo uma Coca-Cola sofregamente pelo gargalo, em uma visita ao Chile de Salvador Allende, respondeu aos que se surpreenderam dizendo que era contra o imperialismo e não contra a Coca-Cola...

As explicações de Fidel superavam todas as medidas, tanto que proferiu o mais duradouro discurso na história das Nações Unidas, de 4 horas e 26 minutos (Fonte: El País, 27.11.2016, "Fidel em Cifras...").

Até hoje não apareceu um voluntário para sintetizar essa longa peroração ou para traduzir seus significados para a História.

Só o que ficou foi o *record* da duração.

Fidel também chegou a desmaiar na tribuna em um comício em Cuba, depois de falar várias horas (alguns anotaram que foi cinco, outros que foi sete), pouco antes de iniciar seu afastamento do governo. Nunca se saberá se isso seria uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

técnica de autoconvencimento, já que parece difícil que seja de altero convencimento.

O relato do malogro da usina nuclear da Vila de Juraguá, Província de Cienfuegos, que está bastante documentado, mostra bem o cerne da questão: o dirigente cubano menosprezou a oportunidade de dar início a uma política energética independente em Cuba, baseada em recursos naturais que seu país tinha, pois acreditou que a URSS era um sustentáculo eterno.

Hoje Cuba tem como única matriz o abastecimento do petróleo venezuelano, mas a ilha não tem capacidade de refino e o óleo bruto é transportado para a Rússia, que é paga *in natura* pelos seus serviços e depois entrega o saldo do combustível refinado para a ilha caribenha.

No governo de Hugo Chaves chegou a ser iniciada, em parceria de Cuba com a Venezuela, a construção de uma refinaria, também na Província de Cienfuegos, mas ela igualmente foi abandonada, deixando mais escombros que até hoje lá estão como testemunho do descalabro.

Cuba atualmente não tem nenhuma outra alternativa - já que sua "Chernobyl tropical" malogrou e o país não se capacitou para produzir o etanol, como também não domina a tecnologia da captação eólica ou das placas solares -, a não ser interferir e controlar a ditadura venezuelana, "pagando" pelo petróleo que recebe através dos serviços de assistência militar e do programa 'mais médicos'.

Esse monumental escambo praticado como política de Estado mostra que "***a invenção da ordem***", para usar uma expressão criada pelo historiador José Murilo de Carvalho, responde pelas causas que comumente são atribuídas a regimes ou sistemas, diluídas em defeitos intrínsecos ou ocasionais de determinadas políticas, quando está claro que é a ***forma de imposição da ordem criada*** que acentua ou dilui os efeitos dessa mesma imposição.

Mostra ainda que é ***a intencionalidade*** o principal fator determinante e que nenhuma ordem pode ser mantida se não se impõe e justifica nas ações afirmativas que desencadeia, seja empolgando o apoio popular, seja impondo a repressão e o medo, sendo ainda negociando os interesses que, afinal, serão afetados ou beneficiados.

Outros malogros perseguem até hoje os cubanos. Seu país veicula pela Internet uma intensa campanha de turismo, provavelmente feito por uma agência internacional de *marketing*, apresentando *resorts* paradisíacos como aptos a competir com outros destinos caribenhos, tipicamente capitalistas e que atraem jogadores, milionários e escroques internacionais, bem como explora "marcas" que

se tornaram famosas quando o país era um protetorado americano, como Cubanacan e Bodeguita; Mojito ou Daikiri.

Mesmo o "Buena Vista Social Club", que havia feito sucesso como uma casa musical e de dança nos anos 1940, só foi ressuscitado por iniciativa do guitarrista americano Ry Cooder e do cineasta alemão Wim Wenders, voltando a ter reconhecimento como uma orquestra, em excursões no exterior, formada por seus velhos músicos Ou seja: o que se oferece pelos métodos capitalistas serve parra arrecadar divisas. E só assim se faz o resgate.

Cuba necessita desesperadamente de moedas com circulação mundial e faz tudo para obtê-las, pois não gera exportações que as introduzam no país pela circulação de mercadorias.

Como essa não chega a ser uma política econômica, a ajuda de outros países ganha uma importância vital. A simples restrição de voos *charter* turísticos, por Trump, abala a combalida economia cubana. Outra ironia se mostra no fato de que uma fonte importante da obtenção de dólares está na remessa dessa moeda aos parentes que ficaram na ilha, pelos que conseguiram emigrar para os EUA. Isto monta uma equação que foge à ortodoxia interpretativa: os que fugiram do regime ajudam, substancialmente, a mantê-lo, ainda que sua intenção seja a de favorecer os familiares.

A Rússia de Putin perdoou o débito astronômico contraído com a URSS, pois era impagável.

O Brasil recebeu um monumental calote (estimado em mais de 2,5 bilhões de reais) por haver reformado todos os aeroportos cubanos importantes e por ter construído o Porto de Mariel (com recursos brasileiros e financiamento do BNDES, que também serviram para pagar propinas de corrupção no Brasil, por empreiteiras nacionais, notadamente a Odebrecht).

O porto, afinal, não pode ser operado, uma vez que o regime cubano teme que o movimento de barcos sob outras bandeiras acabe com seu rígido controle na ilha. Entidades internacionais de apoio a Cuba, inclusive americanas, foram sondadas para gerir esse grande atracadouro mas não quiseram ou não tinham capacidade para fazê-lo.

O país não dispõe ainda de uma frota pesqueira com autonomia para alto mar, como seria próprio pela geografia insular.

Como não desenvolveu indústria petroquímica, Cuba não produz sequer tintas e revestimentos que seriam necessários para a manutenção de seus belos prédios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

históricos. Até preservativos têm de ser importados da China e, em 2014, criou-se uma situação tragicômica depois do desaparecimento do produto, pois os lotes que haviam vencido em 2012 foram "revalidados" por novo carimbo, com a justificativa de erro na data...

Os dois filmes produzidos em Cuba que tiveram maior projeção internacional, "Morango com Chocolate" (premiado no Festival de Gramado) e "Guantanamera" são obras de dissidentes do regime e apontam também como tragicomédia o domínio da burocracia impositiva, tanto quanto ridícula e cruel, manifestando-se na vida e na morte, pois a história do último filme é a de um enterro em que o carro fúnebre tem que aproveitar seu trajeto e transportar vários cadáveres.

A ilha cubana não é nem um paraíso, nem um pesadelo tropical. Muitos são os pequenos países que poderiam ser os pontos anunciadores do paraíso, no Caribe; alguns outros, salientando-se o Haiti entre estes, ao longo da toda a sua história, os que lembram os tormentos do inferno. Também a Guatemala, Honduras, El Salvador, seguidos de perto pela Nicarágua, experimentam emigração desesperada em massa, fuga do crime, instituições fracas e desorganização do Estado; portanto, as cenas infernais não lhes são estranhas.

Cuba é uma ***utopia entrópica***, isto é, esgotou seus recursos para constituir seu projeto de nação livre, afinal liberta e ainda libertadora, sem realizá-lo.

O país foi uma colônia espanhola com independência tardia (1895), tornando-se protetorado americano até 1958, quando teve início o regime castrista. Desde então a utopia declinou e a entropia impôs se esgotamento progressivo, até o colapso. Hoje é uma cápsula do tempo que, ao ser rompida, provavelmente será destruída, como aconteceu com os belos afrescos subterrâneos de Roma, filmados por Fellini, que se desfizeram quando foram cavados os túneis do metrô.

Cuba é o mais singular exemplo de um país culturalmente aberto, com grandes músicos, que brindaram o mundo com seus ritmos alegres do mambo, da rumba e da salsa.

País de grandes escritores, que enriqueceu a muitos (o pai do cineasta Luiz Buñuel, por exemplo) e a tantos influenciou ou inspirou na representação literária; lugar onde Hemingway escreveu "O Velho e o Mar" e onde Gabriel García Márquez redigiu seus "Doze Contos Peregrinos"; também onde o cineasta Francis Ford Coppola grafitou um muro com a frase "Love Never Dies", depois apropriada pela chamada cultura pop; destino escolhido malsinadamente pela Máfia americana para fundar sua Monte Carlo caribenha, sendo redestinado para ser um ***exemplo***

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

redentor por muitos daqueles que procuraram nos anos 1960 novos modelos políticos para a América Latina...

Com todo esse acervo de sonhos, realizações, idealizações e fracassos, Cuba nunca foi livre. A suprema ironia é que exista um coquetel alcoólico cujo nome diga o contrário. Mas agora já não mais ocorrerão os estupefacientes discursos de Fidel para provar que, exatamente, o contrário seja o verdadeiro.

A trajetória de muitos cubanos ilustres foi sombria. O escritor Cabrera Infante, que morreu exilado na Inglaterra, contou que tinha pesadelos recorrentes de que havia voltado para Cuba e não podia mais sair. Reynaldo Arenas enfrentou a prisão e, nesse período, teve romances seus reconhecidos e premiados na Europa, exilando-se nos EUA graças à política de defesa dos direitos humanos do presidente americano Jimmy Carter. O cantor e compositor Pablo Milanés, parceiro de Chico Buarque nas canções "Yolanda" e "Como se Fosse a Primavera", nunca se tornou dissidente, mas foi internado em um campo de trabalhos forçados, a título de "reeducação", o que devastou sua carreira, embora seu reconhecimento junto ao público não tenha desaparecido. Chico Buarque, que no Brasil tem sido uma voz discordante do *establishment* há muito tempo, nunca se manifestou a respeito.

Este é o núcleo preciso de entendimento que esses variados exemplos históricos apontam para a compreensão do que se encerra como ***questão decisiva.***

Isto vale para situações extremas, como "a solução final" engendrada pelos nazistas, quando a guerra já se mostrava perdida, para ultimar seu programa genocida; como a decisão então inverossímil de resistir de Churchill, mesmo em condições muito precárias, no início da II Guerra; como a implantação, através do New Deal de Roosevelt, do método econômico de Keynes, contra as crenças liberais que vinham desde os tempos de Adam Smith; como na decisão do antigo caixeiro-viajante e grão-mestre da maçonaria americana, investido como presidente Harry Truman, de lançar a bomba 'Little Boy', pelo voo batizado como 'Enola Gay', em Hiroshima; como também em todos os assaltos à Bastilha e ao Palácio de Inverno que a História registra por serem rupturas abruptas da ordem estabelecida.

Entre nós, a ***questão decisiva*** é que deve ser considerada quando as pessoas que se consideram integrantes da elite brasileira, quer ali estejam porque receberam seus paramentos como acontecia com os fidalgos, quer tenham sido premiados pelos acasos da roda da fortuna, quer tenham ascendido pela trapaça, pelo patrocínio ou pela fidelidade àqueles a quem sucederam, resolvem se unir em políticas trançadas, estabelecendo vínculos da autoproteção, que podem ser sintetizados num salvo conduto expresso pelos *slogan* repetido pelos atuais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

presidentes da Câmara de Deputados e do Senado: *"a política não pode ser criminalizada".*

Obviamente, a política de que eles tratam não é aquela mencionada desde os tempos de Platão.

Por outro lado, os representantes parlamentares deveriam entender, primeiramente, que – para não ser criminalizada - ***a política não pode ser criminosa.***

5. A saída, a voz e a lealdade: quando as instituições entram em declínio

O escritor Albert Hirschman foi um berlinense que emigrou com a aproximação da II Guerra, completou sua formação acadêmica em Economia Política em Paris e Trieste, depois se radicou nos EUA, onde desenvolveu carreira acadêmica em várias universidades. Interessado na América Latina, colaborou por cinco anos com o governo da Colômbia e, através de uma instituição de estudos econômicos, com o do Chile, nos períodos de redemocratização.

Seu livro "Saída, Voz e Lealdade" (1970) expõe um modelo analítico que procura dar uma resposta à dinâmica do declínio das instituições. O subtítulo da obra em inglês, suprimido na edição em português, é exatamente "Respostas ao Declínio de Empresas, Organizações e Estados".

Tratando-se de obra que faz uma abordagem notadamente original, haveria o risco de deformá-la através de um resumo, mas – para o entendimento imediato – convém dizer que a "voz" é uma expressão de poder, uma manifestação com nexo político em sua essência, que se expressa ativamente, quando pode produzir efeitos ao ser ouvida, ou se cala, e marca com a sua "retirada", isto é, o abandono de um produto, uma ideia participativa, uma crença ou um compromisso político, quando o esforço para manifestá-la mostra-se muito custoso, encontra hostilidade ou simplesmente não será ouvido.

A "voz", portanto, oscila como um pêndulo indicando ou a "saída" ou a "lealdade".

O que há de mais notável no trabalho de Hirschman é que ele demonstrou, inclusive com estudos empíricos, que essas manifestações sempre ocorrem, pois a estabilidade de partidos políticos, instituições de Estado, organizações comerciais e, mesmo, ordens religiosas, guarda sempre uma estrutura ligada ao desempenho, conquistando e perdendo fidelidades ou ainda enfrentando também o seu ocaso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Mesmo trajetórias históricas já bem conhecidas podem ser reexaminadas sob a metodologia que o berlinense apontou. A luta do revolucionário Leon Trotski, por exemplo, mostra inicialmente seu grande empenho em ganhar "voz" dentro do Partido Bolchevista, ainda no tempo de Lenin, mostrando seu empenho e "lealdade" na medida que era ouvido e que suas ações ganhavam vulto. Ele não era um bolchevique histórico, mas sempre sustentou que sua adesão a essa corrente do Partido Social Democrata russo resultou de um convencimento tão profundo cuja legitimidade não era menor do que aquela dos *fundadores* ou dos que se agregaram apenas fisiologicamente, por hostilidade ao sistema aristocrático dos czares.

Confrontado com Stalin, posteriormente, teve a "lealdade" questionada e perdeu sua função de dirigente no Politburo, depois sofreu exílio e confinamento em Alma Ata, no Cazaquistão, tornando-se um dissidente. Sua "voz" ganhou crescentemente a feição de denúncia política e a "saída", que vinha sendo forçada, foi assumida como única alternativa autêntica, exatamente para manter a coerência da sua trajetória.

Este exemplo não é usado por Hirschman, deve ficar claro, mas é bastante ilustrativo e serve exatamente para mostrar a flexibilidade de seu método.

Assim também, recorrer a ele é útil para entender outros exemplos de declínio acentuado, como o que levou ao colapso de modelos, imaginados em Chernobyl, na URSS, em Fukushima, no Japão, e em Juraguá, em Cuba, com todas as implicações de uso da tecnologia atômica sob uma *visão de desenvolvimento*, adotada por programas em que a decisão política vinculou formas de Estado ao resultado que era pretendido, e que, por razões peculiares a cada caso, soçobrou.

A junção de casos com circunstâncias tão diferentes, marcando uma nova tomada de rumos em nível global na história da civilização, mostra a importância de uma metodologia que habilite à visão comparativa e extraia mesmo significados comuns, que ganhem sentido tanto simbólico como elucidativo de fatos efetivamente ocorridos, de modo que permitam entender quando e como 'a voz, a saída e a lealdade' compõem as principais respostas que podemos reconhecer.

É também o que ocorre quando declinam e colapsam instituições com outra estrutura, que se enquadram naquilo que chamamos de "ordem legal", ou "ordenamento jurídico", ou "legitimação para julgar" ou, por fim, "exercício do poder jurisdicional", que vêm a ser afetados porque o sentido do seu compartilhamento, ou justificação do seu agir, também soçobrou.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

6. Quando o Direito perde a sua justificação porque, para as supostas elites, os controles legais deixaram de ser pactuados e agora são elas que os manejam

Aproveitando o sucesso nos anos 60/70 do século passado, do "Pequeno Livro Vermelho" com as citações de Mao, embora efêmero no Ocidente, Millôr Fernandes também fez o seu.

Em "O Livro Vermelho dos Pensamentos de Millôr" proclamou um 'direito' vigente no Brasil, que vigora desde tempos imemoriais e tem sua força reimposta hoje como nunca, pois agora goza do reconhecimento geral, apesar de não estar inscrito em nossa volumosa Constituição:

"Os direitos de cada um terminam onde as autoridades se sentem impunes".

No entanto, esse 'preceito' é algo que corresponde bem ao que os revolucionários franceses do Século XVIII previram no artigo 16 de sua "Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão", e nós não tivemos o discernimento e a coragem de fazê-lo:

"A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição."

Eis então como a **questão decisiva** se transporta do relato sobre usinas que explodem para o tema do embotamento da verdade.

É quando a ficção sobre as perdas ou ausências de controles sobre esses grandes fenômenos desastrosos, assim como sobre os abismos da alma humana e as decisões destrutivas que brotam de suas recônditas frestas, ganha um destaque revelador.

Alguns casos podem ser selecionados com proveito para a compreensão do fenômeno de que ***a perda dos controles e das garantias*** responde por grandes cismas, ao mesmo tempo em que nada é mais revelador da desorganização do exercício do poder como a sua imersão na vontade manifesta ou na intencionalidade oculta dos poderosos.

São os casos em que se pode dizer de um país que ele "não tem Constituição".

7. O estranho caso da devolução do imposto que nunca foi recolhido e da tese, mais estranha ainda, de que tirar de todos para dar a poucos favorece ao equilíbrio econômico regional

Em 25 de abril de 2019 o STF julgou os RE 592891 (Rel. min. Rosa Weber) e RE 596614 (Rel. Min. Marco Aurélio) que tratavam do crédito de IPI junto ao produto final, relativo a insumos isentos, na Zona Franca de Manaus.

Foi então aprovada a seguinte tese de repercussão geral:

"*Há direito ao creditamento de IPI na entrada de insumos, matéria prima e material de embalagem adquiridos junto à Zona Franca de Manaus sob o regime de isenção, considerada a previsão de incentivos regionais constante do artigo 43, parágrafo 2º, inciso III, da Constituição Federal, combinada com o comando do artigo 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).*"

A corrente vencedora justificou a interpretação de que o creditamento reconhecido *"representa exceção à regra geral com a finalidade de neutralizar as desigualdades em prol do desenvolvimento do país, do fortalecimento da federação e da soberania nacional"* e ainda que o benefício previsto para a Zona Franca *"promoveu o princípio da igualdade por meio da redução das desigualdades regionais".*

Tamanha inconsistência de fundamentos foi arrematada com esta 'pérola' pelo presidente Dias Toffoli, ao encerrar a sessão: os ministros *"têm realmente a consciência da importância da Zona Franca de Manaus para o Brasil e para toda a humanidade na medida em que ela é um projeto de Estado de preservação da floresta, que isso fique registrado."*

Pela corrente vencida, o ministro Marco Aurélio salientou que *"o direito ao crédito de IPI pressupõe a existência de imposto devido na etapa anterior e de previsão legislativa"*, de modo que *"se não há lei específica que preveja o creditamento de IPI para a região, há de prevalecer a jurisprudência do STF no sentido de que, não tendo havido pagamento de tributo na compra de insumos, não há direito à compensação."*

O ministro Luiz Fux, também vencido, salientou uma distorção econômica que decorrerá necessariamente do julgamento havido: se a isenção ou alíquota zero incidentes em insumos da Zona Franca provocar crédito de IPI no produto final, independente de onde ele seja produzido, haverá uma progressiva transformação daquela Zona em produtora só de insumos, com perda do valor agregado ao produto final.

A jurisprudência massiva do STF era, até os julgamentos aludidos, no sentido de que imposto não recolhido sobre insumos, ou por motivo de isenção, ou por incidência da alíquota zero, não poderia gerar crédito posterior de IPI na mercadoria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

finalizada, e isso nada tinha de ofensivo ao preceito constitucional relativo à não cumulatividade (art. 153, § 3º, inciso III, da CF).

Tal jurisprudência foi coletada pelo ministro Gilmar Mendes, pois era de ordem tão massiva que justificava provocar um julgamento com repercussão geral, como ele fez através do plenário virtual.

O que ocorreu então? O ministro Gilmar Mendes esteve ausente da sessão de julgamento da repercussão geral. O ministro Roberto Barroso deu-se por impedido. No processo relatado pela ministra Rosa Weber deram-se por impedidos também os ministros Marco Aurélio e Luiz Fux. Logo, formou-se uma maioria ocasional que acabou respaldando uma tese incompreensível, que foi saudada como *"redentora"* através do delírio do presidente Toffoli, que a considerou *"salvadora da floresta amazônica"* e *"em favor da humanidade"*.

A novidade encampada pelo Supremo, segundo simulação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, provocará um prejuízo monumental aos cofres públicos e foi estimado em altíssimos valores que montam de centenas de milhões a vários bilhões de reais, conforme a fonte informativa (Fontes: (1) Site "Notícias STF", 25/04/2019; (2) Site "Estadão", 25/04/2019).

Conclusão: Os erros do Supremo foram os de (1) praticar um ativismo judicial deformado, concedendo uma compensação tributária não estabelecida através de lei; (2) incursionar sobre as atividades governamentais, que não exerce, para dizer quais são as políticas de equilíbrio regional que devem ser estabelecidas; (3) criar uma figura teratológica de conceder créditos tributários, contra toda a sua jurisprudência histórica, decorrentes de tributos que... nunca foram recolhidos; (4) gerar evasão volumosa de receitas sem medir as consequências danosas para os interesses do Estado e do país e, por fim, mas de importância ainda maior, (5) colocar o Supremo como órgão jurisdicional dominado pelo voluntarismo de ocasião, incapaz de formulações técnicas e coerentes, o que colabora para afastá-lo, em definitivo, da identificação como corte equalizadora e justificadora por excelência.

O Supremo, portanto, criou a "Escola do Não Fundamento", o que certamente é uma *invenção brasileira* que deve urgentemente ser comunicada a todos os povos amigos do mundo.

É uma desconexão grave com o Direito?

Tratou-se de um colapso?

Ou já é a decadência?

8. O caso do manifesto embaraço à tomada de contas das autoridades que destroem "o direito de cada um", desde quando "se consideram impunes"

Em 26/04/2019 o site "Notícias STF" publicou matéria com este título: "STF reafirma que MP de Contas não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança contra julgado de Tribunal de Contas".

Trata-se de julgamento proferido através do Plenário Virtual, na apreciação do RE 1178617. O recurso havia sido impetrado pelo Tribunal de Contas do Estado de Goiás contra acórdão do STJ, que havia provido apelo anterior do MP de Contas, no sentido de que fossem apuradas irregularidade em processo licitatório feito por aquele TCE para a construção de sua sede.

O entendimento exposto pelo ministro relator Alexandre de Moraes sustentou que só o MP do Estado, mas não o de Contas, seria parte legítima para abordar o tema, pois este último "*não dispõe de fisionomia institucional própria e não integra o conceito de Ministério Público enquanto ente despersonalizado de função essencial à Justiça*".

Essa 'tese marciana' talvez tenha servido para afirmar alguns precedentes, talvez também tenha enfocado casos menos dramáticos (a notícia não esclarece sobre isso), mas o fundamento apresentado é de tal forma irrisório e afastado da realidade que autoriza esta compreensão, traduzida pelo exato significado: *o MP de Contas tem competência para fiscalizar a regularidade dos gastos públicos,* ***menos*** *os gastos do tribunal que deve julgar os atos de fiscalização e os seus resultados.*

Por fim, o enunciado da repercussão geral ficou assim expresso:

"O Ministério Público de Contas não tem legitimidade para impetrar mandado de segurança em face de acórdão do Tribunal de Contas perante o qual atua."

Ou seja, o MP que está diante do fato a fiscalizar, que lida com o objeto de deliberação do TCE, que pode representar, requerer diligências e esclarecimentos; que pode recorrer, que pode denunciar irregularidades, que pode fazer prova, **não pode** ingressar com mandado de segurança contra decisão que recusa representação sua.

Conclusão: O embaraço criado pelo STF ao pleno exercício do direito de fiscalizar ficou estabelecido sob o pretexto – inconfessável do ponto de vista de técnica jurídica, mas confessado pelo voluntarismo restritivo de inspiração esotérica e firmado em linguagem cifrada na expressão *"fisionomia institucional"* utilizada pelo ministro Moraes – de que só um órgão mais distante, que não atua na Corte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de Contas, o MP do Estado, cujas atribuição são outras e múltiplas, poderia interpor mandado de segurança ***contra um ato que não acompanha***.

Eis aí um exemplo gritante de como se institui a imagem da "autoridade que se considera impune".

Enquanto isso, 'aproveitando o ensejo', o TCU resolveu "investigar" o procurador de Contas que atua diante daquele Tribunal, Júlio Marcelo de Oliveira, por ter contestado práticas adotadas na Corte que resultam no favorecimento à corrupção.

O TCU não tem competência para investigar disciplinarmente membro do MP de Contas.

O STF poderia por um termo a isso, imediatamente.

O fato do procurador referido ficar exposto a represálias, depois do muito que fez para aprofundar investigações sobre grandes casos de desvios de verbas públicas e de crimes apurados na Operação Lava Jato, mostra que **há uma *politica judiciária* de contenção, a qualquer preço, da atividades investigatórias de certas autoridades, tidas por elas mesmas como intocáveis**.

9. O caso do amianto e o sinistro direito "provisório" de continuar matando

Depois de décadas de discussão em juízos e tribunais, nas jurisdições civil, penal e trabalhista; depois de laudos médicos comprados e vendidos para infirmar descobertas científicas e constatações de danos à saúde e à vida já levantados por insuspeitas organizações internacionais, que foram considerados em países mais adiantados do que o nosso; depois de uma longa e nada justificada discussão de que o produto do do tipo crisotila não provocaria os mesmos malefícios, por ter fibras mais longas, o tema da exploração mineral e industrial do amianto chegou ao STF e foi resolvido em julgamento abrangente nas ADI 3406 e ADI 3470, relatadas pela ministra Rosa Weber (Fonte: Portal *stf.jus.br*, 24.11.2017 e 29.11.2017).

O julgamento do Supremo chegou a ser saudado como um ponto final, pois o entendimento adotado teria criado uma forma nova de controle da inconstitucionalidade, mais avançada doutrinariamente, ao estabelecer o efeito vinculante e *erga omnes* independentemente (isto é, sem esperar) a declaração legislativa, através de resolução, suspendendo as leis inquinadas de inconstitucionais (Fonte: Site Conjur, 1º.12.2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim sendo, as empresas Eternit e outras que exploram as minas de amianto no município de Minaçu, Goiás, começaram a desativar suas instalações, sendo até feitos comunicados públicos de encerramento de atividades.

A empresa Eternit já pertenceu a grupos internacionais (de empresários belga e suíço, tendo um deles sido condenado a dezoito anos de prisão na Itália), sendo o último o francês Saint Gobain, que se retiraram depois que o amianto teve a exploração proibida nos seus países de origem.

Hoje o capital da Eternit se acha pulverizado na bolsa de valores.

Embora tenha acontecido tudo isso, a ABREA – Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto, que registra a memória de doenças, mortes e falta de assistência aos que foram vitimados pela atividade econômica (que se mostrou também predatória de vidas), denunciou que – um ano depois – o acórdão do STF simplesmente ... ainda não havia sido lavrado (Fonte: BBC News Brasil, 11.09.2019).

A par disso tudo, o INCA – Instituto Nacional do Câncer, que é um órgão governamental da União, mantém uma página descritiva da nocividade acentuada que a lida com o amianto traz (sua extração, processo industrial, manipulação e descarte) e das doenças que causa (Fonte: Site *www.inca.gov.br*).

Então, o que ocorreu?

Simplesmente, as empresas interessadas manifestaram a intenção de ingressar com embargos declaratórios (e, sendo o caso, depois com embargos infringentes regimentais) e, em razão de não poder fazê-lo, pediram uma liminar cautelar suspendendo a eficácia do julgamento, ou seja, sua execução, por não ter havido ainda o trânsito em julgado.

Não só obtiveram a medida cautelar pleiteada, que foi deferida pela ministra relatora, como reativaram sua produção e ainda fizeram *lobby* junto ao Estado de Goiás, que editou uma lei nova, autorizando a exploração do amianto.

Segundo declarou o governador daquele Estado, o novo diploma não contrariou a deliberação do Supremo, uma vez que a decisão da ministra relatora suspendeu o efeito *erga omnes* anteriormente dado e o acórdão, afinal, não foi lavrado (Fonte: Conjur, 22.12.2017).

Conclusão: O STF conseguiu provocar uma situação absolutamente inédita no concerto das decisões judiciais em todo mundo, que assim se apresenta ao entendimento epistemológico: ***é inconstitucional promover atividade***

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

econômica que mata, mas – provisoriamente - ela pode continuar matando até que sejam ultimados os trâmites judiciais....

Uma incompreensão tão aguda sobre a eficácia dos julgados leva à indagação sobre se o Supremo estava habilitado a deliberar a respeito da prisão após a condenação em segundo grau, tanto quando disse sim, como quando disse não. Isto é, quando estabeleceu a regra interpretativa e quando a desfez em nome de uma literalidade que não existe na Carta.

No caso do julgamento sobre o amianto, com efeitos vinculativo e *erga omnes*, está claro que se repetiram situações já examinadas em tribunais de segundo grau, ou seja, o efeito suspensivo se mantinha, ou então as medidas cautelares suspensiva da atividade permaneciam até que a coisa julgada fosse declarada, **uma vez que esta era apenas confirmatória do que as instâncias inferiores vinham repetidamente reconhecendo.**

10. O caso COAF ou quando o Supremo resolveu se expressar em javanês

O Brasil pleiteia há anos o seu ingresso no organismo plurinacional, que já reúne trinta e seis países, chamado Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE ou, na sigla em inglês, OECD). Sua origem foi o Grupo de Ação Financeira Internacional – GAFI, criado pelos países conhecidos como "G7", que logo foi reconhecido como órgão consultor pela Organização Mundial do Comércio.

Trata-se de um organismo de consulta que prevê medidas de integração baseadas na coleta de dados, análises conjuntas, discussões de políticas e vigilância multilateral a respeito de crimes financeiros, lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo.

Faz parte do comando das ações da OCDE a exigência de que os países membros tenham a sua Unidade de Inteligência Financeira – UIF.

O Brasil havia criado a sua UIF ainda no Governo de Fernando Henrique Cardoso, através da Lei 9.613/1998, denominada como Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, vinculado à Receita Federal.

Despachando ao apreciar questões incidentais (entre elas um *habeas corpus* do senador Flávio Bolsonaro), o presidente Dias Toffoli resolveu paralisar as atividades do COAF, determinando diligências (na forma de suspensão de processos administrativos e judiciais) que chegaram a afetar o controle do sigilo financeiro de seiscentas mil pessoas, assim como a apuração de seus atos, proibindo ainda o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

compartilhamento de dados e exigindo, para a tomada de iniciativas investigatórias, a requisição judicial.

Diante de um pedido de reconsideração formulado pelo Procurador Geral da República, o presidente do STF, indeferindo-o, foi ainda além e determinou mais a identificação de auditores e membros do MP que tiveram senhas de acesso ao sistema.

Em visita ao Brasil, uma missão internacional da OCDE, através do esloveno Drago Kos, presidente do grupo antissuborno daquela organização, anunciou em entrevista coletiva concedida em 13.11.2019, ao tomar ciência das iniciativas de Dias Toffoli, *"ainda vamos pensar no que fazer, mas a nossa reação vai ser forte".*

Para não paralisar as atividades da UIF, o governo federal viu-se compelido a transferir o COAF da Receita Federal para a estrutura do Banco Central, mudando-lhe a denominação, por medida provisória.

Depois de praticados todos esses desatinos, a medida cautelar de Dias Toffoli foi submetida ao tribunal pleno do STF, quando seu presidente proferiu voto qualificado como "em javanês" pelo ministro Roberto Barroso.

Toffoli, para não ficar vencido por todos os outros, também os acompanhou, o que tornou tudo ainda mais obscuro, especialmente as medidas disparatadas que havia adotado até então, de modo que a missão da OCDE deve ter partido do Brasil concluindo que nunca, em lugar nenhum, em qualquer tempo, teria a oportunidade de ver outro desfecho igual.

Os atos Dias Toffoli relativamente ao COAF tiveram um antecedente remoto nos Autos da Devassa da Inconfidência e sua ideologia se situa numa relação de autoridade tipicamente "colonial" de poder.

Esse mesmo exercício "plenipotenciário" já havia ficado caracterizado quando foi iniciado o inquérito INQ 4781, com diligências sigilosas, tendo como investigado todo o povo brasileiro e como locais de busca todos os escritórios, estabelecimentos e residências do país, tudo com a finalidade de apurar ataques vagos e imprecisos contra ministros ou contra o STF, sem que o objeto preciso tenha sido pré-determinado. Inquérito sem comando policial e sem atuação do MP e – mais surpreendente ainda – sem representação formalizada de um requerente.

Conclusão: É impossível a qualquer governo praticar atos tipicamente governamentais com as sanções – relativas à escolha política, de mérito administrativo e de direcionamento da conveniência do interesse público - que o Supremo impõe.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Todas as ações determinadas no Caso COAF configuraram um monumental abuso, uma paralisação no exercício de outro Poder de Estado autônomo e dotado de independência política para formular escolhas no âmbito administrativo.

Além do desassossego no âmbito interno, a medida judicial criou dificuldades gratuitas e altamente prejudiciais ao Brasil perante a OCDE.

A única maneira de tentar esconder tal abuso foi empregando ... o javanês (Fontes: (1) Autos do RE 1.055.941-SP; (2) Agência Estadão-Conteúdo 15.11.2019; (3) Conjur 18.11.2019).

11. O caso (ou o fiasco) do DPVAT

A questão do seguro obrigatório para veículos teve um desenvolvimento de enredo das novelas televisivas.

Foi editada a Medida Provisória 904/2019 revogando o seguro obrigatório conhecido pela sigla DPVAT, posto que ficou constatado ser o custo principal pela assistência médico-hospitalar por acidentes de trânsito suportado pelo SUS, independente do repasse de parte da arrecadação das seguradoras para esse fim.

Sem ter nenhuma pertinência temática, o partido político Rede Sustentabilidade, cujo expoente maior é Marina Silva, que tem a defesa e proteção do meio ambiente como sua bandeira maior, ingressou com a ADI 6262, alegando que a medida provisória fugia ao elenco das hipóteses legais, pois visava apenas a atingir desafetos partidários, por hostilidade do governo federal.

O Supremo, embora tenha criado a figura da *pertinência temática* para exigir legitimação de autores de ações diretas que visem o controle da constitucionalidade, não a exige de partidos políticos. Ainda assim, a fundamentação apresentada pela Rede Sustentabilidade era – curiosa e significativamente – *insustentável*, de modo que – se alguma liminar coubesse – será para rejeitá-la *in limine litis*, uma vez que atos caracterizadamente políticos em sua motivação, independentemente de serem justos, não padecem de inconstitucionalidade por esse só fundamento.

Entretanto, o Supremo, por seu plenário virtual, julgou inconstitucional a MP 904/2019, alegando que o art. 192 da Carta estabelece:

"O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

capital estrangeiro nas instituições que o integram." *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)*

O Tribunal também mencionou a Lei 9868/1999, art. 10, § 3º, mas o texto desse dispositivo nada diz sobre o mérito da questão:

"Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 3o Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado."

Como se vê na primeira transcrição, **o tema relativo a seguros**, após as grandes alterações introduzidas pela EC 40, **foi retirado** do *caput* do art. 192 da Carta, e foi só esse dispositivo que restou, pois todos os incisos e parágrafos que existiram em redações anteriores (onde havia menção a seguradoras) **foram revogados**.

Logo, a interpretação histórica leva a concluir que o *caput* (que exige lei complementar) **não trata de seguradoras**. Aliás, toda a legislação que as rege, estabelecida há mais tempo, está expressa em leis ordinárias.

Além disso, declaração de inconstitucionalidade de lei, tanto quanto de medida provisória, não é assunto para ser submetido a plenário virtual a fim de que seja proferido ou referendado julgamento antecipatório. Tal procedimento é uma fuga – apenas para não dizer um descumprimento direto - da garantia do devido processo legal, uma vez que o plenário virtual só delibera, mas não discute.

Como não foi contrariado texto da Constituição ou explícito em lei, nem ao menos houve contrariedade a súmula vinculante (ou não vinculante), nem a julgado do Supremo a que tenha sido dado efeito interpretativo adverso à iniciativa governamental de editar a MP, como encontrar base objetiva para cassá-la?

Quanto à segunda transcrição, como justificar que o tema do DPVAT, pelas razões e pelo modo como foi proposto para pronunciamento pelo Congresso Nacional, caracterizasse *"excepcional urgência"* para que a MP fosse cassada sem contraditório?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Depois que a medida cautelar do Supremo paralisou os efeitos da Medida Provisória 904/2019, o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP, órgão normativo vinculado ao Ministério da Fazenda, incumbido de traçar as políticas securitárias do país, baixou a Resolução 378/2019 reduzindo os valores do DPVAT, já que a rubrica fora mantida pelo Supremo.

Em 31.12.2020 o presidente do STF suspendeu tal resolução, atendendo à Reclamação 38.736, interposta através do escritório de advocacia de Carlos Mário Velloso, ex-ministro daquela corte, hoje aposentado.

Em 09.01.2020, Dias Toffoli voltou atrás, dizendo desta vez que a redução do valor do seguro não havia descumprido a decisão do Supremo, ou seja, exatamente o contrário de que havia dito antes, quando suspendeu a resolução.

Como se não bastassem todos esses desacertos, que causaram grandes transtornos e cobranças indevidas a milhares de brasileiros, os jornais trouxeram à lume que uma auditoria independente realizada pela Consultoria KPMG na contabilidade da Seguradora Líder, que administra a destinação dos recursos do DPVAT.

A auditoria aponta que a Líder realizou vultosos gastos com relação a agentes públicos, chamados eufemisticamente de "**pessoas expostas**", incluindo um advogado de carreira do INSS que atuou como assessor direto do ministro Dias Toffoli, tanto na AGU como no STF, e também o escritório de advocacia dos filhos do ministro Roberto Barroso, do qual este se afastou quando foi nomeado para o Supremo.

O levantamento da auditoria foi minucioso, explicitado em cerca de 1.000 folhas e, além de referir **"pessoas próximas a ministros do STF"** menciona que a Seguradora Líder financiou um simpósio da Escola da Magistratura estadual de São Paulo e um evento paralelo da AMB-Associação dos Magistrados do Brasil (Fontes: (1) Portal stf.jus.br ADI 6262; (2) Site Migalhas 21.01.2020; (3) Site Conjur 09.01.2020; (4) Jornal Folha de S. Paulo, 12.01.2020).

Conclusão: A questão do DPVAT foi um monumental fiasco que deixou exposta uma cisão profunda no sistema de justificação do STF, que não tem atuado dentro dos padrões de uma Suprema Corte, qualquer que seja a comparação se faça com instituição congênere dos países civilizados. A atuação do Supremo está mais enquadrada como um "**mecanismo**", para utilizar um termo hoje empregado para ações que geram consequências em cadeia a partir de uma irregularidade menor, ou de um deslize, até atingir as proporções deformadas da defesa e justificação do absurdo.

12. Chegamos enfim ao exercício do Poder no limite do absurdo

Outros casos poderiam ser visitados aqui, de forma mais pormenorizada, como o inquérito sem fato determinado, conduzido pelo ministro Alexandre de Moraes, o pregão eletrônico 27/2019 feito para aquisição de produtos refinados para banquetes oferecidos no STF, a decisão do ministro Dias Toffoli "adiando" a vigência da lei que estabeleceu o juiz de garantias, quando o cabível seria – apenas para considerar em tese – a suspensão da sua vigência, por inconstitucionalidade ou vício de elaboração legislativa...

(Posteriormente, no final de 01/2020, o ministro Luiz Fux, como plantonista, corrigiu o "descaminho" de Toffoli, que havia inventado um "adiamento" inexistente no Direito, determinando o acertado efeito suspensivo).

Porém, os exemplos enfocados nesta memória crítica são suficientes para mostrar que há um **enredo farsesco, no sentido teatral, ou da dramaturgia do absurdo**, que foi tão bem desenvolvido por Eugène Ionesco, Samuel Beckett e Fernando Arrabal.

Não seria de todo mau também considerar outros enredos que viram o absurdo nas relações de vida cotidiana dos brasileiros e receberam títulos expressivos como "Cemitério de Elefantes", dado por Dalton Trevisan, ou "A Hora dos Ruminantes", concebido por José J. Veiga.

13. Epílogo: o espírito redivivo em uma moderna reencenação da "*basoche*" medieval e da "farsa do grande inquisidor"

Victor Hugo fez a narrativa do que foi um auto religioso medieval, encenado como pequena farsa, apelidada de '*basoche*', em seu conhecido livro "Notre Dame de Paris", que - a partir da tradução inglesa - ficou mais conhecido no Ocidente como "O Corcunda de Notre Dame".

A '*basoche*' (palavra de etimologia obscura, mas que tem alguma derivação de 'basílica', como local de celebração) era praticada por aqueles que os franceses chamam de *"gens de justice"*, pessoas ligadas à comunidade jurídica, que os medievais identificavam como uma corporação, formada por juízes, serventuários de vários tipos, notários e outros escrivães, advogados e *'les magistrats du parquet"*, que eram os integrantes do Ministério Público.

Toda essa gente conhecia bem a aflição das partes - que se cansavam, para consumir sua ansiedade da espera, caminhando na *'salle des pas perdus"*, a ponto de desgastar seu piso de mármore, que é ondulado até os dias de hoje -, e ganhou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o direito de se divertir fazendo encenações, como foi reconhecido pelo rei Filipe IV, O Belo, em 1303, através de um edito.

Os *'basochiens'* ganharam mesmo a licença de escolher um rei de fancaria e eram considerados *'les clercs de la basoche'*. Isso durou séculos, até que outro rei, Francisco I, em 1540, achou que já era tempo de acabar, em pleno Renascimento e sendo ele amigo de Leonardo da Vinci, com as farsas medievais encenadas com motivos (ou pretextos) religiosos.

O tema teria talvez ficado restrito à imaginação de Victor Hugo, não fosse a consequência que dele extraiu um leitor seu, Dostoievski.

Deve ser dito que Victor Hugo longe estava de enaltecer a *'basoche'* ao introduzi-la em seu romance célebre.

Ele também fez outra referência a ela mostrando o que pensava a respeito. Isso ocorreu no longo prefácio escrito para a sua peça teatral 'Cromwell', que veio a ser considerado, na história da literatura, como o principal manifesto da estética do Romantismo.

Ali Victor Hugo escreveu que as encenações da *'basoche'* davam um trato de representação a temas sacros sob a concepção farsesca, acentuando milagres, mostrando aparições, *"estranhas procissões em que a religião anda acompanhada de todas as superstições"*, enfim, *"o sublime rodeado de todos os grotescos"*.

Portanto, se fosse reimaginada a cena nos tempos correntes da medieval *"basoche"*, teríamos algo que lembra muito, nos dias de hoje, as encenações de bispos e missionários que se dizem evangelistas em cultos animados por gritarias e cenas gravadas para a TV, pois embora o sublime possa ser imaginado, o que se ali vê mesmo é o grotesco.

Dostoievski foi além. O lado farsesco assumiu em seu texto o ápice dramático.

Quando escreveu seu último romance, "Os Irmãos Karamazov", publicado em 1880 (o autor já estava doente, vindo a falecer no ano seguinte), ele obrigou-se a redigir um *preâmbulo* ao Capítulo V, II Parte, a que deu o título de "O Grande Inquisidor".

No preâmbulo, Dostoievski narra o que era a *'basoche'* e invoca a leitura que fez da obra de Victor Hugo.

O capítulo em que tratou do assunto tornou-se tão célebre que seu conteúdo veio a ser conhecido como a *"Farsa do Grande Inquisidor"*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em correspondência com seu editor, que reclamava do escritor russo pelo atraso na conclusão da obra, Dostoievski desculpou-se alegando que estava trabalhando no *"ponto culminante"* de seu romance final, que era exatamente aquele capítulo, e que nele *"não podia errar"*.

De fato, a *"Farsa do Grande Inquisidor"* reúne o que há de essencial nos temas de toda a obra de Dostoievski, relativos à fraqueza humana e à responsabilidade moral, encaradas em suas dimensões da fé religiosa ou do conhecimento metafísico.

A síntese do capítulo é esta:

Ivan Karamazov conta para seu irmão mais novo, Aliocha, que está escrevendo um longo poema narrativo baseado nas farsas religiosas medievais e situa a ação de sua *"basoche"* no Século XVI, em Sevilha, quando imperava a Inquisição do Santo Ofício.

Ali um nonagenário cardeal jesuíta, muito alto, severo, *"com uma face seca e olhos cavados"*, exerce o papel de guardião da fé verdadeira, instrui os fiéis e destina os infiéis à fogueira, sendo suas escolhas aceitas pela população por partirem de alguém que está santificado pela devoção e pelo domínio dos grandes mistérios de Deus.

Assim estão as coisas quando há um clamor defronte a catedral pelo fato de um peregrino estar realizando milagres, restituindo a visão a um ancião e ressuscitando uma menina.

A *"guarda taciturna"* que servia ao inquisidor, a mando deste, localiza e prende o peregrino suspeito.

Descendo até as masmorras naquela noite, munido apenas de um archote, o padre identifica o Messias, que está cumprindo a promessa de seu retorno.

Para o grande inquisidor esse retorno, um milênio e meio depois da crucificação, quando deveria ter sido "em breve", é inoportuno e, mesmo, desmente os séculos de pregação da Igreja, pois de novo voltariam as proposições que diluem a fé, carregam-na de uma esperança irrealizável e, enfim, põem por terra os imensos sacrifícios que os padres escolásticos fizeram para mantê-la em pé, por tanto tempo, nas bases em que estão.

O discurso é poderoso, um monólogo abissal sobre os perigos da fé e suas promessas irrealizáveis de libertação e felicidade. Para o jesuíta, o milagre é sim um dos sustentáculos da crença, mas também ligado ao mistério e à autoridade. A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

esperança que o Messias propõe significaria *"salvai-nos de nós mesmos"* e isso é impossível de alcançar.

A longa peroração do Grande Inquisidor é, em resumo, sobre a insuficiência reveladora da fé, que se mostra instabilizadora da liturgia, quando se sabe que é esta, bem conduzida pelos que se dedicam a difundi-la e preservá-la, que sustenta a mesma fé.

Feito o discurso, que encerra com a promessa do padre de levar aquele Messias à fogueira no dia seguinte, o peregrino aproxima-se do cardeal nonagenário e "beija-lhe os lábios exangues". Diante de "um silêncio que lhe pesa", o Inquisidor manda abrir a porta da masmorra e concede a saída ao peregrino, desde que nunca mais volte.

A parábola que nos foi legada pelo atormentado Dostoievski engrandeceu as descrições do grande Victor Hugo e serve como epílogo a este texto.

Aqui se tratou também da verdade perdida.

Aqui se examinaram muitas situações em que o grotesco suplantou o sublime.

Instituições também morrem e elas igualmente podem ter finais dramáticos, determinados por seu colapso ou pelo seu completo abandono, desde quando não cumprem mais suas funções.

Ainda há o caso de instituições se tornarem escombros quando ainda estão sendo edificadas e, nesse caso, se assemelham a obras que seriam emancipadoras da pobreza ou do atraso, mas que – exatamente por essas circunstâncias – vieram a ser destruídas.

As instituições judiciárias do nosso país dão sinal de colapso, a partir da **errância tornada permanente** pelo Supremo Tribunal Federal, cujo marco inicial pode ser fixado quando, pela composição mais recente, começou uma obstinada "desconstrução" dos resultados obtidos, sob duríssimo esforço e sacrifício, no trâmite do Processo do Mensalão.

A partir daí todas as imposturas, todas as marchas e contra-marchas ficaram autorizadas, de modo que "a voz" não mais foi ouvida.

Mas não há "saída" que possa ser dada como resposta quando o que declina é a instituição judiciária, pois todos estão submetidos a ela e não há outro caminho nem porta que se abra.

Portanto, o que vemos é uma **perda já irremediável da "lealdade".**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Supremo Tribunal Federal perdeu a lealdade dos brasileiros.

E a razão determinante da perda dessa lealdade pública é porque o STF – sempre seguido de perto pelo CNJ e pelo CNMP, e às vezes por outros tribunais superiores - vem praticando, obstinadamente, a deslealdade para com o Direito.

O STF, naqueles que seriam seus julgamentos mais célebres, vem encenando a sua *'basoche'*.

O efeito devastador para o Direito no Brasil só tem proporções comparáveis a uma ruptura, que a percepção pública melhor situa quando há um desastre como o de Chernobyl.

Instituições também podem colapsar, para depois serem recobertas por um 'sarcófago'. Então, *"o que restará, além de esquecer até a esperança da verdade, é nos contentarmos em vez disso com histórias".* Histórias mal contadas porque seu tema foi distorcido até não haver mais um breve reconhecimento da "fé" em nome da qual o pregador fala.

Contudo, o nosso desatinado Grande Inquisidor togado dos dias atuais, como o velho bispo assassino que dedicava sua decrepitude a tratar a verdade como se fosse uma força reveladora da vida e da morte, e escrevia nas relações das pessoas a sua farsa em que a liturgia substituía a fé, poderia ser comovido pelo radical silêncio amoroso do acusado, e abrir-lhe as portas da masmorra, se viesse a ler o que escreveu outro perseguido da História, excomungado com humilhação da Sinagoga de Amsterdam com palavras tão duras, atingindo até a descendência que ele não teve, que fariam os termos da dramática abjuração de Galileu Galilei perante o Santo Ofício parecerem um acordo de cavalheiros.

Em "Ética Demonstrada à Maneira dos Geômetras", Proposição XXVII, Corolário II, Baruch de Spinoza nos legou:

"Se uma coisa nos inspira comiseração não podemos odiá-la por causa da tristeza com que a sua miséria nos afeta."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A INFORMAÇÃO-ADVERTÊNCIA NO ÂMBITO DOS VIDEOGAMES: POR UMA PROTEÇÃO CONSUMERISTA PELOS DANOS CAUSADOS POR EPILEPSIAS E LESÕES FÍSICAS

THIAGO DOS SANTOS ROCHA: Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduado em Direito do Consumidor, Direito Constitucional Aplicado e em Direito Processual Civil pela Damásio Educacional. Autor dos livros "A violação do direito à saúde sob a perspectiva do erro médico" (Editora CRV, 2016) e "A aplicação do Código de defesa do consumidor à relação médico-paciente de cirurgia plástica" (Editora Lumen Juris, 2017). Tem afinidade por: design, retro style, direito do consumidor, game studies, ciência, medicina, arquitetura, anos 80/90, pesquisa transdisciplinar, idiomas.

Resumo: na sociedade de consumo em que o entretenimento se tornou eletrônico, os videogames podem oferecer riscos aos consumidores que podem se traduzir em convulsões visualmente estimuladas ou mesmo em lesões físicas. Sustenta-se, neste artigo, que a capacidade do produto de causar epilepsias e patologias físicas no consumidor não configura erro de design ou vício de concepção, pois correspondem à periculosidade inerente devidamente informada. O princípio da transparência é respeitado pelo fornecedor através de advertências de segurança no próprio jogo ou na embalagem sobre os riscos à saúde humana, não se responsabilizando este pela culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros. A hipótese excepcional que se traz à tona é a do fornecedor presumido ou importador que vende o produto sem proceder à tradução para a língua portuguesa da informação-advertência que concerne à segurança do consumidor, o que configura defeito de comercialização, o fato do produto. Assim, a periculosidade inerente se converte em periculosidade adquirida.

Palavras-chave: game studies; epilepsia; lesões físicas; fato do produto; língua portuguesa.

Abstract: in a consumer society in which entertainment has become electronic, video games may offer certain risks to consumers, such as visually induced seizures or many kinds of injuries. This article defends that video games that may cause seizures or physical pathologies are not included in the idea of design or project

error, because the correspond to an inherent dangerousness that is informed. The transparency principle is respected by the supplier, who must give the proper informations about risks through evident warnings in the game or in the package, not having responsability for the consumer behavior or other people's actions. The exceptional hypotesis is the situation when the importer does not translate the health warning informations to Portuguese, and in that case there is a defect of commercialization, the product liability. In this way, the inherent dangerouness converts to acquired dangerousness.

Keywords: game studies; epilepsy; physical injuries; product liability; Portuguese language.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DA JUSTIFICATIVA DO PRESENTE DISCURSO. 3. A REAFIRMAÇÃO DA RELEVÂNCIA DE INTERAÇÃO ENTRE DIREITO E *GAME STUDIES*: A ASCENSÃO DOS CURSOS SUPERIORES DE JOGOS DIGITAIS E A TUTELA DO CONSUMIDOR NO MERCADO DE MASSA. 4. A TEORIA DA QUALIDADE, RISCOS NORMAIS E PREVISÍVEIS, LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DOS CONSUMIDORES E O FATO DO PRODUTO: APLICAÇÃO AO CONTEXTO DOS JOGOS ELETRÔNICOS. 5. A PERICULOSIDADE INERENTE DO PRODUTO EM JUÍZO (NÃO CARACTERIZAÇÃO DE FATO DO PRODUTO) E A TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO. 6. A SITUAÇÃO EXCEPCIONAL EM QUE OS FOLHETOS, EMBALAGEM E INFORMATIVOS QUE ACOMPANHAM O JOGO/CONSOLE NÃO ESTÃO EM LÍNGUA PORTUGUESA: A MÁCULA INFORMACIONAL QUE DÁ ENSEJO AO FATO DO PRODUTO POR DEFEITO DE COMERCIALIZAÇÃO. 7. CONCLUSÃO. 8. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

É fato conhecido no mundo do entretenimento que no ano de 1997, no Japão, um dos episódios do desenho animado Pokémon causou um enorme estardalhaço por ter desencadeado convulsões – também denominadas crises epilépticas – em diversas crianças que acompanhavam o seriado, pois as luzes piscantes utilizadas naquela exibição causou-lhes um sintoma denominado epilepsia fotossensível (ROSSINI, 2019).

Esse fato passou a gerar preocupações perante os desenvolvedores não só de desenhos animados, mas também em outros setores, como os videogames, por exemplo. Hoje, é possível perceber que jogos eletrônicos possuem em suas embalagens ou no conteúdo do próprio software a informação de que a pessoa deve fazer pausas depois de certo período jogando ou mesmo a advertência que certos games podem causar crises epilépticas.

O jogo *Space Invaders* chegou a desencadear crises epilépticas em consumidores no começo dos anos 80. Ferrie at al (1994) fazem a observação de

que depois da primeira descrição de problemas dessa natureza causados pelo título no ano de 1981, sucederam-se mais de outros vinte casos na literatura científica em língua inglesa. Houve, na mídia, ampla repercussão de tais fatos e os desenvolvedores tomaram providências no sentido de trazer advertências junto aos manuais e embalagens dos produtos, assim como o British Department of Trade and Industry passou a patrocinar pesquisas acerca do tema.

No site de notícias norte-americano United Press International, em matéria da data de 24 de janeiro de 1991, é relatado o caso da garota de 15 anos que, ao jogar o cartucho Kid Icarus do console Nintendo, desencadeou uma crise epiléptica. Seus responsáveis ajuizaram ação judicial pleiteando indenização pelos danos sofridos e, à época, o fundamento jurídico utilizado foi justamente a ausência de advertências por parte da desenvolvedora (UNITED PRESS INTERNATIONAL, 1991). Trata-se, no caso, de alegação de mácula informativa.

Barzgar et al (2007) relatam que pouca atenção foi dada à questão da crise epiléptica causada por videogames (*video game epilepsy* – VGE) até que aconteceu a morte de um garoto britânico no ano 1992, enquanto jogava um console Nintendo. Em decorrência do ocorrido, estudos científicos sobre o fenômeno desencadeado e providências informativas por parte dos fornecedores passaram a ocorrer.

Fazendo um salto para os anos 2000, o site de jornalismo de games Gamespot menciona que, no estado norte-americano de New York, foi ajuizado processo judicial por uma mulher, pedindo indenização pelos danos sofridos por sua filha menor de idade, a qual, ao jogar o game Spyro: Enter the Dragonfly – lançado em 2002 –, entrou em crise epiléptica. A autora da ação afirmou que as desenvolvedoras do game foram imprudentes, imperitas e negligentes ao conceberem o software e colocá-lo no mercado de consumo (SINCLAIR, 2007). Aqui, evidencia-se verdadeira alegação de erro de design ou de projeto do jogo.

Ainda: de acordo com texto publicado no site Epilepsy Foudation, a crise epiléptica induzida por videogames não pode ser considerada uma síndrome. Trata-se de uma modalidade de epilepsia fotossensível. Atinge, na maioria das vezes, pacientes de 7 a 19 anos de idade e do sexo masculino. Alguns fatores que podem desencadear o problema: a fotossensibilidade, fadiga, falta de sono ou tempo prolongado de gameplay (PANAYIOTOPOULOS, 2006). A epilepsia do tipo fotossensível, assim, é um sintoma agudo que se manifesta nas pessoas que tenham uma prévia disposição a apresentá-la – sendo a principal causa a fotossenbilidade. Trata-se, esta última, de uma condição genética.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Da análise dos fatos narrados, é possível perceber: jogos eletrônicos têm o seu "lado B". A sociedade de risco sujeita as pessoas aos mais diversos tipos de acidentes quando em interação com produtos e serviços. E não se diga que os prejuízos sofridos pelos jogadores (gamers) se limitam ao âmbito das epilepsias. Também podem ser mencionadas lesões causadas por controles (joysticks) em virtude de má utilização ou caso fortuito.

Essas lesões físicas podem ser geradas por uso prolongado ou indevido de consoles portáteis ou de mesa. Os movimentos repetitivos em controles de videogames podem dar ensejo a complicações nos dedos ou no punho e ocasionar, ainda, casos clínicos que são relatados na literatura científica como tendinite, sinovite, tenossinovite, síndrome de De Quervain, epicondilite, dentre outros. Para as lesões geradas pelo console da Nintendo de grande repercussão no mundo inteiro, o Nintendo Wii, foi criado até mesmo um termo específico, as "Wiites" (IMRHAN; PROMA; RICARD, 2018). Outro termo que foi concebido pela literatura científica para designar os traumas gerados por consoles Nintendo seria "Nintendinite", que se refere a uma forma de tendinite associada a microtrauma repetitivo (HEINEMAN et al, 2014).

Outros tipos de problemas que podem ser mencionados: dor no pescoço ao jogar consoles portáteis; alucinações em pacientes com diagnóstico prévio de esquizofrenia; dor no cotovelo; lesões no joelho – para jogares de Nintendo *Wii Sports*; e, por último, pode ser citado um caso mais grave e cirúrgico – "surgerii" ou "ciirurgia" em língua portuguesa –, no qual uma mulher de 55 anos de idade caiu de um sofá ao jogar tênis no *Wii Sports*, o que gerou um caso sério de hemotórax – derramamento de sangue na cavidade pleural (HEINEMAN et al, 2014, p. 2).

Diante dessas considerações, pergunta-se: o princípio da transparência, por meio das cláusulas de advertência e dos termos de isenção de responsabilidade contratual do fornecedor, tem o poder de, em caso de eventual dano, alocar toda a responsabilidade como culpa exclusiva do consumidor por assumir o risco de jogar o game? Repassadas as informações pelo fornecedor na embalagem ou no conteúdo do jogo, está cumprida a obrigação de informar sobre a periculosidade inerente do produto, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, ou existe margem para algum tipo de mácula quanto a este dever informativo? Existe uma margem de configuração de um eventual defeito de comercialização?

2. DA JUSTIFICATIVA DO PRESENTE DISCURSO

Em caso de demanda ajuizada perante o Poder Judiciário, na qual o consumidor pleiteie indenização por ter sofrido epilepsia induzida pelo videogame ou qualquer tipo de lesão física, o intérprete do direito se deparará com a seguinte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

situação: o fabricante ou o importador tentarão provar que, apesar de o produto ter sido colocado no mercado, o defeito inexiste, pois que os avisos de segurança se fazem presentes (art. 12, §3º, II do Código de Defesa do Consumidor), bem como tentarão evidenciar a culpa exclusiva do consumidor ou de seus responsáveis pela utilização indevida do produto (art. 12, §3º, III do Código de Defesa do Consumidor). O consumidor, por sua vez, buscará demonstrar o dano e o nexo causal, sendo que terá direito à inversão do ônus da prova em juízo, mas em que hipótese sua tese jurídica tem chance de ser julgada procedente?

Para dar início ao presente propósito, mencione-se que foram consultados vários sítios eletrônicos brasileiros de busca com a chave de pesquisa "epilepsia videogames", não tendo sido encontrados resultados relacionados ao presente tema. Muitas vezes, foram achadas apenas respostas envolvendo questões de direito previdenciário e de concessão de medicamentos por parte do Estado, com base no direito social à saúde. O mesmo aconteceu com a chave de pesquisa "lesões físicas videogames" e "patologias videogames". Chegou-se à conclusão de que não haveria fontes jurisprudenciais ou bibliográficas locais para a construção de um texto científico ou para a redação de uma petição inicial. Os relatos de casos seriam raros ou ausentes.

Dessa forma, a maior parte dos fundamentos da presente pesquisa, no que tange à crise epiléptica induzida por videogames e às lesões físicas causadas por esses aparelhos e seus jogos, às medidas adotadas pelos desenvolvedores para reduzir riscos e aos resultados judiciais de demandas consumeristas foi encontrada em sites estrangeiros e em artigos em língua inglesa.

Constatou-se que, no estrangeiro, não há, em regra, condenações judiciais das desenvolvedoras de jogos eletrônicos com base na teoria do fato do produto. De forma idêntica ocorre no Brasil. Após as desenvolvedoras terem adotado padrões informativos e de advertência em suas embalagens ou no conteúdo do próprio jogo, o problema parece se resolver no plano do princípio da transparência e da isenção de responsabilidade do fornecedor.

