



Temas Contemporâneos do Direito 2020-2021

Campus de
Sarandi



Adriana Fasolo Pilati
Norberto Hallwass
(Orgs.)



A presente obra é composta por reflexões interdisciplinares do direito com a sociologia, a filosofia, a psicologia, a hermenêutica e a argumentação. Ainda, guardam relação com os eixos da transversalidade, em especial os direitos humanos e a educação ambiental. Esse diálogo, também, perpassa vários ramos do direito e representa o resultado de aplicados estudos realizados nos grupos de pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, entre seus acadêmicos e professores. Neste livro, os autores, em sua maioria discentes e docentes da graduação, foram desafiados a aplicar os conhecimentos adquiridos em produção científica, como forma de incentivar nestes o hábito da pesquisa e da escrita e, conseqüentemente, a construção do conhecimento. Com isso, os estudos agrupados no presente trabalho representam discussões teórico-acadêmicas interdisciplinares, à luz de um viés transdisciplinar, que envolvem os temas abordados. Por meio de reflexões acuradas, os autores apresentam soluções jurídicas às problemáticas investigadas, sob um prisma hermenêutico e constitucionalizado, em especial para compreender a complexidade do fenômeno social.



Temas Contemporâneos do Direito
(2020-2021)

Temas Contemporâneos do Direito (2020-2021)

Campus de Sarandi

Organizadores
Adriana Fasolo Pilati
Norberto Hallwass



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

PILATI, Adriana Fasolo; HALLWASS, Norberto (Orgs.)

Temas Contemporâneos do Direito (2020-2021): Campus de Sarandi [recurso eletrônico] / Adriana Fasolo Pilati; Norberto Hallwass (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

226 p.

ISBN - 978-65-5917-428-7

DOI - 10.22350/9786559174287

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia; 2. Direito; 3. Filosofia do direito; 4. Direito contemporâneo; 5. Anuário; 6. UPF; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação

11

Adriana Fasolo Pilati
Norberto Hallwass

1

13

A regulação transnacional da empresa e a Organização Mundial do Comércio

Édio Frighetto
Iara Claudia Pasqualotto
Aline Moura da Silva Boanova

Resumo: O objetivo geral deste estudo consiste em descrever a transnacionalização empresarial diante dos cenários jurídicos, políticos e econômicos. Assim, é apresentado o comércio exterior que retrata as exportações e importações no atual contexto de globalização onde as empresas estão inseridas, para então, almejar a ampliação de negociações. Também é dissertada a evolução do direito empresarial, tal como a importante presença da Organização Mundial do Comércio para a efetivação das relações negociais entre os países expressando com isso, o papel determinante do liberalismo econômico para a integração dos mercados. Em virtude disso, é crucial ressaltar que a eficácia nos trâmites organizacionais externos sobrevém pela aplicação de uma gestão estratégica focada em análises macroeconômicas e com a observação das normas aduaneiras. Por isso, o atinente artigo denota a valorização da soberania nacional e dos ideais para elevar a produção pátria a padrões internacionais.

Palavras-chave: análises macroeconômicas; comércio exterior; direito empresarial; exportação e importação; globalização; mercados.

2

33

Liberdade de expressão X redes sociais : a (im)possibilidade da demissão por justa causa do empregado

Getúlio Papini Sassi
Maira Angélica Dal Conte Tonial

Resumo: Objetiva a presente pesquisa explicar a possibilidade de demissão por justa causa do empregado pela sua atuação em redes sociais, levando em consideração os preceitos do Direito do Trabalho e da Consolidação dos Direitos do Trabalho (CLT). Demissão por justa causa e liberdade de expressão nas redes sociais. O direito à liberdade de expressão não é absoluto e as próprias empresas têm adotado regras específicas de conduta para os seus funcionários. No entanto, poderão existir situações excepcionais, principalmente as que envolvem questões muito pessoais e subjetivas, onde as regras e princípios do Direito se tornam nebulosos. Analisar criticamente as hipóteses de demissão por justa causa que têm relação com o comportamento intelectual do empregado nas redes sociais. A escolha do respectivo tema se prende ao fato de que novas pesquisas são sempre bem-vindas ao meio acadêmico, especialmente se levado em consideração as mudanças ocorridas em 2017 e as constantes modificações do mundo virtual.

Palavras-chave: Direito; trabalho; demissão; justa causa; liberdade de expressão; redes sociais.

O poder discricionário administrativo no âmbito dos certames licitatórios

Gustavo Kruger Samuel

Fahd Medeiros Awad

Resumo: discricionariedade administrativa, seus limites legislatórios e os conflitos derivados da relação com o princípio da Isonomia e competitividade, no âmbito dos certames licitatórios, durante a execução dos atos administrativos, principalmente no certame licitatório, a Administração Pública, de forma recorrente, se depara com certas dificuldades para adquirir o objeto nas melhores condições em que se pretende, isso pois, ao elaborar o descritivo do mesmo, acaba por incorrer em um conflito de Princípios e Poderes, quais sejam, principalmente, a Isonomia, o Princípio Licitatório da Competitividade e o Poder Discricionário da Administração Pública. Analisando a estreita relação entre os Poderes e Princípios Administrativos supracitados, é possível que haja um justo meio entre eles, facilitando assim às necessidades de aquisição de bens e serviços pela Administração Pública.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Discricionariedade; Princípio da Competitividade; Princípio da Isonomia.

O sistema penal contemporâneo: uma perspectiva

Henrique Pereira Lima

Linara da Silva

Resumo: O sistema penal contemporâneo, em vista de seu alto custo material, humano e sua ineficiência está em crise. Apesar de esta crise ser evidente, a dogmática jurídica e as percepções “tradicionais” que dominam o sistema penal impedem o amplo debate acerca desta crise. Desse modo, torna-se premente à superação deste quadro, a ampliação do debate em torno da crise do sistema penal, o qual deve envolver diferentes segmentos da sociedade com o fito de democratizar o debate, bem como superar o senso comum que domina a compreensão tanto do “homem médio” quanto dos próprios meandros das diferentes agências que compõe o sistema penal. Nesse sentido, evidencia-se a necessidade de fortalecer o movimento que já existe de revisão das bases deste sistema, bem como os novos modelos que se delineiam na prática jurídica de vertente restaurativa, os quais oferecem uma nova direção ao sistema penal.

Palavras-chave: Crise; Dogmática; Sistema Penal.

Legalidade, aplicabilidade e eficácia da medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade

Leonardo Luis Canton

Dhieimy Quelem Waltrich

Resumo: O presente artigo científico analisa a trajetória histórica dos direitos das crianças e adolescentes no Brasil, iniciando na metade do século XX até a Constituição Federal de 1988, bem como as medidas socioeducativas em meio aberto, com ênfase na prestação de serviço à comunidade (PSC), medidas estas previstas no artigo 112, incisos I a IV, da Lei nº 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente e que tem por essência punir de forma pedagógica os adolescentes que cometeram um ato infracional. O problema central ocorre no debate sobre a importância da medida na reeducação dos adolescentes e o objetivo é demonstrar a necessidade de cumular a PSC com um plano individual de acompanhamento, em razão de que a aplicação da PSC de forma isolada não garante a reeducação do adolescente. Justifica-se a análise do tema em razão da vasta possibilidade de reeducação que a PSC poderia proporcionar, caso fosse aplicada mediante acompanhamento adequado. Conclui-se que é imprescindível o acompanhamento do adolescente durante a prestação de seus serviços, por meio de aplicação de orientação individual que abranja seu meio social e familiar, como prevê de forma assertiva a Lei nº 12.594/2012 (SINASE).

Palavras-chave: Adolescentes; Medidas socioeducativas; Medidas protetivas; Prestação de serviço à comunidade.

O e-commerce sob a luz da legislação consumerista

Leonardo Rigo da Silva

Franco Scortegagna

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo estabelecidas através do *e-commerce*. A expansão e popularização do emprego da internet pela sociedade de consumo como meio facilitador da busca de produtos e serviços para atender aos anseios e necessidades da atual economia, rompeu as fronteiras geográficas que, por vezes, impossibilitavam a contratação. O Direito, não deixaria, por óbvio, de assistir em sua ampla seara protetiva o consumidor nesse novo tipo de relação comercial.

Palavras-chave: comércio eletrônico – direito do consumidor – *e-commerce* - internet - lojas virtuais

O princípio da dignidade da pessoa humana e a transexualidade na rede pública de saúde no Brasil

Maite Lazzaretti

A horizontalização do princípio de proteção ao pequeno empresário: a efetivação da ordem econômica constitucional

Sinara Larissa Weber

Caroline Sartori Biasuz

Aline Moura da Silva Boanova

Resumo: o presente artigo possui como tema a horizontalização do princípio de proteção ao pequeno empresário: a efetivação da ordem econômica constitucional. Havendo-se como intento explanar a importância da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, aliada com o Simples Nacional, demonstrando-se sua vasta relevância, na medida que traz inúmeras benesses nos aspectos tributários, trabalhistas creditícios, previdenciários, dentre outras vantagens que permitem a efetivação do princípio constitucional de tratamento favorecido e diferenciado ao micro e pequeno empresário no Brasil. Garantindo assim, maior geração de empregos e segurança aos cidadãos que desejam abrir seus pequenos negócios, bem como uma concorrência mais equiparada e justa entre os micro e pequeno empresários com as médias e grandes empresas no Brasil.

Palavras-chave: Empresa de Pequeno Porte, Microempresa, Ordem Econômica, Tratamento Favorecido.

Apresentação

*Adriana Fasolo Pilati
Norberto Hallwass*

A terceira edição do *Anuário* da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, ora publicada, há de ser comemorada, principalmente pela viabilidade de produção científica em meio à pandemia COVID-19.

Mesmo diante das dificuldades que se apresentaram nos últimos anos acadêmicos para se estabelecer uma relação de ensino e aprendizagem entre professores pesquisadores e acadêmicos, nesta edição, recebemos várias contribuições advindas tanto do corpo docente quando do corpo discente dessa sexagenária faculdade.

A presente obra é composta por reflexões interdisciplinares do direito com a sociologia, a filosofia, a psicologia, a hermenêutica e a argumentação. Ainda, guardam relação com os eixos da transversalidade, em especial os direitos humanos e a educação ambiental. Esse diálogo, também, perpassa vários ramos do direito e representa o resultado de aplicados estudos realizados nos grupos de pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, entre seus acadêmicos e professores.

A produção científica publicada nos Anuários é resultado dos mecanismos de produção de conhecimento utilizado na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, de acordo com as diretrizes do Ministério de Educação (MEC), conferindo ao acadêmico habilitação para a reconstrução dos conhecimentos durante sua formação, de tal modo que seja capaz de exercer e de praticar os conhecimentos adquiridos no decorrer de sua formação acadêmica.

Neste livro, os autores, em sua maioria discentes e docentes da graduação, foram desafiados a aplicar os conhecimentos adquiridos em produção científica, como forma de incentivar nestes o hábito da pesquisa e da escrita e, conseqüentemente, a construção do conhecimento.

Esta terceira edição dos *Temas Contemporâneos do Direito* apresenta-nos novos autores, novos rostos e novas responsabilidades. Todos os artigos dessa edição contêm seus próprios méritos e refletem o momento histórico e reflexivo de cada pesquisador em particular. Aqui, cabe-nos lhes dar os parabéns pela coragem em expor suas pesquisas aos olhos da crítica acadêmica, o que lhes servem para o aperfeiçoamento intelectual.

Com isso, os estudos agrupados no presente trabalho representam discussões teórico-acadêmicas interdisciplinares, à luz de um viés transdisciplinar, que envolvem os temas abordados. Por meio de reflexões acuradas, os autores apresentam soluções jurídicas às problemáticas investigadas, sob um prisma hermenêutico e constitucionalizado, em especial para compreender a complexidade do fenômeno social.

O desejo das organizadoras é que esta obra contribua nas discussões jurídicas e interdisciplinares, das múltiplas temáticas apresentadas. Agradecemos, de forma especial, a todos os colegas professores e aos alunos que contribuiram nesta edição, reforçando nosso compromisso institucional conjunto de excelência no ensino jurídico.

A regulação transnacional da empresa e a Organização Mundial do Comércio ¹

*Édio Frighetto*²

*Iara Claudia Pasqualotto*³

*Aline Moura da Silva Boanova*⁴

Introdução

O processo de globalização remonta aos períodos das pioneiras expedições marítimas que conceberam o comércio internacional. Deste modo, na proporção que as Revoluções Industriais ocorreram, e consequentemente, as fases tecnológicas foram se desenvolvendo, as distâncias diminuíram e os acessos às informações e produtos tornaram-se gradualmente mais acessíveis independentemente de onde as pessoas e organizações estão situadas.

Contudo, vislumbra-se um cenário de capitalismo profundo cada vez mais acirrado, ou seja, a partir de meados do século XX, constatou-se uma assimilação acentuada da sociedade cosmopolita. Tal integração de inovadoras tecnologias de transportes e comunicações proporcionou o conhecimento em tempo hábil, que hodiernamente advém instantaneamente.

¹ Artigo desenvolvido na disciplina de Direito Empresarial (UPF - Campus Sarandi) durante o período de 07/2019 a 12/2019, sob orientação da Professora Ma. Aline Moura da Silva Boanova.

² Acadêmico do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo e Bacharel em Administração pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: 114336@upf.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6288999575039400>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0489-0499>.

³ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 169677@upf.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2053284481998285>.

⁴ Orientadora e Professora de Direito Empresarial no semestre de 2019/II pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - Campus de Sarandi. E-mail: alineboanova@upf.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9004848296151803>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4407-1770>.

Neste sentido, o Estado é o protagonista no decurso do mercantilismo, pois decide acerca de trâmites diplomáticos, é o provedor da moeda, viabiliza pactos comerciais para a escoação da produção nacional, e destarte, o ente estatal figura o *status* de instituição vital para o desenvolvimento financeiro do fomento, visando as ampliações da iniciativa privada, propiciando renda e empregos com a eficiente circulação de bens e serviços.

Em face da conjuntura econômica é providencial indagar: como as empresas por intermédio da sistematização legal conseguem transcender seus horizontes para as transações internacionais? Ademais, o objetivo geral do atinente estudo consiste em descrever a transnacionalização empresarial diante dos cenários jurídicos, políticos e econômicos.

Isto posto, os empreendimentos reputados como multinacionais, segmentam a produção em grandeza planetária e atualmente, disseminam notável abastança patrimonial, concernindo linhas de pesquisas e detém memorável fatia de mercado com suas renomadas marcas e apelos publicitários. À vista disso, é contextualizada a evolução do direito empresarial, elucidando a regulação da expansão dos mercados e é descrita a organização da empresa agregada no comércio exterior.

Com isso se pretende contribuir para a elucidação dos mecanismos filiados na estruturação das convenções entre as firmas brasileiras e seus clientes/fornecedores externos, denotando os parâmetros políticos, legislativos, populacionais e científicos na penetração de novas prospectivas de rentabilidade. Portanto, é elementar acentuar a reunião de conceitos com o escopo de orientar os gestores que almejam propagar suas receitas, tal como os operadores do direito possam fazer a ponte entre as normas e as táticas corporativas a fim de traduzir esforços para respaldar investimentos e captar recursos.

1 Evolução histórica do direito empresarial e a globalização econômica

A evolução histórica do recorte proposto teve seu início na fase da Antiguidade⁵, nela sucederam as atividades comerciais com as trocas de produtos ou escambo (MARTINS, 2019). Na sequência, observando as lições de Gladston Mamede (2019), passou-se para a fase da Idade Média⁶, caracterizada pelas corporações de ofício, assinalando as primeiras atividades produtivas e o uso da moeda como principal recurso de permutação. Já a Idade Moderna⁷, no transcurso do século XVIII, teve como grande marco a Revolução Industrial⁸, que perpetrou a máquina a vapor e os processos de manufatura em série (TOMAZETTE, 2018). Na fase contemporânea⁹, pela ótica do autor Sanchez (2018), introduziu-se no sistema jurídico o elemento de empresa, a figura do empresário e com isso, foram firmadas filosofias gerenciais, dentre as quais, uma empresa não surge do acaso, e sim, pelo planejamento e com a necessidade de expansão econômica.

Neste viés, o direito empresarial tem suas raízes históricas no seio familiar, isto é, foram as atividades artesanais confeccionadas em casas e ofertadas em praças de pessoa para pessoa que o comércio galgou notória distinção e infindavelmente movimentou todas as riquezas na esfera terrestre (VENOSA; RODRIGUES, 2019).

No período Colonial (1500-1815) o Brasil utilizava-se das diretrizes portuguesas (*Ordenações Filipinas*) para reger as práticas de comércio e as relações internacionais, com o passar do tempo, o direito comercial cumpriu-se pela regulação do Código Comercial de 1850, que

⁵ Iniciada em 4.000 a.C. com a invenção da escrita (MARTINS, 2019).

⁶ Iniciada em 476 com a queda do Império Romano (MAMEDE, 2019).

⁷ Iniciada em 1453 com a Tomada de Constantinopla (TOMAZETTE, 2018).

⁸ Caracterizada pelo conjunto de acontecimentos evidenciados na Europa nos séculos XVIII e XIX (TOMAZETTE, 2018).

⁹ Iniciada em 1789 com a Revolução Francesa (SANCHEZ, 2018).

sistematizava todas as funções mercantis (VIDO, 2019). Com o decurso do capitalismo e, conseqüentemente, com a ascensão de escoaçoões dos fatores de produção, emerge a exigência de implementações legislativas.

Assim, Venosa e Rodrigues (2019, p.4), destacam que “o Código Civil de 2002 surgiu como forma de minimizar o risco jurídico, sistematizando a atividade empresarial e criando um quadro regulatório de baixo risco de modo a encorajar o investidor privado”. Neste contexto, o aludido Diploma Civil, perfilado com a Constituição Federal de 1988 (CF/88), veio ao encontro de todas as demandas no âmbito dos negócios, positivando diversas especificidades de empresas, contratos e fatos jurídicos que fazem parte do dia-a-dia da sociedade.

Em termos de inovação legal ocorrida no cenário brasileiro nomina-se a Lei da Liberdade Econômica (Lei n.13.874, de 20 de setembro de 2019), o diploma impactou o ordenamento jurídico na perspectiva de alteração e inclusão de dispositivos que incidiram no plano contratual, trabalhista e empresarial. Neste último vislumbra-se uma atividade empresarial desapegada da esfera pública, proporcionando o fortalecimento da iniciativa privada, e com isso, o Brasil apresenta uma atmosfera mais atrativa para potenciais investidores, inclusive no plano empresarial. Logo, lacunas foram colmatadas, pois os negócios nacionais e internacionais refletem um cenário econômico acessível para as atividades organizacionais de forma mais abrangente para que os negócios não fiquem adstritos ao mercado local e, então, ocorra o devido fluxo de capitais e a disseminação de empregos.

A Declaração dos Direitos de Liberdade Econômica (2019) marca uma era de vanguarda para o direito de empresa, ou seja, possibilitou facilidades para a abertura de organizações, desburocratizando o processo

de constituição e registros nas juntas comerciais¹⁰, assim como a dispensa de alvarás de licenças (salvo nos negócios de riscos)¹¹, tornaram ainda mais acessível a admissão das atividades corporativas. Ainda, apresenta-se a figura inovadora da sociedade unipessoal com responsabilidade limitada e sem exigência de um valor tabelado para integralização de capital¹². Além disso, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica recebeu conceitos legais quanto ao seu abuso¹³. Diante de expressivas

¹⁰ Art. 3º. São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

[...] IV - receber tratamento isonômico de órgãos e de entidades da administração pública quanto ao exercício de atos de liberação da atividade econômica, hipótese em que o ato de liberação estará vinculado aos mesmos critérios de interpretação adotados em decisões administrativas análogas anteriores, observado o disposto em regulamento [...] (BRASIL, 2019).

¹¹ Art. 3º. São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal:

I - desenvolver atividade econômica de baixo risco, para a qual se valha exclusivamente de propriedade privada própria ou de terceiros consensuais, sem a necessidade de quaisquer atos públicos de liberação da atividade econômica [...] (BRASIL, 2019).

¹² Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

§ 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas. (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019)

§ 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019) (BRASIL, 2002).

¹³ Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. (Redação dada pela Lei n. 13.874, de 2019)

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019)

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019)

I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019)

II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019)

III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019)

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019)

§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019)

§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019) (BRASIL, 2002).

possibilidades, é terminante o monitoramento da sociedade e de seus comportamentos para que o ordenamento acompanhe estas ações e forneça os meios adequados para a resolução de gargalos, e portanto, as leis não permaneçam engessadas na história.

Assim, o direito empresarial, além de estabelecer os ditames jurídicos alusivos aos empreendimentos, propõe maior afincamento de competências por parte dos administradores, pois, ao passo que a globalização e o irrompimento populacional passaram a requerer um maior número de resoluções em termos de engenharias, mobilidades, e comunicabilidade, as empresas sentem a necessidade de investir cada vez mais, para transcender suas capacidades (NEGRÃO, 2018). Deste modo, diante das evoluções econômicas, a internacionalização organizacional tende romper paradigmas por meio da descentralização de atividades, excitando os métodos de produção com agilidade para alinhar custos, distribuição e produtos certos para o público adequado.

A disciplina jurídica que trata do setor empresarial é dinâmica, autônoma e distinta, possui o condão de congregar competências burocráticas, financeiras e gerenciais visando a resolução de conflitos, como também a prevenção de atos lesivos. Em linhas gerais, tendo como base as progressões do capitalismo que levaram e continuarão a impulsionar o aprimoramento das prerrogativas civis, e particularmente nos arcabouços comerciais, institui-se a necessidade de assessorar os cidadãos, sejam pessoas naturais ou jurídicas, a realizarem seus anseios e suceder a incursão de valores e a ampliação de atividades através da regulação transnacional e a expansão dos mercados.

2 A regulação da transnacionalização e a expansão dos mercados

Significativa parcela do direito internacional emana de entidades que estabelecem ditames monetários, singularizando os direitos humanos e

comerciais. Assim, tais associações representam destaque na promoção dos relacionamentos do Brasil no âmbito externo.

Primordialmente é necessário entender como funciona a Organização Mundial do Comércio (OMC), responsável pela intermediação das relações comerciais entre os países, assim como o estabelecimento de medidas protetivas que visam o enaltecimento da produção nacional (MAZZUOLI, 2016). Essa Organização ainda desempenha a diplomacia nos trâmites negociais com o firmamento de regras para a boa conduta entre os sujeitos e o cumprimento da função social dos contratos, tal como a supremacia da ordem pública e a presunção de igualdade em contratos civis e empresariais (art. 421, parágrafo único do Código Civil de 2002)¹⁴.

Foi no século XVIII que o liberalismo econômico despontou como um divisor de águas para impulsionar a autossuficiência dos comerciantes com a abstenção do Estado. De acordo com Figueira (2004), o escopo deste movimento é destacado pelo "deixe fazer, deixe passar" (originalmente do francês "*laissez faire, laissez passer*"), propondo com isso, que o mercado guiasse os rumos da economia sem a interposição governamental.

Neste ponto de vista, Adam Smith (1723-1790), segundo o referido historiador Divalte Garcia Figueira (2004, p.155), profere que "o próprio mercado, por meio de sua mão invisível, se encarregaria de melhorar a distribuição de renda entre os indivíduos, corrigindo as injustiças sociais." Sendo assim, uma sociedade perfaz a prosperidade com o livre acesso das laborações depreendendo o maior número possível de usuários e apreciadores pela esfera terrestre. E na contemporaneidade, a OMC, inspirada pelas convicções florescentes dos fisiocratas franceses, prega a

¹⁴ Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato (Redação dada pela Lei n. 13.874, de 2019). **Parágrafo único.** Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual (Incluído pela Lei n. 13.874, de 2019) (BRASIL, 2002).

evolução dos empreendimentos pela solidariedade entre os países. Ratificando a filosofia exposta, Valerio de Oliveira Mazzuoli (2016 p.698-699) leciona:

O objetivo primordial da OMC consiste na supressão gradual das tarifas alfandegárias que tornam difíceis e discriminam as relações comerciais internacionais, servindo de foro para negociações de novas regras ou temas relativos ao comércio. Trata-se, atualmente, do único organismo internacional que se ocupa das normas que regem o comércio entre os Estados, objetivando ajudar os produtores de bens e serviços, exportadores e importadores a desenvolverem e levar adiante suas atividades.

Em razão disso, a essência da OMC significa a consolidação das vendas e a distribuição dos produtos brasileiros no plano multicontinental. Para tanto, ao arraigar a transparência e o livre comércio, o Ministério da Economia, Indústria, Comércio Exterior e Serviços (MEICES) (BRASIL, 2019), pauta o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) que preconiza a valoração das exportações e elimina reverses, restringindo tarifas, visando à vênia dos princípios básicos instituídos por este pacto.

Os princípios básicos do GATT concernem sobre a não discriminação, a previsibilidade, a concorrência leal, a proibição de restrições quantitativas e o princípio do tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento. Inicialmente, a não discriminação, em conformidade com Morosini (2017), é um prelúdio basilar abarcado pelos

artigos I¹⁵ e III¹⁶ do GATT 1994 que zela pelos bens, e o pacto de serviços está ordenado nos artigos II¹⁷ e XVII¹⁸ do aludido Acordo. Tais dispositivos engendram os ideais de uma pátria favorável aos parceiros comerciais com a garantia da efetuação de negócios. É oportuno, outrossim, sublinhar que um produto nacional não pode ser menosprezado em detrimento de outro item que é importado, isto é, ambos os objetos devem exprimir paridade no oferecimento mercadológico.

Na previsibilidade, no enfoque de Rodrigo Luz (2015), os gestores do comércio exterior necessitam de cognição atinente as normas e dos canais logísticos para o oportuno ingresso aos mercados nas execuções de saídas e entradas de produtos que alicerçam a performance comercial. Neste viés, para asseverar a previsibilidade, a base é a concordância das incumbências

¹⁵ Art. I. Qualquer vantagem, favor, imunidade ou privilégio concedido por uma Parte Contratante em relação a um produto originário de ou destinado a qualquer outro país, será imediata e incondicionalmente estendido ao produtor similar, originário do território de cada uma das outras Partes Contratantes ou ao mesmo destinado. Este dispositivo se refere aos direitos aduaneiros e encargos de toda a natureza que gravem a importação ou a exportação, ou a elas se relacionem, aos que recaiam sobre as transferências internacionais de fundos para pagamento de importações e exportações, digam respeito ao método de arrecadação desses direitos e encargos ou ao conjunto de regulamentos e formalidades estabelecidos em conexão com a importação e exportação bem como aos assuntos incluídos nos §§ 2 e 4 do art. III (GATT, 1994).

¹⁶ Art. III. As Partes Contratantes reconhecem que os impostos e outros tributos internos, assim como leis, regulamentos e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações sobre medidas quantitativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos, em quantidade e proporções especificadas, não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção nacional. [...] §2. Os produtos do território de qualquer Parte Contratante, importados por outra Parte Contratante, não estão sujeitos, direta ou indiretamente, a impostos ou outros tributos internos de qualquer espécie superiores aos que incidem, direta ou indiretamente, sobre produtos nacionais. Além disso nenhuma Parte Contratante aplicará de outro modo, impostos ou outros encargos internos a produtos nacionais ou importados, contrariamente aos princípios estabelecidos no parágrafo 1. [...] §4. Os produtos de território de uma Parte Contratante que entrem no território de outra Parte Contratante não usufruirão tratamento menos favorável que o concedido a produtos similares de origem nacional, no que diz respeito às leis, regulamento e exigências relacionadas com a venda, oferta para venda, compra, transporte, distribuição e utilização no mercado interno. Os dispositivos deste parágrafo não impedirão a aplicação de tarifas de transporte internas diferenciais, desde que se baseiem exclusivamente na operação econômica dos meios de transporte e não na nacionalidade do produto (GATT, 1994).