No entanto, este artigo vai levantar a hipótese e tentar confirmá-la, no sentido de que existe sim uma situação excepcional em que o fornecedor poderá ser responsabilizado pelo fato do produto na realidade brasileira, com base na lei e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: trata-se do jogo comprado de importador brasileiro que não traga as informações de segurança em língua portuguesa. Assim, constata-se uma mácula informativa ou defeito de comercialização, tendo o consumidor direito à indenização caso venha a suportar danos físicos ou epilépticos. Trata-se de situação em que a periculosidade inerente se converte em periculosidade adquirida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Recursos Especiais, já se pronunciou sobre a necessidade de a informação ser: correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (não prolixa ou escassa), ostensiva (de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa.

Uma matéria jornalística veiculada no site Estadão na data de 12 de dezembro de 2000 refere que as principais problemáticas enfrentadas pelos consumidores no momento da aquisição de produtos importados seriam a falta de peças e componentes de reposição, atrasos nas assistências técnicas, além de manuais de instrução, rótulos e informações de composição que não são traduzidos para a língua portuguesa (AGÊNCIA ESTADO, 2000). Dessa forma, pode acontecer de o consumidor adquirir o jogo ou console de um importador e ficar sem entender, o idioma em língua inglesa ou japonesa, ficando incapacitado de tomar ciência dos riscos normais e previsíveis que aquele produto oferece à sua vida, saúde ou segurança. Há, nesse caso, um defeito de instrução.

Neste texto, objetiva-se analisar as questões suscitadas, utilizando como recursos de sustentação a Lei 8078/90 – Código de Defesa do Consumidor –, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, artigos de literatura médica de fácil compreensão para o público leigo e cuja análise só se estende naquilo que não adentra na competência dos profissionais da medicina, bem como a melhor doutrina jurídica nacional sobre: previsibilidade e normalidade dos riscos provocados por um produto; legítimas expectativas do consumidor; fato do produto; erro de comercialização; informação e transparência; bem como a teoria do dano direto e imediato no plano da responsabilidade civil.

Busca-se contribuir com a literatura jurídica, com os cursos de Jogos Digitais e Design de Games e com todas as áreas de conhecimento interessadas, em virtude da ausência ou escassez de conteúdo sobre o tema no Brasil. Visa-se, também, a dar nas mãos do consumidor mais uma arma, na forma de argumentos jurídicos, para que ingresse no Poder Judiciário, buscando a realização de seus direitos por suportar danos causados por fornecedores no mercado de consumo.

3. A REAFIRMAÇÃO DA RELEVÂNCIA DE INTERAÇÃO ENTRE DIREITO E *GAME STUDIES*: A ASCENSÃO DOS CURSOS SUPERIORES DE JOGOS DIGITAIS E A TUTELA DO CONSUMIDOR NO MERCADO DE MASSA

Tércio Sampaio Ferraz Jr., em sua obra *Introdução ao Estudo do Direito*, trabalha o ensino jurídico sob a perspectiva da dogmática e da zetética. O autor estudou na Alemanha, onde teve a oportunidade de adquirir essa linha de raciocínio com o professor Theodor Viehweg. No campo das indagações zetéticas, porém, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

operador do direito não poderá fazer a inserção de coisas irrelevantes ou banais, sob pena de se perder em mera fantasia:

> [...] Introduzir-se no estudo do direito é, pois, entronizar-se num mundo fantástico de piedade e impiedade, de sublimação e de perversão, pois o direito pode ser sentido como uma prática virtuosa que serve ao bom julgamento, mas também usado como instrumento para propósitos ocultos ou inconfessáveis. Estudá-lo sem paixão é como sorver um vinho precioso apenas para saciar a sede. Mas estudá-lo sem interesse por seu domínio técnico, seus conceitos, seus princípios é inebriar-se numa fantasia inconsequente. Isto exige, pois, precisão e rigor científico, mas também abertura para o humano, para a história, para o social, numa forma combinada que a sabedoria ocidental, desde os romanos, vem esculpindo como uma obra sempre por acabar (FERRAZ JR., 2003, p. 21-22).

Com a disseminação dos cursos superiores de Jogos Digitais e Design de Games no Brasil, devidamente regulamentados pelo Ministério da Educação, tanto na modalidade presencial como na modalidade de ensino à distância (EaD), urge a construção de uma literatura científica nacional interdisciplinar que auxilie os operadores da ciência tecnológica – os game designers – e os operadores do direito.

Resta lembrar que os estudos sobre jogos eletrônicos são relevantes também para vários outros campos do conhecimento, como Publicidade e Propaganda, Jornalismo – que lida diretamente com a questão dos *newsgames* –, Psicologia e à própria neurociência – destaquem-se nesse âmbito os estudos da neurocientista Daphne Bavelier.

Na revista eletrônica francesa Sciences Humaines, em janeiro de 2007, foi veiculada a matéria intitulada "Les jeux vidéo sont-ils bons pour le cerveau?", de autoria da psicóloga Celia Hodent-Villaman. A autora faz uma leitura dos jogos de videogame segundo os resultados dos estudos publicados na Revista *Nature* em 2003, e menciona que a exposição visual aos jogos eletrônicos de ação e a habitualidade da prática de jogo podem afetar para melhor as capacidades cognitivas cerebrais e que concernem ao grau de atenção da pessoa. Esses estudos na área de neurociência têm relevância até mesmo para que haja a concepção de novos jogos sérios ou *serious games* pelos game designers, vez que o conhecimento da estimulação sináptica que esses softwares induzem conduz ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

desenvolvimento de produtos voltados à reabilitação fisioterápica de pacientes ou para a área médica. Veja-se:

> Depuis les récentes découvertes sur la plasticité cérébrale, on sait que l'environnement peut modifier les connexions synaptiques du cerveau. Une exposition répétée de l'organisme à un environnement visuel donné (un jeu vidéo par exemple) peut donc affecter à plus ou moins long terme les processus cognitifs qui traitent spécifiquement cet environnement. Dans une étude publiée en 2003 dans le journal *Nature*, C. Shawn Green et Daphne Bavelier, du département neurosciences de l'université de Rochester, n'observent pourtant pas d'effets aussi spécifiques. Ils trouvent au contraire que la pratique de jeux vidéo d'action modifie tout un ensemble de capacités visuelles attentionnelles. Les auteurs ont comparé les performances de «joueurs» réguliers face à des «non-joueurs» dans différentes tâches. Les résultats font apparaître que l'attention visuelle des joueurs fatigue moins vite que celle des non-joueurs lorsqu'ils doivent rechercher une cible, malgré l'augmentation constante de la difficulté de la tâche. Les joueurs arrivent également à appréhender un plus grand nombre d'objets d'un seul coup d'œil. Par ailleurs, la distribution spatiale de leurs ressources attentionnelles visuelles est plus efficace, en vision centrale comme périphérique: ils repèrent mieux une cible quelle que soit sa distance par rapport au point qu'ils fixaient initialement. Enfin, ils parviennent plus rapidement à recentrer leur attention à la recherche d'une nouvelle cible, après qu'une première ait été détectée. Tout porte à croire que la pratique régulière de jeux vidéo d'action améliore globalement l'attention visuelle sélective (HODENT-VILLAMAN, 2007).

Um perfeito exemplo: o jogo digital MentalPlus. É sabido que os jogos eletrônicos têm a potencialidade de estimular e incrementar habilidades como criatividade, estratégia, capacidade de tomada de decisão e percepção visual. Os games podem alterar a estrutura e a função da arquitetura cerebral. É nesses termos que dispõe Livia Valentin:

> So, we started to design the nonviolent game geared toward people with brain injuries or cognitive deficits as a POCD. Considering this capable of digital games offer, we create the

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> MentalPlus® digital game. This tool is very useful to multitask required, improve the executive attention and memory functions. MentalPlus® was created first to evaluate this cognitive functions in POCD but due to its high usefulness for rehabilitation, created twelve themes similar with the first to propose the proper rehabilitation way. MentalPlus® digital game is set up with the aim of being a tool for the cognitive evaluation in a fun way. It based upon rules, tasks, planning and the search for strategies for making a decision. It evaluates the cognitive performance through memory, attention and executive functions (VALENTIN, 2017, p. 161).

Hodges et al (2013), mencionam que, ao lidarem com pessoas que têm a deficiência física denominada hemiparesia, além do problema motor, muitas vezes os pacientes ainda são acometidos de depressão e desmotivação com os métodos tradicionais de fisioterapia. É aí que entram os denominados exergames ou jogos eletrônicos dotados de recursos interativos motores no que diz respeito ao gameplay, de forma a proporcionar uma experiência de jogo divertida e que, ao mesmo tempo, estimula o exercício físico.

No âmbito jurídico, Rocha (2019) analisa como as operadoras de planos de saúde devem prestar os serviços dos tratamentos de gameterapia aos pacientes, para fins de reabilitação, levando em consideração não só a lógica contratual, mas também o princípio da fraternidade e o Acórdão 38/2015 CREFITO. O mesmo se diga quanto à prática terapêutica denominada realidade virtual.

Veja-se, então, como é importante a interação entre o Direito e os *Game Studies*. No Brasil, verificam-se interessantes iniciativas metodológicas em algumas faculdades de Direito, as quais priorizam a instrução interdisciplinar e reflexiva. Veja-se a passagem do texto de Alex Canal Freitas e Fausto Siqueira Gaia, muito adequada à realidade do consumo de jogos eletrônicos de que se está a falar:

> As novas necessidades do mercado consumidor, decorrentes do processo de globalização da economia e da massificação da sociedade, exigem uma mudança na formação do corpo discente, permitindo que estes desenvolvam a capacidade de argumentação e de raciocínio crítico a partir de situações concretas que lhe são postas à apreciação.
>
> Adquire o professor, inserido nesse contexto pedagógico, um novo papel nas atividades de ensino e aprendizagem. Por consequência, as estratégias de ensino outrora utilizadas,

> como a aula expositiva, devem ser reanalisadas e combinadas com novas estratégias do ensino jurídico, de modo a envolver o aluno no processo de aprendizagem (FREITAS; GAIA, 2015, p. 87).

Tanto o formador de opinião como quem vai se formar devem ter a capacidade de relacionar contextos. Os mercados de trabalho para todas as áreas de conhecimento já estão por demais saturados. Os bons profissionais serão aqueles com ânimo para a inovação, criatividade, percepção para pesquisa e acuidade técnica. Veja-se opinião doutrinária no sentido de que a ênfase na dogmática analítica pura e simples não é suficiente, devendo estar presente a dicotomia entre dogmática e zetética jurídica:

> Deste modo, enquanto as tendências tradicional e tecnicista, por exemplo, tinham como pressupostos da aprendizagem a mera repetição do conteúdo aprendido e apreendido, outras tendências, como a libertadora e a crítico-social dos conteúdos, preocupam-se muito mais com a consciência do aluno acerca da realidade em que se encontra inserido, desenvolvendo, assim, sua capacidade crítica.
>
> A opção por uma tendência pedagógica reflete, evidentemente, o modelo de ensino a que se propõe. Nesta perspectiva, analisando-se especificamente o Direito, observa-se a prevalência de tendências que não privilegiam a crítica, mas, ao contrário, os profissionais das Ciências Jurídicas são formados para serem meros repetidores de normas prontas e acabadas, sem que reflitam sobre a própria dogmática em si (ALMEIDA; COSTA, 2015, p. 10).

No mundo do consumo, a filósofa espanhola Adela Cortina utiliza a expressão *homo consumens* para designar o consumidor atual que atua segundo a lógica mercadológica (CORTINA, 2002). Diversos outros autores usaram expressões como *homo ludens* para designar o homem que joga; *homo faber* para distinguir o homem que trabalha e produz; *homo sapiens* para fazer referência ao homem que tem a capacidade de pensar.

O consumidor de jogos eletrônicos pode ser considerado o *homo consumens* e *homo ludens*, aquele que joga, que se entretém, aquele que a partir das décadas de 70 e 80 passou a encontrar na diversão eletrônica uma via de expressão da própria identidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A era dos jogos eletrônicos teve início no ano de 1962, com Steve Russell, um estudante do Massachussets Institute of Technology. O jovem criou um jogo denominado *Space War, que teve uma ampla repercussão perante os demais alunos das ciências de tecnologia (GLANCEY, 1996).* Naquela época, o jogo era extremamente rústico para os padrões atuais, mas já era uma iniciativa que demonstrava que os computadores poderiam um dia oferecer entretenimento e isso ser comercialmente viável. A rentabilidade, porém, não foi encontrada pelo criador originário, mas sim por terceiros que sobrevieram ao seu trabalho.

Outros jogos surgiram com o empenho de outros interessados, tais como *Computer Space*, concebido por Nolan Bushnell, que teve a ideia de criar a primeira companhia de videogames em 1972, a Atari, que lançou comercialmente o jogo *Pong (GLANCEY, 1996).* Trata-se do famoso game em que uma bolinha branca permanece rebatendo numa tela de fundo preto, sendo que os jogadores controlam duas pequenas colunas brancas, simulando uma espécie de jogo de tênis.

A companhia de Bushnell lançou o Atari Video Computer System, que teve como jogos *Combat*, *Space Invaders, Pitfall!* e *Pac Man (GLANCEY, 1996).* Alguns desses jogos antes eram disponibilizados apenas em espaços públicos de entretenimento eletrônico – os arcades – e logo depois foram convertidos para a versão doméstica.

Atualmente, além da função de entretenimento, os jogos eletrônicos inserem-se em diversos outros contextos. No artigo intitulado "Direito médico e game studies", são destacadas as aplicações práticas dos jogos eletrônicos em diversos temas, evidenciando o campo de aplicação dos *Game Studies*:

> Diante dessas considerações e uma vez já evidenciada a repercussão prática do tema abordado perante os tribunais, veja-se que, neste artigo, foi necessário traçar um plano de trabalho ou recorte: primeiramente, observar o que seria a realidade da cultura eletrônica do consumo e da comunicação como sendo um contexto mais abrangente ou galáxia dentro da qual se encontram as problemáticas a seguir: o mundo da gamificação (gamification); do consumo dos eventos de e-sports, ou seja, as partidas de jogos online patrocinadas e desenvolvidas enquanto esportes (ROCHA; RODRIGUEZ; VITÓRIA, 2016); dos tratamentos fisioterápicos na forma de gameterapia devidamente reconhecida pelo Conselho Federal de Fisioterapia e Terapia Ocupacional (ROCHA, 2017); do cyberbullying, que precisa ser combatido no ambiente

> virtual, até mesmo por meio de princípios como os da prevenção e precaução (PRUX, 2016); da publicidade veiculada por meio de advergames (ROCHA, 2018a); do jornalismo que chega na forma de newsgames (BARBOZA; SILVA, 2014); além de algumas realidades que dizem respeito à identificação de gêneros nos ambientes virtuais – identidade queerness e heteronormatividade (KROBOVÁ; MORAVEC; ŠVELCH, 2015) (ROCHA, 2019).

Os *Game Studies* preocupam-se com o design e o projeto do jogo, com a forma como o usuário interage com aquilo que foi concebido pelos game designers e com as repercussões sociais ou antropológicas da utilização dos jogos eletrônicos. Ora, se no Direito do Consumidor existe uma espécie de fato do produto que pode se dar por defeito ou erro de design ou projeto, logo se chega à conclusão que a interação entre as duas áreas de conhecimento é perfeitamente possível. Ainda: o fato do produto por defeito de comercialização ou mácula informativa por parte do fornecedor também pode ocorrer, sendo também objeto de estudo dos juristas e designers de produto.

Tem-se falado em "Publicidade e Direito", "Psicologia e Direito", "Neurociência e Direito", dentre vários outros diálogos. No campo de estudos aqui promovido, o juiz, o advogado, o defensor público ou mesmo o promotor de justiça terão a capacidade de, num caso concreto envolvendo jogos eletrônicos, fazer a imersão na seara dos temas tecnológicos e perceber que existe uma cientificidade a partir do tema "*Game Studies* e Direito".

Justiça social, fraternidade e solidariedade passam a ter um escopo maior de resultados práticos, voltados para a pessoa humana no plano de um processo judicial e na busca das soluções e interpretações a serem encontradas pelo operador jurídico. Na doutrina brasileira, tal configuração ganhou a denominação de despatrimonialização ou repersonificação do direito privado.

4. A TEORIA DA QUALIDADE, RISCOS NORMAIS E PREVISÍVEIS, LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS DOS CONSUMIDORES E O FATO DO PRODUTO: APLICAÇÃO AO CONTEXTO DOS JOGOS ELETRÔNICOS

Em direito do consumidor, existe a denominada teoria da qualidade, surgida nas relações de consumo para assegurar a proteção das incolumidades psicofísica e econômica daquele que é presumidamente vulnerável na lei – o consumidor. Tal teoria terá importante papel no que diz respeito à garantia não só da qualidade-adequação, mas também da qualidade-segurança de produtos e serviços no mercado de consumo de massa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A qualidade-adequação de um produto visa a proteger os interesses econômicos do consumidor, é dizer, o seu patrimônio. Significa que o jogo de videogame ou o console deve atender às finalidades a que se destina. Já a qualidade-segurança do produto visa a proteger a vida e saúde do consumidor. Ambas as tutelas são incluídas como objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo – art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

Quando ocorre um problema de qualidade-adequação, diz-se que o produto ou serviço é portador de um vício, e todos os fornecedores que integram a cadeia produtiva devem responder pelos danos causados de forma solidária, nos termos dos arts. 18 a 25 do Código de Defesa do Consumidor. No caso dos jogos eletrônicos, podem ser mencionados como fornecedores: o fabricante, o comerciante ou mesmo a *Publisher*.

É importante atentar: o que se está a analisar neste texto são casos de prejuízos à saúde do consumidor ocasionados pelos jogos ou consoles. E não prejuízos econômicos. Logo, o regimento dos vícios dos produtos e dos serviços não se aplica para fins de epilepsias e lesões físicas.

Quando ocorre um problema de qualidade-segurança, diz-se que o produto ou serviço é portador de um defeito, e só respondem pelos danos causados por esse problema 4 figuras previstas na lei: o fabricante, o construtor, o produtor e o importador. Eventualmente, de forma subsidiária, o comerciante poderá ser responsabilizado – arts. 12 a 17 do Código de Defesa do Consumidor. No caso dos jogos de videogame, por questões lógicas, não existirão as figuras do construtor e nem do produtor, mas apenas o fabricante e o importador. Porém, o consumidor dificilmente terá acesso ao fabricante, pois provavelmente se tratará de uma empresa localizada nos Estados Unidos, no Japão, no Canadá, etc.

Aqui cabe uma observação acerca da classificação existente na literatura jurídica sobre os tipos de fornecedores. Costuma-se diferenciar três tipos entre eles, quais sejam: o fornecedor real, o fornecedor presumido e o fornecedor aparente. Marco Fábio Morsello tece as seguintes considerações a esse respeito:

> Sem prejuízo das referidas ponderações, abarcadoras do gênero fornecedor real, do qual poderão derivar as espécies produtor, construtor, fabricante, por vezes a segmentação da produção implica a utilização de logotipo ou marca notória, em determinado produto, que, no entanto, foi produzido por outro fornecedor. Por óbvio, na referida hipótese, com fulcro na teoria da aparência, correlacionada com a boa-fé objetiva e a teoria do risco criado, o fornecedor aparente será

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> considerado responsável. Por derradeiro, visando tutelar o consumidor, criou-se, outrossim, a figura do fornecedor presumido (importador), responsável solidariamente pela reparação do dano em acidentes de consumo representados pelo fato do produto (MORSELLO, 2013, p. 86-87).

Assim, quem se responsabilizará perante a vítima de uma epilepsia ou lesão física, em caso de ação judicial julgada procedente, será o fornecedor presumido. Mas frise-se: a regra de solidariedade do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor não isenta o fornecedor real, sendo apenas uma questão de acessibilidade do consumidor atingi-lo ou não.

Para fins de se considerar o que seja um defeito, é que o art. 8º do Código de Defesa do Consumidor apresenta as ideias de normalidade e previsibilidade como integrantes do risco que um produto deve apresentar:

> Art. 8° Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito (BRASIL, 1990).

As noções de normalidade e previsibilidade estão atreladas a um princípio que é denominado proteção da confiança legítima. A partir do momento que o fornecedor tem obrigação de cumprir com todas as tratativas contratuais e de zelar pela qualidade-adequação e qualidade-segurança dos produtos e serviços, ele gera legítimas expectativas nos consumidores.

De acordo com Benjamin (2014), no vício de qualidade por insegurança existiria a falta de conformidade com uma legítima expectativa do consumidor, além de haver no produto a capacidade de provocar acidentes. Se ambas as figuras estiverem presentes, há o defeito no produto. Nos termos da norma jurídica, o defeito pode ser assim caracterizado:

> Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 1° O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
>
> I - sua apresentação;
>
> II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
>
> III - a época em que foi colocado em circulação (BRASIL, 1990).

Bruno Miragem faz a observação de que a definição de defeito é realizada através de um conceito jurídico indeterminado. A precisão do seu significado só vai ser realmente feita no caso concreto pelo juiz, observando os fatos e as circunstâncias relevantes (MIRAGEM, 2016). A normalidade e previsibilidade do risco podem ser relacionadas com a segurança do produto e as legítimas expectativas dos consumidores:

> Como a distribuição de produtos e serviços se dá de uma forma muito mais complexa no mundo globalizado, já não interessará para a lei o animus do empresário/fornecedor, mas sim o resultado ao consumidor. Um exemplo que pode ser mencionado é o e-commerce: imagine-se que o consumidor adquira um produto numa loja virtual; logo em seguida, esse objeto segue para a transportadora para ser enviado; a empresa que fabricou a embalagem do transporte, por sua vez, pode ser outra diferente da transportadora; e assim por diante. São vários os fornecedores que integram a cadeia de consumo. Uma vez gerado um dano ao consumidor em razão desse contrato de consumo, haverá solidariedade estabelecida em lei. Fala-se numa verdadeira desmaterialização da produção ou da distribuição. É a era da terceira revolução industrial.
>
> Quanto aos riscos que podem ser considerados normas e previsíveis, a normalidade do risco é um traço objetivo e a previsibilidade é o elemento subjetivo (BENJAMIN, 2008). Um produto que ofereça riscos anormais e imprevisíveis pode gerar legítimas expectativas? Não, pois tal produto oferece insegurança.
>
> E o que vem a ser a legítima expectativa? Segundo Benjamin (2008), é aquela que, de acordo com o desenvolvimento da tecnologia de um determinado momento histórico e levando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> em consideração as próprias condições econômicas, mostra-se plausível justificada e real.
>
> Legítima expectativa relaciona-se com normalidade e previsibilidade (ROCHA, 2018).

Para fins de avaliação do risco de um produto ou serviço, a doutrina jurídica passou a considerar 3 espécies de periculosidade. Diz-se que um produto possui periculosidade inerente ou latente quando os riscos que ele oferece são normais e previsíveis, não acarretando grave perigo à vida ou saúde do consumidor. Pode-se dizer que são riscos que razoavelmente se esperam do produto. No caso do jogo de videogame, aí se encontram as possibilidades de desencadeamento de epilepsias fotossensíveis e lesões físicas por uso prolongado do produto, desde eu seja repassada a devida informação correta e precisa pelo fornecedor.

O produto que é possuidor de uma periculosidade adquirida, por sua vez, é portador de um defeito. De acordo com a doutrina de Antonio Herman Benjamin, aqui existe uma imprevisibilidade e não adianta a presença de advertências, pois elas serão inúteis para eliminar o risco. São os defeitos de concepção (design ou projeto), defeitos de fabricação e defeitos de comercialização, que são os defeitos informativos (BENJAMIN, 2014). Perceba-se: o jogo de videogame pode até ter as advertências de segurança em língua inglesa, mas para o consumidor brasileiro, elas são incognoscíveis.

A periculosidade exagerada, por último, é aquela que está presente no produto que sequer deve ser colocado no mercado de consumo, dado o seu alto potencial de causar danos. Antonio Herman Benjamin entende que a informação repassada ao consumidor não mitiga os riscos, sendo esses produtos defeituosos por ficção (BENJAMIN, 2014). Exemplo: videogame que na fase de testes apresentou choques elétricos não pode ser colocado no mercado.

No início dos anos 80, quando ainda era desconhecido o fato de que os jogos tinham a potencialidade de causar convulsões, o consumidor até poderia ingressar em juízo alegando uma periculosidade adquirida ou exagerada, no sentido de que o produto seria portador de um defeito de design e que sequer poderia ser colocado no mercado de consumo. Hoje, depois de todos os casos clínicos evidenciados, dos estudos realizados e todas as providências informativas adotadas, os jogos de videogame devem ser, necessariamente, considerados produtos de periculosidade inerente, ainda que não exista uma tecnologia capaz de filtrar ou impedir por inteiro esse problema neurológico. Afinal, como menciona Bruno Miragem, o dever de segurança jamais haverá de ser interpretado como uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

obrigação de conferir segurança absoluta, mas sim aquela que legitimamente se espera do produto ou serviço (MIRAGEM, 2016).

5. A PERICULOSIDADE INERENTE DO PRODUTO EM JUÍZO (NÃO CARACTERIZAÇÃO DE FATO DO PRODUTO) E A TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO

Conforme já mencionado, existem três tipos de defeitos, de acordo com a doutrina nacional: o defeito de concepção, projeto ou criação; o defeito de produção ou de fabricação; e o defeito de informação ou comercialização.

Em regra, o fornecedor presumido ou importador traduzirá todos os folhetos do produto que digam respeito à informação-advertência para a língua portuguesa, cumprindo o disposto no art. 31 do Código de Defesa do Consumidor e isentando-se de responsabilidade. Nesse caso, diz-se que o produto possui uma periculosidade inerente para causar epilepsias e lesões e que os riscos foram devidamente informados. O produto corresponde às legítimas expectativas do consumidor.

Nesse caso, a ação judicial do consumidor pode ser julgada improcedente, pois o importador tentará provar que, apesar de o produto ter sido colocado no mercado, o defeito inexiste, pois que os avisos de segurança se fazem presentes (art. 12, §3º, II do Código de Defesa do Consumidor), bem como tentará evidenciar a culpa exclusiva do consumidor ou de seus responsáveis pela utilização indevida do produto (art. 12, §3º, III do Código de Defesa do Consumidor).

No caso específico das epilepsias, a condição genética preexistente de fotossensibilidade, as condições de falta de sono, stress, dentre diversos outros fatores podem contribuir para o desencadeamento da crise convulsiva. Até mesmo a tela da televisão, com seus padrões luminosos, ou o requisito de baixa luminosidade ambiental do recinto, podem ser os fatores determinantes do problema.

Em estudo publicado no *8th International Conference on Information Technology and Electrical Engineering, Ferdiana e Rinaldi (2016) avaliam diversos aspectos que podem estar atrelados ao desencadeamento da epilepsia do jogador de videogame. O estudo demonstra que são fatores determinantes, em menor ou maior grau: o brilho do jogo; os movimentos presentes no jogo; os flashes luminosos presentes no jogo; as variabilidades de jogo, que podem ser 3D ou 2D; o estilo de jogo, que pode ser de aventura, luta, corrida, etc; a distância da tela para o jogador; o tamanho da tela; o tipo de tela – que pode ser de LCD, LED ou plasma; e as condições de saúde do jogador.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ricci e Vigevano (1999), no artigo científico intitulado "The effect of video-game software in video-game epilepsy", também entendem pela presença de fatores inerentes ao paciente que vão estar relacionados à epilepsia; fatores inerentes à tela da televisão; fatores que dizem respeito à imagem; e, por último, fatores concernentes ao software.

O fornecedor presumido valer-se-á, então, da teoria do dano direto ou imediato, também chamada de teoria da causalidade necessária, para fins de demonstrar ao magistrado que não foi o produto a causa direta e necessária da crise epiléptica, rompendo-se, então, o nexo causal. O Superior Tribunal de Justiça já adotou a teoria do dano direto e imediato em sua jurisprudência, para fins de exclusão da responsabilidade civil de consumo do fornecedor:

> RECURSO ESPECIAL. PRELIMINARES. NULIDADE DO ACÓRDÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. FABRICANTE DE CIGARRO. MORTE DE FUMANTE. TROMBOANGEÍTE OBLITERANTE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. LIVRE ARBÍTRIO DO CONSUMIDOR. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA. ATIVIDADE LÍCITA. MODIFICAÇÃO DOS PARADIGMAS LEGAIS. PRODUTO DE PERICULOSIDADE INERENTE. CASO CONCRETO. ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO. REANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. AUTORIA. NÃO COMPROVAÇÃO. NEXO DE CAUSALIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. DEVER DE INDENIZAR. NÃO CONFIGURAÇÃO.
>
> 1. Caso concreto em que a recorrente foi responsabilizada objetivamente pelos danos morais sofridos pelos familiares de fumante, diagnosticado com tromboangeíte obliterante, sob o fundamento de que a morte decorreu do consumo, entre 1973 e 2002, dos cigarros fabricados pela empresa.
>
> 2. Não há deficiência de fundamentação na hipótese em que as premissas fáticas foram bem delineadas e a decisão foi embasada na análise do conjunto probatório, incluindo referências aos depoimentos testemunhais dos médicos que assistiram o falecido, assim como o cotejo entre o caso concreto e o entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca do tema.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3. Referências a textos científicos obtidos a partir de pesquisa realizada pelo magistrado não implicam, por si, nulidade ou violação do contraditório, quando utilizadas como mero reforço argumentativo. A vedação jurídico-constitucional é de que o juiz produza provas diretamente, ultrapasse os limites dos pedidos das partes ou se distancie do caso concreto, comprometendo sua imparcialidade, o que não ocorreu.

4. Controvérsia jurídica de mérito exaustivamente analisada pela Quarta Turma nos leading cases REsp nº 1.113.804/RS e REsp nº 886.347/RS. Resumo das teses firmadas, pertinentes à hipótese dos autos: (i) periculosidade inerente do cigarro; (ii) licitude da atividade econômica explorada pela indústria tabagista, possuindo previsão legal e constitucional; (iii) impossibilidade de aplicação retroativa dos parâmetros atuais da legislação consumerista a fatos pretéritos; (iv) necessidade de contextualização histórico-social da boa-fé objetiva; (v) livre-arbítrio do indivíduo ao decidir iniciar ou persistir no consumo do cigarro; e (vi) imprescindibilidade da comprovação concreta do nexo causal entre os danos e o tabagismo, sob o prisma da necessariedade, sendo insuficientes referências genéricas à probabilidade estatística ou à literatura médica.

5. A configuração da responsabilidade objetiva nas relações de consumo prescinde do elemento culpa, mas não dispensa (i) a comprovação do dano, (ii) a identificação da autoria, com a necessária descrição da conduta do fornecedor que violou um dever jurídico subjacente de segurança ou informação e (iii) a demonstração do nexo causal.

6. No que se refere à responsabilidade civil por danos relacionados ao tabagismo, é inviável imputar a morte de fumante exclusiva e diretamente a determinada empresa fabricante de cigarros, pois o desenvolvimento de uma doença associada ao tabagismo não é instantâneo e normalmente decorre do uso excessivo e duradouro ao longo de todo um período, associado a outros fatores, inclusive de natureza genética.

7. Inviável rever as conclusões do Tribunal estadual quanto à configuração do dano e ao diagnóstico clínico do falecido

diante da necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento vedado nos termos da Súmula nº 7/STJ.

8. Na hipótese, não há como afirmar que os produto(s) consumido(s) pelo falecido ao longo de aproximadamente 3 (três) décadas foram efetivamente aqueles produzidos ou comercializados pela recorrente. Prova negativa de impossível elaboração.

9. No caso, não houve a comprovação do nexo causal, sob o prisma da necessariedade, pois o acórdão consignou que a doença associada ao tabagismo não foi a causa imediata do evento morte e que o paciente possuía outros hábitos de risco, além de reconhecer que a literatura médica não é unânime quanto à tese de que a tromboangeíte obliterante se manifesta exclusivamente em fumantes.

10. Não há como acolher a responsabilidade civil por uma genérica violação do dever de informação diante da alteração dos paradigmas legais e do fato de que o fumante optou por prosseguir no consumo do cigarro em período no qual já havia a divulgação ostensiva dos malefícios do tabagismo e após ter sido especificamente alertado pelos médicos a respeito os efeitos da droga em seu organismo, conforme expresso no acórdão recorrido.

11. Aquele que, por livre e espontânea vontade, inicia-se no consumo de cigarros, propagando tal hábito durante certo período de tempo, não pode, doravante, pretender atribuir a responsabilidade de sua conduta a um dos fabricantes do produto, que exerce atividade lícita e regulamentada pelo Poder Público. Tese análoga à firmada por esta Corte Superior acerca da responsabilidade civil das empresas fabricantes de bebidas alcóolicas.

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para restabelecer a sentença de primeiro grau que julgou improcedente a demanda indenizatória (REsp 1322964/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 01/06/2018) (BRASIL, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A teoria do dano direto e imediato encontra fundamento no art. 403 do Código Civil de 2002. Bruno Miragem entende que, para fins de responsabilidade civil nas relações de consumo, ela serve muito bem para definir a presença ou não de um defeito:

> Da mesma forma, a teoria do dano direito e imediato, também denominada por alguns como da causalidade necessária, diz que a causa que servirá de critério para imputação da responsabilidade é aquela que, se não existisse, não existiria o dano. Ou seja, se a cadeia causal de acontecimentos tivesse se rompido, pela interrupção do nexo causal, o dano não teria se efetivado. A aparente vantagem desta teoria é a de permitir um critério um tanto mais preciso de identificação da causa, inda que não se desconheça – como de resto nas situações de responsabilidade civil – algum grau para a discrição do juiz.
>
> No que se refere à responsabilidade civil de consumo, a teoria do dano direto e imediato responde de modo preciso à questão do defeito como pressuposto do dever de indenizar do fornecedor. Em outros termos, só há responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço quando houver defeito, e este for a causa dos danos sofridos pelo consumidor. Pela regra da interrupção do nexo causal, a pergunta correta para imputação do dever de indenizar ao fornecedor será: se não houvesse defeito, haveria dano? A resposta afirmativa, exonera o fornecedor de responsabilidade. A resposta negativa, caracteriza os elementos da responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço (MIRAGEM, 2016, p. 593).

Quanto às lesões físicas já referidas, podem ser ocasionadas por situações de caso fortuito, como na hipótese da mulher que despencou do sofá e ficou com quadro de hemotórax (HEINEMAN et al, 2014), ou podem decorrer de uma utilização exacerbada ou inadequada, caso que se enquadra na culpa exclusiva do consumidor.

No próximo tópico, será vista a única situação que dá uma margem de interpretação ao magistrado para que, mesmo nesses casos de traumas físicos, o consumidor venha a pleitear indenização, em decorrência da mácula informativa que acompanha o produto. É a hipótese em que a periculosidade inerente se converte em periculosidade adquirida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

6. A SITUAÇÃO EXCEPCIONAL EM QUE OS FOLHETOS, EMBALAGEM E INFORMATIVOS QUE ACOMPANHAM O JOGO/CONSOLE NÃO ESTÃO EM LÍNGUA PORTUGUESA: A MÁCULA INFORMACIONAL QUE DÁ ENSEJO AO FATO DO PRODUTO POR DEFEITO DE COMERCIALIZAÇÃO

O consumidor, antes de consumir o jogo de videogame, tem o direito a uma informação qualificada acerca do produto, nos termos do art. 31 do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores (BRASIL, 1990).

Ou seja: antes mesmo da aquisição do produto, na fase pré-contratual, o fornecedor já deve observar que o direito à informação é um direito básico o consumidor, sendo previsto no art. 6º, III da Lei 8078/90, e que, no art. 31 está diretamente relacionado ao princípio da boa-fé objetiva. A obrigação informativa do fornecedor existe porque o consumidor tem a chamada vulnerabilidade informacional na sociedade de consumo. Afinal, o fornecedor é o detentor do poderio econômico, da expertise em matéria de produção, detém todas as informações acerca do processo de feitura do produto e sua projeção no mercado, enquanto o consumidor é apenas um alvo da publicidade.

Veja-se que se trata de um dever de informar qualificado por parte do fornecedor, e tal implica que o consumidor efetivamente entenda a informação que está sendo passada, consubstanciando um verdadeiro dever de esclarecimento (MIRAGEM, 2016). É dizer: um cumprimento meramente formal daquele dever não se mostra suficiente. A lei, no art. 31, detalha que as informações devem ser corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa.

A parte final do art. 31 do CDC evidencia que o dever de informar está diretamente relacionado com o dever de segurança, pois a informação qualificada visa a trazer ao consumidor o conhecimento acerca dos riscos que o produto possa trazer à sua saúde ou vida. E por que essa observação deve ser feita? Porque a falta ou mácula quanto ao dever de informação pode dar ensejo à presença de um defeito, nos termos da teoria da qualidade.

O Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2019, julgou o Recurso Especial nº 1758118/SP, no qual estabelece as consequências e extensão do dever positivo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

do fornecedor em informar adequadamente o consumidor. Quando o Código de Defesa do Consumidor fala em informação "clara", está se referindo a uma informação de fácil entendimento. O Tribunal também deixa explícita a obviedade de que as informações repassadas pelo fornecedor devem estar em língua portuguesa. Veja-se:

> PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. PUBLICIDADE. DEVER POSITIVO DE INFORMAR. CIGARRO. INFORMAÇÕES EM TAMANHO MENOR QUE O REGULARMENTE ESTABELECIDO. DEFEITO ÍNFIMO NÃO CAPAZ DE VIOLAR A OSTENSIVIDADE DETERMINADA PELO CÓDIGO DO CONSUMIDOR. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA 7/STJ.
> 1. A vexata quaestio diz respeito à avaliação do dever de informar, decorrente das normas do Código de Defesa do Consumidor, em especial daquilo que consta nos arts. 9º e 31 do referido diploma legal.
>
> 2. In casu, o Sodalício a quo confirmou que as imagens e avisos presentes nos cartões reproduzem de forma graficamente idêntica os avisos impressos nas embalagens dos produtos e que a única diferença verificável se refere ao tamanho, a qual, conforme destacado na sentença, é ínfima, inapta a violar a ostensividade determinada pela norma consumerista.
>
> 3. O CDC traz, entre os direitos básicos do consumidor, a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentam" (art. 6º, inciso III). A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores (art. 31 do CDC). A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 4. Ocorre que, na hipótese dos autos, extrai-se do acórdão vergastado e das razões de Recurso Especial que o acolhimento da pretensão recursal demanda reexame do contexto fático-probatório, mormente para avaliar se o defeito na apresentação do produto é capaz de violar a ostensividade determinada pelo codex consumerista, o que não se admite ante o óbice da Súmula 7/STJ.
>
> 5. Recurso Especial não conhecido (REsp 1758118/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 11/03/2019) (BRASIL, 2019).

Se o jogo de videogame não vem com a devida tradução da informação-advertência para a língua portuguesa, o requisito da clareza não é atendido. Muito menos o próprio mandamento do Código de Defesa do Consumidor de que o idioma da informação seja o nacional. Sendo incognoscíveis o manual de instruções, a embalagem, o documento de garantia e demais folhetos que acompanham o produto, abre-se uma possibilidade de responsabilização do fornecedor que normalmente não existiria: a mácula informativa configura um defeito de comercialização.

Normalmente, considera-se que os riscos que aquele produto traz são riscos latentes ou inerentes, que são lícitos e autorizados pelo Código de Defesa do Consumidor. Porém, isso só ocorrerá se observado o princípio da transparência. Não observado o idioma nacional, a periculosidade inerente se converte em periculosidade adquirida. Veja-se o que dispõe o art. 9º do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 9° O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto (BRASIL, 1990).

O que são a adequação e ostensividade da informação acerca dos riscos que o jogo pode apresentar? A informação ostensiva é aquela que é evidente, imediatamente constatável. Adequada é a informação que não desinforma, cumprindo exatamente a função inversa, ou seja, ela é capaz de dar ao consumidor as condições de fruição do produto, sem excesso ou poluição de imagens ou palavras, contendo o conteúdo necessário para o entendimento de como funciona

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o gameplay, as dinâmicas de jogo, apresentação de personagens, prevenção de acidentes, prevenção de epilepsias e fruição de garantias contratuais.

Muitas vezes, a mídia física ainda se faz acompanhar de outras informações em sites oficiais, que devem ser visitados pelo usuário. Porém, é importante que, para ser adequada, não incorra numa espécie de hiperinformação. Como lembram Laís Bergstein e Bruno Miragem:

> A digitalização da vida cotidiana gera novos desafios para os consumidores, dos quais publicidade enganosa e hiperinformação na internet são alguns exemplos. Hoje, a capacidade de os consumidores processarem as informações obtidas e fazer escolhas conscientes é, ao mesmo tempo, fácil e difícil de ser atingida. Isso porque enquanto a informação é amplamente disponibilizada, o excesso de dicas, orientações e manuais encontrados na rede mundial de computadores confunde os consumidores – especialmente os idosos, que acabam optando por uma abordagem pessoal e presencial com os fornecedores.
>
> As Guidelines da Organização das Nações Unidas sobre a proteção dos consumidores, adotadas pela primeira vez em 1985, ampliadas em 1999 e revisadas em 2015, englobam uma orientação específica quanto à necessidade de os Estados-membros "analisarem as políticas de proteção dos consumidores existentes para acomodar as características especiais do comércio eletrônico e garantir que os consumidores e as empresas sejam informados dos seus direitos e obrigações no mercado digital".
>
> Novamente, a dificuldade está em se atingir o ponto de equilíbrio, uma vez que o excesso de informação, na verdade, desinforma. Os exemplos da assimetria informacional relacionada às novas tecnologias são abundantes. Neste sentido, recorde-se eu o dever de informar do fornecedor – correspectivo do direito à informação do consumidor – não se revela como um fim em si mesmo. Trata-se de um dever instrumental (repassar informações de forma compreensível) para o atingimento do fim próprio que é o esclarecimento do consumidor (BERGSTEIN; MIRAGEM, 2018, p. 75-76).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 586/316/MG, avaliou a questão da importância da informação, atrelando-a à boa-fé objetiva e ao princípio da confiança. O Tribunal realizou a distinção entre informação-conteúdo e informação-advertência:

> DIREITO DO CONSUMIDOR. ADMINISTRATIVO. NORMAS DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL. PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA. OBRIGAÇÃO DE SEGURANÇA. DIREITO À INFORMAÇÃO. DEVER POSITIVO DO FORNECEDOR DE INFORMAR, ADEQUADA E CLARAMENTE, SOBRE RISCOS DE PRODUTOS E SERVIÇOS. DISTINÇÃO ENTRE INFORMAÇÃO-CONTEÚDO E INFORMAÇÃO-ADVERTÊNCIA. ROTULAGEM. PROTEÇÃO DE CONSUMIDORES HIPERVULNERÁVEIS. CAMPO DE APLICAÇÃO DA LEI DO GLÚTEN (LEI 8.543/92 AB-ROGADA PELA LEI 10.674/2003) E EVENTUAL ANTINOMIA COM O ART. 31 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. JUSTO RECEIO DA IMPETRANTE DE OFENSA À SUA LIVRE INICIATIVA E À COMERCIALIZAÇÃO DE SEUS PRODUTOS. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS POR DEIXAR DE ADVERTIR SOBRE OS RISCOS DO GLÚTEN AOS DOENTES CELÍACOS. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA.
>
> 1. Mandado de Segurança Preventivo fundado em justo receio de sofrer ameaça na comercialização de produtos alimentícios fabricados por empresas que integram a Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA, ora impetrante, e ajuizado em face da instauração de procedimentos administrativos pelo PROCON-MG, em resposta ao descumprimento do dever de advertir sobre os riscos que o glúten, presente na composição de certos alimentos industrializados, apresenta à saúde e à segurança de uma categoria de consumidores – os portadores de doença celíaca.
>
> 2. A superveniência da Lei 10.674/2003, que ab-rogou a Lei 8.543/92, não esvazia o objeto do mandamus, pois, a despeito de disciplinar a matéria em maior amplitude, não invalida a necessidade de, por força do art. 31 do Código de Defesa do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Consumidor – CDC, complementar a expressão "contém glúten" com a advertência dos riscos que causa à saúde e segurança dos portadores da doença celíaca. É concreto o justo receio das empresas de alimentos em sofrer efetiva lesão no seu alegado direito líquido e certo de livremente exercer suas atividades e comercializar os produtos que fabricam.

3. As normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de "ordem pública e interesse social". São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão ex ante e no atacado.

4. O ponto de partida do CDC é a afirmação do Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo, o que não quer dizer compactuar com exageros que, sem utilidade real, obstem o progresso tecnológico, a circulação dos bens de consumo e a própria lucratividade dos negócios.

5. O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5°, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do Princípio da Transparência, sendo também corolário do Princípio da Boa-fé Objetiva e do Princípio da Confiança, todos abraçados pelo CDC.

6. No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança.

7. Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC, inclui-se exatamente a "informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem" (art. 6°, III).

8. Informação adequada, nos termos do art. 6°, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, neste último caso, a diluição da comunicação efetivamente relevante pelo uso de informações soltas,

redundantes ou destituídas de qualquer serventia para o consumidor.

9. Nas práticas comerciais, instrumento que por excelência viabiliza a circulação de bens de consumo, "a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores" (art. 31 do CDC).

10. A informação deve ser correta (= verdadeira), clara (= de fácil entendimento), precisa (= não prolixa ou escassa), ostensiva (= de fácil constatação ou percepção) e, por óbvio, em língua portuguesa.

11. A obrigação de informação é desdobrada pelo art. 31 do CDC, em quatro categorias principais, imbricadas entre si: a) informação-conteúdo (= características intrínsecas do produto e serviço), b) informação-utilização (= como se usa o produto ou serviço), c) informação-preço (= custo, formas e condições de pagamento), e d) informação-advertência (= riscos do produto ou serviço).

12. A obrigação de informação exige comportamento positivo, pois o CDC rejeita tanto a regra do caveat emptor como a subinformação, o que transmuda o silêncio total ou parcial do fornecedor em patologia repreensível, relevante apenas em desfavor do profissional, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão.

13. Inexistência de antinomia entre a Lei 10.674/2003, que surgiu para proteger a saúde (imediatamente) e a vida (mediatamente) dos portadores da doença celíaca, e o art. 31 do CDC, que prevê sejam os consumidores informados sobre o "conteúdo" e alertados sobre os "riscos" dos produtos ou serviços à saúde e à segurança.

14. Complementaridade entre os dois textos legais. Distinção, na análise das duas leis, que se deve fazer entre obrigação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

geral de informação e obrigação especial de informação, bem como entre informação-conteúdo e informação-advertência.

15. O CDC estatui uma obrigação geral de informação (= comum, ordinária ou primária), enquanto outras leis, específicas para certos setores (como a Lei 10.674/03), dispõem sobre obrigação especial de informação (= secundária, derivada ou tópica). Esta, por ter um caráter mínimo, não isenta os profissionais de cumprirem aquela.

16. Embora toda advertência seja informação, nem toda informação é advertência. Quem informa nem sempre adverte.

17. No campo da saúde e da segurança do consumidor (e com maior razão quanto a alimentos e medicamentos), em que as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, por conta dos bens jurídicos em questão, seria um despropósito falar em dever de informar baseado no homo medius ou na generalidade dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que padecem de enfermidades ou de necessidades especiais são frequentemente a minoria no amplo universo dos consumidores.

18. Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna.

19. Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.

20. O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 21. Existência de lacuna na Lei 10.674/2003, que tratou apenas da informação-conteúdo, o que leva à aplicação do art. 31 do CDC, em processo de integração jurídica, de forma a obrigar o fornecedor a estabelecer e divulgar, clara e inequivocamente, a conexão entre a presença de glúten e os doentes celíacos.
>
> 22. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido (REsp 586.316/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009) (BRASIL, 2009).

Quanto à informação-advertência: no caso das informações de segurança, nas embalagens de consoles de videogames, muitas vezes, é possível verificar a presença não só de advertências escritas, mas também de sinais distintivos, como pontos de exclamação em cor vermelha, ou em outras cores, capazes de dar destaque à mensagem que se quer passar. Em videogames como o Nintendo 3DS, Nintendo DS e Nintendo Switch, todos os jogos e embalagens de consoles são acompanhados das informações-advertências acerca de riscos de epilepsia, emissão de radiofrequência – para pacientes usuários de marcapasso –, e riscos de lesões físicas em casos de utilização inadequada dos aparelhos.

Repita-se, pois se trata de informação de suma importância para a conclusão das ideias expostas neste texto: ainda que o fornecedor presumido ou importador venha a fazer prova, através da teoria do dano direto e imediato, de que o desencadeamento de uma epilepsia ou lesão física não se deu em função do jogo de videogame em si considerado, mas sim em decorrência das condições de saúde do paciente, ou quaisquer outros motivos, ainda assim haverá defeito de comercialização e caberá ao magistrado avaliar a possibilidade de imputar ao fornecedor o dever de indenizar por fato do produto, se não procedeu à tradução dos informativos relativos à informação-advertência de segurança. A periculosidade inerente estará convertida em periculosidade adquirida.

Essa conclusão está em consonância com o Código de Defesa do Consumidor, com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com a literatura científica consumerista, com os princípios de interpretação da relação consumerista como o *favor debilis* e o *pro homine*, bem como atende à tutela do consumidor que ficou exposto ao alvedrio do fornecedor no que concerne a práticas que não atendem aos princípios da confiança e da boa-fé objetiva.

7. CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conclui-se este texto no sentido de que, na era dos novos direitos e novos sujeitos, em que a tutela do consumidor de jogos eletrônicos na relação assimétrica com o fornecedor importador vai lhe colocar em posição de desvantagem informativa, existe uma margem para ocorrência do fato do produto quando a informação-advertência não esteja traduzida para a língua portuguesa.

O padrão normal de comportamento do fornecedor importador que respeita a lei e os precedentes do Superior Tribunal de Justiça seria justamente o de dar a informação correta (verdadeira), clara (de fácil entendimento), precisa (não prolixa ou escassa), ostensiva (de fácil constatação ou percepção) e em língua portuguesa para que o consumidor gamer possa exercer o seu direito ao lazer com segurança e sem intercorrências.

Ainda que se trate de uma situação excepcional, a não tradução dos informativos é passível de ocorrência no plano dos fatos e essa situação interessa tanto aos advogados, defensores públicos, consumidores, empresários do ramo de games, acadêmicos da área de *Game Studies*, evidenciando que a periculosidade inerente de um produto pode, eventualmente, converter-se em fato do produto por defeito de comercialização.

Felizmente, os jogos eletrônicos ainda podem ser conhecidos por seus contextos mais felizes de entretenimento, engajamento social, cura de pacientes e aplicações educativas. Porém, infelizmente ocorrência de epilepsias e lesões físicas, além de já configurarem fatídico peso na vida do consumidor, no plano jurídico, em regra, ainda não trazem ao paciente uma resposta esperada do ponto de vista da vítima, pois o sistema ainda resguarda o fornecedor sob o ponto de vista contratual.

Assim a conclusão aqui atingida está de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com a doutrina de Direito do Consumidor, com os princípios de interpretação da relação consumerista e vale para o fato do produto por defeito de comercialização.

8. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ESTADO. Riscos ao comprar produtos importados. **Estadão**. 12 dez. 2000. Disponível em: < https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,riscos-ao-comprar-produtos-importados,20001212p11393>. Acesso em: 23 jan. 2020.

ALMEIDA, Lorena Alves de Alvarenga; COSTA, Lucas Kaiser;. Ensino jurídico e conscientização social: ultrapassando a fronteira do conformismo teórico. In: FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon P.. **Estratégias de ensino nos cursos de direito**: (des)encontros entre teoria e prática. Curitiba: CRV, 2015. p. 9-31.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BARZGAR, Mohammad et al. Video game epilepsy in the twentieth century; a review. **Revista Child's Nervous System**, n. 23, 2007, p. 265-267.

BENJAMIN, Antonio Herman. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 161-197.

BERGSTEIN, Laís; MIRAGEM, Bruno. O papel da informação nos contratos de consumo como modelo do novo direito privado solidário. In: ACIOLI, Carlos; ATAÍDE, Camille; VERBICARO, Dennis (coord.). **Provocações contemporâneas no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 61-84.

BRASIL. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 586.316/MG. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento em 17 abr. 2007. **DJe**, 19 mar. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1322964/RS. Terceira Turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgamento em 22 mai. 2018. **DJe**, 01 jun. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1758118/SP. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento em 12 fev. 2019. **DJe**, 11 mar. 2019.

CORTINA, Adela. **Por una ética del consumo**: la ciudadanía del consumidor en un mundo global. Madri: Taurus, 2002.

FERDIANA, Ridi; RINALDI, Daniel. Video game seizure rating: A qualitative approach to measure photosensitive seizures on a video game. ***8th International Conference on Information Technology and Electrical Engineering (ICITEE)***, Yogyakarta, 2016, pp. 1-5.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRIE, C. D. et al. Video game induced seizures. **Revista Journal of Neurology, Neurosurgery and Psychiatry**, n. 57, 1994, p. 925-931.

FREITAS, Alex Canal; GAIA, Fausto Siqueira. Solução de problemas: uma estratégia diferenciada para o ensino jurídico. In: In: FRANCISCHETTO, Gilsilene Passon P.. **Estratégias de ensino nos cursos de direito**: (des)encontros entre teoria e prática. CRV, 2015. p. 87-107.

GLANCEY, Paul. **The complete history of computer and video games**. England: EMAP, 1996.

HEINEMAN, Erik et al. Nintendo related injuries and other problems: a review. **Revista The British Medical Journal – The BMJ**, v. 349, n. 7267, 2014, p. 1-4.

HODENT-VILLAMAN, Celia. Les jeux vidéo sont-ils bons pour le cerveau?. **Revista Sciences Humaines online**, 2007, disponível em https://www.scienceshumaines.com/les-jeux-video-sont-ils-bons-pour-le-cerveau_fr_15191.html.

HODGES, Nicola et al. Video games and rehabilitation: using design principles to enhance engagement in physical therapy. **Revista Journal of Neurological Physical Therapy**, v. 37, 2013, p. 166-175.

IMRHAN, Sheik; PROMA, Farhana; RICARD, Mark. Quantifying finger strain in video gaming. **Revista International Journal of Egonomics - IJEG**, v. 8, n. 1, 2018, p. 19-36.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORSELLO, Marco Fábio. A sociedade de risco e a responsabilidade civil do fabricante-construtor da aeronave e de seus componentes. In: LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; LOPEZ, Teresa Ancona; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (coord.). **Sociedade de risco e direito privado**: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Atlas, 2013. p. 77-92.

PANAYIOTOPOULOS, C.P.. Video game-induced seizures (vgs). **Epilepsy Foundation**. 2006. Disponível em: <https://www.epilepsy.com/learn/professionals/about-epilepsy-seizures/reflex-seizures-and-related-epileptic-syndromes/video. Acesso em: 21 de janeiro de 2020>.

RICCI, Stefano; VIGEVANO, Federico. The effect of video-game in video-game epilepsy. **Revista Epilepsia**, v. 40, n. 4, 1999, p. 31-37.

ROCHA, Thiago dos Santos. Direito médico e game studies: a gameterapia como obrigação das operadoras de planos de saúde. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5718, 26 fev. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/72202. Acesso em: 18 jan. 2020.

_____. Dos conceitos de consumidor, fornecedor, produto e serviço no CDC. Uma análise dos artigos 1º ao 3º do microssistema consumerista. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5550, 11 set. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/67844. Acesso em: 20 jan. 2020.

ROSSINI, Maria Clara. Como um episódio de Pokémon mando centenas de crianças para o hospital. **Super Interessante**. 16 dez. 2019. Disponível em: <https://super.abril.com.br/cultura/como-um-episodio-de-pokemon-mandou-centenas-de-criancas-para-o-hospital/>. Acesso em: 22 jan. 2020.

SINCLAIR, Brendan. Vivendi, Sony sued over epileptic seizure. **Gamespot**. 28 mar. 2007. Disponível em: <https://www.gamespot.com/articles/vivendi-sony-sued-over-epileptic-seizure/1100-6168230/>. Acesso em: 22 jan. 2020.

United Press International. **Lawsuit claims nintendo triggered epileptic seizure**. Washington. 24 jan. 1991. Disponível em: <https://www.upi.com/Archives/1991/01/24/Lawsuit-claims-Nintendo-game-triggered-epileptic-seizure/6395664693200/>. Acesso em: 22 jan. 2020.

VALENTIN, Livia Stocco Sanches. Can digital games be a way of improving the neuroplasticity in stroke damage? Can the adult brain grow new cells or rewire itself in response to a new experience? **Revista Open Journal of Medical Psychology**, n. 6, 2017, p. 153-165.

TRABALHADORES DE CRUZEIROS MARÍTIMOS E A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL A PARTIR DA RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 186/CLT

DENISE ARANTES: advogada especialista em Direito do Trabalho, sócia do escritório Mauro Menezes & Advogados, com atuação no âmbito do TST em causas de trabalhadores de cruzeiros marítimos.

O Senado Federal aprovou no ano passado, no último dia 17 de dezembro, o Projeto de Decreto Legislativo (PDL), que ratifica a Convenção nº 186 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), norma internacional que estabelece direitos trabalhistas aos trabalhadores marítimos. Após a ratificação da convenção pelo Congresso Nacional, a norma ainda precisa ser sancionada pelo Presidente da República, mediante Decreto Presidencial, com indicação da data de início da sua vigência em território nacional.

Em meio a dúvidas sobre a atual situação legal dos trabalhadores marítimos brasileiros e ao esforço das grandes empresas do setor de cruzeiros marítimos, que insistem na aplicação de normas que tragam consigo menos direitos trabalhistas, é certo que a incidência da norma mais favorável ao trabalhador é assegurada pela Constituição Federal, pela legislação brasileira e pela Constituição da própria Organização Internacional do Trabalho.

A indagação que se faz com a ratificação da Convenção da OIT pelo Brasil é se a inserção da referida norma no ordenamento jurídico brasileiro apresentará algum impacto nos direitos dos trabalhadores marítimos, especialmente em relação aos tripulantes contratados no Brasil para trabalharem em navios de cruzeiros de bandeira estrangeira.

Para responder essa questão, é importante examinarmos o cenário atual desses trabalhadores. Sabemos que o processo de recrutamento e seleção ocorre no Brasil, por meio de agências recrutadoras nacionais, que buscam trabalhadores para exercerem, principalmente, trabalhos de hotelaria, limpeza, cozinha e atendimento em restaurantes e bares dos navios de cruzeiros. As agências prestam serviços para as empresas internacionais de cruzeiros, que geralmente possuem filiais no Brasil. Em seguida, os selecionados e aprovados por essas agências são treinados no Brasil e é aqui o local onde são estabelecidas as condições do trabalho que será realizado dentro da embarcação. Após o treinamento, os trabalhadores embarcam e navegam por meses nesses navios de bandeira estrangeira, exercendo as atividades para as quais foram contratados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme a lei brasileira nº 7.064/82, artigo 3º, II, deve ser aplicada a legislação trabalhista brasileira a tais trabalhadores que, embora tenham sido contratados em território brasileiro, laboram em navios de bandeira estrangeira que navegam em alto mar. O texto determina expressamente "a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria".

É desse modo que atualmente sete das oito Turmas do Tribunal Superior do Trabalho (TST), consolidando um entendimento majoritário, rechaçam a aplicação da "Lei do Pavilhão" ou "Lei da Bandeira do Navio", lei internacional ratificada pelo Brasil em 1929, que determina que seja aplicada sobre os trabalhadores a lei do local da matrícula da embarcação. A Justiça brasileira tem determinado a aplicação do princípio da norma mais favorável.

O ponto fundamental para entender a discussão se trata do fato de que os direitos previstos na Convenção da OIT, que está na iminência de ser ratificada pelo Brasil, são inferiores aos direitos previstos na lei brasileira. A norma internacional estabelece patamares mínimos de proteção ao trabalhador do mar, que são inferiores à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e à Constituição da República. No que se refere, por exemplo, ao registro da relação de emprego, a lei brasileira prevê o reconhecimento de vínculo desses trabalhadores com as empresas de navios de cruzeiros, com a determinação de anotação na carteira de trabalho, além do recolhimento de contribuições previdenciárias. Por sua vez, a Convenção da OIT apenas recomenda a elaboração de um contrato de trabalho que contenha informações sobre as condições acordadas entre as partes, inexistindo previsão de reconhecimento de vínculo de emprego, de pagamento das verbas trabalhistas e de contribuições previdenciárias. Empresas de cruzeiros marítimos defendem a aplicação das normas da convenção.

Já em relação ao FGTS, a legislação brasileira estabelece o depósito de FGTS mensal no percentual de 8%, direito não previsto na convenção. O mesmo ocorre em relação ao pagamento de 1/3 sobre as férias, direito não previsto pela norma internacional. No caso da jornada de trabalho, a Constituição brasileira e a CLT limitam a jornada a 8 horas diárias e 44 horas semanais, até o limite de duas horas extras por dia. Já a convenção estabelece que a jornada é limitada a 14 horas por cada período de 24 horas, até o limite de 72 horas por semana, elastecimento não permitido pela nossa Constituição. Outro exemplo se trata do percentual de horas extras, sob o qual a lei nacional determina que deverão ser pagas com o adicional de 50%, ao passo em que a Convenção da OIT estabelece o pagamento do adicional de somente 25% para o labor extraordinário. O adicional noturno e o aviso prévio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

não inferior a 30 dias, direitos previstos na legislação trabalhista brasileira, também não são assegurados pela norma internacional.

Além do que é determinado pela lei nº 7.064/82 e o que vem sendo entendido pelo Poder Judiciário, o próprio parágrafo 8º do Artigo 19 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho determina que, de modo algum, a adoção de qualquer Convenção da OIT por país membro poderá afetar lei daquele país que assegure condições de trabalho mais favoráveis. Assim, a ratificação da Convenção não afastará, de modo algum, a aplicação da lei trabalhista brasileira aos trabalhadores contratados no Brasil para trabalharem em cruzeiros marítimos de bandeira estrangeira.

A redução de direitos dos trabalhadores marítimos iria contra aos próprios objetivos da Organização Internacional do Trabalho, de promover melhores condições de trabalho, visando à superação da pobreza e à redução das desigualdades sociais em todo o mundo. As convenções da OIT são editadas a partir de um contexto de graves violações a direitos trabalhistas e aos direitos humanos. Essas convenções, bem como as recomendações da OIT, estabelecem patamares mínimos de trabalho decente, a fim de facilitar a adesão de mais países, bem como facilitar que sejam cumpridas por todos os estados-membros. Como pode ser constatado facilmente em depoimentos de trabalhadores marítimos e em processos que tramitam hoje na Justiça, é comum que o dia a dia nos navios haja caso de trabalhadoras e trabalhadores que sofrem assédio moral, assédio sexual, humilhações e que sejam submetidos a condições degradantes de trabalho e de alojamento.

A ratificação da Convenção sobre o Trabalho Marítimo demonstra que o Brasil está alinhado com os altos propósitos da OIT de promover um trabalho cada vez mais digno para os trabalhadores marítimos e não afasta, de modo algum, a aplicação da lei trabalhista brasileira, que é norma mais favorável e tem sua incidência assegurada por lei específica (artigo 3º, II, da Lei nº 7.064/82) e pela própria Constituição da OIT.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

UNIVERSIDAD DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO (UMSA)

Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Orientador de TESIS: Dr. SCHIJMAN, JORGE HORACIO

COMERCIO ELECTRÓNICO Y SEGURIDAD JURÍDICA

CARLOS ROBERTO BARROSO BESSA

Carlosbessa1201@hotmail.com

BUENOS AIRES – ARGENTINA

2015

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CARLOS ROBERTO BARROSO BESSA

COMERCIO ELECTRÓNICO Y SEGURIDAD JURÍDICA

Tesis presentada ante la Universidad del Museo Social Argentino, como requisito para la obtención del grado de Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Orientador: Dr. SCHIJMAN, Jorge Horacio
Traducción: Abgda. Del Rizzo Graciela Rita

BUENOS AIRES – ARGENTINA

2015

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

À minha esposa Maria Clécia Raupp Bessa, pelas ausências no processo do curso. Sua compreensão foi fundamental para que o caminho fosse tranqüilo e que a meta fosse alcançada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

AGRADECIMENTOS

Primeramente al señor nuestro Dios, creador de todo lo que existe. Sin tu bondad nada podemos hacer.

A mis padres, Francisco de Assis Bessa y Zuleide Barroso Bessa, por la educación y tiempo invertido, para que fuéramos lo que somos.

A mis hijos Carlos Octávio Raupp Bessa, Guilherme Raupp Bessa y Carlos Gustavo Raupp Bessa, por todo lo que han comprendido mis días de ausencia por la realización del curso.

A todos los profesores, ya los maestros. A los amigos que han contribuido y se han esforzado para comprender una nueva cultura, una nueva lengua. No es fácil.

BESSA, Carlos Roberto Barroso. **Comercio electrónico y seguridad jurídica.** Tesis (Doctorado) – Universidad del Museo Social Argentino (UMSA), 2015.

RESUMO

O estudo buscou analisar as evidências atuais dos trâmites comerciais *on line* e o posicionamento da lei diante dos processos de mediação de conflitos requeridos pelas partes. O comércio eletrônico tem se desenvolvido de forma vertiginosa. Empresas que utilizam a infovia destacam-se no meio comercial. Compreender os avanços do comércio eletrônico, os trâmites para a efetivação dos negócios, bem como os problemas deles advindos, trás uma realidade que envolve de certa forma a todos os indivíduos, sejam estes comerciantes de pequeno a grande porte, bem como a todo tipo de consumidor das diversas camadas socioeconômicas. Esse contexto foi pesquisado por meio de pesquisa bibliográfica e de campo. Foram utilizadas obras que tratam dos processos de comercialização *on line* no sentido técnico, e autores que discutem o processo de segurança nos trâmites pela infovia e o posicionamento legislativo pertinente. Foi realizada atividade de campo com uso do questionário junto a 159 colaboradores da pesquisa na categoria dos consumidores. Teve com objetivo coletar dados quanto ao tipo de aquisição de produtos mais comercializados pela infovia, experiências nos processos do *e-commerce*, resoluções e conflitos nos trâmites comerciais *on line* e posicionamento do consumidor quanto ao conhecimento da lei referente ao comércio eletrônico. Verifica-se que a característica democrática, acessível e dinâmica tem sido acompanhada de uma mudança comportamental no contexto dos negócios. Cabe a lei, do mesmo modo, se atualizar frente a realidade comercial. No entanto, a ampliação do *e-commerce* tem revelado que, mais do que a atualização legislativa, o consumidor e o comerciante tendem a mudanças comportamentais quanto a confiança e efetivação dos negócios, amparados pelo desenvolvimento tecnológico de segurança e informação.

Palavras chave: Comércio Eletrônico. Segurança Jurídica. Consumidor.

BESSA, Carlos Roberto Barroso. **Comércio eletrônico e segurança jurídica.** Tese (Doutorado) – Universidade Del Museo Social Argentino (UMSA), 2015.

ABSTRACT

O estudo buscou analisar as evidências atuais dos trâmites comerciais *on line* e o posicionamento da lei diante dos processos de mediação de conflitos requeridos pelas partes. O comércio eletrônico tem se desenvolvido de forma vertiginosa. Empresas que utilizam a infovia destacam-se no meio comercial. Compreender os avanços do comércio eletrônico, os trâmites para a efetivação dos negócios, bem como os problemas deles advindos, trás uma realidade que envolve de certa forma a todos os indivíduos, sejam estes comerciantes de pequeno a grande porte, bem como a todo tipo de consumidor das diversas camadas socioeconômicas. Esse contexto foi pesquisado por meio de pesquisa bibliográfica e de campo. Foram utilizadas obras que tratam dos processos de comercialização *on line* no sentido técnico, e autores que discutem o processo de segurança nos trâmites pela infovia e o posicionamento legislativo pertinente. Foi realizada atividade de campo com uso do questionário junto a 159 colaboradores da pesquisa na categoria dos consumidores. Teve com objetivo coletar dados quanto ao tipo de aquisição de produtos mais comercializados pela infovia, experiências nos processos do *e-commerce*, resoluções e conflitos nos trâmites comerciais *on line* e posicionamento do consumidor quanto ao conhecimento da lei referente ao comércio eletrônico. Verifica-se que a característica democrática, acessível e dinâmica tem sido acompanhada de uma mudança comportamental no contexto dos negócios. Cabe a lei, do mesmo modo, se atualizar frente a realidade comercial. No entanto, a ampliação do *e-commerce* tem revelado que, mais do que a atualização legislativa, o consumidor e o comerciante tendem a mudanças comportamentais quanto a confiança e efetivação dos negócios, amparados pelo desenvolvimento tecnológico de segurança e informação.

Key-words: Comércio Eletrônico. Segurança Jurídica. Consumidor.

BESSA, Carlos Roberto Barroso. **Comercio electrónico y seguridad jurídica.** Tesis (Doctorado) – Universidad del Museo Social Argentino (UMSA), 2015.

RESUMEN

El estudio ha buscado analizar las evidencias actuales de los trámites comerciales *on line* y el posicionamiento de la ley ante los procesos de mediación de conflictos requeridos por las partes. El comercio electrónico se ha desarrollado en forma vertiginosa. Empresas que utilizan la infovía se destacan en el medio comercial. Comprender los avances del comercio electrónico, los trámites para la efectivación de los negocios, cómo los problemas advenidos de ellos trae una realidad que involucra en cierta forma a todos los individuos, sean estos comerciantes de pequeño o de gran porte, así como a todo tipo de consumidor de las diversas camadas socio económicas. Este contexto ha sido investigado por medio de investigación bibliográfica y de campo. Se han utilizado obras que tratan procesos de comercialización *on line* en sentido técnico, y autores que discuten el proceso de seguridad en los trámites por la infovía y el posicionamiento legislativo pertinente. Se ha realizado actividad de campo con uso del cuestionario con 159 colaboradores de la investigación en la categoría de los consumidores. Ha tenido como objetivo recolectar datos en cuanto al tipo de adquisición de productos pero comercializados por la infovía, experiencias en los procesos de *e-commerce*, resoluciones y conflictos en los trámites comerciales *on line* y posicionamiento del consumidor en cuanto al conocimiento de la ley referente al comercio electrónico. Se verifica que la característica democrática, accesible y dinámica han sido acompañada de un cambio comportamental en el contexto de los negocios. Corresponde a la ley, del mismo modo, actualizarse frente a la realidad comercial. Sin embargo, la ampliación del *e-commerce* ha revelado que en mayor medida que la actualización legislativa, el consumidor y el comerciante tienden a cambios comportamentales en cuanto a la confianza y efectivización de los negocios, protegidos por el desarrollo tecnológico de seguridad e información.

Palabras Clave: Comercio Electrónico. Seguridad Jurídica. Consumidor.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 264
1 INTRODUCCIÓN 267
1.1 Estructura del referencial teórico 270
2 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICO-EMPÍRICA 274
2.1 Comercio Electrónico y Negocios Electrónicos 274
2.1.1 Sistemas de Comercio 274
2.1.1.1 Sistema de comercio tradicional 274
2.1.1.2 Sistema de comercio electrónico 274
2.1.2 Estructura del e-commerce y el e-business 275
2.1.3 Efectos e Implicancias Sobre las Organizaciones 275
2.1.4 Efectos e Implicancias Sobre el Consumidor 276
2.1.5 Estrategias de Negocios y Modelo de Negocios 277
2.1.5.1 Estrategias de negocios 277
2.1.5.2 Modelos de Negocio 280
2.2 Navegando en el Mundo de los Negocios Virtuales 281
2.2.1 Categorías de los Conocimientos del Ambiente Virtual 281
2.2.1.1 Información 281
2.2.1.2 Comunicación 282
2.2.1.3. Transacción comercial 282
2.2.1.4 Distribución 283
2.2.2 Categoría de los Tipos de Negocios Virtuales 283
2.2.2.1 B2B - Business-to-business 284
2.2.2.2. B2C - Business-to-consumer 284
2.2.2.3 C2C - Consumer-to-consumer 284
2.2.2.4 C2B - Consumer-to-business 284
2.2.2.5 G2B - Government to business 285
2.2.2.6 G2C - Government to consumer 285
2.2.3 Categoría técnica y operacional 285
2.2.3.1 Ambiente virtual 285
2.2.3.2 Herramientas digitales 286

2.3 Negocios que Surgen con Internet 289
2.3.1 E-marketplace 291
2.3.2 E-procurement 291
2.3.3 Home shopping o e-mall 293
2.3.4 Tienda virtual 294
2.3.4.1 Tiendas virtuales gratuitas 294
2.3.4.2 Tienda virtual con sistema propio 295
2.3.4.3 Tiendas con sistema de manutención 298
2.3.4.4 Tiendas por Comisión 301
2.3.5 Anunciantes gratuitos 303
2.3.6 Compras colectivas 305
2.3.7 Proveedores de contenido 307
2.3.8 Proveedor de servicios 307
2.3.9 Portal de la web 308
2.3.10 Empresas de marketing y propaganda virtual 309
2.3.11 Empresas de recursos gráficos 310
2.3.12 Desarrolladores 310
2.3.14 Logística virtual 311
2.3.15 Educación a distancia e-learning (entrenamiento a distancia) 311
2.3.16 Workgroup 311
2.3.17 Home entertainment 312
2.3.18 Infovía 312
2.3.19 E-banking 312
2.3.20 Otras modalidades 312
2.4 Instrumentos para la Seguridad Electrónica 313
2.4.1 La Criptografía 313
2.4.2 Firma Digital 315
2.4.3 Aspectos Jurídicos de la Documentación Electrónica 319
2.5 E-commerce: Aspectos Jurídicos 321
2.5.1 Seguridad en los Procesos de E-commerce 322
2.5.2 Los Negocios Virtuales 323

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.5.3 Documento Electrónico en los Negocios Virtuales: Validez Jurídica325
2.5.4 Fraudes en Internet 327
2.6 E-Commerce y Seguridad Jurídica 332
2.6.1 Soportes legales direccionados al consumidor: peculiaridades del usuario de comercio electrónico 337
3 MATERIALES Y MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN 343
3.1 Investigación Bibliográfica y Documental 344
3.2 Investigación de Campo: Cuestionario 345
3.2.1 Universo y Muestra 347
3.2.2 Técnicas de Relevamiento y Organización de los Datos del Cuestionario 347
3.2.3 Técnicas de Análisis de los Datos 350
3.3 Categorías de Análisis 351
4 RESULTADOS Y DISCUSIÓN 352
4.1 De los Datos Documentales 352
4.2 De la Aplicación del Cuestionario 356
Categoría 1: Perfil del consumidor 356
Categoría 2: Experiencias con el e-commerce 359
Categoría 3: Procedimientos del Sistema 366
Categoría 4: Seguridad y Credibilidad 380
Categoría 5: Legislación 397
5 CONCLUSIÓN 400
REFERENCIAS bibliográficas 408
APÉNDICE 415

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: muestra de *business to consumer*	*62*
Figura 2: muestra de ofertas *on line*	*64*
Figura 3: tienda virtual de venta de productos	66
Figura 4: tienda virtual de venta de productos	67
Figura 5: muestra de ofertas *on line* en tienda virtual	68
Figura 6: muestra de ofertas *on line* del *site* de ventas Mercado libre	70
Figura 7: muestra de sistema de información en *site* de *e-commerce*	71
Figura 8: muestra de sistema de información en *site* de *e-commerce*	*72*
Figura 9: muestra de sistema de información en *site* de *e-commerce*	*73*
Figura 10: muestra de ofertas *on line* por el *site* de mercado libre	75
Figura 11: muestra de ofertas *on line* por el *site* de olx	76
Figura 12: muestra de ofertas *on line* por el *site* del *bomnegócio*	*77*
Figura 13: muestra ofertas *on line* del sistema de compras colectivas	80
Figura 14: muestra del *site* de diusión de productos y servicios	85

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

LISTA DE CUADROS

Cuadro1: comparativo de los componentes involucrados en el comercio	35
Cuadro 2: Abordajes de las estrategias	37
Cuadro 3: Categorías investigadas	158
Cuadro 4: Problema con las transacciones del *e-commerce*	*159*
Cuadro 5: Estadísticas sobre acceso a la infovía.	169

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Franja etaria	164
Gráfico 2: Escolaridad	165
Gráfico 3: Productos y servicios	168
Gráfico 4: Problemas con el *e-commerce*: mala calidad del producto	171
Gráfico 5: Problemas con el *e-commerce*: demora en la entrega	171
Gráfico 6: Problemas con el *e-commerce*: no recepción del producto	172
Gráfico 7: Problemas con el *e-commerce*: duplicidad de cobranza	173
Gráfico 8: Problema con las transacciones del *e-commerce*	*174*
Gráfico 9: Implicancias de los problemas con el *e-commerce*	*175*
Gráfico10: Ventajas del *e-commerce*	*176*
Gráfico 11: Ventajas: elección y comparación	178
Gráfico 12: Ventajas: compra y facilidad	179
Gráfico 13: ventaja: poder de compra	181
Gráfico 14: ventaja: rapidez en la recepción	181
Gráfico 15: ventajas: ausencia del comerciante	183
Gráfico 16: ventaja: acceso al vendedor	184
Gráfico 17: Ventaja: seguridad	185
Gráfico 18: ventaja: ruptura de las fronteras	186
Gráfico 19: Implicancias de los problemas con el *e-commerce*	*187*
Gráfico 20: Inseguridad jurídica	188
Gráfico 21: Inseguridad en la entrega	188
Gráfico 22: ausencia de productos y servicios	189
Gráfico 23: Ausencia del proveedor	190
Gráfico 24: dificultad de intercambio	191
Gráfico 25: Exposición de datos	192

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Gráfico 26: Gráfico resumido – Desventajas del *e-commerce*	*193*
Gráfico 27: Seguridad del consumidor y comerciante	195
Gráfico 28: Inseguridad jurídica	196
Gráfico 29: Falta de conocimiento sobre el *e-commerce*	*198*
Gráfico 30: Inseguridad del sistema electrónico	199
Gráfico 31: Poca habilidad en las tecnologías	200
Gráfico 32: cultura del *e-commerce*	*202*
Gráfico 33: Cultura de relaciones presenciales	204
Gráfico 34: Factores inhibidores de expansión	205
Gráfico 35: elaboración de Legislación	206
Gráfico 36: Fiscalización	207
Gráfico 37: Difusión	208
Gráfico 38: búsqueda de información	209
Gráfico 39: cultura para el *e-commerce*	*210*
Gráfico 40: Estándar de claridad	212
Gráfico 41: mayor infraestructura	213
Gráfico 42: Sanción de los infractores	214
Gráfico 43: Factores para la expansión del *e-commerce*	*216*
Gráfico 44: conocimiento sobre legislación	218
Gráfico 45: suficiencia de la legislación	219

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

LISTA DE SÍMBOLOS Y ABREVIATURAS

CGI	Comitê Gestor da Internet no Brasil
CMS	*Content Management System*
DDoS	*Distributed Denial os Service*
ICP	Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira
LDC	Código de Defesa do Consumidor
DECON	Programa Estadual de Proteção e defesa do consumidor do Estado do Ceará
TGI	*Target Group Index*
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
PROCON	Proteção do Consumidor
SEBRAE	SEBRAE Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas
PIB	Produto Interno Bruto
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

PRESENTACIÓN

En el transcurso de la historia de la humanidad se evidencia un proceso de creación y de invenciones que modifican el modo de vivir, de pensar, de actuar y de relacionar una generación, por esta razón identificadas como Revolución que demarcan un período de transformación sustancial de la vida humana rente a la inserción de nuevas modalidades comerciales, industriales, tecnológicas y sociales.

Las Grandes Navegaciones modificaron la estructura del comercio en la Edad Antigua. El surgimiento de la empresa trajo la difusión de los conocimientos, de las ideas, de las opiniones, del intercambio de información por la escritura a gran escala, del mismo modo que trajo un nuevo abordaje de difusión de productos y de servicios en la Edad Media.

La Revolución Industrial transformó el modo de producción delineando una división de épocas, en la cual la oferta y el comercio de productos y servicios pasaron a ser ofrecidos en mayor escala y el movimiento comercial se transformó. En el mismo período, la expansión de la energía promovió mayor difusión de las máquinas impresoras y proporcionó al hombre la posibilidad de extender su tiempo por la disponibilidad de luz más eficaz para permanecer más tiempo en casa y poder usufruir de la lectura con soporte artificial de mayor calidad. La energía eléctrica desarrollada posibilitó la transmisión de sonido e imagen por ondas electromagnéticas, difundidas por la radio y televisión. Tal soporte tuvo influencia directa en el comercio de productos y servicios.

Un nuevo salto en la base revolucionaria se produce con el desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación. La creación de las tecnologías en computación permitió aumentar la capacidad de almacenamiento, de análisis y de procesamiento de la información. De este modo, aumenta la producción de conocimiento, se revelan nuevas maneras de enseñar para aprender lo que instiga a nuevos paradigmas, a nuevos pensamientos, a nuevos comportamientos, a la quiebra de modelos y a procesos comerciales.

De este modo se verifica que todas las áreas de actuación humana han resultado impactadas e invitadas a transformaciones en cada época histórica de las revoluciones. Actualmente la invitación se encuentra en la inclusión digital que requiere en los nuevos tiempos, el dominio de las tecnologías de la información y de la comunicación. El acceso y la apropiación de los recursos en computación y las habilidades de navegación por *internet* abren oportunidades en el campo comercial, sean productores, comerciantes como consumidores.

Internet transformó en forma sustancial la vida y la convivencia entre las personas. En el campo de los negocios cambió la estructura de los contratos, de los procesos de compra y venta, en la forma de presentación de los productos y de servicios, y del mismo modo requirió cambios en el ámbito jurídico. Este aspecto, en la evolución inició con procedimientos análogos para las reglas aplicadas en el ambiente físico tradicional de las negociaciones y se ha desarrollado para las peculiaridades del mundo virtual, una de estas especialidades está en la formulación de los contratos, en la validez de la firma electrónica y en los nuevos modelos de mediación de conflictos y en la protección al consumidor. Éste es el escenario actual del movimiento de compra y venta de productos y servicios: los medios virtuales de negociación.

El estudio trata sobre este nuevo modo de comercialización que se vale de las tecnologías de la información y comunicación como vía de acceso, así como de la difusión delos trámites comerciales con la efectivización de los negocios y la seguridad jurídica que involucra al sistema electrónico de comercialización de productos y servicios.

Un tema direccionado hacia el análisis de la legislación y hacia el desarrollo del aparato jurídico referente a las transacciones comerciales vía *internet*, es de gran repercusión social por ser una actividad que se ha expandido en todas las clases sociales, por lo tanto es parte de la actual realidad en el proceso de negociación que requiere seguridad jurídica, principalmente para la parte más vulnerable: el consumidor.

La amplitud del uso de los medios electrónicos requiere una amplia variedad de estudios, críticas, intervenciones y participación de la sociedad en el proceso, teniendo en cuenta que el tema forma parte del cotidiano de una gran porción de la población mundial, porque han crecido las negociaciones de compra y venta por medio de *Internet*. Sin embargo, han evidenciado casos de fraude, de apropiación de datos, lesiones al patrimonio entre otras modalidades infracciones cometidas por personas no idóneas que se aprovechan del ambiente virtual y de las posibilidades de violación para actuar.

De este modo, con este estudio se pretende evidenciar los contornos de la ley referente a la seguridad jurídica del Comercio Electrónico destacando el proceso de evolución del comercio electrónico, modalidades comerciales del uso de la infovía, las peculiaridades de las negociaciones de compra y venta y el papel de la responsabilidad de los involucrados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1 INTRODUCCIÓN

Las organizaciones teniendo en cuenta la competitividad buscan estrategias y herramientas orientadas a la modernización, creación de nuevos productos, innovaciones en la estructura, venta y logística, desarrollo del aparato de marketing y propaganda, nuevo sistema de recursos humanos, entre otros aspectos. El punto en común está en la inserción de tecnologías de la información y de la comunicación cada vez más sofisticadas como soporte del cambio que contribuyeron a la expansión de los mercados más allá de las fronteras locales físicas, geográficas y temporales. Esta coyuntura tiene influencia e influenciaron concomitantemente el fenómeno de la globalización y la apertura de las fronteras comerciales, y en consecuencia han buscado cambios en todos los sectores sociales, así como en el área jurídica, cultural, económica que en la actualidad se expresan como en una nueva Era. De este modo las organizaciones invierten en tecnología, ya no como soporte de sus negocios, sino como el propio negocio, en forma activa en las operaciones comerciales y productivas. Una de las creaciones responsables por la revolución en el mundo de los negocios es *internet*.

Internet tiene como marco de evolución el inicio de los años 60, utilizado al principio en el campo militar para viabilizar el flujo de información. Posteriormente, debido al dinamismo y rapidez, el uso del sistema de *internet* se expandió al campo de la información, de la comunicación, del comercio, de la publicidad, revelándose como un sistema interactivo, simultáneo, rompiendo las barreras del tiempo y del espacio. El crecimiento más amplio a nivel global se efectivizó a partir de 1995 con la interconexión mundial de la red, la proliferación de los proveedores y la ampliación de acceso. (CASTELLS, 2005).

En este conjunto de posibilidades, facilidades, agilidad de la transmisión de datos, amplia publicidad y ausencia de límites geográficos, hace surgir un amplio comercio de bienes y servicios, que permite que consumidores y empresas realicen negocios mediante tramitación digital, *on line.* Desarrollándose, de este modo, el comercio electrónico:

> *Também chamado de e-commerce, é qualquer forma de transação comercial onde as partes interagem eletronicamente. Conjunto de técnicas e tecnologias computacionais utilizadas para facilitar e executar transações comerciais de bens e serviços através da Internet. (BRASIL, 2006, p. 80).*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Se considera comercio electrónico a las transacciones con contenido económico de compra y venta de bienes y servicios realizados por medio digital, y que involucran la transmisión electrónica de datos a través de redes de comunicación, como *internet* (ALBERTIN, 2004). De este modo, se celebra un contrato entre las partes efectivizándose un negocio jurídico, sea por la compra y venta como por transacciones comerciales, empresariales y bancarias.

Entre los aspectos que promueven la expansión de este tipo de comercialización se encuentra la facilidad y agilidad del proceso, la democratización de la comunicación y la amplia red de ofertas.

Según datos de la *Secretaria da Receita Federal* (BRASIL, 2001), Brasil generó aproximadamente US$ 449 millones en ventas *on line* en 2000, lo que equivale a un volumen de ventas de US$ 2064 millones, y ésta cifra crece vertiginosamente con una previsión del orden de US$ 4 mil millones en los años siguientes.

En Argentina, por ejemplo, el comercio electrónico está en amplia expansión. En los períodos entre 1997 y 1999 presentó una tasa anual media de 235%. Para el año de 2001, se estima que alcanzará 450 millones de dólares. A nivel mundial el comercio electrónico totalizó alrededor de U$S 655.800, de lo cual U$S 3.600 corresponden a transacciones en América Latina. La previsión es la multiplicación en diez veces hasta 2007 (ALADI, 2000).

Pero, con la misma intensidad que se desarrolla este tipo de contrato electrónico, también crecen los problemas jurídicos debido a las características de intangibilidad, inestabilidad y fragilidad en la seguridad, requiriendo un aparato jurídico diferenciado.

El tema sobre el comercio electrónico involucra diferentes caminos de estudio. Éstos pueden dirigirse a las tecnologías con el avance de técnicas, de procedimientos y de instrumentos, otra dirección señala a un nueva modalidad de producción que deja la estructura modular, lineal y estandarizada de las fábricas del modelo fordista, otro camino puede direccionarse a los estudios de la economía, con sus impactos financieros y con retorno monetario, puede del mismo modo tratar sobre los procesos de negociación, delineando las transformaciones en el mundo comercial de compra y venta, así como que existen espacios para estudio en los campos de los impactos sociales frente a las nuevas relaciones de trabajo y de cambio en el propio trabajo frente a la virtualización de los negocios. Sin embargo, ante todas estas direcciones existe un aspecto que incide directa e indirectamente a todos los caminos: el aspecto jurídico, la formalización de las leyes como

mediadora de las nuevas relaciones comerciales, sean éstas entre organizaciones, sean entre éstas y los consumidores, entre consumidores, delineados por un nuevo elemento que son las garantías inmateriales.

Un negocio físicamente instalado, un producto palpable, empírico, una empresa materialmente identificada, y además que se refiera al tipo de negocio directo al cliente, en tiempo y en espacio, está día a día perdiendo espacio hacia lo inmaterial, hacia lo virtual. Ante esta realidad corresponde cuestionarse con respecto a la *litis* jurídica de mediación de los eventuales conflictos comerciales y a las soluciones encontradas con base en los dispositivos legales pertinentes. En este contexto se interroga: ¿Cómo se ha articulado el *e-commerce* ante los dispositivos legales disponibles?

El interrogante evidencia como objetivo general de este estudio analizar las evidencias actuales de los trámites comerciales *on line* y el posicionamiento de la ley ante los procesos de mediación de conflictos requeridos por las partes. Como objetivo específico tiene como propósito exponer el proceso evolutivo del comercio electrónico, describir el proceso de navegación del ambiente virtual y los trámites de los negocios virtuales, y presentar los instrumentos para la seguridad jurídica.

Para contemplar los objetivos se procedió a investigación bibliográfica, documental y de campo. En el contexto del referencial teórico se buscó literatura sobre el asunto, tanto en el contexto técnico y descriptivo del proceso de uso de la infovía, así como de literatura crítica y analítica en cuanto a la seguridad jurídica relacionada a los negocios virtuales.

En el contexto documental se ha consultado material oficial disponible en *internet* como la *Cartilha de Segurança* para *Internet*, organizada por el *Comitê Gestor da Internet* en Brasil, CGI, de los aparatos jurídicos pertinentes y datos ofrecidos por el Programa Estadual de Protección y defensa del consumidor del Estado de Ceará, DECON, en cuanto a los registros de reclamo y negociación referente a los conflictos en las transacciones de comercio electrónico.

La investigación de campo utilizó al cuestionario con el objetivo de obtener datos cuando la perspectiva de los consumidores en los trámites de *e-commerce*.

El conjunto de investigaciones realizadas ha producido una estructura de estudio dividida en 5 capítulos. El primer capítulo se refiere a la introducción que presenta el tema, objetivos, justificación general del tema y estructura del trabajo. El segundo capítulo proporciona la base teórica sobre *e-commerce* subdividido en 6 partes, descriptas a continuación. El tercer capítulo describe los materiales y métodos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

utilizados en la investigación y las categorías de análisis. El cuarto capítulo presenta los resultados y la discusión de la investigación de campo y finalmente el capítulo conclusivo delinea en modo sucinto los resultados obtenidos y contempla en forma analítica el tema sobre *e-commerce* y seguridad jurídica.

1.1 Estructura del referencial teórico

Para componer el referencial teórico se ha realizado la investigación bibliográfica utilizando literatura impresa, revistas electrónicas, artículos científicos debidamente posteados en *internet*, e investigación virtual de los procedimientos de negocios electrónicos con realización de simulación de compra, obtención de datos, registro de informaciones, y realización de compras de productos y servicios como forma de aproximarse al conocimiento sobre el tema y sobre la vivencia de los procesos comerciales en sus diferentes modalidades

Los datos poseen un carácter descriptivo para ofrecer futuros elementos para la comprensión de los dispositivos legales que inciden sobre cada tipo de negocio electrónico y sus debidas ramificaciones. Este soporte teórico ofrece subsidio para el análisis y discusión de datos a ser recolectados con la investigación de campo que será realizada.

El referencial teórico ha sido estructurado en 6 partes descriptas a continuación:

a) Comercio Electrónico y Negocios Electrónicos

Objetivo: Este capítulo tiene como propósito exponer el proceso evolutivo del comercio electrónico y sus vertientes y estructura irreversible en el mundo de los negocios, lo que asegura la relevancia de analizar la actual composición jurídica sobre el segmento y para tratar la inserción y ampliación de los dispositivos legales pertinentes.

Justificación: Al estudiar la evolución del *e-commerce*/ *e-business* y comprender su funcionamiento se proporciona seguridad teórica para teorizar sobre la importancia de la legislación sobre el tema, en la cual es parte sustancial de la organización del Estado como intermediador en los conflictos. Se parte del presupuesto que todo tipo de comercio que necesita de intermediación, y en un Estado democrático, esta intermediación adviene de dispositivos legales elaborados por los representantes con base en la realidad social, y el *e-commerce*/ *e-business* es una realidad.

b) NAVEGANDO EN EL MUNDO DE LOS NEGOCIOS VIRTUALES

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Objetivo: describir el proceso de navegación del ambiente virtual, tipos de negocios electrónicos, los procedimientos técnicos y operacionales que viabilizarán los negocios movilizados por *internet*.

Justificación: Tratar los aspectos operacionales y la estructura técnica del proceso de navegación para la efectivización de negocios *on line*, ofrece al presente estudio un armazón de comprensión sobre las metodologías utilizadas para este sistema de comercio que dará soporte para ampliar los conocimientos sobre el mundo virtual sirviendo de base para proponer teóricamente la necesidad de expandir los aparatos legales generadores de seguridad jurídica.

c) NEGOCIOS QUE SURGEN CON *INTERNET*

Objetivo: El texto trata sobre los tipos de negocios que surgen con *internet*, por ser un sistema virtual que coloca en evidencia la estructura de un nuevo mundo: el virtual. Empresas, tipos de negocios y funciones que surgen con el sistema electrónico, pero otras desaparecen

Justificación: Estos factores son de suma importancia para el tema del análisis jurídico porque nuevas modalidades de negocios, los nuevos tipos de empresas sugieren nuevas organizaciones de producción, de servicios y de comercio no previstas para su dinamismo, impacto y reflejo sobre la sociedad. De este modo, la legislación precisa estar atenta a la repercusión de estas modalidades de negocios que surgen en el sentido de proveer seguridad jurídica a los ciudadanos.

d) INSTRUMENTOS PARA LA SEGURIDAD ELECTRÓNICA

Objetivo: Presenta los instrumentos que son utilizados para la promoción de la seguridad jurídica en *internet*, como la criptografía, la firma digital y la legislación pertinente en Brasil, en el contexto asociado para el desarrollo y expansión de los negocios virtuales.

Justificación: Frente a la creciente expansión del comercio electrónico, tratar sobre los instrumentos disponibles para el proceso de mediación, regulación y control legal, se presenta pertinente, visto que es por medio del desarrollo de las tecnologías digitales que los negocios virtuales pueden convertirse cada vez más seguros.

e) *E-COMMERCE*: Aspectos Jurídicos

Objetivo: Presenta el proceso de utilización de los instrumentos virtuales de seguridad y los dispositivos legales que brindan protección a las pruebas de los

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

negocios realizados. En la secuencia analiza la validez jurídica de los documentos electrónicos actualmente disponibles.

Justificativa: Al considerar que la tecnología ha avanzado y proporcionado una diversidad de instrumentos, el análisis de la legislación se torna imprescindible en cuanto al desarrollo de las pruebas generadas por estos instrumentos, colocando las evidencias y registros generados por éstos como pruebas cabales de la realización de los negocios, con la misma validez de los modelos tradicionales. Este contexto pone en evidencia la necesidad de un camino legal delineado por la realidad de desarrollo del comercio electrónico.

f) *E-COMMERCE* Y SEGURIDAD JURÍDICA

Objetivo: Analizar los dispositivos legales contemporáneos y sus efectos en cuanto a los trámites de los negocios virtuales realizados entre partes.

Justificación: el consumidor ha sido considerado la parte más vulnerable en el proceso de comercialización de productos y servicios. En el ámbito virtual esta premisa permanece. Por lo tanto, un análisis de la ley relacionada a la protección del consumidor s relevante para afirmar el propósito que se mantiene en la ley al considerar que el consumidor, también en los negocios virtuales, como parte pasible de protección ampliando la responsabilidad del negociador para presentar los recursos tecnológicos disponibles y para invertir en información y comunicación en pro de los negocios cada vez más seguros.

Debido a la amplia posibilidad de anonimato por la creación de *site*s falsos de ventas y por transacciones comerciales inadecuadas es que surgen numerosos casos de reclamos de consumidores perjudicados, sea por la no concreción del negocio, por insatisfacción del proceso y por la adquisición de bienes y servicios, así como por la violación de los datos dispuestos en el trámite que son muchas veces utilizados en forma ilícita por criminales de la "red de computadoras – *hackers*", o que incluso son puestos a disposición para otros fines tales como propaganda, oferta de nuevos productos y servicios.

En este sentido, el sistema de comercio electrónico en la red mundial de computadoras requiere legislación que venga a proporcionar seguridad jurídica al consumidor como garantía de privacidad de la información provista por las partes involucradas y para la resolución de conflictos en el proceso.

La violación de los datos ofrecidos pueden provenir de la venta de carteras de clientes o por la copia no autorizada del registro de usuarios inscriptos en un *site*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Con una legislación direccionada a este nuevo procedimiento comercial, buscándose exigir que las empresas asuman una política de privacidad de datos ante sus usuarios.

En la misma línea de violación se encuentra el proceso de compra-venta fraudulenta, realizado con mala fe, con la presentación de productos o servicios inexistente o contraria a los presentados.

El tema ha generado preocupación en el campo legislativo-jurídico, sin embargo en Brasil no existe jurisprudencia consolidada en la materia, y la mayoría de los casos están aún siendo juzgados. Por lo tanto permanece cierta inseguridad jurídica en lo referente a los problemas ocurridos en el proceso de las transacciones comerciales por las vías digitales.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2 FUNDAMENTACIÓN TEÓRICO-EMPÍRICA

2.1 Comercio Electrónico y Negocios Electrónicos

El sistema de comercio para la adquisición de bienes y servicios es una actividad que pasó por diversas fases de evolución. Los medios de intercambio, de ventas y de personalización siempre ha sido una actividad fundamental en la economía de una región. La oferta de servicios de todo tipo también han sido siempre parte de un considerable movimiento de dinero, de intercambio y de eventos.

El mundo de los negocios en el área de compra y venta de productos y servicios siempre ha buscado innovación y una diferencia en el mercado. La técnicas de venta, las estrategias de negociación, las ofertas y las promociones, entre otros aparatos comerciales siempre han sido parte de los presupuestos de los negociantes para promover las ventas.

2.1.1 Sistemas de Comercio

Las estructuras organizacionales y las prácticas gerenciales han circulado en forma estable y previsible pautadas por la estandarización y por la producción en masa. A pesar de ser dinámica y creativa, la gestión ha tenido como direccionamiento el procurar y el ofertar productos y servicios a través de medios físicos.

La búsqueda de éxito en las transacciones comerciales hasta la década de 1990 se encontraba financiada por procesos de almacenamiento, de circulación, de mercaderías y de esquemas de venta. La economía industrial dependía de bienes y servicios físicos. Los productos expuestos en las estanterías, en los patios y en los negocios eran parte de la realidad de este período.

2.1.1.1 Sistema de comercio tradicional

Este tipo de sistema de comercio estaba en la oferta de los recursos tecnológicos disponibles. Pero, con la evolución tecnológica y con la inserción de nuevos recursos también se modificó la forma de producción y comercialización de productos y servicios, y de este modo la forma de administrar los negocios.

2.1.1.2 Sistema de comercio electrónico

Con el desarrollo tecnológico e informático la estructura de compra y venta comienza a modificarse exigiendo una nueva postura administrativa, comercial y de consumo.

> *Outro aspecto especialmente interessante do comércio eletrônico é a capacidade que empresas têm agora, graças às*

> *novas tecnologias, para processar grandes quantidades de informações muito rapidamente, e armazená-lo com precisão quase perfeita. Eles podem tornar esses recursos disponíveis no mercado na forma de assistência para compras de bens de consumo e, também, como serviços de informação. isto é uma das diferenças fundamentais entre o comércio eletrônico e comércio tradicional (KAUFFMAN e WALDEN, 2001, p.9).*

Por lo tanto queda evidente que el advenimiento de las tecnologías informáticas y de *internet* han modificado la forma en como las empresas compran, venden, interactúan con socios y consumidores, dando origen, de este modo al *e-business* y al *e-commerce*.

2.1.2 Estructura del *e-commerce* y el *e-business*

El llamado *e-commerce se refiere* a la comercialización de bienes y servicios por *internet*. El término e-*business* sería una serie de otros sistemas y tecnologías funcionando conjuntamente, en forma a virtualizar varios procesos de la empresa, no sólo el de venta (OSAKI, 2003).

El *e-business* se refiere a cómo utilizar la conveniencia, la disponibilidad y la accesibilidad de *internet* para expandir y mejorar los negocios existentes o para crear nuevos negocios virtuales.

La literatura sobre el tema (KALAKOTA E ROBINSON, 2002; FRANCO JR, 2001), hace una distinción entre *e-commerce* e *e-business.* Éste último formaría parte de un cambio de paradigma debido a la tendencia en utilizar el término *e-business* para las actividades de comercio electrónico.

El cambio del uso de término tiene como justificación la ampliación de la actividad sólo en el contexto de compra y venta hacia la posibilidad de nuevos tipos de negocios en la *web,* siendo que proporcionó el concepto de que un *e-business* va más allá de una acción de oferta de productos y servicios y para la efectivización de una adquisición (*e-commerce*), involucrando un conjunto integrado de sistemas diferenciados de captación de consumidores, investigación de precios, formas de pago, logística, distribución y mantenimiento de la venta y del consumidor. Toda esta estructura requiere cambios en la organización de las empresas así como en el tipo de relación con los proveedores, con los socios y clientes implicando en consecuencia un cambio en los hábitos de consumo e de administración.

2.1.3 Efectos e Implicancias Sobre las Organizaciones

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Esa transformación en el mundo de los negocios no se reserva para una nueva forma de vender y comprar sino que provoca modificaciones en la economía, en la organización productiva, en la legislación del sistema de empleos, y finalmente incide en la creación de nuevos valores.

Este contexto analizado por Druker (2000) se presenta en la misma dimensión que la Revolución Industrial de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX. El nuevo escenario es llamado Revolución de la Informática. Comentando sobre el tema afirma que *"a revolução da informação, até agora, só criou uma rotina para o que sempre foi feito; o comércio eletrônico é que gerará a explosão que mudará tudo".* Traducción libre: "la revolución informática, hasta ahora sólo ha creado una rutina para lo que ha sido siempre hecho, el comercio electrónico que es el que generará la explosión que cambiará todo". Druker (2000, p. 49). Este análisis trae como reflexión que el mundo de los negocios tiene frente a sí algo más que una evolución tecnológica o una nueva forma creativa de vender y comprar: tiene frente a sí la necesaria transformación de la estructura organizacional.

2.1.4 Efectos e Implicancias Sobre el Consumidor

El acceso a la información ha proporcionado al consumidor el poder de elección, con comparación de precios, con productos, con calidad, con atención, con preferencia y con personalización. La búsqueda de diferentes empresas en tiempo real con acceso a todo tipo de oferta trae al sector comercial la necesidad de una diferencia en el proceso de compra-venta como forma de agregar valor por la diferenciación y por la comodidad para el cliente (KALAKOTA; ROBINSON, 2002).

Esta realidad intensifica día a día la reorganización en los sectores, en búsqueda de profundos cambios en las organizaciones para adaptarse a los nuevos tiempos, con dinamismo, innovación y alta capacidad de respuesta para el ambiente de negociación. De este modo, la economía digital, se convierte por excelencia en una economía basada en bienes y servicios que se movilizan en formato digital (KIM, BARUA E WHINSTON, 2002). De esta forma *internet* viabiliza el llamado ambiente digital, que permite la realización electrónica de negocios por medio del comercio electrónico (ALBERTIN, 2000).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Cuadro1: comparativo de los componentes involucrados en el comercio

Tipo	**Descripción**
Cliente físico	• Establecimiento físico • Producto/servicio observable inmediato • Pago físico • Recepción inmediata o casi inmediata • Seguridad de compra • Reclamo directo al vendedor • Mayor materialidad de comprobación de negociación
Cliente virtual	• Establecimiento virtual • Producto/servicio virtual • Pago virtual • Recepción posterior • Inseguridad en la compra • Reclamado intermediado – virtual • Menor materialidad de comprobación de la negociación

Fuente: elaborado con base en la obra de Albertin (2000).

El mundo virtual tiene la capacidad de proporcionar acceso inmediato a la información, a los productos y servicios. Éste es el escenario del comercio electrónico delineado por un nuevo modelo de negocios (AFUAH y TUCCI, 2001).

2.1.5 Estrategias de Negocios y Modelo de Negocios

La literatura ha presentado diferencias en cuanto a estrategias de negocios y en cuanto a modelos de negocios como aspectos diferenciados en el sistema de negocios.

2.1.5.1 Estrategias de negocios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Una de las ventajas de este nuevo tipo de negociación está en el acceso a los potenciales consumidores y la competitividad ampliada colocando en forma equiparada a diversos segmentos de empresas y de diferente porte. El sistema de difusión, antes de alto costo relacionado al alto alcance del consumidor, como el canal de Tv abierto, las revistas y los diarios de gran circulación se tornaron en el segmento virtual más democratizado, y la competitividad salió del dominio de los medios de producción y el capital de inversión en propaganda en medios de comunicación de alto costo para las redes sociales y en redes de negociación y de acceso diversificado delos internautas.

Este contexto está ligado al nuevo escenario de estrategias, donde uno de los diferenciales competitivos en el actual escenario del mundo de los negocios se encuentra en la organización de las informaciones y en la elección de los canales de difusión y negociación. En un plano siguiente se encuentra la estructura de comercialización y seguridad de la transacción comercial que permite la difusión del negocio. Por lo tanto, el comercio electrónico conserva la necesidad de administración de las estrategias para la evidencia del diferencial competitivo.

Según Mintzberg (2000), la dinámica de las estrategias en la actual coyuntura virtual no ha cambiado, la diferencia se encuentra en el énfasis del tipo utilizado según el producto y el consumidor. En la opinión del autor las estrategias tienen como base cinco categorías que son utilizadas concomitantemente.

Estos abordajes son utilizados por la empresa como parte de las acciones de negociación y definen el tipo de comercio realizado y definirá su éxito. De este modo, las decisiones estratégicas definirán los caminos de la negociación, pues reflejan un conjunto de posicionamientos internos y externos.

Cuadro 2: Abordajes de las estrategias

Plan	**Estructura de acción dirigida a un objetivo claro y definido hacia el futuro.**
Padrón	Estructura de comportamiento organizacional creado por la empresa en el transcurso del tiempo construyendo un padrón consistente de acción.
Posición	Modo en el cual la empresa a lo largo del tiempo se ha colocado en el mercado.
Perspectiva	Involucra la cultura organizacional, las ideologías y la forma en cómo la organización

	ve al mundo que la rodea junto a la visión de futuro que desea alcanzar. Este aspecto expresa el modo peculiar de la acción organizacional.
Pretexto	Son los riesgos y acciones de maniobra para obtener ventajas de la competencia o del competidor.

Fuente: elaborado en base a la obra de Mintzberg (2000).

De este modo, las estrategias de negocios son mantenidas en el mundo virtual por el comercio electrónico y pueden ser competitivas o cooperativas. Este tema es abordado en la obra de (TAPSCOTT; TICOLL; LOWY, 2001). El esquema competitivo, mantiene la forma tradicional con estrategias para la búsqueda de ganancia y de diferencia por medio de la lucha contra otros competidores para destacarse en el mercado. En este sentido, se vale de diferentes formas de engaños, inversiones en difusión, promociones, y todo lo que fuere necesario para los objetivos de diferenciarse para luchar contra los adversarios.

En el esquema estratégico de cooperación rigen las acciones de unión entre empresas con el mismo propósito, uniendo fuerzas para la conquista de mercados, para el aumento de las ganancias, para el incremento de las ventas. De esta forma, el trabajo colaborativo exige madurez por parte de las organizaciones que necesitan ceder algunos aspectos y dar prevalencia a otros, implicando un conjunto de acciones para lograr éxito en los negocios. Los valores y culturas organizacionales se funden originando una nueva concepción creativa.

Este presupuesto es un fuerte indicativo del mercado virtual, cuando las tecnologías de red se constituyen en un aliado para la construcción del *know-how.* Cada empresa trae para el grupo no sólo sus productos y servicios, sino también sus experiencias, sus diferenciales, su cultura y crean en conjunto un modo peculiar de proyecto, de desarrollo, de venta y de logística. La unión de saberes conferirá la sustentabilidad del grupo, siendo éste un aspecto de difícil conservación en el mundo digital que copia, clona y reproduce a una velocidad inimaginable. De este modo, un conjunto de saberes se convierte en la reproducción del diferencial más difícil. Además de la creación de un nuevo sistema de negocios por asociación en el que se mantienen las experiencias.

Toda esta estructura cambia radicalmente la economía mundial y el comercio electrónico, pero no se reserva sólo un nuevo sistema de compra y venta: el sistema virtual cambia la estructura de las negociaciones, cambia el modelo de negocio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.1.5.2 Modelos de Negocio

Las estrategias de negocios exigen, debido a la evolución tecnológica y a la disponibilidad de nuevos recursos que las empresas se organicen en forma de insertarse en este nuevo escenario. Entonces, dependiendo del tipo de negocio se define la estructura de la Tecnología necesaria para ejercer sus actividades. La selección de los recursos tecnológicos, la toma de decisión y la forma de administración define el **modelo de negocio**. Para la efectividad de la elección se sugiere un análisis sobre los 4 puntos básicos:

1. El primer aspecto a ser considerado está relacionado con los **objetivos y la prospección de la empresa.** En este contexto es necesario identificar los cambios en la cadena de valores y las implicancias en los negocios, como por ejemplo, un nuevo direccionamiento de los consumidores, la identificación de soportes físicos, administrativos y de intermediación que ya no son necesarios, la necesidad de diversificación de productos y servicios por parte de la empresa o por medio de asociaciones.

2. El segundo aspecto involucra los **procesos de creación de nuevos valores**. En esta coyuntura surge una inversión del proceso tradicional en la cual la empresa ofrecía las condiciones. Con el sistema electrónico y con sus matices, el consumidor tiene un papel decisivo en la creación de nuevos valores al encontrarse abierto un canal de inter-relación con las empresas y por la diversidad de opciones con acceso directo y competitivo, de este modo el consumidor deja demarcadas sus necesidades que son utilizadas por las organizaciones para proponer el tipo de producto o servicio deseado a partir del segmento de mercado expresado por el cliente.

3. En este escenario de comercio, el uso de la **comunicación** surge como el tercer aspecto que debe ser analizado por las empresas para definen su estructura de tecnología necesaria para la conservación y expansión del negocio. Por el sistema de información y comunicación las empresas obtienen datos para modificar su forma de administración, producción, intermediación, que proporcionarán el diferencial a la organización

4. El cuarto aspecto a ser considerado para que la empresa llegue a ejercer las actividades en el mundo de los negocios electrónicos en forma eficaz está en la creación de una **plataforma técnica**, compuesta por la creación de nuevos modelos de negocios como: soporte de la contratación necesaria, dejando libres a los

agentes innecesarios para el proceso, la facilitación de asociaciones, la estructura de confianza, la adquisición de servicios de certificación, la contratación de un soporte eficaz de logística, entre otros que viabilizarán el negocio. Esta infraestructura requiere de tecnologías adecuadas y direccionadas a los fines a los que se quiere llegar y a los procesos de acceso.

Este conjunto de factores también forma parte de los estudios de Zilber (2002) en el cual se analizó el comportamiento de empresas tradicionales que se propusieron ingresar en el mundo de los negocios electrónicos. La autora verificó que las empresas exitosas utilizan modelos de negocios para definir su estructura gerencial con la definición de tecnologías de información más adecuada para generar ganancias. Este comportamiento gerencial y estructural se dirige hacia actividades de las empresas en forma consciente y adecuada a la realidad y al segmento de mercado, proporcionando resultados satisfactorios e incluso superando expectativas.

Para la eficacia de las transacciones, para el acceso y para la utilización del potencial de los recursos de *internet* es necesario poseer determinados conocimientos, técnicas, manipulación de tecnología digital, así como el dominio de términos y la comprensión del sistema básico descripto a seguir.

2.2 Navegando en el Mundo de los Negocios Virtuales

El desarrollo de la tecnología de la información y de la comunicación requiere la búsqueda y el dominio de un conjunto de factores: conocimientos técnicos, manipulación de la tecnología digital, la utilización de términos y expresiones inherentes al mundo virtual y los sistemas de información y comunicación. Para una mejor comprensión de este conjunto de factores se han creado 3 categorías de estudio en las cuales estén insertos los conocimientos básicos necesarios, los tipos de negocios virtuales y los aspectos técnicos y operacionales.

2.2.1 Categorías de los Conocimientos del Ambiente Virtual

2.2.1.1 Información

La información es virtual y se refiere a la visibilidad creada por medio del posteo de imagen, sonido, movimiento, recursos de análisis, aproximación, observaciones de detalles, explicaciones y detalle escrito del producto, observación tridimensional, facilitación de respuestas más comunes previstas por el consumidor, entre otros. En esta categoría la empresa emite la información sobre sus productos y servicios que ha seleccionado necesarios. Esta categoría es operada con

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

anterioridad a la presentación del *site*, estructurada y creada por un equipo multi-profesional que involucra al *webdesign*, a programadores, a contadores, administradores, entre otros.

Cada empresa posee su forma de gerenciamiento y actuación estratégica. Algunas se valen de espacios virtuales de acceso a determinado tipo de consumidor pues creen en la potencialidad de la clientela: *Site*s de búsqueda, repositores, blogs, redes sociales, *site*s de empresas, universidades y cursos libres, y otros crean espacios para publicidad de venta virtual con acceso directo a partir de un *link* local direccionado.

2.2.1.2 Comunicación

La comunicación virtual involucra integración y relación, intercambio de ideas y opiniones, aclaraciones, dudas, búsqueda de datos relacionados al producto, servicios y administración. Puede encontrarse estructurado por medio de *chat,* por medio de envío de e-mail, por intercambio de correo. En este espacio la empresa puede colocar a disposición un espacio abierto, cerrado o semi-abierto.

El esquema abierto, generalmente por medio de *chat,* fórum, comunicación visual y tridimensional, las opiniones y aclaraciones quedan abiertas a todos y pueden ser comentadas. Esta estructura requiere cuidado debido al posicionamiento perjudicial para la empresa, con productos y transacciones mal realizadas, con comentarios maliciosos e intencionalmente perjudiciales, e incluso de algún error de la empresa que venga a perjudicar a la organización en forma directa o indirecta.

El espacio semi-abierto tiene lugar en la comunicación abierta, pero posee una estructura tecnológica digital que permea por un filtro en tiempo real, sanando dudas, esclareciendo posicionamientos, interviniendo en los comentarios y si es posible eliminando ruidos de comunicación. El sistema de comunicación cerrado no ofrece acceso a la intercomunicación como con otros consumidores y sí la inserción de opiniones, comentarios y transacciones comerciales seleccionadas por la empresa. En un modo general la categoría de la comunicación rompe fronteras físicas y geográficas y proporciona acceso a la información y al movimiento comercial del producto o servicio.

2.2.1.3. Transacción comercial

Se refiere a la negociación propiamente dicha en el espacio virtual. El proceso virtual de negociación requiere cuidados de ambas partes. En el caso del consumidor la verificación de la seguridad electrónica es fundamental. El *site* seguro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

puede ser verificado de diversas formas. Por el celo de seguridad, de datos observados en las transacciones anteriores, de encuestas de otros compradores, por el sistema abierto de comunicación en caso de que exista, de la obtención de datos e informaciones específicas sobre la empresa, y otros.

En el espacio de transacción comercial se produce la operación del convencimiento del cliente, la decisión por el producto o servicio, la elección de la forma de pago y la efectivización concreta. En este grupo se inserta la viabilidad de un canal de transacciones comerciales que no involucra necesariamente la compra y venta de productos o servicios, y sin utilización del espacio virtual para el pago de facturas y de acuerdos sea del ámbito privado como del público.

2.2.1.4 Distribución

Efectivizada la compra se parte al proceso de distribución, a la entrega del bien adquirido. En este contexto la relación supera al sistema virtual y se dirige hacia la logística, la cual involucra el envío del producto adquirido con la contratación de una estructura de entrega. Se fuera un producto físico, un bien durable se utiliza una logística de entrega con plazo determinado estipulado por la empresa con acuerdo de la parte adquiriente. Dependiendo del acuerdo, el tiempo será proporcional a la distancia, disponibilidad del producto, acceso al lugar de entrega entre otras variables. En cuanto al producto, se trata de un servicio que puede ser usufructuado por el adquiriente en el momento y lugar acordado entre las partes. En este caso, la logística puede quedar reservada a la entrega de comprobantes de adquisición, *voucher*, recibos, u otro mecanismo de acceso al usufructo del bien adquirido.

Si el producto fuera de naturaleza digital la logística es mínima, ya que el producto puede ser entregado por el sistema *on line*, por medio de *download* o por acceso a través de contraseñas. De no existir un sistema directamente informatizado y digital será necesario el envío vía *internet* operado por un equipo acorde a este propósito el cual pasará a involucrar una forma de logística. Los cursos a distancia, libros, imágenes, conferencias y otros productos son uno de los ejemplos de este tipo de transacción virtual.

Este canal de distribución, del mismo modo que un servicio postal, presenta restricciones en relación a los tipos de productos que puede entregar, restringiéndose a aquellos que pueden ser total o parcialmente digitalizados.

2.2.2 Categoría de los Tipos de Negocios Virtuales

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

El mundo de los negocios virtuales se dirige por diferentes caminos de unión, sea entre consumidores y empresas o vice versa. Sin embargo, además del sector privado las organizaciones públicas también han gozado del ambiente virtual.

2.2.2.1 B2B - Business-to-business

Se produce cuando el comercio se efectiviza entre empresas, pudiendo ser de productos y/o servicios directos, de gestión de la cadena de provisión de productos y de servicios a ser agregados por medio de asociación, gestión de canales de venta e intercambio, por ejemplo a través de *procurement,* gestión de soporte, pagos y valores. Las organizaciones mantienen un sistema de consorcio y asociación como parte de las estrategias de venta con el objetivo de evidenciar la prospección, calificación y credibilidad, y el sistema electrónico permite esta movilidad, esta agilidad y eficacia.

2.2.2.2. B2C - Business-to-consumer

En este tipo de comercio tiene lugar la venta de productos y servicios de las empresas para consumidores. Se incluye en este proceso, a la venta y también a la captación de potenciales consumidores a través de un sistema de búsqueda integrado al perfil obtenido por diversos segmentos agregados como *site*s de investigación, correo electrónico, registro de datos, FAQ (*Frequently Asked Questions*) y de la organización de una estructura de soporte de búsqueda de clientes.

2.2.2.3 C2C - Consumer-to-consumer

Este tipo de comercio tiene lugar cuando la venta o intercambio de productos y servicios es realizado entre consumidores. El consumidor se vale de *site*s de anuncios, de clasificados, de comunicación virtual por redes de relación, servicios personales creativos de difusión con el objetivo de realizar transacciones comerciales facilitadas por la tecnología digital.

2.2.2.4 C2B - Consumer-to-business

Dando inicio a un sistema inverso al tradicional de venta de las empresas a los consumidores, el tipo de venta o intercambio de productos y servicios del consumidor a las empresas es un diferencial innovador del sistema electrónico. En este sistema los consumidores se unen en la búsqueda de un tipo de producto o de servicio que desean adquirir, estableciendo precios y formas de pago, y las empresas se disponen o presentan propuestas para realizar la venta. La unión de los consumidores creó como uno de los sistemas de *consumer-to-business* a las

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

compras comunitarias que incluyen en forma integrada la obtención de consumidores con el mismo interés y a un grupo organizado que busca empresas que ofrezcan determinadas condiciones.

2.2.2.5 G2B - Government to business

Relación y operaciones virtuales promovidas entre el gobierno y las empresas para la obtención de datos, informaciones, pago de impuestos, obtención de documentos, certificaciones, acceso e inter-relación con niveles del gobierno y su estructura como promoción de la democracia.

2.2.2.6 G2C - Government to consumer

Relación y operaciones virtuales promovidas entre el gobierno y el ciudadano para la obtención de datos, informaciones, pago de tasas, obtención de documentos, certificaciones, capacitación, calificación, acceso e inter-relación con niveles del gobierno y su estructura como promoción de la democracia y de la ciudadanía.

2.2.3 Categoría técnica y operacional

El sistema virtual requiere el dominio de determinadas intervenciones técnicas y operacionales para que pueda funcionar y ser eficaz para los propósitos pretendidos, y para cada conjunto de interés, existiendo segmentos básicos y más complejos a ser ejecutados.

2.2.3.1 Ambiente virtual

El consumidor accede al *site*, se interesa por el tipo de producto, investiga el precio, compara ofertas dentro del mismo "sitio" o en otros *site*s. En ese momento la interacción está en el campo informativo, en el cual el sistema electrónico ofrece datos, valores, y todo lo que considera necesario e importante para transmitir al consumidor. Éste, a su vez busca esta información accediendo por diversos caminos (*links*) que le son ofertados, que abren un soporte de atención, descripción del producto o servicio, del sistema de compra, de pago, de entrega. Esta relación tiene en miras proporcionar datos para la decisión del consumidor, y éste utiliza esta información para decidir por la adquisición.

El consumidor necesita poseer un dominio básico de práctica de búsqueda, de navegación, de manipulación de la computadora, por lo tanto, no requiere gran conocimiento para entrar al mundo virtual e investigar sobre los productos y servicios. Aunque no sepa sobre las empresas que proveen lo que procura, el sistema de búsqueda como "Google", por ejemplo dirige a una infinidad de organizaciones que utilizan el sistema *on line* de negocios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Realizada la elección se parte hacia la efectivización de la compra. En este contexto entra en escena toda una estructura de relación comercial y de via de formas de pago. El *site* interactúa entre los sistemas de información de la empresa, y también entre la empresa y sus proveedores, socios y clientes.

De este modo, al cliquear en "compra" o utilizando otro término utilizado para efectivización de la elección, el pedido es registrado en el sistema de información de la empresa (e-ERP), que por a su vez activa el sistema controlador de la cadena de provisión (*e-supply*). La empresa de comercio electrónico realiza cotizaciones a través de *e-procurement* y efectiviza el pedido ayudado por un sistema de apoyo para la decisión (e-DSS) que tiene como función dar respuestas demandadas por las transacciones via *internet*, intranet y extranet. Ésto es posible porque cada producto posee un código "*e*" (electrónico) que lo precede indicando la integración de acceso a un sistema mayor interconectado.

En la oferta de productos y servicios es utilizada, entre otras, la herramienta de CRM (e-CRM), que analiza datos del perfil y preferencias del consumidor y realiza sugestiones de compra. De este modo, los sistemas de búsqueda, investigación y de compra están inter-relacionados. Por esta razón luego de una investigación surgen ofertas de productos y servicios análogos. El mismo sistema es utilizado en *site*s de investigación que no se refieren a compras, tales como la búsqueda de temas para trabajos académicos, investigación y búsqueda de temas referentes a curiosidades personales, entre otros motivos que se valen de *internet* y de herramientas de búsqueda evidenciando un perfil. Estos datos se encuentren ellos descriptos o que sean potencialmente utilizados por los comerciantes para ofrecer sus productos y servicios en la red

2.2.3.2 Herramientas digitales

● *e-payment*: efectivización de la compra entre empresa y consumidor. Este sistema ha evolucionado para aumentar la agilidad, diversidad y confiabilidad.