¹⁷ Art. II. Cada Parte Contratante concederá às outras Partes Contratantes, em matéria comercial, tratamento não menos favorável do que o previsto na parte apropriada da lista correspondente, anexa ao presente Acordo (GATT, 1994).

¹⁸ Art. XVII. Cada Parte Contratante que funde ou mantenha uma empresa de Estado, seja onde for, ou que conceda de direito ou de fato, a qualquer empresa privilégios exclusivos ou especiais compromete-se a que essa empresa, em suas compras ou vendas que tenham por origem ou por consequência importações ou exportações, se conforme ao princípio geral de não discriminação adotado pelo presente Acordo para as medidas de natureza legislativa ou administrativa relativas às importações ou exportações efetuadas pelos comerciantes particulares (GATT, 1994).

tarifárias para produtos com tabulações sobre os respectivos encargos, barreiras técnicas e a pretensão de obstar condutas arbitrárias de outros países que possam cercear o comércio.

Em relação à concorrência leal, a OMC, consoante Silva (2016), intenta a tutela não somente de um comércio amplo, bem como o estabelecimento de uma conjuntura justa, tolhendo artifícios desleais, como por exemplo, o *dumping*, que deturpam os vínculos negociais entre os países. Por isso, o princípio da concorrência leal confronta a venda de produtos a preços íferos do que realmente custam.

A proibição de restrições quantitativas é abordada pelo artigo XI¹⁹ do GATT 1994 expressando a objeção da utilização de contenções quantitativas como método de apoio. Por este princípio, apenas admite-se a tarifa, a qual é mais tangível. As alíquotas dos tributos estão em um plano específico e pertencem ao rol dos países compromissados com os tratados de comércio exterior (SOUZA, 2009). Seguindo esta linha de pensamento, a Lei da Liberdade Econômica (BRASIL, 2019), prescreve em seu artigo 4^o (fazendo destaque para os incisos II e V)²⁰ a vedação do excesso de arbitragem que delimite a abertura de capital estrangeiro, bem como elevar os preços das operações de forma inidônea.

No tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento, é propício ressaír o artigo XXVIII²¹ do GATT 1994 que

¹⁹ Art. XI. Nenhuma Parte Contratante instituirá ou manterá, para a importação de um produto originário do território de outra Parte Contratante, ou para a exportação ou venda para exportação de um produto destinado ao território de outra Parte Contratante, proibições ou restrições a não ser direitos alfandegários, impostos ou outras taxas, quer a sua aplicação seja feita por meio de contingentes, de licenças de importação ou exportação, quer por outro qualquer processo (GATT, 1994).

²⁰ Art. 4^o. É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: [...] II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; [...] V - aumentar os custos de transação sem demonstração de benefícios [...]

(BRASIL, 2019).

²¹ Art. XXVIII. O primeiro dia de cada período trienal, o primeiro período que começa em 1^o de janeiro de 1958 (ou o primeiro dia de qualquer outro período que, as Partes Contratantes podem fixar por voto de maioria de dois terços

designa sobre os países desenvolvidos ceder parte de sua hegemonia tarifária para provir maior reciprocidade, e simultaneamente dar espaço para os países em desenvolvimento, ensejando deliberações de admissão mais benigna para a alavancagem das economias emergentes (ROJAS, 2014).

Assim, existe a livre circulação de bens, de serviços e de fatores de produção (capital e trabalho), bem como a coordenação de políticas macroeconômicas. Ademais, quando a palavra mercado é trazida ao contexto da sistematização transnacional é inerente atinar que este configura uma variedade de aspectos, entre tais quesitos, o principal envolve o conceito de permuta. Como o mercado é amplo, e por isso, envolve diversos setores, o mercado assume finalidades conforme o público de cada segmento. Nesta analogia, o mercado consumidor abrange a comercialização de produtos em massa para o consumidor final.

No mercado global, na análise de Kotler (2011), refere-se à ultrapassagem de barreiras, envolvendo exportações e importações e abertura econômica de forma conjunta. Apontando também, que as distâncias geográficas e culturais estão-se reduzindo significativamente com o advento das novas tecnologias e redes de comunicações. (KOTLER; ARMSTRONG, 2007). Por esta razão, esses avanços têm permitido às empresas ampliarem substancialmente seus mercados e fontes de suprimentos.

É categórico frisar que os indivíduos, na circunstância de assíduos partícipes das mídias sociais, constantemente são instigados a consumir

dos sufrágios expressados), qualquer Parte Contratante (determinada no presente artigo "a Parte Contratante requerente") poderá modificar ou retirar uma concessão contida na lista correspondente anexa ao presente Acordo, após uma negociação e um Acordo com qualquer Parte Contratante, com a qual esta concessão tiver sido negociada privativamente, bem como qualquer outra Parte Contratante cujo interesse como principal fornecedor for reconhecido pelas Partes Contratantes. Nestas duas categorias de Partes Contratantes, do mesmo modo que a Parte Contratante requerente, são denominadas no presente artigo "Partes Contratantes principalmente interessadas" e sob reserva de que e a tenha consultado qualquer outra Parte Contratante cujo interesse substancial nesta concessão for reconhecido pelas Partes Contratantes (GATT, 1994).

pela tenaz influência que tais veículos exercem sobre o cotidiano de cada qual, pois o ser humano inserido no contexto capitalista, e indelevelmente como cidadão, deve assumir uma postura ativa, excepcionalmente em um Estado Democrático de Direito e perante as fartas culturas e necessidades que incessantemente irrompem poder com isso, acessar lucros com as faculdades do livre exercício de profissões e das atividades humanas positivadas pelo ordenamento jurídico, ser protagonista no ciclo econômico.

O protecionismo, tal como o liberalismo são marcados pelo período histórico e pelas demandas que cada Estado se encontra em dada situação (CAPARROZ, 2018). Nesta perspectiva, o livre cambismo propõe o encorajamento das trocas aquém da interposição estatal, acarretando o aperfeiçoamento das diligências fabris e impulsionando a produtividade e transformação de matérias primas.

No protecionismo o controle governamental é mais rígido nas operações de importações e exportações, tencionando a coibição da concorrência desleal que representa uma ameaça para a produção local, e as barreiras tarifárias são mais acentuadas com o intento de que as riquezas concebidas sejam redistribuídas dentro do país.

Ambos os mecanismos em certo grau são eficientes, por esta lógica, o recomendável é que o Estado tenha a ciência em ponderá-los para a economia ascender avante aos limites territoriais e simultaneamente articule a defesa das empresas nacionais para não ficarem vulneráveis diante das famigeradas multinacionais que concentram altos poderes de barganha.

Em suma, o equilíbrio é a chave para o desempenho da OMC. Com uma governança participativa e descentralizada, o fluxo dos recursos oriundos do potencial humano imprime uma solidez econômica que atrai investimentos rentáveis, e assim, é possível a expansão financeira. E dessa

forma, a fim de aumentar as perspectivas, recomenda-se às empresas maior determinação e vigilância quanto as alternativas para absorver conhecimentos e tecer as vias cabíveis para inserir-se no comércio exterior.

3 A organização da empresa inserida no comércio exterior

O mundo dos negócios evolui ininterruptamente e significativas mudanças impulsionam a adequação mercadológica frente às tecnologias e aos sistemas logísticos. Isso significa que as empresas inseridas em uma atmosfera globalizada, desempenham suas operações alinhadas com a propensão neoliberal.

Então, com o advento da globalização, na explanação de Ludovico (2018), consolidaram-se os blocos econômicos, como o Mercosul, a União Europeia, o Nafta entre outros, ocorrendo a derrocada dos óbices alfandegários e foram intensificados os proventos fiscais com o intuito de estreitar as relações comerciais em ampla escala, e com isso, as organizações alavancaram suas atividades efetivando transações continentais, e conseqüentemente, passaram a conceber maior renda oportunizando empregos.

Atualmente a iniciativa privada é o setor que mais cresce nos aspectos da oferta de capital, concentrando eminente parcela de mão de obra e intelectual. Ainda, incrementa a economia com a disponibilização de recursos, produção e policitação de produtos em larga proporção para os mais diversos públicos, e principalmente, com o liberalismo preponderante, as parcerias entre os países impactam positivamente as exportações. Dessa maneira, sucede a eficácia nos trâmites contratuais com o escoamento diligente da manufatura e do agronegócio nacional, viabilizando os melhores preços e observando as normas vigentes para a perfeita harmonia.

O processo de transnacionalização é irreversível, as empresas precisam acompanhar o ritmo das mudanças. Com a consagração da ordem econômica e financeira positivada na CF/88, especialmente no artigo 170²², que elenca significativos princípios, reflete a livre iniciativa da vontade humana em empreender, e com tal característica, o direito de empresa assume insigne notoriedade para regularizar a composição de uma atividade na modalidade adequada (sejam pessoas físicas ou jurídicas de pequeno a grande porte) para a efetivação de compras e vendas em panorama mundial.

Nesta perspectiva, é oportuno frisar o papel da estratégia competitiva para a sobrevivência das organizações nos dias atuais, por isso, Porter (2004 p.49) assevera que:

a estratégia competitiva envolve o posicionamento de um negócio de modo a maximizar o valor das características que o distinguem de seus concorrentes. Em consequência, um aspecto central da formulação da estratégia é a análise detalhada da concorrência. O objetivo dessa análise é desenvolver um perfil da natureza e do sucesso das prováveis mudanças estratégicas que cada concorrente possa vir adotar, a reposta provável de cada concorrente ao espectro de movimentos estratégicos viáveis que outras empresas poderiam iniciar e a provável reação de cada concorrente ao conjunto de alterações na indústria e às mais amplas mudanças ambientais que poderiam ocorrer.

Nesta situação, é categórico que a ciência jurídica em aliança com a gestão estratégica de mercados, atente para os contemporâneos

²² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (Lei n. 13.874, de 2019) (BRASIL, 1988).

arquétipos de desempenho tecnológico, fabril e primário prostrando-se de forma competitiva e com elevação de pensamentos direcionados para o futuro, o qual não é distante, mas sim, cada vez mais próximo.

Desta maneira, os agentes privados ao potencializar esforços para a dilatação de suas dinâmicas mercantis, na ótica de Caparroz (2018), têm de cumprir os liames alfandegários que são de compleição administrativa, tributária e cambial. Destarte, a União valendo-se do *status* de gestora direta e indireta, exerce a fiscalização das áreas limítrofes, das rodovias, dos portos e aeroportos para assegurar a soberania interna, inspecionando o fluxo de entradas e saídas fixando os respectivos tributos incidentes nas importações e exportações.

Ao mencionar os impostos das aquisições e receitas advindas do comércio internacional, é lançado mão o dispositivo 153 (I e II)²³ da CF/88 que na devida ordem, trata da importação de produtos estrangeiros e da exportação de bens pátrios, cujo o fato gerador, conforme o artigo 19²⁴ do Código Tributário Nacional (CTN), é a admissão de itens alienígenas em solo local, na mesma lógica que o disposto no tópico 23²⁵ do aludido Diploma Tributário, aduz o evento originador a erupção de mercadorias destinadas à paragens internacionais.

É importante elucidar, segundo Fabio Hoinaski (2017), que o cálculo dos encargos de importação acomete o Programa de Integração Social (PIS), o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) e o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Já em relação à exportação,

²³ Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: I - importação de produtos estrangeiros; II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados [...] (BRASIL, 1988).

²⁴ Art. 19. O imposto, de competência da União, sobre a importação de produtos estrangeiros tem como fato gerador a entrada destes no território nacional (BRASIL, 1966).

²⁵ Art. 23. O imposto, de competência da União, sobre a exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais ou nacionalizados tem como fato gerador a saída destes do território nacional (BRASIL, 1966).

na doutrina de Roberto Caparroz (2018), atribui-se o ônus pela apuração da cifra convencional que o objeto logrará na alienação perante a concorrência internacional, assim, a Câmara do Comércio Exterior (CAMEX) fixa uma alíquota com o teto de 150%, e cada item, dependendo do segmento, possui um percentual a ser taxado conforme o nível de faturamento de cada empresa, salientando que não pode exceder a estimativa conjecturada (150%). Também vale enfatizar que o governo brasileiro incentiva as exportações concedendo isenções do ICMS, desobrigando do pagamento o PIS e a COFINS atinentes das receitas e dispensa-se o adimplemento do IPI rente aos gêneros talhados ao exterior.

Para manejar táticas negociais no cenário universal, as organizações carecem, de acordo com as recomendações do MEICES (Portaria nº 23, de 14 de julho de 2011), habilitar-se no Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX) consoante o artigo 2º²⁶ da presente portaria, com a corroboração do artigo 8º *caput*²⁷ da supracitada metodização, dispõe sobre o Registro de Exportadores e Importadores (REI) para dar prosseguimento aos avanços transnacionais e assentar-se em congruência com os pertinentes padrões legais.

Em face do exposto, para atuar na mercancia externa, é inescusável que os empresários se adequem aos requisitos a fim de ampliar suas vantagens competitivas, desbravando rumos com o fito de convergir virtuais progressos para ambas as partes, ou seja, promover benefícios tanto aos particulares quanto para o Estado, contanto que cada um cumpra com sua função: pessoas físicas e jurídicas não transgridam as leis, e o comando estatal não seja um impasse para as concretizações nas

²⁶ Art. 2º. As operações no Sistema Integrado de Comércio Exterior (SISCOMEX) poderão ser efetuadas pelo importador ou exportador, por conta própria, mediante habilitação prévia, ou por intermédio de representantes credenciados, nos termos e condições estabelecidos pela Receita Federal do Brasil (RFB) (BRASIL, 2011).

²⁷ Art. 8º. A inscrição no Registro de Exportadores e Importadores (REI) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) é automática, sendo realizada no ato da primeira operação de exportação ou importação em qualquer ponto conectado ao SISCOMEX (BRASIL, 2011).

relações exteriores. Posto isto, a tonificação da economia sobrevém do equilíbrio de uma balança comercial favorável ante um panorama propício e receptivo aos convênios (MAGNOLI; SERAPIÃO JUNIOR, 2006).

Estruturar um empreendimento para subsumir ao comércio exterior, requer um minucioso estudo sobre onde e com quem negociar. Assim, além de avaliar fatores macroeconômicos, coordenar custos e corresponder às premissas legais, a internacionalização demanda o reconhecimento da empresa, e especialmente, a ostentação da credibilidade. Em função disso, o planejamento estratégico em consonância com as políticas tributárias e aduaneiras propicia o direcionamento para a ascensão, e, portanto, é possível ultrapassar fronteiras.

Considerações finais

As empresas que aspiram ingressar no mercado internacional precisam se adaptar urgentemente à nova realidade, conhecer as diretrizes legais para exercer de forma ordenada as ações mercantes sem prejudicar terceiros, e inclusive, a situação monetária da própria entidade. Com a Lei da Liberdade Econômica, o cenário burocrático nacional se mostra favorável para as operações comerciais, deste modo, é possível uma alavancagem empresarial, bastando apenas uma coordenação de planejamentos viabilizando retornos sobre investimentos no seu devido prazo.

Comprova-se no referido artigo que as organizações contemporâneas, devem transpor obstáculos, sair da tradicional zona de conforto e estudar fatores macro ambientais, convergindo esforços defronte a concorrência, para então, atingirem o posto de destaque no setor externo. Logo, é imperativo abraçar tendências, investir em capital

tecnológico e atentar para as reformas legislativas em corolário à eficaz ascendência transnacional.

Embora o protecionismo preserve a produção local, é conservador, data máxima vênia, o Estado carece estender suas perspectivas, desestabilizando o controle incisivo a fim de programar mudanças, e que o progresso de fato possa imperar.

Portanto, o Estado como um todo requer abraçar as chances, que são raras, pois corre o risco de continuar estagnado sem a viabilidade de cativar fundos. Estando o país conexo com a globalização, é substancial a gerência no intuito de captação e retenção de atividades transnacionais almejando a injeção de capital, fortalecer a economia, valorizando as matérias primas e enaltecer a soberania nacional por intermédio das boas relações corporativas, primando sempre pela justiça social.

Referências

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm/>. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm/>. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm/>. Acesso em 02 nov. 2019.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. **Portaria n. 23, de 14 de julho de 2011**. Disponível em: <<http://portal.siscomex.gov.br/wp-content/uploads/2019/09/Portaria-SECEX-n-23-de-14-07-2011-Alterada-pela-35-de-2019.pdf/>>. Acesso em: 13 out. 2019.

- BRASIL. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. **Lei da Liberdade Econômica**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm/>. Acesso em 02 nov. 2019.
- BRASIL. Ministério da Economia, Indústria, Comércio Exterior e Serviços. **Princípios básicos do GATT**. Brasília: MDIC, 2019. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/213-omc-organizacao-mundial-do-comercio/1886-omc-principios/>>. Acesso em: 15 out. 2019.
- CAPARROZ, Roberto. **Comércio internacional e legislação aduaneira esquematizado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- FIGUEIRA, Garcia Divalte. **História geral**. São Paulo: Editora Ática, 2004.
- GATT. **Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio 1994**. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/arquivo/dwnl_1197486062/. Acesso em: 20 out. 2019.
- HOINASKI, Fabio. Como fazer o cálculo do imposto na importação? **Ibid System Solutions**: 08 set. 2017. Disponível em: <<http://www.ibid.com.br/blog/como-fazer-o-calculo-do-imposto-na-importacao/>>. Acesso em: 13 out. 2019.
- KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. **Princípios de marketing**. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.
- KOTLER, Philip. **Administração de marketing: análise, planejamento, implementação e controle**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- LUDOVICO, Nelson. **Como preparar uma empresa para o comércio exterior**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- LUZ, Rodrigo. **Comércio internacional e legislação aduaneira**. 6. ed. São Paulo: Método, 2015.
- MAGNOLI, Demétrio; SERAPIÃO JUNIOR, Carlos. **Comércio exterior e negócios internacionais: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MAMEDE, Gladston. **Manual de direito empresarial**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial:** empresa, empresários e sociedades. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MOROSINI, Fabio. **Regulação do comércio internacional e do investimento estrangeiro.** São Paulo: Saraiva, 2017.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa, v. 1:** teoria geral da empresa e direito societário. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PORTER, Michael E. **Estratégia competitiva:** técnicas para análise de indústrias e da concorrência. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

ROJAS, Pablo. **Introdução à logística portuária e noções de comércio exterior.** Porto Alegre: Bookman, 2014.

SANCHEZ, Alessandro. **Direito empresarial:** sistematizado. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

SILVA, Elaini Cristina Gonzaga da. **Direito internacional em expansão:** encruzilhada entre comércio internacional, direitos humanos e meio ambiente. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUZA, Meireles José de. **Fundamentos do comércio internacional.** São Paulo: Saraiva, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial:** teoria geral e direito societário. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. **Direito empresarial.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VIDO, Elisabete. **Curso de direito empresarial.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Liberdade de expressão X redes sociais : a (im)possibilidade da demissão por justa causa do empregado

*Getúlio Papini Sassi¹
Maira Angélica Dal Conte Tonial²*

1. Introdução

O tema do presente artigo situa-se na possibilidade, ou não, de demissão por justa causa devido à manifestações do empregado nas redes sociais. Por conseguinte, também haverá paralelos que serão traçados com o objeto da liberdade de expressão, levando em consideração não apenas os preceitos gerais do Direito do Trabalho, como também as normas da Consolidação dos Direitos do Trabalho (CLT) e suas recentes alterações.

O direito fundamental da liberdade de expressão está assegurado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, precisamente nos incisos IV, IX e X³. Não se trata, porém, de uma norma absoluta e sem limites, sendo que jamais servirá de argumentação para defender declarações de ódio como racismo, homofobia ou misoginia. O próprio artigo 482⁴ da CLT determina que declarações de tal natureza podem, e devem, servir de

¹ Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. 167711@upf.br.

² Advogada (OAB/RS 45621). Doutoranda em Ciência Jurídica Univalli/UPF. Mestre em Direito pela Unisinos, Especialista em Direito Processual Civil e Processo do Trabalho. Docente de Graduação na Universidade de Passo Fundo-UPF/RS. Membro da ABA - Comissão Estadual de Direito do Trabalho, Endereço eletrônico: mairatonial@upf.br, <http://lattes.cnpq.br/0212344315200902>

³ Artigo 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

⁴ Artigo 482: Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador.

embasamento para uma decisão administrativa que levará à demissão por justa causa do empregado que as profanou. Além do mais, é notório que as empresas têm adotado regras de conduta para seus funcionários quanto ao que poderá ou não ser declarado em um ambiente virtual, especialmente no que diz respeito à marca e reputação da própria empresa em questão.

Salienta-se, todavia, que determinadas situações específicas ou extraordinárias, principalmente as que envolvem questões muito sensíveis e subjetivas, podem fazer com que princípios e regras tradicionais do Direito se tornem um tanto quanto nebulosos, fazendo-se necessária uma análise mais aprofundada e particular do caso em evidência. Afinal, o alcance das redes sociais é incalculável, não havendo previsão para todas as possíveis ocorrências jurídicas. É algo que percebe-se diante de uma análise jurisprudencial mais detalhada, onde é possível notar que existe uma grande variedade de decisões judiciais com naturezas distintas entre si. Em outras palavras, há um equilíbrio significativo entre decisões favoráveis e desfavoráveis à demissão por justa causa no contexto em debate.

Em suma, busca-se com o presente artigo compreender e investigar, de modo crítico, as hipóteses de demissão por justa causa que têm relação com o comportamento intelectual do empregado nas redes sociais. Novas pesquisas sobre o tema são sempre bem-vindas ao meio acadêmico, especialmente se levado em consideração as mudanças ocorridas no regulamento trabalhista em 2017 e as constantes modificações do mundo virtual como um todo. É preciso que o debate permaneça em alta para que as soluções já encontradas não se tornem obsoletas, e, além do mais, perspectivas inovadoras, bem argumentadas, sempre serão recebidas de bom grado pela comunidade.

2. Síntese histórica

A Internet teve o seu nascimento nos Estados Unidos, ainda na década de 1960. Tratava-se, inicialmente, de um projeto do sistema de defesa do país, cujo objetivo era o de introduzir uma rede de comunicações, tanto acadêmica quanto militar, que fosse consistente e forte o bastante para sobreviver à um ataque nuclear. (LINS, 2013) Vale ressaltar que os Estados Unidos encontravam-se diante de uma disputa ideológica com o dissolvido Estado da União Soviética, e um conflito nuclear entre as duas potências era uma realidade muito próxima naquele contexto.

Foram vários os aperfeiçoamentos e contribuições ao longo dos anos. Em 1994 sucedeu-se sua disseminação integral para o público brasileiro como um todo, dando início ao período da “Internet Comercial” dentro do nosso país. (LINS, 2013) Nos dias atuais a Internet se estabeleceu como uma ferramenta popular de lazer, interação com família, amigos, colegas e outras pessoas em geral, além de ser extremamente útil para estudo e obtenção de informações. Sua existência criou novos hábitos e catapultou o fenômeno das redes sociais. (LINS, 2013)

Segundo o antropólogo inglês J.C. Mitchel (1969): “uma rede social e seus elos podem ser empregados para compreender e analisar o comportamento dos indivíduos que fazem parte de uma mesma rede” (MARTELETO, 2010).

O ponto inicial da massificação de tais redes se deu primeiramente em 2004, o ano do surgimento de sites como Facebook e Orkut, os quais tinham uso restrito à membros da faculdade de Harvard. Em 2005 estabeleceu-se o YouTube, uma plataforma online de compartilhamento de vídeos. O Twitter, uma plataforma de micro-blogging, nasceu em 2006. (THE BRIEF, 2013, informação eletrônica) Sites e sistemas de redes sociais online que souberam acompanhar e se adaptar às tendências de novas

tecnologias foram favorecidos. Tal fator pode justificar o sucesso, ao menos momentâneo, do Facebook, que costuma ajustar seus serviços de acordo com o comportamento de seus usuários, evitando a evasão. (CALAZANS; LIMA, 2013) No Brasil o Orkut foi favorito dos internautas até 2011, quando o Facebook tomou seu título e alcançou a marca de rede social digital mais utilizada do país segundo o instituto de pesquisa comScore (FACEBOOK BLASTS, 2013). (CALAZANS; LIMA, 2013)

3. Base legal trabalhista

A palavra “trabalho” tem vários significados e ainda é investigada por diversos ramos do conhecimento. (BEZERRA LEITE, 2019)

O esmero em si era visto na antiguidade como uma atividade penosa, pesada e de castigo, tanto é que tal expressão originou-se de *tripalium*, uma espécie de instrumento usado para torturar escravos. De tal concepção originou-se o termo *trapaliare*, usado para designar toda e qualquer atividade humana, seja ela manual ou intelectual. (BEZERRA LEITE, 2019)

São diversos os regimes de labor identificados pelo decorrer da história humana. Dentre os principais estão: o primitivo, o escravo, o feudal, o capitalista e o comunista. Os mais clássicos dividem os tipos em “trabalho autônomo” e “trabalho subordinado”, podendo existir ainda um intermediário, o chamado “trabalho parassubordinado”. O Direito do Trabalho brasileiro, no entanto, mantém seu interesse investigatória focado na labuta humana prestada por pessoa física, de forma não-eventual e mediante retribuição, seja ela subordinada ou autônoma. (BEZERRA LEITE, 2019)

O Brasil reconhece o labor como um dos pilares do Estado Democrático de Direito (Constituição Federal, art. 1º, IV)⁵ e um Direito Fundamental (Constituição Federal, art. 6º)⁶.