● e-*security*: sistema de seguridad del *site* que tiene en miras asegurar confianza al consumidor tanto en relación a los datos como en la efectivación de la compra.

● e-SCM (*supply chain management*): sistema de gerenciamiento de la cadena de suministros, la cual involucra los procedimientos de distribución, entrega y toda la estructura de la logística como forma de garantizar la entrega en el plazo estipulado en el acuerdo de compra por medio de un planeamiento y control del flujo y almacenamiento de productos y de servicios. Este sistema acompaña y provee al consumidor el recorrido del producto hasta su destino final.

● e-CRM: sistema personalizado de atención al consumidor. Involucra el uso de mecanismos proponiéndose atender al cliente con una forma de comunicación personalizada como e-mail, teléfono, correo-directo, personalmente en el negocio, teniendo en miras atender las necesidades del consumidor y obtener datos para *feedback*.

● *e-procurement*: este sistema posee dos categorías. Una está ligada al sistema de soporte, mantenimiento, reparaciones, es decir toda la estructura operacional para otra categoría se refiere al proceso de acceso y obtención de datos de los productos, servicios y del consumidor proveyendo una interconexión entre las partes para agilidad y dinamismo del comercio, reduciendo aspectos burocráticos y aumento para eficacia del procesamiento de los proveedores y de los pedidos. El desarrollo de este sistema ha proporcionado, además de la rapidez de las transacciones comerciales la reducción de costos administrativos, operacionales y de conservación.

● *e-learning*: es un sistema que favorece la difusión del conocimiento. Por medio de *internet* se realiza educación a distancia con facilidad de acceso y a cualquier hora, para un gran público que busca conocimiento aliado al dinamismo, a la agilidad y a la practicidad. (AMOR, 2000).

● *e-banking*: por este sistema las puertas de los bancos están abiertas 24 hs y ofrecen datos a los clientes, acceso a sus cuentas para verificación, control, pagos, transferencias, inversiones, compras. Las llamadas del Banco *on line* es uno de los negocios más exitosos proporcionados por el desarrollo de *internet*. La eficacia de la propuesta es que el cliente no precisa de software específico para tener acceso a los servicios, alcanzando una computadora con acceso a *internet* y un *browser*[1]

● *e-gambling*: forma parte de un grupo de actividades de entretenimiento, principalmente de juegos y apuestas que utilizan pagos *on line* por medio de tarjeta de crédito o débito. El problema de este sistema es el uso de esta herramienta en

1 Browser: é um navegador, servidor. Programa de computador que habilita seus usuários a interagirem com documentos virtuais da inernet, também conhecidos como páginas da *web*, que podem ser escritas em linguagens como HTML, ASP, PHP, com ou sem linguagens como o CSS e que estão hospedadas num servidor *web*. (AMOR, 2000, p. 25 E ALBERTIN). Traducción libre: Browser: es un navegador, servidor. Programa de computadora que habilita a sus usuarios a inter actuar con documentos virtuales de inernet, también conocidos como páginas *web*, que pueden estar escritas en lenguajes como HTML, ASP, PHP, con o sin lenguajes tales como CSS y que se encuentran en un servidor *web*. (AMOR, 2000, p. 25 E ALBERTIN).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

países donde el juego es ilegal, pero debido al sistema *on line* cualquier persona en todo el mundo puede tener acceso.

● *e-auctioning*: acceso a las subastas a través de un sistema democrático y ágil, sin límites o sin reserva personal. Funciona del mismo modo que las subastas presenciales tradicionales con oferta de productos y las subastas ofrecidas por el cliente, o como el diferencial variante cuando el cliente escoge el producto entre una diversidad de ofertas y determina cuánto es lo ofertado. El vendedor responde si acepta el valor o no y de este modo se procesa el comercio hasta el cierre del negocio (ALBERTIN, 2000).

Otros menos expresivos también forman parte de las herramientas digitales que evolucionan y ofrecen acceso, navegación estructura de viabilidad de negocios virtuales. Estos serían menos expresivos: *e-directories* (catálogos electrónicos), *e-franchising* (franquicias electrónicas), *e-Trade* (compra electrónica de acciones), *e-engineering* (desarrollo colaborativo de proyectos), *e-drugs* (farmacias *on-line*),

Estas herramientas proporcionadas por la tecnología digital abre un abanico de opciones y de tipos de negocios electrónicos entre éstos se cita:

a) Sistema de información: las tecnologías utilizan los recursos para crear una infraestructura de datos, información, conocimientos, noticias, comunicación sin barreras temporales o geográficas, permeadas por adicionales de imagen, sonido e interactividad. Este conjunto de tecnologías se torna cada día más accesible para todos por la universalidad, facilidad de comprensión y acceso, uso de recursos accesibles. Esta estructura no se dirige sólo a las organizaciones, sino también a los consumidores revelando un sistema democrático, público y desburocratizado. Cada vez más, el consumidor tendrá acceso abierto a las tecnologías y a las empresas beneficiándose de esta accesibilidad para invertir en este tipo de comercio.

b) Comunicación directa: con el sistema *on line* se rompen las barreras de intermediación proporcionando una relación directa entre la empresa y el consumidor, o entre empresas e incluso entre consumidores. El intermediador ya no es una figura física, sino una herramienta digital programada para atender las necesidades y para realizar negocios. El sistema directo se torna más eficiente para atender a numerosos consumidores, en tiempo oportuno, sin distinción y sin burocracia.

c) Servicio continuo: si antes los negocios se encontraban mayormente limitados por el tiempo de funcionamiento, generalmente diurno debido al espacio físico y horario de trabajo, con el sistema *on line* esta barrera ha sido superada. El llamado

"horario comercial" deja de existir, el consumidor tiene acceso durante las 24 horas del día, ofreciendo la oportunidad de negociación a toda hora y en todo lugar conforme las conveniencias de los consumidores, así como que se amplía el tiempo de gerenciamiento valiéndose de las herramientas digitales para mantener el contacto y para ofrecer soporte también las 24 horas debido al acceso *on line*.

d) Reducción de costos: la tecnología de *internet* proporciona reducción de costos cuando minimiza la estructura operacional disminuyendo el equipo que participará de la efectivización de las negociaciones, reduce drásticamente el uso de los llamados "materiales de escritorio" como papel, maquinaria, soporte mobiliario, entre otros, cambiando el sistema de almacenamiento y compra de productos cuando ya no hay necesidad y obtener materiales anticipados del productor y sin intermediar un canal directo entre el fabricante o con el tomador de servicios y el consumidor, reduciendo gastos con comodidad, con recopilación de productos y con su conservación, eliminando de este modo las pérdidas y trabajando con materiales y con productos comercializados y no almacenados. De este modo la compra posterior también reduce todo un conjunto de gastos que esta actividad reduce, de compra y almacenamiento.

e) Canales de publicidad expandidos: los productos y servicios ya no se reducen a un espacio físico, a una empresa, o a un ambiente, se encuentran expuestos en diversos canales proporcionados por la búsqueda de consumidores que ofrecen a bajo costo un acuerdo de presentación y atracción de clientes.

f) Distribución expandida: los canales de distribución y logística son accionados cuando el negocio es concluido, evitando costos operacionales ociosos y gastos con el mantenimiento de esta parte de la comercialización.

El comercio electrónico aún tiene mucho para evolucionar, sea en los aspectos tecnológicos, en el gerenciamiento, en la creación de las herramientas, en el acceso y facilidad de operación. La coyuntura es irreversible e involutiva, y la dinámica del mundo de los negocios muestra evidencias de la realidad: la demanda de un mercado que hace surgir nuevos modelos de organización así como que hace desaparecer otras ya consolidadas, y en continuación del proceso hace surgir puestos de trabajo y funciones diferenciadas, al mismo tiempo que hace desaparecer diferentes segmentos laborales.

2.3 Negocios que Surgen con Internet

La estructura de los negocios por medio de la producción completa de los artesanos, el sistema de intercambio y de venta directa fue reestructurada con la

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

revolución industrial. Ésta, a su vez se mantuvo estandarizada con una estructura de producción en masa, con movilización de materias primas, fabricación en serie, líneas de montaje, entrega de los productos directos al consumidor. Este proceso de venta cambia radicalmente con la nueva revolución de la información que involucra el desarrollo de tecnología de la información, de tecnología digital y de la comunicación.

Toda esta estructura estandarizada va perdiendo lugar hacia los negocios virtuales. De este modo, por el ambiente y por el acceso, cambia un conjunto de factores: las preferencias, los hábitos de consumo, el padrón de exigencia del consumidor. Además de poder escoger y comparar, no sólo con las ofertas locales, sino mundiales, comparar no sólo precio, sino calidad. Decidir, no sólo por el deseo, sino por las ofertas puestas a disposición a tiempo real. El consumidor puede simular la compra, verificar el producto o servicio varias veces.

Los cambios han sido tán intensos que ha surgido una nueva nomenclatura para los negocios: comercio electrónico, economía digital, economía de *internet*, negocios virtuales, entre otros. No son raras las empresas de difusión y venta portadoras de *softwares* para hospedar los productos de más de una marca y para agregar en la misma modalidad los servicios. Ésta es una de las mayores diferencias revolucionarias del comercio electrónico: agregado de empresas, funciones, pagos, logística, en un sólo proceso de adquisición de productos y servicios.

Los datos tratados en forma digital también requieren de organización de cambios en cuanto al tipo de relaciones de trabajo. No habría más "funcionarios" sino mediadores virtuales de los productos y servicios. Estos mediadores, u operadores de *softwares* proveen la tecnología necesaria para que sean expuestos los productos y servicios y por el mismo sistema se efectivizan las negociaciones (CHOI; STAHL; WHINSTON, 1997).

La búsqueda de sustentabilidad es uno de los mayores desafíos en la era de la economía electrónica. Esta adaptación inicia por la inserción de la empresa en los negocios virtuales como estrategia de sustento.

Las estrategias de actuación y los modelos de negocios exigen rapidez, dinamismo, diversidad de productos y servicios, precios bajos y un sistema de seguridad al cliente. Esta exigencia surge debido a recursos virtuales, en el cual el consumidor pasa a tener control sobre la elección, no teniendo contacto directo con el negociador, no teniendo conducta de permanencia. De este modo las empresas precisan identificar toda su potencialidad y utilizar sus recursos adecuadamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

para ofrecer precios competitivos a los clientes, sumados a otros factores para definir la elección del consumidor (AFUAH e TUCCI, 2001).

2.3.1 E-marketplace

La palabra *market* en inglés significa mercado. La palabra *place* también de la misma lengua significa lugar. De este modo significa lugar donde se realiza el mercado. Puede producirse en un ambiente físico o en un espacio virtual. Cuando se encuentra inserta la nomenclatura universal "*e*" produce la unión a un lugar de comercio virtual, electrónico. Este segmento se refiere a empresas que explotan los recursos de *internet* para alojar dadas *e* informaciones de diversos proveedores y para ofrecer las organizaciones a los *e* consumidores con acceso rápido y eficiente, y son utilizados para decisiones de compra y venta. Funcionan como redes de conexión entre comprador y vendedor, con una estructura de contacto y de negocios firmados con soporte técnico, con redes de bancos y con pagos, logística, y con todo lo otro que esté direccionado a la realización de los negocios entre un grupo que vende y el que compra. Esta estructura permite la realización de comercio y de negocios a nivel mundial, como un mercado global, en el cual los interesados sean las empresas o vendedores, y los compradores o consumidores se valgan de esta estructura que permite el acceso, el proceso de negocios y su finalización en un mismo espacio virtual.

Este conjunto de dispositivos forma una especie de **central de negocios**, una **multiplataforma de servicios** formados por proveedores de *e-marketplace*, que oferta en tiempo real el contacto simultáneo entre vendedores, compradores, sistemas financieros y de pago, de logística y todo un sistema de marketing y de propaganda. Entre los beneficios de este sistema está la formación de consorcio de compras, el aumento de la cadena de vendedores, compradores, proveedores de servicios, sistemas financieros, descentralización comercial, crecimiento de la comercialización intercontinental, aumento de la productividad, agilidad en los negocios y reducción de costos, **integración entre las gestiones**.

Este sistema es utilizado para todo tipo de negociación, y para cada tipo de espacio proveyendo el soporte adecuado, por ejemplo, existiendo diferencia en el formato adecuado a las computadoras, celulares *smartphones*, celulares *android*, *apple's*, y cuanto más formatos existen mayor es el acceso por diversos instrumentos de operación, entonces mayor es el movimiento en la red de negocios y mayores son los negocios realizados.

2.3.2 E-procurement

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Orientado al *Business to Business,* se incluye la difusión de bienes a ser adquiridos y, a través de subastas, cotización, informes, listados. Es una estructura semejante al *e-marketplace*, pero orientado a las empresas que precisan optimizar la comunicación y las negociaciones con otras empresas y entre sí. La palabra *procurement* en inglés significa adquisición, de esta forma dirige a la obtención de datos, proveedores, tarifas de precios y del flujo de mercado, y todo lo que fuera necesario para la realización del negocio, y por el mismo sistema que sea efectiva la negociación mediando contacto virtual entre las partes interesadas. Por lo tanto, se revela como un sistema de gerenciamiento de los procesos de cotización, requisición, aprobación, compra y recepción.

El sistema *e-procurement* puede ser utilizado como parte de la estructura de gerenciamiento de la empresa, integrado de las operaciones, o en forma aislada. Lo más común es la integración del Planeamiento de Recursos Empresariales (*enterprise resource planning* – ERP) en el cual antes de formalizar un negocio precisa de datos e informaciones de forma ágil, rápida y eficiente. En un sentido operacional el sistema *e-procurement* proporciona en un mismo ambiente virtual la selección de los proveedores por la empresa o por el comprador individual, en base a esta selección promoviendo ruedas de cotización, de negociación, de subasta.

Entre las modalidades operacionales del sistema de *procurement, l*os proveedores seleccionados entran al sistema luego de que sean accionados por medio de diversas herramientas (*e-mail,* mensaje instantáneo) y hacen sus ofertas por el *site* del e*-procurement* y responde a las solicitudes. Los datos recibidos por el sistema son organizados tomando como base los intereses del conductor (empresa, comprador) y proveen un cuadro, una tabla o un listado de las cotizaciones uniendo todos los datos enviados por los proveedores. Como ejemplo, se cita la búsqueda de hoteles, por ejemplo, en el cual se insertan "filtros" de búsqueda, por localización, de precios, de comodidades. Estas informaciones son captadas por todos los proveedores e inmediato es ofrecido al interesado una gama de ofertas requeridas, y en el proceso existe el sistema de realización del negocio.

Por ejemplo, si fueran productos, el sistema *e-procurement* hace las cotizaciones, provee los datos conforme el tipo de producto (s) definido (s), y la secuencia en la que existe toda una estructura de continuación para la efectivación del negocio, que involucra los instrumentos de pago y la logística. Este sistema proporciona reducción de costos en diversos sectores como en los servicios, de espacio físico, de procesamiento, de actividades empresariales, de reducción de costos

operacionales, así como la evidencia de beneficios reversos como integración organizacional, automatización, transparencia, seguridad, mayor retorno de inversión, ampliación cuantitativa y cualitativa de los negocios. Este sistema puede ser utilizado por compradores individuales, por empresas privadas y públicas.

2.3.3 Home shopping o e-mall

Son verdaderos *shoppings Center on-line*, en la cual los consumidores entran en *site*s que agregan varias tiendas virtuales que existen como estructura física y ofrecen acceso virtual o la oferta de productos o de servicios de diversas marcas en un único *site* de acceso. Este modelo de negocio es conocido como *Business to Consumer.* Más adelante presentamos a una de estas empresas.

En este tipo de tienda virtual no son hosts, sino empresas virtuales que anuncian sus tiendas, y a partir del sitio, el consumidor entra en cada *site* de los anunciantes. Dependiendo del objetivo de la empresa que puede presentarse como anunciante de difusión, de anuncios de compra y de venta de productos o servicios.

Figura 1: muestra de *business to consumer*

Fuente: http://*site*.lojistaonline.com.br/portfolio/

En este tipo de sistema se encuentran agrupadas diferentes tiendas, del mismo formato de las que están en los shoppings físicos, en el cual el cliente pasea por los corredores, entra en las tiendas y realiza negocios, la diferencia es que este paseo es virtual y el acceso también.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.3.4 Tienda virtual

Este sistema señala como una de las primeras utilidades de *internet* en el ámbito comercial, la tienda virtual ha sido explotada por organizaciones públicas, privadas de diferente porte así como por los propios consumidores. Se refiere a una empresa o a una red de tiendas de una misma organización que se vale de los recursos de *internet* para ofrecer sus productos y servicios. El consumidor también puede crear su tienda virtual, no siendo necesario ser persona jurídica para entrar en este sistema. Este modelo de negocio conocida como *Business to Consumer.* Para montar una tienda virtual el interesado verifica su potencialidad de productos, de venta y de acceso a los futuros consumidores. Este proceso puede ser organizado en diferentes formas.

2.3.4.1 Tiendas virtuales gratuitas

Esta forma de montaje precisa la adquisición de tecnologías de información, siendo aplicativos provistos por software y por programas listos. Estos programas poseen aplicativos pre-establecidos para comercialización de productos y servicios, con algunas opciones de *designers* de personalización.

Una de las desventajas de las tiendas gratuitas es el acceso y la difusión limitada en los *site*s de búsqueda y debido a las plataformas no dieron opción de tener dominio propio, de este modo el contratante queda condicionado a la estructura de difusión y acceso de la contratada. Pero, existen empresas que ofrecen soporte de patrocinio, en el cual el contratante entra con una contrapartida financiera para que su tienda sea colocada en la media virtual y el acceso a los compradores, y dependerá del tipo de contrato y de la forma de difusión (ver el ítem sobre marketing y propaganda en este capítulo). El mercado de software y de programas de apertura de tiendas virtuales es amplio. A continuación se presentan algunas ofertas capturadas en una investigación de búsqueda.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Figura 2: muestra de ofertas *on line*

Fuente: http://casadaconsultoria.com.br/como-montar-uma-loja-virtual/; e http://www.e-smart.com.br/?gclid=CLD7m4-dr7cCFTBo7Aody2kAhw, respectivamente.

2.3.4.2 Tienda virtual con sistema propio

En modo análogo se encuentran las tiendas virtuales con sistema propio, en el cual se puede proveer mayor libertad y ampliación de las estructuras de acceso, de programación, de *designers*, de gerenciamiento, pero el costo es alto. Empresas como la Gol, Tam, Riachelo, C&A, Ponto Frio, poseen sus propios *site*s y realizan sus negocios, gerenciamiento, y logística. Estas tiendas son verdaderas vitrinas virtuales de tiendas que existen en el ambiente físico, pero que también optaron por la

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tienda virtual. Los productos de las tiendas, principalmente las que poseen y las de redes nacionales e internacionales están ofertadas en la Tienda virtual

Este factor ofrece al comprador la posibilidad de adquirir determinada mercadería que no está disponible en la tienda física local, pero que puede ser adquirida en forma virtual por el *site*. Como ejemplo de tiendas de venta de productos se cita a las Tiendas Riachuelo, C&A. Ejemplo de tiendas de servicios se cita a la Compañia Aérea Tam

Figura 3: tienda virtual de venta de productos

Fuente: http://www.riachuelo.com.br/

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Figura 4: tienda virtual de venta de productos

Fuente: http://www.tam.com.br/

Poseen alto costo de mantenimiento y generalmente quien utiliza esta modalidad de negocio virtual posee el dominio del sistema. Como ventaja, está el gerenciamiento y control propio de los movimientos, de marketing y de los procesos de pago. Esta parte financiera puede darse en la contratación de otra empresa.

Incluso en la modalidad de tiendas virtuales propias se encuentran las corporaciones virtuales que se refieren a la unión de diferentes empresas

Figura 5: muestra de ofertas *on line* en tienda virtual

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fuente: http://www.americanas.com.br/

En este contexto existen proveedores de tiendas virtuales que acoplan en el mismo acceso diferentes empresas que contratan hospedaje, gerenciamiento de negocios, pero que mantienen un lazo con la empresa de origen en una estructura estratégica de gerenciamiento. Uno de los ejemplos ha sido el uso de este sistema por las Tiendas Americanas. Estas empresas contratan a otras empresas que proveen soporte de tecnología virtual y de información para administrar el sistema de *e-commerce* de sus productos t servicios.

Se mantienen las marcas institucionales con la operatividad de los negocios, con el gerenciamiento de ventas, con la efectivización de los negocios, con el sistema de marketing y propaganda, y emitidos los informes, las cotizaciones, los balances de ventas, las visitas, la cartera de clientes, el banco de datos, y todo lo demás que haya sido contratado por las partes. Estas empresas son creadas con el propósito de gerenciamiento, por esta razón captan instituciones para contratarlas o son creadas por la fusión de diversas empresas para aumentar la competitividad. Este segmento de negocio ofrece bajo costo operacional, aumenta las ventas, proporciona mayor accesibilidad a los clientes con la oferta de productos y servicios con sistema directo de negociación en la modalidad virtual.

Uno de los ejemplos de fusión de empresas puede ser citado con respecto a la empresa B2W, Cia Global del venta por menor que surgió de la fusión de las Americanas con la submarino, y hoy también incluyen a *Blockbuster, ShopTime*, submarino *finance*, *ingresso.com*, *B2W* viajes.

2.3.4.3 Tiendas con sistema de manutención

Este sistema de tienda virtual funciona por medio de pago de una tasa de instalación del sistema y mensualmente se paga por el mantenimiento de la tienda para la permanencia en el sistema. En este caso el responsable por la estructura, por la inserción de datos, por la conversión de los productos, por las imágenes, por los movimientos, el diseño queda por cuenta del contratado, por ello la empresa o la persona física no precisa de conocimientos de programación. A diferencia de este sistema para los *site*s gratuitos está en el acceso a los consumidores, a un sistema de marketing y propaganda acoplados al sistema que proporciona y cuida del acceso por parte de los consumidores, sea por la captación de clientes, por la ampliación de accesos, de destaque diferenciado. Muchas son llamadas *aluguel de lojas (N. de T.: Host).* Tienen como ventaja la mayor difusión y facilidad de gerenciamiento, lo que se torna en un diferencial con relación a las tiendas creadas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

por sistema personal y por la adquisición de programas gratuitos. En este tipo de sistema existe la exposición de los productos por macro categorías y subdivididas en micro categorías.

Figura 6: muestra de ofertas *on line* del *site* de ventas Mercado libre

Fuente: www.mercadolivre.com.br

Poseen costos accesibles y pueden contratar por períodos de tiempo. En caso de que no existe satisfacción puede ser cancelado el contrato. Este sistema puede ser utilizado para venta de productos y servicios temporarios. Aquí se instala una de las preocupaciones en cuanto a la presencia de empresas fantasma en las cuales quien la mantiene no se responsabiliza por los negocios ilícitos. Pero, existe cierta responsabilidad y cuidado en este sistema en el cual las empresas que proveen este tipo de servicio cada vez tiene el cuidado de verificar la idoneidad por medio de la cartera y un sistema de confiabilidad gradual expuesto, inclusive, al consumidor.

Mercado libre posee un sistema de reputación disponible al consumidor enlistado. Este listado es gratuito y ofrece acceso a todos los productos insertos en la red.

Figura 7: muestra de sistema de información en *site* de *e-commerce*

Fuente: www.mercadolivre.com.br

La empresa o persona física contratante también tiene la posibilidad de crecer en referencia a la confiabilidad por medio de algunos temas tales como: tiempo de permanencia en el sitio, ventas realizadas y retorno positivo de los compradores, por los comentarios realizados en las transacciones. En Mercado Libre, por ejemplo, existe un espacio reservado al contratante por acceso privado a la cuenta que provee los datos

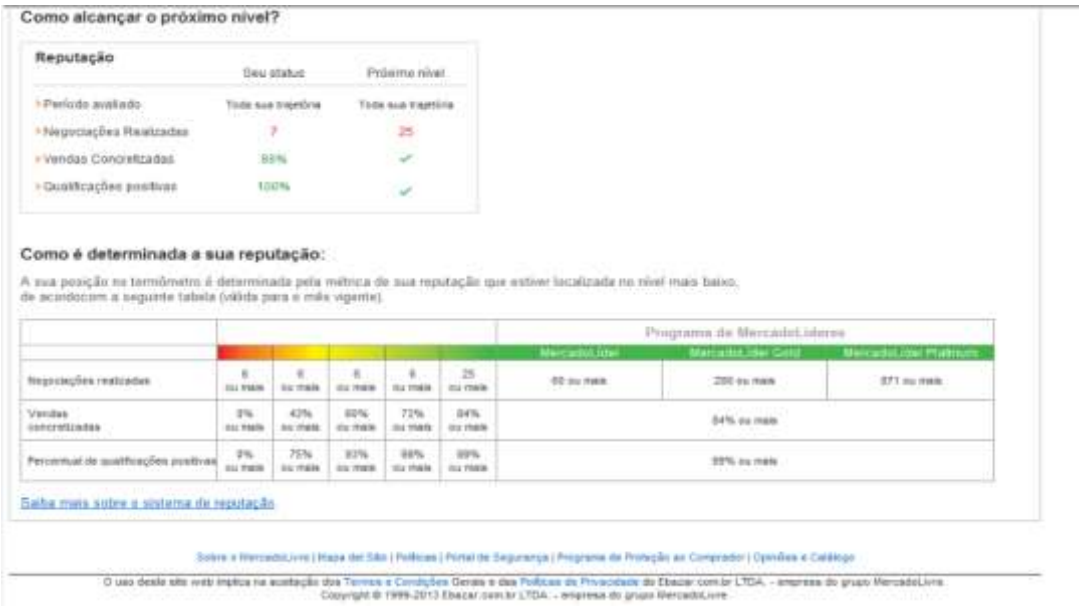


Figura 8: muestra de sistema de información en *site* de *e-commerce*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fuente: www.mercadolivre.com.br

Otro aspecto que ha sido ampliado en los sitos de tiendas virtuales por sistemas de mantenimiento o de comisión, es la seguridad de la devolución del valor en caso de no recepción o de producto dañado o en caso de estar en desacuerdo con lo estipulado en el negocio. Para ello, el comprador precisa estar atento a las reglas para tener derecho a los beneficios. Entre las reglas está la calificación del negocio después de la recepción. Esta calificación incluye el llenar un breve formulario que contiene información sobre la calidad de la transacción así como del propio producto, de la relación precio-producto, tiempo de entrega, relación con el vendedor, entre otros. La denuncia debe ser realizada dentro de las 24 horas luego de la recepción del producto por medio de un espacio específico que requiere la contraseña del usuario registrado.

En el tema de calificación que se construirá para la reputación de los proveedores, se orienta la calificación en un período de 21 días. El propio vendedor tiene interés en esta calificación que otorgará la certificación y el crecimiento de la confiabilidad para los otros compradores.

Figura 9: muestra de sistema de información en *site* de *e-commerce*

Fuente: www.mercadolivre.com.br

2.3.4.4 Tiendas por Comisión

Las tiendas virtuales que utilizan el sistema de comisión tienen como característica el pago del uso del espacio virtual a cambio de una comisión determinada conforme el tipo de producto, según el valor del negocio, según la cantidad de productos ofertados, entre otros temas que forman parte de la modalidad ofrecida.

El mercado libre también es uno de los ejemplos que este sistema de comisión usa. Los productos que están en el sistema de comisión aparecen junto a los productos ubicados para mantenimiento y el público puede acceder a ellos. Para efectuar el negocio el consumidor precisa registrarse y al finalizar o propio *site* posee un sistema de pago en la cual se retira la comisión acordada con el vendedor. Esta tasa puede variar, pero en general se cobra el 10% del valor pagado por el comprador. Este sistema, por ejemplo es operado por el Mercado Pago, que recibe el pago y envía al vendedor en descuento la tasa de servicio por la exposición del producto y la realización del negocio. Corresponde destacar que en el caso de MercadoLibre hay un tiempo limitado de hospedaje de los productos que varían según la categoría. En el caso de los productos de menor valor la disponibilidad de pocas cantidades generalmente permanecen en el sitio por 30 días y el contrato necesita ser renovado. En este contexto es considerado el vendedor independiente.

En el caso del *site* de MercadoLibre existe el uso tanto del sistema de hospedaje de mantenimiento como de comisión y se diferencia de los *e-mall* debido a las transacciones efectuadas entre consumidores, identificados como anunciantes y no como empresas. El sistema de hospedaje es variado tanto en referencia al tiempo de permanencia como al valor de pago. Esta variación tiene conexión directa con el valor del producto y con el tipo de categoría. En el caso de inmuebles el plazo es más largo, una tasa tiene permanencia por 60 días. En el caso de autos el tiempo de permanencia es de 30 días con el mismo valor de tasa.

Este *site* posee una extensa ramificación de productos separados por macro-categorías y subdivididas en micro-categorías, y a los que se puede acceder comparando precios de diversos proveedores, y se realizar el negocio en el propio sitio con diferentes ofertas de pago, tales como tarjetas de crédito, transferencia bancaria, Mercado de pago. Los valores son enviados al MercadoLibre que lo transfiere al anunciante.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Figura 10: muestra de ofertas *on line* por el *site* de mercado libre

Fuente: www.mercadolivre.com.br

Este sistema se diferencia de los *e-mall* por ofrecer el servicio a personas físicas y por categorías de productos que inter-relacionan a los proveedores. Tanto el sistema de tienda virtual por comisión o mantenimiento realiza el tipo de *e-commerce* C2C, es decir de consumidor a consumidor. Las empresas que proveen los sitios sirven de mediadoras con una estructura de organización de los proveedores pro-productos.

2.3.5 Anunciantes gratuitos

En este sistema de negocios el propietario del *site* crea una estructura de posteo de productos y servicios en forma gratuita para particulares, empresas o profesionales, abierta a todo tipo de negocio como venta, compra, intercambio, ofertas de empleo y búsqueda de empleo, disponibilidad de servicios, donaciones. El ingreso es obtenido por la venta de espacios en el ambiente virtual de otras empresas en el sistema de marketing y propaganda, que se basan en el acceso al *site* para difundir sus productos y servicios. Las empresas que fomentan los *site*s gratuitos no se insertan directamente en el sistema de compra, pero a partir del *site* ofrece el acceso a la tienda virtual. De este modo, los anunciantes y los interesados al acceder al portal tienen contacto con las empresas a través de una estructura estratégica de marketing. Uno de los ejemplos de este tipo de empresa es OLX, el *BomNegocio.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Figura 11: muestra de ofertas *on line* por el *site* de olx

Fonte:www.olx.com.br

Figura 12: muestra de ofertas *on line* por el *site* del *bomnegócio*

Fuente: www.bomnegócio.com.br

El sistema es simple. La página inicial (*home*) ofrece un mapa al que se accede según el Estado de interés del consumidor, visitante o vendedor. Al cliquear en la región de interés abre una página con las ofertas del lugar dispuestas en un listado secuencial. Las ofertas pueden ser filtradas por selección de las categorías. El posteo de los anunciantes es organizado por orden de inserción en el *site*. Existe la posibilidad de pago de tasa fija por tiempo determinado en caso de que el anunciante quiera que su anuncio se destaque.

Es ofertado un *link* para investigación en el propio *site* en el cual el interesado digita a un descriptor y el propio *site* posee un sistema de captación de la información, y así abre la página interesada, como por ejemplo la búsqueda de determinado barrio, o de un tipo de producto específico.

En este sistema, no se da la formalización de negocios entre el anunciante y el interesado dentro del propio ambiente virtual, por esta razón, no encaja inicialmente en ninguna modalidad de relaciones de negocios, pero el contacto ofrecido a través del posteo posibilita al interesado el acceso directo para con el anunciante y puede afirmar el negocio, sea la venta directa, el intercambio, la adquisición del servicio, la donación, la contratación de personal que se ofrece como profesional, así como el empleo deseado.

Este tipo de negocio se ha expandido en forma vertiginosa debido a la facilidad de la estructura de anuncio, la diversidad de negocios puestos a disponibilidad por el *site*, y principalmente la gratuidad para hospedar sus productos, servicios, dación, intercambio, difusión.

2.3.6 Compras colectivas

Este tipo de negocio utiliza como estrategia la captación de empresas para ofrecimiento de productos y servicios que puedan ser ofrecidos en determinada cantidad con precios competitivos. Son firmados contratos entre las empresas y el anunciante que se encarga de anunciar en el ambiente virtual con toda la estructura de marketing, propaganda, para la vinculación en el *site*, el designer, el sistema de pago, la seguridad del *site*.

El anunciante, propietario del *site*, recibe una comisión (porcentaje) sobre el cuantitativo efectuado de las ventas. Tiene como diferencia entre las tiendas virtuales en comisión por el tipo de operación, en la cual es organizada por un sistema de compra colectiva, con tiempo delimitado de la oferta de un determinado producto o servicio de una empresa específica. La empresa que contrata al anunciante escoge un tipo de producto o servicio para vincular como oferta,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

disminuyendo el valor generalmente cobrado con descuentos significativos para atraer consumidores. Entre algunas empresas anunciantes de compras colectivas se cita a *Grupon*, *Peixe Urbano*, *barato* y *coletivo*, *Pank*, *Clickon*, *BomNegócio*, *Valejunto*.

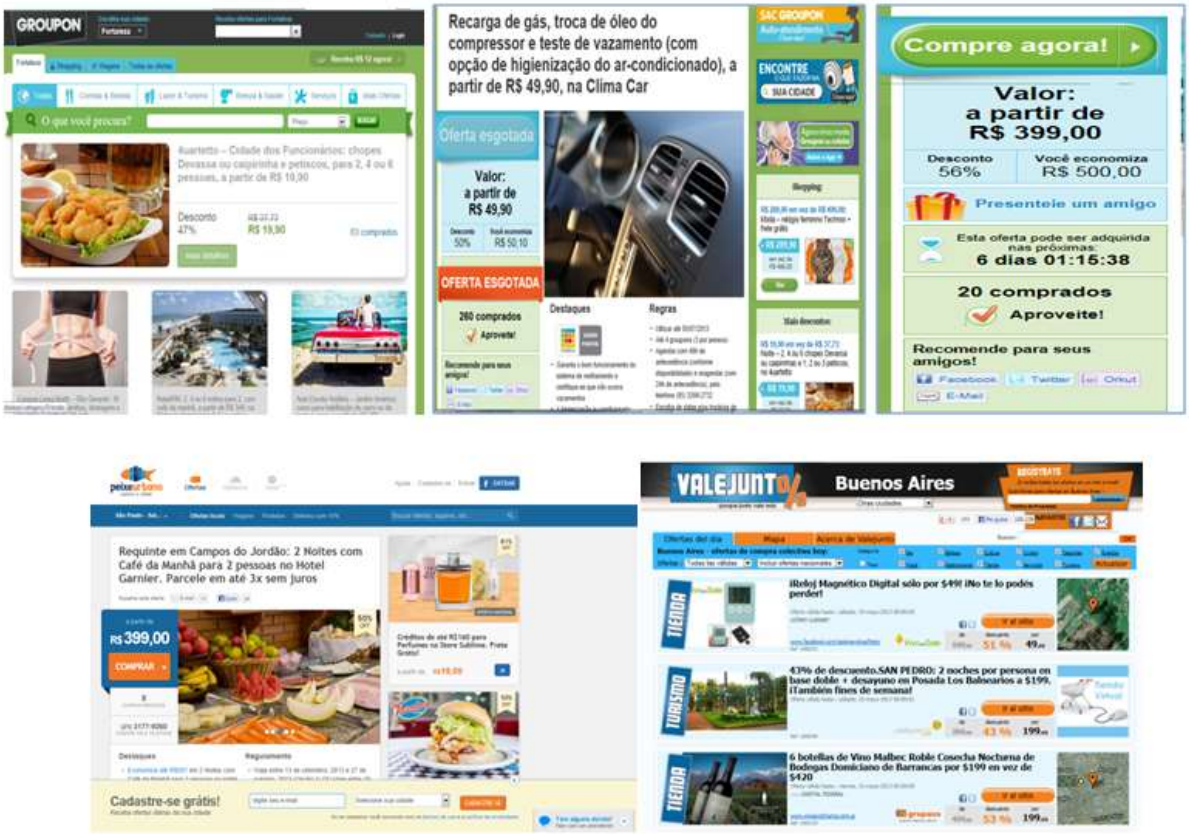


Figura 13: muestra ofertas *on line* del sistema de compras colectivas

Fuente: www.groupon.com.br/www.peixeurbano.com.br (respectivamente)/www.valejunto.com.ar

Este sistema tiene como objetivo inicial, más allá de la venta difundir la empresa o determinado producto o servicio, en la intención de aumentar su clientela, incluso después de cerradas las ofertas. No existe vínculo alguno entre el anunciante y la empresa que anuncia las ofertas, por esta razón puede generar cierta inseguridad al consumidor, principalmente porque entre las cláusulas está la posibilidad de no realización de determinados negocios en caso de que no alcance la meta cuantitativa deseada por el anunciante de la oferta.

2.3.7 Proveedores de contenido

Este tipo de negocio se refiere a la provisión de espacios virtuales dentro de *site*s de acceso a diferentes modalidades de interés. Forman parte de un tipo de organización de la cual el autor o administrador que envían contenidos a los interesados. Los proveedores poseen una diversidad de contenidos y de asignación de contenidos para ser enviados, sea por solicitud o no. Pueden enviar contenidos en base a bancos de datos captados en el medio virtual cuando se accede a *site*s de búsqueda. De este modo, estas organizaciones obtienen datos para comunicarse y para enviar y sugerir contenidos, *link*s de acceso a datos de interés del consumidor. En este tipo de negocio generalmente no existe un lazo directo entre el *site* al que se accede y la oferta vinculada, pero el contenido es ofrecido por el organizador del sitio electrónico para acceder en continuidad virtual para futuros negocios.

La operatividad de este proceso se realiza por la venta de espacios a una tasa estipulada por los contratantes que dependerá del tipo de vinculación, de apariencia, de frecuencia, de tipo de acceso, de recursos adicionales tales como color, movimiento, tamaño, localización y todo lo otro que pueda llamar la atención del cliente.

El proceso se realiza por medio de acceso a partir de un sitio electrónico y se solicita el registro para poder recibir el contenido del proveedor de contenido. En la secuencia, el interesado puede recusar o solicitar el registro para poder recibir el contenido. Cuando se registra recibe una clave con la que pasa a tener acceso a los contenidos. Este sistema tiene como ejemplo el acceso a determinados libros, contenidos científicos, publicaciones de revistas electrónicas, films, videos, acceso a material pornográfico, obtención de contenidos en *site*s de chats y debates con mayor acceso a los datos de los participantes, entre otros contenidos. Este tipo de registro puede ser requerido para asegurar la confianza entre las partes, para ofrecer seguridad en *internet*, para promover la estructura de la propuesta del *site* de ampliación de comunicación entre las partes como en el caso de los *site*s de relacionamiento, que promueven la comunicación, los encuentros y el conocimiento más detallado de los participantes, así como para direccionar el pago en caso de que sea ésta la propuesta para la revelación de contenidos.

2.3.8 Proveedor de servicios

Este tipo de negocio se asemeja al proveedor de contenido, pero la diferencia está en el tipo de oferta, pues en este caso son servicios y no son productos, como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

intermediación busca apoyo en *softwares y hardwares.* Estos instrumentos son creados para ofrecer una estructura de organización de funcionamiento conforme el tipo de interés. Puede ser utilizado como central de recolección de datos y de informaciones, de centrales de compras, para ampliación de la base de proveedores, para tercerización de servicios, de consultorías, de estudios de mercado, de entrenamiento, abastecimiento, servicios de base de datos y catálogos, compras indirectas, anticipación de pagos, diagnóstico de compras y ventas, entre otros. Funciona *Business to Business,* ofreciendo soporte directo o indirecto para la optimización de los negocios de la empresa o personal, en la efectivización de la dinámica de los procesos organizacionales o de los compradores y vendedores. Los proveedores de servicios poseen todo un conjunto de soportes de negociación virtual, integrados a los sistemas financieros, operacionales y logísticos, así como que crean estrategias personalizadas y dirigidas a los negocios requeridos. Uno de los detalles de este sistema es la tercerización, por proporcionar un contacto intermediado con proveedores, con compradores y vendedores. Las empresas de servicios poseen una amplia cantidad de proveedores en sus bases de datos y pueden proporcionar negocios en todo el mundo.

2.3.9 Portal de la web

Servirá como canal de negocios para conectar socios y proveedores de la empresa al sistema de transacciones. Es un recurso de acceso al mundo virtual que abre espacio para la navegación a partir de un portal, es decir es la gestión de un sistema de entrada para navegar por la web y para proporcionar que otros tengan acceso y para que puedan obtener datos, información, realizar negocios, conectar socios y proveedores. Desempeña el papel de proveedor de contenidos, pero extiende la función de distribuir una serie de otros portales y subportales dentro de un mismo dominio de acceso, a través de *links*[2] funcionando como motor de búsqueda a partir de la selección de partes a ser destacadas que pueden ser de interés del internauta.

Para construir un portal se utilizan herramientas como CMS (*Content Management System* - Sistema de Gerenciamiento de Contenido), entre los más utilizados están *Wordpress, Joomla, Drupal, Liferay*. Estas herramientas son de un tipo de aplicativo que ofrece soporte para crear, editar, gerenciar y publicar contenidos en forma organizada y con cuidados de conocimientos de diseño para promover la apariencia del *site*. Permite incluso que el agente pueda reeditar, adicionar o remover

2 Esses links são destacados pela palavra em azul e sublinhados no texto, que ao clicar leva o internauta a outro domínio virtual referente ao assunto. Traducción libre: Estos links son destacados por la palabra en azul y sublineados en el texto, que al cliquear lleva al internauta a otro dominio virtual referente al asunto.

contenidos en forma segura proviniendo del origen del acceso por medio de un sistema de señales electrónicas que garantizan la disponibilidad y permiso para controlar los datos.

Ha sido muy utilizada en los sistemas de intranet y en los espacios empresariales y personales de almacenamiento de datos, sean estos archivos de texto, hipertexto, artículos, documentos electrónicos, audios, videos, contenidos web, entre otros.

2.3.10 Empresas de marketing y propaganda virtual

Se concentran exclusivamente en proveer recursos creativos de difusión de productos y servicios a empresas y personas físicas, así como a empresas públicas. En estas empresas se encuentran profesionales de *marketing y de design* calificados y para producción de grandes *sites*, de estructuras de marketing y de propaganda, de difusión, de captación de clientes. Estas empresas se ramifican en diferentes modalidades. Hay empresas especializadas en desarrollar *softwares* de tiendas virtuales que tienen como objetivo la difusión de sus productos sin la inserción de un sistema de negocios. Es el caso de *site*s de tiendas de empresas proveedoras de productos o servicios que no se insertan en el sistema para la opción de compra-venta, sino sólo para presentación, difusión, propaganda.

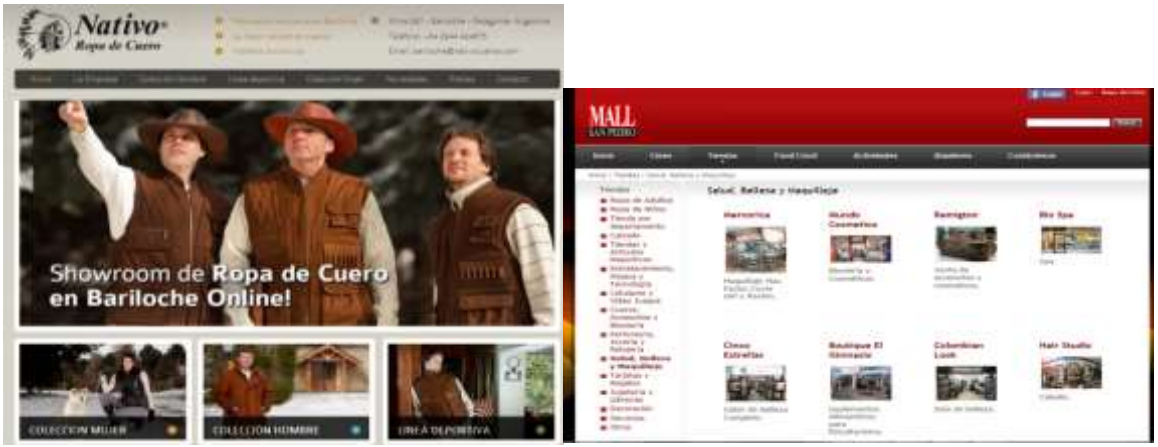


Figura 14: muestra del *site* de difusión de productos y servicios

www.nativocueros.com

Galerías, shoppings o grupos de tiendas se unen para presentar sus tiendas y productos en una unión con otras tiendas. En este caso, no hay una versión de compra sino sólo la difusión de las empresas y sus mercaderías o servicios

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

disponibles a la venta. El sistema sirve para la toma de conocimiento por parte del consumidor que deberá dirigirse a la tienda para efectuar la compra.

Otra modalidad dentro del sistema de difusión estratégica está en el llamado marketing viral, en el cual se valen del ambiente de los sitios para insertar estrategias de marketing y de propaganda.

Se refieren a aquellas propagandas que están insertas en el medio de textos cuando se abren investigaciones, o cuando son localizadas en el lateral, por encima o por debajo de un *site* abierto. Puede ser utilizado directamente acoplado al ambiente virtual o por encima de la estructura de la plataforma en modo destacado para llamar la atención del internauta. Esta modalidad se vale de datos variados obtenidos por los catastros disponibles en investigaciones y búsquedas en *internet* o en forma aleatoria.

Cuando la empresa posee acceso a datos de consumidores, envían ofertas virtuales cuando tienen acceso a *internet* en modo independiente del *site*. Estos datos no necesitan ser necesariamente datos personales, sino que son de identificación de la computadora. Por ejemplo: su una persona investiga sobre hoteles o viajes, a continuación de hacer una búsqueda o de tener acceso a un *site* en *internet* generalmente de inmediato tiene en los laterales de la pantalla ofertas de hoteles y de viajes, o se encuentran insertos en los espacios de propaganda exactamente con el tipo de producto o servicio sobre el que se había averiguado.

Otro tipo de marketing viral es el o aleatorio que surge en fajas en la parte inferior o lateral derecha del monitor ofreciendo productos y servicios varios. Este tipo de propaganda puede ser peligroso por tener la posibilidad de no agradar al consumidor.

2.3.11 Empresas de recursos gráficos

Al existir empresas de marketing el resultado es la creación de una estructura de difusión virtual a través de creadores de recursos gráficos especialistas en la operatividad de diseñadores. Entre las ofertas está la creación de banners, en uno delos tipos de recursos gráficos más utilizados en la *web* que puede estar vinculado a otros *site*s, a espacios de propaganda reservados e incluso de creación especifica de un *site* de difusión.

2.3.12 Desarrolladores

Empresas que desarrollan programas, softwares, para ofrecer una estructura de plataformas, soporte técnico, intermediación de negocios o sistemas de pago.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Forman parte del sistema de Tecnología de la información y de comunicación y posee una infinidad de productos con tecnologías, interfaces, sistemas y aplicativos para los diferentes intereses.

2.3.13 Lan House (Cyber café)

Son locales físicos creados para acceso a *internet* por aquellos que no poseen computada. Este espacio posee diferentes máquinas y cobran por tiempo de uso y por servicios de impresión en caso que sea utilizado a partir de datos o de informaciones obtenidas por *internet* o incluso por la producción de textos y o de cualquier tipo de actividad hecha en el computador.

2.3.14 Logística virtual

La logística es muy semejante a la ya existente para los servicios anteriores a *internet*, la diferencia está en el accionar virtual enlazado a diferentes empresas también virtuales. Incluye sistemas de entrega por transporte ferroviario, aéreo, de camiones, locales o fuera de la jurisdicción e incluso intercontinental.

2.3.15 Educación a distancia *e-learning* (entrenamiento a distancia)

Conocido como educación a distancia (EAD) a través de *internet*. La educación llevada a cabo en modo presencial por muchos siglos se doblega ante la era de la informática y lo virtual se amplía día a día en la oferta de cursos libres de extensión, técnicos, tecnológicos, e incluso de graduación y de pos-graduación. El objetivo es hacer que el conocimiento llegue a un gran número de personas y que pueda atender las necesidades de tiempo y espacio que pueden ser impeditivos en el caso de obtener conocimiento presencial. Se puede tener acceso a los datos en cualquier momento y lugar y en diferentes ocasiones. Este proceso efectivo para la educación dinámica, para autonomía, y para el ritmo de cada alumno (AMOR, 2000).

2.3.16 Workgroup

Se refiere a trabajos realizados fuera de la empresa con espacio fijo y físico, por un sistema cooperativo, por modalidad de cumplimiento de metas y actividades delimitadas por la organización. En esta modalidad las empresas, muchas de ellas esparcidas en áreas geográficas diferentes e incluso mundiales realizando una actividad laboral tal como escritorios virtuales a los que se puede acceder desde casa por el funcionario. También existe la versión en la cual la empresa posee una estructura de planillas, de banco de datos, de informes o de otros aplicativos que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

favorece la realización de negocios fuera de la empresa, es decir la realización de negocios virtuales realizados por funcionarios.

2.3.17 Home *entertainment*

Se refiere al acceso a diferentes modalidades de diversión y entretenimiento a elección del consumidor puesto a disponibilidad en forma virtual, como films, videos, música, novelas, eventos, noticias, documentales, periodismo. El acceso a los productos virtuales es realizado por medio de pago también *on-line*. Una de los ejemplos de este tipo de especie virtual son los casinos electrónicos que realizan en tiempo real apuestas en dinero y efectivizadas por medio electrónico con tarjetas de débito, crédito. El gran desafío de esta modalidad se encuentra en uso de esta herramienta en países en los que el juego está prohibido, pero no hay modo de controlar el acceso ni el flujo de movimiento financiero (NGAI y WAT, 2002);

2.3.18 Infovía

Son sistemas de venta de información de diferente tipo, tales como datos, fotos, mapas, programas, servicios, libros electrónicos. Tienen por objetivo el almacenamiento de datos que son provistos a empresas y particulares.

2.3.19 E-banking

Ha sido uno de los primeros negocios virtuales con éxito y se ha abierto espacio al desarrollo de otros varios sistemas. Posibilita que clientes de un banco puedan tener acceso a su cuenta para verificación, acompañamiento, realización de transferencia pagos, préstamos, financiación. El sistema *e-banking también está relacionado al uso de tarjetas de crédito que efectivizan virtualmente* "el *e-banking* siendo uno de los negocios más exitosos *on-line*" (AMOR, 2000, p. 25).

Una de las grandes ventajas es que el cliente no precisa de un *software* específico, bastando el acceso a *internet*.

2.3.20 Otras modalidades

Han surgido constantemente nuevas modalidades de uso del espacio virtual para sistemas de comercio electrónico con la oferta de productos y servicios realizados por las plataformas de los sitios electrónicos. La variedad de productos y de servicios han sido acompañados, del mismo modo, por la variedad de tipos de comercialización y sistemas de negocios. Uno de los ejemplos pueden ser las subastas que tienen lugar en el mundo virtual, con ofertas efectuadas por consumidores registrados que poseen cuentas vinculadas. Las ofertas se realizan del mismo modo que las subastas presenciales, pero por medio de *internet*, otra

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

forma son las subastas en estilo inverso en el cual el cliente emite una oferta en vez de que sea estipulada anteriormente. En la medida en que ha sido cubierto el valor ofertado inician las negociaciones, de no haber ya ofertas hasta la finalización de las operaciones que generalmente son definidos al momento del inicio y del término, prevalece la última oferta.

Otras modalidades de menor expresión se instalan como farmacias, comunicadores, ofertas individuales, pero de poco impacto comercial o se asemejan a modalidades mayores realizadas por pequeños proveedores aislados.

Se ha comentado sobre la estructura del comercio electrónico con su diversidad de negociación, formato, multifacéticos de comercio y de emprendimientos creativos de oferta de productos y servicios. Sin embargo, estos cambios implican dos direccionamientos: la incidencia de problemas en las transacciones tales como la presencia de acciones de mala fe, de empresas falsas, no entregando productos, no realizando servicios contratados, con insatisfacción del cliente, o en el pago debido por la adquisición de productos y servicios y por otras varias acciones que pueden suceder como en cualquier procedimiento comercial.

En este escenario surge el tema de la legislación direccionada al comercio electrónico que carece de un trato diferenciado y capaz de mediar estas negociaciones con la garantía y protección del consumidor que continúa siendo la parte frágil del proceso.

2.4 Instrumentos para la Seguridad Electrónica

La búsqueda de garantías para la transmisión y acceso a la información es un hecho humano que data del inicio de las civilizaciones, tales como el uso de la transferencia oral, a escrita en sus diferentes formas, la invención de instrumentos de registro en piedra, metal, papel. Sin embargo, la seguridad de la información en el sentido de fidelidad del contenido y del acceso a las personas indebidas ha despertado interés en la creación de lenguajes diferenciados, criptografiados, de un sistema secreto o de una identificación selectiva por grupos conocedores de la estructura de creación del texto y la manipulación de instrumentos que guardaban los datos grabados (MARCANCINI, 2002).

2.4.1 La Criptografía

Pueblos de la antigüedad como los persas, egipcio, tibetanos, árabes, entre otros utilizaban el lenguaje criptografiado para mantener la privacidad de los escritos y para enviar mensajes secretos a los que conceptúa con el término *cripto*, del griego

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Kryptós, que significa escondida (VOLPI, 2001). El uso de la criptografía perdura en la Edad Media y Moderna con la codificación de información y de datos reservados para los intérpretes. La técnica de codificar la comunicación ha sido utilizada en el proceso de desarrollo de las telecomunicaciones cuando fue creado el telégrafo, la telefonía y la emisión de datos enviando ondas de radio y recientemente vía satélite.

> *A finalidade principal da criptografia é estabelecer um padrão entre o emissor e o receptor, possibilitando o envio de mensagens sobe a forma de codificação. Tal mensagem tem características incompreensíveis a terceiros que a recebem, sendo possível sua leitura apenas ao receptor correto, pois este conhece o padrão utilizado na mensagem, permitindo conhecer o conteúdo do que foi enviado (BEHRENS, 2007, p.34).*

La misma estructura de la organización de emisión de mensajes criptografiadas ha sido utilizada por la tecnología computacional. Por ser un lenguaje gráfico por medio de códigos requeridos en el proceso de emisión virtual de datos e información, de un sistema de codificación y de decodificación.

> *A codificação digital já é um princípio de interface. Compomos com bits as imagens, textos, sons, agenciamentos nos quais imbricamos nosso pensamento ou nossos sentidos. O suporte da informação torna-se infinitamente leve, móvel, maleável, inquebrável. O digital é uma matéria, se quisermos, mas uma matéria pronta a suportar todas as metamorfoses, todos os revestimentos, todas as de formações. É como se o fluido numérico fosse composto por uma infinidade de pequenas membranas vibrantes, cada bit sendo uma interface, capaz de mudar o estado de um circuito, de passar do sim ao não de acorda com as circunstâncias. O próprio átomo de interface já deve ter duas faces (LÉVY, 1995, p.63).*

Para ello han sido creados softwares que son soportes programados para transformar documentos legibles en códigos y a partir de una clave (contraseña) que permite nuevamente la lectura del contenido, es decir, desencriptarlo.

La cifra de las informaciones como menciona Volpi (2001), Marcacini (2002), Matte (2001) puede presentarse de dos formas: la forma simétrica, referente a los primeros métodos de criptografía e incluso utilizado, y requiere de una clave (contraseña de acceso) para codificar y decodificar el mensaje. Este sistema no presenta seguridad, pues la contraseña puede ser interceptada o identificada abriendo el acceso a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mensajes y la posibilidad de modificación de contenidos. Por lo tanto, las firmas digitales que usan la criptografía simétrica no son consideradas fuente de prueba. La seguridad va a depender en mayor grado de la estructura de la comunicación. En caso del comercio electrónico, dependerá de la seguridad creada por el *site* para evitar el acceso indebido de las informaciones secretas.

La segunda categoría de criptografía es el método asimétrico o criptografía de clave pública, comúnmente requerido como código de usuario y la seña personal aumentando la seguridad porque una está directamente ligada a otra para tener acceso. Cada parte del contenido abre parte del mensaje, abriendo espacio para la clave pública a ser modificada y la parte privada que no puede ser modificada. De este modo, cuando se envía un mensaje se utiliza la clave pública, pero es abierta para el receptor por una clave privada. El envío puede ser modificado, pero el mensaje recibido no puede ser modificado por el receptor. Por esta razón, el sistema de criptografía asimétrica genera mayor seguridad y puede ser utilizada como prueba. En este contexto, entra en escena la cuestión de la autenticidad de la clave privativa, en la cual remite la creación del recurso de firma digital (MATTE, 2001).

La estructura de seguridad tiene como función evitar el acceso ilícito de las informaciones que tramitan por la infovía. Entre otras posibilidades de la inseguridad está en el acceso ilícito de claves de control de los *site*s para generación de situaciones de mal funcionamiento del sistema del proveedor o de negación de servicios (*Denial of Service*) que pueden generar sobrecarga en el procesamiento, exceso de datos en la red o el retiro temporario de servicios impidiendo al usuario el acceso a su fuente de datos y la transmisión. En la misma línea de invasiones para generar indisponibilidad de acceso constituye los efectos del sistema DDoS (*Distributed Denial os Service*) en el cual el ataque entra en las redes o en la computadora particular y ocupa toda la banda larga de acceso tornando inoperante la comunicación. Tiene la función de indisponibilizar por un tiempo el acceso de cualquier tipo de comunicación.

Otra posibilidad de entrada maliciosa adviene de los softwares programados para ejecutar acciones maliciosas en la computadora, conocidos como Malware, los más conocidos serían los virus, *Worms, backdoors*, caballos de Troya, programas *spyware, rootkits.*

2.4.2 Firma Digital

Las firmas siempre han sido utilizadas como confirmación de un contrato firmado entre las partes interesadas. El modo escrito a mano de las firmas tiene como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

originalidad y fidelidad el hecho de la grafía personal única reconocida por medio de firmas, que son registros públicos de firma. La modalidad de registro de firma tiene básicamente tres funciones como señala Volpi (2001): sirve para identificar al autor del documento, para declarar que asume el contenido del documento, y para comprobar que el autor es efectivamente quien se anuncia.

Antes de que rigiera la propagación de la firma nominal regía el registro de autenticidad por gráficos y símbolos reservados a los titulares para poder usar tales marcas, como en la época de la Monarquía y del Imperio, sin embargo más fácilmente con la posibilidad de ser forjada, pasaron a venir acompañadas por la firma manuscrita. Esta última con menor capacidad de falsificación debido a la operatividad de la escrita a puño y puede ser verificada por especialistas. Actualmente, las firmas manuscritas tienen alto potencial de validez, principalmente cuando son acompañadas por el sello de autenticidad a través de la emisión en registros de notas, por lo tanto, la amplitud de la originalidad de la firma manuscrita efectiva debido a los medios por los que son creadas y registradas, en el caso de documentos oficiales como de identidad, y confirmadas por el registro de firma en los registros.

Otro aspecto relevante está en la diferencia entre una firma original y una copia que demarca más la originalidad y validez jurídica. Por lo tanto, es a partir de la amplitud de los medios para afirmar la autenticidad de una firma manuscrita que se cuestiona la validez de los registros digitales.

En el mundo digital, los documentos emitidos son semejantes a las copias, así los as fraudes y la mala fe son factores latentes. Otro factor relevante está en la alta posibilidad de interceptación y de alteración de datos y de documentos movilizados vía *internet*. Por esta razón se ha desarrollado la firma digital que utiliza el sistema de claves (contraseñas) públicas y privadas por medio de criptografía, en la cual la clave pública está disponible para la parte y la clave privada es de conocimiento y de responsabilidad exclusiva del propietario, que puede ser persona física, jurídica o una computadora (MATTE, 2001). La gran diferencia para evidenciar la validez de la firma digital como comenta Behrens (2007) está en la forma en como ha sido creada.

Actualmente para la creación de una firma digital es necesario recurrir a las técnicas de criptografía asimétrica haciendo uso de las combinaciones lógico matemáticas[3]

3 Técnicas aplicadas a assinatura digital: Checksum; Checagem de Redundância Cíclica (CRC); Função Hash; Algoritmos RSA; Algoritmos DAS (Digital Signature Algorithm). (Volpi, 2001, p. 18-28)

que se refiere a un enmarañado de combinaciones alfabéticas, numéricas, alfanuméricas y con presencia de símbolos, ordenados conforme el programa ejecutado. Esta operación es realizada por un *software* "que realiza l operación resumiendo los datos formadores del documento, que tiene por objetivo, enviar a terceros" (BEHRENS, 2007, p. 48).

La seguridad de las claves queda por cuenta de la Autoridad Certificadora[4], que detenta los procesos del Programa (*softwares*) que posee el sistema de combinación, y al ser creadas las claves se identifica la viabilidad y el nivel de seguridad que es la creación que posee, por esta razón generalmente son pedidos por lo menos 4 a 6 dígitos. La estructura de atribución a terceros, en el caso de la Autoridad Certificadora, ha generado mayor confiabilidad debido a la emisión de certificados para que garantice la calidad del servicio. Esta calidad se mide por la estructura de la programación en la cual a su vez, amplía la autenticidad y validez jurídica comparada a un documento notarial, semejante a los producidos, reconocidos y autenticados en Registros y tablas. La capacidad de seguridad del certificado digital es real porque posee un sistema seguro en el sentido de la capacidad tecnológica y tienen amparo legal.