Trata-se, ainda, de um Direito Humano, como previsto no artigo 23⁷ da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em 1919 foi editado o Tratado de Versalhes, o qual possuía previsão de criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), um organismo com objetivo de universalizar as normas de proteção ao esmero humano. O Brasil está entre os países fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira edição. (BEZERRA LEITE, 2019)

A história do Direito do Trabalho brasileiro divide-se em três fases de maior destaque: do descobrimento à abolição da escravatura, da proclamação da república à campanha política da Aliança Liberal e da Revolução de Trinta (1930) aos dias atuais. Considera-se que o período contemporâneo do Direito do Trabalho nacional iniciou-se depois da Revolução de Trinta, sendo que o mesmo sofreu influências tanto de fatores externos quanto de fatores internos. Dentre os fatores externos destacam-se as transformações ocorridas na Europa e o ingresso na OIT (1919), enquanto entre os fatores internos evidencia-se o movimento operário entre o final de 1800 e início de 1900, o surto industrial pós-

⁵ Artigo 1º: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos; IV) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

⁶ Artigo 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁷ Artigo 23: 1) Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego; 2) Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho; 3) Todo ser humano que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social; 4) Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

Primeira Guerra Mundial, além das políticas de Getúlio Vargas. (BEZERRA LEITE, 2019)

O ano de 1939 foi data de criação da Justiça do Trabalho, sendo que em 1943 o presidente Getúlio Vargas, tendo Alexandre Marcondes Filho como Ministro do Trabalho, instituiu a “Consolidação das Leis do Trabalho” (CLT) através do decreto-lei 5.452/1943. (BEZERRA LEITE, 2019) Tratava-se de uma tentativa de sistematizar as mais diversas e esparsas leis existentes, acrescida ainda de novos institutos criados por uma comissão de juristas formada, principalmente, por membros do Ministério Público do Trabalho. (BEZERRA LEITE, 2019)

O conceito de Direito do Trabalho se divide em três pensamentos distintos: subjetivista, objetivista e misto. (BEZERRA LEITE, 2019)

Os subjetivistas levam em conta os tipos de trabalhadores que seriam abrigados por essa vertente jurídica. Para alguns, todos os trabalhadores fazem parte desse grupo, até mesmo os autônomos. Para outros somente o subordinado, também conhecido como empregado, estaria incluso nesse conjunto. (BEZERRA LEITE, 2019)

Os objetivistas afirmam que as pessoas não são as destinatárias do Direito do Trabalho e de sua matéria. O destinatário seria o seu objeto em si. Alguns entendem que o ramo é aplicável para todas as relações de esmero, enquanto outros entendem que se aplica apenas à relação de emprego, excluindo-se o labor autônomo e qualquer outra atividade humana de labuta. (BEZERRA LEITE, 2019)

Nos filiamos à teoria mista. Segundo essa corrente de pensamento o Direito do Trabalho é dirigido tanto às pessoas quanto à matéria. Maurício Godinho Delgado conceitua o Direito do Trabalho como “um complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios concernentes às relações

coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas”. (Bezerra – Livro Curso de Direito do Trabalho. 9. Ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 49)

Destarte, consideramos que o Direito do Trabalho pertence unicamente ao ramo do Direito Privado, visto que, de forma geral, é constituído por contratos de natureza privada. Vale ressaltar que, no entanto, a presente subdivisão do Direito também sofre influência direta do Direito Constitucional e do Direito Internacional. (BEZERRA LEITE, 2019)

A CLT não pode ser considerada um código. É um decreto-lei com aplicabilidade para todos os empregados, seja de natureza manual ou intelectual. Além do mais, a CLT é considerada o texto legislativo básico do Direito do Trabalho brasileiro, sendo que a mesma equipara-se à lei federal e é complementada por legislações acessórias e pela própria Constituição Federal de 1988.

A chamada “Reforma Trabalhista” iniciou-se na data de 22/12/2016 através do Projeto de Lei (PL) 6.787/2016, o qual fora encaminhado à Câmara dos Deputados pelo presidente Michel Temer. O PL tinha o objetivo de alterar sete artigos da CLT, quais sejam: 47, 47-A, 58-A, 523-A, 611-A, 634 e 775. (BEZERRA LEITE, 2019) O referido PL foi substancialmente ampliado pelo substitutivo apresentado pelo relator, Deputado Rogério Marinho (PSDB/RN), acrescentando e modificando 97 (noventa e sete) artigos da CLT, 03 (três) artigos da Lei nº 6.019/1974, 01 (um) artigo da Lei nº 8.213/1991 e 01 (um) artigo da Medida Provisória (MP) 2.226/2001. Não se tratou apenas de uma modificação na CLT, mas sim da instituição de três princípios de proteção ao Capital, ou seja, liberdade, segurança jurídica e simplificação, sob justificativa de que existia uma necessidade de modernização das relações trabalhistas presentes em nosso país.

4. Liberdade de expressão e direitos trabalhistas

O direito fundamental da liberdade de expressão está assegurado por diversos tratados internacionais, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948 – artigo 19), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA, 1969 – artigo 13) e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966 – artigo 19), sendo que o Brasil é signatário de todos os tratados supracitados. (ROTHENBURG; STROPPIA, 2015)

Além do mais, o mesmo é reconhecido pela Constituição Federal de 1988, de forma primordial, em seu artigo 5º, inciso IV: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes; IV) é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Sua abrangência compreende exteriorização de crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos e até mesmo emoções íntimas, sendo que todas estão abertas à possibilidade de serem manifestadas através das mais diversas plataformas de comunicação online existentes no mundo atual. (ROTHENBURG; STROPPIA, 2015)

A proteção do referido direito está diretamente associada à garantia da dignidade da pessoa humana e da democracia. Naturalmente, existem limitações à liberdade de expressão, principalmente no que tange à conteúdos discriminatórios ou discursos de ódio. Não se trata de um direito absoluto. (ROTHENBURG; STROPPIA, 2015)

O exercício abusivo da liberdade de expressão é potencializado com a generalização do acesso à internet que permite às pessoas assumir uma colocação ativa na relação comunicacional ao saírem da posição de

receptores da informação e passarem à posição de criadoras de conteúdos, os quais podem ser divulgados de maneira instantânea, sobretudo em mídias sociais como Facebook, Twitter e Instagram, com acentuada velocidade de propagação e uma aparente possibilidade de anonimato. (ROTHENBURG; STROPPIA, 2015)

São considerados como destinatários do Direito do Trabalho tanto o empregado quanto o empregador, sendo que ambos são juridicamente livres para celebrarem o contrato de esmero, além de poderem estipular melhores condições que as previstas legalmente para o trabalhador. O mencionado está presente no artigo 444 da CLT: “As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”. (BEZERRA LEITE, 2019)

O objeto essencial do Direito em questão está na relação jurídica do trabalho subordinado típico com o labor avulso, ou seja, o trabalho atípico. Pode-se dizer que o seu objetivo geral está no estabelecimento de um equilíbrio jurídico entre o capital e o labor, uma vez que existe uma óbvia superioridade econômica do detentor do capital, vulgo empregador, em relação ao empregado. São cinco as suas principais funções: econômica, social, conservadora, coordenadora e tutelar. (BEZERRA LEITE, 2019)

É importante que se estabeleça uma diferenciação entre os termos “trabalhador” e “empregado”. Trabalhador é gênero e abrange todas as formas de labuta existentes. Empregado, por outro lado, é apenas uma espécie de trabalhador, ou seja, é uma das diversas modalidades de relação de trabalho. (CALVO, 2019)

De acordo com Amauri Mascaro Nascimento: “Se todo empregado é necessariamente trabalhador, nem todo trabalhador será empregado, porque esta palavra tem um sentido técnico-jurídico próprio e está

reservada para identificar um tipo especial de pessoal que trabalha”. (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 637.) (CALVO, 2019)

São exemplos de trabalhadores: o autônomo, o eventual, o avulso e o voluntário. Todos os quatro não se categorizam como empregados e, portanto, não são regulados pela CLT. Salienta-se que o artigo 442-B da nova CLT disciplina sobre o contrato de esmero autônomo, mas não fez nenhuma referência à aplicação de direitos trabalhistas para esse trabalhador: “A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”. (CALVO, 2019)

De acordo com o artigo 2º da CLT, empregador é “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Para Godinho, empregador é: “a pessoa física, jurídica ou ente despersonificado titular da empresa ou estabelecimento e até mesmo entes juridicamente despersonificados, como por exemplo, condomínios, espólio e massa falida”. Ele também afirma que “o empregador define-se como a pessoa física, jurídica ou ente despersonificado que contrata uma pessoa física para prestação de seus serviços, efetuados com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e sob sua subordinação”. (CALVO, 2019)

Alguns autores afirmam que o uso do termo “empresa” como conceituação de empregador foi um equívoco do legislador. “Empresa” seria um ente que não configura um sujeito de direito na relação de emprego.

Como pode se perceber, existe um requisito adicional expresso no artigo 2º da CLT: o da alteridade. De forma simples, alteridade refere-se ao fato de que o empregado não está sujeito aos riscos do negócio e,

portanto, não poderá dividir os prejuízos da empresa. Somente lhe serão dirigidos os lucros da instituição. (CALVO, 2019)

5. Contrato de trabalho – direitos e deveres

O contrato de trabalho caracteriza-se como um acordo: bilateral, consensual, oneroso, comutativo, sinalagmático e de trato sucessivo. (CALVO, 2019)

Encontra-se expresso no artigo 442 da CLT: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. É comutativo por que o empregado e o empregador assumem o dever, um para o outro, de trabalhar e de pagar o salário, respectivamente. É sinalagmático devido às obrigações estabelecidas entre as partes, de trato sucessivo pela propagação no tempo de forma indeterminada, consensual por não possuir forma prescrita em lei e oneroso pela existência de onerosidade, ou seja, incumbências recíprocas, na relação de emprego. Por fim, é um contrato de atividade devido à geração de uma obrigação de fazer. (CALVO, 2019)

De acordo com o artigo 3º da CLT, considera-se empregado “toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. (CALVO, 2019)

No Brasil, há proibição de distinção entre o trabalho manual, técnico ou intelectual. É o que preceitua o inciso XXXII do artigo 7º da Constituição Federal⁸. (CALVO, 2019)

Na conceituação da figura do empregado destacam-se quatro elementos essenciais: prestação de serviço por pessoa física, não eventualidade, subordinação e onerosidade. (CALVO, 2019)

⁸ Artigo 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social; XXXII) proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

A personalidade do empregado refere-se ao fato de que o labor precisa ser prestado por pessoa física/pessoa natural, não podendo ser exercido por uma pessoa jurídica. O fator da personalidade caracteriza-se por ser um contrato *intuitu personae*, infungível e personalíssimo, ou seja, o ator principal da relação de emprego é o empregado, não podendo haver substituição do mesmo ou delegação da função para terceiros como herdeiros, por exemplo. (CALVO, 2019)

O quesito da não eventualidade baseia-se na teoria da permanência. É preciso que o labor tenha caráter de permanência, não podendo ser praticado de modo esporádico ou eventual. Quanto ao terceiro quesito, subordinação jurídica, o mesmo refere-se à uma atitude de submetimento, sujeição ou dependência. Tal conceito está expresso no próprio significado do termo “subordinação”, de etimologia latina: sub = baixo enquanto ordinare = ordenar. (CALVO, 2019)

Na verdade, são quatro as teorias reconhecidas pela doutrina à respeito da subordinação trabalhista: jurídica, econômica, técnica e social. A teoria jurídica é, obviamente, adotada de forma predominante.

Por fim, o quarto e último requisito: onerosidade. Trata-se da remuneração da labuta executada. Não existe gratuidade na prestação de serviço. Vale ressaltar que uma possível ausência de salário estipulado entre as partes não é o mesmo que ausência de onerosidade. Conforme explica Godinho: “No plano objetivo, a onerosidade manifesta-se pelo pagamento, pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado. No plano subjetivo, a onerosidade manifesta-se pela intenção contra prestativa, pela intenção econômica conferida pelas partes, uma vez que existem situações próximas a essa figura jurídica onde o trabalhador não possui a intenção econômica como contraprestação pelo serviço oferecido. Ex.: trabalhador voluntário”. (Citação de DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito

do Trabalho. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018, p. 348-354) (CALVO, 2019)

O tema “extinção do contrato de trabalho” está regulamentado pela CLT no “Capítulo V – Da Rescisão” nos artigos 477 e seguintes. Importante destacar que existem outros termos que fazem referência ao fim do contrato. Em Portugal, por exemplo, utiliza-se da expressão “cessação”, enquanto alguns doutrinadores brasileiros optam pelo uso do termo “resilição” ou até mesmo “resolução”. Como dito anteriormente, a CLT trata da extinção como uma rescisão, sendo esse até mesmo o título do capítulo que aborda o assunto. (CALVO, 2019)

São diversas as hipóteses de extinção do contrato de trabalho. A doutrina trabalhista faz a seguinte classificação: Extinção por iniciativa do empregador ou por iniciativa do empregado, por iniciativa de ambas as partes ou por desaparecimento de uma das partes, pela extinção do contrato por prazo determinado e por força maior. A Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017) trouxe uma nova modalidade: acordo comum entre empregado e empregador (artigo 484-A da CLT). (CALVO, 2019)

Cada uma das modalidades de rescisão traz consigo uma gama de pagamentos específicos envolvendo verbas rescisórias. Em contrapartida, na rescisão contratual de contrato indeterminado, qualquer que seja sua modalidade, serão devidos os seguintes pagamentos: saldo salarial e férias vencidas. Vale lembrar, ainda, da existência uma indenização adicional estipulada na Lei n. 7.238/1984 à título de verbas rescisórias. (CALVO, 2019)

A Reforma Trabalhista de 2017 trouxe algumas modificações relativas as formalidades exigidas para uma eventual ruptura de contrato, muitas das quais tem o objetivo de tornar o processo mais ágil e menos

burocrático. (CALVO, 2019) O artigo 477 e parágrafos⁹ da CLT explana os procedimentos necessários haja efetividade na extinção de contratos.

O empregador poderá demitir o empregado por justa causa quando o seu ato estiver previsto em algumas das hipóteses do artigo 482¹⁰ da CLT. Ressalta-se que o nosso sistema trabalhista de justa causa é taxativo e não exemplificativo. De tal forma, não é possível que sejam “criadas” novas situações ou justificativas além das que estão elencadas no referido artigo. (CALVO, 2019)

As faltas do artigo 158¹¹ da CLT também configuram justa causa para legislação trabalhista. (CALVO, 2019)

O empregado demitido por justa causa não possui nenhum direito rescisório. Receberá apenas saldo salarial e férias vencidas, se houver.

6. O comportamento inadequado e os cenários de demissão por justa causa

Em um primeiro momento é importante salientar os efeitos da demissão por justa causa quanto aos direitos trabalhistas. Em uma

⁹ Artigo 477: Na extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo. § 2 O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas. § 10. A anotação da extinção do contrato na Carteira de Trabalho e Previdência Social é documento hábil para requerer o benefício do seguro-desemprego e a movimentação da conta vinculada no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, nas hipóteses legais, desde que a comunicação prevista no *caput* deste artigo tenha sido realizada.

¹⁰ Artigo 482: Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: a) Ato de improbidade; b) Incontinência de conduta ou mau procedimento; c) Negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; e) desídia no desempenho das respectivas funções; f) embriaguez habitual ou em serviço; g) violação de segredo da empresa; h) ato de indisciplina ou de insubordinação; i) abandono de emprego; j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticada no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; l) prática constante de jogos de azar; m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado. Parágrafo único: Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional.

¹¹ Artigo 158: Cabe aos empregados: I - Observar as normas de segurança e medicina do trabalho, inclusive as instruções de que trata o item II do artigo anterior; II - Colaborar com a empresa na aplicação dos dispositivos deste Capítulo. Parágrafo único: Constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada.

demissão sem justa causa o trabalhador terá direito ao recebimento de todas as verbas rescisórias disponíveis, quais sejam: saldo de salário, aviso prévio, 13^o proporcional, férias vencidas (+ 1/3), férias proporcionais (+ 1/3), FGTS, multa de 40% do FGTS e guias de seguro desemprego. O trabalhador no contexto da demissão por justa causa, no entanto, receberá apenas o saldo de salário e as férias vencidas. (CAVALLINI, 2018)

O Tribunal Superior do Trabalho tem firmado o entendimento de que as demissões por comportamento inadequado nas redes sociais são válidas, mas é preciso que haja uma ponderação de acordo com cada caso e suas respectivas especificidades, visto que não há existência de um dispositivo que permite adequada subsunção do fato à norma. Tanto é que para tal punição – demissão por justa causa – têm-se utilizado, por analogia, o artigo 482, alínea K¹², da CLT. Conforme o artigo 4^o da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹³ (decreto-lei n.º 4.657/1942).

É preciso que haja uma relação direta da conduta do empregado à imagem da empresa, devendo também haver comprovação de efeito dano. Provas testemunhais e documentais são úteis para o processo, bem como prints das telas, sendo até mesmo possível que haja expedição de ofício para respectiva rede social visando algum tipo de confirmação dos fatos. O empregador pode até mesmo impor regras de conduta ao trabalhador, sendo que, nessa situação, um eventual descumprimento já teria previsão expressa de punição ou sanções cabíveis. (CAVALLINI, 2018)

Caso inexista uma relação direta, tendo o empregado praticado o suposto deslize fora do horário e do local trabalho, nem mesmo citando ou relacionado o empregador de qualquer maneira que seja, o paradigma

¹² Artigo 4^o: Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹³ O artigo 482: Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: K) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem.

pode mudar totalmente de figura. Seria preciso uma ação extremamente grave por parte do funcionário, ou qualquer outra peculiaridade que permita concluir que sua atitude corrobora com o posicionamento político e social da sua respectiva empresa ou empregador. (CAVALLINI, 2018)

Em 20 de junho de 2018, durante o período de realização da Copa do Mundo FIFA do respectivo ano, na Rússia, a companhia aérea LATAM demitiu o funcionário Felipe Wilson, que apareceu em um vídeo constringendo mulheres no país sede. Ele trabalhava no aeroporto de Cumbica, em Guarulhos, na Grande São Paulo. (G1 SP, 2018)

O vídeo em questão foi divulgado nas redes sociais e marcava presença de ao menos três brasileiros, sendo que um deles estava pedindo para as estrangeiras repetirem a frase “eu quero dar a (órgão sexual feminino) para vocês” sob o pretexto de estar ensinando cantos de torcida. As mulheres não tinham qualquer conhecimento da língua portuguesa e apenas sorriram e repetiram as frases em questão. O caso causou grande polêmica e revolta. (G1 SP, 2018)

A empresa publicou a seguinte nota: “A LATAM Airlines Brasil repudia veementemente qualquer tipo de ofensa ou prática discriminatória e reforça que qualquer opinião que contrarie o respeito não reflete os valores e os princípios da empresa. A partir deste pressuposto, a companhia informa que tomou as medidas cabíveis, conforme seu código de ética e conduta.” (G1 SP, 2018). Assim, o posicionamento do I. Desembargador Lorival Ferreira dos Santos, do TRT 15^a Região¹⁴.

¹⁴ **JUSTA CAUSA. USO INDEVIDO DA INTERNET. CONFIGURAÇÃO.** Hoje em dia, o acesso à internet é uma realidade disponível para a grande maioria das pessoas que, através dela, têm a possibilidade de se conectar com o mundo, tanto no âmbito familiar quanto no profissional. Na esfera trabalhista, a internet vem sendo largamente utilizada, podendo representar um genuíno instrumento de trabalho, mas o seu uso indevido por parte dos empregados tem ocasionado discussões, principalmente porque não há ainda uma legislação específica regulando a matéria. Como medida patronal preventiva, o que se tem observado hoje é a fiscalização, a restrição ou até mesmo o bloqueio total de acesso à internet para fins particulares durante o período de trabalho, o que é perfeitamente cabível dentro do poder diretivo e regulamentar do empregador. Porém, a monitoração do uso da internet no ambiente

Para o Desembargador, os empregados precisam manter uma postura ética não apenas em âmbito laboral, devendo os mesmos expandir essa conduta para além dos limites físicos da empresa. O advento das novas mídias digitais, mais especificamente nas relações de trabalho, faz com que surjam novos desafios e dinamismos na manutenção da boa relação com o empregador.

O Magistrado acredita que, no contexto do respectivo fato analisado, as ações do empregado em ambiente virtual repercutem no mundo real e, assim sendo, são suscetíveis das consequências cabíveis. Como já relatado anteriormente, a Constituição Federal estabelece o direito à livre manifestação de pensamento como uma garantia fundamento, no entanto, é essencial o respeito aos limites, principalmente no que tange à honra do empregador.

Entende-se que existem limites da liberdade de expressão, devendo ela ser manifestada com respeito aos direitos dos demais cidadãos. Por outro lado, resta ponderar que uma celebração de contrato de trabalho jamais deve resultar na privação de direitos que são reconhecidos à todos os cidadãos na Constituição Federal. O trabalhador é, antes de um trabalhador propriamente dito, um ser humano dotados de direitos e proteções dentro do ordenamento jurídico. (FIORE, 2021)

organizacional tem se tornado cada vez mais difícil, pois a tecnologia da telefonia móvel, por exemplo, acaba rompendo a barreira eventualmente imposta pelo empregador. Nos casos em que restar provado que a empresa proibia a navegação na internet durante o horário de trabalho e o empregado desafiava os limites impostos para acessá-la habitualmente por meio de seu celular pessoal, é inegável a ocorrência de justa causa para a dispensa, ficando evidente a prática de desídia e mau procedimento. Se além disso ficar demonstrado que, através da internet, o trabalhador ofendia colegas de trabalho, clientes da empresa ou a própria organização, é possível ainda enquadrá-lo nas situações previstas pelas alíneas “j” e “k” do art. 482 da CLT. É que todo empregado deve saber que está inserido no contexto da empresa, de modo que seu comportamento inadequado pode causar sérios danos ao estabelecimento, e o que é postado através da conexão universal da internet pode afetar a segurança, a produtividade e até mesmo a reputação de uma organização consolidada. Portanto, o trabalhador tem que se portar nas redes sociais com o mesmo zelo sob o qual se mantém no ambiente de trabalho, pois no mundo virtual o meio é diverso, mas as ações e consequências são as mesmas do mundo real. A má ação do empregado no âmbito virtual equivale àquela adotada no mundo tangível, afinal, seu perfil, seja ele real ou eletrônico, é único. Recurso a que se nega provimento no aspecto (TRT 15ª R. Proc. 0001843-84.2012.5.15.0018 ROPS. 5ª C. 3ª T. Rel. Des. Lorival Ferreira dos Santos).

Os direitos do trabalhador são os mesmos, seja fora ou dentro do ambiente de serviço. De tal maneira, não há que se falar em punição ao empregado por manifestações em redes sociais quando não há um código próprio da empresa que regulamente tais condutas e procedimentos. (FIORE, 2021)

Conforme expresso na própria Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Trata-se do Princípio da Legalidade. (FIORE, 2021)

O uso do artigo 482, alínea K, da CLT, por analogia, é demasiadamente abrangente. Não existe uma norma específica dentro da Consolidação das Leis do Trabalho que determina as condutas esperadas do empregado nas redes sociais e, muitas vezes, tal norma não existe nem mesmo dentro da própria empresa. A interpretação do artigo 482, alínea K, como fim para buscar meios, justificativas e fundamentações para uma possível demissão por justa causa entra na contramão do princípio *In Dubio Pro Operário*. (FIORE, 2021)

De acordo com tal princípio, uma lacuna jurídica quanto ao enquadramento da exata conduta do trabalhador deverá resultar em uma interpretação mais favorável para o próprio trabalhador. Ao utilizar-se do citado artigo, por analogia, ocorre justamente o contrário, ou seja, há interpretação de modo menos favorável ao empregado, prejudicando-o. (FIORE, 2021)

É possível, ainda, exercer um paralelo com o Direito Penal, cuja lei é clara em edificar o Princípio da Taxatividade. A conduta criminosa precisa, obrigatoriamente, estar prevista de modo claro, preciso e explícito na lei penal incriminadora. Do contrário, a conduta do agente será considerada atípica. É o preceito *nullum crimen, nulla poena, sine previa lege*. (FIORE, 2021)

Conclusão

O artigo exposto esforça-se no sentido de apresentar uma explanação e uma análise crítica referente à sua problemática. Diante dos fatos e dos argumentos discorridos, entende-se que, embora o TST tenha admitido como válidas as demissões motivadas por condutas ou pronunciamentos infelizes nas redes sociais, ainda há uma grande margem para contestações e discussões, sendo que as possibilidades de uma interpretação favorável ao empregado são significativas.

Não há, por exemplo, uma regra clara e definida no que concerne ao tema, nem mesmo no próprio artigo 482 da CLT. Perante tal dificuldade, é possibilitado o uso da alínea K do respectivo artigo com aval de recursos de interpretação jurídica. Ainda assim, nota-se não existir qualquer tipo de consenso com essa prática, principalmente se o empregador envolvido ter se omitido em orientar previamente os seus funcionários quanto aos seus padrões, ou até mesmo as suas exigências no uso de redes sociais.

Por outro lado, até mesmo as situações com prévia apresentação de diretriz podem trazer obstáculos. Afinal, é preciso que haja uma delimitação apropriada dos limites do poder empregatício, com o devido respeito à liberdade de expressão. E essa liberdade, por sua vez, tem os seus limites. É de extrema dificuldade, e até mesmo injustiça, tecer uma resolução e um veredito para o problema em questão. O ideal é que exista uma ponderação diante das perspectivas disponíveis, aliada com um estudo imparcial de cada caso e de suas respectivas peculiaridades.

Referências

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo/SP: Saraiva Jur., 2019. 936 p.

CALAZANS, Janaina de Holanda Costa; LIMA, Cecília Almeida Rodrigues. **Sociabilidades Virtuais: Do Nascimento da Internet à Popularização dos Sites de Redes Sociais**

- Online.** In: Encontro Nacional de História da Mídia, 9. 2013, Ouro Preto/MG. Artigos. Ouro Preto/MG: UFOP, 2013. P. 1-15.
- CALVO, Adriana. **Manual de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo/SP: Saraiva Jur., 2019. 640 p.
- CAVALLINI, Marta. **Comportamento em redes sociais pode provocar demissão? Especialistas dizem que sim; tire dúvidas**. 2018. G1 - Globo. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/concursos-e-emprego/noticia/comportamento-em-redes-sociais-pode-provocar-demissao-especialistas-dizem-que-sim-tire-duvidas.ghtml>. Acesso em: 13 abr. 2021.
- FIORE, Tainá Laydner. **LIBERDADE DE EXPRESSÃO E REDES SOCIAIS X JUSTA CAUSA**. 2021. 07 f. Dissertação. 2021.
- G1 SP, São Paulo. **Latam demite funcionário que aparece em vídeo constrangendo mulheres na Rússia**. 2018. G1 - Globo. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/latam-demite-funcionario-que-aparece-em-video-constrangendo-mulheres-na-russia.ghtml>. Acesso em: 13 abr. 2018.
- LINS, Bernardo Felipe Estellita. A Evolução da Internet: Uma Perspectiva Histórica. **Cadernos ASLEGIS**, n. 48, p. 10-44, Janeiro/Abril 2013.
- MARTELETO, Regina Maria. Redes Sociais, Mediação e Apropriação de Informações: Situando Campos, Objetos e Conceitos na Pesquisa em Ciência da Informação. **Pesq. Bras. Ci. Inf.**, Brasília/DF, v. 3, n. 1, p. 27-46, Jan./Dez. 2010.
- ROTHENBURG, Walter Claudius; STROPPA, Tatiana. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: O Conflito Discursivo nas Redes Sociais**. In: Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade: Mídias e Direitos da Sociedade em Rede, 3. 2015, Santa Maria/RS. Anais. Santa Maria/RS: UFSM, 2015. P. 1-15.

O poder discricionário administrativo no âmbito dos certames licitatórios

*Gustavo Kruger Samuel
Fahd Medeiros Awad*

1. Introdução.

Os certames licitatórios possibilitam à Administração Pública a aquisição de bens e serviços necessários para a manutenção das atividades que visam atingir os fins esperados pela sociedade em geral. Desta forma, a Administração observa, vislumbra e descreve um objeto a ser adquirido, posteriormente, através do instituto da licitação é que se efetiva a aquisição do mesmo.

Para fins de melhora e auxílio sobre o controle e o uso dos valores disponíveis nos cofres públicos, o legislador procurou criar alguns sistemas que buscam coibir práticas abusivas e que visem favorecer apenas um, ou alguns, em detrimento do restante. Também fora criado um sistema com a finalidade de auxiliar o administrador quanto a possibilidade de escolha sobre um objeto de licitação, seja produto ou serviço. Sendo assim, alguns desses sistemas funcionam como uma espécie de acelerador ou GPS, enquanto outros poderiam ser considerados como espécies de freios.