> *O certificado digital ocorre sob a forma de aplicativos de software que permitem a identificação de quem é seu usuário. Esta autoridade de vê ser reconhecida e habilitada por lei. O objetivo principal é conceder as chaves e possibilitar a consulta dos certificados emitidos a qualquer pessoa e a qualquer tempo (BEHRENS, 2007, p. 54)*

Por lo tanto, la firma digital consiste en la creación de un código, a través del uso de una clave privada, en modo que la persona o entidad que recibe un mensaje conteniendo este código pueda verificar si el remitente es el mismo que dice ser e identificar todo mensaje que pueda haber sido modificado (BRASIL, 2006).

4 Autoridade Certificadora é "um órgão, público ou privado, que procura preencher a necessidade de uma terceira parte de confiança no comércio eletrônico que fornece certificados digitais, atestando algum fato acerca do sujeito do certificado. Assim, a Autoridade Certificadora trabalha na comprovação, por meio de emissão de um certificado, de que o assinante daquele documento digital é realmente e seguramente a pessoa com quem a outra parte está se relacionando". (BHERENS, 2007, p.54). Traducción libre: Autoridad Certificadora es "un órgano, público o privado, que procura completar la necesidad de una tercera parte de confianza em el comercio electrónico que ofrece certificados digitales, atestando algún hecho acerca del sujeto del certificado. De este modo, la Autoridad Certificadora trabaja en la comprobación, por medio de la emisión de un certificado, del que el firmante de aquel documento digital es realmente y seguramente la persona con quien la otra parte se está relacionando". (BHERENS, 2007, p.54).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Los datos del autor son grabados en la computadora de la persona, en un *token* o en un *smart cart* conteniendo datos sigilosos de la persona, en éstos hay una firma digital. Para obtener la firma digital, es necesario asociarlo con una autoridad Certificadora (AC) que se refiere a la entidad responsable por emitir certificados digitales para los más diversos segmentos públicos y privados e incluso para las personas. Una firma digital ofrecida por una AC reconocida como confiable, pues hace el papel de "registro electrónico".

A pesar de que se encuentren disponibles sistemas de seguridad y de certificación, existen diferentes conductas que el propio usuario de la infovía puede realizar para evitar la invasión de sus datos e informaciones personales, así como para evitar la invasión que provoque daño a la computadora y para inutilizar la información contenida. En este caso en Brasil existe la *Cartilha Segurança da internet* (BRASIL, 2006), la cual describe detalladamente los cuidados básicos y específicos que deben ser conocidos por los internautas.

Entre las recomendaciones está el aspecto cultural y comportamental del internauta cuando la ausencia de cuidados básicos, movidos por la curiosidad, y llegan a visitar *site*s y mensajes de autoría desconocida o dudosa, abrir mensajes pop-up[5] en la cual una acción invasora no impedirá daños y el Estado no podrá intervenir como defensa. Por lo tanto, sólo una acción cautelosa y consciente del usuario en no abrir, en no acceder o en no bajar archivos y aplicativos que no estén debidamente certificados. De este modo, las autoridades certificadoras forman parte sustancial del proceso correspondiendo al consumidor o usuario el conocimiento y atención sobre estas posibilidades. Corresponde al internauta utilizar *site*s lícitos, provistos de certificación y atención en los avisos que son emitidos incluso antes de accionar los caminos maliciosos, así como actualizar periódicamente el *browser* que forma parte de la nueva cultura digital en la actualidad.

Incluso de este modo, existe resistencias respecto a la confianza sobre la autenticidad y seguridad de los documentos digitales, tanto para quien confía sus datos como para quien tiene la misión de certificar las claves de autenticidad.

De este modo corresponde al desarrollo de tecnologías el llegar a presentar mayor capacidad de seguridad, y una de estas líneas de desarrollo está en las

5 Janelas que aparecem automaticamente e sem permissão sobrepondo a página do browser após o usuário acessar um site. Geralmente contem links que levam algum software malicioso. (BRASIL, 2006). Traducción libre: Ventanas que aparecen automáticamente y sin permiso superponiendo la página del browser luego de que el usuario accede a un sitio. Generalmente contienen links que tienen algún software malicioso. (BRASIL, 2006).

combinaciones criptográficas más avanzadas para evitar el acceso indebido, para proteger la propiedad intelectual y la identidad, así como para convertir al mensaje digital con los cuidados de autenticidad. En este sentido, *"a capacidade de tornar um documento sigiloso, seguro e inviolável torna-se inerente às assinaturas digitais, pois oferece uma arma considerada vitoriosa no combate a eventuais problemas de invasões na rede"* (BEHRENS, p. 57). Traducción libre: "la capacidad de convertir a un documento secreto, seguro e inviolable tornando lo inherente a las firmas digitales, pues ofrece un arma considerada victoriosa en la lucha contra eventuales problemas de invasiones en la red" (BEHRENS, p. 57). Otro aspecto directamente ligado a la seguridad de los datos se refiere a los aparatos legales que precisan de esta autenticidad como pruebas materiales de autoría.

2.4.3 Aspectos Jurídicos de la Documentación Electrónica

El tema se refiere a los documentos electrónicos frente al documento de papel, señalando a los primeros como más rápidos, de mayor circulación, conservación, transmisibilidad y seguridad. La cuestión de la seguridad de los documentos electrónicos es que se evidencia como discusión entre los juristas y la sociedad.

En este contexto es importante hablar de los hechos jurídicos (acontecimientos jurídicos), pues son éstos los que emiten los efectos jurídicos causando el nacimiento para la modificación o para la extinción de las relaciones jurídicas y de sus derechos. En este sentido, los hechos jurídicos indican tanto la declaración de voluntad como para la abstención u omisión.

Ventura (2010) destaca la existencia de hechos jurídicos en dos categorías: voluntarios e involuntarios. Los voluntarios serían consecuencia de la voluntad humana, es decir, serían la deliberación consiente del sujeto de derecho y revertidos de derecho positivado, teniendo en cuenta que no son todas las acciones humanas que generan actos jurídicos, y sí aquellas que revertidas de conformidad con el orden jurídico y en base legal integran la categoría de actos lícitos o ilícitos. Los hechos jurídicos involuntarios se refieren a los acontecimientos que incluso sin la voluntad consiente producirán repercusiones al punto de alcanzar un bien jurídico de determinada persona.

En el mundo de los negocios ocurren hechos jurídicos de relevancia para el derecho, tales como la capacidad del agente, la legitimidad de las partes, el consentimiento entre las partes, la determinación del objeto y la forma prescripta de la acción y la presencia o no de impedimento en la ley. En el ámbito del derecho privado la autonomía de la voluntad generadora de un hecho jurídico precisa tener efectos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

jurídicos, si así lo determina la ley. De esta forma, para la materialización de un negocio jurídico requiere la declaración de voluntad, de la presencia de los hechos en ley y de los medios productores de acontecimientos. Uno de estos medios es el documento electrónico que se realiza por vía digital, con la presencia de un negocio firmado entre partes interesadas utilizando una computadora como recurso tecnológico de intercambio de datos e informaciones (MARCACINI 2002).

Entre los elementos más requeridos para el documento electrónico está la capacidad de identificar la autenticidad del autor y la imposibilidad de alteración de los datos originales encontrándose en este campo las mayores preocupaciones de los juristas, de los negociantes y de los consumidores.

En los contratos electrónicos puede darse el proceso de construcción de los documentos a través de intercomunicación entre sistemas previamente programados en el cual no están presentes la acción humana en la comunicación. Generalmente son utilizados protocolos como padrón de documentos normalmente utilizados en redes cerradas valiéndose de aplicativos específicos que emiten contratos intersistémicos (SANTOS, 2000).

Otra modalidad de contrato involucra directamente a las partes por una constitución libre de voluntad que intercambian datos e información y que firman negocios. Esta modalidad es comúnmente utilizada a través de los *chats rooms*, por *e-mail* o en ambiente virtual específico de negocios. Se puede citar también a un tipo de contrato que surge de actividades interactivas involucrando a una persona y a un programa interactivo previamente programado. Se refiere a uno de los más utilizados, que es el sistema de negocios electrónicos (SANTOS, 2000).

El punto en común entre los tipos de contrato es que para firmar la autenticidad de los negocios electrónicos es necesario que estén insertos algunos principios de ambas partes contratantes. Uno de estos principios es la buena-fe objetiva, y se refiere a la conducta social extrajudicial requerida en las diferentes fases del negocio permeada por la lealtad, por la honestidad, por la confianza, por la cooperación, por la buena intención. Este aspecto es altamente relevante en el tema sobre el comercio electrónico y tiene como termómetro la confianza del consumidor en base a la reputación del vendedor o negociante, del mismo modo que el consumidor cumplidor o no de los contratos firmados, de este modo ambos pueden tener acceso a la reputación comercial y luego del contrato emiten nuevos datos de reputación ampliando a otros consumidores y negociantes informaciones sobre la confianza de las partes, sea para otros interesados o incluso para nuevos negocios con el mismo sujeto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

El principio de buena fe ha sido uno de los más ordenados, por promover la confianza así como se presenta en el medio virtual por su rapidez y alcance en un vehículo promotor o destructor de reputación negocial, así como está anunciado en el Código Civil brasileño en el art. 422 que dice: *"os contratantes são obrigados a guardar, na conclusão do contrato e em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".* Traducción libre: "los contratantes se encuentran obligados a respetar, en la conclusión del contrato y en su ejecución, los principios de probidad y buena-fe". Por lo tanto, los negocios que involucran valores éticos y morales que permean la conducta humana en sociedad y que deben ser observados en los negocios electrónicos.

Presente la buena-fe se afirma el principio de autonomía de la voluntad, que involucra decisiones comportamentales frente a la determinación de acuerdos frente a contenidos y objetos generadores de hechos jurídicos. Se extiende, en esta moda la autonomía privada cuando los contratos determinan tipos jurídicos basados en normas que deben ser seguidas para que el negocio sea reconocido, quedando de esta forma la voluntad sometida a la justicia de orden público.

Firmada la voluntad de los contratantes permeadas por los dictámenes legales y orientados por conductas de buena fe surgiendo la importancia del principio de equivalencia funcional de los contratos que requiere validación igualitaria para los formados en papel con firma legítima. En este contexto, surgen las peculiaridades de los negocios virtuales y la amplia discusión sobre la validez de la firma electrónica.

2.5 E-commerce: Aspectos Jurídicos

La informática posee técnicas de digitalización, almacenamiento, transporte de datos y disponibilidad para los usuarios. Además de estos factores, y debido a la creciente evolución de los procesadores, está disponible una infinita posibilidad de tratamiento de estos datos. Es en este contexto de imprevisibilidad del tratamiento de datos que se inserta la perspectiva de la mediación comercial por medio de la legislación. Las diversas e imprevisibles formas de lidiar con los datos, de uso de los recursos y los fines propuestos no poseen límites.

La tecnología informática coloca a disposición humana una herramienta de vasta probabilidad, y el hombre con su capacidad, inteligencia y creatividad prosigue descubriendo nuevas maneras de beneficiarse con los recursos tecnológicos. Estas creaciones implican nuevas relaciones con el mundo exterior, entre pares. Es decir, necesariamente existe un cambio del propio hombre, tanto por las experiencias con

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

lo nuevo y en mayor velocidad como por las nuevas relaciones que esta creación proporciona.

Entonces, se llega al núcleo de la cuestión: la necesidad de análisis de los aparatos jurídicos frente a esta realidad de constante cambio de la creación humana y de sus relaciones, en particular en el enfoque sobre las relaciones comerciales. Como acomodar una legislación ante factores sociales en constante proceso, y ¿por qué no decirlo, en imprevisible efecto socio económico? ¿Cómo prevé algo imprevisible en las relaciones comerciales? ¿Cómo obtener pruebas materiales para dar soporte jurídico a algo inmaterial? ¿Cómo fiscalizar algo virtual, inmaterial, que depende en cierta forma de la propia cultura de las relaciones cibernéticas?

Éstas y otras cuestiones componen un estudio sobre el derecho e *internet*, dirigido específicamente a las relaciones comerciales, es decir al comercio electrónico. Para ello, se ha delineado, inicialmente, abordar a la ley como fuerza jurídica de mediación de las relaciones entre los hombres, y a continuación se presenta la legislación actual que trata los conflictos referentes a las relaciones comerciales originadas de los medios electrónicos.

El capítulo tiene como justificativa presentar el estado actual de la legislación brasileña y de algunos países de América Latina en el contexto del Derecho Comparado para servir de subsidio teórico para el análisis y discusión de los datos relevados en la investigación de campo, y proporcionar, de este modo, soporte para un posicionamiento crítico sobre la legislación y el comercio electrónico.

2.5.1 Seguridad en los Procesos de *E-commerce*

Tres requisitos básicos son necesarios para señalar que un recurso e seguro: confidencialidad, integridad y disponibilidad. Estos tres requisitos están íntimamente relacionados, y la fragilidad de uno de estos compromete la funcionalidad de los otros. El quiebre de la confiabilidad compromete el acceso, es decir, la integridad de los datos queda comprometida del mismo modo que la disponibilidad insegura de acceso viabiliza la diseminación de acciones ilícitas.

La confidencialidad se refiere a la certeza de que la información estará disponible sólo para los autorizados. La integridad garantiza la conservación de los datos sin ser corrompidos o destruidos, y la disponibilidad se presenta cuando el acceso es posible en cualquier momento.

Estos requisitos tienen en miras evitar invasiones en la privacidad de los datos personales y comerciales para usos ilícitos. Sin embargo, hay cuidados personales

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que pueden evitar el uso ilícito de señas de acceso, entre éstos se encuentra la creación de una secuencia que no tenga datos obvios y relacionados directamente a la persona tales como datos personales, fechas, patentes de autos, también estrategias de seguridad con palabras clave. Estas y otras recomendaciones están presentes en la *Cartilha de Segurança para Internet,* elaborada por el Comité Gestor de *Internet* en Brasil (BRASIL, 2006).

Sin embargo, más allá del trato de seguridad en el sentido de los procesos operacionales del sistema y de la estructura de los dispositivos virtuales, corresponde al Estado proporcionar seguridad jurídica frente a las mediaciones de conflictos y para su prevención por medio de leyes pertinentes para la resolución y ordenamiento de los trámites y protección al consumidor.

Del mismo modo, la responsabilidad del propio internauta en la búsqueda de conocimiento, información y cuidados que se presentan frente a la realidad del cambio constante, desarrollo y crecimiento de los procesos virtuales, principalmente relacionado al Comercio Electrónico que exige atención en referencia a las ofertas de productos y servicios.

Por lo tanto, la Seguridad de los medios electrónicos involucra tres campos de responsabilidad: el emisor del acceso, en caso de los *sites*; el gobierno con acciones de control, y la propia persona portadora de contraseñas y claves. Este conjunto de responsabilidades constituye la Seguridad de la Infovía, cada uno con sus atribuciones.

2.5.2 Los Negocios Virtuales

Ante la realidad creciente del sistema de comercio electrónico, con el surgimiento de diferentes modalidades de comercialización de productos y servicios y con el surgimiento de diferentes tipos de negocios, así como con la extinción de otros segmentos comerciales y productivos, la legislación no está y no puede estar ajena a este proceso. Sin embargo, debe tener claro que *internet* y sus procesos no pertenecen a un país, sino que es un sistema mundial que no posee barreras temporales ni geográficas, y que el acceso no tiene límites ni control. Por esta razón, al tratar sobre el aspecto jurídico de *internet* se debe tener en cuenta la condición de flexibilidad, dinámica y principalmente de seguridad jurídica dentro de las posibilidades que el sistema proporciona.

Uno de los aspectos diferenciales, más evidentes entre el comercio presencial y el electrónico está en la estructura de negociación. Los productos y servicios están dispuestos en el campo virtual, el intercambio de información y pago no es realizada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

con ninguna intervención humana, todas son mediadas por programas padrón pre-elaborados para intercambio electrónica de datos y con sistema interligado con otras instituciones financistas para la realización de las facturas del cierre del negocio. Sin embargo, el comercio electrónico va más allá de una nueva versión de negociación emparejada a la tradicional. Surgen nuevas modalidades de negociación acompañadas por la oferta creciente de estructuras virtuales.

El término virtual aquí tratado tiene como parámetro los estudios y definiciones tratados en la obra de Lévy (1999). En la concepción del referido autor, lo virtual es el conductor, el transmisor para la realidad. Se refiere a las posibilidades creadas por un tipo de tratamiento de la realidad, por un tratamiento diferenciado del real tiempo y espacio, así como en sentido físico y palpable que se modifica en la manera peculiar de abordar una realidad. En el estudio que se está tratando que versa sobre el comercio y las formas de comercializar productos y servicios que existen en el campo físico y se expresaron en el proceso histórico por medio de intercambio, de compras y de ventas, en el parcelamiento de los valores, y todo lo otro que involucra el comercio. En el campo virtual este proceso también existe, pero la realidad de la realización de la comunicación se efectiviza por otra forma, utilizando otros mecanismos, otros instrumentos. En el proceso virtual las partes no están presentes físicamente, sino que están presentes, en la *"a virtualização é um dos principais vetores da criação da realidade"* (LÉVY, 1999, p.18). Traducción libre: "la virtualización es uno de los principales vectores de la creación de la realidad" (LÉVY, 1999, p.18).

En este sentido, la ley dirigida a este tema no puede delinearse por el tiempo, ni por el espacio, ni por la presencia, ni por la relación lineal entre personas, pues lo virtual, en el caso, el comercio efectivizado en el campo *on line*, involucra al mismo tiempo diferentes agentes. Entonces, la transición electrónica puede ser colocada como posibilidad delo real, en una versión diferenciada pero aún de este modo real. Por lo tanto, escapa del concepto de que lo virtual es imaginario, irreal o inexistente.

> *Todo ato registrável cria efetivamente ou virtualmente informação, ou seja, numa economia da informação, riqueza. Ora, o ciberespaço é por excelência o meio em que os atos podem ser registrados e transformados em dados exploráveis. Por isso o consumidor de informação, de transação ou de dispositivos de comunicação não cessa, ao mesmo tempo, de produzir uma informação virtualmente cheia de valor. O consumidor não apenas se torna o coprodutor da informação que consome, mas é também produtos cooperativos dos*

> *mundos virtuais nos quais evolui, como agente de visibilidade do mercado para os que exploram os vestígios de seus atos no ciberespaço (LEVY, 1999, p. 63).*

En el caso del comercio electrónico, sería una relación que existe y que ha sido efectivizada por una instrumentalización digital *on line*, valiéndose de tecnologías computarizadas. Esta definición y concepto son de gran valía para analizar el aspecto jurídico de los negocios virtuales, principalmente cuando precisa tratar la materialidad de las pruebas.

Si consideramos lo virtual para lo no material, no existiría la hipótesis de argumentación y pruebas correspondientes. Por lo tanto, al comprender y afirmar que lo virtual es real, se está afirmando la existencia de una comunicación diferenciada, desprendida del aquí y ahora, o de los hechos presenciales, pero aún así correspondiente a la materialidad. De este modo, las pruebas de las transacciones comerciales realizadas por la infovía tendrán el mismo respaldo de los negocios realizados en el campo físico. Sin embargo, lo que hay que considerar es el "cómo", "cuál" y "de qué forma" tomando y confirmando esta materialidad porque existe un hecho social generador de una relación. Es en este contexto que se inserta la preocupación del Derecho de *internet*.

2.5.3 Documento Electrónico en los Negocios Virtuales: Validez Jurídica

Internet encierra una nueva percepción y comprensión sobre los aspectos jurídicos, en la cual se abre una nueva vertiente en la búsqueda de adaptaciones para las legislaciones frente a los cambios en el nuevo contexto social, que tienen como fundamento el equilibrio social, político económico y jurídico, que exige un esfuerzo de ajuste de las estructuras e institutos jurídicos existentes y la creación de nuevas metas legislativas. La nueva demanda económica impone, en particular, un marco para estos cambios tanto en relación a las leyes como en relación al comportamiento de las personas para una nueva modalidad de compra y venta que se caracteriza por el predominio del conocimiento y de la información.

El mundo virtual expone infinitas ideas, posibilidades, informaciones y posibilitan el acceso a todo lo que busca este tipo de comunicación. En el campo de los negocios por vía de *internet*, comúnmente llamado *e-commerce, e-bussiness*, comercio electrónico, entre otros, viabiliza una nueva modalidad de transacciones negóciales en la red mundial sin el obstáculo geográfico.

Esta realidad amplía la competitividad para los negociantes tal como exige del consumidor una nueva cultura de comercialización, en la cual la presencia de las

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

partes y de los documentos rompe las fronteras del tiempo y del espacio, permaneciendo su existencia, pero siendo *"mais flexíveis, mais ricos em conteúdo de multimídia e menos presos ao papel, as formas de colaboração e comunicação entre as pessoas se tornarão mais ricas e menos amarradas ao local onde foram instaladas"* (GATES, MYHRVOLD; RINEARSON, 1995, p. 173). Traducción libre: "más flexibles, más ricos en contenido de multimedia y menos presos del papel, las formas de colaboración y de comunicación entre las personas se tornaron más ricas y menos amarradas al lugar donde fueron instaladas" (GATES, MYHRVOLD; RINEARSON, 1995, p. 173).

Un documento en el ámbito jurídico se refiere a un instrumento físico en el cual se tiene la comprobación de un hecho y de acontecimientos pretéritos, y coloca en evidencia una voz pronunciada, un pensamiento manifestado y registrado, que sirve como instrumento de convicción, "un marco concreto del *factum probandum*". (MARQUES, 2011, p. 122) de esta forma, el documento, o los datos documentales se refieren a la fijación material de hechos y acontecimientos y que sirven como prueba para la convicción de la existencia de estos hechos y acontecimientos registrados materialmente.

Este soporte tiene peso considerable para los magistrados que privilegian la representación material del pensamiento y del hecho en su forma escrita, y en el complejo considerado del mismo modo, los documentos digitales por ser documentos materiales de comprobación. Lo aquí transcripto, considerado por Volpi Neto (2001) se amplía del escrito propiamente dicho también para el registro fotográfico, fonográfico y cinematográfico, el diseño, la pintura, la carta topográfica y los gráficos, modelos de yeso, madera, y plástico entre otros que son las diferentes representaciones de comprobación de los hechos y acontecimientos que son considerados como elementos materiales por el jurista.

Por lo tanto, este tipo de direccionamiento es considerado, más allá de las palabras literalmente escritas, y del mismo modo son considerados en los tiempos actuales los documentos electrónicos, que se encuentran insertos en la realidad actual principalmente en el ámbito de los negocios. En este sentido, *"Qualquer objeto apto a conservar o registro de algum fato durante todo o tempo necessário para esse registro ser transmitido sem alteração ao conhecimento do julgador, e que produza efeitos no processo, é documento"* (MARQUES, 2007, p. 130-131). Traducción libre: "Todo objeto apto para conservar el registro de algún hecho durante todo el tiempo necesario para que este registro sea transmitido sin alteración para el conocimiento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

del juez, y siendo el documento que produzca efectos en el proceso" (MARQUES, 2007, p. 130-131).

En esta línea de pensamiento se considera al documento electrónico con los mismos elementos válidos que un documento en papel, lo que diferenciará en cuanto fidelidad está en el soporte utilizado para su materialización, tal como menciona Gandi; Salomão (2002, p. 10): Queda por destacar que *"o suporte utilizado para a materialização do documento garantirá o grau de fidelidade em relação ao que o autor quis representar"*. Traducción libre: "el soporte utilizado para la materialización del documento garantizará el grado de fidelidad en relación a lo que el autor quiere representar". Esta preocupación tiene como fundamento la característica volátil de almacenamiento de la información, como por ejemplo la posibilidad de alteraciones de datos.

Aunque sea patente este disenso sobre la cuestión de la valoración jurídica del documento informático, no se puede dejar de registrar, que gracias al gran avance tecnológico, actualmente, se tornó innegable que los ciberdocumentos pueden, efectivamente cumplir de hecho con los requisitos de las pruebas, a través de su integridad, inalterabilidad, veracidad y exactitud (MARQUES, 2007, p. 131).

De este modo, debido a la agilidad, al poder de conservación y de transmisión de información, los documentos electrónicos superan los registros en papel, principalmente en el tema conservación y, de transmisibilidad que entretanto queda el desarrollo de soporte para ampliar la confiabilidad de los ciberdocumentos , habida cuenta que es la seguridad que la que va a garantizar el éxito de las transacciones, y cada vez han sido creados más instrumentos físicos, operacionales y para adaptaciones legales para este fin, y de este modo se puede llegar a haber encaminado la equiparación de los documentos digitales a los tradicionales registros en papel y, en consecuencia poseen validez jurídica (BARBAGALO, 2001).

2.5.4 Fraudes en *Internet*

La cuestión de los fraudes que pueden ocurrir en *internet*, principalmente en cuanto al uso de datos personales para operaciones ilícitas, han sido una de las mayores preocupaciones de los usuarios del *e-commerce*. Este tipo de operación llamada Ingeniería Social se ha desarrollado para usurpar datos e información, con diferentes ejemplos de fraudes como clonaje de contraseñas, datos bancarios, acceso a e-mails que han sido realizadas para hacer operaciones ilícitas. Uno de los sistemas que más se tienen en cuenta son *internet banking* y el comercio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

electrónico, por requerir la inserción de datos personales y señas para la realización de los negocios.

Una de las operaciones utilizadas por la Ingeniería Social es el *scam* (golpe) con fines de obtener ventajas financieras. En el campo de fraude por vía tercerizada son los mensajes portadores de *phishing scam*[6], que tienen la función de obtener datos para usos ilícitos llevando a la persona a acceder a páginas fraudulentas. La estrategia es la inducción o amenaza a consecuencias en caso de no ser identificados determinados datos o en caso abrir o de bajar archivos. Otra estrategia es la curiosidad sobre noticias de famosos o de traición, de desnudez, de pornografía, de chats. En este proceso la computadora y los datos quedan vulnerables al acceso a los *links* o para bajar archivos.

*Site*s de subastas o de ofertas muy por debajo en el mercado poseen seguridad dudosa y pueden ser canales de acceso a datos para fines ilícitos. En este caso es necesario que el usuario verifique la procedencia y la certificación del *site* de subastas y que investiga los precios de los productos ofrecidos para certificar la posibilidad de fraude por medio de precios atractivos.

El pedido anticipado de pago también debe ser tema de extrema atención, y para ser realizado sólo a los *site*s que poseen certificación por la autoridad certificadora. En este contexto, una de las mayores preocupaciones en cuanto al clonaje y a la captación de datos está en el acceso a sitios de comercio electrónico, por involucrar el atractivo del consumo. En este caso el usuario precisa intentar el ícono de certificación. Cuando el *site* no tiene seguridad sobre la dirección mostrada en el browser que se presenta diferente a la dirección correspondiente al *site* verdadero (CARVALHO, 2005).

*Site*s no ligados directamente al comercio, sino que registran datos, por ejemplo, de tarjeta de crédito y de identificación personal, puede ser utilizado para la captación maliciosa. Los casos de fraude diseminan la preocupación del uso de los

6 *Phishing*, também conhecido como *phishing scam*, foi um termo originalmente criado para descrever o tipo de fraude que se dá através do envio de mensagem não solicitada, que se passa por comunicação de uma instituição conhecida, como um banco, empresa ou site popular, e que procura induzir o acesso a páginas fraudulentas (falsificadas), projetadas para furtar dados pessoais e

financeiros de usuários (BRASIL, 2006, vol. IV, p.35). Traducción libre: *Phishing*, también conocido como *phishing scam*, ha sido un término originalmente creado para describir el tipo de fraude que se da a través del envío de un mensaje no solicitado, que pasa por la comunicación de una institución conocida, como un banco, empresa o site popular, y que procura inducir al acceso a páginas fraudulentas (falsificadas), proyectadas para hurtar datos personales y financieros de usuarios (BRASIL, 2006, vol. IV, p.35).

medios electrónicos, y al mismo tiempo crea y amplía la cultura de los cuidados con los sitios no seguros. En este contexto, corresponde destacar que:

> *Normalmente, não é uma tarefa simples atacar e fraudar dados em um servidor de uma instituição bancária ou comercial. Então, atacantes têm concentrado seu esforços na exploração de fragilidades dos usuários, para realizar fraudes comerciais e bancárias através da Internet (BRASIL, 2006, vol.IV, p. 34)*

Por esta razón, ciertos cuidados deben ser observados por el usuario, tales como la verificación de la procedencia del *site* y de las ofertas disponibles. Precios atractivos ey por debajo del mercado, *site*s de subastas, e-mails de direccionamiento entre otras herramientas que pueden ser potencialmente maliciosos. El riesgo de recibir productos que no condicen con el adquirido, o incluso no recibirlos son posibilidades frente a la amplia oferta disponible en el medio virtual.

Según Ferreira (2008); Scotti (2010); Matte (2001) el consumidor tiene el papel de estar atento a los riesgos, habida cuenta de que el Estado no posee la operatividad de control efectivo de este sistema que se actualiza constantemente. Entre las sugerencias presentadas en la *Cartilha Segurança de Internet* (BRASIL, 2006) está la investigación de mercado por parte del consumidor sobre el producto o servicio para comparar. En estos casos productos por muy abajo del mercado deben ser cuidadosamente investigados, del mismo modo la oferta de servicios o las ganancias con beneficios excesivos y con porcentajes de ingresos ventajosos. Ofertas de trámites inter estaduales y negocios internacionales son utilizadas para sensibilizar la inserción de datos personales para la obtención de ganancias financieras y muchas veces utilizadas como canal de acceso para acciones de golpe y estelionato.

Entre los indicios de ofertas maliciosas está la presentación de cuantías astronómicas de ganancia, el pedido de depósito adelantado para proseguimiento de los trámites de los supuestos negocios y de la caracterización visual de los *site*s los que generalmente utilizan letras mayúsculas, con palabras tales como "URGENTE", "CONFIDENCIAL", con letras de colores vivas y destacadas con movimiento para llamar la atención y atraer al consumidor o negociante, sea en e-mails y en acceso privado, como en los laterales de *site*s de entrada por el usuario, que se siente atraído por la oferta, por la noticia vinculada o por anuncios de relación colocándolo en riesgo cuando tiene acceso al *link*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Es el papel del consumidor tener cuidado con *site*s atractivos y con estas peculiaridades pudiendo evitar el acceso así como no debe ofrecer datos personales y principalmente no debe enviar valores anticipados.

En estos casos de fraude poco puede intervenir el Estado, ya que los creadores no poseen registro comercial, no se identifican y crean mecanismos de bloqueo para rastrear, en el caso, no verificado por el usuario que imposibilita la búsqueda del defraudador.

Generalmente este tipo de fraude se vale de estrategias para inducir al usuario a insertar datos o a instalar códigos proyectados para hurtar (*Phishing/scan* – pescar)[7] como el completar formularios con datos personales y financieros, el uso de *web can* pedido para ser accionado con intención de captar claves y datos.

Suportes no directivos al tema sobre finanzas y negocios de compra y venta también son utilizados para captar datos, tales como *site*s de relación, de acceso a imágenes y videos de celebridades y de pornografía, propaganda, entre otros que se actualizan y que surgen constantemente mediante la creatividad de personas maliciosas y debido al descubrimiento de los *site*s que se ramifican o que migran hacia otras nomenclaturas.

Diferentes sugerencias han sido presentadas para que el usuario se prevenga contra los riesgos de fraudes y robo de datos, tales como la lectura atenta de los mensajes, el pasar el cursor sobre el *link* y verificar si la institución mencionada aparece en la barra de *status* del programa de lector (*browse*r), evita bajar o tener acceso a archivos con extensión en la cual generalmente viene adicionado al final por el término "exe", "zip", "scr", así como la solicitud de instalación/ejecución de archivos y programas (BRASIL, 2006, vol. IV).

Acceder a la página original del *site*, institución o empresa siendo también cuidados que el usuario puede utilizar para prevenirse al identificar que la página posee otro *link*, apariencia diferente, y que expresa el tipo de contacto con sus clientes diferentes a los anunciados por el defraudador.

7 Phishing, termo originalmente criado para descrever o tipo de fraude que se dá através do envio de mensagem não solicitada, que se passa por comunicação de uma instituição conhecida, como um banco, empresa ou site popular, e que procura indizir o acesso a páginas fraudulentas (falsificadas), projetadas para furtar dados pessoais e financeiros de usuários (BRASIL, 2006, vol. IV fraudes, p. 18). Traducción libre: Phishing, término originalmente creado para describir el tipo de fraude que se da a través del envío de mensaje no solicitado que pasa por comunicación de una institución conocida como un banco, empresa o site popular, y que procura inducir al acceso a páginas fraudulentas (falsificadas), proyectadas para hurtar datos personales y financieros de usuarios (BRASIL, 2006, vol. IV fraudes, p. 18).

El sistema operacional de los programas de acceso a *internet* se orienta a la alteración dela configuración del *browser* para restringir la ejecución de *JavaScript* y de programas *Java o ActiveX*, excepto para casos específicos.

La presencia de una cadena cerrada en la línea del *browser* de la página de acceso indica un sistema de seguridad, si el encadenado estuviera abierto el *site* no sería seguro. El término seguro accionado automáticamente proviene de registros de la presencia de un sistema de seguridad oficial padrón.

Otro dispositivo oficial de seguridad del acceso a *internet* se refiere a la presencia del certificado de seguridad de *internet* que indica que el *site* posee soporte de protección. Al pasar el *mouse* sobre el *link* accionando el descriptor del sistema. En caso de que el *link* sea falso, es decir que la representación gráfica esté sólo como una figura, no aparecerá la indicación de la procedencia y se cliqueará sin ser encaminado a ningún sistema informativo del sistema.

Uno de los procedimientos básicos mencionados por Albertin (2010) en referencia a los trámites en comercio electrónico está en comprobar si la dirección digitada permanece inalterada en el momento en que el contenido del *site* es presentado en el *browser* del usuario. Existen situaciones en las que el acceso a un *site* puede ser redireccionado hacia una página falsificada. Del mismo modo la verificación del programa antivirus y su debida actualización diaria formarían parte de procedimientos necesarios para el usuario contra ataques, invasiones e interceptación del sistema privado de *internet*.

Por lo tanto, la curiosidad, la atracción por beneficios financieros, la adquisición de productos y servicios con precios atractivos y ventajosos, con información sobre fraude y sobre algunos procedimientos operativos entre otras conductas del consumidor que deben ser parte de los procesos de información a ser divulgada por la media y aparatos gubernamentales de educación, sin embargo, recae sobre el usuario la mayor responsabilidad debido a la inoperancia del Estado en el control del surgimiento de las estrategias de fraude.

Corresponde mencionar como pertinente los casos de rumores que circulan en *internet* en cuanto a la inseguridad del sistema. Estos factores pueden llegar a una base de inestabilidad del uso de los medios electrónicos al ser propagados en modo de diseminar informaciones no verídicas o de orientar hacia excesivos cuidados para con los trámites en infovía. La presencia de fraudes y la necesidad de cuidados es un hecho, sin embargo, el negocio virtual ha sido cada vez más utilizado, más seguro y comprometido con la ética, principalmente porque los casos son

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

automáticamente anunciados, principalmente en las redes sociales, permaneciendo, en el caso del *e-commerce*, con empresas y negociantes lícitos, que conquistaron la confianza del público frente a la honestidad del proceso de compra y venta, de los datos ofrecidos y requeridos y principalmente de las inversiones para una certificación de seguridad.

Nuevamente, recae sobre el usuario la atención personal en cuanto al acceso y a los procedimientos, así como el verificar la procedencia de los rumores y la veracidad de los hechos.

En el contexto de la seguridad de *internet* se anuncian políticas que responsabilizan a los autores de los *site*s, definiendo las atribuciones pertinentes a los sistemas de protección al usuario y previniendo las penalidades correspondientes a las cuales están sujetos aquellos que incumplan con la política. En este conjunto de dispositivos existen derechos y deberes tanto de los responsables de los recursos de computación como de los creadores delos *site*s de acceso, pero también de los usuarios.

2.6 E-Commerce y Seguridad Jurídica

Entre las iniciativas regulatorias direccionadas al CE existe un esfuerzo internacional en el lanzamiento de la *Ley Modelo Uncitral*, elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional el 11 de diciembre de 1985 (UNCITRAL, 1985) modificada en 2006 que tiene como objetivo dar soporte al legislador nacional en un conjunto de reglas aceptables en el ámbito internacional que le permitan traspasar y tratar los obstáculos concernientes para el mercado electrónico. Por lo tanto, la *Ley Uncitral* tiene en miras crear un marco jurídico que permita el desarrollo más seguro de las vías electrónicas de negociación designadas por el CE, y se aplica a cualquier tipo de información en la forma de mensaje de datos usada en el contexto de las actividades comerciales que hacen uso de la infovía (FERREIRA, 2008).

Consta en el propósito de la propuesta Uncitral la necesidad de promover la uniformidad de la aplicación de la ley y la observancia de la buena-fe en el contexto de las negociaciones comerciales. Menciona como parte de igual magnitud las acciones tradicionales de los procesos de negociación que hacen uso del ambiente físico y material así como de los ambientes virtuales. Cuando surgieron oposiciones recurriéndose a la "Convención de Arbitraje" en la cual las partes se someten a una determinada relación jurídica para la resolución de problemas contractuales o extra-contractuales.

La propuesta tienen influencia directa en las leyes locales de los países que fundamentan la legislación en el propósito de mediar los conflictos y direccionar soluciones, con miras a salir de la realidad de la reglamentación estrictamente local, debido a los siguientes argumentos:

> *As inadequações que se encontram, de forma recorrente, em leis nacionais desatualizadas incluem disposições que igualam o processo de arbitragem à litigação judicial e a disposições fragmentárias que não abordam as questões mais relevantes da lei substantiva. A maior parte destas leis que parecem ser atuais e exaustivas foram feitas tendo em conta sobretudo, senão mesmo exclusivamente, a arbitragem a nível nacional. Embora esta abordagem seja compreensível na medida em que, mesmo hoje em dia, a maior parte dos casos regulados pela lei da arbitragem são de natureza meramente nacional, a consequência negativa é que os conceitos tradicionais locais são aplicados a casos internacionais e não satisfazem as necessidades da prática corrente (UNCITRAL, 1985, parte II, 6, p. 30).*

En el contexto nacional el recorrido de la reglamentación se presenta en el Decreto n. 2.181 del 20 de marzo de 1997 que establece las normas generales de aplicación de las sanciones administrativas prevista en la Ley n. 8.078/90, referente al mencionado Código de Defensa del Consumidor (CDC), y posteriormente se fundamentó con la reglamentación de la referida ley por medio del Decreto Ley n. 7.962 del 15 de marzo de 2013, que trae las normas de protección y defensa del consumidor a ser observadas en el ámbito del comercio electrónico.

En Brasil, antes de 1991, la defensa del consumidor se encontraba prácticamente desamparada de dispositivos legales. La compra de productos y servicios de mala calidad, la insatisfacción de los negocios y perjuicios era soportada por el consumidor o era negociada directamente con el comerciante. De este modo, el consumidor, no teniendo a quien recurrir estando desprovisto de protección jurídica. Sin embargo, la Ley nº 8.078 del 11 de septiembre de 1990 vino a suplir esta deficiencia legislativa teniendo como principio lo presentado en el artículo 4º, donde refiere que el consumidor es la parte vulnerable en el proceso de negociación y de adquisición de bienes y servicios, y para ello, el Estado reconoce el deber de proteger efectivamente al consumidor, sea por iniciativa directa, sea por incentivos para la creación y desarrollo de asociaciones representativas, por la

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

presencia del Estado en el mercado de consumo, por la garantía de los productos y servicios con padrones adecuados de calidad, seguridad, durabilidad y desempeño.

Diferentes aspectos de defensa son enumerados en la legislación de protección y defensa del consumidor como el derecho a exigir que todo lo que haya sido anunciado sea cumplido, y en caso contrario, el consumidor tiene derecho a cancelar el contrato y a recibir la devolución de la cuantía que haya pagado, o de ser indemnizado por quien le vendió el producto o por quien le prestó el servicio, inclusive por daños morales (art. 6º, BRASIL/ CDC, 1990). De este modo, la publicidad engañosa y abusiva se encuentra prohibida por el Código de Defensa del Consumidor y es considerada delito, según lo dispone el art. 67 (BRASIL/ CDC, 1990).

Otro aspecto para destacar está en las prácticas abusivas previstas en el CDC (art. 30, Brasil, 1990) y se refiere a la prevalencia de la debilidad o ignorancia del consumidor, sea debido a la edad, salud, conocimiento o posición social, en la cual el proveedor pasa a endosarle sus productos o servicios.

Otras contravenciones penales descriptas, a partir del art. 61 de la legislación que se está tratando componen el armazón jurídico de defensa del consumidor, por lo tanto, cuando se violan los derechos en el contexto comercial pudiéndose recurrir a la Justicia y pedir a la autoridad competente que determine al proveedor que ellos sean respetados. Así como permite que, en ciertos casos, sea invertido el ônus de probar los hechos. Corresponde destacar que los crímenes descriptos en el Título II del CDC (BRASIL, 1990) referente a las infracciones penales contra las relaciones de consumo son aplicadas sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y de leyes especiales.

En relación a las exigencias de proveer la garantía, existiendo en el CDC dos tipos: la garantía legal y la contractual. La garantía legal no depende del contrato que fue realizado, ya que está prevista en la ley (Arts. 26 y 27, CDC) atribuyendo 30 días para los productos no durables y 90 días para los durables (Art. 26, CDC). La garantía contractual completa la legal y es dada por el propio proveedor. Llamándose término de garantía (Art. 50, CDC). El término de garantía debe explicitar: lo que está garantizado, cuál es su plazo, cuál es el lugar en el que debe ser exigido. El término de garantía debe ser acompañado de un manual de instrucción ilustrado, en portugués, y de fácil comprensión. No entregar el término de garantía, debidamente completado, esto sería un delito (Art. 74, CDC). Sin embargo, el consumidor precisa tener consigo el Certificado de Garantía debidamente completado por el comerciante junto al recibo fiscal que le dará soporte legal para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

requerir los derechos, así como se identifica el tiempo transcurrido de la adquisición del producto o servicio.

Problemas de calidad tienen como punto de defensa la identificación de defectos inmediatos como de vicios de calidad y cuando después de la reparación permanezcan o surjan problemas análogos al inicial. En estos casos, se asegura al consumidor el reclamo, la solución del problema, con la sustitución del producto, la restitución de la cuantía paga o la baja proporcional en el precio, dependiendo de cada situación (Art. 18, CDC). Si aún así no hubiera solución, el organismo de defensa al consumidor, al ser accionado dará soporte y orientación jurídica, o incluso la articulación de mediación o el recurrir a la Justicia.

Otro aspecto de amplio reclamo de los consumidores es la cuestión de los plazos de entrega. Por el Código de Defensa del Consumidor (Art. 35, CDC), la empresa se encuentra obligada a cumplir el plazo de entrega, la instalación o montaje de todo producto. Para ello, el consumidor debe tener consigo comprobante descriptivo del plazo de entrega y las condicionalidades combinadas.

Incluso luego de la entrega del producto o de la provisión del servicio el consumidor tiene protección en caso de verificación de mala calidad, entrega del producto o servicio diferente a lo combinado, sea en el acto de la entrega o luego del período previsto en la ley (Arts. 26 y 27, CDC). En estos casos, se puede requerir el intercambio o incluso la cancelación de la compra.

El tema del intercambio se encuentra asegurado por el CDC (BRASIL, 1990) y se encuentra regulado por el Decreto n. 2.181/97 en el cual en el art. 13, inciso XXIV expone que dejar de intercambiar el producto impropio, inadecuado, o de valor disminuido, por otro de la misma especie en perfectas condiciones de uso o de restituir inmediatamente la cantidad pagada, debidamente corregida, o de realizar un bajo proporcional del precio, a criterio del consumidor, siendo considerada como infracción correspondiente a sanciones administrativas. El art. 22, inciso XXIII, reitera la premisa del derecho de intercambio impidiendo el intercambio del producto impropio, inadecuado, o de valor disminuido por otro de la misma especie, en perfectas condiciones de uso, o la restitución inmediata de la cantidad pagada, debidamente corregida, o hacer la rebaja proporcional del precio a criterio del consumidor.

La cancelación del contrato de compra-venta también está prevista en casos diversos como la imposibilidad del consumidor para cumplir con los pagos debidos, y en caso de arrepentimiento. En el primer caso el consumidor debe presentar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

razones plausibles de no poseer condiciones para cumplir los valores combinados o para alegar exceso de intereses en caso de parcelamiento.

El caso de arrepentimiento sucede cuando la compra del producto o la contratación de servicio y luego resuelve no quedar con el producto o que no desea llevar a cabo el servicio. La materia ha sido tratada en el CDC (BRASIL, 1990), con la siguiente redacción:

> *Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.*
>
> *Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.*

Sin embargo este derecho sólo protege cuando el negocio ha sido hecho fuera del establecimiento comercial (ventas por teléfono, telemarketing, *internet*, etc.). En este caso, el consumidor tiene plazo por 7 días para arrepentirse de las compras realizadas por reembolso postal, por teléfono, por *internet* o a domicilio, y tiene un plazo contado a partir de la firma del contrato o de la recepción del producto o servicio. De este modo tendrá derecho más allá de la cancelación del contrato con los valores pagos con intereses y con corrección monetaria, inclusive el reembolso de los gastos pagos por el envío del producto a su residencia.

Por Decreto n. 7.962/2013 en su art. 1º, quedó expresado que corresponde al proveedor informar en forma clara y aparente, los medios adecuados y eficaces para el ejercicio del derecho de arrepentimiento siendo garantizado al consumidor (art. 5º, Decreto n.7.962/2013) el uso de los mismos medios usados para la compra, incidiendo en la obligatoriedad del proveedor de rescindir el contrato sin ningún ônus para el consumidor. En caso de que haya intermediantes en el pago, corresponde al proveedor comunicar inmediatamente a la institución financiera o a la administradora de la tarjeta de crédito o similar para que el valor no sea volcado en la factura del consumidor o efectivizada la inversión en caso de que se haya realizado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

En los negocios firmados por medios no presenciales, como en el caso del uso de la infovía, el consumidor puede ejercer su derecho de arrepentimiento y otros derechos explicitados por medio del Decreto n.7.962/2013.

> *Art. 6º As contratações no comércio eletrônico deverão observar o cumprimento das condições da oferta, com a entrega dos produtos e serviços contratados, observados prazos, quantidade, qualidade e adequação.*
>
> *Art. 7º A inobservância das condutas descritas neste Decreto ensejará aplicação das sanções previstas no art. 56 da Lei nº 8.078, de 1990 (BRASIL, 2013).*

Corresponde destacar que los mismos derechos corresponden a los productos importados en la cual el importador es tan responsable por el producto como cualquier fabricante. Debe prestar asistencia técnica, reponer piezas e intercambiar productos con defecto (Arts. 12 y 32, CDC).

2.6.1 Soportes legales direccionados al consumidor: peculiaridades del usuario de comercio electrónico

El Código de Defensa del Consumidor es considerado una legislación avanzada para la materia y posee soporte para la extensión a casos análogos, inclusive en el caso de transacciones comerciales realizadas por infovía, habida cuenta que el proceso se mantiene del mismo modo, con derechos y deberes, y con la consideración del elemento más vulnerable de la negociación. Siendo peculiaridades de los negocios relacionados al comercio electrónico manteniéndose análogo a las transacciones realizadas físicamente en modo directo al proveedor. La legislación ofrece el siguiente amparo:

> *Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:*
>
> *I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;*
>
> *II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;*
>
> *III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;

V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

El primer paso, en cualquier situación de descontento referente a la adquisición de productos o servicios siendo el contacto entre las partes y la explicación de la insatisfacción. Si el problema no fuera resuelto el consumidor tiene como amparo recurrir a los órganos de defensa por los que mediará acuerdo o en último caso encaminará al proceso judicial (Art. 83, CDC).

Los contactos para búsqueda de reclamos es factor obligatorio por medio de los Servicios de Atención al Consumidor (SAC) creado a través del Decreto n. 6.523, de 31 de julio de 2008, que fija las reglas del SAC como la gratuidad de acceso (art.3º), la disponibilidad de tiempo integral de 24 horas en todos los días de la semana (art. 5º), obedeciendo los principios de la dignidad, buena-fe, transparencia, eficiencia, eficacia, celeridad y cordialidad (art. 8º) con personal capacitado técnicamente a tal finalidad (art. 9º).

Cuando ocurre la inobservancia de los derechos del consumidor, el Estado dispone en CDC y en legislación relacionada las previsiones para penalidades. El Decreto n. 2.181/97 dispone sobre las prácticas infracciónales (art. 12) y las penalidades administrativas correlacionadas (art. 18) encontrándose entre éstas la multa, la confiscación o la inutilización del producto, la suspensión de la provisión, la cancelación de la licencia, e incluso la imposición de contrapropaganda. Se destaca que la reincidencia de infracciones por parte del comerciante se torna un factor agravante que contribuye a penalidades administrativas más incisivas e incluso penales. La fiscalización según el referido Decreto n. 2. 181/97 será efectuada por agentes oficialmente designados y vinculados por organismos de protección y defensa del consumidor en el ámbito federal, estadual y municipal. Sin embargo, más allá de la fiscalización que identifica las irregularidades en el ámbito de las relaciones comerciales es imprescindible que el consumidor lesionado efectúe el reclamo (art. 34).

Filomeno (2004) comenta que uno de las mayores trabas para la resolución de los problemas relacionados a las transacciones comerciales está en el descuido del consumidor para tener datos suficientes para una acción de reclamación impidiendo que los derechos sean efectivizados. De este modo, corresponde al consumidor guardar toda la información, los datos, recibos fiscales, recibos, día y

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

hora del negocio firmado, medios utilizados, certificados de garantía, contrato conteniendo las especificaciones del negocio, obtener el código o protocolo del reclamo, y todo lo otro que sea posible obtener para maximizar la efectivización de los derechos.

De este modo, cuando no sea posible resolver el problema directamente con el proveedor, el consumidor puede recurrir a una unidad de Protección al Consumidor (PROCON) munido de todos los datos que haya obtenido para que sea mediado un acuerdo entre las partes. Los *Procons* existentes en las capitales y en algunas ciudades del interior que atienden al consumidor con problemas en las áreas de: Alimentos, Asuntos Financieros, Habitación, Educación, Productos, Salud y Servicios.

Sin embargo, algunos negocios que involucran la compra-venta llegan a ser encaminados a la Justicia, sea porque no culminan en acuerdo mediado por los Procons o por la naturaleza dela infracción. Los arts. 5º y 6º del CDC (BRASIL, 1990) describen los derechos del consumidor. De este modo, el reclamo puede ser efectivizado en la justicia común o en el Juzgado Especial de Pequeñas Causas. El primero acontece cuando el valor de reclamo excede 40 salarios mínimos o cuando la naturaleza de la infracción sobrepasa la alzada administrativa y direcciona las conductas penales especificadas en el Código Penal.

Cuando la causa estuviera en el límite de hasta 40 salarios mínimos y si fuera materia civil de connotación infraccional administrativa, el consumidor puede recurrir al Juzgado Especial de Pequeñas Causas, en la cual se dedica exclusivamente al juzgamiento de acciones promovidas por personas físicas y teniendo el objetivo de simplificar y de disminuir el tiempo de algunos tipos de procesos, inclusive con asistencia jurídica gratuita, en el caso de no poder pagar.

La competencia cubre regiones o barrios de la ciudad. Por ello, el consumidor que desee tener acceso al Juzgado Especial para solucionar un problema debe procurar el más próximo su residencia, al de la residencia del ofertante o del lugar donde efectuó la compra. En caso de transacciones por infovía, el lugar indicado es la búsqueda de Juzgados más próximos a la residencia del consumidor.

Los reclamos en grupo pueden ser efectivizados por medio de representación cuando afecta a varias personas con el mismo propósito (art. 81, CDC). En este sentido, se acciona a los órganos de defensa del consumidor, al Ministerio Público o a las asociaciones de consumidores para entrar con una acción en defensa de los perjudicados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para los casos de daño, el consumidor o los consumidores pueden recurrir a los dictámenes predicados por la Constitución Federal, art. 5ª, incisos V y X (BRASIL, 1988) que prevén reparación por daños materiales y morales, que implican responsabilidad civil que significa la circunstancia de que alguien sea compelido a resarcir algún perjuicio causado a otro por la práctica de un acto ilícito, sea por dolo, sea por culpa (SARMENTO, 2009).

Los daños morales corresponden a la violación de un bien jurídico extrapatrimonial o inmaterial, contenido en los derechos de la personalidad, principalmente a la intimidad, a la vida privada, a la honra y a la imagen (art. 5º, X, CF). Las implicancias consideradas como daño moral se refieren a los efectos del acto ilícito en el equilibrio psíquico, provocando disturbios como descontento, constreñimiento, vergüenza, humillación, angustia, depresión, baja autoestima y sentimiento de pérdida (SARMENTO, 2009).

De este modo, más allá del derecho de respuesta, direccionando indemnizaciones pecuniarias analizadas en cada caso mediante la magnitud y las circunstancias de los hechos, debido a que la indemnización es la medida de la extensión de los daños efectivamente comprobados en autos por el autor, y demostrando que la imagen, el buen nombre, la tradición o la personalidad de la víctima hayan sido violados por la conducta del ofensor.

En caso de daños materiales *"es aquel susceptible de evaluación pecuniaria, pudiendo ser reparado por reposición en dinero, siendo el denominador común de la indemnización"* (VENOSA, 2004, p. 36). Por lo tanto, la Carta Magna brasileña, asegura el derecho a una respuesta proporcional al daño sufrido, sumándose a la indemnización correspondiente al caso individualizado.

Manteniendo el principio de protección y defensa de la parte más vulnerable el art. 6º, inciso VIII, y el art. 38 tratan la inversión del ônus de la prueba, explicitando la protección incluso cuando el consumidor no posee las pruebas suficientes para su defensa. Corresponden, por lo tanto, los dispositivos *in verbis*:

> *Art. 6º São direitos básicos do consumidor:*
>
> *[...] 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.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.*

De este modo, corresponde al ofertante seguir las normas enumeradas tales como la promoción de ambiente virtual seguro, tener certificación, ofrecer informaciones claras e inequívocas sobre el nombre de la empresa, domicilio, sede de la empresa, teléfono, número de inscripción registrado en el registro general del Ministerio de Finanza, y tratándose de un servicio sujeto al régimen de profesión regulada, el número de inscripción en el organismo fiscalizador o regulador. Del mismo modo, deben estar visibles y claras las informaciones en cuanto a la posibilidad de arrepentimiento, medios de intercambio, y todo lo otro que fuera necesario a nivel de instrucción al consumidor para el ejercicio de sus derechos. Por lo tanto, corresponde al ofertante el proveer normas de protección y defensa del consumidor en forma clara en el *site* (MARQUES, 2004).

Incluso explicadas las normas de claridad de las informaciones, otro aspecto preocupante para los consumidores son: la seguridad del sistema electrónico en relación a la provisión de datos personales y financieros.

En el campo de la tipificación de daños morales y sociales que pueden repercutir en el acceso no autorizado o indebido de datos personales del consumidor, aunque no está claramente definido en la legislación nacional brasileña. La razón mayor de esta ausencia legal está en la laguna de la caracterización del derecho fundamental ya que esta conducta aún no está tipificada. De este modo, para ser considerado ilegal, delito o violación, el uso de datos provistos en la red de computadoras así como sus efectos, debe estar inserto en el grupo de conductas que agreden a los derechos fundamentales (MARQUES, 2004).

Otro aspecto de la fragilidad de la seguridad de los datos está en el anonimato de esta búsqueda de datos, de la inoperancia de identificar a la autor, habida cuenta que para probar el uso no autorizado o inadecuado de información, debe buscarse en un amplio y complejo conjunto de interconexiones.

Por esta razón, se ha creado, en Brasil, en 2006 la *"Cartilha para segurança na internet"* (BRASIL, 2006), por medio del Centro de Estudios, Respuesta y Trato de Incidentes de Seguridad en Brasil (CERT) que trata de definir y orientar al consumidor sobre los peligros, cuidados y procedimientos que deben ser tomados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

para utilizar el sistema de *internet* para evitar problema de violación de datos y repercusiones sociales y económicas.

Las orientaciones parten del principio de que, además de la búsqueda de la ley específica y de la expansión a la fiscalización, el usuario debe estar atento y provisto de información para evitar problemas en el campo del sistema virtual, que va desde el uso de la imagen hasta la violación de datos culminando en delitos morales, sociales y económicos. Esta prevención por parte del usuario tiende a colaborar significativamente con el control de las acciones hacia los "mal-hechores" de *internet*.

Las constantes orientaciones en la referida Cartilha, tratan sobre la seguridad de las computadoras, de la elaboración y cuidados con las contraseñas, la elección de proveedores y los *site*s, la observación del certificado digital de la empresa, la presencia de un sistema de criptografía, entre otros elementos pertinentes. Cuidados en el proceso de acceso, observación de mensajes asociados en segundo plano, presencia de espacios

Entre otros se atribuyen al consumidor acciones de prevención, dado que los dispositivos jurídicos por más que sean exhaustivos no inhibirán la acción de los invasores siendo, por lo tanto, inoperante el constante rastreamiento del sistema aunque se efectúen grandes inversiones en tecnología exigida por parte del gobierno para los comerciantes y administradores de los *site*s.

Entre uno de los sistemas en expansión está el documento digital, que puede ser denominado como documento electrónico o incluso como documento informático, pero todos con el mismo sentido, siendo todo documento producido por medio del uso dela computadora que tiene la misma validez del documento en papel, pero que se encuentra memorizado en forma digital, no perceptible para los seres humanos sino mediante intermediación de una computadora. Es simplemente do que una secuencia de bits, que por medio de un programa de computadora, nos mostrará un hecho, un acceso realizado y los datos digitados entre las partes que componen los acuerdos firmados.

De este modo corresponde desarrollar tecnologías cada vez más seguras que puedan proporcionar al consumidor confianza, al firmar negocios y recuperar para el futuro o identificar en el pasado los acuerdos firmados y apropiarse de estos documentos como forma de tener pruebas para acciones judiciales si fuera necesario. En el caso del papel, que posee firma su validez jurídica, expone una identificación, una declaración y una comprobación. Estos mismos requisitos son

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

necesarios para el documento electrónico, con el uso de tecnología de computación para la autenticidad, integridad e intempestividad.

La autenticidad se refiere al poder de mantener inalterados los contenidos e informaciones insertos originalmente en el documento. La tempestividad está relacionada a la confiabilidad probatoria del documento garantizando en el tiempo y en el espacio la integridad que alude a la materialidad original de la confección del documento. De este modo, se tiene por base la creación de un sistema electrónico que configura los registros de datos e informaciones sin dejar restos, garantizando que no será adulterado.

Mayor seguridad ha venido con la Medida provisoria n. 2.200 del 29 de julio de 2001 que Instituye la *Infra-Estrutura de Chaves Públicas* Brasileira – ICP como soporte para la seguridad jurídica del comercio electrónico y del documento electrónico. Entre las normas quedó establecido que la privacidad de la persona certificada estará garantizada y que nadie estará obligado a obtener certificados, pues "la validez jurídica es un atributo ligado a cualquier medio de prueba, sea electrónico o no, mientras que sea obtenido por medio lícito"; previendo que existirá presunción de veracidad de los documentos digitales, con la posibilidad de uso de medios comprobatorios diversos para demonstrar su autoría e integridad.

3 MATERIALES Y MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

La base metodológica de los procedimientos tiene respaldo en las orientaciones de Witker (1991) que trata de las investigaciones de naturaleza jurídica y las técnicas de investigación en el área del Derecho; Marconi; Lakatos (2007; 2008) en lo que respecta a las técnicas de los procedimientos metodológicos; Mattar (2001) con los estudios de la estructura de instrumentos de coleta de datos y Favero (2009) con las orientaciones estadísticas de los resultados para análisis y discusión.

Según orientaciones de Witker (1991) las tesis en el campo del Derecho pueden presentarse de seis formas: Histórico-Jurídica; Jurídico-Comparativa; Jurídico-Descriptiva; Jurídico-Exploratoria; Jurídico-Proyectiva o Jurídico-Propositiva. El estudio tiene como tipología una elaboración Jurídico-Exploratoria, por la propuesta de tratar de temas a ser expuestos frente a un problema jurídico puesto a disposición de las leyes referentes al tema. Con relación al tipo jurídico-exploratorio menciona Witker (1991, p. 24):

> *Se trata de dar pasos preliminares frente a un problema jurídico, resaltando sus principales facetas, pero sin penetrar en las raíces explicatorias del asunto. Generalmente, estas*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tesis abren el camino para otras investigaciones más profundas.

Provisto de los conocimientos necesarios, el investigador debe delinear los asuntos de forma lógica secuencial para componer un trabajo científico que venga a proporcionar la comprensión del tema, el objetivo trazado y su respectiva culminación en la formulación de la Tesis (MARCONI; LAKATOS, 2008).

La metodología de estudio fue elegida por la coherencia adoptada en la perspectiva teórica que se propone a analizar los datos bajo la óptica de corrientes teóricas descriptivas y analíticas, partiendo del hilo conductor propuesto en el problema de investigación que se refiere a investigar la cuestión de la seguridad jurídica y comercio electrónico bajo el punto de vista de la literatura pertinente y de los usuarios del sistema y así, verificar a hipótesis de que la legislación se comporta con base en los acontecimientos y fenómenos sociales, por ello, corresponde a sus integrantes la toma de conocimiento de los aparatos jurídicos disponibles, así como de la atención, cuidados y búsqueda de información respecto a las posibilidades de fraudes.