Como exemplo de acelerador ou GPS podemos citar o Poder da Discricionarietàade, através do qual o funcionário público poderá escolher qual (suas características objetivas e subjetivas) e de que forma o objeto deverá ser adquirido, ou seja, dá margem de escolha à Administração Pública. Por outro lado, temos o que poderíamos considerar e chamar de

freio, e é nesse meio que podemos considerar o Princípio da Isonomia e o Princípio da Competitividade, através dos quais busca-se nortear as decisões dos agentes, bem como de frear alguns excessos de liberdade.

A grande problemática neste aspecto é muito semelhante à questão de liberdade versus segurança, demasiadamente discutida em filosofia. Neste caso abordado em nosso trabalho, abordo a relação entre a liberdade de escolha do agente administrativo e os freios elaborados pelo legislador como um “pêndulo analógico”, onde de um lado há a Discricionariedade e do outro há a Competitividade e Isonomia, sendo que, de forma natural, o meio do pêndulo constitui o ideal a ser alcançado.

Torna-se de suma importância resolver prática de elaboração de um descritivo técnico de aquisição de um bem ou serviço, onde, ao descrever o objeto exatamente como a administração pública pretende o adquirir, acaba por ferir o princípio da Isonomia e consequentemente a Competitividade, excluindo a empresa que, por detalhe de diferenciação no descritivo de seu produto ou serviço, acabe não se encaixando naquele descrito elaborado pela Administração.

Apreciar até que ponto a Discricionariedade, utilizada na elaboração de um descritivo não represente o termo conhecido como “descritivo direcionado”, ou seja, aquele que visa beneficiar apenas um dos interessados. Analisar o Poder Discricionário em conformidade com a Lei 8.666/93 e encontrar os limites que a mesma impõe no momento de licitar um objeto específico. Verificar o possível engessamento dos atos da Administração Pública, pelo Princípio da Isonomia e da Competitividade, quando do momento de aquisição de um bem ou serviço através de certame licitatório. Averiguar os possíveis exageros e arbitrariedades no uso da Discricionariedade por parte da Administração Pública.

Por fim, tendo em vista que, muitas vezes a Administração pretende adquirir um objeto com um descritivo técnico, demasiadamente específico,

e como consequência dessa necessidade objetiva, acaba por barrar a possível competição por algum dos entes privados interessados no fornecimento do objeto em questão. Dessa forma, deve-se analisar o limiar encontrado pela Discricionariedade ao observar o encadeamento da mesma com o Princípio da Competitividade.

2. Princípios.

2.1 As noções de Princípio segundo o Direito.

Mister iniciar a pesquisa buscando entender os conceitos e definições dos termos, princípios e poderes a serem abordados no decorrer do estudo e na elaboração do projeto. Dessa forma, passamos a conceituar, de forma sucinta, o que o Direito entende e comporta como Princípio. Segundo Miguel Reale:

Princípios são, pois verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade. Às vezes também se denominam princípios certas proposições, que apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários. (REALE, 1986, p. 60).

Portanto, todos aqueles juízos fundamentais que possuírem em seu cerne pilares de verdades irrefutáveis atrelados à realidade, serão entendidos como princípios à óptica do direito. As garantias atreladas a esses princípios estarão sempre buscando proteger, muitas vezes como forma última, os bens mais frágeis a serem tutelados pelas mesmas.

Ainda em relação ao conceito de princípio, podemos trazer as palavras de Luís Roberto Barroso, que através de seus dizeres nos traz uma versão um pouco mais positivada:

São o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. (BARROSO, 1999, p. 147).

Com o passar do tempo os princípios passaram a ganhar ares de normas jurídicas de superior hierarquia, principalmente no pós-positivismo. Antes utilizados apenas como uma forma de se preencher lacunas do ordenamento jurídico, agora temos os mesmos não só como “livres interpretações” ou “sugestões interpretativas”, mas sim como tendo caráter vinculante.

2.1.1 Os Princípios Administrativos elencados pela Constituição Federal, seus conceitos e suas aplicações.

São Princípios Administrativos aqueles elencados pelo caput do art. 37 da Constituição Federal:

- Legalidade;
- Impessoalidade;
- Moralidade;
- Publicidade; e
- Eficiência, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 19/98.

O Princípio da Legalidade teve origem quase que automaticamente, a partir do momento em que se deu início o Estado de Direito, isso pois, um depende do outro para existir, sem exageros nesta afirmação. Reside no mesmo a ideia de que, segundo Di Pietro (DI PIETRO, 2005, p. 68) “na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei”. Através deste princípio que a Administração Pública só poderá realizar o que a lei permitir.

Alguns doutrinadores, como Di Pietro e Hely Meirelles, trazem também o Princípio da Supremacia do Interesse Público, dentre outros, não menos importantes, mas a pesquisa de conceitos se limitara ao rol taxativo do caput do art. 37 da Constituição Federal, o qual já foi elencado no presente texto.

Com relação ao Princípio da Impessoalidade, podemos dizer que ao realizar os atos pertinentes à atividade da Administração Pública, o agente deve se desprender da armadura pessoal (e de seus interesses), de forma a evitar a promoção individual/pessoal. Di Pietro nos traz ainda que (DI PIETRO, 2005, p. 71) “a administração pública não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento”.

O Princípio da Publicidade talvez seja um dos mais objetivos do rol estudado, isso pois, significa dizer que da Administração Pública se espera e exige ampla divulgação dos atos praticados, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas no ordenamento jurídico.

Quanto ao Princípio da Moralidade, Celso de Mello nos explica que:

A administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio jurídico assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. (MELLO, 2014, p. 123)

Este princípio surgiu e se desenvolveu com o intuito de pôr fim à ideia de desvio de poder. Com relação ao Princípio da Eficiência, podemos afirmar que é aquele que visa dar celeridade aos atos, concomitantemente com a ideia de adoção de medidas eficazes. Quanto a esse princípio, segue citação de Marçal Justen Filho:

A eficiência consiste em considerar a atividade administrativa sob prisma econômico, político, ambiental e social. Como os recursos públicos são escassos, é imperioso que sua utilização produza os melhores resultados econômicos, do ponto de vista quantitativo e qualitativo. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 50)

Faz-se necessária uma ressalva aqui, pois, com o advento da Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999, que passa a regular o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, há a inclusão de alguns outros princípios, agora dispostos em lei, são eles: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

No sentido deste adendo supracitado, cita-se um outro Princípio Administrativo que carece de estudo, qual seja, o Princípio da Isonomia, que tem base no Princípio da Eficácia, e que abarca a questão da competitividade, principalmente no âmbito dos certames licitatórios. Este princípio e sua relação com o Poder Discricionário são o cerne deste projeto científico.

2.1.2 Uma breve análise do Direito Administrativo e suas fontes.

Tendo analisado de forma sucinta o conceito de princípio, debruça-se sobre a área do Direito Administrativo, aquela em que será pautada o projeto em questão. Logo, entende-se como Direito Administrativo aquele que, engloba, sobretudo, a regularização jurídica do poder administrativo – ou executivo – do Estado.

Analisando o Direito Administrativo desde a sua concepção, junto ao Estado de Direito, até a contemporaneidade, pode-se perceber que o seu conteúdo tem variado no tempo e no espaço e que vários têm sido os critérios adotados para a sua conceituação.

Para o doutrinador administrativista Hely Lopes Meirelles o conceito de Direito Administrativo é um conjunto harmônico, como ele bem cita:

O conceito de Direito Administrativo (...) sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado. (MEIRELLES 2005, p. 38)

Vislumbra-se que o conceito supracitado está intimamente conectado à realização e concretização dos fins desejados pelo Estado. Em suma, a atividade do funcionário da Administração Pública é realizar as vontades do coletivo (sociedade), observando os princípios e o ordenamento jurídico.

As Fontes do Direito Administrativo podem ser os preceitos normativos do ordenamento jurídico, sejam eles decorrentes de regras ou princípios, contidos na Constituição, nas leis e em atos normativos editados pelo Poder Executivo para a fiel execução da lei; a jurisprudência, isto é, reunião de diversos julgados num mesmo sentido. Se houver Súmula Vinculante, a jurisprudência será fonte primária e vinculante da Administração Pública; a doutrina: produção científica da área expressa em artigos, pareceres e livros, que são utilizados como fontes para elaboração de enunciados normativos, atos administrativos ou sentenças judiciais; os costumes ou praxes da Administração Pública.

3 Poderes, Princípios e atos administrativos.

3.1 Poder Discricionário.

Através dos poderes administrativos, aqui fazendo menção principalmente ao Poder Discricionário, a Administração Pública dispõe de vantagens que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguiria atingir os seus fins. Esses poderes

possuem limitações legais, regradados pelo sistema jurídico vigente, obrigando a Administração Pública observar os parâmetros legais afim de não incorrer em ilegalidades.

Nem todos os atos e aspectos administrativos serão alcançados pela lei, havendo assim uma pequena margem para que os funcionários públicos, no uso de suas atribuições e funções, façam uso do Poder denominado Discricionário, sendo este o qual permite que ao se deparar com um “leque” de situações, os agentes públicos possam optar entre uma ou outra solução.

Di Pietro diz a respeito das decisões supracitadas que:

Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. (DI PIETRO, 2005, p. 205)

Há de se dizer, contudo, que mesmo nessas situações a decisão do agente não é totalmente livre, exatamente porque a lei impõe alguns limites, com base em princípios, a fim de regular e nortear a atuação da Administração Pública, sendo que, segundo (DI PIETRO, 2005, p. 205) “se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei”.

O brilhante Celso de Mello conceitua os atos administrativos discricionários da seguinte maneira:

Atos "discricionários", pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles. (MELLO, 2014, p. 438)

Ou seja, toda a decisão tomada pelo agente público com margem de liberdade de escolha acaba por conceituar-se como um ato discricionário. Não há carga de vinculação, apenas parâmetros pré-estipulados por lei, a fim de regular e nortear as decisões do agente. Vislumbra-se dessa forma que não há uma liberdade absoluta, mas ainda assim trata-se de liberdade de escolha.

3.1.1. Atos administrativos, discricionários e vinculados.

Insta mencionar que o oposto da discricionariedade é conhecido como o instituto dos atos vinculados, exatamente por estarem vinculados à lei, não permitindo margem de escolha, restando ao administrador executa-lo na forma que a lei prevê.

Ressalta-se que a discricionariedade não existe para servir às pretensões do agente enquanto administrador, pelo contrário, trata-se de uma ferramenta, instrumento, concedido para que a atuação da Administração Pública seja suficientemente eficiente a fim de atender os interesses do coletivo.

Há presente na Administração Pública uma relação entre a discricionariedade e o Poder Judiciário, sendo que o último exerce um controle sobre os atos em que residem aquela margem de decisão ao agente público. Já nos atos vinculados há o controle, mas de forma mais branda, isso pois não há como fugir daqueles elementos definidos por lei, cabendo ao Poder Judiciário examinar o ato e julgar se o mesmo está em conformidade com a legislação, caso contrário, parte do mesmo o decreto de nulidade.

No âmbito dos atos discricionários, verifica-se possível o controle judicial, mas, conforme nos traz Di Pietro (DI PIETRO, 2005, p. 210) “terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei”. Havendo discricionariedade

nas formas e limites impostos pela lei, não há de se falar em invasão do Poder Judiciário, tendo em vista que o Princípio da Discricionariedade dá vida a um “espaço reservado” para a livre escolha de opção. Cabe ao Estado, nas situações em que se verificar uma estrapolação legal do ato discricionário, apreciar os aspectos do ato, e, se for o caso, invalidar o ato, tendo em vista o rompimento do limiar do espaço livre deixado pela lei para livre apreciação da autoridade administrativa.

3.1.2. Princípio da razoabilidade e proporcionalidade.

A partir de agora passa-se a tratar do Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade, aqueles que existem a fim de servir como um sistema de freios, buscando impor limitações ao uso indiscriminado e arbitrário da discricionariedade. Sobre o Princípio da Proporcionalidade, diz Celso de Mello:

Este princípio enuncia a ideia- singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada - de que as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão e intensidade* correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam. (MELLO, 2014, p. 113)

Segundo Di Pietro, (DI PIETRO, 2005, p. 81) “embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro”, e isso se deve ao fato de que, para haver razoabilidade, entre outros requisitos, se exige proporcionalidade. Di Pietro vai além e afirma que a proporcionalidade deve ser adotada e

medida não com base na lei, mas sim com base nos padrões comuns na sociedade em que vive, buscando aplica-la ao caso concreto. (DI PIETRO, 2005, p. 81)

O princípio da razoabilidade está previsto implicitamente em nossa legislação, no que compreende a ideia base desta pesquisa, no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, que impõe à Administração Pública: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI).

4 Da licitação.

4.1 Conceito de licitação.

Busca-se fazer uma relação entre o instituto administrativo da licitação e os demais princípios e poderes já visitados e analisados. Segundo Hely Lopes Meirelles, (MEIRELLES, 2005, p. 269) o conceito de licitação “é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”. Visto então tratar-se de um procedimento de aquisição de um bem ou serviço, por parte da Administração Pública, visando escolher o melhor objeto que se enquadra nas necessidades e nos preços oportunos durante sua realização. A utilização do procedimento licitatório visa garantir igual oportunidade a todos os interessados no objeto a ser adquirido, atuando como fator de eficiência e moralidade.

4.1.1 Os Princípios que regem o certame licitatório.

Há também princípios regendo o procedimento licitatório, independente da modalidade adotada, e segundo Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 2005, p. 270) são eles: procedimento formal; publicidade de seus atos; igualdade entre os licitantes; sigilo na apresentação das

propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor. Há um entendimento disforme dos doutrinadores quanto aos princípios regentes da licitação, contudo, Di Pietro nos traz uma observação de grande valia para estudo, qual seja, a de que a própria licitação traduz-se em princípio a que se vincula a Administração Pública, isso pois ela decorre e tem origem no princípio da indisponibilidade do interesse público, pelo qual se restringe a liberdade administrativa na escolha do contratante, sendo que não haverá escolha senão optar pela proposta que melhor atenda ao interesse público. (DI PIETRO, 2005, p. 313)

A Lei nº 8.666/93 fora criada para regulamentar o procedimento licitatório, procurando dar maior transparência ao mesmo. Na carta apresentam-se, muitas vezes implicitamente, princípios supracitados, sendo o caso do princípio da competitividade, abarcado no § 1º, inciso II, do artigo 3º, e decorrente do princípio da isonomia, vedando a criação ou tolerância de cláusulas e condições, nos editais de convocação, que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. Neste artigo reside um dos problemas levantados pela pesquisa, pois, conforme já dito na formulação da problemática, o agente público, durante o ato de elaboração de descritivo técnico que visa adquirir bem ou serviço possui uma certa liberdade para que, ao licitar o mesmo adquira-se o objeto nas especificações definidas como necessárias pela Administração Pública, o que vai em contraponto ao artigo 3º da lei 8.666/93.

Percebe-se que uma simples característica técnica, pautada como necessária pela Administração Pública poderá, a depender do entendimento, ferir o princípio da competitividade, limitando o número de

contratados possíveis no certame licitatório, fato este que pode ser conveniente, como também poderá ser um fator determinante de frustração da licitação, maior onerosidade ao erário, ou até mesmo da possibilidade de se incorrer em ilegalidade, visto que a discricionariedade se não for utilizada como prevê a lei poderá ser considerada ato nulo. Quanto à competição faz-se de grande valia ressaltar as palavras de Di Pietro:

Embora tenha que haver competição, ela não é inteiramente livre, pois a proteção do interesse público exige a imposição de certas normas que afastam, por exemplo, as pessoas jurídicas não regularmente constituídas, as que não apresentem idoneidade técnica ou financeira. (DI PIETRO, 2005, p. 315)

Ou seja, mesmo que exista a necessidade básica de competição, ela não deve ser imposta sob qualquer preceito, havendo situações que a afastam do caso concreto, devendo tudo ser analisado de forma objetiva, observando os requisitos legais.

Quanto ao princípio da legalidade na licitação constata-se ser de suma importância a sua observância, visto que o procedimento administrativo possui um rito rigoroso e inteiramente vinculado à lei, sendo que todas suas fases estão previstas na Lei 8.666/93. Insta salientar também que todas as partes participantes da licitação estão sujeitos à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei. Vale ressaltar também a possibilidade de impugnação do procedimento pelo licitante que se sentir lesado por inobservância da norma.

Observando os procedimentos licitatórios vislumbra-se que o edital de licitação é, segundo Di Pietro, (DI PIETRO, 2005, p. 343) “o ato pelo qual a administração divulga a abertura da concorrência, fixa os requisitos para participação e define o objeto e as condições básicas do contrato e convida a todos os interessados para que apresentem suas propostas”, e

reside na definição de objeto e condições básicas o motivo desta pesquisa, pois, como já dito anteriormente, o descritivo do objeto, por parte da administração, se fundado em justificativas plausíveis, deverá ser discricionário.

4.1.2 Do objeto a ser licitado.

O objeto da licitação consiste, em lato sensu, no bem ou serviço que será contratado pela Administração Pública com os interessados particulares. Hely Lopes Meirelles observa que:

A finalidade precípua da licitação será sempre a obtenção de seu objeto nas melhores condições para a Administração, e, para tanto, esse objeto deverá ser convenientemente definido no edital ou convite, a fim de que os licitantes possam atender fielmente ao desejo do Poder Público. (MEIRELLES, 2005, p. 273)

Meirelles também reforça que o edital de licitação em que não constar caracterização e especificação de seu objeto é considerado nulo, pois nesse sentido dificultará a apresentação das propostas e comprometerá a lisura do julgamento e a execução do contrato subsequente. (MEIRELLES, 2005, p. 273)

Se não for possível precisar o objeto a ser adquirido através do certame licitatório, todo o procedimento se torna inviável, pois, a construção e elaboração de um descritivo que forneça todas as informações a respeito do bem ou serviço a ser adquirido pela Administração Municipal é o princípio de tudo, e principalmente será o norte para os interessados apresentarem suas devidas propostas. Hely Lopes Meirelles trata a definição do objeto como (MEIRELLES, 2005, p. 273) “condição de legitimidade da licitação”, sendo, portanto, ilegítimo o edital em que não constar especificamente a definição.

Ainda quanto ao objeto possível de ser licitado, necessário se faz a observação que para que ocorra o certame licitatório na sua melhor forma, é imprescindível que o bem ou serviço a ser adquirido pela Administração Pública possua mais que um fornecedor, pois, do contrário, estaríamos tratando de outra forma de aquisição. O ilustríssimo administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello versa que, (MELLO, 2014, p. 557) “São licitáveis unicamente objetos que possam ser fornecidos por mais de uma pessoa, uma vez que a licitação supõe disputa, concorrência, ao menos potencial, entre ofertantes”.

Em conflito com o poder discricionário administrativo se encontra o § 5º do art. 7º da Lei nº 8.666/93, que prevê a impossibilidade do agente público não poder fazer constar características e especificações exclusivas em descritivo de objeto a ser licitado, embora o referido dispositivo faça uma ressalva àqueles casos em que for tecnicamente justificável. Esta questão anterior abre brecha para outro aspecto a ser analisado e ponderado, sendo a questão do valor probatório de laudo técnico de responsável da área ao justificar a necessidade de uma característica específica descrita no objeto a ser licitado. Observa-se que, por ser o técnico o conhecedor máximo daquele bem ou serviço, sua palavra está pautada em ciência acima daquela em que, tanto os administradores quanto os tribunais possam vir a ter, isto implica dizer que, por mais que o laudo técnico não deva ser o instrumento pelo qual as partes possam imputar uma afronta legal ao ordenamento jurídico vigente, ele deve ser analisado e considerado com muito afinco, a fim de embasar as decisões finais.

O laudo técnico existe exatamente para elucidar e clarear as dúvidas e desacordos a respeito do objeto, fornecendo assim um serviço de grande valia para com a administração pública.

4.1.3 Dispensa

Embora a obrigação de licitar seja estipulada, a legislação brasileira estipula algumas circunstâncias específicas que são inconsistentes com o processo licitatório e seu tratamento, permitindo que as administrações públicas interrompam a licitação antes de contratar obras, serviços, aquisições e alienação.

De fato, o artigo 37, XXI da Constituição Federal estipulam o princípio da obrigatoriedade de licitar, mas mantém as condições estipuladas na legislação. Essas são as premissas de abandono ou inexecutabilidade da licitação.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho (2005, p. 227-228) apontou que, via de regra, a supremacia do interesse público é a base para a exigência de licitações antecipadas para os contratos da administração pública. No entanto, existem alguns pressupostos de que a licitação formal é impossível ou prejudicará o desempenho adequado das funções do Estado. O autor alega que, portanto, as autoridades administrativas têm o direito de adotar outro procedimento, cancelá-lo ou substituí-lo por outro.

No entanto, Marçal Justen Filho (2005, p. 228) destacou que essa flexibilidade não tem poder discricionário, pois o próprio legislador decide sobre a hipótese da aplicação de procedimentos simplificados, e conclui que a assinatura direta do contrato não significa não aplicar os princípios básicos, e o ato administrativo norteador nem mesmo é um ato administrativo livre.

A isenção inclui a situação de não licitação, na qual a administração pública pode assinar o contrato diretamente, sem ter que passar pelo processo licitatório anterior. Os artigos 17 (I e II) e 24 (I a XXIV) da Lei nº 8.666 / 93 regulam estritamente os casos de dispensa. Nessas condições, a concorrência é viável e a licitação inteiramente possível, mas, devido à particularidade do caso, a lei fica expressamente dispensada de realização.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 289), licitar descartável é diferente de abandonar licitação. O abandono das licitações previsto no art. 17 da Lei nº 8.666/93 implica a alienação de parte do bem público, sendo que quando a lei determina a não realização de licitações, a destinação fica reservada. A licitação facultativa prevista no artigo 24 da Lei nº 8.666 / 93 ocorre quando a licitação é inteiramente possível, mas não exigida por lei.

Ressalte-se que o artigo 26 da Lei nº 8.666 / 93 prevê o disposto nas isenções previstas no artigo 17, parágrafos 2º e 4º, e no artigo 24, inciso III e seguintes, e em caso de inexigibilidade. A licitação exige notificação à autoridade superior em até 3 (três) dias para que seja aprovada e publicada na mídia oficial em até 5 (cinco) dias, como condição para a efetivação do projeto de lei.

Além disso, cumpre analisar a dispensa em face a Lei nº 13.979/2020, visto que embora considerando a possibilidade de abandono de licitações, novas diretrizes devem ser formuladas primeiro, formuladas como medidas para responder a emergências de saúde pública de importância internacional causadas pela pandemia de coronavírus. Na nova situação de emergência, o processo de validade do contrato pode ser executado de forma mais rápida e eficaz.

Os parlamentares também incluíram um dos elementos da Lei nº 13.979/20, que define medidas de combate ao coronavírus, que proíbe a autorização de contratos exclusivos de bens ou prestadores de serviços, mesmo que a pessoa não possa assiná-los. O mesmo é válido para contratos com o governo por causa de penalidades. A garantia exigida neste caso ainda é limitada a 10% do contrato. As regras do MP serão aplicadas às ações executadas e aos contratos assinados até 31 de julho de 2021, mesmo que o período de execução ou extensão ocorra após esse período.

O texto prevê restrições ao cumprimento, por parte dos órgãos e entidades da administração pública federal, dos registros de reuniões, de preços administrados por órgãos estaduais, distritais ou municipais.

As organizações com adesão podem adquirir até 50% do número de itens listados, mas o número de contratações será limitado ao dobro do inicialmente previsto pelo órgão gestor.

Se o contrato for assinado 30 dias após a assinatura da ata da reunião de registro de preços, o mesmo deve ser reestimado para verificar se o preço registrado está de acordo com o preço do órgão da administração pública.

Pode-se dizer que a Lei nº 13.979 / 2020 faz parte do referido novo marco legislativo emergencial e, de acordo com o disposto no art. 4º, cria novas condições para dispensa de licitação, a saber:

Art. 4º Fica dispensada a licitação para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. (BRASIL, 2020)

Vieira (2020, p. 8) menciona que “o país precisa cumprir suas obrigações constitucionais de proteção ao direito à saúde. Por isso, a Lei nº 13.979 / 2020 define instrumentos que possibilitem às pessoas responder às situações de ágil. O objetivo é proteger a comunidade com maior segurança jurídica. ”

Como trata-se de uma lei federal, o dispositivo se aplicará a todas as entidades da federação ou deverá seguir seus próprios regulamentos. Autores como Bonatto (2020, p.12) acreditam que:

a Lei Federal nº 13.979, de 2020, no art. 4º, criou uma nova hipótese de dispensa de licitação, acrescentando às já existentes e previstas no art. 24 da lei nº 8.666, de 1993. Tendo em vista que o dispositivo legal trata de norma geral de licitações e contratos, competência legislativa privativa da

União prevista no art. 22, XXVII c/c art. 24, § 2º da Constituição Federal de 1988, aplica-se a todos os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BONATTO, 2020)

Portanto, a legislação é autoexecutável, entretanto, se alguma entidade desejar fiscalizar procedimentos específicos com base em suas reais condições locais, acreditamos que a legislação é plenamente aplicável, desde que mantenha a devida continuidade com a legislação ora proposta.

Bonato (2020, p.15) também propôs que parlamentares ampliassem a nova hipótese de abandono de licitações, visando especificamente as emergências de saúde pública de importância internacional causadas pelo covid-19. Além de bens e serviços, também inclui a tecnologia da engenharia, serviços e todos os insumos que não se limitam necessariamente ao setor da saúde.

Agora, o novo artigo 4º da Lei nº 13.979 / 2020 estipula a aquisição de bens, serviços (incluindo engenharia) e materiais em resposta às emergências de saúde pública de importância internacional causadas pelo coronavírus referido nesta lei. A licitação é desnecessária e aplicável apenas se continuar a ocorrer, acontece que, de acordo com o art. 4º-B, sua utilização deve obedecer a alguns parâmetros que se presumem satisfeitos:

Art. 4º-B (...) I - ocorrência de situação de emergência; II - necessidade de pronto atendimento da situação de emergência; III - existência de risco a segurança de pessoas, obras, prestação de serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares; e IV - limitação da contratação à parcela necessária ao atendimento da situação de emergência (BRASIL, 2020)

O Artigo 4-C e o Artigo 4-D tratam das etapas inerentes ao planejamento do contrato, que podem ser processadas mais rapidamente mesmo que a situação exija.

Portanto, a alteração proposta no Artigo 4-C não exige a preparação de estudos preliminares sobre a contratação de bens de serviço comum, mas não reúne os insumos necessários para responder às emergências pandêmicas. No que diz respeito à gestão do risco contratual, o artigo 4.º-D não o exime do direito de participação na cerimônia processual, apenas adiou o procedimento e só o exigiu no processo de gestão do contrato. Dado o seu carácter analítico, alguns estudiosos podem compreendê-lo para questões públicas administrativas de grande importância.

As últimas alterações trazidas pela Medida Provisória nº 951, de 15 de abril de 2020, agora permitem o registro de preços por meio dessa nova premissa de isenção de impostos, que antes só era permitida em alguns métodos de licitação. Por isso, conforme afirma a nova linguagem técnica, os equipamentos terão valor na hora de fazer compras e assinar contratos para atender a múltiplas organizações. Art. 4º, Art. 4º da Lei nº 13.979 / 2020.

Art. 4º (...) § 4º Na hipótese de dispensa de licitação de que trata o caput, quando se tratar de compra ou contratação por mais de um órgão ou entidade, o sistema de registro de preços, de que trata o inciso II do caput do art. 15 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, poderá ser utilizado.” (BRASIL, 2020)

Neste caso, o órgão gestor deve estabelecer 2 a 4 dias úteis de acordo com o disposto parágrafo 6º do mesmo artigo, para que eventuais interessados possam manifestar os seus interesses, sendo importante referir que este regulamento não exclui outras Normas e o preço relacionado ao preço do sistema de registro, o preço permanece válido, tais como: a agência reguladora pode aceitar ou participar; não há obrigação de compra integral; a realocação de itens e outras regulamentações nos regulamentos.

Conforme discutido pelo Tribunal Superior, na contratação da administração pública, a regra é proceder à licitação anterior. Os casos de dispensa e inexigibilidade são exceções e exigem justificativa fundamentada do gestor público.

4.1.4 Inexigibilidade

Inversamente, sempre que a concorrência não for viável, será configurada a inexigibilidade da licitação. O artigo 25 da Lei nº 8.666 / 93 dispõe sobre a inexecutabilidade, o que traz apenas uma lista ilustrativa das situações em que a concorrência é inviável.

Portanto, considerando que a competição é viável e teoricamente possível, é diferente de demissão. Portanto, Marçal Justen Filho (2005, p. 275) afirmou que a inexecutabilidade é uma imposição da realidade hiper normativa, e a isenção é uma criação de legislação, razão pela qual a lista de motivos da inexecutabilidade é apenas exemplar, enquanto os casos de isenção são exaustivos.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2010, p. 157), quando houver uma competição legalmente inviável entre as partes contratantes, pela natureza específica do negócio ou pelos objetivos sociais perseguidos pela empresa, ocorrerá a inexecutabilidade da licitação. administrativo.

Exemplos de inexigibilidade incluem a compra de produtos exclusivos ou fornecedores exclusivos, a assinatura de contratos de serviço técnico profissional exclusivo com profissionais notórios e a situação de artistas de mídia conhecidos.

Além disso, a regra do artigo 26 também se aplica às situações de inexigibilidade, ou seja, a assinatura direta do contrato deve ser comprovada no prazo de três dias e comunicada à autoridade superior, devendo esta homologar e anunciar os motivos no prazo de cinco dias.

Vale ressaltar que a impossibilidade de concorrência é possível, mesmo assim, a administração pública pode empregar múltiplas pessoas possíveis, nestes casos, a administração tem autonomia na seleção das pessoas a serem contratadas.

Na verdade, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é que os serviços técnicos profissionais descritos no artigo 13 da Lei nº 8.666/93 são prestados por profissionais de renome, e a sua escolha está sujeita à discricionariedade administrativa.

Para Marçal Justen Filho (2005, p. 288), retirado da interpretação do artigo 25 da Lei nº 8.666 / 93 revela a titularidade da discricionariedade da administração pública para a celebração de determinados contratos. No entanto, enfatiza que a autonomia do indivíduo na escolha do emprego não pode ser transformada em comportamento desmotivado ou de escolha arbitrária.

Portanto, a impossibilidade de competição e a possibilidade de escolha de indivíduos a celebração de um contrato com o governo não só confere discricionariedade à autoridade administrativa, como deve abolir a escolha baseada no subjetivismo ou no interesse pessoal. Portanto, é necessário buscar a melhor decisão para realizar os interesses coletivos, bem como a escolha mais razoável e adequada em determinadas circunstâncias.

4.1.5 Modalidades

A Lei nº 8.666 / 93 estipula cinco modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. As modalidades de licitação também incluem os leilões recém-incorporados pela Lei nº 10.520 / 02 e o pregão eletrônico, regulamentado pelo Decreto nº 5.450/05.

A concorrência, os preços e os convites são determinados com base no valor do contrato a ser assinado, incluindo a competição por contratos de maior relevância econômica, preços para contratos de médio porte e convites para contratos de valores menores.

Nestes casos, quanto maior o valor do contrato, mais ampla deve ser a concorrência. As licitações, leilões, leilões e leilões eletrônicos são definidos sucessivamente de acordo com o objeto do contrato a ser celebrado.

Nas licitações públicas, uma gama mais ampla de métodos de concorrência, como a concorrência, é permitida para contratos de baixo valor. Porém, o contrário não é permitido, ou seja, o modelo de convite não pode ser utilizado para grandes contratos.

A competição é uma forma de licitação entre quaisquer interessados, sendo que, na fase inicial de qualificação preliminar, fica comprovado que os mesmos possuem os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a concretização dos seus objetivos.

Portanto, no concurso, o concurso é extenso, pois os interessados podem participar da licitação sem quaisquer requisitos, e somente podem ser desclassificados no procedimento, que se caracteriza pela maior complexidade processual. A competição geralmente é um requisito obrigatório para grandes contratos.

No entanto, em alguns casos, a lei exige um modelo competitivo independentemente do valor do contrato a ser celebrado devido à sua importância. É o caso, por exemplo, dos contratos de concessão de serviço público, dos contratos de concessão de direitos imobiliários e dos contratos de venda de imóveis, exceto aqueles obtidos em processo judicial ou por meio de pagamento em espécie, conforme artigo 23, parágrafo 3º da Lei nº 8.666 / 93.

A precificação é uma modalidade de licitação entre os interessados que se cadastram formalmente ou atendem a todas as condições exigidas para cadastro no terceiro dia anterior à data de recebimento da proposta, mas devem atender às qualificações necessárias.

Portanto, em termos de precificação, não é qualquer interessado que pode participar, mas apenas aqueles que estiverem cadastrados na instituição ou cadastrados pelo menos três dias antes da data de abertura.

Tendo em vista a pré-verificação da idoneidade e qualificação dos licitantes, o objetivo de restringir a participação apenas de inscritos é para agilizar e facilitar a licitação.

O edital é a forma de licitação entre interessados no campo pertinente ao seu alvo, independentemente de ser cadastrado ou não, pelo menos 3 (três) deles deverão ser selecionados e convocados pela unidade administrativa.

Dessa forma, os licitantes convidados pela unidade administrativa, cadastrados ou não, poderão participar do edital. Além disso, os registrantes que mostraram interesse pelo menos vinte e quatro horas antes de enviar a proposta participaram. Considerando que o edital é para um contrato menor, o edital é um processo licitatório mais simplificado.

Ressalta-se que é vedada a cisão fraudulenta do contrato durante o processo licitatório. Portanto, para pacotes de mesmo emprego ou serviço, ou para empregos e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizados em conjunto e ao mesmo tempo, estipula o art. 23, § 5º da Lei nº 8.666 / 93 que o que é adotado é o valor de todo o pacote, o correspondente.

Um concurso é uma forma de licitação para qualquer pessoa interessada em escolher entre as obras técnicas, científicas ou artísticas, o sistema de premiação ou remuneração dos vencedores será aprovado de

acordo com os critérios constantes de edital publicado na mídia oficial com, no mínimo, 45 (quarenta e cinco) dias de antecedência.

Portanto, o concurso inclui processo licitatório para contratação de obras técnicas, científicas ou artísticas, em que é pago ao vencedor do evento a obra obtida pela administração pública.

Leilão é a forma de licitação entre quaisquer interessados, venda de bens móveis não aptos à gestão governamental ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou ainda, a venda de bens imóveis previstos no artigo 19 da Lei nº 8.666 / 93 a quem tenha valor igual ou superior ao valor de avaliação.

Com efeito, os leilões destinam-se à venda de bens móveis e imóveis que não podem ser utilizados, apreendidos ou penhorados, quer por meio de pagamento, quer por via judicial.

Leilão é a modalidade de licitação instituída pela Lei nº 10.520 / 02 e aplicável a toda a administração pública. É usado para comprar bens e serviços ordinários, ou seja, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital por meio das normas usuais de mercado.

Os leilões eletrônicos também são utilizados para a aquisição de bens e serviços comuns, com base no Art. 2º § 1º da Lei nº 10.520 / 02 e são regulamentados pela Lei nº 5.450/05.

Esse método está relacionado aos leilões presenciais e possui algumas peculiaridades, quando ocorre uma disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns à distância por meio de um sistema que promove a comunicação pela Internet em reunião pública. Os leilões eletrônicos reduzem custos e promovem a participação de mais licitantes.

Hoje em dia, o pregão eletrônico tem sido amplamente utilizado por ser um método de licitação mais rápido, menos burocrático, mais eficaz e em conformidade com os princípios de licitação.

Considerações finais

As atividades discricionárias do processo licitatório exigem que os administradores escolham a solução mais adequada para atender ao interesse público e chegar às recomendações mais benéficas para a administração pública. Portanto, por se tratar de uma liberdade que deve ser exercida de acordo com a lei, restrições e controles são permitidos.

Além de sempre cumprir a lei, as ações administrativas em licitações públicas também devem respeitar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, integridade administrativa, isonomia, transparência, vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como os demais princípios que norteiam a atividade da Administração Pública.

Nos casos em que haja discricionariedade administrativa, os princípios são um instrumento para evitar escolhas indevidas em razão da autonomia conferida ao administrador.

Além disso, esses princípios são muito relevantes para as licitações públicas, não apenas porque os gestores devem obedecê-los no processo de implantação, mas também porque são ferramentas para que o Judiciário encontre a solução mais adequada no exercício do controle jurisdicional.

Tendo em conta que é impossível que a lei que rege os leilões preveja todas as ações possíveis da administração pública de forma absoluta e, em alguns casos, é necessário conceder discricionariedade no âmbito do concurso público. Nesse caso, o agente público tem liberdade para escolher as medidas mais adequadas a serem tomadas em um determinado caso, visando atingir o objetivo final.

No entanto, como ferramenta para atingir fins públicos, esse poder deve ser exercido de forma adequada e não deve ser abusado ou arbitrário.

O agente público deve fazer uso corretamente e comedido, levando sempre em consideração que trata-se de uma ferramenta facilitar a realização do propósito de interesse público.

Todas as ações da administração pública devem estar relacionadas às diretrizes e princípios do direito administrativo, desta forma a discricionariedade administrativa deve ser, além de bem utilizada, avaliada constantemente pelo judiciário, a fim de evitar que vantagens administrativas sejam utilizadas incorretamente.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 1999.

BONATTO, H. Coletânea de cadernos orientadores – **Aquisição de bens, serviços e insumos - emergência de saúde pública - coronavírus**. Paraná: 2020, 21p. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2020/03/CADERNO-ORIENTADOR-CORONA-V%C3%84DRUS.pdf>. Acesso em: 18 de junho de 2021.

_____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 de junho de 2020.

_____. **Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 14 de junho de 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18. ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do Consumidor** / José Geraldo Brito Filomeno. – 8. Ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. – São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. – São Paulo: Malheiros, 2015.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 8ª edição. Editora Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Vitor Barbosa. **Dispensa e Inexigibilidade nas contratações públicas**. Disponível em: <http://www.pge.am.gov.br/wp-content/uploads/2014/08/CONTRATAcoes-PUBLICAS.pdf>. Acesso em: 14 de junho de 2021.

_____. **Lei nº. 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 de janeiro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 12 de junho de 2021.

_____. **Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, com alterações resultantes da Lei 8.883, de 08 de junho de 1994 e da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 jun 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 14 de junho de 2020.

O sistema penal contemporâneo: uma perspectiva ¹

Henrique Pereira Lima ²

Linara da Silva ³

Introdução

A organização social humana, em sua mais remota ancestralidade, exigiu a organização de um ordenamento social dotado da capacidade de viabilizar a coexistência de diferentes sujeitos em um mesmo espaço. Já naquela época se fazia necessária a definição dos comportamentos socialmente corretos daqueles que seriam considerados deletérios ao grupo ou aos indivíduos e a definição de penalizações àqueles que infringiam estas regras.

A evolução da sociedade humana e a multiplicação das formas de interação social não diminuíram essa necessidade. Pelo contrário: ao se ampliarem as formas de relações entre os sujeitos, a necessidade de regulamentação das relações humanas também se ampliou, na busca pela salvaguarda da ordem e dos direitos em um universo social que se alarga continuamente.

A complexa sociedade contemporânea, entretanto, não conta com um eficiente sistema penal, apesar da complexa organização deste sistema, composto por diversas agências e órgãos. Seus altos custos, tanto

¹ Artigo científico produzido por Henrique Pereira Lima, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.

² Aluno do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 118518@upf.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3883069295229318>

³ Linara Silva. Advogada, Mestre em Direito, Pesquisadora, Professora do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. E-mail: linara@upf.br. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7114771715454815>

materiais quanto em termos humanos, não impede a recidiva ou diminui a criminalidade e de forma habitual - ainda que não absoluta - age de forma violenta e seletiva, evidenciando uma crise que denuncia sua ilegitimidade e a ilegalidade.

Este contexto denota o distanciamento existente entre a função a ser realizada pelo sistema penal e o resultado final de sua atuação. Essa distância é de tal forma larga que as críticas e os questionamentos acerca desta realidade além de não serem invalidados, apenas se avolumam. Diferentes discursos hoje questionam a legitimidade e a legalidade e, até mesmo, a pertinência da existência do sistema penal, em vista dos índices de criminalidade, de reincidência e a degradação humana que atinge aqueles que passam por suas agências ou que cumprem as penas restritivas de liberdades em instituições desprovidas de condições materiais e psicossociais. Como resultado, a contemporaneidade conta com um cenário multifacetado em relação ao sistema penal, ao Direito Penal e a própria sociedade. Se por um lado há instituições e indivíduos ligados de forma umbilical à cultura da reclusão e fechadas ao debate acerca dos limites e das tarefas a serem cumpridas pelo sistema, por outro, há indivíduos e instituições que pregam a necessidade deste debate e que, comprometidos com a promoção de um sistema legítimo e legal, apregoam modelos humanizados e socialmente comprometidos.

1. A (já antiga) crise do sistema penal

Os altos índices de reincidência⁴ demonstram que por mais burocrático que seja a organização do sistema jurídico-penal, por mais longo que seja seu percurso, ou por mais agências que possua, na prática,

⁴ Este índice, conforme dados da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, de 2008 “[...] chegava a 70% ou 80% conforme a Unidade da Federação (UF)” (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2015, p. 11, 12).

a violação dos direitos tutelados, a degradação⁵ humana dos sujeitos que passam pelos seus meandros, não são evitados. Tampouco, este sistema consegue promover através de suas medidas habituais, a ressocialização daqueles que passam pelos sistemas de reclusão⁶ e internação⁷ e a cessação dos conflitos interpessoais.

Esse cenário socialmente impactante, entretanto, nem sempre causa impacto suficiente dentro dos próprios sistemas. A regra adotada diante deste tema é a “[...] evasão mediante mecanismos negadores [...]” (ZAFFARONI, 1991, p. 12), cujos discursos se propõem silenciar os debates acerca da perda de legitimidade e eficácia dos sistemas penais. Contudo, há discursos que correspondem exceções e que, em seu conjunto, dão forma a correntes de pensamento que se propõem discutir este cenário, pondo a descoberto a relação legitimidade – legalidade, a violência operacional do sistema penal, bem como a sua seletividade. Nesse grupo tem destaque, dentre outras teses, o abolicionismo penal do holandês Lodewijk Henri Christian Hulsman (1923 – 2009) e a tese da deslegitimação do sistema penal, do magistrado argentino Eugenio Raúl Zaffaroni (1940).

Hulsman e Zaffaroni ocuparam-se com a realidade jurídico-penal que testemunharam viger seus países. Mas suas análises não se limitaram àquela geografia, pois se debruçavam sobre questões universais. Suas

⁵ A Constituição Federal de 1988 é clara e insistente com relação ao respeito aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, os quais não perdem sua aplicabilidade em caso de atos delitivos. O artigo 1º § III, apresenta como um dos fundamentos sobre os quais se assenta o edifício da República Federativa do Brasil, “a dignidade da pessoa humana.”. Já em seu artigo 5º § III consta que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, enquanto o § XLIX indica que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

⁶ “No Brasil, por exemplo, grande parte dos magistrados prefere a condenação dos réus em celas devido a uma “cultura do encarceramento” e de suspeita contra medidas variadas à cadeia, levando a 64% dos condenados para a custódia” (LUZ, AFFONSO, ZAGANELLI, 2020, p. 6).

⁷ O artigo 1º da Lei de execução Penal prevê que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (BRASIL, Lei de Execução Penal, 1984).

perspectivas encetam que o sistema penal “tradicional/dogmático” chegou ao seu limite, tornando-se incapaz de cumprir os objetivos a que se propunha, tanto em relação às vítimas, quanto aos agressores.

A relevância deste debate pode ser percebida por muitos meios. Entre eles está a realidade dos presídios, que deveria ser conhecida, para não se agir como os “[...] políticos, que fazem as leis [...] [agindo] no abstrato [...] [os quais, quando] propõem ou votam uma nova incriminação, sequer imaginam suas consequências na vida das pessoas” (HULSMAN, 2020, p. 94). Essa ação intencional de conhecer a realidade dos estabelecimentos prisionais evidencia que os sistemas penais comumente guardam grande distância entre a dimensão do ato legislativo e sua execução, ou seja: a esfera legislativa regulamenta uma realidade que não vivencia, e que, alinhada com o senso comum da sociedade que pensa que compreende o sistema penal e a criminalidade, apenas afasta o sistema de uma possível efetividade social.

As teses críticas ao sistema penal possuem gradações múltiplas, indo da proposta da redução das violências e violações empregadas, até a abolição do sistema penal. Mas, em comum, essas teses trazem importantes questionamentos: o Direito Penal ainda é Direito; o sistema penal ainda faz parte de um contexto legal. Portanto, nenhum ramo do Direito pode deixar de perceber-se como parte de um “[...] ordenamento jurídico, [que] enquanto sistema [...] deve ter unidade interior e coerência” (COSTA, 2002, p. 85). Desse modo, o Direito Penal não pode ignorar por seu turno, tudo o que é propalado no turno dos outros ramos do Direito – como a dignidade da pessoa humana, tão frágil que pode ser devastada por uma assinatura, pelo abandono material ou psicossocial do cárcere. A reprovação social sobre uma agressão à lei ou a um direito de outrem, bem como sua reparação, ainda que necessárias, não podem ser efetivadas através da produção de violências ou de violações de direitos.

2. O Direito e o Sistema Penal como uma necessidade social

A convivência social possui inúmeros desafios. Um dos maiores é equalizar os diferentes interesses e as diferentes “grandezas de forças” dos indivíduos. Esse desafio, ao longo da história tem sido atendido pelo ordenamento jurídico que cada sociedade elabora, determinando regras e sanções àqueles que o infringem. Essa condição é de tal forma inerente ao ser humano que, a ausência de um ordenamento jurídico, apenas é admitida ao homem que vive só, pois “o homem só não possui direitos nem deveres” (NADER, 2020, p. 19).

Se, por um lado o Direito Penal e o sistema penal são instrumentos irrenunciáveis à manutenção existencial da sociedade, por outro, sua *forma dogmática* não pode sê-lo. A *forma* daqueles instrumentos deve dialogar com as necessidades contemporâneas da sociedade e com o resultado que o sistema apresenta. Esta condição implica em constante debate, sobretudo quando a lei se mostra insuficiente para impedir a ocorrência dos atos lesivos; quando a reprovação social e a punição pelos atos ilícitos não impedem a ocorrência de novos atos ou a reincidência de pessoas que já tenham cumprido sentença - em especial as de privação de liberdade.

Nesse contexto, a distância entre o objetivo e o resultado do sistema penal exige profundas reflexões, pois os efeitos de sua atuação são muito intensos, não apenas na sociedade, mas também na vida de cada indivíduo que passa por suas inúmeras agências. Assim, o sistema penal corresponde a um:

[...] Grupo de instituições que ao longo da história tiveram a incumbência de realizar as normas penais vigentes a partir das práticas punitivas e se entendido como manifestação do poder disciplinar, tem como pressuposto o

controle dos indesejáveis para a manutenção da ordem social (SOUZA, 2015, p. 165).

São diversas as agências que compõe o sistema penal. Cada uma desempenha uma função à manutenção da ordem social. Entretanto, a necessidade de mecanismos que regulem a coexistência ente os sujeitos de direitos como meio de preservação da *ordem social* faz fronteira de forma *tênue* com o poder político e econômico, os quais não costumam mostrar pejo em tentar usar o poder jurídico no atendimento de seus interesses. Por isso, pode-se dizer que há uma grande distância entre a intenção de promover a harmonia social (objetivo jurídico) e a criação de comportamentos disciplinares que são econômica ou politicamente impingidos aos cidadãos, de forma geral, ou restrita (o desempenho de papéis socialmente impostos a determinados setores) e que o seu oposto – a desordem – é constituída por comportamentos contrários ao convencionado. Assim, o sistema penal tal como é posto e executado hoje, também executa uma forma de “política de dominação” do comportamento de determinados segmentos sociais, de modo a constituir “[...] uma complexa manifestação do poder social” (ZAFFARONI, 1991, p. 16) que caracteriza o sistema penal contemporâneo.

Os inúmeros “locais” deste sistema, pelos quais o imputado passa direta ou indiretamente, desempenha uma função. Entre a teorização política acerca do delito, até a punição efetivada, uma grande distância transcorre, marcada por diversas ações executadas por diferentes agentes. Nesse sentido, evidencia-se que, neste sistema – que é a expressão de poder político e controle social – “[...] cada órgão ou serviço trabalha isoladamente e cada uma das pessoas que intervém no funcionamento da máquina penal desempenha seu papel sem ter que se preocupar com o que se passou antes dela ou com o que se passará depois” (HULSMAN, 2020,

p. 75). Esta estrutura atribui à atividade do sistema certa dose de alienação acerca da ação de uns pelos outros, sobre o resultado final do esforço sistematizado, para os quais não há a exigência, necessidade, possibilidade ou vontade de apreender o que se passa antes ou após sua atuação. Em certo sentido, esta distância caracteriza, conforme Hulsman (2020, p. 77) uma “[...] linha de montagem, onde o acusado vai avançando: cada um dos encarregados aperta seu parafuso e, ao final da linha de montagem, sai o produto final do sistema: [...] um prisioneiro”. Nessa “linha de montagem”, há certa perda de contato entre as agências e seus agentes – com o paciente. Pode-se ponderar que nenhum órgão se sente diretamente responsável pela inserção do ser humano em um sistema que costumeiramente destitui o ser de sua humanidade e individualidade, para reduzi-lo ao seu delito.

3. A estruturação do Sistema Penal em um sentido ideológico

A ampla estrutura que sustenta o sistema penal atinge de forma contundente não apenas aqueles que por ele passam, impondo rótulos e criando identidades. Atinge também os seus operadores, com força semelhante àquela, pois “as agências judiciais são como máquinas de burocratizar” (ZAFFARONI, 1991, p. 141) relações e indivíduos, os quais são instrumentalizados para a execução das atividades inerentes à agência, bem como ideologias⁸. Por isso, deve-se considerar que, assim como o longo processo que estrutura o processo penal e que atribui novas identidades (de encarcerado, por exemplo, ao agressor), que viverá em um novo mundo (prisão), os próprios agentes destes órgãos também passam por um processo de alienação de si mesmos, pois:

⁸ A ideologia é um “[...] poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força. Controlar é neutralizar, fazer com que, embora conservadas como possíveis, certas alternativas não sejam levadas em consideração” (STRECK, 2004, p. 108).

O processo de treinamento a que é submetido [o agente e o operador recrutado] é igualmente deteriorante da identidade e realiza-se mediante uma paciente internalização de sinais de falso poder: solenidades, tratamentos monárquicos, placas especiais ou automóveis com insígnias, saudações militarizadas do pessoal de tropa de outras agências, etc. (ZAFFARONI, 1991, p. 141).

O treinamento, posto nos termos apresentados por Zaffaroni substitui o *ser-indivíduo* pelo *ser-agente*. Logo, a forma de pensar, agir e de conduzir os processos pode vir a ser guiada pelos estreitos e firmes limites impostos pelo paradigma em vigor na agência, ou no sistema. Desse modo, seja nas forças policiais militarizadas ou nos órgãos judiciais – “em determinado momento, o operador da agência judicial percebe a si mesmo em função de seu cargo e hierarquia e constrói uma identidade assentada sobre essas bases” (ZAFFARONI, 1991, p. 141). Esse é o processo de alienação de si mesmo e da condição de cidadão daquele que adota a identidade da agência recrutadora a qual substitui as identidades originárias. Hulsman ilustra este aspecto abordando uma peça publicitária do Ministério da Justiça dos Países Baixos. Segundo o autor:

Espantosamente, este filme, que pretende apresentar o sistema sob um aspecto favorável, não consegue mais do que deixar uma impressão de mecanização e frieza. De alguma forma, se desnuda uma prática infamante. Nenhum dos agentes parece experimentar como pessoa, sentimentos de opróbio em relação ao acusado e eles, pessoalmente, não fazem nada para humilha-lo, mas o papel entregue a cada um e a sucessão de papéis criam uma prática estranha a suas próprias consciências, necessariamente degradante para a pessoa em questão (HULSMAN, 2020, p. 76 e 77, grifo do autor).

A base teórica que sustenta a ação, que é reforçada a cada repetição, consolida comportamentos e perspectivas. Com o tempo, firmam-se padrões capazes de determinar o cumprimento dos papéis. No caso do

sistema penal, observa-se o cumprimento de *papéis-deveres*, tanto pelos agentes do sistema, quanto pelo sujeito que incorpora um estereótipo social através do local em que vive ou dos produtos que consome, das roupas que usa, do trabalho que realiza, da forma de se comunicar, etc.

Na condição de ideologia, a base teórica que sustenta a atuação das agências judiciais traduz-se em diferentes manifestações sociais. O sistema penal, por exemplo, nasce não como um ato de poder jurídico, mas sim político, de modo que seu peso atinge sobremaneira aspectos sociais, criando diferenciações e escalas de “valor social” para os indivíduos, os quais visam “[...] conter uma considerável maioria, impedindo-a de coligar-se ou organizar-se” (ZAFFARONI, 1991, p. 225). O sistema penal, tal como se apresenta, é mais uma expressão de controle político do que de um marco jurídico de preservação de bens jurídicos e cultivo da paz social. Essa condição pode ser averiguada através de um pergunta: “o quanto uma mãe que mora em uma área central e socialmente desenvolvida, se solidariza com uma mãe que teve seu filho morto em uma região periférica, fosse por balas perdidas, disputas territoriais ou suspeitos confrontos policiais?”. Não é inviável pensar que não haja um sentimento de solidariedade pela dor do outro, ou que haja um sentimento de indiferença. Vale a pena averiguar o que a mídia policial veicula costumeiramente, de modo a fortalecer o senso comum sobre esta questão. Cotejando esta consideração com Zaffaroni, percebe-se que o esforço institucional e popular ainda não é suficiente para promover o entendimento social acerca dos comportamentos delituosos.