3.1 Investigación Bibliográfica y Documental

El estudio fue realizado partiendo de la investigación bibliográfica relacionada al tema del comercio electrónico y los aspectos jurídicos pertinentes. Se partió del presupuesto de que el sistema electrónico de compra y venta es una modalidad de comercialización que crece año a año requiriendo del Estado, del comerciante y consumidores toma de decisiones, cuidados, y conductas que vengan a efectivizar un proceso eficaz de negocios (ALBERTIN, 2004).

Al Estado le corresponden los aparatos jurídicos de protección y mediación en casos de problemas surgidos en el proceso de negociación. Al comerciante la transparencia, seguridad y eficacia de la oferta de productos y servicios. Al consumidor los cuidados de verificación de la veracidad de productos, servicios y negociadores así como tiene a su favor y debe ser conocedor de los dispositivos de protección por ser la parte vulnerable en el negocio. En todo caso, a los tres involucrados, Estado, Comerciante y Consumidor, les corresponden conductas de adaptación, búsqueda de conocimiento e información frente al creciente proceso de negociación teniendo en cuenta que, la rapidez de nuevas ofertas de trámites electrónicos, herramientas del sistema virtual y desarrollo tecnológico, y del mismo modo de “golpes” virtuales requiere atención y cuidados junto a los cambios de comportamientos con base en la información y conocimiento (BLUM, 2001).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Con base en ese presupuesto se buscó literatura respecto a los procesos operacionales del comercio electrónico, tipos de comercio virtual, instrumentos utilizados y de los problemas derivados de la utilización del *e-commerce*.

La literatura contó con una investigación de material impreso, artículos obtenidos por los medios electrónicos debidamente publicados y del análisis de la legislación pertinente y asociada al tema.

La investigación documental trajo suporte de casos tramitados en juicio al ofrecer la resolución de los problemas ocurridos y recurridos a la mediación Estatal por medio de los Tribunales de Justicia. Fueron colocados como ejemplo, jurisprudenciales brasileñas y los correspondientes códigos utilizados para su fundamentación como el Código Civil y el Código de Defensa del Consumidor.

Considerando el problema de la investigación y los objetivos do estudio fueron seleccionados como coherente a la investigación exploratorio descriptiva como la más indicada para la investigación empírica propuesta, por ofrecer, según estudios de Marconi; Lakatos (2007) la descripción de hechos, eventos y procesos, posibilitando tanto la modalidad cualitativa como cuantitativa para la discusión de resultados. Así, se pudieron presentar datos descriptivos de los procesos de tramitación de los negocios utilizando la infovía y las herramientas utilizadas en el proceso, proporcionándole al lector el soporte para la comprensión sobre el comercio electrónico, las herramientas digitales utilizadas y materiales para el análisis de datos.

La estructura del referencial fue compuesta por 4 (cuatro) textos tipo artículo, con la presentación del tema, justificativa, objetivos, desarrollo y consideraciones finales. Los textos han tratado de componer, en base a literatura e investigación documental, el referencial teórico para darle base a la metodología, de la investigación de campo y soporte para análisis y discusión de los datos.

En la secuencia se presenta la metodología desarrollada en la investigación de campo.

3.2 Investigación de Campo: Cuestionario

Se realizó la investigación de campo con la utilización de un cuestionario por considerarlo una fuente de datos sustancial respecto a las actitudes y la opinión sobre el tema del comercio electrónico. Se eligió la modalidad estructurada con preguntas cerradas con base en los presupuestos de Marconi; Lakatos (2007), que tienen entre sus ventajas generar la investigación con mayor rapidez y facilidad en

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

la respuesta, mayor uniformidad, simplificación en el análisis de las respuestas, facilidad de la creación de categorías de análisis, facilita la contextualización. Entre las desventajas del cuestionario con preguntas cerradas señaladas por Marconi, en Lakatos (2007) estarían las dificultades en la elaboración de las preguntas, con poco espacio de originalidad de quien responde, no exigiendo mayor reflexión sobre el asunto por parte del participante y no representaría la fiel realidad por no escapar las opciones de repuestas. Sin embargo, los posibles entrabes podrían ser contemplados al tiempo de los procedimientos antes mencionados de la composición de las cuestiones insertas en el instrumento advenido después del estudio de la literatura y de los datos documentales.

En cuanto a la cuestión de la comprensión de las cuestiones y a las posibilidades de ambigüedad, se aplicó el pre-test con 10 colaboradores y se realizaron las modificaciones pertinentes y la inserción de factores identificados necesarios.

La estructura final del cuestionario fue organizada con temas de múltiple elección construida en base en la modalidad validada por la escala de Likert (MARCONI; LAKATOS, 2008), la cual presenta como técnica la indicación de grados de concordancia o discordancia en relación a determinado factor presentado a los sujetos.

La Escala de Likert es una modalidad instrumental de organización de recolección de datos con base en una escala psicométrica, usualmente indicada cuando se quiere obtener un dato referente a actitudes y opiniones para poner a disposición del sujeto opciones de selección en las sus diversas amplitudes de importancia en la cual se elige con base en la relevancia atribuida a determinado fenómeno dispuesto para el análisis (MATTAR, 2001).

El número de puntos en la Escala de Likert puede variar conforme el tipo de actitud u opinión que se quiera medir. En el caso de esa investigación varió entre 3 y 4 puntos, sin embargo hubo una variedad de proposiciones en un mismo grupo de temas. La elección de los puntos tuvo como justificativa la agilidad de las respuestas y a disponibilidad de los participantes, para así, alcanzar mayor número de colaboradores (MARCONI; LAKATOS, 2008).

Las cuestiones fueron creadas a partir de las variables exploratorias por medio de las contribuciones de los estudios teóricos sobre el tema. A continuación cada cuestión fue debidamente justificada y atribuidos los objetivos generales y específicos asignados en categorías de análisis descriptos en los ítems a seguir

(ítems 5.3.2; 5.3.3). Así, considera la secuencia y la estructura válida por ser parte de una construcción científica.

3.2.1 Universo y Muestra

El universo de la investigación representa a la población en la cual se quieren generalizar los resultados. La investigación fue realizada con usuarios y no usuarios (grupo control) del *e-commerce* residentes en la ciudad de Fortaleza Ceará, en la categoría no-probabilística. La selección de los participantes para componer la muestra se efectivizó por medio de la aceptación voluntaria de colaboración en responder al cuestionario. Se contactaron 300 posibles participantes elegidos mediante conocimiento personal y por la indicación de amigos.

El primer contacto con los participantes se dio de forma presencial y por e-mail por el investigador seguido de la explicación por escrito de los objetivos de la investigación. Tanto de forma presencial como por correo electrónico fueron entregados el cuestionario con la reserva de la colecta de las respuestas en el plazo de 10 días. Pasado este plazo fue hecho un nuevo contacto para la recolección de los cuestionarios.

Así, el universo de los participantes fue compuesto de 300 posibles colaboradores. De estos, 159 (53%) devolvieron el cuestionario debidamente respondido, en la cual se constituyó de la muestra para la investigación.

3.2.2 Técnicas de Relevamiento y Organización de los Datos del Cuestionario

El cuestionario de múltiple elección entregado personalmente y por correo electrónico fue estructurado en 10 preguntas. La parte inicial obtuvo datos referentes a la franja etaria y escolaridad de los participantes. En la secuencia el participante indicaba si ya había tenido experiencia con el *e-commerce* o no. En caso negativo la primera pregunta no era respondida pasando directamente a la siguiente pregunta. En el caso de que ya hubiera utilizado el *e-commerce* respondería desde la primera pregunta.

La primera pregunta trató sobre el tipo de producto/servicio ya adquirido por los medios electrónicos y la frecuencia del uso del sistema referente al producto/servicio. Corresponde resaltar en el instrumento que la experiencia con el *e-commerce*, se refería a la adquisición directa de productos y servicios o la negociación.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Los productos seleccionados para componer la tabla a ser marcada fueron: automóviles; piezas y accesorios para automóviles; material impreso (libros, revistas, etc.); vestimentas y accesorios (ropa, perfumes, calzados, carteras, cintos ,etc.); electrónicos (TV, aparatos de sonido, celulares, etc.); inmuebles (casas, apartamentos, terrenos, etc.); alimentación (compra de alimentos, descuentos, promociones, etc.); electrodomésticos (heladeras, cocinas, etc.); viajes y ocio (pasajes aéreos, reserva de hoteles, alquiler de autos, paseos, recreación); servicios (eventos, alquiler de servicios, etc.); cursos (cursos libres, graduación, técnicos, etc.). Se puso también a disposición un espacio para la inserción de otro tipo de producto/servicio que no constara en la lista en caso de que haya sido utilizado.

Frente a la lista de productos se presentaron 4 (cuatro) categorías secuenciales del cuantitativo de utilización del *e-commerce* referente al producto con el indicativo de: nunca; solamente 1 (una) vez; de 2 (dos) a 5 (cinco) veces; y por encima de 5 (cinco) veces. El participante debería identificar el cuantitativo de uso de cada producto/servicio.

A partir de la segunda pregunta todos los participantes podrían responder partido del principio de que el sistema electrónico del comercio de bienes y servicios ha crecido constantemente y ampliado la oferta de productos, así, muchos han tenido experiencia y adquirido bienes y servicios a través de la modalidad electrónica, y otros, incluso sin tener experiencias de compra y venta por medio virtual, por lo menos conocen a alguien que ya utiliza y ha utilizado el comercio electrónico. Con base en esa afirmación siguieron las preguntas de 2 (dos) a 10 (diez).

La segunda pregunta buscó informes respecto al grado de satisfacción referente a la adquisición de productos/servicios del *e-commerce* o la opinión sobre el tema. Las categorías presentadas fueron: comodidad, confort, practicidad; accesibilidad (facilidades de acceso); rapidez de compra; rapidez de recepción; poder de elección (ofertas y variedades); poder de compra (comparación de precios); poder de compra (precios más accesibles); facilidad y practicidad en el pago; ausencia del intermediario/comerciante; acceso a la indicación y reputación del vendedor; ruptura de las fronteras comerciales; seguridad en las transacciones comerciales. Se puso a disposición un espacio para otra categoría fuera de las presentadas, para caso el caso de que el participante lo encuentre necesario.

Con relación a las categorías indicativas de ventaja se presentaron 4(cuatro) escalas de posicionamiento: Excelente; Bueno; Razonable y Malo para representar el grado de ventaja concerniente a cada categoría presentada. Era necesario, por lo tanto

que el participante identifique su opinión respecto al grado de satisfacción de cada ítem presentado.

La tercer cuestión trato de las desventajas del *e-commerce* presentadas por el medio de posicionamientos referente a: inseguridad de la transacción (pago x producto); inseguridad jurídica; inseguridad de entrega (demora en la entrega, defecto, envío de otro producto o servicio); ausencia de contacto con el producto/servicio; ausencia de contacto con los proveedores; dificultad en los procedimientos de intercambio; exposición de datos personales, además de espacio para un nuevo tipo de desventaja a ser mencionado en el caso de que el participante lo halle necesario.

Para indicar el grado de desventaja en cada categoría se pusieron a disponibilidad los términos: Alto; Medio y Bajo debiendo el participante posicionarse sobre cada uno de los ítems presentados.

La cuarta cuestión presentó 4 (cuatro) posibilidades de problemas con el sistema electrónico de adquisición de bienes y servicios (*e-commerce*) que el participante haya experimentado o de casos que conociera de experiencias de personas conocidas. Las alternativas "Si" o "No" se refieren a cuestiones sobre: mala calidad del producto o servicio; demora de la entrega; identificación del problema; no recepción del producto o servicio; duplicidad en la cobranza, además de la posibilidad de incluir una nueva pregunta que no haya sido puesta a disponibilidad.

La quinta cuestión fue construida como continuidad de la anterior, en la cual el participante debería indicar en los términos "Si" o "No" respecto al tipo de implicancias resultantes de los problemas mencionados en la cuarta pregunta como: demanda judicial; resolución amigable; prejuicio personal, u otra acción resultante que no estuviera mencionada en las categorías disponibles.

La sexta pregunta abordó el tema de la seguridad del sistema de comercio electrónico, colocando en pauta al consumidor y al comerciante, en la cual el participante debería identificar la potencialidad de su respuesta como: excelente; bueno; regular; insatisfactorio y pésimo.

La sétima pregunta se direccionó al conocimiento del participante respecto a la legislación de protección al consumidor relacionada a las transacciones realizadas por comercio electrónico. Las opciones fueron: si; no; parcialmente; ya oí hablar, en la cual debería ser marcada solamente una de las alternativas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Partiendo del principio de que el comercio electrónico crece constantemente así como se han requerido inversiones en esa área, la octava pregunta buscó datos referentes al posicionamiento de los participantes con relación a los factores que podrían inhibir el crecimiento más efectivo de los negocios por la infovía. Se presentaron como factores: inseguridad jurídica sobre el *e-commerce*; falta de conocimiento sobre el *e-commerce*; inseguridad del sistema electrónico; poca habilidad de manipulación de las tecnologías; cultura del comercio presencial en relación a los productos y servicios; cultura de la necesidad de las relaciones humanas en las transacciones comerciales. Las respuestas fueron puestas a disponibilidad a través del grado de potencialidad del factor inhibidor a través de los términos: alto, medio, bajo, o insignificante a ser identificado en cada uno de los factores presentados.

La novena pregunta buscó datos referentes a la opinión del participante sobre los factores para mayor expansión del *e-commerce*, fueron presentadas cuestiones como: elaboración de legislación específica; fiscalización del poder público de las transacciones comerciales electrónicas; divulgación del sistema de *e-commerce* (Proveída por el Estado y empresas); búsqueda de información por parte del consumidor; patrón y claridad de las etapas del proceso de comercialización; mayor infraestructura de las empresas; crear una cultura de comercio electrónico; mayor sanción a los infractores (comerciantes y consumidores). El grado de potencialidad del factor contributivo debería ser identificado por los términos: alto; medio; bajo o insignificante.

La décima pregunta retoma el asunto sobre legislación, indagando sobre el conocimiento del participante respecto a las leyes referentes al comercio electrónico y a la suficiencia de los instrumentos legales pertinentes para contemplar las necesidades de protección y regulación del sistema de negocios utilizando los medios informáticos. El participante debería elegir una de las alternativas entre sí, no o parcialmente.

Después de la recolección de datos se realizó la tabulación y el análisis con base en las técnicas y categorías descriptas a continuación.

3.2.3 Técnicas de Análisis de los Datos

Los resultados y análisis de los datos fueron efectuados por medio de técnicas de estadísticas descriptivas basadas en los datos calculados por la regla de tres simple, con un margen de error $\geq$ 5 y $\leq$ 5. La estadística descriptiva, según Favero (2009)

proporciona al investigador informes claros para el análisis y discusión e indica la compactación en forma de tablas, gráficos, dejando en evidencia la identificación de las variables.

3.3 Categorías de Análisis

El estudio fue organizado para el análisis y la discusión con base en 5 (cinco) categorías. La primera se refirió al perfil de los participantes respecto a la franja etaria y la escolaridad y tuvo como objetivo delinear una representación de los participantes de la investigación. Esa categoría en el propósito comparativo, sin embargo, proporciona la oportunidad de identificar el comportamiento del usuario respecto a los productos y servicios, la frecuencia de la utilización y los conocimientos sobre la legislación pertinente cuando se produce una superposición entre los datos.

En la secuencia, la segunda categoría abordó los ítems referentes a las experiencias de los participantes con el *e-commerce* obtenidos por las preguntas 1(uno), 4(cuatro) y 5(cinco) que tuvo como objetivo componer datos sobre el tipo de experiencia con el comercio electrónico, la frecuencia de uso, identificar los problemas ocurridos en el proceso de negociación y las implicaciones derivadas de los problemas ocurridos. Incluso los participantes que nunca realizaron operaciones virtuales de negocios pudieron opinar con base en experiencias vividas por conocidos, teniendo en cuenta que el tema forma parte del cotidiano social y de alguna forma se convive con alguien que utiliza ese tipo de comercio (ALBERTIN, 2000).

Los datos relevados tienen como propósito ofrecer un marco para el análisis respecto al tipo de comportamiento comercial se evidencia más prevaleciente a través de los medios virtuales con base en los intereses y necesidades, así como de las evidencias de problemas y sus mencionadas soluciones. Los datos sobre la prevalencia de los tipos de productos que más son adquiridos por los usuarios de la infovía proveen soporte para direccionar la investigación, con base en la literatura, para tratar de las experiencias y resoluciones legales relacionadas directamente al tipo de producto o servicio de mayor interés y frecuencia del consumidor. Del mismo modo, para tratar sobre la seguridad jurídica resulta importante investigar los tipos de acciones culminantes de los problemas enfrentados en el proceso de negociación con base en las experiencias de los usuarios y el comparativo de que la literatura provee sobre el tema.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

La tercera categoría trata de los "Procedimientos del Sistema", compuesto por las preguntas 2 (dos) y 3 (tres) que busca identificar, con base en las experiencias y opinión de los usuarios las ventajas y desventajas del *e-commerce*. El soporte de los datos provee al estudio una base que la literatura ha explicado respecto a los beneficios y los inconvenientes de los procesos de negociación por la infovía.

La cuarta categoría, obtenida por las preguntas 6 (seis), 8 (ocho) y 9 (nueve) aborda el tema de la "Seguridad y credibilidad" de los procesos de negociación virtual de productos y servicios. Tiene como contribución el ofrecer datos para la discusión de la situación del consumidor y del comerciante en la opinión del usuario, frente a la seguridad y la credibilidad del *e-commerce*, y discutir las opiniones con base en los estudios realizados por la literatura. En la secuencia se trata de los factores inhibidores y de expansión del *e-commerce* y pretende proveer un cuadro de los puntos que más preocupan al usuario y que inhibe un mayor interés y uso de los trámites virtuales de comercio. El posicionamiento del usuario y los estudios de la literatura proveen un soporte de análisis de los factores que pueden influenciar la estructura jurídica y la conducta de los consumidores y comerciantes.

La categoría 5 a su vez, trae el tema de la legislación que involucra al comercio electrónico. El estudio busca datos sobre el nivel de conocimiento sobre los dispositivos legales de protección al consumidor y sobre la legislación que trata del sistema de los negocios realizados por la infovía. El conocimiento sobre los derechos y deberes y de las resoluciones tratadas por la legislación proporciona datos para discutir la suficiencia legal sobre el *e-commerce* y de las posibilidades de identificar otras fuentes de resolución y cambios en el comportamiento de los usuarios.

4 RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1 De los Datos Documentales

Dentro de las categorías investigadas en la propuesta del cuestionario, fueron relevados datos referentes a los tipos de productos o servicios registrados en el archivo de reclamos del Programa Estatal de Protección y defensa del consumidor del Estado de Ceará – DECON debido a la existencia de conflictos en el proceso de comercio electrónico estén ellos relacionados a la no recepción, a defectos, errores, especificaciones inadecuadas entre otros.

Cuadro 3: Categorías investigadas

Categorías	
Producto/servicio	%
Automóviles	1%
Piezas y accesorios para automóviles	7%
Material impreso (libro, revista, etc.)	-
Vestuarios y accesorios (ropa, perfumes, calzados, bolsa, cintos, etc.)	48%
Electrónicos (TV, aparato de sonido, celular, etc.)	15%
Inmuebles (casas, apartamentos, terrenos, etc.)	12%
Electrodomésticos (heladeras, cocinas, etc.)	6%
Viajes y ocio (Pasajes aéreos, reserva de hoteles, alquiler de autos, paseos, recreación)	4,5%
Alimentación (compra de alimentos, descuentos, promociones, etc.)	2%
Servicios (eventos)	3%
Cursos (cursos libres, graduaciones, técnicos, etc.)	0,5%
Otro (¿Cuál?)	1%

Fuente: elaboración propia con base en los datos relevamiento en el DECON

Se observa que productos relacionados a la compra de vestuarios y accesorios lideran los reclamos señalando 48% de los conflictos registrados por el DECON –

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ceará, acompañado de 15% de los reclamos ligadas a la compra de electrónicos y 12 % relacionados a inmuebles. Corresponde, sin embargo, analizar que el porcentaje no indica que la categoría de vestuarios sea la más conflictiva, pero que puede del mismo modo tener un porcentual elevado por ser el tipo de producto más negociado en la infovía.

Con relación a los tipos de reclamo más evidente en los órganos de protección y defensa del consumidor que ocurren en el proceso de uso del sistema electrónico de adquisición de productos o servicios presenta (cuadro 4) un porcentual de 45% relacionados a la mala calidad del producto o servicio y 35% referentes a la no recepción de entrega. Con relación a demoras los reclamos llegan a 15% de la demanda, y la duplicidad de cobro solamente 0,2% de los reclamos.

Cuadro 4: Problema con las transacciones del *e-commerce*

Identificación del problema	**Indicativo**
	%
Mala calidad del producto o servicio	45%
Demoras en la entrega	15%
No recepción del producto o servicio	35%
Duplicidad en la cobranza	0,2%
Otro (¿cuál?)	4,8%

Fuente: elaboración propia con base en los datos recolectados en el DECON

Los resultados revelan que el descontento de las adquisiciones de productos y servicios adquiridos por la infovía tiende a repercutir en la demanda de reclamos para efectivizar intercambios, devolución y desistimiento debido a la expectativa frustrada en cuanto a la calidad de la adquisición.

Ese factor mencionado por Filomeno (2005) se pone en evidencia debido a la realidad del comercio no presencial en el cual los productos y servicios no son materialmente experimentados y apreciados físicamente antes de la compra, lo que puede acarrear expectativas imaginarias o debido a la descripción inadecuada del proveedor, o hasta incluso del uso de propagandas desvirtuadas, dudas y engaños

como forma de atraer al consumidor. Debido a esas posibilidades típicas del comercio virtual que el Código de Defensa del Consumidor - CDC (BRASIL, 1990) prevé en el art. 49 el derecho de arrepentimiento del consumidor.

La cuestión de la no recepción, a su vez, direcciona otra modalidad de intervención, debido a la peculiaridad del comercio electrónico en la cual el pago es efectuado antes de la recepción y cuando no acontece, implica en infracción consumista. Esa cuestión involucra la quiebra del contrato y tipifica la infracción con penalidades administrativas con la obligatoriedad de una indemnización con más una multa y sus intereses derivados. La materia puede incurrir en daños patrimoniales y morales analizando en cada caso las situaciones implicadas. Al principio el CDC (BRASIL, 1990) orienta a un acuerdo entre las partes. En el caso de que no se efectivice se recurre a la instancia civil.

El asunto fue investigado y en base a los datos obtenidos en el DECON- Ceará se presenta en la demanda de los conflictos que el 70% llega a firmar acuerdos. De éstos, el 40% de los casos existentes quieren devolver el producto o finalizar las relaciones de servicios, y 30% quieren intercambiar o resolver el problema con la sustitución equitativa. Respecto a los envíos que no se efectúan según lo acordado se suman 30% de los casos son llevados al ámbito judicial.

> *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO de INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMÉRCIO ELETRÔNICO. COMPRA E VENDA DE MERCADORIAS PELA INTERNET. AUSENCIA DE ENTREGA. competência RECURSAL. Cuidando-se de ação de indenização por danos morais lastreada no eventual descumprimento de contrato de compra e venda de mercadorias adquiridos por meio eletrônico, a competência recursal é de uma das Câmaras integrantes do 3º ou do 5º Grupos Cíveis. Art. 11, III, "g" e V, "d" da Resolução nº 01/98, que alterou parcialmente o Regimento Interno desta Corte. Apelação Cível n.70058142514.Des. Carlos Cini Marchionatti (PRESIDENTE E REVISOR) - DE ACORDO COM O(A) RELATOR(A).Des.ª Walda Maria Melo Pierro - DE ACORDO COM O(A) RELATOR(A).DES. CARLOS CINI MARCHIONATTI - PRESIDENTE - APELAÇÃO CÍVEL Nº 70058142514, COMARCA DE CARAZINHO.Porto Alegre, 12 de março de 2014. Tribunal de Justiça de Porto Alegre.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

La jurisprudencia brasileña ha efectivizado el juzgamiento siempre primando la prevalencia de la vulnerabilidad del consumidor, pero, sin olvidar los límites de los derechos y reconociendo los deberes de las partes. Uno de los asuntos de gran preocupación en los juzgamientos se refiere a la demanda por daños morales asociados a los patrimoniales. En esos casos el magistrado prima por el análisis de la intensidad del daño y las especificidades de la magnitud de la ofensa. A continuación algunos ejemplos de los juzgados sobre la materia.

> *DANO MORAL. COMÉRCIO ELETRÔNICO. VÍCIO DO PRODUTO. Compra efetivada no sítio eletrônico da ré que entregou produto defeituoso e trocou-o por produto novamente defeituoso. Recusa injustificada da ré em efetuar nova troca ou devolver o preço pago. A recusa da ré em solucionar o problema, frustrou as expectativas da consumidora e impingiu a ela incômodos que ultrapassam a normalidade daqueles verificados nas relações de consumo. A ré sem motivo aceitável deixou de efetuar a troca do produto ou a devolução do preço, somente o fazendo após um ano da compra, e em virtude da demanda judicial. A conduta abusiva da ré causou evidente dano moral que deve ser indenizado. Recurso provido para julgar procedente o pedido e condenar a ré ao pagamento de indenização por dano moral (R$ 3.000,00) e as verbas decorrentes da sucumbência. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação nº 0002572-90.2012.8.26.0071 – [voto nº 11.460] RCFN – Página 2 de 5. VOTO Nº 11.460 3ª VARA CÍVEL.*

4.2 De la Aplicación del Cuestionario

Categoría 1: Perfil del consumidor

Los datos relevados por la investigación revelan que el perfil de los consumidores del *e-commerce* son predominantemente masculinos (58%). Esa prevalencia ha sido anunciada por diversos estudios relacionados al tema. El Instituto Brasileño de Opinión y Estadística (IBOPE) presentó como resultado la investigación intitulada "El Camino del Consumo" durante el congreso *E-commerce* Brasil Operaciones & Negocios 2013, que el consumidor predominante es del sexo masculino (53%), sin embargo el porcentual de 47% del sexo femenino se identifica como una disparidad pequeña, revelando una equivalencia equilibrada.

Los resultados anunciados por el Servicio Brasileño de Apoyo a las Micro y Pequeñas Empresas – SEBRAE, a través de la divulgación do *WebShoppers* (2013) los

consumidores masculino y femenino también estarían básicamente empatados en cuanto a la realización de negocios por la infovía, con una ligera prevalencia (50,1%) para el público femenino y 49,9% para el consumidor masculino.

En cuanto a la franja etaria, se observa entre los colaboradores (ver gráfico 1) que 40% están entre 35 y 50 años representando a la mayoría de los consumidores. En un porcentual aproximado está la franja etaria de 25 a 35 años (23%) y la franja etaria por encima de 50 años (21%). Los joven entre 18 a 25 años representaron 16% de los consumidores en la investigación.

Dicha investigación divulgada por el SEBRAE (2013) revela que 38% de los consumidores que utilizan los medios electrónicos poseen entre 35 a 49 años. Los datos aproximan de los resultados recolectados con la muestra investigada.

El resultado viene a corroborar también en la investigación de Cobra (1992) indicando como factor para la decisión de consumo por la franja entre 35 a 40 años debido a la facilidad de adquisición por el mayor dominio del poder adquisitivo. En el *e-commerce*, por lo tanto, ese factor estaría del mismo modo prevaleciendo en el proceso de consumo.

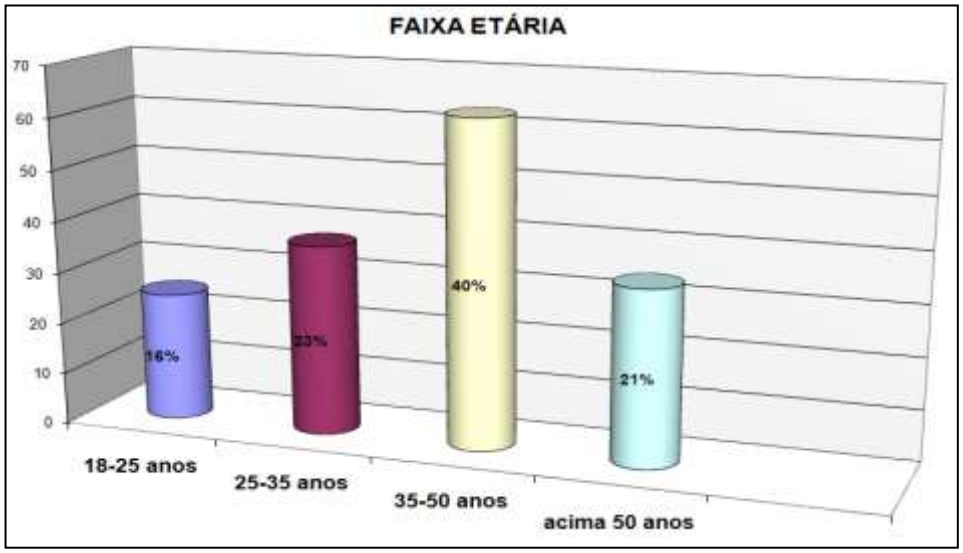


Gráfico 1: Franja etaria

Fuente: Datos recolectados por la aplicación de cuestionario propio.

Los estudios de Cobra (1992) presentan diversos factores para la decisión de compra del consumidor, entre ellas estaría la condición socioeconómica, las necesidades, la confianza, el tipo de producto entre otros. Según el ya mencionado autor, el consumo joven sería menor debido el grupo poseer menor poder de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

compra en el sentido de la adquisición financiera, comparada a las franjas etarias anteriores, en la cual poseen una actividad productiva y ganancias independientes.

Además del poder adquisitivo factores como clase social, ocupación, escolaridad pueden influenciar la decisión de compra. Destacando la cuestión de la escolaridad (gráfico 2), se verifica por la recolección de datos del cuestionario aplicado que 38% de los entrevistados poseen un nivel superior completo, y con pos-graduación se encuentra el 24% lo que indica la mayor posesión de escolaridad más elevada cuando se compara al 6% con nivel medio incompleto, 16% con nivel medio completo, 4% con curso técnico y 12% cursando nivel superior.

Ese perfil también fue identificado en la investigación de Cobra (1992), así como en los estudios de Hortinha (2002) en la cual revela que la decisión de compra con la utilización del *e-commerce* tiene prevalencia de una clientela de mayor nivel de escolaridad.

Sin embargo, la investigación divulgada por el SEBRAE (2013) señala que nuevos grupos de consumidores han crecido: los de nivel medio, equivalente a 38%, mientras que los de nivel superior alcanzaron 29%.

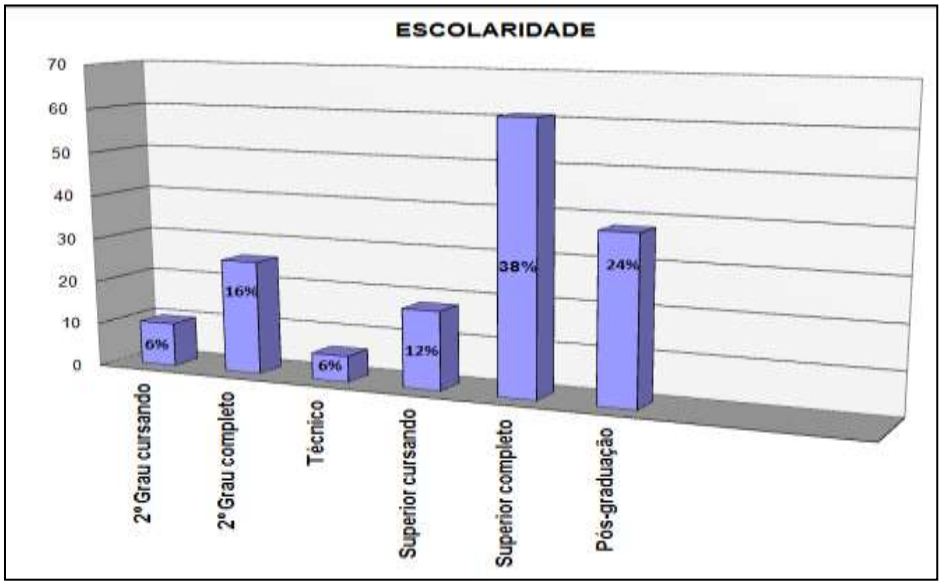


Gráfico 2: Escolaridad

Fuente: Datos relevados por la aplicación de cuestionario propio.

Sobre el perfil del consumidor se realizó por Ibope en 2013 una investigación con 2.500 internautas de Curitiba, São Paulo, Porto Alegre, Rio de Janeiro, Goiânia, Interior de São Paulo, Distrito Federal y estados del Nordeste. La investigación conto con la base de *Target Group Index - TGI*, que cuenta con 61 millones de personas

con edad entre 15 y 64 años. Entre los resultados consta que 61% del e-commerce está en la clase AB, 35% está en la clase C y 4% en la DE. En cuanto a la franja etaria, la investigación revela que 49% de la población que compra online está en la franja de los 25 a los 44 años, 15% tiene entre 15 y 19 años, 17% entre 20 y 24 años, 13% entre 45 y 54 años y 6% entre 55 y 64 años. En el campo del nivel de escolaridad, la investigación de IBOPE reveló que 75% de la muestra tiene alto nivel de escolaridad (por encima de la enseñanza media): 20% de los investigados tienen una pos-graduación; 32%, enseñanza superior completa y 23%, superior incompleto.

Categoría 2: Experiencias con el *e-commerce*

La experiencia con el *e-commerce* se refiere al acceso a la infovía para la adquisición de productos y servicios y para la efectivización de los negocios. Los datos de la muestra revelan que el mayor porcentaje respecto al tipo de producto o servicio está en las experiencias relacionadas a viajes y ocio. Sobre ese tema el 36% de la muestra revela que utilizó la infovía por más de 5 veces para la adquisición de ese sector. En la secuencia de las adquisiciones por encima de 5 veces se ven los productos y servicios relacionados a la alimentación.

En el grupo de adquisiciones por medio electrónico entre 2 a 5 veces están 41% de electrónicos, 36% de material impreso y 35% de vestuario y accesorios. Con relación a la adquisición de inmuebles la muestra revela que 91% nunca utilizaron la infovía para la adquisición de ese sector. La no utilización de los medios electrónicos también obtuvo un alto índice porcentual con relación a automóviles (76%), piezas y accesorios de automóviles (61%), electrodomésticos (61%) y servicios de un modo general (64%).

Los resultados encontrados en la muestra investigada fue semejante a los datos encontrados por la investigación difundida por el SEBRAE (2013) que señala el sector de pasajes aéreos, turismo, ingresos y productos y servicios afines responsable por una porción significativa del mercado electrónico representando la suma del 38% de participación de la facturación: *"Esta importância deve-se ao fato do crescimento da participação da internet nas vendas de passagens aéreas e no setor de pacotes turísticos com crescimento acima do Produto Interno Bruto – PIB nos últimos anos"* (SEBRAE, 2013, p. 22). (Traducción libre: "Esta importancia se debe al hecho del crecimiento de la participación de *internet* en las ventas de pasajes aéreos y en el sector de paquetes turísticos con crecimiento por encima del Producto Bruto Interno – PBI en los últimos años" (SEBRAE, 2013, p. 22)).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

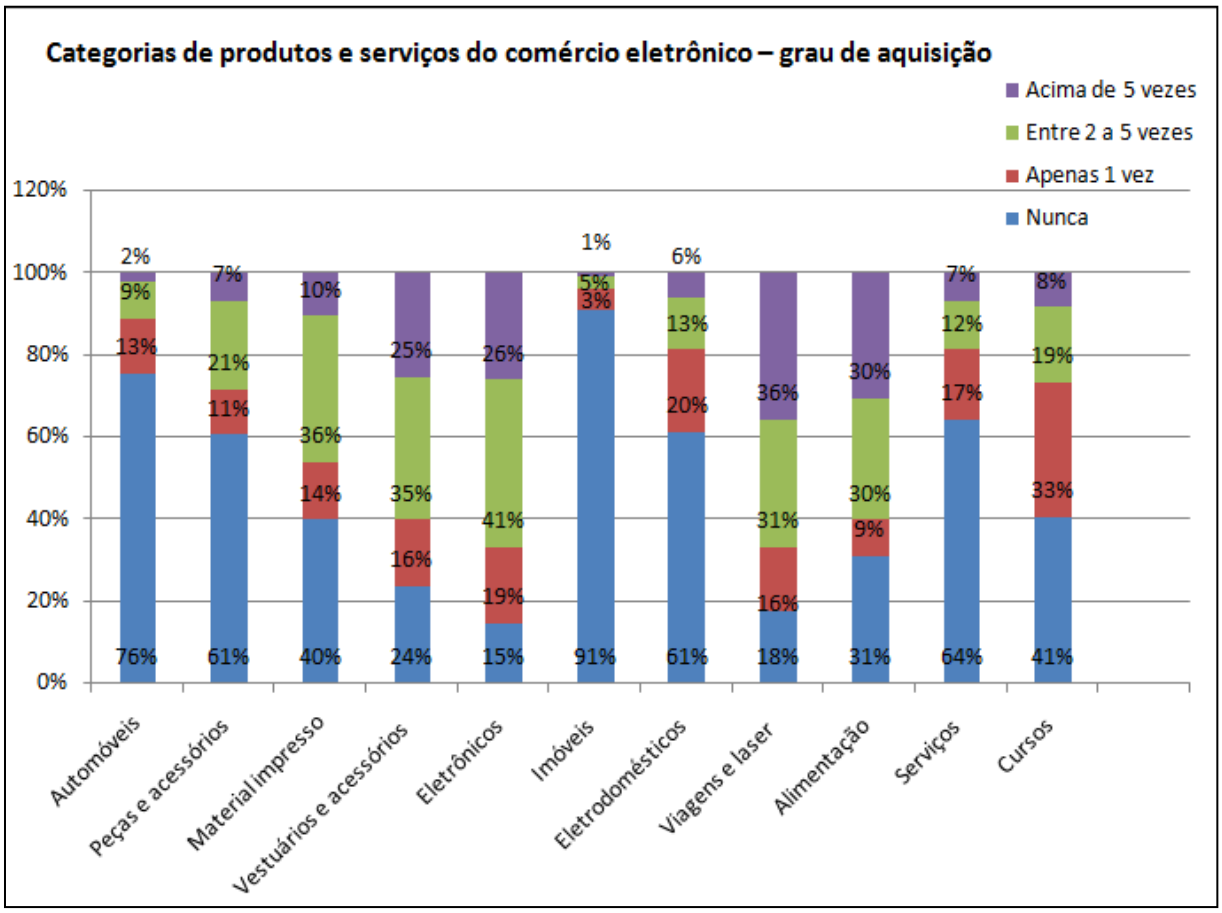
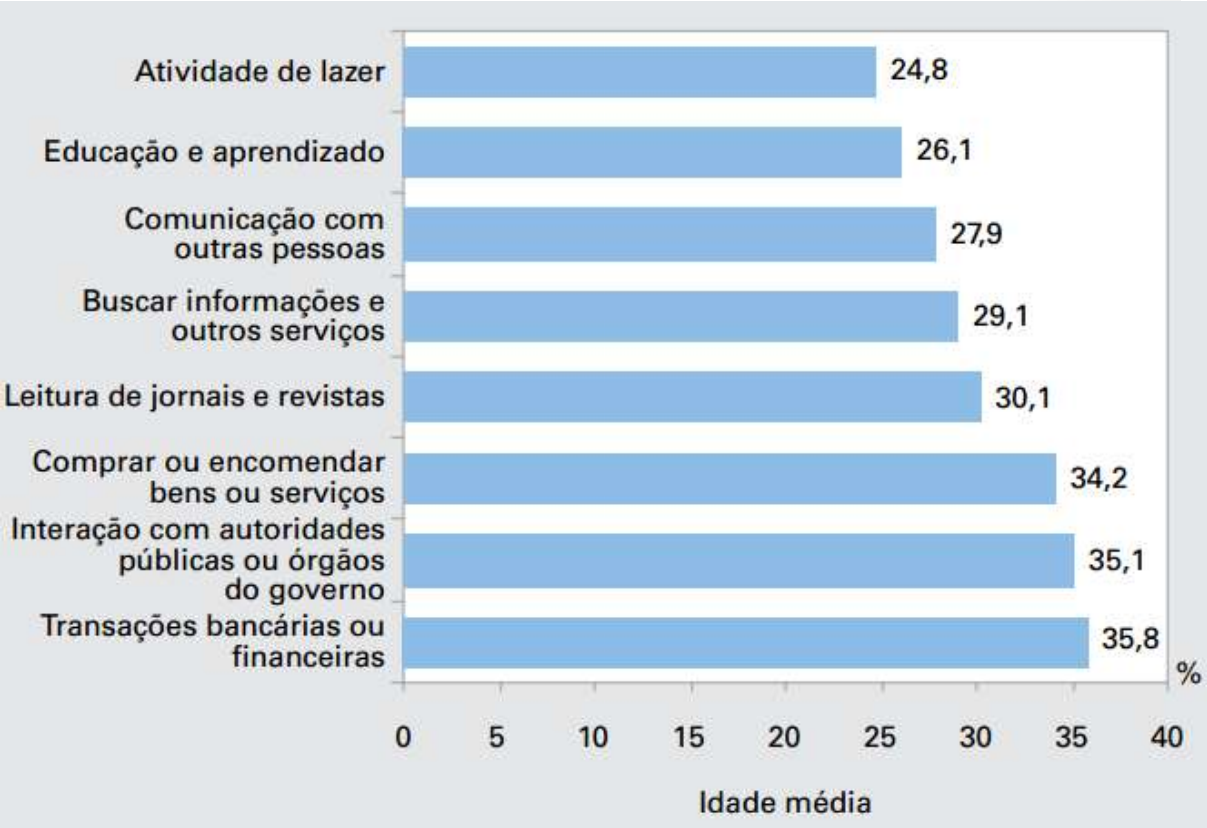


Gráfico 3: Productos y servicios

Fuente: Datos relevados por la aplicación de cuestionario propio.

En modo análogo el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística – IBGE (2005) reveló después de la investigación que el acceso de la población brasileña a la infovía tenía como finalidad mayor cantidad de transacciones bancarias o financieras (35,85) seguido de finalidades para la interacción con autoridades públicas (35,1%). En la secuencia se vería en modo aproximado la intención de acceso a *internet* para compras o encargo de bienes y servicios (34,2). Se observa a través de los resultados de dicha investigación (cuadro 5) las compras de bienes y servicios utilizando la infovía, formando parte de los grupos de mayor intencionalidad de acceso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454



Cuadro 5: Estadísticas sobre acceso a la infovía.

Fuente: IBGE, 2005.

Tal resultado, como fue comentado por Albertin (2000) podrá tener una vinculación con la facilidad, difusión e incentivo del marketing, muy utilizado por las vías de acceso de otras fuentes, la cual motiva al internauta a dar atención a las propagandas paralelas y laterales que ofrecen los productos y servicios, así, incluso sin tener inicialmente la intención de comprar, la oferta promueve la curiosidad y consecuentemente puede incentivar la adquisición de las ofertas anunciadas.

La cuestión de la elección y decisión de compra supera las experiencias que el consumidor va adquiriendo en el proceso de conocimiento del uso de la infovía y en ese proceso se depara como en cualquier procedimiento de compra y venta con situaciones problemáticas que vendrán a demandar soluciones. Como el producto o servicio adquirido por la infovía se encuentra en cierto modo distante materialmente del consumidor, no es raro el surgimiento de problemas tales como que no le guste el producto cuando éste llega al consumidor o tener problemas en los trámites o en el recorrido de la entrega. Pueden surgir diversos problemas. Si se selecciona para el estudio la cuestión de la mala calidad del producto, las

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

demoras en la entrega, la no recepción del producto o servicio y la duplicidad de la cobranza.

La insatisfacción del consumidor respecto a la calidad del producto (gráfico 4) fue una situación vivenciada por el 38% entre los participantes de la investigación y el 62% dicen que no tuvieron problemas respecto a la calidad, ya sea por su experiencia personal o de alguien de su círculo de amigos.

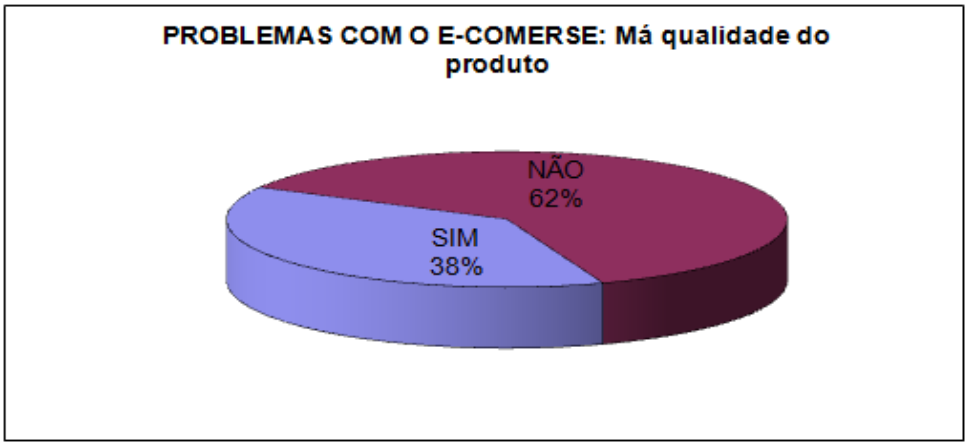


Gráfico 4: Problemas con el *e-commerce*: mala calidad del producto

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

Otra cuestión considerada por los entrevistados como problemas vividos o de conocimiento de experiencias de personas de su círculo de amistad en las compras por el sistema *e-commerce* se refiere a demoras en la entrega (gráfico 5). De estos 65% revelaron que ya sufrieron demoras en la entrega y el 35% afirma que no tuvieron ese tipo de problema.

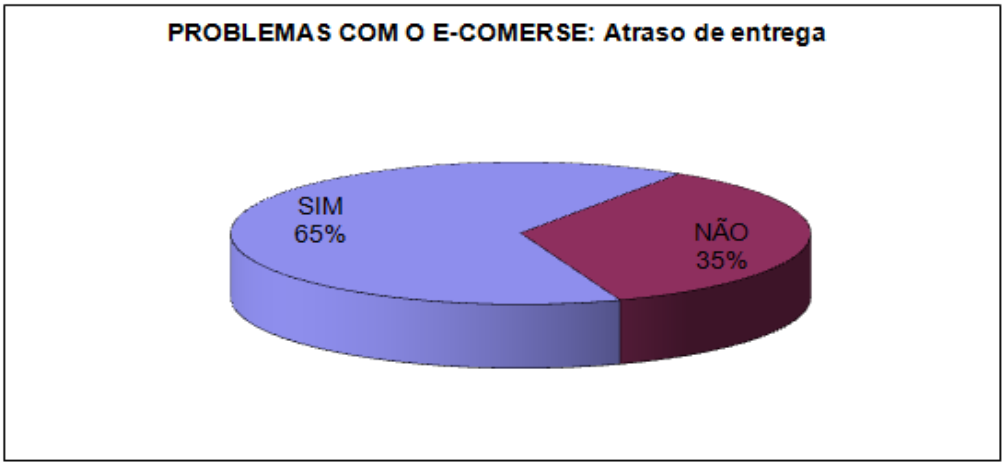


Gráfico 5: Problemas con el *e-commerce*: demora en la entrega

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

Los casos de demora pueden presentarse incluso en la no recepción del producto lo que viene a provocar una demanda de derechos al consumidor, que puede requerir la cancelación de la transacción con la devolución de lo pagado con más sus intereses. (FILOMENO, 2004).

Aunque exista la posibilidad del hecho de demora y hasta incluso la no recepción, los resultados de la investigación señalan que el 80% nunca tuvo o tiene conocimiento de personas que no recibieron productos o servicios adquiridos por el comercio electrónico. Ese porcentaje revela que los negocios por la infovía es de cierto modo seguro.

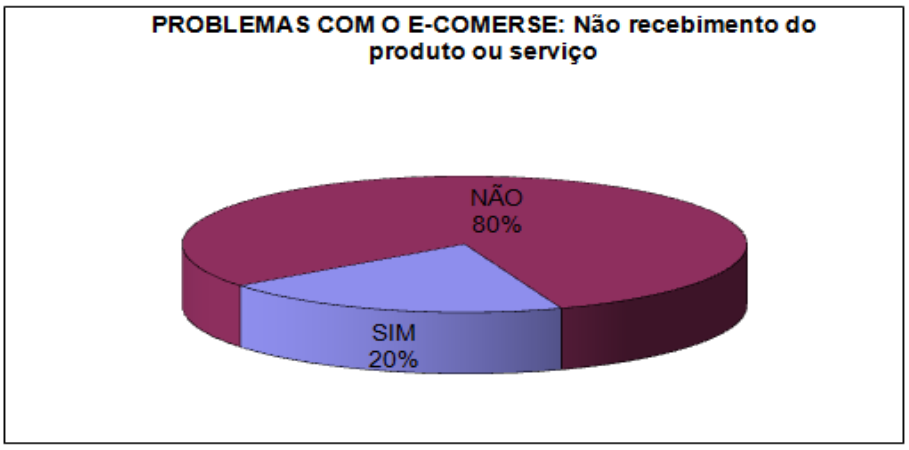


Gráfico 6: Problemas con el *e-commerce*: no recepción del producto

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

La duplicidad en la cobranza es otro factor que puede preocupar al consumidor y ampliar el comercio vía *internet*. Sin embargo, la investigación señala que el 92% nunca tuvo duplicidad de cobranza, lo que señala nuevamente una vía de negociación segura en cuanto a la estructura de los negocios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

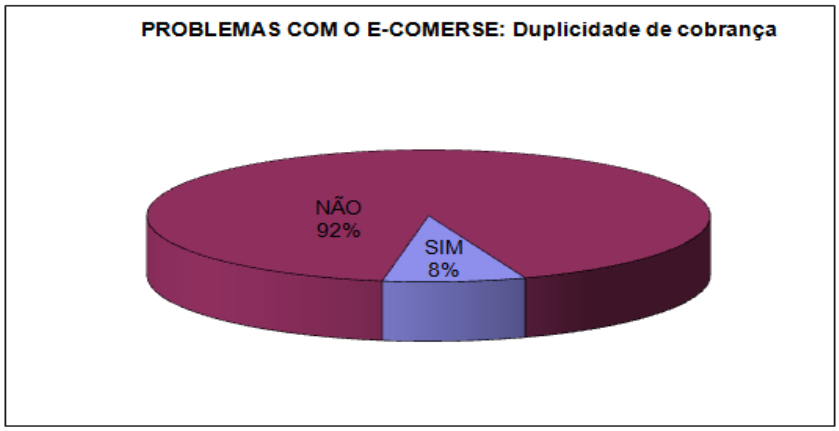


Gráfico 7: Problemas con el *e-commerce*: duplicidad de cobranza

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

Vale destacar que la rapidez que el *e-commerce* proporciona en los negocios tiene el mismo perfil de la diseminación de la difusión de los problemas, por lo tanto, las empresas premian el éxito y la eficacia de las ventas principalmente en las cuestiones de seguridad en el proceso de pago y garantía de la recepción.

Al exponer el gráfico 8, como resumen sobre los problemas con las transacciones del *e-commerce* utilizados en la investigación se observa que el mayor problema reside en la cuestión de la demora en la entrega. Ese factor tiene una vinculación directa con la estructura logística y no necesariamente con el proveedor, por esa razón las empresas se preocuparon por brindar un soporte que permite realizar los servicios logísticos, que son en la mayoría tercerizados, pero recayendo sobre el proveedor la responsabilidad.

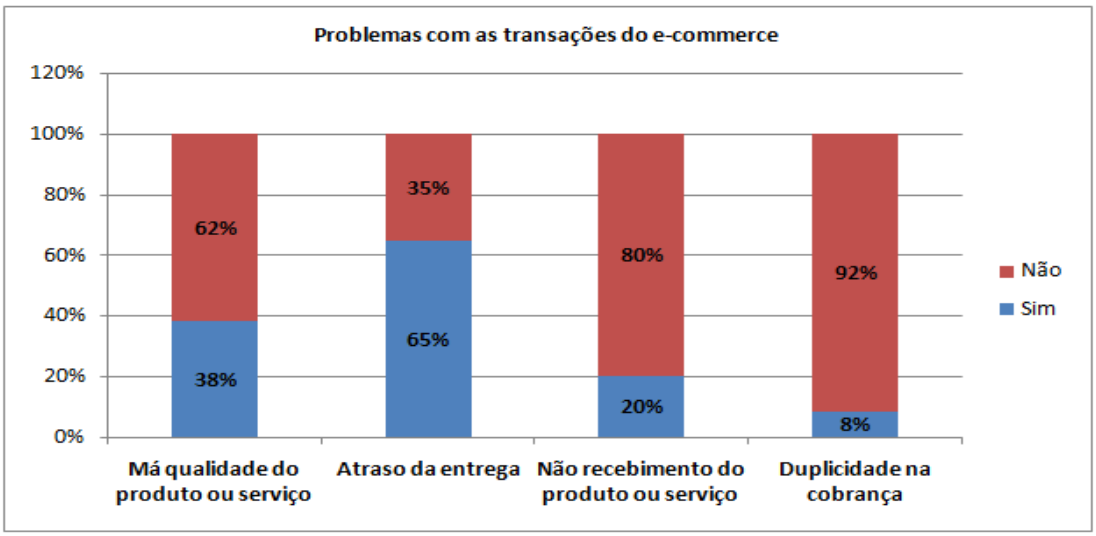


Gráfico 8: Problema con las transacciones del *e-commerce*

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

En la secuencia están las insatisfacciones por la calidad de los productos o servicios adquiridos. Esa cuestión puede, incluso, ser menor cuando la compra ha sido realizada directamente en la tienda debido a la materialidad de la oferta por el proveedor y de las experiencias más directas del consumidor, sin embargo, la compra virtual es potencialmente generadora de dudas respecto a diversos ítems relacionados a productos que no permiten mayor evaluación del consumidor por no tener el contacto directo y experiencias materiales con sus adquisiciones. Por esa razón el hecho antes mencionado de la legislación prevé un plazo para desistir y con la consecuente protección para la devolución y los debidos resarcimientos del pago realizado.

Debido a la expansión de los llamados *e-commerce*, o comercio electrónico, crecen también los problemas relacionados a ese tipo de negocio, entre otros estarían los reclamos por la falta de entrega del producto o efectivización del servicio, la insatisfacción de las transacciones, falta de soporte para devolución, intercambios y resarcimiento por productos o servicios inadecuados o mismo por el desistimiento en la negociación.

Manteniéndose en el contexto de los problemas la investigación abordó las implicancias de las experiencias vividas por los consumidores (gráfico 9), y obtuvo como resultado que el 66% tuvo como resultado resoluciones amigables, 29% tuvieron perjuicios personales y 11% recurrieron a la justicia para que su problema fuera resuelto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

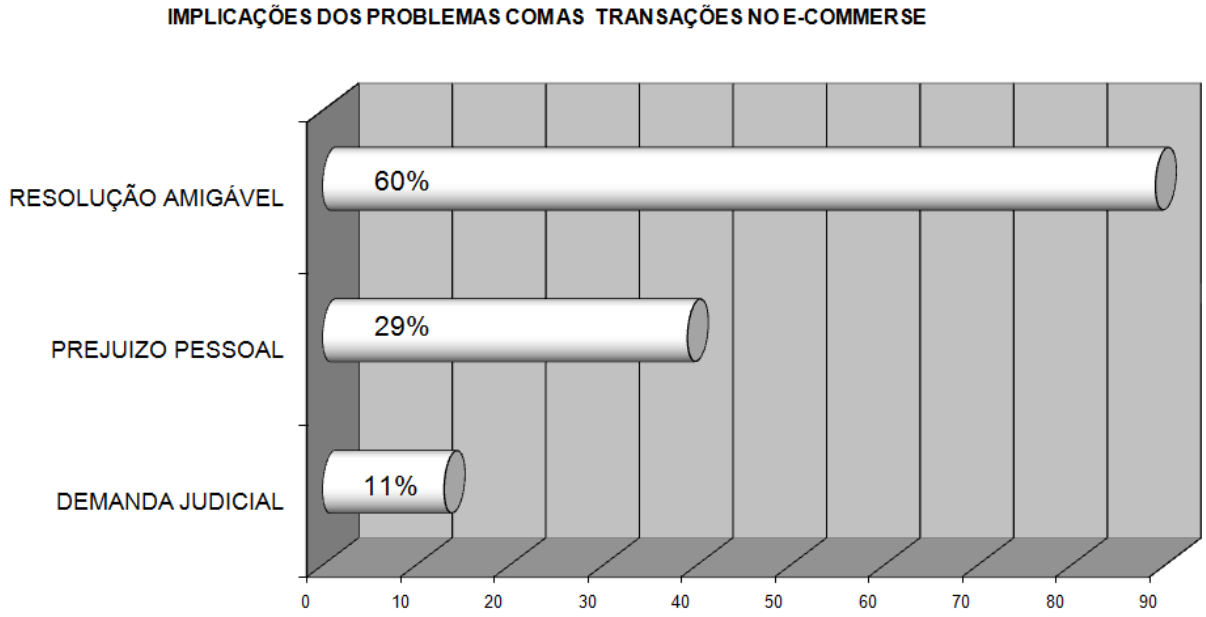


Gráfico 9: Implicancias de los problemas con el *e-commerce*

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

Las resoluciones amigables demuestran que el comercio electrónico ha creado un soporte cada vez mayor para que esa vía de negocios crezca, y uno de las cuestiones más fuertes para ese crecimiento está en la confianza del consumidor, principalmente cuando se encuentra con problemas y son resueltos de forma satisfactoria, rápida y sin necesidad de una demanda judicial que requiera tiempo y muchas veces hasta incluso el gasto de contratar a un abogado o recurrir a la justicia publica por medio del derecho del consumidor.

Categoría 3: Procedimientos del Sistema

A pesar de los problemas que surgen en los trámites de los negocios vía *internet*, las ventajas parecen componer un refuerzo motivador para la permanencia de los negocios así como su expansión sobre ese factor el estudio buscó las ventajas señaladas por los consumidores que utilizan la infovía (gráfico 10).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

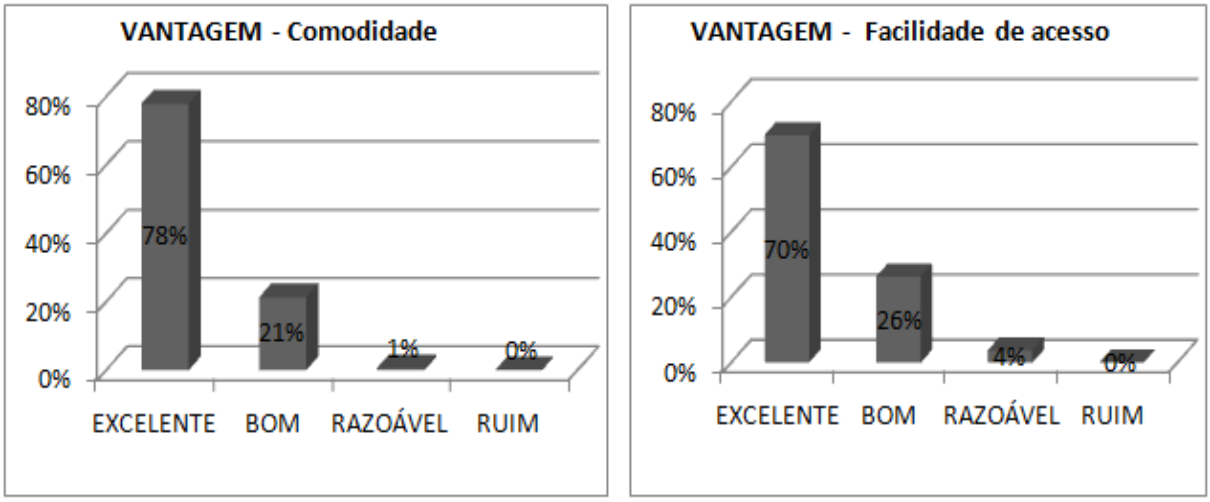


Gráfico10: Ventajas del *e-commerce*

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

La comodidad que los negocios mediante la infovía promueven fue señalada por 75% de los entrevistados como una de las mayores ventajas del *e-commerce* seguido por la facilidad de acceso en el cual 70% señalan como una excelente ventaja del uso de la infovía para formar negocios. Ese conjunto de factores involucra el proceso particular del *e-commerce* que busca proporcionar al consumidor moderno la practicidad de compra sin salir de su casa o del ambiente de trabajo por medio de un acceso facilitado de la infovía.

Facilitado el acceso y proporcionando comodidad al consumidor, corresponde enunciar que el *e-commerce* ofrece al consumidor el poder de elección y de comparación en tiempo real. Esa afirmación (gráfico 11) fue corroborada por 65% de los entrevistados que señalan el poder de elección proporcionado por el *e-commerce* como excelente y 31% indican como bueno. El poder de comparación

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fue considerado excelente por el 60% y bueno por el 38 %.