No sistema penal e jurídico, a ideologia apresenta-se como um ponto nevrálgico, devido sua capacidade de padronizar as formas de “ver” a realidade e sobre ela agir. Streck (2014, p. 97) ao refletir sobre o senso comum teórico, oferece importantes indícios do funcionamento da ideologia e seu impacto social. Assim:

[...] O senso comum teórico [...] é construído a partir de um discurso que é vivido pelos usuários como um discurso universal, natural, óbvio, cuja tipicidade não é percebida e com relação ao qual todo “exterior” é relegado à categoria de margem ou desvio: discurso-lei que não é percebido como lei. Com Barthes, pode-se chama-lo de ‘ideosfera’: círculo, sistema de ideias-frases, de ideias fraseadas, de argumentos-fórmulas, portanto objeto linguageiro essencialmente copiável e/ou repetível, portanto fenômenos muitos importantes de mimetismo (STRECK, 2014, p. 97).

A *ideosfera* mencionada por Streck diz respeito ao senso comum teórico dos juristas, que acaba determinando a adoção de certas perspectivas e formas de agir e de gerir os negócios jurídicos, a partir de fórmulas, conceitos e modelos, considerados como corretos ou universais, de forma acrítica. Essa interpretação, entretanto, não está restrita ao campo jurídico, uma vez que ocorre também em outras instâncias. Assim, como há aqueles que assimilam identidades e percepções laudatórias sobre si e sua conduta, há aqueles que, em situação social desfavorável, assimilam perspectivas e identidades negativas, de modo a ilustrar que “nossos sistemas penais reproduzem sua clientela por um processo de seleção e condicionamento criminalizante que se orienta por estereótipos proporcionados pelos meios de comunicação de massa”⁹ (ZAFFARONI, 1991, p. 133).

⁹ Os estereótipos são criados, divulgados e consumidos, até sua cristalização. Não apenas os indivíduos que se encontram em “[...] *posição ou estado de vulnerabilidade* [...] condicionada socialmente [...]” (ZAFFARONI, 1991, p. 270, grifo do autor) tem sua percepção sobre si mesmos afetada, mas também a sociedade como um todo, a qual aprende, ou condiciona-se a enxergar o “inimigo” naqueles que correspondem ao estereótipo definido. Exemplo recente deste condicionamento é dado pelos “álbuns de suspeitos” e pelo solipsismo dos tribunais, como no caso que segue: “O motoboy Cláudio Júnior Rodrigues de Oliveira, 24, tira selfies todos os dias quando acorda, ao chegar no trabalho e quando volta para casa em São Gonçalo, na Região Metropolitana do Rio. Apesar de parecer um hábito similar ao de qualquer jovem, é uma defesa: ele já foi acusado de roubo 14 vezes, todas elas após ser identificado por foto em álbuns de suspeitos em delegacias. A prática é alvo de críticas por reunir imagens de pessoas inocentes. No último dia 20, ele foi absolvido pela 13ª vez, porque, ao verem Oliveira pessoalmente, as vítimas não o apontaram como o autor dos crimes. Isso também ocorreu no único julgamento em que ele foi condenado, mas, ainda assim, a juíza o sentenciou a uma pena de prisão de 5 anos, que ele cumpriu. Durante a audiência, [em que foi sentenciado à prisão] a vítima garantiu que Oliveira não estava envolvido no crime. Até então, ela não o vira pessoalmente. A juíza Fernanda Magalhães, da 2ª Vara Criminal de Niterói, ignorou a nova informação. De acordo com a sentença judicial,

O senso comum desempenha importante papel nesta construção. A partir dele, determinadas opiniões ou intenções são postas à sociedade como universais e naturais. As ideologias nascem com o exercício do poder e, do ponto de nascimento dimanam, até onde o poder que as criou tem forças para se espalhar pela sociedade, embora, nem todo o indivíduo as absorva e exerça os papéis designados. Mas, aqueles que a absorvem têm sua visão de mundo limitada a um dualismo simplista da realidade social, que, no sistema penal, é apresentado como:

Os bons e os maus [...] [:] Assim, o policial, o juiz, o legislador, mesmo sendo frequentemente questionados em suas práticas pessoais e coletivas, geralmente são vistos como representantes da **ordem** e, portanto, do **bem**. E, em face destes **símbolos** da justiça, do direito e da consciência reta, os ‘delinquentes’ são vistos como pertencentes a uma espécie aparte, como anormais sociais que, afinal, deveriam ser facilmente identificáveis, já que não são seriam como os outros (HULSMAN, 2020, p. 72, grifo do autor).

O cotidiano – guiado por diversas forças – e aí se insere o poder midiático, habitualmente alimenta o estereótipo do mau, do errado. Quase como uma “espécie aparte” no contexto social, é apresentada em oposição ao “homem de bem¹⁰” – que não passa de outro estereótipo: uma abstração manipuladora de comportamentos sociais.

A distância que existe entre o viver cotidiano das pessoas e a dinâmica do sistema penal se mostra também através da função legiferante do Estado. Isso, porque, “é evidente que os políticos, que fazem as leis, agem

ela argumentou que o jovem ter sido reconhecido só por foto, mas não pessoalmente, não reduz a certeza de sua participação no roubo”. (GRUPO PRERRÔ, 2021).

¹⁰ O homem de bem se assemelha ao homem comum, proposto pelo Direito, o qual, para Hulsman “[...] não existe! Trata-se de uma cômoda abstração para legitimar o sistema existente e reforçar suas práticas” (HULSMAN, 2020, p. 71). São discursos legitimadores de uma determinada situação social, onde certas condutas são satanizadas, outras relativizadas e outras valorizadas, conservando assim, a realidade social em vigor. É também um discurso que pretende deslegitimar questionamentos e aqueles que não se orientam pelas determinações impostas pelo exercício do poder político e econômico.

no abstrato” (HULSMAN, 20, p. 94). Essa distância reforça as decisões do sistema penal como ato de poder político, ao invés de reforçá-las enquanto ato de poder jurídico e social. O Poder Legislativo, nesse sentido, desempenha importante papel no sistema penal, pois é o espaço “[...] onde são elaboradas as leis e suas respectivas penas, dando início à seleção do sistema penal [através da criação de estereótipos penais] de acordo com o que interessa aos que criam as leis ou aos interesses daqueles pelos quais buscam apoio político” (FAISTING; CORDAZZO, 2019).

Essa realidade se repete no âmbito Judiciário: “os juízes de carreira, tanto quanto os políticos, estão psicologicamente distantes dos homens que condenam, pois pertencem a uma camada social diversa daquela clientela normal dos tribunais repressivos” (HULSMAN, 20, p. 94). Nesse cenário, a realidade vivenciada pelos sujeitos sociais em suas vidas cotidianas é formatada mais pela “ideia que fazem” os políticos e o Poder Judiciário, acerca da realidade que pensam compreender. De mesmo modo, este distanciamento também se observa na ação das forças repressoras do sistema penal, as quais, mesmo que estejam imersas na realidade em questão, aí se posicionam assentados sobre as bases dadas pela ideologia e burocracia alienante dos órgãos que compõe o sistema penal.

Nesse conjunto, composto por diferentes agências e órgão do sistema penal, que vai desde a criação das leis, até “[...] os agentes de criminalização secundária (como policiais, juízes e agentes penitenciários) [...]” (FAISTING; CORDAZZO, 2019), e dominado por formas de pensar burocratizadas, aparentemente a legalidade basta àquela estrutura, não sendo questionada ostensivamente, por isso, a legitimidade dos procedimentos, decisões e resultados deste sistema.

4. A crise de legitimidade do Sistema Penal

O sistema penal possui uma racionalidade própria. Através desta, seus diferentes elementos constitutivos e seus diferentes âmbitos – do legislativo ao carcerário - constituem “[...] uma forma de sistema de pensamento que tem como uma de suas principais características a naturalização da estrutura normativa [...] e normaliza a punição” (FERNANDES, 2015, p. 117, 136). Assim, são racionalizadas as determinações legislativas que criminalizam as condutas, bem como as sanções, por vezes, sem levar em consideração a realidade sobre a qual incidirá. Nesse sentido, o teor das leis carrega consigo as marcas do poder que a modela - poder político - de maneira que, sua aplicabilidade “[...] a não ser por um acaso excepcional, [...] jamais funciona como querem os princípios que pretendem legitimá-lo” (HULSMAN, 2020, p. 38).

O distanciamento existente entre o poder legiferante (e do universo jurídico - seu aplicador na sociedade -) e a realidade das vivências sociais que pretende regular acentua a crise de legitimidade do sistema penal em vista de seu custo material e humano e seus índices de reincidência¹¹. Sua ineficiência, portanto, enfatiza o vazio em que caem as normas gestadas sem atenção à realidade social, de modo a enfatizar que “a legalidade não proporciona legitimidade, por ficar pendente de um vazio que só a ficção pode preencher” (ZAFFARONI, 1991, p. 29). Essa situação fica ainda mais evidente quando, além do testemunho da realidade prisional hodierna, ainda há a situação da reincidência, situação em que, “ao serem libertados, muitos presos voltam a cometer crimes” (IPEA, 2015, p. 89). Sem pretensão alguma de emitir uma sentença ou um juízo, o resultado final

¹¹ Conforme o IPEA, “as taxas de reincidência calculadas pelos estudos brasileiros variam muito em função do conceito de reincidência trabalhado. Os números, contudo, são sempre altos (as menores estimativas ficam em torno dos 30%) [sendo que] o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, por exemplo, divulgou em 2008 que a taxa de reincidência dos detentos em relação ao crime chegava a 70% ou 80% conforme a Unidade da Federação (UF)” (IPEA, 2015, p. 11, 12).

do sistema penal (segurança dos bens jurídicos, sensação de segurança social, recuperação do apenado, etc.) indica haver atingido o limite de sua pertinência social, ou o ápice de seu fracasso. No Brasil, conforme dados colhidos pela CPI do Sistema Carcerário (2009) “[...] enquanto se observa uma taxa de reincidência de 60% a 65% nos países do Primeiro Mundo, a taxa de recidiva penal no Brasil oscila de 70% a 85%” (BRASIL, 2009, p. 280).

Para o descompasso entre a intenção das leis penais e o resultado do sistema penal contribui, entre outros fatores, “[...] o fato de se ter uma falsa ideia da realidade das estruturas que se procura manejar [...]” (HULSMAN, 2020, p. 51). Essa “falsa ideia” não se restringe a nenhum segmento social. De forma geral, em diferentes gradações, os diferentes elementos que gravitam ao redor do sistema penal, sejam seus agentes, ou os por ele imputados como criminosos, ou ainda o “homem comum” – o qual é interpretado como “[...] obtuso, covarde e vingativo” (HULSMAN, 2020, p. 71) pensam o sistema penal e nele interferem dentro das possibilidades de seu poder, orientados pelo que pensam saber, ou por seus interesses de clã.

São as falas acerca da realidade, apontadas por Hulsman que permitem o nascimento de textos legais sem força para legitimar a realidade penal – embora tenha força para legalizá-la. Tampouco, poderá o legislador que age no abstrato – ou que age em atendimento a compromissos políticos ou econômicos, pretender que, sua atuação impregne de legitimidade as normas que nascem desconectadas aos anseios sociais, pois “a legitimidade não pode ser suprida pela legalidade” (ZAFFARONI, 1991, p. 19).

Nesse contexto, emerge de forma inequívoca a necessária e urgente tarefa de abrir o Direito Penal à contemporaneidade e às necessidades sociais que nascem junto às novas formas de relacionamentos entre as

peças e entre as peças e as coisas. Do sistema penal, portanto, se exige com voz cada vez mais clara, o cumprimento de suas atribuições¹²: “[...] a realização de todos os princípios garantidores do direito penal (legalidade, culpabilidade, humanidade e especialmente de igualdade) que é, em definitivo, uma ilusão, pois na sua operabilidade o sistema penal foi criado para violar a todos” (ANDRADE, apud SANTIN, 2010, p. 192). Se exigem novos entendimentos e maior eficácia acerca de direitos e garantias; o respeito ao redimensionamento do conteúdo humanista que se espera das normas abstratas; o caráter humano e ressocializador no ato de execução das normas e das penas, uma vez que a sociedade dá mostras de buscar processos mais humanizados em sua organização e relacionamento interpessoal.

5. Um diálogo necessário acerca do futuro do Sistema Penal

A pertinência de qualquer sistema ao meio em que exerce sua atuação não está imune à passagem do tempo. Por isso, há imperativo sempre presente aos sistemas: manterem-se atentos às transformações que nos meios nos quais agem, ocorrem. É necessário observar as mudanças de comportamentos, dos valores centrais e periféricos, dos anseios e necessidades, etc. O sistema penal e o jurídico, não são exceções.

Se por um lado há a necessidade de atenção àquelas transformações, por outro, há o desafio de “o que fazer” com aquilo que é observado. Costumeiramente, os sistemas dogmáticos se esforçam para enquadrar a mutante realidade aos seus dogmas ao invés de buscar atualizar suas perspectivas, para assim, manter-se atual e pertinente ao mundo social em que labora e, desse modo, estabelecer um diálogo entre a realidade social

¹² Zaffaroni (1991, p. 29) menciona a esse respeito, que “além de o exercício de poder do sistema penal não respeitar, nem poder respeitar a legalidade, na operacionalidade social de nossos sistemas penais, a legalidade é violada de forma aberta e extrema, pelo altíssimo número de fatos violentos e de corrupção praticados pelos próprios órgãos do sistema penal.”

e o sistema em questão. Mas, como trazer ao diálogo aqueles afeitos aos dogmas? Aí está um desafio considerável não apenas ao Direito ou ao sistema penal, mas a todas as sistematizações e organizações sociais. Isto, porque, o pensamento dogmático não admite contrariedades, assim como aqueles que possuem posições conservadoras não admitem *o ato de pensar ou fazer diferente*, sobretudo, quando questionados.

Mas, o diálogo deve existir. Deve ser sempre buscado e sempre vivenciado. Deve existir diálogo entre o que existe de fato no presente e as utopias que são projetadas para o futuro; entre as certezas das sistematizações fechadas em si mesmas e as dúvidas que são posta às claras por aqueles que professam sistemas abertos. Hulsman (2020, p. 50) enfatiza essa condição alertando que, “se nos fecharmos em nossos sistemas, nas verdades que acreditamos possuir, passaremos ao largo da vida e nos será inteiramente impossível exercer qualquer influência sobre o quer que queiramos fazer evoluir”. Essa assertiva, originalmente dirigida aos indivíduos, em nada perde seu impacto e sua verdade, se aplicada às instituições ou sistemas. Os sistemas - e isso inclui o jurídico e o penal - não podem pretender-se concluídos, como se tivessem alcançado a perfeição. Tampouco, seus operadores o podem percebê-lo como uma obra concluída e - por estar concluída - fechada ao debate e blindada contra as críticas.

É evidente que, quando se propõe o estabelecimento de relações dialógicas aos sistemas outrora fechados, ou que pretendem manter-se encastelados, há espaço para as modificações, alterações de trajetórias ou de condutas. Mas isso não corresponde, necessariamente, à criação de inseguranças. Quando se tratam de temas ligados ao universo jurídico, a insegurança está em se afastar de textos constitucionais, o que não virá a ocorrer pela abertura ao debate dos temas ligados aos sistemas penais e ao Direito. Por isso, não há que se falar em “insegurança jurídica” quando

se propõe a abertura ao diálogo do sistema penal e jurídico, pois “pretender que a ‘segurança jurídica’ seja provida pela competência legislativa de ‘inventar o mundo’, que lhe garante ‘certeza’, é confundir a segurança jurídica com o bonapartismo ou a ‘segurança’ do acatamento da vontade vertical das ditaduras [...]” (ZAFFARONI, 1991, p. 192). Como o poder legislativo, via de regra, cria as normas no abstrato, assumem a condição de desafios contemporâneos a constituição de novas formas de inserir de modo pertinente na realidade social, os aparelho que nascem de atos políticos, pois “procurar a ‘segurança’ mediante a construção de um mundo em que tudo esteja ‘pronto’ e em que a evolução esteja estagnada significa procurar a segurança em um ‘não mundo’ (negação do mundo), que é a máxima insegurança possível” (ZAFFARONI, 1991, p. 194). O âmbito político, no qual nascem as leis, deve ser o espaço consagrado ao diálogo, ao debate. E, o sistema penal, sendo fruto de um esperado (mas nem sempre concretizado) diálogo, não pode ser retirado desta arena.

O Direito e o sistema penal, não podem pretender-se obras concluídas. Afinal, “todas as coisas estão em devir, tudo se move, tudo se movimenta. As coisas se engendram e surgem. Elas morrem e desaparecem. Ir e vir, aparecer e desaparecer, nascer e morrer. O mundo está em movimento, o universo está em perpétuo Devir¹³” (LIMA, 2015, p. 159). Assim é com a realidade social vivida pelas pessoas. Tudo é processo e, enquanto processo, todas as construções culturais são dinâmicas. Não há porque outorgar às construções de uma sociedade – construções teóricas como o Direito – um caráter estacionário, mesmo quando suas elaborações teóricas assumem a condição de tradição ou dogma, ou

¹³ *Devir* expressa a *síntese*. É uma conciliação. É algo que se concretiza quando a tese e antítese se harmonizam, quando ambas são destituídas de seus falsos pressupostos, até sobrares apenas os aspectos verdadeiros de suas assertivas. Em outros termos, “devir – o tema central de Heráclito –, um conceito pré-jacente na linguagem e na História, é o conceito que serve para a função de síntese entre Ser e Nada. No Devir, ambos estão conciliados” (LIMA, 2015, p. 159).

pretender atribuir-lhes uma durabilidade maior que aquela que realmente possuem. Sem este diálogo, “[...] o discurso jurídico penal tradicional e a consequente legitimidade do sistema penal tornaram-se ‘utópicas’ e ‘atemporais’: não se realizaram em lugar algum e em tempo algum” (ZAFFARONI, 1991, p. 19), ocupados mais em justificar e prover sua sobrevivência e de seus agentes do que ouvir e atender as necessidades da sociedade.

6. Um futuro que tem pressa de chegar

A palavra que marca a contemporaneidade do sistema penal pátrio é *ineficiência*. Em outros termos, este sistema, por diversas razões, não consegue cumprir as atribuições que lhe são postas, ou às que se propôs. É nesse sentido que Santin (2010, p. 190) assevera que:

O Código Penal e de Processo Penal já não se mostram eficientes no combate da criminalidade e na manutenção da ordem social. Há uma grande burocracia, morosidade e ineficiência para lidar com crimes pequenos e interpessoais, para o qual grande parte dos tipos penais previstos no Código Penal foram destinados, e uma enorme dificuldade processual em identificar, repreender, combater e punir a criminalidade organizada, o narcotráfico e todos os crimes dele decorrentes e o crime de colarinho branco (SANTIN, 2010, pg. 190).

Essa realidade é construída a partir de diferentes fatores. Há uma “cultura dogmática” que contribuiu para que tal sistema, mesmo contando com um corpo vigoroso, não tenha forças (ou vontade) em promover a alteração desta realidade. Zaffaroni (1991, p. 142) a esse respeito, indica que as agências deste sistema recusam “[...] os lampejos de consciência sobre a limitação do seu poder, em razão do sofrimento que lhe provocam [...]; não lhe resta outro recurso senão evitar conflitos com outras agências para preservar sua identidade”. Deve-se presumir, portanto, que o esforço

do sistema penal também é direcionado à sua própria sobrevivência. É um jogo de poder interno¹⁴ do sistema penal.

Outro fator é a forma de execução do poder do sistema penal. A forma comprometeu a esperança que a sociedade depositou no *altar de Panacea*, na busca pela solução dos conflitos interpessoais e a proteção dos bens jurídicos tutelados, pois não reduziu a criminalidade, nem preservou os bens jurídicos tutelados, nem mesmo aqueles considerados indisponíveis. A esse respeito:

Além de o exercício de poder do sistema penal não respeitar, nem poder respeitar a legalidade, na operacionalidade social de nossos sistemas penais, a legalidade é violada de forma aberta e extrema pelo altíssimo número de fatos violentos e de corrupção praticados pelos próprios órgãos do sistema penal (ZAFFARONI, 1991, p. 29).

Nesse contexto, à crise de legitimidade que atinge o sistema penal, se soma uma crise de legalidade – até então, o seu mais representativo apoio. Isso se constata ao serem observadas não apenas as condições nas quais os encarcerados são submetidos nos estabelecimentos estatais, mas também, pela forma como ocorrem inúmeras abordagens policiais ou confrontos armados nas ruas, bem como são conduzidos os processos ao longo da *esteira-rolante* que leva da delegacia à prisão. Por isso:

[...] Ao se estudarem profundamente os pilares do sistema penal moderno, conclui-se que este apresenta não apenas um profundo déficit histórico de cumprimento das promessas oficialmente declaradas pelo seu discurso oficial – a segurança jurídica (do qual resulta sua grave crise de legitimidade), como também o cumprimento de funções latentes inversas às declaradas, – a

¹⁴ Zaffaroni (1991, p. 142) detalha que, neste jogo de poder, “[...] o operador da agência judicial percebe a si mesmo em função de seu cargo e hierarquia e constrói uma identidade assentada sobre essas bases. [...]”, e em jogo, então o seu “[...] narcisismo, sua onipotência e sua autoestima”.

seletividade, apresentando, portanto, eficácia instrumental inversa à prometida. (ANDRADE, apud SANTIN, 2010, p. 192).

Zaffaroni na obra *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal* (1999) cita o sistema penal marcado por violências e pela corrupção; Santin no artigo *A crise de legitimidade do sistema penal e o papel dos juizados especiais criminais* (2010) cita a crise de legitimidade deste sistema e sua seletividade dos indivíduos de que se ocupa (pessoas que correspondem ao estereótipo criado pelas leis e pelo senso comum) e que são reforçadas pela atuação das agências penais e judiciais . Esses apontamentos além de oferecerem bases para a perspectiva da deslegitimação do sistema, também sustenta a perspectiva de sua crise de legalidade, uma vez que atua de forma inversa à forma pretendida pelo próprio sistema. Assim, a aceitação de sua ineficácia como está posta hoje e, por conseguinte, a aceitação da necessidade de ser colocado em debate, junto com o próprio Direito e os poderes políticos criadores e executores de lei, deve ser uma questão inquebrantável, ampla e duradoura.

7. O que há de novo no presente do Sistema Penal

O sistema penal é uma longa cadeia de “lugares e momentos”. Nessa esteira, diferentes procedimentos são realizados por diferentes agentes, cada um de forma independente, os quais “fazem a sua parte” e passam adiante o indivíduo com a questão que o colocou na esteira. Por fim, um “produto” é oferecido à apreciação da justiça: o sujeito e a parte de sua história que interessa à justiça - o seu ato delitivo.

Se encarcerado, a esteira pode se prologar até o dia-a-dia do cárcere, ou ainda, por toda a vida do indivíduo e de seu círculo social original (família, por exemplo) de acordo com a eficiência do sistema em promover a ressocialização do recluso ou de sua própria capacidade de resistência

em relação às investidas dos poderes paralelos que vigem no ambiente carcerário e que podem vir a acompanhá-lo (ou persegui-lo) depois de conquistada a liberdade. Essa longa cadeia oferece inúmeros debates, entre os quais, se destaca a “[...] crescente necessidade de um questionamento investigativo, por parte da sociedade como um todo e, especialmente, do Poder Público, a respeito das causas da criminalidade e não somente da infração cometida [...]” (DUARTE, SANTOS, OLIVEIRA, 2017). Estes debates, sob uma perspectiva sociológica, deverão pôr em evidência não apenas a “agressão” a que alude o texto legal, mas também aos atores envolvidos em um conflito no qual restou atingida não apenas a lei, mas as pessoas que são, portanto, as verdadeiras vítimas dos conflitos. Afinal, o direito deve servir às pessoas, e não o contrário.

A perspectiva de que o Direito deve servir às pessoas exige considerar que, na sociedade e, em especial nos conflitos interpessoais, “cada homem, em suas relações sociais, é apenas um polo, uma parte. Para entender este primeiro homem, é preciso vê-lo em sua relação de oposição para com o outro homem [...]” (LIMA, 2015, p. 41). Desse modo, a vida em sociedade é uma teia de relações, de modo que a realidade apenas é alcançada quando é compreendida a teia de relações em que se insere o indivíduo (sendo que nem todas as relações são evidentes ou claras). Mas, esta percepção é apenas metade da equação. É preciso também considerar que nem sempre estas relações são construídas horizontalmente (sem imposições ou explorações). Por isso, considera-se que onde houver pessoas se relacionando, as trocas entre elas devem ser equilibradas, sob pena de desequilibrar os indivíduos e suas ações, de diferentes formas: patrimoniais, emocionais, psíquicas, etc.

Esses desequilíbrios no âmbito das relações interpessoais é uma das fontes do ato delitivo. Portanto, investigar as causas da criminalidade, é investigar as bases sobre as quais a sociedade contemporânea se assenta,

assim como os seus valores explícitos e implícitos, sua base econômica e, finalmente, investigar se o Estado age “[...] como promotor da justiça social, criando políticas públicas que promovam uma distribuição de renda igualitária apta a prover as necessidades básicas do sujeito de direito [...]” (DUARTE, SANTOS, OLIVEIRA, 2017).

O grau de efetividade das políticas públicas e da efetividade dos direitos fundamentais em uma sociedade implica diretamente no grau de autonomia (fatores de vulnerabilidade de Zaffaroni)¹⁵ que os indivíduos possuem na condução de suas atitudes, aproximando-o, ou afastando-o da possibilidade de infringir a lei e ferir direitos e garantias previstos na lei. Isso, porque, o rol de escolhas possíveis ao sujeito social amplia-se ou restringe-se em virtude do atendimento das necessidades básicas dos sujeitos de direito. É importante sopesar que, “[...] o mundo atual nega liberdades elementares a um grande número de pessoas – talvez até mesma à maioria” (SEN, 2010, p. 17), ao subtrair o direito de escolha dos sujeitos sobre as situações que enfrentará ao longo da vida, dos locais que frequentará, da educação que receberá, do emprego que obterá, etc. Nessa condição:

[...] A ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo satisfatório, [...] a carência de serviços públicos e assistência social, [...] assistência médica e educação. Em

¹⁵ Relacionamos o grau de autonomia dos indivíduos, na condução de suas ações, as quais podem ser conforme à lei, ou contra a lei, como o princípio da vulnerabilidade, explicitado nos termos de Zaffaroni: “O nível de vulnerabilidade é fornecido pela proporção do risco de seleção, que corresponde ao à situação de vulnerabilidade em que se colocou o sujeito. [...] Esta situação de vulnerabilidade é produzida pelos fatores de vulnerabilidade, que podem ser classificados em dois grandes grupos: posição ou estado de vulnerabilidade e o esforço pessoal para a vulnerabilidade. A posição ou estado de vulnerabilidade é predominantemente social (condicionada socialmente) e consiste no grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria, etc. [...] O esforço pessoal para a vulnerabilidade é predominantemente individual, consistindo no grau de perigo ou risco em eu a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular” (ZAFFARONI, 1991, p. 270, grifo do autor).

outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade (SEN, 2010, p. 17).

A liberdade (ou a falta de liberdade) para se fazer uso de bens e serviços essenciais e garantidos, é uma condição primordial para a compreensão da criminalidade. Inclusive, há situações em que a liberdade de escolha não existe porque não há escolhas a serem feitas. Às condições sociológicas impostas pela realidade social cabe, também, uma busca pelo entendimento do conflito de forma mais ampla. Assim, revela-se o grau de vulnerabilidade dos sujeitos, bem como a distância que estão do ato delitivo para o atendimento de suas necessidades de sobrevivência ou de inserção social.

7.1 Um novo paradigma de Justiça Penal

À justiça retributiva ou justiça repressiva, diversos mecanismos são contemporaneamente teorizados e praticados, como alternativas. Percepções mais amplas acerca da relação existente entre Direito e sociedade traduziram-se em diferentes formas de busca pela solução de conflitos, penalizar os agentes violadores dos bens jurídicos e evidenciar a reprovação social sobre tais violações. Essas novas propostas, contudo, vão além: há uma busca pela compreensão do fenômeno delitivo; uma intenção de compreender o ser humano que delinque, dentro da teia de relações sociais em que vive, sem extirpá-lo de sua própria realidade, para inseri-lo no âmbito artificial do Sistema Judiciário. Se por um lado, busca-se penalizar quem precisa ser penalizado, por outro, há a intenção de fazê-lo sem violar direitos ou apor violências institucionais. Veja-se, brevemente, algumas destas alternativas:

A Justiça Restaurativa: possui raízes “[...] profundas [...] de natureza antropológica, cultural, conforme as práticas indígenas, as tradições de diversas religiões [...]” (ESCOLA NACIONAL DE MAGISTRADURA, 2015, p. 10). Essa metodologia valoriza o diálogo como um dos seus eixos principais. Resgata as relações dialógicas que predominavam nas sociedades tradicionais¹⁶, onde a ausência da escrita tornava a palavra portadora de grande poder decisório, pois a palavra não era monopolizada e, sim, partilhada entre os envolvidos e com a comunidade. Afinal, não há conflito que tenha suas consequências limitadas à pessoa do agressor e do agredido. Essa forma de promoção da justiça procura efetivar uma maior eficiência do sistema, com o menor custo material e humano.

O rol de exemplos de sistemas e métodos de atuação ao sistema penal e judicial, hoje, que coexistem com a justiça restaurativa, já é expressivo, e não há razão para intuir que não seja, no futuro, ampliado. Afinal, é ininterrupta a pertinência do atendimento, em todos os setores da vida social, das necessidades “[...] reveladas pelas mudanças civilizatórias em curso neste terceiro milênio” (COSTA; BRANCHER, 2015 p. 5), necessidades estas que versam sobre as condições de vida dos indivíduos e das coletividades, do acesso a bens, recursos e serviços, das formas como os indivíduos se relacionam entre si e com o meio, etc.

Ao lado da Justiça Restaurativa, há a Justiça Multiportas, que, atribuindo aos operadores do direito uma função de “[...] um designer e construa concretamente a melhor forma, a mais adequada, a mais eficiente para solucionar a controvérsia instalada entre as partes” (CUNHA, 2020, p. 141). Esta tarefa se concretiza através da utilização dos meios mais adequados para a resolução de conflitos (Conciliação, Mediação,

¹⁶ Para a consecução deste novo paradigma, entre as tarefas urgentes, está a necessidade de desmistificar “[...] a ideia de uma pretensa superioridade das sociedades industriais sobre as sociais tradicionais [...]” (HULSMAN, 2020, p. 53), aproximando o conflito da realidade dos implicados, inclusive, optando-se por outros meios de resolução que não a Justiça Estatal.

Arbitragem); o Direito Sistêmico¹⁷ e as Constelações Familiares¹⁸; e por fim, as Penas Alternativas à reclusão, as quais visam evitar as violências que o cárcere impõe ao apenado (violências físicas, materiais, psicossociais, emocionais, etc). Todas essas elaborações teóricas buscam oferecer uma resposta concreta aos desafios que a justiça retributiva não conseguiu resolver. Assim, a humanização do sistema penal, a restauração do lugar da vítima e de seus interesses violados, a busca pela diminuição da violência do sistema penal e prisional, são elementos comuns a estes diferentes meios de atuação que os operadores do direito têm à sua disposição.

Considerações finais

O sistema penal enfrenta uma profunda crise. Apesar de o caráter mais evidente desta crise ser acerca de sua legitimidade – uma vez que este sistema não consegue cumprir as metas impostas à ele pela sociedade, ou as metas que o próprio sistema chamou para si, há também uma profunda crise de legalidade. Isso decorre das violações aos direitos mais básicos garantidos constitucionalmente e, também, pelas leis infraconstitucionais, aos sujeitos que ingressam na “esteira” do sistema penal.

Essa é uma realidade que, apesar dos elevados custos humanos e materiais, não tem provocado rupturas decisivas no sistema penal, ou mesmo no Direito Penal. Tampouco, tem despertado a opinião pública para o debate destas questões. Ainda vigoram, de forma hegemônica os

¹⁷ O direito sistêmico, não é um ramo do Direito, mas sim, uma postura, na qual diferentes áreas do conhecimento são mobilizadas para resolver os conflitos interpessoais, não de forma beligerante, mas sim, de forma dialogada, humanizada e empática, buscando edificar uma solução autocompositiva. A postura sistêmica na área do Direito fundamenta-se em conhecimentos “[...] sobre as relações humanas [...] [que ofereçam] um atendimento humanizado e que vise à solução sustentável do conflito, tais como a comunicação não-violenta, os movimentos essenciais, a programação neurolinguística, dentre outras” (ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SANTA CATARINA, s.d., p. 10).

¹⁸ As Constelações Familiares não são institutos jurídicos, mas sim “[...] um caminho complementar à prática tradicional do Direito [...]” (IPÊ ROXO (b) , s.d., p. 6). Este caminho suplementar busca converter a prática jurídica em um espaço de acolhimento e diálogo, com a finalidade de promover a conciliação entre as partes.

padrões dogmáticos de justiça e de execução da justiça; ainda vigora a justiça repressiva e a cultura do encarceramento, mesmo frente o esvaziamento destes discursos pela realidade social que se apresenta. Entretanto, apensar de hegemônicos, estes padrões e estes modelos, não figuram mais no cenário jurídico de modo unânime. A contemporaneidade conta com novos modelos de percepção da justiça e novas propostas de execução à esta justiça. É um processo que, paulatinamente, tem oferecido novas bases para a justiça, ao tentar oferecer soluções para os velhos problemas da justiça repressiva e respostas às velhas questões acerca da criminalidade, reincidência e proteção aos bens jurídicos importantes da sociedade – os quais não são invalidados na vida daqueles que cometem atos delitivos.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 14 de jun. de 2021.

BRASIL. **Lei de Execução Penal** (Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 14 de jun. de 2021.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-cpi-sistema-carcerario.pdf>Acesso em: 1 jun. 2021.

COSTA, João Ricardo; BRANCHER, Leoberto. In: ESCOLA NACIONAL DE MAGISTRADURA. **Justiça restaurativa do Brasil** – a paz pede a palavra. 2015. Disponível em: <https://www.amb.com.br/jr/docs/cartilha.pdf>. Acesso em: 09 de jun. de 2021.

COSTA, Eder Dion de Paula. Considerações sobre o sistema jurídico. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, v. 37, n. 0, p.

79-93, (2002). Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1772/1469>. Acesso em 02 de jun. de 2021.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. In: **Revista ANNEP de Direito Processual**. vol 1, n. 1 (jan. – jun.), p. 140-162. 2020. Disponível em: <https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/view/33/pdf>. Acesso em 04 de jun. de 2021.

DUARTE, Hugo Garcez; SANTOS, Edná Cristina dos; OLIVEIRA, Amanda Roberto. **O sistema penal e os direitos**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61543/o-sistema-penal-e-os-direitos>. Acesso em 04 de jun. de 2021.

ESCOLA NACIONAL DE MAGISTRATURA (ENM). **Justiça restaurativa do Brasil** – a paz pede a palavra. 2015. Disponível em: <https://www.amb.com.br/jr/docs/cartilha.pdf>. Acesso em: 09 de jun. de 2021.

FAISTING, Felipe; CORDAZZO, Karine. Seletividade penal: uma história de discriminação. In: **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça**. Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Dourados, v. 8, (2019). Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/4126/3182>. Acesso em 31 de maio de 2021.

FERNANDES, Daniel Fonseca. Racionalidade penal moderna e o mito da modernidade. In: **XVI Revista do CEPEJ XVI Revista do CEPEJ** (Centro de Estudos e Pesquisas jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador. n 16, p. 117-139, 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/22333>. Acesso em 1 de jun. de 2021.

GRUPO PRERRÔ: Grupo Prerrogativas. **14 vezes acusado de roubo com base em foto, jovem consegue 13ª absolvição**. Publicado em 30/05/2021 (publicado originalmente no UOL). Disponível em: <https://www.prerro.com.br/14-vezes-acusado-de-roubo-com-base-em-foto-jovem-consegue-13a-absolvicao/>. Acesso em 04 de jun. de 2021.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 3ª ed. – Belo Horizonte, São Paulo, D' Plácido, 2020.

INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS APLICADAS (IPEA). **Reincidência Criminal no Brasil**: relatório. 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf>. Acesso em 1 de jun. de 2021.

IPÊ ROXO INSTITUTO. **Constelações e as leis sistêmicas familiares**: Um guia completo para se aprofundar nos ensinamentos de Bert Hellinger. s.d. Disponível em: https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms%2Ffiles%2F119336%2F1617979210V3_-_Ebook_Constelacoes_Familiares.pdf. Acesso em 10 de jun. de 2021.

IPÊ ROXO INSTITUTO (b). **Direito Sistêmico**: tudo para começar uma transformação no olhar jurídico. s.d. Disponível em: <https://constelacaofamiliar.iperox.com/direito-sistemico>. Acesso em 10 de jun. de 2021.

LIMA, Carlos R. V. Cirne. **Dialética para principiantes**. 6 ed. Porto Alegre Escritos, 2015.

LUZ, Fábio Henrique Cordeiro; Affonso, Lucas Brandão; ZAGANELLI, Margareth Vetis. Penas alternativas: um estudo comparado entre Brasil e Alemanha. In: **Revista jurídica Derecho y cambio social**. Círculo de Estudos Filosóficos UNIDAD, Lima – Peru. n 61, jul-set, 2020. Disponível em: https://www.derechocambiosocial.com/revistao61/Penas_alternativas.pdf. Acesso em 10 de jun. de 2021.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 42 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ORDEM DOS ADVOGADOS DE SANTA CATARINA. **Cartilha de Direito Sistêmico**. s.d. Disponível em: <https://oabms.org.br/wp-content/uploads/2020/02/cartilha-ebook-1.pdf>. Acesso em 10 de jun. de 2021.

SANTIN, Janaína Rigo. A crise de legitimidade do sistema penal e o papel dos juizados especiais criminais. In: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba. v. 52, p. 189-202, (2010). Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/30703/19819>. Acesso em 03 de jun. de 2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. – São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SOUZA, Kelly Ribeiro Felix de. O sistema penal como instrumento de controle social: o papel da pena privativa de liberdade. In: **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 1, n. 2. p. 164-180, Jul/Dez. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/38/pdf>. Acesso em 26 de maio de 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. – Porto Alegre: livraria do Advogado Editora, 2014.

ZAFFARONI. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro; Revan, 1991, 5ª edição.

Legalidade, aplicabilidade e eficácia da medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade ¹

*Leonardo Luis Canton²
Dhieimy Quelem Waltrich³*

Introdução

A ideia deste trabalho surgiu em meados de 2016, quando o autor – exercendo a função de Conselheiro Tutelar em uma cidade do interior do Rio Grande do Sul – avistou um adolescente pintando a parede de um espaço público, pois havia cometido um ato infracional e a medida socioeducativa que lhe fora determinada foi a prestação de serviço à comunidade (PSC), como forma pedagógica para seu crescimento como indivíduo.

Nesse contexto, passou-se a observar a importância das pesquisas e dos estudos que abordem o tema da prestação de serviço à comunidade como medida socioeducativa no século XXI. Em especial, parte-se do quadro de violência urbana que envolve diariamente crianças e adolescentes, criminalizando-os em um cenário complexo, tendo em vista a legislação de proteção a esse segmento populacional e a forma com que é aplicada no cotidiano desses sujeitos.

O tema “legalidade, aplicabilidade e eficácia da medida socioeducativa prestação de serviço à comunidade” foi delimitado em razão da necessidade de abranger todos os pontos que podem ser abordados

¹ Artigo científico produzido para o trabalho de conclusão de curso, na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, no ano de 2021.1.

² Aluno do curso de Direito da Faculdade de Passo Fundo. E-mail leocanton@gmail.com

³ Professora da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail dhieimy@upf.br

quando se trata de uma medida de proteção. A legalidade, trata de sua trajetória e a positivação como uma medida importante no ordenamento jurídico, a aplicabilidade promove o estudo de como a PSC conseguiu espaço nas medidas socioeducativas e como é sua aplicação na prática, enquanto a eficácia surge para trazer à tona as falhas que podem surgir em caso de aplicação irregular da medida pelo Poder Judiciário.

A principal questão que surge diz respeito à importância da PSC na reeducação dos adolescentes no Brasil e qual é a necessidade de alocar um adolescente de um serviço para o qual não possui habilidades laborais ou intelectuais para outro serviço que comporte as habilidades do adolescente, com o intuito de evitar a frustração do serviço não realizado.

Os objetivos centrais do presente trabalho são, primordialmente, delimitar conceitos atinentes ao tema tratado, para, em seguida, demonstrar a necessidade de um plano individual de acompanhamento, a ser tratado e orientado juntamente à PSC, garantindo sua melhor eficácia e aplicabilidade.

Justifica-se a escolha do tema em razão da sua significativa relevância nos direitos das crianças e adolescentes no Brasil, estando a prestação de serviço à comunidade elencada no artigo 117 do Estatuto da Criança e do Adolescente e possibilitando reeducação plena dos participantes em caso de aplicação adequada.

Nesse contexto, questiona-se a operacionalização da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, por meio da análise acerca do início dos direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil, com a delimitação dos acontecimentos atinentes à proteção dos menores ocorridos entre 1824 e 1964, até hodiernamente.

No segundo tópico, delimitam-se os conceitos de proteção e socioeducação em meio aberto, as medidas protetivas em geral, o ato infracional e a sua configuração, e, por fim, o significado de cada

modalidade de medida socioeducativa em meio aberto, quais sejam, advertência, obrigação de reparar o dano, liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade.

No terceiro e último tópico do trabalho, expõe-se o estudo realizado sobre o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), que estrutura a forma de implementação e execução das medidas socioeducativas no âmbito municipal, com o objetivo de efetivar o disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Constituição Federal. Em seguida, será analisada a aplicação da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade cumulativamente a um plano de acompanhamento individual que abranja a inclusão de programas de apoio e promoção da família, promovendo mudanças estruturais significativas na aplicação da medida. Ao fim, demonstra-se a possibilidade e a necessidade de implementação de um acompanhamento individual aquém da PSC, que abranja a família, o meio social e o adolescente, em um único tratamento de reeducação.

1 A gênese dos direitos das crianças e dos adolescentes no Brasil

Inicialmente, para que se possa analisar de forma crítica a legalidade, a aplicabilidade e a eficácia da prestação de serviço à comunidade como medida socioeducativa, se faz necessário analisar a evolução histórica do direito das crianças e dos adolescentes brasileiros. Ao longo do tempo, essas pessoas em desenvolvimento deixaram de ser objetos de simples proteção e passaram a ser sujeitos de direitos, graças ao surgimento da doutrina da proteção integral. Os avanços foram possíveis devido aos esforços desempenhados pela sociedade brasileira, angariando erros e acertos, sempre com a intenção de aprimorar as garantias para aqueles que merecem toda a atenção.

As medidas de proteção às crianças e aos adolescentes são relativamente recentes na história do ordenamento jurídico mundial, pois foi somente na metade do século XX que as crianças e os adolescentes passaram a ser considerados titulares de direitos. Em âmbito nacional, além das medidas de proteção, apresentarem-se como uma novidade, deve-se acrescentar, as características peculiares da história brasileira, como mencionado por Maíra Zapater, “de passado colonial, experiência escravista legalmente encerrada há pouco mais de um século e de pouca tradição democrática, o que inclui períodos autoritários” (ZAPATER, 2019, p. 30).

O Brasil somente se torna um Estado soberano 324 anos depois do início da sua história de fato: o marco zero da história jurídico-política brasileira deu-se no ano de 1824, com a Constituição do Império. A partir de então, foram 67 anos de uma ordem político-jurídica monárquica (e, portanto, não democrática), que perdurou até ser instaurada a primeira República, por meio de um golpe militar no ano de 1889 (ZAPATER, 2019, p. 31).

No ano de 1500, portugueses avistaram pela primeira vez a Ilha de Vera Cruz – primeiro nome do que conhecemos hoje como Brasil –, porém, somente após 391 anos, ou seja, no ano de 1891, foi outorgada a Constituição da República, o primeiro documento político a reconhecer que todos são iguais perante a lei (ZAPATER, 2019, p. 31).

No Brasil-colônia, a figura do pai como autoridade lhe assegurava o direito de castigar o filho como forma de educá-lo e essa atitude não era considerada ilícita, ou seja, o genitor possuía o poder de desferir lesões de todos os graus, ou até mesmo a morte, tendo preservada a integridade da figura do pai em frente a justiça brasileira (AMIN, 2019, p. 51).

Somente após 446 anos da “descoberta” do Brasil, ou seja, no ano de 1946, houve a promulgação da primeira Constituição Federal em um

contexto minimamente democrático e não autoritário. Porém, no ano de 1964, a democracia no Brasil foi sequestrada pelo golpe militar liderado pelas Forças Armadas, perdurando por 21 anos, até o ano de 1985 (ZAPATER, 2019, p. 32). Em resumo, observa-se que, nos 521 anos de existência da *Terra Brasilis*, contabilizam-se apenas 50 anos – não consecutivos – de experiência democrática, refletidos nas legislações ainda vigentes e produzindo efeitos pelos atores do sistema de justiça.

Atualmente, no Brasil, a definição de criança e adolescente encontra-se no artigo 2º da Lei nº 8.069 de 1990: “criança é a pessoa que possui idade inferior a 12 anos completos e os adolescentes se enquadram na faixa etária entre 12 e 18 anos de idade”. O parágrafo único do mesmo artigo destaca que, “nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre 18 e 21 anos de idade”. No sistema internacional, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 aponta que “criança é todo ser humano menor de 18 anos”.⁴

Nesse contexto, faz-se necessária a análise da história recente do Brasil para compreender a natureza punitiva e coercitiva atribuída pelo Código Penal, pelo Código de Processo Penal e, conseqüentemente, às medidas socioeducativas elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, que perfazem o ordenamento jurídico atual.

1.1 Das medidas de “proteção ao menor”: do império à ditadura militar

A primeira constituição brasileira foi a chamada Constituição Imperial de 1824 (ZAPATER, 2019, p. 34). Por obviedade, seu texto não era democrático, mas monárquico, como constatado no seu artigo 99, afirmando textualmente que “A Pessoa do Imperador é inviolável, e

⁴ O Brasil é signatário de vários tratados e convenções, sejam elas das Diretrizes de Riad (1990); Pacto de São José da Costa Rica (1962); Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966); Declaração dos Direitos da Criança (1959); Declaração Mundial sobre a sobrevivência, a proteção e o desenvolvimento das crianças nos anos 90 (1990); Declaração do Panamá (2000) e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990).

Sagrada: Ele não está sujeito a responsabilidade alguma”, ou seja, aquele que exercia o poder não estava submetido à lei.

No período imperial, o Brasil adotava a mão de obra escrava e a população escravizada representava uma parcela importante em termos de população, contudo, causa indignação às pessoas simpáticas à democracia que os escravos não fossem considerados juridicamente pessoas, logo, não tinham direito sobre o próprio corpo ou qualquer liberdade civil. Como refere a professora Maíra Zapater acerca da classificação dos portadores de direitos,

Havia categorias de privilegiados, a exemplo daqueles cuja renda anual superior a duzentos mil réis garantia o acesso ao voto, e outros como escravos, mulheres e crianças aos quais não havia qualquer tipo de reconhecimento como pessoa ou titularidade de direitos (2019, p. 35).

Na primeira Constituição brasileira, havia referências acerca de crianças e adolescentes somente nos artigos 121 e 122, ambos delimitados na figura do Imperador. O artigo 121 determinava que o Imperador era considerado menor até a idade de dezoito anos completos, enquanto o artigo 122 versava sobre a governança do Império durante sua menoridade, a qual seria exercida por um parente próximo do Imperador. Nesse período histórico, crianças eram consideradas adultos em miniatura (SPOSATO, 2011, p. 60) e a única referência normativa aos “menores” dizia respeito à responsabilidade penal: o Código Criminal do Império adotava o critério do discernimento – conceito que jamais foi definido de maneira válida e uniforme (SPOSATO, 2011, p. 61) –, estabelecendo que menores de 14 anos poderiam ser julgados como criminosos se demonstrassem discernimento, ou seja, se o magistrado julgasse subjetivamente, sem amparo em nenhum critério legal, que o indivíduo com menos de 14 anos de idade tivesse agido com discernimento de sua

conduta, poderia condená-lo como adulto, com a possibilidade de atenuação das penas em virtude de sua tenra idade.

Adiante, no fim do século XIX, surgiram na cidade de São Paulo, institutos privados de recolhimento de menores, tais como o Lyceo do Sagrado Coração de Jesus, o Abrigo de Santa Maria e o Instituto Dona Ana Rosa. Nesse contexto, “[...] o Instituto Disciplinar destinar-se-ia não só a todos os criminosos menores de 21 anos, como também aos ‘pequenos mendigos, vadios, viciosos, abandonados, maiores de nove e menores de 14 anos’ que lá deviam ficar até completarem 21 anos (SANTOS, 1999, p. 222-224).

A Igreja Católica e as instituições filantrópicas desenvolviam extenso serviço assistencial às famílias que eram desprovidas social e economicamente, não havendo registros até o início do século XX relativo à intervenção do Estado brasileiro a fim de desenvolver políticas públicas para a sua população. “As populações economicamente carentes eram entregues aos cuidados da Igreja Católica através de algumas instituições, entre elas as Santas Casas de Misericórdia” (PROMENINO, 2016).

A primeira Santa Casa fundada no Brasil foi no ano de 1543, na Capitania de São Vicente (Vila Santos). Em sua bagagem, a Santa Casa trouxe da Europa no século XIX, o sistema de Roda das Santas Casas, que tinha como objetivo recolher donativos e proteger as crianças abandonadas. As instituições religiosas atuavam nos cuidados aos doentes, nas famílias carentes e no acolhimento de crianças órfãos (PROMENINO, 2016).

Por outro lado, na falta de disciplina referente à proteção das crianças e dos adolescentes na Constituição Imperial, existiam institutos privados que recolhiam menores a seu bel prazer com o objetivo de “higienizar” a cidade. As crianças e os adolescentes eram vítimas do trabalho infantil generalizado em fábricas, havendo superexploração e o pagamento de

baixos salários. Diante de tais atrocidades, havia a necessidade de uma reforma na legislação brasileira para adequar as novas formas de institucionalização de menores, como, também, o movimento em favor da melhor infância dos chamados abandonados e delinquentes (ALVAREZ, 1989, p. 48).

O ano de 1891 trouxe a primeira Constituição Republicana, porém, nada mencionou sobre crianças ou adolescentes (ZAPATER, 2019, p. 38).

Em 1923, o Decreto nº 5.083 estabeleceu o primeiro Código de Menores, logo substituído no ano subsequente pelo Código Mello Mattos, Decreto nº 17.943-A, no qual surge a categoria jurídica “menor”, que se diferenciava em “menores abandonados” e “menores delinquentes”, como fixava o artigo 1º daquela legislação: “Art. 1º O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo” (SPOSATO, 2011).

No dizer de Karyna Batista Sposato, esta doutrina “não significa outra coisa que legitimar uma potencial ação judicial indiscriminada sobre crianças e adolescentes em situação de dificuldade” (2011, p. 24). Sendo assim, de um lado, a legislação daquela época considerava a possibilidade de punibilidade para crianças e adolescentes vulneráveis, de outro não se reconhecia os direitos civis aos menores de dezoito anos.

Apesar da visão conservadora da época, o Código de Menores foi a primeira lei do Brasil que garantiu proteção à infância e à adolescência, elevando a maioria penal dos 9 para os 18 anos, considerando o jovem plenamente imputável até os 17 anos, que somente a partir dos 18 anos responderiam por seus crimes, sendo proibida a prisão de crianças e adolescentes (WESTIN, 2015).

No lugar da privação de liberdade, eram aplicadas espécies de medidas socioeducativas, semelhantes às existentes nos dias de hoje. O

destino dos “delinquentes” com idade entre 14 e 17 anos era uma escola de reforma, onde receberiam educação e aprendiam uma habilidade para um futuro trabalho. Caso curioso acontecia com os menores de 14 anos: aqueles que tinham família eram reportados à sua origem, ficando os pais responsáveis pela não reincidência; entretanto, aqueles desafortunados, ou seja, sem família, eram encaminhados para a escola de preservação, entidade assemelhada a “casa de passagem” que se tem nos dias atuais (WESTIN, 2015).

Graças à influência dessa escola de pensamento, os Tribunais de Menores não eram considerados instituições repressivas, sendo o juiz pensado como uma figura a um só tempo paternal e educativa (SPOSATO, 2011, p. 67). Cabe destacar que a responsabilidade da manutenção dos jovens nas escolas de preservação era responsabilidade de seus genitores, independentemente de sua situação econômica.

Em 1959, foi realizada a Assembleia Geral das Nações Unidas, a qual promulgou a Declaração dos Direitos da Criança que trazia em seu bojo dez princípios gerais sobre a infância. Porém, foi somente no ano de 1983, na Convenção sobre os Direitos da Criança, que se estabeleceram os meios de garantias desses direitos, passando a ser considerada uma das características das democracias modernas (PAIXÃO; OLIVEIRA, 2016, p. 18).

Sendo assim, a legislação aplicada a crianças e adolescentes entre os anos de 1824 a 1900 era restrita tão somente a punições aplicadas pelo Estado, e a forma de proteção era exercida por instituições religiosas e filantrópicas que abrigavam crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade. O Estado só reconhece sua responsabilidade na proteção de crianças e adolescentes com o Código de Menores, porém, nesse momento histórico, ainda não reconhece os direitos civis desses indivíduos.

1.2 Das medidas de “proteção ao menor” de 1964 até os dias de hoje

O ano de 1964 foi marcado pelo golpe político, dando início à ditadura militar que perdurou até o final dos anos 80 (LINHARES, 2020, p. 362). Porém, apesar do momento obscuro vivido pela sociedade brasileira, o ano de 1964 trouxe uma novidade: pela primeira vez, o Governo Federal traçou orientações unificadas em todo o território brasileiro, a fim de atender crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade. No final daquele ano, foi criada a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM), com o objetivo de implementar a “política nacional do bem-estar do menor”, elaborando diretrizes políticas e técnicas para atender crianças e adolescentes (PEDROSA, 2015).

Para aplicar as diretrizes políticas e técnicas no atendimento a crianças e adolescentes, foram criados órgãos executivos nos estados brasileiros, e cada um contava com uma Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor, popularmente conhecida como Febem. Sua função era atender as mais variadas demandas sob situação de risco. Porém, a tentativa do governo em proteger as crianças e adolescentes vulneráveis fracassou, pois, durante muitos anos, as Fundações foram um exemplo do que não deve existir, ou seja, um órgão executivo que não tinha responsabilidade acerca dos recursos públicos financeiros e tratava os seus “protegidos” com violência, gerando corriqueiras fugas e rebeliões (SMANIO; BERTOLIN, 2013).