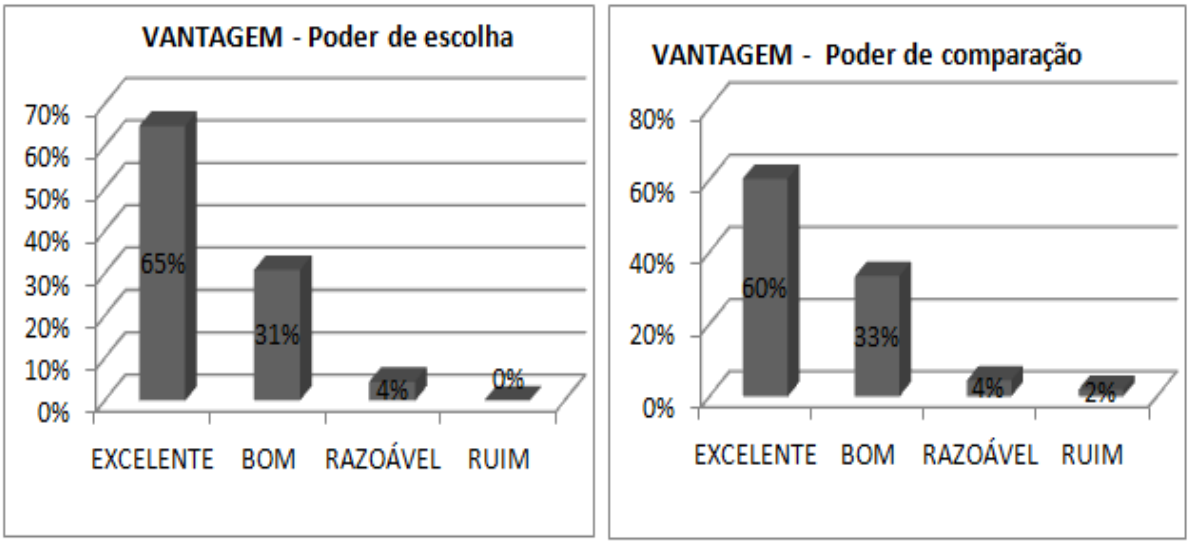


Gráfico 11: Ventajas: elección y comparación

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

Para firmar los negocios facilitados por el acceso y con alto poder de elección y comparación fue necesario investigar respecto a la efectivización de la compra. La rapidez de compra fue considerada excelente para 57% de los entrevistados y 37% revelan que la ventaja está en la categoría de "buena". La facilidad de pago que precede la rapidez considerada excelente para 36%, sin embargo, 45% consideran la rapidez y practicidad del pago buena (gráfico 12).

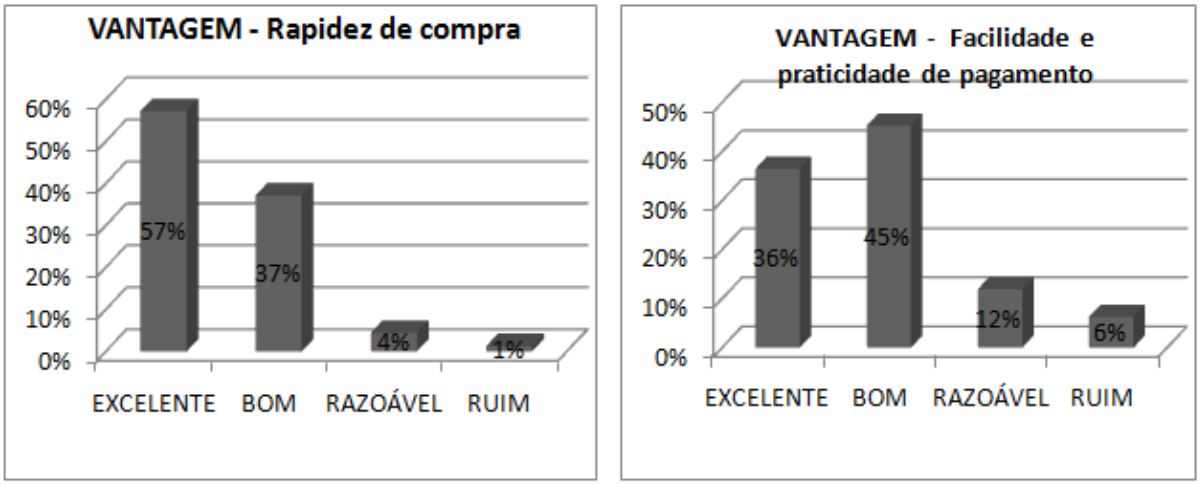


Gráfico 12: Ventajas: compra y facilidad

Fuente: Datos recolectados por la aplicación de un cuestionario propio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Aunque se consideran rápidos los trámites de los negocios por la infovía tiene como impedimento para su expansión que el consumidor tenga tarjeta de crédito inhibiendo el consumo de una gran porción de la población, ya sea por no poseer los medios o porque el límite de crédito no alcanza el valor de la compra. Esa realidad ha sido identificada por los proveedores y comerciantes y ampliando las posibilidades como, por ejemplo, la alternativa de boletos bancarios, depósitos, sistemas de pre-pago, queda sin embargo, la dificultad en cuanto al pago en cuotas, siendo que ese sistema aún no es proporcionado.

Por lo tanto, aunque el *e-commerce* sea una vía cómoda y de largo acceso con ventajas de poder comparar precios ampliado el poder de elección, no tiene mucha consideración en lo que respecta a las facilidades de pago para los consumidores debido a la restricción de los medios de efectivización de los negocios, principalmente en la alternativa del pago en cuotas ofrecido solamente por la vía de la tarjeta de crédito.

Esa modalidad tiene como precaución resguardarse del consumidor virtual deshonesto, teniendo en cuenta que el pago en cuotas promueve la entrega del producto antes de la quita del pago. Cuando se poseen los medios de crédito la facilidad y la practicidad alcanza un mayor grado de satisfacción, por esta razón mantenido el indicativo de ventaja. Ese factor es complementado por la cuestión del poder de compra debido a los precios accesibles ofrecidos en los *site*s (gráfico 13). De los consumidores entrevistados 28% consideran los precios como una excelente ventaja del *e-commerce* y 48% los señalan como una buena ventaja, seguido del 14% que consideran los precios ofrecidos razonables y 10% dice que son ruines.

Efectuada la compra queda la recepción. La rapidez de la recepción como ventaja fue considerada excelente por 16% de los entrevistados, 39% la consideran buena y 33% la señalan como razonable y 12% como ruin.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

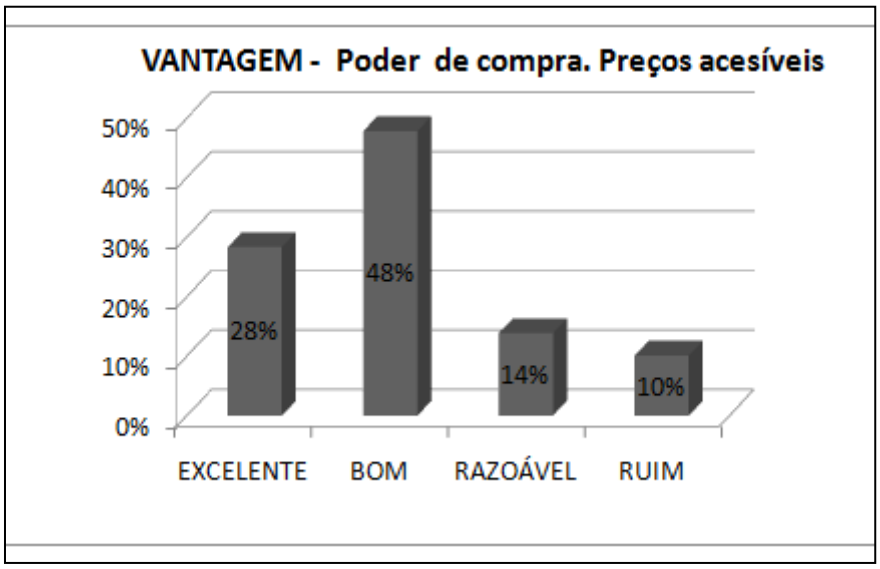


Gráfico 13: ventajas: poder de compra

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

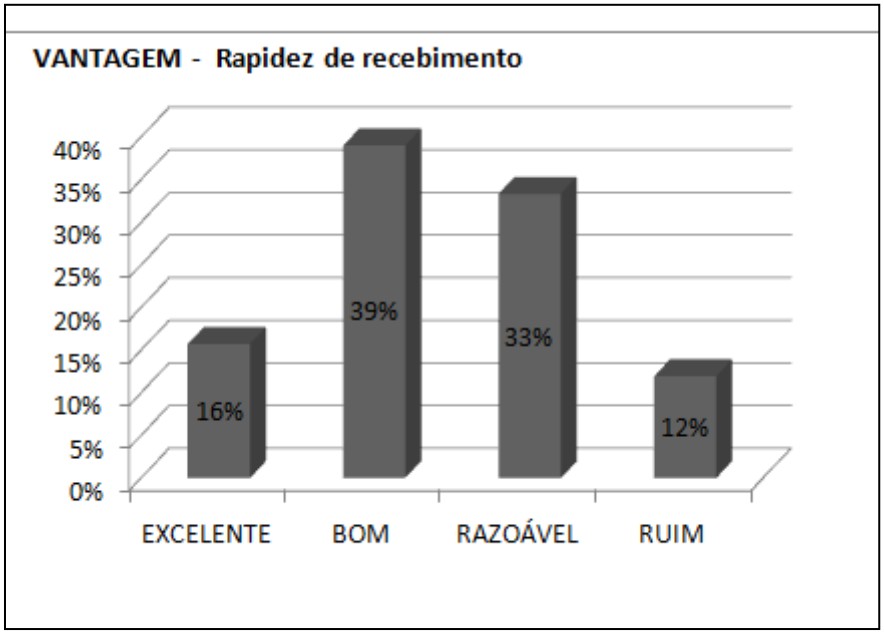


Gráfico 14: ventaja: rapidez en la recepción

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

El resultado remite a las experiencias de los consumidores o de amigos como un factor que ha sido problemático en el *e-commerce*. El atraso en la entrega es un desafío para los proveedores y comerciantes, pues depende de la contratación de un sistema de logística eficaz en la cual generalmente no forma parte del grupo directo de la empresa y es tercerizado, y con menor poder de control de la calidad,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

y cuando la falla recae sobre el proveedor o comerciante de los productos y servicios ofrecidos por el sistema del comercio electrónico.

Si el comerciante tiene como preocupaciones tanto asegurar el pago de los productos como proporcionar la satisfacción del consumidor, este tiene como preocupación el hecho de que el comerciante sea virtual y la ausencia de ese contacto puede ser generador de inseguridad. Sin embargo, por los datos obtenidos con la investigación los entrevistados no consideran ese factor como impeditivo para la realización de compras por el sistema de comercio electrónico. El gráfico 15 señaló la ausencia del comerciante como una ventaja excelente para 21% de los entrevistados y como una condición buena para 43%, y razonable para 26% donde solamente 10% lo consideran un factor ruin para el proceso de adquisición de productos y servicios vía *internet*.

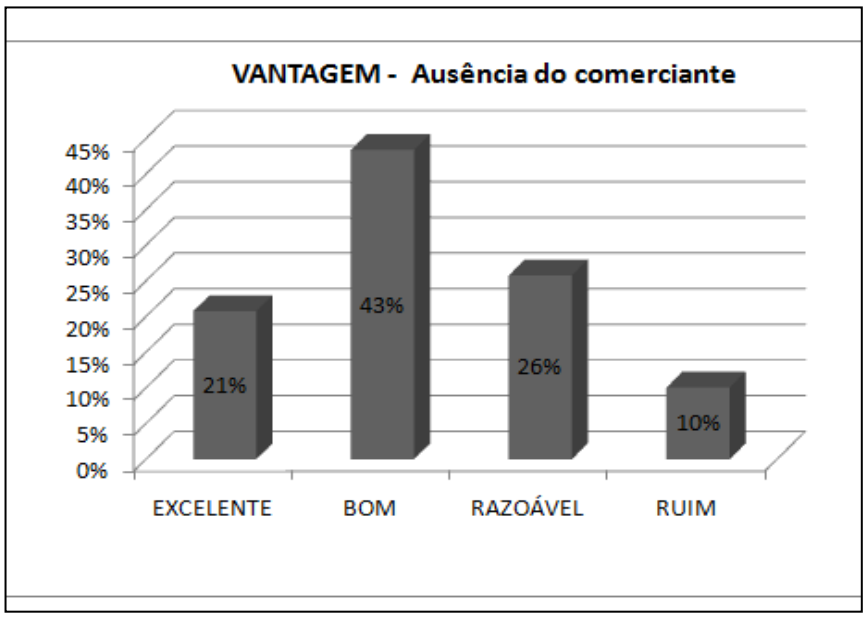


Gráfico 15: ventajas: ausencia del comerciante

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

Debido a la ausencia del comerciante en el sentido físico será necesario que el consumidor posea conductas que proporcionen seguridad en el proceso negociador.

Por esa razón la mayoría de los *sites* posee un sistema de acceso a la reputación da empresa o del comerciante individual para garantizar al consumidor que este está caminando en un terreno seguro para la realización de los trámites negociables, corresponde al consumidor buscar esos datos y seleccionar los medios y proveedores confiables evitando así problemas comunes del *e-commerce* debido a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

esa distancia física aunque aproximada por los recursos de la infovía. En esa pregunta los entrevistados señalan (26%) como ventaja excelente el acceso de búsqueda de la reputación del comerciante. 33% consideran el acceso de los datos sobre los comerciantes como buena, 30% lo consideran razonable y 11% lo señalan como ruin.

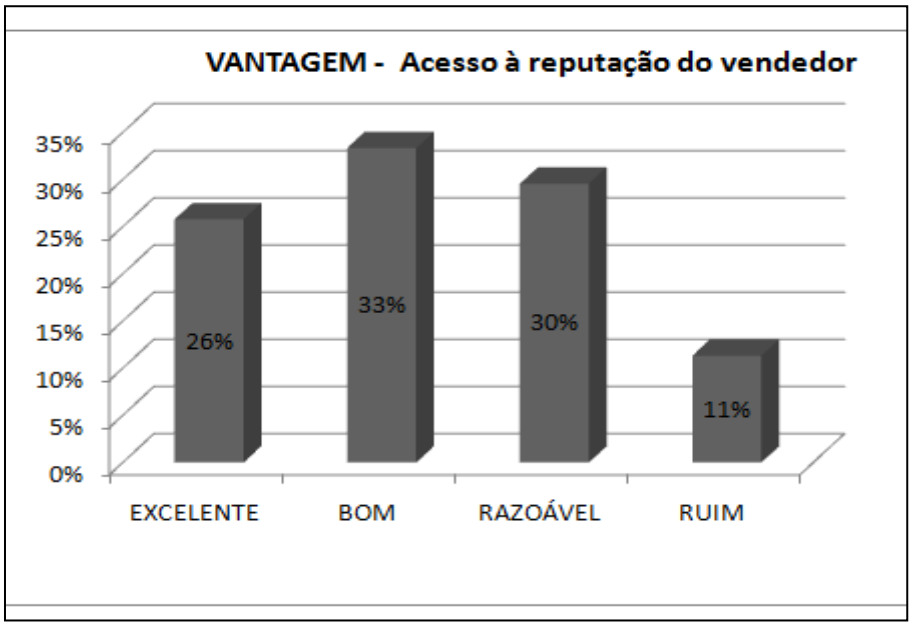


Gráfico 16: ventaja: acceso al vendedor

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

La pregunta de las conductas requeridas al nuevo consumidor respecto a los cuidados de buscar la reputación del vendedor, datos que indiquen confianza en el *site* y en los productos ofertados se refiere a la seguridad en las transacciones comerciales por la infovía. En un primer momento se puede pensar en la seguridad en el sentido de la presencia de aparatos jurídicos que vengan a garantizar el proceso de compra y venta y en el caso de que sucedan problemas tenga respaldo para la resolución.

Sin embargo, incluso aunque haya leyes específicas y un fuerte esquema de fiscalización, aún le corresponde al consumidor apropiarse de los cuidados necesarios y evitar los problemas, porque el sistema virtual se modifica con una rapidez que huye al control efectivo de la ley para prevenir o precaverse de los comerciantes, *site*s y ofertas fraudulentas.

Debido a la realidad de la inseguridad de los negocios virtuales la investigación (gráfico 17) demostró que 41% de los entrevistados consideran la seguridad de las

transacciones comerciales razonables, 27% la señalan como buena, 25% como ruin y solamente 7% la consideran como excelente. Esos datos obtenidos revelan que el consumidor tiene consciencia de los peligros que los trámites virtuales pueden proporcionar.

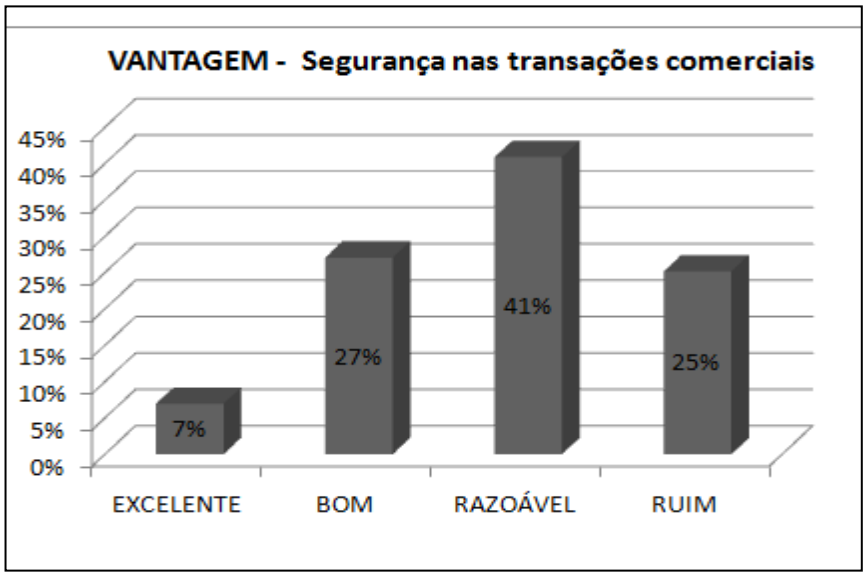


Gráfico 17: Ventaja: seguridad

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

Pero, incluso frente a los "peligros" y las inseguridades que el sistema virtual de negociación puede proporcionar, la ruptura de las fronteras comerciales ya sea en el ámbito local como de las fronteras internacionales, el consumidor ha señalado la realidad del comercio electrónico como una excelente ventaja como puede ser identificado en el gráfico 18 donde 69% consideran la ruptura de las fronteras como una ventaja del *e-commerce*, 23 % la consideran buena, solamente 7% la indican como un proceso razonable y 1% la considera ruin.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

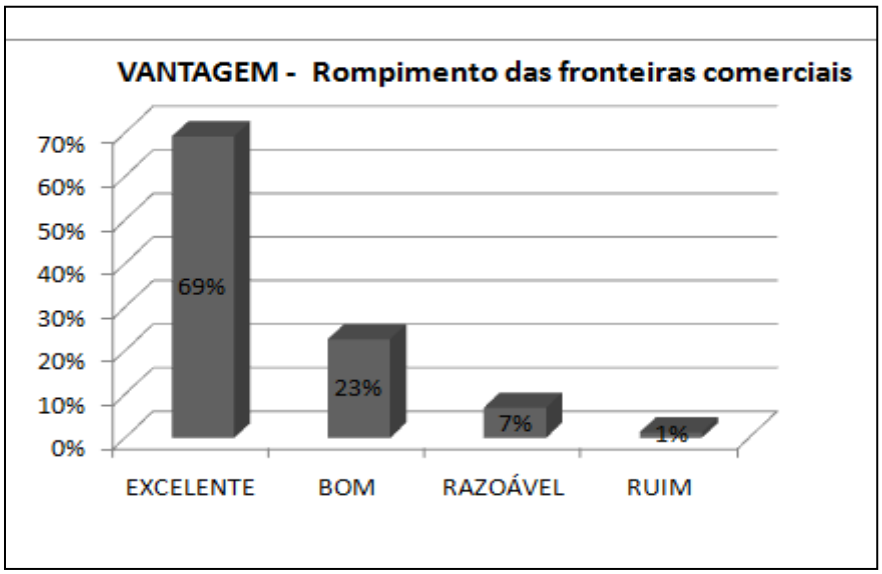


Gráfico 18: ventaja: ruptura de las fronteras

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

Incluso frente al encantamiento de los negocios virtuales y la diseminación del comercio electrónico, los consumidores analizan las desventajas que proporciona ese sistema. Una de ellas está en la inseguridad de la transacción (gráfico 19) señalada como de alto poder de inseguridad por 37% de los entrevistados y 47% que consideran de media potencialidad y 16% que creen en el bajo poder de inseguridad del *e-commerce*.

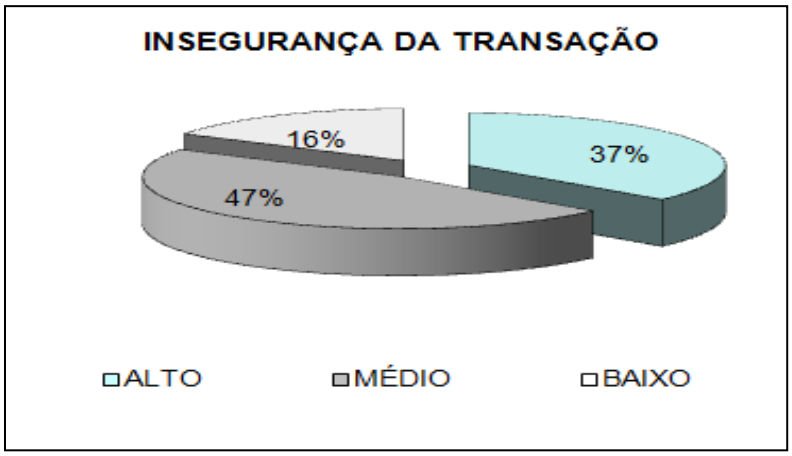


Gráfico 19: Implicancias de los problemas con el *e-commerce*

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

Entre los aspectos de la inseguridad está en el acceso por el comerciante de datos personales, pues los recursos tecnológicos captan tales informaciones y se forma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de un banco de datos ante la rebeldía del usuario. Aunque esos registros deban ser expresamente comunicados y autorizados por el usuario, en la mayoría de los casos las empresas crean automáticamente sus bases de datos cuando del acceso a los *site*s de consulta y transacción comercial sea para mantener los datos de su clientela como proveer en asociación los datos a terceros.

Frente a la incertidumbre del suceso o eficacia en las transacciones comerciales por la infovía, surge la consideración de la inseguridad jurídica (gráfico 20). Ese factor fue considerado alto por 47% de los entrevistados, medio por 42%, quedando 11% que lo señalan como bajo.

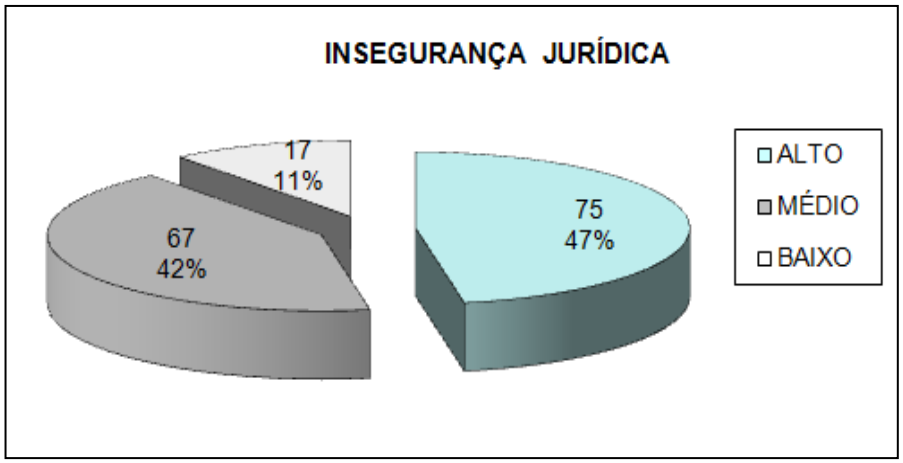


Gráfico 20: Inseguridad jurídica

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

Así, la aprehensión del consumidor respecto a los aparatos legales de respaldo y apoyo en casos de problemas que pueden surgir en los negocios virtuales es un factor preocupante y generador de incertidumbres que puede hasta incluso inhibir el crecimiento del e-commerce. Se une a los anhelos de inseguridad jurídica las incertidumbres de la entrega, teniendo en cuenta que el consumidor efectiviza el pago anticipado del producto. Ese factor fue considerado medio por 53% de los entrevistados y de alto nivel de inseguridad por 31% y consideran la pregunta de la entrega de baja inseguridad 16%.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

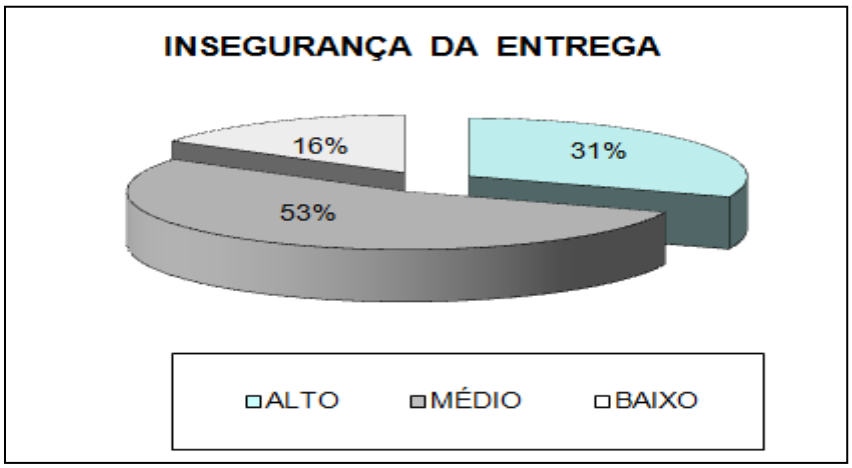


Gráfico 21: Inseguridad en la entrega

Fuente: Datos recolectados por la aplicación de un cuestionario propio.

Sigue en el mismo tipo de análisis la inseguridad en la recepción de productos y servicios viene acompañada del hecho de que el consumidor no tiene el contacto material con los productos que adquiere, por esa razón 55% de los consumidores entrevistados consideran ese factor como de nivel medio de inseguridad (gráfico 22).

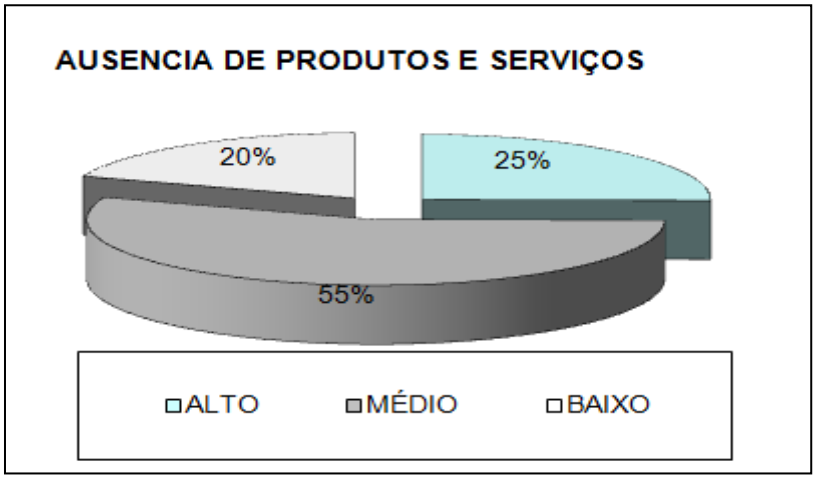


Gráfico 22: ausencia de productos y servicios

Fuente: Datos recolectados por la aplicación de un cuestionario propio.

La ausencia también se evidencia con relación al comerciante que por la infovía se presenta virtual, a través del nombre de la empresa o de la persona proveedora. Esa condición fue señalada como generadora de inseguridad de nivel medio por 56% de los entrevistados.

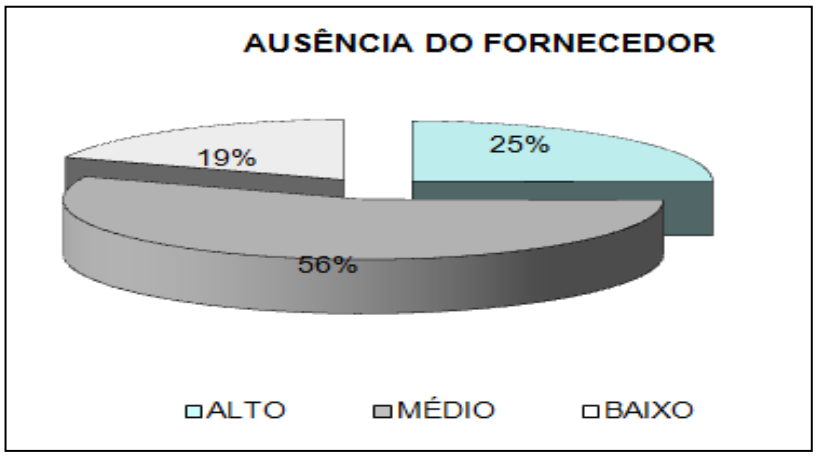


Gráfico 23: Ausencia del proveedor

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

Las tres preguntas de desventajas abordadas, o sea, la cuestión de la entrega, la ausencia de inmediato de productos y servicios y la ausencia del proveedor forman un cuadro típico de comercialización fuera del ambiente físico. En el sin embargo, hay diversas personas involucradas en las transacciones. Muchos sitios disponen de personal para atender cuando se necesita de una interacción en tiempo, y cuando las dudas e informes puestos a disposición del consumidor fueran insuficientes.

Con relación a la ausencia de los productos corresponde destacar que el Comercio Electrónico como forma de minimizar el contacto físico de productos y servicios tiene disponibilidad y desarrollando mecanismos de interactividad, imagen en movimiento, sonido y todo lo que pueda ofrecer al consumidor un contacto más real con el que pretende consumir y así poder decidir de forma más efectiva. Sin embargo, como comenta Albertin (1999) los mecanismos tecnológicos buscan prepararse para minimizar la inseguridad en los negocios cuando las cuestiones involucradas son la ausencia de contacto físico ya sea con los productos y servicios o con el proveedor.

Aunque frente a las incertidumbres el negocio se efectivice, surge otro grupo de inseguridad: el intercambio (gráfico 24). Los consumidores entrevistados (49%) señalan que la preocupación con el intercambio de los productos posee un nivel medio, seguido de 35% que consideran ese factor alto y 16% consideran la cuestión del intercambio de bajo nivel de preocupación.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

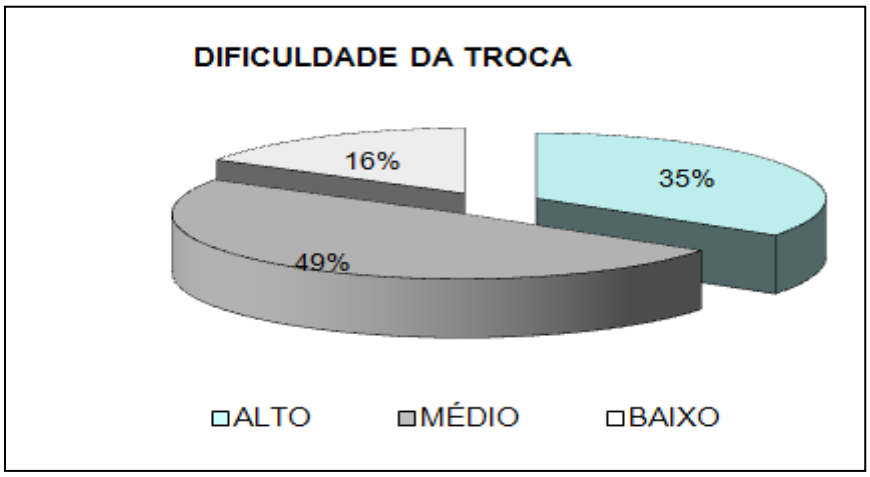


Gráfico 24: dificultad de intercambio

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

Otra preocupación relevante de los consumidores que utilizan la infovía está en la exposición *on line* de sus datos personales. Debido a la fragilidad del sistema y la posibilidad de la acción de los invasores (*hackers*) los entrevistados (63%) señalan un nivel de desventaja alto en los trámites de negocios *on line*.

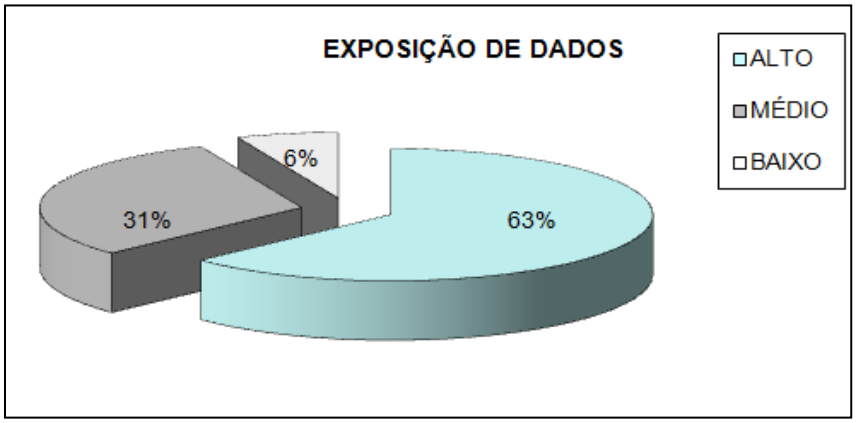


Gráfico 25: Exposición de datos

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

Se observa por el resumen del gráfico 26 todos los ítems presentan un indicativo equitativo respecto a las cuestiones presentados. De un modo general, la cuestión de las desventajas del *e-commerce* señalada por los entrevistados se dirigen a la exposición de los datos personas y principalmente datos referentes al aspecto financiero seguido de la cuestión de la inseguridad jurídica que coloca al consumidor en la perspectiva más frágil cuando la necesidad de recurrir a los casos no resueltos de forma amigable.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

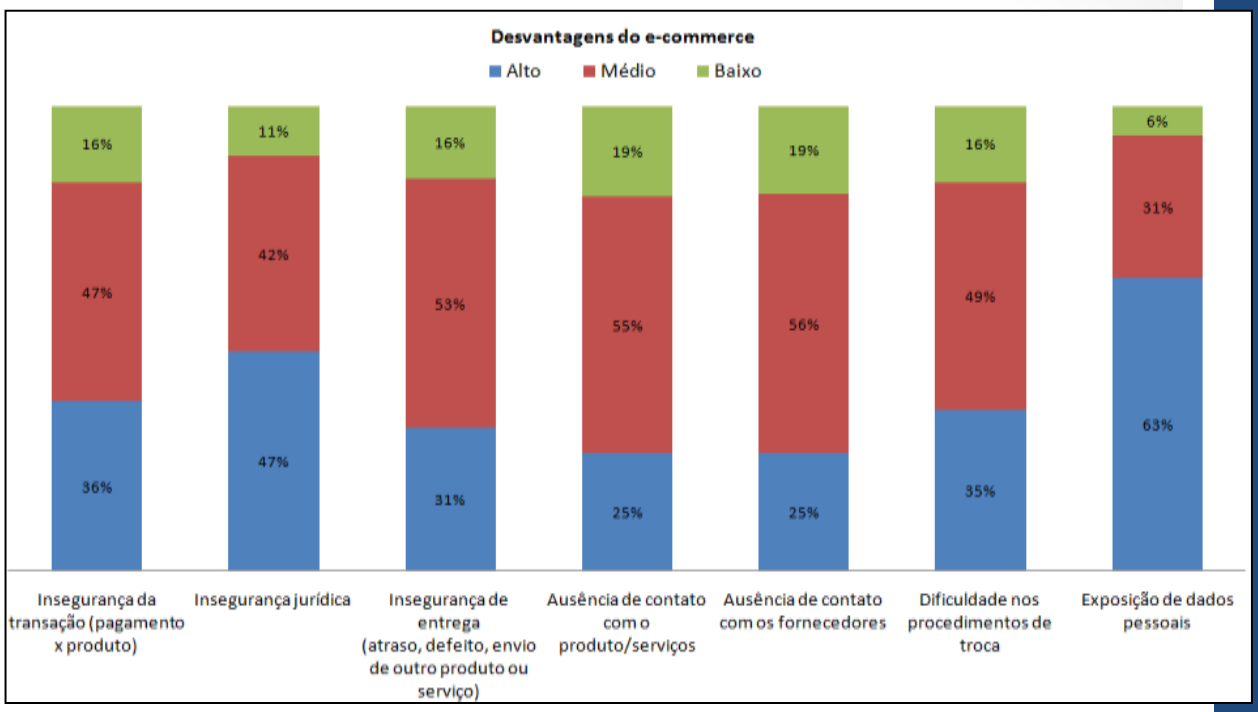


Gráfico 26: Gráfico resumido – Desventajas del *e-commerce*

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

En los factores considerados como medio potencial de preocupación las cuestiones se presentan equilibradas en la opinión de los entrevistados, destacando la cuestión de la ausencia del contacto directo con los productos y con los comerciantes, experiencia peculiar de los trámites *on line* y un nuevo abordaje comercial que tendió a crecer década a década (LASTRES, 1999).

Los negocios electrónicos como menciona Ferreira (2008) trajeron beneficios a las partes que negocian como la oferta variada de productos y servicios, la reducción de costos, la posibilidad de acceso a una amplia red de ofertas, sin embargo, tiene como desventaja la ampliación de la vulnerabilidad del consumidor en materia de jurisdicción y aplicación de las leyes.

> *As tecnologias da informação e comunicação, por suas características intrínsecas de desmaterialização e desintermediação, agrava a posição de vulnerabilidade do consumidor, dificultando a efetividade das normas consagradas para seu abrigo. Rompendo o paradigma de territorialidade, o desaparecimento no meio eletrônico dos limites estatais e territoriais, desafia a fixação da competência (FERREIRA, 2008, p.168).*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Frente a esas posibilidades se asocian los casos de violación y uso indebido de los datos provistos por el consumidor en el acto de la adquisición del bien o servicio, que son "pasados" para otros fines, ya sea para recepción de propagandas, correspondencias, tarjetas de crédito, ofertas, entre otras. En lo que respecta a los datos provistos, aún hay problemas relacionados a la violación de las informaciones del consumidor para fines ilícitos y criminales, en los cuales el usuario, debido a la falta de legislación pertinente se ve desamparado.

Categoría 4: Seguridad y Credibilidad

La cuestión de la seguridad y la credibilidad (gráfico 27) involucra desde las ventajas del negocio hasta los aparatos jurídicos de apoyo y resolución de problemas. En ese sentido, se investigó el posicionamiento de los consumidores respecto a las mayores ventajas direccionado al comerciante o al usuario del comercio electrónico. 62% de los entrevistados encuentran que las ventajas para el comerciante son excelentes, 37% creen que hay una buena ventaja en el proceso del comercio electrónico a los proveedores y 10% la señalan como una ventaja regular.

Con relación al consumidor la ventaja fue considerada excelente en la opinión de 20% de los entrevistados y considerada buena para 33%. El posicionamiento de que el *e-commerce* tiene una ventaja regular para el consumidor fue señalado por 42% de los entrevistados.

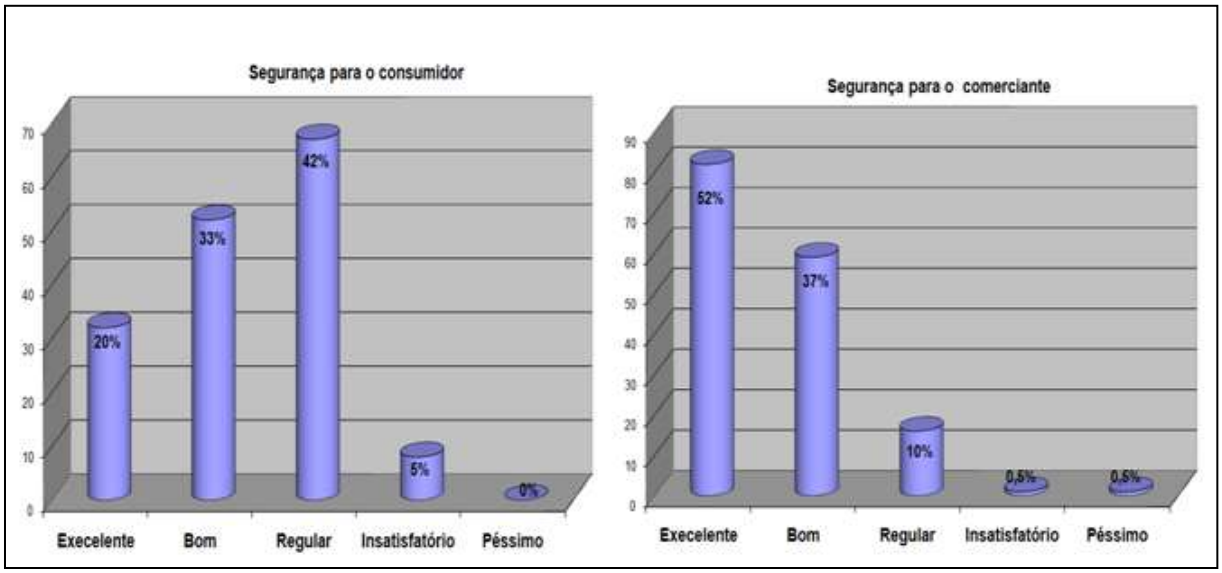


Gráfico 27: Seguridad del consumidor y comerciante

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

La cuestión de los negocios ventajosos para una de las partes y menos ventajosos para otra tiene un vínculo directo con la perspectiva legal que elabora la legislación consumista de protección y defensa del consumidor por considerar parte más vulnerable en la transacción comercial. Así, la opinión de los entrevistados coherente con la consideración de que el consumidor es hiposuficiente, mientras que el proveedor de bienes y servicios es quien dicta las reglas en que se dará la relación de consumo.

El tema remonta a la discusión sobre factores que pueden inhibir la expansión del *e-commerce*. En ese sentido, la investigación seleccionó seis cuestiones posibles: inseguridad jurídica relacionada al *e-commerce* falta de conocimiento sobre el *e-commerce*, la inseguridad del sistema electrónico, la poca habilidad de los consumidores con relación al uso de las tecnologías, la cuestión de la presencia de una cultura del comercio presencial en relación a los productos y servicios y la existencia de una cultura de la necesidad de relaciones humanas en las transacciones comerciales.

Los datos de la investigación demuestran que la inseguridad jurídica es considerada un factor de alto potencial para inhibir el crecimiento del comercio electrónico como se puede observar en el gráfico 28 el cual revela la preocupación señalada por 46% de los entrevistados, seguido de 38% que señalan que la inseguridad jurídica posee un potencial medio para inhibir el *e-commerce*.

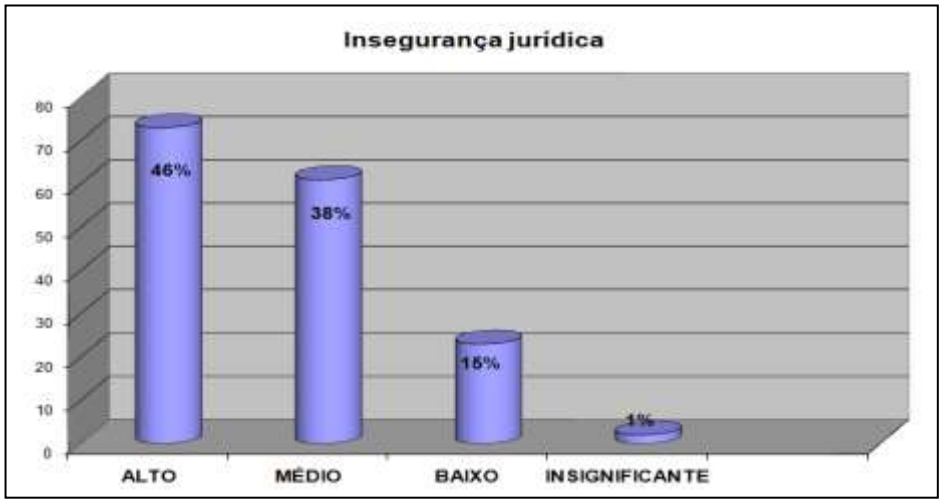


Gráfico 28: Inseguridad jurídica

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

El análisis realizado por Behrens (2007) respecto a la inseguridad jurídica señala la necesidad de revisión legislativa en lo que respecta al comercio electrónico. Albertin

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(2001) amplia la compresión y menciona que la inseguridad ralentiza la reglamentación del propio ambiente virtual, así como la validez de los contratos electrónicos, la privacidad, la propiedad intelectual, la sanción de los infractores de la infovía, en la cual se requieren acciones para equiparar los problemas.

> *Os aspectos legais, por, exemplo a regulamentação de um setor, podem restringir a aplicação de CE, seja pela obrigatoriedade de documentos e presença de pessoa física, ou pela não consideração de sua nova forma de negócio e de seus processos, possibilitada pelo CE (ALBERTIN, 2001, p. 29).*

En ese sentido se verifica que la inseguridad jurídica formó parte de una preocupación latente en la sociedad, aunque el trámite virtual haya avanzado de forma sustancial, la mirada sobre el aspecto jurídico es un factor de preocupación que podría ser motivador de mayor crecimiento en el caso de que sean satisfechas las necesidades de amparo jurídico de los consumidores.

También se encuentran resultados aproximados en la opinión de los colaboradores referente a la falta de mayor conocimiento de los consumidores sobre el sistema de comercio electrónico (gráfico 29) en la cual reveló que 44% de los entrevistados consideran ese factor como de alto potencial inhibidor y 39% lo consideran de medio potencial

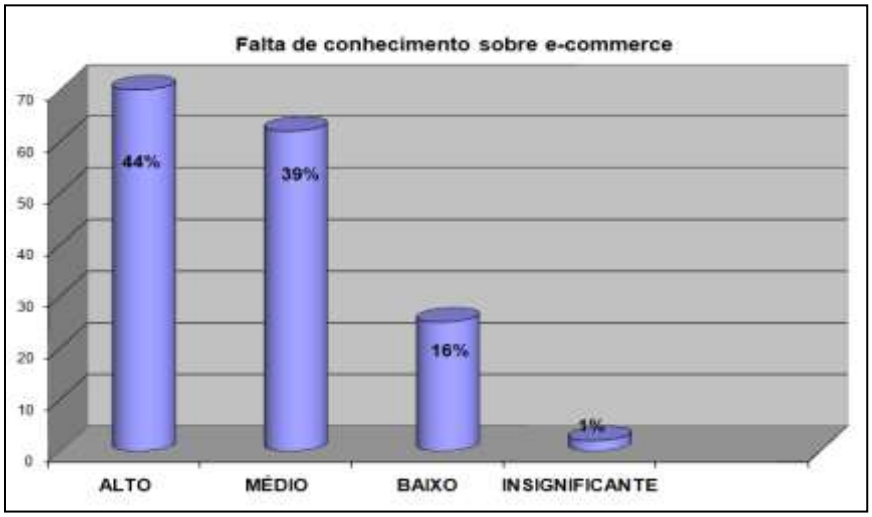


Gráfico 29: Falta de conocimiento sobre el *e-commerce*

Fuente: Datos relevados por la aplicación de cuestionario propio.

La falta de conocimiento sobre el sistema del *e-commerce* está relacionada a una política de inclusión digital sumada a la experiencia de la navegación, con acceso amplio a sistemas de banda ancha con precios accesibles y con mayor rapidez. Los

estudios de Miyazaki y Fernandes (2001) analizan entre los factores que pueden impedir la expansión más acelerada del *E-commerce*, la poca experiencia en compras remotas y la relativa novedad del sistema *on line* para negocios directos con el consumidor. El desconocimiento de las complejas estructuras inhibe al internauta, así como el surgimiento de problemas en las redes, sin embargo, analizan los autores que conforme se diseminen las experiencias exitosas esas preocupaciones irán gradualmente perdiendo fuerza.

El tema sobre la falta de conocimiento sobre el comercio electrónico dirige a la inseguridad en el propio sistema de comercio que utiliza la infovía. El asunto está presente en la recolección de datos que presentó un porcentual de 39% de los colaboradores que creen que la inseguridad en el sistema electrónico puede ser un factor inhibidor de alto potencial, seguido de la opinión de 46% que creen ser de medio potencial. (Gráfico 30)

Gráfico 30: Inseguridad del sistema electrónico

Fuente: Datos relevados por la aplicación de cuestionario propio.

El discurso de la falta de seguridad en el propio sistema virtual ha tomado una dimensión que muchas veces no tiene como base factores reales. Esa postura es defendida por Mikazaki; Fernandes (2001), que creen en la fuerza de la experiencia con los trámites digitales y virtuales como promotor de conocimiento resultantes de un nuevo paradigma de comunicación, comercialización e intercambio de informes. En ese sentido:

> *Muito do risco percebido em compras online provavelmente advém da relativa novidade da internet como um método de compra a distância, assim como da publicidade acerca de*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *problemas potenciais com a privacidade e segurança. Visto desta perspectiva, muitos profissionais de marketing acreditam que a experiência ganha através do uso simples da internet sem propósito de compra, tais como busca por informações e comunicação não comercial, levará os consumidores a descobrir que os riscos de privacidade e segurança são frequentemente exagerados (MIYAZAKI; FERNANDES, 2001, p. 30).*

Asociado a la falta de conocimiento y a los generadores de inseguridad en el sistema electrónico sobresalen los factores inhibidores del desarrollo del *e-commerce* con la necesidad de que la población tenga mayores habilidades con las tecnologías, la cual se identifica como inclusión digital. El tema fue considerado de alto potencial inhibidor por 18% de los entrevistados, 41% lo consideran de medio potencial inhibidor, 15% lo señalan como de baja incidencia inhibidora y 26% lo consideran insignificante. (Gráfico 31).

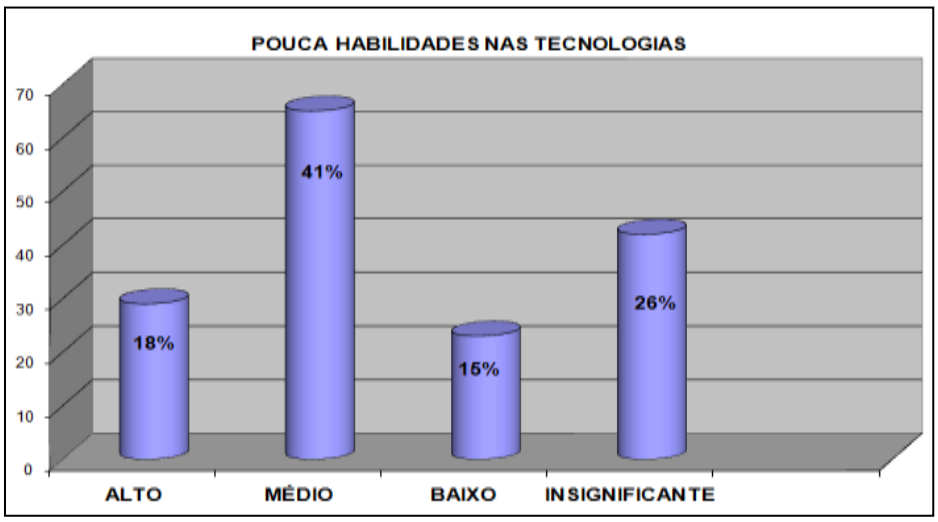


Gráfico 31: Poca habilidad en las tecnologías

Fuente: Dados relevados por la aplicación de cuestionario propio.

El surgimiento de un porcentaje significativo de que ese factor sería insignificante puede tener como argumento el crecimiento de las habilidades digitales y que la inclusión digital se ha expandido por todo el mundo con mayor acceso a computadores y consecuentemente accesibilidad al sistema de comercio electrónico que está inserto en toda la estructura de la red *on line*.

La inclusión digital proporciona, como comenta Lastres (1999) se refiere a la diseminación y acceso a los sistema electrónicos que son la puerta de entrada para

la difusión de una cultura del uso del sistema de la infovía, en la cual está inserto el *e-commerce*. Sin embargo, la permanencia de una cultura del comercio donde se tiene los productos y servicios en el ámbito presencial para que pueda ser tocado, analizado y verificado *in loco* aún puede ser una influencia para inhibir el crecimiento del *e-commerce*. La investigación reveló que ese factor fue considerado de alto potencial inhibidor por 51% de los colaboradores y de medio potencial para 40%. (Gráfico 32)

Organizaciones gubernamentales y del sector declararon a la privacidad y seguridad de la información como los principales obstáculos al desarrollo del comercio electrónico. Percepciones de riesgo en relación a la privacidad en *Internet* y seguridad fueron identificadas como temas para nuevos y experimentados usuarios de tecnología de *Internet*. (LUCCA; SIMÃO, 2000). El tema explora la percepción de riesgo entre los consumidores de diferentes niveles de experiencia de *Internet* y como esas percepciones se relacionan con la actividad de compras online.

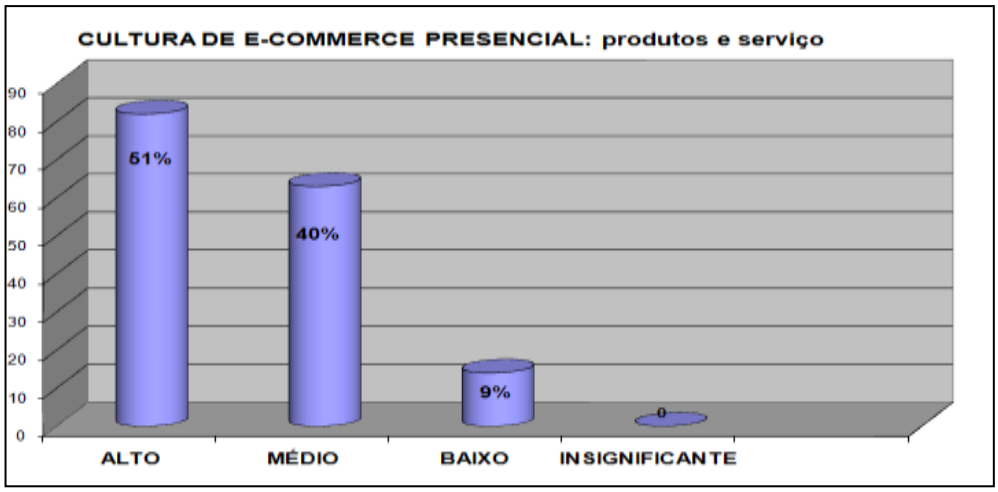


Gráfico 32: cultura del *e-commerce*

Fuente: Datos relevados por la aplicación de cuestionario propio.

El desarrollo de una cultura para el *e-commerce* es congruente con la expansión del acceso a las tecnologías, o sea, de la inclusión digital. Cabe destacar un factor no incluido en la investigación, pero ampliamente mencionado en el recorrer de la elaboración del texto y directamente ligado a la cuestión del acceso a las tecnologías están los valores de las operadoras de banda ancha que aún son muy caros en Brasil y aunque haya una disminución del precio debido a la concurrencia aún forma parte de un factor inhibidor (CAMERON, 1999).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

La estructura y el precio del sistema de banda ancha en Brasil ha limitado el acceso a *internet* y para el acceso y la navegación en el comercio electrónico requiere rapidez, permanencia de un tiempo relativamente largo, así, la necesidad de tener el sistema de banda ancha para acceder a los trámites del CE se torna imprescindible. Una banda ancha lenta y costosa tiende a inhibir el comercio electrónico, disminuyendo el interés y el placer de los usuarios en dedicar tiempo a la demanda de productos y servicios ofertados por el *e-commerce* así como en participar de las promociones, novedades y adquisición de bienes de consumo que muchas veces solo están en oferta en la infovía. (CAMERON 1999).

Por lo tanto, la ampliación de la banda ancha permite la actualización de la calidad general de la conexión y la utilización de la infovía, y conjuntamente con la inclusión digital tiende a ampliar el acceso y la utilización del mercado electrónico. Así, con un acceso más rápido y más barato junto al desarrollo de la propuesta de la inclusión digital, se suponen más experiencias con la infovía y consecuentemente de compras vía *internet*. Las compras remotas como un sistema en crecimiento tanto tecnológico como operacional será parte del divisor social o será parte de una práctica del conjunto de la sociedad dependiendo, por lo tanto, del proceso de inserción tecnológica, experiencias y acceso. Esa análisis se refiere al tema del surgimiento de una nueva cultura de negocios y comunicación, que supera la necesidad presencial entre las partes comunicantes.

La cultura del comercio presencial respecto a productos y servicios tiene proximidad con la cuestión de la necesidad del relacionamiento humano, del vendedor que atienda al comprador, dialogue y negocie estando ambos físicamente presentes. Esa necesidad de relacionarse fue señalada como una parte inhibidora de alta potencialidad por 42% de los entrevistados y considerada de media potencialidad inhibidora del *e-commerce* por 40%. El porcentual medio e insignificante fue señalado por 15% y 3% respectivamente (Gráfico 33).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

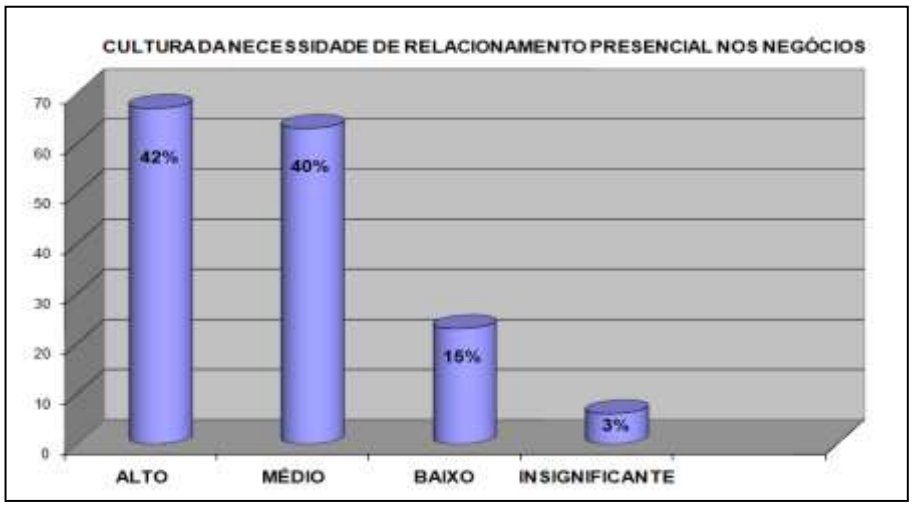
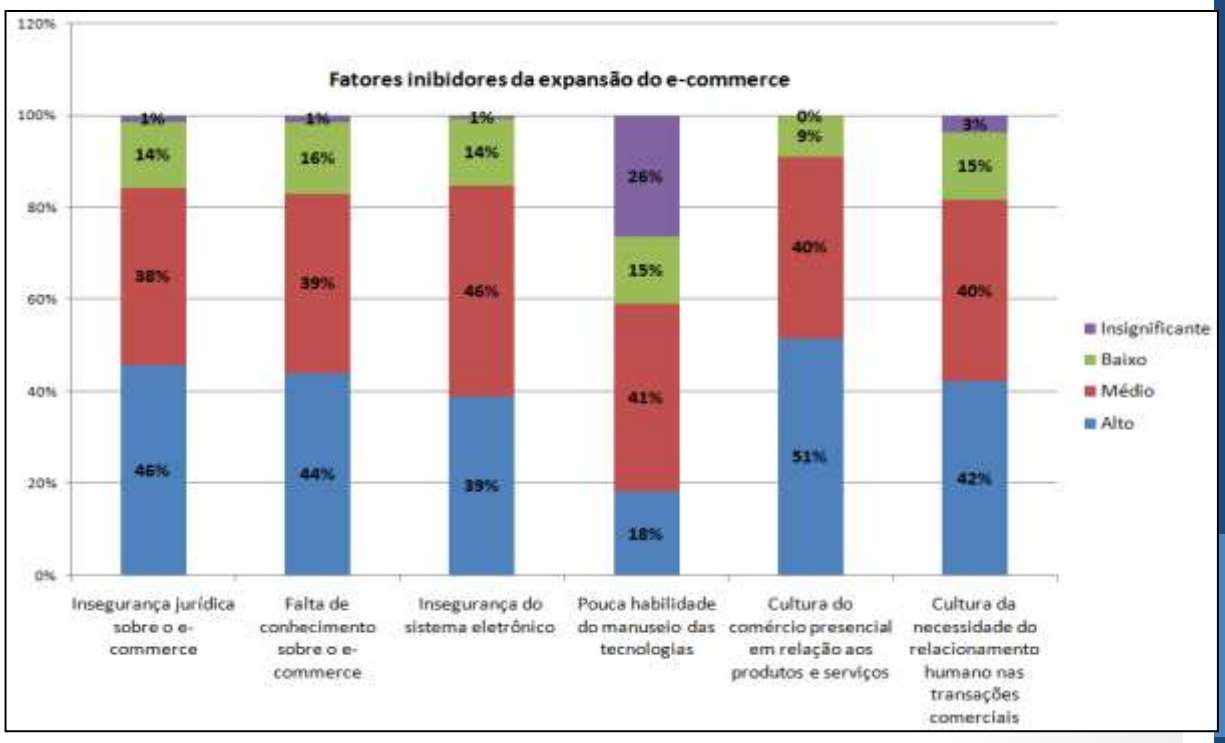


Gráfico 33: Cultura de relaciones presenciales

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

Se observa por el gráfico 34 que entre los factores de mayor incidencia inhibidora para que el *e-commerce* tenga una expansión más acelerada está la cultura presencial de los productos y servicios, donde el consumidor puede tener cierto tipo de experiencia con lo que pretende comprar. Ese factor ha sido percibido por los desarrolladores del sistema de comercio electrónico y cada vez se percibe la oferta de tecnologías y soporte que proporcione al consumidor una experiencia más detallada e interactiva con los productos y servicios ofertados por la infovía.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Gráfico 34: Factores inhibidores de expansión

Fuente: Datos relevados por la aplicación de cuestionario propio.

En oposición a los factores inhibidores están las cuestiones que han impulsado el crecimiento del comercio electrónico. Así, para que determinado sector comercial se expanda, deben ser observados diversos puntos. Los datos investigados se reservaron a la cuestión de la legislación, fiscalización, divulgación, información, patrón y claridad del proceso de los negocios, infraestructura de la empresa, cultura de los negocios y sanción a los infractores.

Con relación a la legislación específica (gráfico 35) los entrevistados creen que sería un factor de expansión del *e-commerce* si hubiera legislación específica para la materia por ser generadora de mayor seguridad jurídica. El resultado que señala alta potencialidad para la expansión reveló la opinión de 44% de los entrevistados y de media potencialidad por 33%. Lo consideraron de baja importancia 22%.

Gráfico 35: elaboración de Legislación

Fuente: Datos relevados por la aplicación de cuestionario propio.

La presencia de legislación específica y que venga a contemplar las necesidades de los consumidores es un asunto tratado en los estudios de MARQUES (2011). El autor analiza que seguridad jurídica, no se reserva la presencia de leyes. En verdad sería solo uno de los elementos contribuyentes. El que pesa en ese contexto es la existencia de soportes e instrumentos comprobatorios que generen materialidad para ser utilizado en casos de divergencias en el transcurso de los trámites de los negocios y principalmente de la atención y cuidados que el consumidor debe tener en la verificación del grado de confiabilidad en la negociación, observando los

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

niveles de autenticidad, integridad y perennidad de esos soportes que el comerciante o negociador ofrece.

Acompañado de la legislación, se encuentra toda una estructura de fiscalización por parte de los órganos gubernamentales y la presencia efectiva de esa práctica podría, como señala 50% de los entrevistados puede ser un factor de alto potencial para la expansión del *e-commerce*. En la secuencia 22% consideran media potencialidad, 21% lo señalan como de baja influencia y 7% de alcance insignificante para que el comercio electrónico venga a tener mayor crecimiento debido a la fiscalización más acérrima.

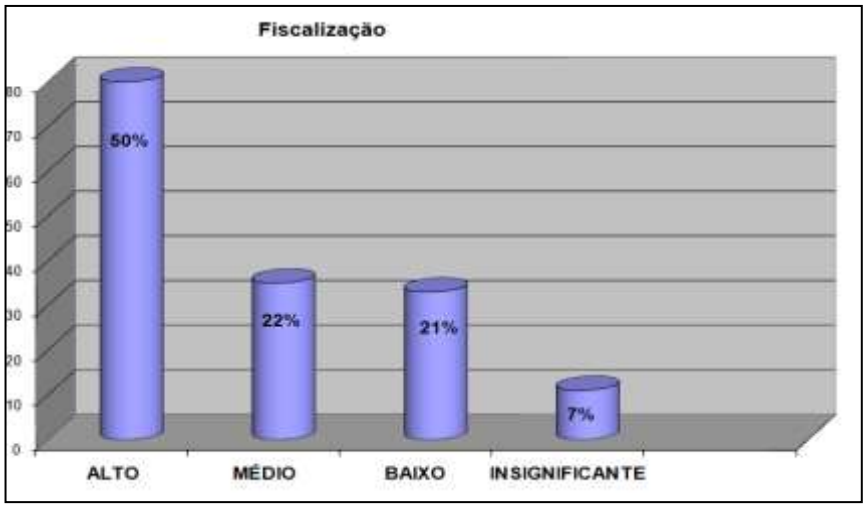


Gráfico 36: Fiscalización

Fuente: Datos relevados por la aplicación de cuestionario propio.

Además de una mayor fiscalización se investigó la cuestión de la divulgación del sistema de *e-commerce*, y se verifico que 49% creen que la información y propagación del comercio electrónico podría ser un factor sustancial para la expansión y 46% señalan como de media potencialidad el factor de difusión. (Gráfico 37)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Gráfico 37: Difusión

Fuente: Dados relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

La discrepancia porcentual en la opinión de los entrevistados respecto al alto y medio poder de influencia de la difusión para la expansión del *e-commerce* comparado al posicionamiento considerado bajo o insignificante representa un factor preponderante cuando de la diseminación del sistema electrónico para el comercio de productos y servicios. Esa constatación es tratada en los estudios de Kauffman; Walden (2001) a partir del análisis económico de los impactos de los negocios *on line* y en la promoción de la expansión del comercio electrónico.

> *Finalmente, a análise econômica oferece aos pesquisadores uma oportunidade para resolver problemas e alterar a estrutura do mercado, bem como, identificar os fatores críticos que resultam em sucesso ou fracasso da empresa, interpretar a velocidade e amplitude de adoção da novas tecnologias da Internet, e muito mais. Assim, é conveniente fazer um balanço das contribuições para a investigação sobre o comércio eletrônico que são motivados pela análise econômica.*

En el mismo sentido de la expansión de los negocios en la infovía y la divulgasión por medio de las experiencias, la búsqueda de información por parte del propio consumidor también compone un factor decisivo para que el *e-commerce* alcance mayores desarrollos. En la opinión de los entrevistados, la cuestión "búsqueda de información" fue señalado como altamente potencial por 76% de los entrevistados y 24% indicaron que la divulgación posee media potencialidad para el crecimiento de los negocios por la infovia, por lo tanto, ese factor aliado a las experiencias indican una estrategia prometedora para el *e-commerce*.

Gráfico 38: búsqueda de información

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

Sin embargo, para que se efectivice la búsqueda de mayores informes y la apropiación de los procesos de negociación vía *internet*, sería necesario, como comenta Albertin (1999) que se instale una cultura para lo virtual, una cibercultura. Ese asunto tuvo la concordancia considerada de alto potencial de influencia para la expansión en la opinión de 63% de los entrevistados y de media influencia para 35% de los sujetos de la investigación. (Gráfico 39)

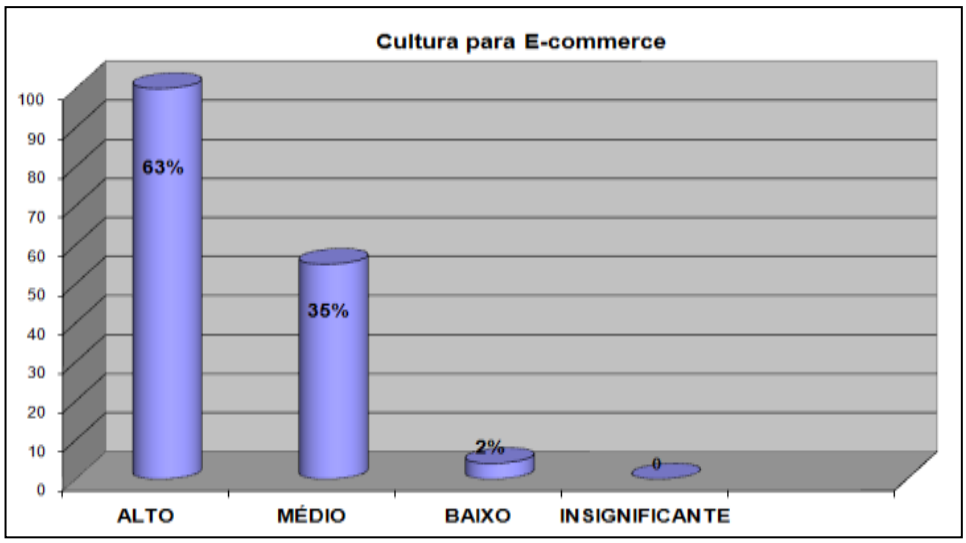


Gráfico 39: cultura para el *e-commerce*

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

La cuestión de la cultura para el *e-commerce* involucra directamente la cuestión de la inclusión digital, o sea, garantizar el acceso a todos, condición fundamental para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que haya una verdadera apropiación social de las nuevas tecnologías de comunicación e información. Implica reconfigurar prácticas, modalidades de comunicación, espacios. Una cultura del *e-commerce* según estudios de Lévy (1999, p. 48):

> *A cibercultura é a cultura contemporânea marcada pelas tecnologias digitais. Vivemos já a cibercultura. Ela não é o futuro que vai chegar mas o nosso presente (home banking, cartões inteligentes, celulares, palms, pages, voto eletrônico, imposto de renda via rede, entre outros). Trata-se assim de escapar, seja de um determinismo técnico, seja de um determinismo social. A cibercultura representa a cultura contemporâneas sendo conseqüência direta da evolução da cultura técnica moderna (LEVY, 1999, p. 48).*

Esa cultura de emergencia tiene como soporte el desarrollo de la tecnología antes de grandes computadores para las tecnologías móviles y de menor porte. Así, se busca comprender y en los apoderados medios socio-técnicos de la cibercultura (LÉVY). En el mismo sentido, el suceso para la aplicación desarrollo del CE está en la adopción de las tecnologías por parte de los clientes, así, es de interés de los comerciantes el acceso y las experiencias con el mundo de la infovía por parte de los consumidores de todas las clases sociales (ALBERTIN, 1998).

Esa premisa anunciada por autores como Albertin (1998) es hoy una realidad creciente, tanto en el sentido del alcance al acceso y por las diversas clases sociales, como por su extensión hoy efectivizada, que está en el desarrollo de las aplicaciones para el acceso a los medios móviles, como el mercado electrónico utilizado por el celular.

Sumado a los factores como divulgación, búsqueda de conocimiento y la formación de una cultura para *e-commerce*, estaría involucrando factores más directamente ligados a la infraestructura del sistema electrónico y la estandarización y claridad de los procesos, como forma de facilitar al consumidor el acceso y la utilización de los trámites de los negocios, viniendo a promover la elección de esa modalidad de comercialización y consecuentemente influencia su expansión.

La cuestión estándar y claridad como influencia para la expansión del e-commerce fue señalada por 60% de los entrevistados como de alto grado promotor y 38% la consideran de media potencialidad. Luego, se observa que el consumidor busca facilidades en el acceso, para que se presente claro para evitar errores en el proceso de negociación.

Gráfico 40: Estándar de claridad

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

En ese sentido, no se resume más al acceso a los medios y si de la conquista del consumidor. Un sistema de comercio con claridad de los datos e informes promueve la búsqueda de mayores consumidores y disemina el proceso de negociación *on line*. De esta forma, la creación de un estándar con cuestiones básicas viene a promover la estabilidad de manejo y acceso.

El decreto n. 7.062/2013 especifica en el art. 2º que los sitios electrónicos o demás medios electrónicos utilizados para la oferta deben poner en disponibilidad, en un lugar de destaque y de fácil visualización, informes como el nombre y número de inscripción del proveedor, dirección física y electrónica y demás informes necesarios para su localización y contacto; las características esenciales del producto o del servicio; precio y gastos adicionales; modalidades de pago, plazo de entrega e informes claros y ostensivos relativa a cualquier restricción al disfrute de la oferta.

La cuestión de la claridad dirige la cuestión de la infraestructura que remonta a estándares que deberían ser determinados en el aspecto mínimo exigido en el sistema de comercio *on line* (gráfico 41). Sobre el asunto se obtuvo como dato que 50% de los consumidores entrevistados consideran la infraestructura del sistema del *e-commerce* como fundamental al crecimiento, o sea, señalan como de alta potencialidad, seguido del porcentual de 43% que consideran de media potencialidad para la expansión del comercio electrónico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

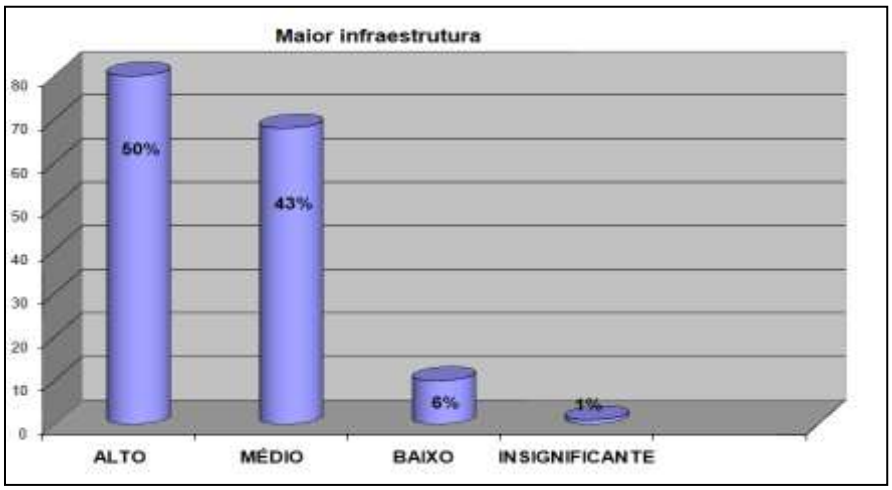


Gráfico 41: mayor infraestructura

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

El desarrollo de la infraestructura también es objetivo de las propias empresas y comerciantes que utilizan la infovía, que involucra aspectos como presentación de los productos y servicios, rapidez y claridad del acceso, facilidades de pago e interacción con los consumidores y principalmente respecto a la seguridad en la transacción todo teniendo como foco ampliar la competitividad. Ese análisis es verificado en los estudios de Alberto Luiz Albertin:

> *Os clientes têm mudado, criando a expectativa de que as empresas precisam prover melhor a qualidade, produtos adequados, rapidez, menor preço, com melhor serviço e garantia de responsabilidade social (ALBERTIN, 1998, p. 53)*

Sin embargo, aunque sean atribuidas condicionalidad, obligatoriedad de estándares y claridad en los *sites*, infraestructura accesible al consumidor y se disemine una cultura del *e-commerce*, un factor se presenta sustancial: la sanción de los infractores. (Gráfico 42)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

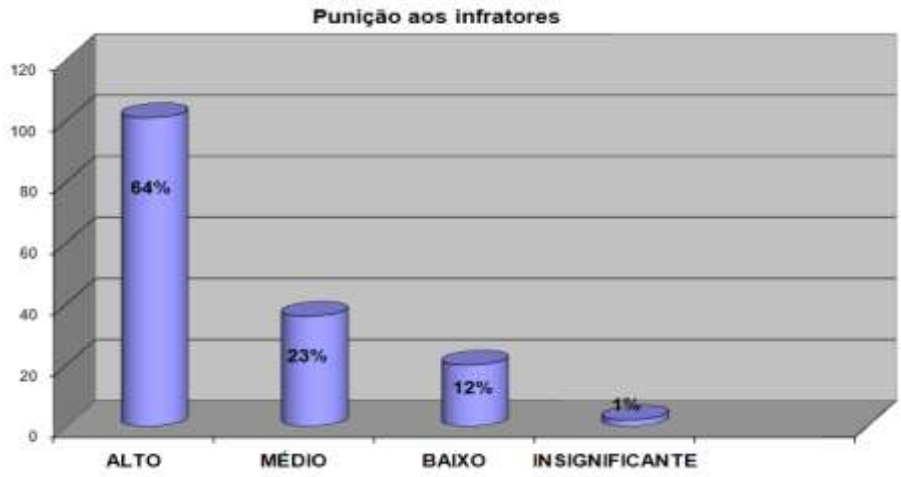


Gráfico 42: Sanción de los infractores

Fuente: Datos relevados por la aplicación de un cuestionario propio.

La cuestión de la sanción de los infractores que se utilizan de la infovía tiene un vínculo directo con la necesidad de legislación específica junto con la fiscalización que compone un conjunto de acciones direccionadas a las prácticas del Estado. El Decreto n. 2.181/97 dispone sobre las prácticas infraccionales en sus diversas especificaciones culminante en penalidades administrativas y en casos que recorre a los aspectos civiles corresponde a la aplicación del Derecho Civil.

Corresponde mencionar que el Estado prima por la resolución anterior a las especificaciones punitivas y para tanto, instituyo la obligatoriedad de los proveedores crearon un Servicio de Atención al Consumidor – SAC por medio del Decreto n. 6.523/2008.

Por lo tanto, la existencia de aparatos legales requiere del consumidor la toma de conocimiento de las leyes de protección, así como se precave observando las requisiciones legales de coleta de pruebas que facilitan una acción administrativa y se necesaria judicial.

Colocando de forma conjunta presentado en el gráfico 43, el asunto de las cuestiones para la expansión del *e-commerce* se verifica que la búsqueda de información fue señalada como la acción más relevante para el intento, seguido de la necesidad del desarrollo de una cultura para el *e-commerce*. Los dos aspectos se presentan asociativos, en la cual coloca al consumidor como protagonista de las leyes de protección y de la búsqueda de información.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

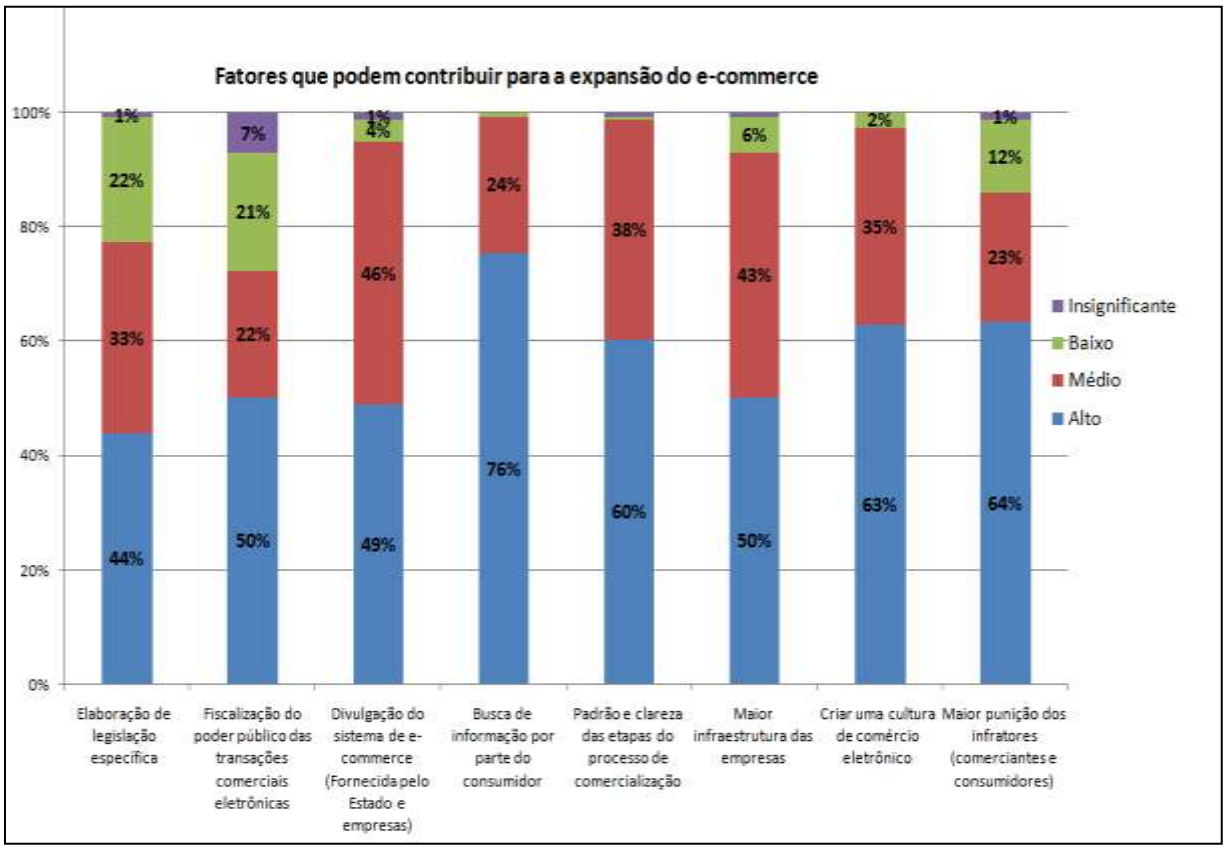


Gráfico 43: Factores para la expansión del *e-commerce*

Fuente: Datos relevados por la aplicación de cuestionario propio.

En el complemento la sanción de los infractores alcanza un porcentual expresivo en la opinión de un alto potencial para la promoción de la expansión del comercio electrónico, revelando que el consumidor busca de las autoridades una toma de actitud en cuanto a las infracciones cometidas en la infovía. Para ello, se alía la cuestión de la necesidad de la elaboración legislativa y fiscalización la cuestión de la búsqueda de información.

La actitud de búsqueda de información se complementa con la necesidad de una cultura del *e-commerce* considerando un abordaje irreversible que está presente en el proceso de compra y venta en la actualidad y tiende a desarrollarse año a año como han expresado diversos autores (ALBERTIN, 2000).

Así el atractivo medio virtual ofrece herramientas como ampliación de la imagen, rotación de hasta 36 grados, dimensiones diferenciadas, imágenes en tercera dimensión, movimiento, simuladores, entre otros recursos desarrollándose constantemente para suplir la necesidad presencial de los productos y servicios. La

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

experiencia con esa tecnología promueve la expansión del *e-commerce* y consecuentemente, los problemas a ellos relacionados en el ámbito jurídico.

Categoría 5: Legislación

La legislación pertinente a los factores relacionados al sistema de comercio electrónico, en particular en Brasil, puede no poseer legislación específica, sin embargo, hay diversos dispositivos de utilización de forma análoga al proceso de compra y venta ya existente en el Código de Defensa del Consumidor (BRASIL, 1990) anteriormente mencionado. Por lo tanto, corresponde al consumidor tener conocimiento de la legislación para su defensa así como de seleccionar sus actitudes ante la protección personal contra infracciones y obtención de datos materiales para su defensa.

Sobre el conocimiento de la legislación que se encuadran los procesos del sistema del *e-commerce* la investigación reveló que 50% de los entrevistados conocen la legislación parcialmente, 26% afirman no conocer la legislación referente al comercio electrónico, 13% ya oyeron hablar y 11% conocen los dispositivos legales que tratan de los trámites negóciales por la infovía.

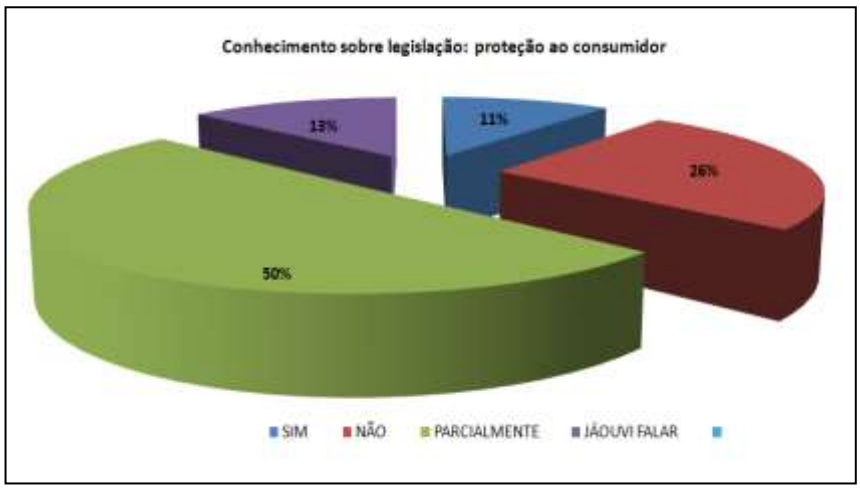


Gráfico 44: conocimiento sobre legislación

Fuente: Datos relevados por la aplicación de cuestionario propio.

Aunque el proceso de negocios, sea presencial o vía online, tenían semejanza y pueden ser suplidos por legislación pertinente a cualquier tipo de comercio, hay peculiaridades como la despersonalización, la desmaterialización, la desterritorialización y la atemporalidad, en la cual el contrato es concluido por medio electrónico, requiriendo de especificaciones de protección del consumidor en pro de un nuevo paradigma de confianza y reglamentación.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *O princípio da confiança tem como base o direito privado, fixando raízes no personalismo ético: a pessoa livre, social e racional determinará a si mesmo, responderá pelos seus atos e respeitará a dignidade das outras pessoas. "O meio virtual parece ter abalado este princípio-pressuposto das relações contratuais, seja pela despersonalização das partes contratantes, do meio, do objeto, seja pela sua complexidade, distância, atemporalidade ou internacionalidade. (FERREIRA, 2008, p.169).*

Por esa razón, el consumidor debe estar atento a determinados cuidados a ser observados, porque aunque haya dispositivos disponibles va a requerir de conductas diferenciadas del consumidor, principalmente relacionados al registro de datos enviado de los comerciantes.

En el campo de la suficiencia o no de los institutos jurídicos presentes, la investigación reveló que la legislación actual en Brasil es parcialmente suficiente (53%), seguido de 35% que señalan como insuficiente y 12% que sería satisfactoria para las necesidades del consumidor. (Gráfico 45).

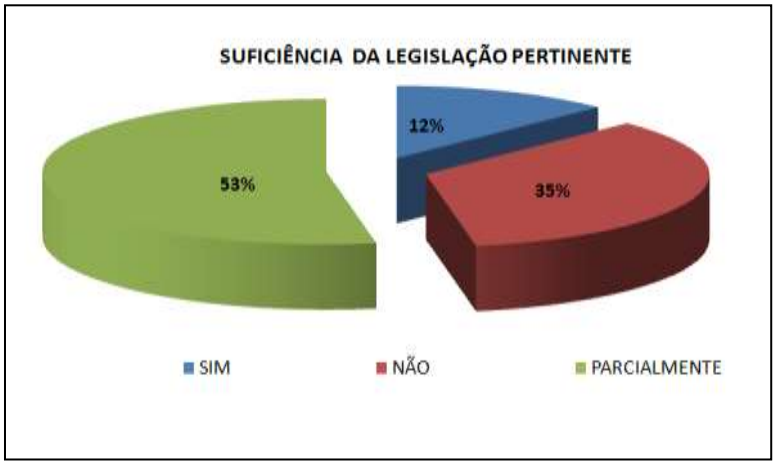


Gráfico 45: suficiencia de la legislación

Fuente: Datos relevados por la aplicación de cuestionario propio.

En la opinión de Albertin (2010) no habría en la actualidad una preocupación respecto a la suficiencia o no de leyes dirigidas al mercado electrónico, pues los institutos ya existen. El interés actual está en la inclusión social, en las experiencias virtuales y en la seguridad de los sistemas electrónicos.

Del mismo modo, se busca la superación de los entrabes, de las limitaciones y de las resistencias para que el desarrollo continúe su camino. Entre los elementos que

compone la superación están los nuevos paradigmas, nueva visión sistémica que las tecnologías han instigado. En ese sentido, comenta Fabiele Behrens (p. 17) *"[...] as novas modalidades de negócios utilizando os ambientes virtuais modificou institutos jurídicos. Cabe ao direito o papel de buscar segurança para a as relações desenvolvidas dentro deste ambiente digital".* (Traducción libre: "[...] las nuevas modalidades de negocios utilizando los ambientes virtuales modificó institutos jurídicos. Corresponde al derecho el papel de buscar seguridad para las relaciones desarrolladas dentro de este ambiente digital".)

En todas las épocas, las revoluciones han provocado cambios paradigmáticos que repercuten en nuevos modos de pensar y actuar. En la actualidad, la Revolución tecnológica instiga en la búsqueda de superación de los conceptos rígidos, cartesianos, reduccionistas para una visión globalizada[8] de la realidad que considere la complejidad conjunta de los elementos que compone la sociedad, la naturaleza, el mundo de los negocios, así como del campo jurídico. Este último, ha sido invitado a rever las concepciones positivistas y conservadoras para nuevos paradigmas que tengan como objetivo contemplar los deseos sociales vigentes, pautados en un contexto de ruptura de las barreras geográficas y culturales sobre la movilidad humana de forma virtual.

8 O termo Globalizada refere-se a concepção apresentada por Edgar Morin (2000, p.37) que o "global é mais que o contexto, é o conjunto das diversas partes ligadas a ele de modo inter-retroativo ou organizacional". Traducción libre: El término Globalizada se refiere a la concepción presentada por Edgar Morin (2000, p.37) donde "global es más que el contexto, es el conjunto de las diversas partes ligadas a él en modo inter-retroactivo u organizacional".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

5 CONCLUSIÓN

El estudio buscó delinear los aspectos relacionados a la seguridad jurídica de los negocios virtuales y la concepción de los consumidores frente a las peculiaridades del comercio electrónico, y así, poner en evidencia el papel de los involucrados: Estado, proveedor y consumidor.

Por más de quinientos años todos los conocimientos humanos e informes fueron almacenados en documentos de papel. El papel siempre permanecerá, pero su importancia como medio para encontrar, preservar y distribuir información ya ha disminuido, principalmente por la fuerza tecnológica para que los informes circulen en forma instantánea y sea recibida nuevamente casi de inmediato. Así los documentos impresos están siendo gradualmente sustituidos por archivos electrónicos, con la inserción de formas de acceso, registro de datos, comprobación y validez jurídica. Así, la diferencia entre el documento tradicional y el documento electrónico consiste en su forma de materialización.

Diversos factores influenciaron en el desarrollo de tecnologías digitales, entre ellas la necesidad humana de traspasar las barreras físicas y temporales en el proceso de negociación, sintonizados con el proceso de globalización. Así, el comercio electrónico acompaña la tendencia más allá de las fronteras geográficas y traspasa las relaciones comerciales.

Esa realidad es innegable. Corresponde a la sociedad expandir la inserción de las tecnologías y proporcionar al mayor número de personas, experiencias virtuales. La inclusión digital pone en evidencia el acceso a las tecnologías y la difusión de las experiencias con *internet*. El medio eficaz pasa, necesariamente, por el proceso de publicidad de los medios electrónicos con sus más diversos fines y beneficios para las actividades humanas, siendo, por lo tanto, factores para la expansión del uso de la infovía, inserto en ese contexto, el mercado electrónico.

Ese factor social ha incidido en un nuevo proceso de registro de las transacciones comerciales realizadas por la infovía. El papel ya posee validez jurídica. Corresponde en la contemporaneidad una actualización legislativa en relación al desarrollo tecnológico en el desarrollo y reconocimiento de los documentos digitales, promoviendo mayor seguridad, en el caso del comercio electrónico, tanto para los proveedores como para los consumidores. El tema tiene como principio que la prueba de los hechos jurídicos sea hecha obligatoriamente por documentos, como versa en el artículo 366 del Código de Processo Civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Así, la negociación realizada por la red mundial involucra varios archivos digitales para su celebración en la esfera jurídica contractual. En ese contexto, la seguridad del documento pasa por su función identificadora, declarativa y probatoria, donde sus cuestionamientos jurídicos incidentales se valen de esas características para promover la acción, o sea, si los documentos digitales son aptos a probar la existencia de un determinado hecho, también para probar su autoría. Si hay exigencia legal para que se tengan documentos en el proceso, el ideal es la legitimación de los documentos electrónicos en base al desarrollo de dispositivos tecnológicos seguros o por lo menos considerar las pruebas en la categoría de atípicas con miras al interés público en la seguridad de las relaciones jurídicas.

La seguridad parte de la consideración de que la integridad de los documentos es un bien público indisponible, pero, en el caso de los documentos electrónicos el carácter comprobatorio, auténtico y valedero aún tiene un largo camino por recorrer, debido a la desconfianza del Derecho y de la sociedad para considerar como prueba del negocio firmado por los archivos electrónicos. Así se buscan otros elementos de prueba que lo confirmen, tales como la confirmación del pago de la factura de la tarjeta de crédito, registro de la financiera, o comprobantes de envió de la mercadería comprada.

En ese contexto, ha sido puesto en eficacia, por ejemplo, el retorno del proveedor de la confirmación del pago, del detalle de la compra, de soporte de acompañamiento de envió por el sistema de logística, en la cual el consumidor pueda sentirse más seguro y tener más subsidio de seguridad de que su adquisición fue efectuada y del mismo modo poder utilizar esos datos archivados como pruebas de la negociación.

Esas estrategias tecnológicas de datos e informes confirmadas al consumidor son del mismo modo pertinente para el comerciante que puede utilizar los envíos como pruebas de la negociación efectivizada.

El uso de las herramientas de la criptografía y de la posesión de las claves privadas puede asegurar el registro y la autenticidad de los documentos generando la función principal de elevar a estado de seguridad al documento firmado. Así, una vez establecida la relación de consumo virtual, esta será regida por los principios y reglas proteccionistas del Código de Defensa del Consumidor, así como las reglas compatibles del Código Civil. Tiene como peculiaridad los contratos entre ausentes en la forma interpersonal, pero siendo considerados de todos modos los contratos como firmados, por esa razón, incide en un hecho jurídico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A pesar de la presencia de legislación de protección y defensa del consumidor, es necesario llenar la laguna con reglas claras para la actividad en términos más objetivos, que dispongan cuáles son las reglas mínimas a ser seguidas por los proveedores, teniendo en cuenta la vulnerabilidad del consumidor en esta forma especial de relación contractual. En este contexto, se elaboró el Decreto nº 7.962, que vino a regular la Ley 8.078/90 y a disponer sobre el comercio electrónico. Se concluye que esta legislación es extremadamente importante para la efectividad de los derechos de los usuarios del comercio virtual, ya que ha disciplinado en forma clara varias situaciones que necesitaban de objetividad, principalmente con relación a los principios básicos inscriptos en el Código de Defesa del Consumidor, tal como el derecho a la información.

Pero no sólo surgen conflictos virtuales a partir de las leyes. Están presentes cuestiones como el acompañamiento de las innovaciones tecnológicas y la creación de instrumentos que vengan a suplir las necesidades de los comunicadores.

Uno de esos factores se refiere a la ausencia física del proveedor y de los productos. Aunque los factores presenciales de experimentar, sentir, tocar productos y servicios sea una cuestión inaccesible en el mundo virtual, éste se ha desarrollado para subsanar la ausencia del mundo físico a través de experiencias interactivas virtuales y proporcionando elementos que el mundo físico de los negocios no consigue proporcionar, como la transposición de las barreras geográficas y temporales, la rapidez de la comunicación y la realización de los negocios

Luego de una breve explicación, se retoma el contexto argumentativo que permea la conclusión del presente estudio: ¿Qué viene a garantizar la seguridad del comercio electrónico? ¿La promoción de legislación específica o nuevas conductas de los consumidores?

Una legislación nacional con dispositivos coherentes en el contexto del derecho internacional es extremamente importante por asegurar al consumidor como pieza hipo suficiente de las relaciones comerciales medidas de defensa y protección. Sin embargo, la conducta adecuada del consumidor en cuanto a las precauciones referentes a los negocios firmados por la infovía es indispensable, y requiere más que habilidad de los trámites negóciales por *internet*, precisa estar atento y buscar informes en cuanto al proveedor, el tipo de acceso a los productos, el nivel de datos detallados de los productos y servicios en oferta, así como de los cuidados cuando al almacenamiento de los datos que surgen en el proceso de negociación.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Una de las cuestiones de mayor desarrollo en la era de la información es la confianza. Ese factor es de interés del consumidor para no ser lesionado en su patrimonio como el del propio comerciante que es pasible de la difusión en red en el caso de negatividad de su reputación comercial. Así, los instrumentos de difusión, las redes sociales y toda forma de medios electrónicos instantáneos pueden ser utilizados para definir las elecciones de los proveedores, así como para difundir casos de abuso y mala fe. Así, los vehículos de comunicación *on line* son imprevisibles y de cierto modo es un fenómeno sin control eficaz o en tiempo hábil para ser interceptados por los órganos de control del estado, hecho que incluso en las redes sociales llegan más rápido que los trámites del Estado.

Sin embargo, el conocimiento sobre el sistema respecto a la búsqueda de datos referentes a los proveedores de productos y servicios en la infovía será un filtro para la propia seguridad del *internet*, principalmente porque la confianza está demarcada por el número de accesos y efectividad de compras con buen suceso por los internautas. Los informes se difunden rápidamente, preocupando a los comerciantes cuando los negocios no son exitosos.

Por lo tanto, la seguridad en los negocios *on line* es de interés de los comerciantes por ser un aspecto generador de confianza del consumidor. Por esa razón son evidentes las inversiones en el sector. Del mismo modo la seguridad interesa al consumidor por la protección de los datos provistos y por la adquisición obtenida por la infovía.

Así, ambas partes involucradas en los negocios virtuales buscan el mismo propósito: la seguridad. Ese camino involucra aspectos jurídicos, tecnológicos y de comportamiento.

El aspecto jurídico-legal hasta el advenimiento de la informática se dirigía a tratar algo tangible, especificado por los hechos y sucesos de naturaleza investigativa, con base en pruebas materiales y situacionales concretas o supuestamente evidentes. En el ámbito virtual, la situación en la mayoría de las veces es intangible, impalpable, por ser un medio en el cual no hay "propietarios", sino un sistema mundial el cual pertenece a todos los que la usan.

Con el crecimiento de una nueva modalidad de comercio, la legislación brasileña ha buscado adaptarse. Inicialmente la jurisprudencia se ampara en las leyes generales como el Código Penal, el Código Civil, el Código de Protección al Consumidor, entre otras conforme las peculiaridades de los casos. Debido a la utilización de esos aparatos legales y la percepción de la necesidad de nuevos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ámbitos, los Códigos legales han sufrido modificaciones. Sin embargo, las cuestiones sobre la seguridad jurídica de los negocios electrónicos permanecen como uno de los mayores entrabes para la expansión del *e-commerce*, tanto en el aspecto de la privacidad como del riesgo.

En ese contexto, el mayor desafío está en la comprobación de la identidad de las partes que requiere soporte tecnológico más que jurídico, que venga a proveer seguridad y establecer los nexos causales y responsabilidades de ambas partes contratantes.

El fraude y la mala fe son también desafíos del CE, que utiliza los medios electrónicos y anónimos para usurpar datos o cerrar negocios. Nuevamente, la cuestión se fundamenta pero en el aspecto tecnológico más que en el jurídico, porque el aparato jurídico prevé las penalidades, pero no tiene operatividad para evitar fraudes.

El desarrollo de herramientas de búsqueda protegidas, acceso seguro por medio de llaves criptográficas con credenciales, entre otros medios tecnológicos avanzados de computación, promueven mayor seguridad de acceso e identificación de fraudes, que viene a interceptar con más rapidez a los invasores de la infovía.

Sin embargo, la tecnología por sí sola no tiene la capacidad de responder a la demanda de seguridad, ni la legislación tiene el poder de satisfacer los anhelos de protección de un proceso de desarrollo tecnológico que recorre un camino intangible de velocidad. Queda más evidente, una cultura virtual, en la concientización de que los cuidados de acceso eliminaran a los comerciantes de mala fe.

El cuidado y atención del consumidor como la verificación de las empresas a quien decide cerrar negocios, se evidencia en el sentido de verificar la reputación negociable, no se deja llevar por los deseos de consumo en competencia que ofertan productos y servicios muy por debajo del mercado, buscar datos sobre los proveedores, investigar la cantidad de negocios exitosos, así como verificar el grado de seguridad del *site* vinculado al proveedor, observando los sellos de autenticidad y seguridad. Ese conjunto de actitudes tiende a promover la seguridad del consumidor.

El saber con quién negociar forma parte de un programa de educación para que la infovía sea por búsqueda personal como de inversiones del estado, en el sentido de la inserción digital y de la publicidad de los mecanismos tecnológicos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Cuando se menciona la necesidad de un cambio de paradigmas y de una nueva cultura para experiencias con la infovía, implica tocar el tema de la educación, del desarrollo de capacitación docente para el desarrollo tecnológico, de lo contrario, los profesores deberían hacer un gran esfuerzo para satisfacer la demanda de aprendizaje tecnológico requerida por las nuevas generaciones, que llegan, de cierto modo, con conocimientos básicos de la estructura de uso de la infovía. Si la elección no promueve la oferta de esa línea de aplicabilidad escolar termina en al menos dos efectos: la inadecuación escolar sobre las nuevas tecnologías e insatisfacción del alumno frente a la demanda tecnológica requerida tanto en el mundo del trabajo como al propio cotidiano.

En el tema de la educación la inserción digital indica un estudio aparte, y al no ser objetivo de estudio, corresponde solamente mencionar que la escuela es uno de los vehículos prometedores de la publicación de las tecnologías y la práctica computacional, que viene a capacitar al acceso en el mundo digital, práctica irreversible a las nuevas generaciones de todas las clases sociales.

La investigación realizada puso en evidencia que el consumidor tiene poco conocimiento de los institutos legislativos, pero, incluso así, se utilizan los medios electrónicos considerándolos de cierta forma inseguros. Lo que revela una conducta en la cual el consumidor camina hacia un proceso de auto seguridad, no tanto en la espera de que las leyes vengan a contemplar todas las necesidades y resolución de conflictos, sino que la tecnología se desarrolle para beneficio de proveedores y compradores.

Entonces más que la vehemencia de la solicitud de leyes específicas y minuciosas sobre el comercio electrónico, mayor intervención del estado, la búsqueda de garantías de los institutos gubernamentales en el ámbito legal, y el desarrollo de tecnologías de seguridad, está en el cambio de comportamiento del consumidor.

Se concluye, en base a los posicionamientos explicados y a los datos de las investigaciones realizadas que la inseguridad de *internet* se presenta más como un discurso propagador que como un hecho real. Siempre hubo y siempre habrá problemas entre proveedores y consumidores. Manteniendo de ese modo, los acuerdos, la mediación y en última instancia, la intervención estatal.

Evidenciados los cuestionamientos, corresponde a los aparatos legales junto al desarrollo tecnológico cerrar los estándares de un nuevo modo de comercio, provisto de estructuras legitimadas y estandarizado de seguridad del *internet*, como el reconocimiento de la firma digital y de las pruebas de almacenamiento virtual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

En suma la cuestión de la seguridad del *internet* implica más un cambio en la cultura para nuevos paradigmas de comercio que la necesidad de adopción de un régimen jurídico especial.

En el aspecto cultural se refiere a conductas y decisiones frente a la diversidad de ofertas puestas a disponibilidad en la infovía. En el ámbito jurídico, será necesaria la ampliación de reglas que venga a contemplar la efectivización segura de las transacciones comerciales y el modo de expresar y confirmar la voluntad de las partes, así como la regulación de los factores de las pruebas cuando de la necesidad de su requisición en casos de conflicto.

Ese efecto alcanza estructuras de división de responsabilidades formadas por la cadena de involucrados que van desde el productor hasta el comprador final. En los negocios electrónicos diversos personajes dividen a las responsabilidades por tener como característica la asignación de mediadores de compra y venta de productos y servicios como aquel que alcanzó el establecimiento en el sitio electrónico, el proveedor de acceso, el almacenador de dados e informes, las instituciones financieras que efectuará el pago, el sistema de logística responsable del transporte y distribución. El sistema de responsabilidad también tiene como alcance el factor para además fronteras que involucran los derechos y deberes internacionales. Todo eso acarrea implicancias jurídicas diferenciadas, pero pueden ser minimizadas o sanadas a través de una apropiación por parte del consumidor de sus derechos y deberes, así como de los cuidados y acciones pertinentes al uso de la infovía.

Otro aspecto relevante se refiere al alcance intencional de la legislación que debe tener como foco la pertenencia mundial, que se condiga con la globalización y las transacciones comerciales a través de las fronteras, considerando que el *internet* no pertenece a un país, pero permea al mundo, en un lenguaje convenido internacionalmente y del mismo modo en la elaboración de ámbitos jurídicos que vengan a atender la demanda local e internacional.

Así, el futuro de los negocios interconectados en red dependerá más del proceso de conocimiento del consumidor y de la buena fe entre las partes de lo que de leyes específicas, o sea, de cambio de paradigmas.

La búsqueda de información y conocimiento sobre la composición de señas y claves de acceso, de las estrategias utilizadas para burlar datos y obtener acceso ilícito y de extrema importancia. Las leyes y la fiscalización no tiene poder operacional de evitar la creación maliciosa de estrategias ilícitas, no solo en el campo de los trámites electrónicos, incluso en las categorías de datos y negocios físicos, de

documentación y datos impresos en papel esa posibilidad de fraude es eminente, por esa razón corresponde al consumidor y usuario la toma de conocimiento de las posibilidades de fraude y evitar determinadas actitudes, accesos, emisión de datos en la cual no se considere un medio cibernético seguro.

Los aparatos gubernamentales de seguridad exigen cada vez más de la disponibilidad de una estructura de seguridad de los creadores de *sites* y softwares manteniendo al consumidor y usuario como parte más vulnerable, pero los cuidados de ellos es una conducta convincente en los tiempos actuales. No es raro estar alertado de la presencia de autenticación de seguridad de los *sites* por medio de certificación oficial, y cuando no es seguro hay un aviso del propio proveedor, incluso así, muchos aún mantienen el acceso y proveen datos personales y sigilosos abriendo espacio a actitudes ilícitas como forma de auto-inseguridad.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFUAH, Allan; TUCCI, Christopher. ***Internet*** **business models and strategies**. New York:McGraw-Hill, 2001.

Aladi – Asociación Latino Americana de Integración. 30 años de Integración comercial en la ALADI. Montevideo, Uruguay. Disponível em: <http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2012/10298.pdf>. Acesso em: 16 ago 2013.

ALBAGLI, Helena Lastres Sarita. **Informação e globalização na era do conhecimento**. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

Albertin, A. L. **Administração de Informática e Seus Fatores Críticos de Sucesso**: Um Estudo no Setor Bancário Privado Nacional. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (FEA) da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: FEA/USP, 1993.

Albertin, A. L. **Comércio Eletrônico**: Um Estudo no Setor Bancário. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade (FEA) da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo: FEA/USP, 1997.

ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio eletrônico: benefícios e aspectos de sua aplicação.** Rev. adm. empres. [online]. 1998, vol.38, n.1, pp. 52-63.

ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio Eletrônico**. São Paulo: Atlas, 1999.

ALBERTIN, A. Luiz. O Comércio Eletrônico evolui e consolida-se no mercado brasileiro. RAE - **Revista de Administração de Empresas**, v. 40, n. 4, p. 94-102, out./dez.2000.

ALBERTIN, Alberto Luiz . RELATÓRIO DE PESQUISA Nº 38/2001 EAESP/FGV/NPP - NÚCLEO DE PESQUISAS E PUBLICAÇÕES

ALBERTIN, A. L. **Comércio Eletrônico**: modelos, aspectos e contribuições de sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ALBERTIN, Alberto Luiz. **Comércio Eletrônico. Modelo, aspectos e contribuição de sua aplicação.** 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

AMOR, Daniel. **A (r)evolução do e-business**. São Paulo: Makron Books, 2000.

BARBAGALO, Erica Brandini. **Contratos eletrônicos.** São Paulo: Saraiva, 2001.

BEHRENS, Fabiele. Assinatura eletrônica e negócios jurídicos. Curitiba: Juruá, 2007.

BLUM, Renato Opice (coordenador). **Direito eletrônico - a *internet* e os tribunais**. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BLUM, Renato Opice. **A *Internet* e os tribunais. Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 39, 1fev. 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/1766>. Acesso em: 28 mar 2012.

BRASIL. **Lei 8078, de 11 de setembro 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

BRASIL. **Decreto nº 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 nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 jan. 2012.

Brasil. **Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008.** Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC.

BRASIL. **DECRETO Nº 7.962, DE 15 DE MARÇO DE 2013.** Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em out. 2013

BRASIL. **Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004**. Dispõe sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor.

BRASIL. **Cartilha de Segurança para *Internet***. CGI – Comitê Gestor da *Internet* no Brasil. Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Índices de Segurança no Brasil. Outubro, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CAMERON, D. **Eletronic commerce**: the new business plataforn for the *internet*. 2ed. Charleston: Computer Technology Research Corp. 1999.

CARVALHO, Luciano Gonçalves. **Segurança de redes**. Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna Ltda, 2005.

CASTELLS, Manuel. A galáxia da *internet*: reflexões sobre a *internet*, os negócios e a sociedade.Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Volume I; 8 edição revista e ampliada; tradução de Roneide Vanancio Majer com colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2005 (trata de hacker 9 promovem a evolução tecno,ogica, e os craker, os maus, ilicitos

CHOI; STAHL;, Dale; WHINSTON, Andrew. **The economics of lectronic commerce**. Indianápolis: McMillan Technical Publishing, 1997.

COBRA, M. Administração de marketing. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1992.

DRUCKER, Peter. Além da revolução da informação. **HSM Management**, n.18, p. 48-55, jan.-fev. 2000.

DRUCKER, Peter. Tecnologia, Administração e Sociedade. Campus: Elsevier.

FAVERO, L.P. et al. **Análise de dados**: Modelagem multivariada para tomada de decisões. 6. Ed. Rio de Janeiro:Elsevier, 2009.

FERREIRA, Ana Amelia Menna Barreto de Castro. Proteção do Consumidor no Comércio Eletrônico sob a Ótica da Teoria da Confiança. **Revista da EMERJ**, v. 11, nº 42, 2008, P. 160-175. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista42/Revista42_160.pdf . Acesso em mar 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor.** São Paulo: Atlas, 2004.

FILOMENO, José Geraldo; BENJAMIM Antônio. Manual de direitos do consumidor. 8. ed. rev., ampl., sist. e atual. São Paulo: Atlas, 2005 (ou 2004????)

FRANCO JR., Carlos. F. **E-business:** tecnologia da informação e negócios na *internet*. São Paulo: Atlas, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva et al. A segurança dos documentos digitais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002 . Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2677>. Acesso em: 21 jan. 2014.

GATES, Bill; MYHRVOLD, Nathan ; RINEARSON, Peter. **A estrada do futuro**.São Paulo: Companhia das Letras, 1995

HORTINHA, Joaquim. **X-Marketing**. Edições Sílabo. 1a edição. Lisboa, 2002.

IBGE- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Análise dos Resultados 2005. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/acessoa*internet*/comentarios.pdf. Acesso em 20 mar. 2014.

KALAKOTA, Ravi; ROBINSON, Marcia. **E-business**: estratégias para alcançar o sucesso no mundo digital. 2ª ed., Porto Alegre: Bookman, 2002.

KAUFFMAN, Robert J. ; WALDEN, Eric A. Economics and Electronic Commerce: Survey and Directions for Research. **International Journal of Electronic Commerce**, Vol. 5, No. 4, pp. 5–116, Summer 2001.

KIM, Beomsoo; BARUA, Anitesh, WHINSTON, Andrew B. Virtual field experiments for a digital economy: a new research methodology for exploring an information economy. **Decision Support Systems**, vol. 32, pp. 215– 231, 2002.

LÉVY, Pierre. **As tecnologias da inteligência.** O Futuro do Pensamento na Era da Informática. São Paulo: Ed. 34,1995.

LÉVY, Pierre. Cybercultura. São Paulo, ed. 34, 1999

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

LUCCA, Newton de. **Direito & *internet*, aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo, Edipro, 2000.

LUCCA, Newton de; SIMÃO Filho, Adalberto (coords) e outros. **Direito & *Internet* –** aspectos jurídicos relevantes**.** Bauru, São Paulo: Edipro, 2000.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Direito e informática: uma abordagem jurídica sobre criptografia.** São Paulo: Forense, 2002.

MARCONI, M. de A. e LAKATOS, E.M. 7. Ed. **Técnicas de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MARQUES, Antônio Terêncio G. L. **A prova documental na *Internet***: Validade e eficácia do Documento eletrônico. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MATTAR, Fauze Najib. **Pesquisa de marketing**. Edição Compacta. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MATTE, M. ***Internet* – Comércio Eletrônico. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos do *e-commerce***. São Paulo: LTr, 2001.

MINTZBERG, Henry. **Safári de estratégia**. Porto Alegre: Bookman, 2000.

MIYAZAKI, Anthony D e FERNANDEZ, Ana. Consumer perceptions of privacy and security risks for *on line* shopping.**The journal of consumer affairs**, v. 35, n. 1, pp. 27-44, Summer, 2001.Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1745-6606.2001.tb00101.x/pdf>. Acesso em 23 mar. 2015.

NGAI, E. W. T; WAT, F. K. T. A literature review and classification of electronic commerce research. **Information & Management**, vol.39, p. 415-429, 2002.

OSAKI, Adalton Masalu. **Estrutura organizacional para a realização de negócios eletrônicos em empresas tradicionais**: um estudo de caso. Dissertação (Mestrado em Administração) – FEA/USP, São Paulo, 2003.

SANTOS, Manoel J.Pereira. Contratos eletrônicos. In: ROVER, A. J. (org). **Direito, sociedade e informática: limites e perspectivas da vida digital**. Florianópolis: Boiteux, 2000.

SARMENTO, George. Danos morais. São Paulo: Saraiva, v. 9, 2009.

SCOTTI, Luciana B. LA protección del consumidor en los contratos internacionales de consumo celebrados por medios electrónicos .**Revista Jurídica Direito Público e Integração**, ano 1, n. 3, 2010.

SEBRAE. *e-bit, o WebShoppers* ¨, 27 edição, 2013. Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/WebShoppers_27a_edicao.pdf>. Acesso em 12 abr. 2014. Em seu *site*, a e-bit (www.ebit.com.br)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

disponibiliza informações relevantes para tomada de decisão de compras dos consumidores, além de oferecer produtos e serviços aos lojistas.

TAPSCOTT, Don ; TICOLL, David, LOWY, Alex. **Capital digital**: dominando o poder das redes de negócio. São Paulo: MakronBooks, 2001.

TAPSCOTT, Don. **Economia Digital**: promessa e perigo na era da inteligência em rede. São Paulo: Makron Books, 1996.

UNCITRAL. Lei Modelo Uncitral sobre Arbitragem Comercial Internacional. trata da arbitragem comercial internacional de 11 de dezembro de 1985 (com as alterações adotadas em 4 de dezembro de 2006). Ministério da Justiça. Direção Geral da Política de Justiça. Versão Portuguesa. Disponível em; <http://www.dgpj.mj.pt/sections/home/DGPJ/sections/politica-legislativa/anexos/lei-modelo-uncitral/downloadFile/file/Lei-modelo_uncitral.pdf?nocache=1305106921.57>. Acesso em: 20 out. 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas,v. 4, 2006.(2004 ou 2006???)

VENTURA, Luiz Henrique. **Comércio e contratos eletrônicos**. Aspectos Jurídicos. São Paulo: Edipro, 2010.

VOLPI NETO, Angelo. **Ata notarial de documentos eletrônicos. Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 369, 11jul. 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/5431>. Acesso em: 20 mar 2012.

VOLPI NETO,Angelo. **Comércio Eletrônico- Direito e Informática**. São Paulo: Juruá, 2001.

VOLPI, Marlon Marcelo. **Assinatura digital. Aspectos técnicos, práticos e legais**. Rio de Janeiro: Axcel Book, 2001.

WITKER, Jorge. **Como elaborar uma Tesis em Derecho**. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del Derecho. Espanha, Madri: Civitas, 1991.

WITKER, Jorge; **Cómo elaborar una tesis en Derecho**. Pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del Derecho, Madrid, Civitas, 1986.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ZILBER, Silvia Novaes. **Fatores críticos para desenho e implantação de e-business por empresas tradicionais.** Tese (Doutorado em Administração) – FEA/USP, São Paulo, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

APÉNDICE

UNIVERSIDADE DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO (UMSA)

Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Estimado colaborador, me encuentro en fase de elaboración de mi tesis titulada "COMERCIO ELECTRÓNICO Y SEGURIDAD JURÍDICA, para la Universidad del Museo Social Argentino, por esta razón, vengo a pedir su inmensa colaboración en este proceso a través de completar este cuestionario que me ayudará a elaborar una discusión sobre el tema. Desde ya le agradezco su colaboración. Carlos Bessa.

CUESTIONARIO

Nombre: _____ Fecha: ___/___/_____

Faja etaria: ☐18 a 25 años ☐ 25 a 35 años ☐35 a 50 años ☐ más de 50 años

Escolaridad: ☐ 2 ° grado cursando ☐ 2° grado completo ☐ Técnico ☐ Superior

☐ Superior cursando ☐ Pós graduado/pos-graduando

El sistema electrónico de comercio de bienes y servicios ha crecido constantemente y ha ampliado la oferta de productos. Muchos han tenido experiencia y han adquirido bienes y servicios a través de la modalidad electrónica. Otros por lo menos conocen a alguien que ya ha tenido y utilizado el comercio electrónico. En base a esta afirmación siguen los temas a continuación

En caso de que nunca haya comprado por esta modalidad marque aquí:

☐ Nunca adquirí productos ni servicios por medio de mercado electrónico

En caso de que tenga experiencia de compra por comercio electrónico, se destaca que las categorías que se presentan a continuación se refieren a la adquisición directa de productos y servicios o a la negociación.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1 Identifique los tipos de productos ya adquiridos por este sistema.

Categorías de productos y servicios del comercio electrónico – grado de adquisición				
Producto/servicio				
	Nunca	Sólo 1 vez	Entre 2 y 5 veces	Más de 5 veces
Automóviles				
Piezas y accesorios para automóviles				
Material impreso (libro, revista, etc.)				
Vestimenta y accesorios (ropa, perfume, calzado, cartera, cinturón,etc.)				
Electrónicos (TV, aparato de sonido, celular, etc)				
Inmuebles (casa, departamento, terreno, etc.)				
Electrodomésticos (heladera, hogar, etc.)				
Viajes y placer (Pasajes aéreos, reserva de hoteles, alquiler de auto, paseos, recreación)				
Alimentación (compra de alimentos, descuentos, promoción, etc.)				
Servicios (eventos,				
Cursos (cursos libres, graduación, técnico,etc.)				
Otro (¿cuál?)				

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Investigaciones y literatura sobre el comercio electrónico que ha señalado diferentes ventajas y desventajas del sector. En base a esta afirmación responda los temas que se presentan a continuación.

2 Entre las categorías de ventajas del comercio electrónico, señale el grado de satisfacción en base a su experiencia u opinión:

Vantajas del *e-commerce*				
Categorías	Indicativo			
	Excelente	Bien	Razona-ble	Malo
Comodidad / confortable / practicidad				
Accesibilidad (facilidad de acceso)				
Rapidez de compra				
Rapidez de recepción				
Poder de elección(ofertas y variedad)				
Poder de compra (comparación de precios)				
Poder de compra (precios más accesibles)				
Facilidad y practicidad en el pago				
Ausencia de intermediario/comerciante				
Acceso a la indicación y reputación del vendedor				
Ruptura de las fronteras comerciales				
Seguridad en las transacciones comerciales				
Otro (¿cuál?)				

3 Entre las categorías de desventajas del comercio electrónico, señale su opinión:

Desventajas del *e-commerce*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Categorías	Nivel de desventaja		
	Alto	Medio	Bajo
Inseguridad de la transacción (pago x producto)			
Inseguridad jurídica			
Inseguridad de entrega (atraso, defecto, envío de otro producto o servicio)			
Ausencia de contacto con el producto/servicio			
Ausencia de contacto con los proveedores			
Dificultad en los procedimientos de intercambio			
Exposición de datos personales			
Otro (¿cuál?)			

4 En caso de que usted y/o conocidos hayan tenido algún problema con el sistema electrónico de adquisición de bienes y servicios (*e-commerce*), identifique.

Problema con las transacciones del *e-commerce*		
Identificación del problema	Indicativo	
	Sí	No
Mala calidad del producto o servicio		
Atraso den la entrega		
No recepción del producto o servicio		
Duplicidad en la cobranza		
Otro (¿cuál?)		

5 En caso de existencia de problemas con las transacciones en el comercio electrónico (suyo o de conocidos) ¿cuáles fueron las implicancias?

Implicancia de las transacciones problemáticas con el *e-commerce*

Tipo de demanda relacionada al problema	Indicativo	
	Sí	No
Demanda judicial		
Resolución amigable		
Perjuicio personal		
Otro (¿cuál?)		

6 En relación a la seguridad del sistema de comercio electrónico para el consumidor y para el comerciante, identifique la potencialidad de su respuesta.

Seguridad y credibilidad del sistema electrónico de compra y venta				
Para el consumidor				
☐ Excelente	☐ Bueno	☐ Regular	☐ Insatisfactorio	☐ Pésimo
Para el vendedor				
☐ Excelente	☐ Bueno	☐ Regular	☐ Insatisfactorio	☐ Pésimo

7 ¿Usted conoce la legislación de protección al consumidor en relación a las transacciones realizadas por comercio electrónico ?

☐ Sí ☐ No ☐ Parcialmente ☐ Ya oí hablar

8 En su opinión: ¿cuáles son las razones que han inhibido la búsqueda del consumidor por el sistema de comercio electrónico? Identifique la potencialidad de su respuesta.

Factores inhibidores de la expansión del *e-commerce*				
Factor inhibidor	Grado de potencialidad del factor inhibidor			
	Alto	Medio	Bajo	Insignificante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Inseguridad jurídica sobre el *e-commerce*				
Falta de conocimiento sobre el *e-commerce*				
Inseguridad del sistema electrónico				
Poca habilidad de manejo de tecnologías				
Cultura del comercio presencial en relación a los productos y servicios				
Cultura de la necesidad de relación humana en las transacciones comerciales				
Otro (¿cuál?)				

9 En su opinión, ¿cuáles son los puntos necesarios para una mayor expansión del comercio electrónico:

Factores que pueden contribuir para la expansión del *e-commerce*				
Factor para la expansión	Grado de potencialidad del factor inhibidor			
	Alto	Medio	Bajo	Insignificante
Elaboración de legislación específica				
Fiscalización del poder público de las transacciones comerciales electrónicas				
Difusión del sistema de *e-commerce* (Ofrecida por el Estado y por empresas)				
Búsqueda de información por parte del consumidor				
Padrón y claridad de las etapas del proceso de comercialización				
Mayor infraestructura de las empresas				
Crear una cultura de comercio electrónico				
Mayor penalización de los infractores (comerciantes y consumidores)				

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Otro (¿cuál?)				

10 ¿En su opinión la actual legislación es suficiente para contemplar las necesidades de protección y regulación del sistema de comercio electrónico?

Sí ☐ No ☐ Parcialmente ☐

Boletim Conteúdo Jurídico n. 946 de 22/02/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454