Por outro lado, era inviável à Funabem atender à maioria dos menores em “situação de risco”, por isso priorizava os projetos de apoio às crianças e jovens (de 7 a 18 anos) em situação de risco pessoal e social, como os jovens explorados no mundo do trabalho, envolvidos com tráfico de drogas, prostituídos, infratores, enfim, menores que viviam em miséria absoluta, acrescidos daqueles de 0 a 6 anos que estavam sob tutela judicial. Ademais, foram criados o Programa de Apoio aos Juizados de Menores,

para dar melhores condições de trabalho aos juízes, o Programa Ocupação de Fronteiras, desenvolvido juntamente a outros órgãos dos Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS) e às Forças Armadas, com o objetivo de proporcionar melhores condições de vida às populações fronteiriças, o Programa Esporte que visava à socialização mediante a prática esportiva, e o Projeto Educação Não Formal, que buscava incentivar novas formas de educação (FUNABEM, 1988). Nesse contexto, importa referir que a maioria das Febem's dependia das verbas repassadas pela Funabem, sob pena de falência administrativa (FUNABEM, 1988).

Posteriormente, em 1980, o contexto foi modificado, proporcionando um significativo processo de reordenamento institucional, desjudicializ

ando as práticas de caráter administrativo, introduzindo princípios constitucionais da descentralização político-administrativa e democracia na efetivação dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes, que a partir de então, passam a ter status de sujeitos de direitos, possuindo o amplo e privilegiado acesso à justiça (CUSTÓDIO, 2008).

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 foram fundamentais na promoção dos direitos de cidadania dos brasileiros e das crianças e adolescentes como sujeitos de direito (PAIXÃO; OLIVEIRA, 2016, p. 20).

Os artigos 227 e 228 da Constituição Federal de 1988, modificado, pela Emenda Constitucional nº 65/2010, dispõem sobre a proteção integral das crianças e adolescentes e a inimizabilidade penal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-

los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (grifou-se).

Art. 228. São **penalmente inimputáveis** os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial. (BRASIL, 1988) (grifou-se).

Nesse contexto, importa salientar que a condição de política pública à assistência social, uma das constituintes do tripé da seguridade social como as políticas de saúde e de previdência social, foi dada pela Constituição Federal de 1988, que assegurou a participação e o controle da sociedade no desenvolvimento das políticas públicas, com a criação de lugares de participação social em cada esfera de governo, como a criação do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente a nível federal (PAIXÃO; OLIVEIRA, 2016, p. 20). Além disso, a implantação do Conselho Municipal da Criança e do Adolescente (CMDCA)⁵ assegura que crianças e adolescentes deixem de ser objeto de proteção assistencial e passem a ser titulares de direitos subjetivos (AMIN, 2019, p. 57).

Nessa época, houve uma mudança, e novos autores entraram em cena para enfatizar o desenvolvimento e a aplicação do direito, quais sejam: a comunidade local, por meio dos Conselhos Municipal e Tutelar, a sociedade civil, por meio de organismos não governamentais que integram a rede de atendimento, a família, cumprindo os deveres inerentes ao poder familiar, o Poder Judiciário, exercendo precipuamente a função judicante, o Ministério Público, como um grande agente garantidor de toda a rede, fiscalizando seu funcionamento, exigindo resultados, assegurando o respeito prioritário aos direitos fundamentais infanto-juvenis estabelecidos na Constituição Federal, além da Defensoria Pública, da

⁵ Trata-se de um novo modelo, universal, democrático e participativo, no qual família, sociedade e Estado são partícipes e cogestores do sistema de garantias que não se restringe à infância e juventude pobres, protagonistas da doutrina da situação irregular, mas sim a todas as crianças e adolescentes, pobres ou ricos, lesados em seus direitos fundamentais de pessoas em desenvolvimento (AMIN, 2019, p. 57).

Advocacia, os Comissários e os serviços auxiliares, através de equipes interprofissionais imprescindíveis ao cotidiano das varas da infância e da juventude (AMIN, 2019, p. 57).

No mesmo viés, observa-se a importância da Lei nº 8.742/1993, a Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), na regulamentação de normas e definição de critérios para a organização da assistência social e na construção de serviços de proteção social, como as proteções básicas, fornecidas pelos Centros de Referência da Assistência Social (CRAS) e outras unidades públicas, e as proteções sociais especiais, como os serviços e programas executados pelos Centros de Referência Especializado da Assistência Social (CREAS) ou que possuem ocorrência de situações de risco ou violação de direitos (PAIXÃO; OLIVEIRA, 2016, p. 21-22).

Pode-se destacar, ainda, a criação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) que é responsável pela regulação e pela organização em todo o território nacional, das ações socioassistenciais. Nesse sentido, a assistência social “se ocupa das vitimizações, fragilidades, contingências, vulnerabilidades e riscos que o cidadão, a cidadã e suas famílias enfrentam na trajetória de seu ciclo de vida, por decorrência de imposições sociais, econômicas, políticas e de ofensas à dignidade humana.” (PAIXÃO; OLIVEIRA, 2016, p. 22).

Denota-se, portanto, que as medidas de proteção às crianças e aos adolescentes brasileiros evoluíram consideravelmente a partir de 1964, com a criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor. Por outro lado, o grande salto para a consolidações dos direitos das crianças e adolescentes se deu com a Constituição Federal de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990, quando definitivamente os jovens deixaram de ser objetos de proteção assistencial e passaram a ser titulares de direitos, um olhar que modifica completamente o sistema de

tratamento das infrações por ele cometidas, voltado à sua proteção e não à sua punição, como se passará a demonstrar.

2 Medidas socioeducativas e ato infracional

Inicialmente, é necessário observar que a lei distingue criança e adolescente pela idade do indivíduo, conforme dispõe o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA): “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 1990).

Importante pensamento de Ana Maria Frota (2007), alertando que a adolescência é uma fase de desenvolvimento humano que faz a ponte entre a infância e a idade adulta. Nesse sentido, a adolescência deve ser entendida como um momento de crise e não somente como uma fase de transição. Para entendê-la, deve-se partir de sua historicidade. Aqui, entende-se que a autora quis se referir ao contexto histórico em que cada indivíduo teve, quais foram as suas perspectivas de vida e sociedade e como se comportou.

Adiante, o artigo 103 do ECA define acerca da acepção da infração penal: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”, neste caso, por crianças e adolescentes (BRASIL, 1990).

A definição de ato infracional é derivada do princípio da legalidade, e, portanto, para se configurar um ato infracional, é necessário que a conduta do agente seja típica, antijurídica e culpável. Posteriormente à verificação da prática do ato infracional, a apuração e a aplicação das medidas serão realizadas pelo Conselho Tutelar quando se tratar de ato infracional cometido por criança, e pela autoridade judiciária quando se tratar de ato infracional cometido por adolescente (MORAES; RAMOS, 2019, p. 1133).

No que se refere à conduta do agente, João Batista Costa Saraiva adiciona que

O garantismo penal impregna a normativa relativa ao adolescente infrator como forma de proteção desta face à ação do Estado. A ação do Estado, autorizando-se a sancionar o adolescente e infligir-lhe uma medida socioeducativa, fica condicionada à apuração, dentro do devido processo legal, que este agir típico se faz antijurídico e reprovável – daí culpável (2002, p. 32).

Ainda, Paulo Afonso Garrido de Paula relembra que o ECA, ao definir o ato infracional, adotou um “conteúdo certo e determinado, abandonando expressões como ato antissocial, desvio de conduta etc., de significado jurídico impreciso [...] afastando-se qualquer subjetivismo do intérprete quando da análise da ação ou omissão” (2005, p. 557).

Dessa forma, “observa-se [...] a preocupação do legislador em estabelecer com precisão a conduta que pode submeter o adolescente à devida aplicação de medidas com o objetivo de evitar arbitrariedades e insegurança social” (MORAES; RAMOS, 2019, p. 1122).

Para Guilherme de Souza Nucci,

Diante disso, o *ato infracional*, no cenário do Direito da Infância e Juventude, é a **conduta humana violadora da norma**. Por isso, em alguns textos atuais de lei, tem-se referido ao adolescente **em conflito com a lei**, em lugar de **jovem infrator**. Uma alteração puramente terminológica, com forte carga ideológica, mas que não provoca nenhum efeito científico. **Em suma, infringir uma norma representa um ilícito, fato contrário ao ordenamento jurídico** (2018, p. 415) (grifou-se).

Sendo assim, “praticada a infração penal, nasce a pretensão punitiva do Estado; cometido o ato infracional, nasce a pretensão educativa” (NUCCI, 2018, p. 416). As duas pretensões devem ser realizadas por meio do devido processo legal. A pretensão punitiva do Estado se divide em

retributiva, que representa a efetiva punição em virtude do mal praticado, e preventiva, que possui diversas funções, quais sejam: firmar a atuação do Direito Penal, estabelecer instrumentos de intimidação à sociedade, firmar um ponto para a reeducação e servir de mecanismo para a segregação. Já, a pretensão educativa é aquela que lastreia a educação ou a reeducação do adolescente e que, secundariamente, não se dissocia do aspecto punitivo (NUCCI, 2018, p. 416).

Considerando a síntese realizada, pode-se concluir que o ato infracional é o ato típico, antijurídico e culpável, praticado por uma criança ou um adolescente, ao qual serão aplicadas medidas socioeducativas posteriores ao devido processo legal, por parte do Conselho Tutelar quando se tratar de criança ou do Poder Judiciário quando o sujeito for adolescente e sobre as quais se passará a discorrer.

2.1 As medidas socioeducativas em meio aberto

As medidas socioeducativas aplicáveis a adolescentes que cometeram ato infracional estão previstas no artigo 112 do ECA e são: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional (artigos 115 a 121 do ECA), caracterizadas abaixo.

a) Advertência

A advertência é a medida prevista no artigo 115 do ECA, e “consistirá em admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada”. Em sua aplicação, o adolescente é aconselhado formalmente pelo juiz, sendo reprimido sua conduta ilícita, porém, com caráter educativo, visando à lucidez dos atos praticados e suas consequências. Este aconselhamento é realizado pelo juiz, de forma direta, na presença dos pais ou responsáveis

que, juntamente com o adolescente, irão promover um equilíbrio entre a disciplina e liberdade, buscando as condições ideais para que o adolescente desenvolva suas potencialidades (NUCCI, 2018, p. 458).

É considerada uma das medidas mais brandas e, por esse motivo, é reservada para os adolescentes que nunca cometeram atos infracionais, bem como aos atos considerados leves, que envolvam a lesão de bens jurídicos de menor relevância. Seu significado remete a um conselho, repreensão, alerta ou aviso (NUCCI, 2018, p. 458).

Guilherme de Souza Nucci refere ainda que,

[...] se o Estado deve tratar os infratores como os pais cuidam dos filhos que cometem erros, **advertir é o primeiro passo antes de se tomar medidas mais enérgicas**. Quem está em formação de personalidade precisa de **conselhos e alertas**, apontando o **certo e o errado**, em atividade contínua. É fundamental que o juiz designe uma audiência, após o trânsito em julgado da decisão, especialmente para *advertir* o adolescente, fazendo-o pessoal e diretamente (2018, p. 458) (grifou-se).

Em hipótese alguma o juiz poderá humilhar, ofender ou se utilizar de palavras pejorativas com o adolescente. Na remota ocorrência de isso ocorrer, é necessário que o advogado do adolescente exija que o fato conste em ata de audiência, cabendo, inclusive, a interposição de *habeas corpus* a fim de anular a audiência ou a representação do juiz junto à Corregedoria Geral de Justiça (NUCCI, 2018, p. 458).

Para Luciano Alves Rossatto, Paulo Eduardo Léporé e Rogério Sanches Cunha (2019), na aplicação da medida de advertência, poderão ser exigidos alguns requisitos, quais sejam: I - prova de materialidade e de, ao menos, indícios de autoria do ato infracional: respeitando-se o devido processo legal, com contraditório e ampla defesa; II - desnecessidade de acompanhamento posterior do adolescente: feita a advertência ao

adolescente, não será tomada nenhuma outra medida, registrando-se o ato em ata de audiência; III – admoestação verbal conduzida pelo juiz da Infância e da Juventude: a admoestação é indelegável, deverá ser feita somente pelo juiz; IV – redução a termo da audiência: trata-se de formalidade importante do qual emanarão consequências posteriores.

Bianca Mota de Moraes e Helane Vieira Ramos referem que a advertência, “Na prática, tem ficado restrita aos atos infracionais de natureza leve, sem violência ou grave ameaça à pessoa e às hipóteses de primeira passagem do adolescente pelo juízo da infância e da juventude, por ato infracional” (2019, p. 1180).

b) Obrigação de reparar o dano

A obrigação de reparar o dano está prevista no artigo 116 do ECA:

Art. 116. Em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou, por outra forma, compense o prejuízo da vítima. Parágrafo único. Havendo manifesta impossibilidade, a medida poderá ser substituída por outra adequada.

Sua ocorrência pode ser percebida em três formas distintas (NUCCI, 2018, p. 460), quais sejam: I - restituição da coisa: é a devolução do objeto a vítima de maneira integral; II - ressarcimento do dano: quando não é possível a devolução do objeto por ter se perdido, o adolescente deverá ressarcir à vítima de forma pecuniária ou objeto idêntico; III - compensar o prejuízo de qualquer forma: Não sendo possível devolver o objeto ou ressarcir-lo, deverá o adolescente compensar o prejuízo à vítima de forma diversa, como por exemplo desenvolvendo algum serviço que o adolescente tenha o domínio e que tenha interesse por parte da vítima.

Importante referir que a medida só é possível aos atos que se referem ao patrimônio, sendo incompatível reparar o dano referente à violência sexual por exemplo (NUCCI, 2018, p. 467). Da mesma forma, “Em sendo o adolescente desprovido de recursos, a medida deverá ser substituída por outra adequada, nos moldes do parágrafo único do artigo supramencionado” (MORAES; RAMOS, 2019, p. 1181).

Cabe ressaltar que a obrigação de reparar o dano é direcionada ao adolescente e não a seus pais ou responsáveis, ou seja, caso não for possível o reparo do dano pela pessoa do adolescente, em forma de pecúnia, deverá ele ser submetido a outra medida socioeducativa (NUCCI, 2018, p. 460).

Ademais, o dever de ressarcir o dano é do adolescente, mas os pais respondem por ele em caso de possibilidade financeira, caso esteja sob sua autoridade e em sua companhia, nos termos dos artigos 928 e 932, incisos I e II do Código Civil:

Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes. Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; [...]

Havendo frustração da medida de reparação do dano, poderá o juiz substituí-la por medida diversa (NUCCI, 2018, p. 467). É assim que vem entendendo a jurisprudência, como se pode observar no seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, mencionado pelo autor:

Tendo presente os ditames do art. 116 e seu parágrafo único do ECA no cotejo com as peculiaridades do caso concreto, especialmente as precárias condições fazendárias do adolescente e sua família, **despropositada e inócua a imposição da medida socioeducativa de reparação de dano, a qual se exclui do dispositivo sentencial. Mantida a aplicação da PSC cumulada com liberdade assistida** (Tribunal de Justiça do RS, Apelação Cível 70028159283, 8.^a Câ. Cível, rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 29.01.2009) (NUCCI, 2018, p. 467) (grifou-se).

Da mesma forma, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu de forma parecida no que se refere à fixação indevida da reparação de danos:

É cediço que o art. 116, parágrafo único, do ECA, dispõe que, diante de manifesta impossibilidade, a medida de ressarcimento do dano poderá ser substituída por outra mais adequada. Frise-se que o art. 387, IV, do CPP deve ser compreendido à luz das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, não sendo possível a fixação de reparação de danos sem um exame prévio acerca da existência, extensão e comprovação suficiente das despesas arcadas pela vítima. Assim, **a fixação do valor indenizatório pelo juízo penal, quando desacompanhada de pedido expresso do legitimado, implica em transgressão ao princípio da correlação entre a demanda e a sentença. Desta forma, uma eventual execução do *quantum* desembolsado pela vítima deve ser direcionada para a esfera cível, em ação própria, diante da necessidade de maior dilação probatória e em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.** Por derradeiro, não merece prosperar o pleito de exclusão de aplicação da medida de proibição de frequentar estabelecimentos noturnos entre 22 h e 06 h. A aplicação de medidas de proteção à criança e ao adolescente, como a referida proibição imposta ao apelante, é perfeitamente possível e encontra respaldo no art. 98, III, c/c o art.101, ambos do ECA, restando demonstrada a sua necessidade em razão da conduta do adolescente e o seu envolvimento com atividades ilícitas. Recurso defensivo parcialmente provido para, tão somente, afastar a obrigação de reparação do dano. No mais, mantenho a sentença impugnada tal como lançada. (TJRJ. Ap. 0089011-42.2017.8.19.0001-

RJ, 8ª Câmara Criminal, rel. Claudio Tavares de Oliveira Junior, 05.09.2017, v.u.) (NUCCI, 2018, p. 467) (grifou-se).

Nesse sentido, a medida tem caráter educativo à medida que chama a atenção para a existência de uma consequência danosa a partir da prática do ato infracional e impõe a responsabilização por sua reparação.

c) Liberdade assistida

A liberdade assistida está elencada no artigo 118 do ECA, que determina que ela “será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.”. Nessa medida, o adolescente que cometeu ato infracional deverá ser assistido por, no mínimo, seis meses, havendo a possibilidade de prorrogação mediante revisões semestrais e sem data máxima. O adolescente é acompanhado e orientado por pessoa capacitada, designada pelo juiz. Seu objetivo não é só de evitar que o sujeito cometa novas infrações e acabe utilizando novamente o sistema, mas, sim, apoiá-la de tal maneira, que, junto com sua família, possa ser construído um novo horizonte e conseqüentemente um projeto de vida voltado ao seu crescimento como pessoa em desenvolvimento (NUCCI, 2018, p. 461).

Essa modalidade utiliza os princípios da Convenção sobre Direitos da Criança para promover, na maior amplitude possível, a liberdade do infrator. O termo “assistida” é voltado à orientação, ao apoio e ao acompanhamento, sendo uma das medidas mais abertas de todas, pois admite ser fixada como primeira medida imposta (NUCCI, 2018, p. 470).

Diante disso, inexistem requisitos específicos para a sua concessão, embora prevaleça o programa de seguir a vida normal, acompanhado de um orientador, tal como se fosse, comparando com o direito penal, a suspensão condicional da pena, ou seja, um período de prova, em liberdade (NUCCI, 2018, p. 470).

Na liberdade assistida, o papel do orientador é muito importante, pois é de sua responsabilidade a condução da medida, que engloba compromissos por parte do adolescente e de sua família. Nesse sentido, o orientador deverá diligenciar para o êxito dos termos elencados no artigo 119, incisos I a III, do ECA (MORAES; RAMOS, 2019, p. 1182):

Art. 119. Incumbe ao orientador, com o apoio e a supervisão da autoridade competente, a realização dos seguintes encargos, entre outros: I - promover socialmente o adolescente e sua família, fornecendo-lhes orientação e inserindo-os, se necessário, em programa oficial ou comunitário de auxílio e assistência social; II - supervisionar a frequência e o aproveitamento escolar do adolescente, promovendo, inclusive, sua matrícula; III - diligenciar no sentido da profissionalização do adolescente e de sua inserção no mercado de trabalho;

Ainda, no inciso IV, há a previsão de apresentação de relatório por parte do orientador, quanto a isso, importa referir que o mesmo deverá reunir elementos através do relatório do caso, para demonstrar o progresso do adolescente ao juiz e ele analisar acerca da necessidade de manutenção, revogação ou substituição da liberdade assistida por outra medida mais adequada. (MORAES; RAMOS, 2019, p. 1182).

O orientador será designado pelo Magistrado e deverá preferencialmente ter curso superior nas áreas de psicologia ou assistência social, sendo este um ponto complexo em decorrência de falta de profissionais capacitados no mercado de trabalho. Assim, umas das alternativas encontradas é a designação da própria equipe interprofissional em exercício na Vara da Infância e Juventude (NUCCI, 2018, p. 472).

Neste contexto, preleciona Ana Maria Gonçalves Freitas:

Enquanto perdurar a execução da medida, a liberdade pessoal do adolescente estará sofrendo restrição legal diante da atividade do **orientador, cuja participação deverá ser ativa, e não meramente formal ou apenas burocrática.** [...] Partindo-se do pressuposto da adequação da medida ao caso específico, vez que a mesma não se revela própria em muitos casos (v.g., os que necessitam contenção), ao **orientador caberá desempenhar atividades que levem o orientando a modificar seu modo de proceder, tornando-o socialmente aceito sem perder a própria individualidade.** O que interessa é o atingimento da finalidade da medida, **ao ponto que evolua e supere as dificuldades da fase da vida,** aprendendo a exercitar seus direitos de cidadão e mover-se no processo de escolhas e decisões múltiplas que a vida apresenta. [...] Razoável supor a indispensabilidade da criação de vínculo entre o técnico, o adolescente e familiares, para criar condições de desenvolvimento de uma relação honesta e produtiva. Deve o plano de trabalho ser proposto e debatido (2018, p. 826).

Ademais, importa analisar que um dos objetivos do estatuto da liberdade assistida, é a promoção social do adolescente e sua família, em razão de que, de regra, o adolescente infrator provém de família pobre, sendo que seus atos ficam mais evidentes pois possui menores condições de sustento e amparo judicial. Neste contexto, a promoção do adolescente e sua família no meio social é o melhor caminho (NUCCI, 2018, p. 473). No mesmo contexto socioeconômico, demonstra-se necessário o acompanhamento do menor infrator pelo orientador na escola, tendo em vista que a família geralmente não dispõe de estrutura para tanto. Assim, o orientador se responsabilizará pela análise e acompanhamento do menor na escola, quanto à frequência e aproveitamento (NUCCI, 2018, p. 473).

d) Prestação de serviço à comunidade

A prestação de serviço à comunidade, como medida socioeducativa, está positivada no artigo 117 do ECA, com a seguinte redação:

Art. 117 A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais. Parágrafo único. As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicar a frequência à escola ou à jornada normal de trabalho.

O sentido desta medida é – ou deveria ser –, educativo, auxiliando o adolescente na compreensão da gravidade dos seus atos ilícitos, bem como a despertar um sentimento de solidariedade social como resultado de sua prestação de serviço à comunidade. Essa medida não está apenas prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, ao alcance de jovens que cometeram ato infracional, mas também no artigo 46 do Código Penal⁶, onde a prestação de serviço à comunidade alcança adultos que cometeram crimes (MORAES; RAMOS, 2019, p. 1181).

As atividades desenvolvidas pelos adolescentes serão exercidas de forma gratuita, em entidades assistenciais, hospitais, escolas ou outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais. A escolha dos locais citados não é uma mera invenção legislativa. Ocorre que, nesses locais, o espírito comunitário aflora, oportunizando ao adolescente o sentimento de ajudar aqueles que mais precisam, somando uma experiência de compromisso social e o desenvolvimento de valores morais e éticos, valores estes, que são esperados por todos os cidadãos (MORAES; RAMOS, 2019, p. 1181-1182).

⁶ Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade

A legislação não prevê um tempo mínimo para a prestação de serviço à comunidade, apenas estabelece o tempo máximo, que é de seis meses. Dessa forma, o juiz poderá determinar o período de cumprimento entre um dia e seis meses, sendo razoável que este tempo seja suficiente para a avaliação do desempenho do adolescente nas tarefas designadas. Contudo, é vedado o cumprimento forçado da prestação de serviços à comunidade, pois se estaria ferindo diretamente a Constituição Federal e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse caso, havendo a resistência e a negativa de se submeter à prestação, deverá ser imposta outra medida pertinente, podendo ser inclusive mais rigorosa (ZAPATER, 2019, p. 201).

No que tange à execução da prestação de serviços, o parágrafo único do artigo contém dois pontos a serem observados: primeiro, a jornada de trabalho semanal de oito horas, que tem por ideia a semelhança de um dia de trabalho, a ser desenvolvido e um único dia, se possível em sábados ou domingos. Não há essa possibilidade: as horas poderão ser dispostas durante a semana, desde que esteja resguardado o tempo de estudo e trabalho do adolescente. Segundo ponto é respeitar a aptidão do adolescente. Ao escolher a atividade que o adolescente irá desenvolver no estabelecimento determinado, deverão ser observadas as aptidões do indivíduo, sendo vedados trabalhos impossíveis, o que acarretaria, de forma imediata, a não efetivação dos objetivos da norma (ZAPATER, 2019, p. 200).

De acordo com a Constituição Federal de 1988, que adotou o Princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, somente poderão exercer a atividade os maiores de quatorze anos de idade, ou seja, somente poderá ser aplicada a medida de prestação de serviços à comunidade os adolescentes maiores de quatorze anos, respeitando, assim, o artigo 227, §3º da Constituição Federal, que dispõe da seguinte redação:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos: I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII [...] (BRASIL, 1988).

Em tese, a prestação de serviço à comunidade, como medida socioeducativa, tem como viés principal o sentido pedagógico, uma vez que o adolescente, de forma voluntária, colaboraria com o sistema, acompanhado de profissionais capacitados, exercendo atividades não vexatórias e com o seu completo domínio (NUCCI, 2018 p. 476).

Ocorre que grande parte dos municípios brasileiros tem dificuldade estrutural e técnica para a aplicação da Lei do SINASE e do plano de atendimento individual. Apesar dessas dificuldades, os resultados em geral são positivos, principalmente em se tratando de municípios interioranos e em sede de remissão pré-processual (MORAES; RAMOS, 2019, p. 1181). Para compreensão dessa realidade, apresenta-se, a seguir, o Sistema e sua configuração.

3 Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo

A história recente do Brasil conta que, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as crianças e os adolescentes brasileiros garantiram, de forma positivada, direitos fundamentais, sendo, a partir daquele momento, sujeitos de direito. No ano de 1990, o então Presidente da República, Fernando Collor de Melo, em um ato típico do Poder Executivo, revogou o Código de Menores e sancionou a Lei nº 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse Estatuto garante às crianças e aos adolescentes direitos humanos fundamentais,

devido à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento (SOUZA, 2013, p. 163).

Crianças e adolescentes são considerados pessoas inimputáveis perante a legislação brasileira⁷, ou seja, às suas condutas ilícitas, é aplicada a legislação secundária do direito penal, pois inimputabilidade não é sinônimo de impunidade.

Como mencionado anteriormente, o ECA contém um rol de medidas socioeducativas aplicáveis a adolescentes que cometeram atos infracionais, com objetivo reintegrador e pedagógico, porém, não impõe de forma objetiva a forma de aplicação dessas medidas (SOUZA, 2013, p. 166).

Para sanar essa lacuna legislativa, foi criado o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) – por meio da Lei nº 12.594/2012, que determina a forma de implementação do sistema em âmbito municipal e indica o caminho a ser trilhado na execução das medidas socioeducativa. Desse modo, o SINASE tem por fim ordenar cada uma das atribuições legais que se destinem à efetivação das determinações judiciais relativas à responsabilização diferenciada do adolescente a quem se atribua a prática de ação conflitante com a lei.

Conforme Mario Luiz Ramidoff, “SINASE é um conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas” (2017, p. 14). Dessa forma, todo ato infracional praticado por adolescente será devidamente responsabilizado, seguindo os princípios pedagógicos e os regramentos aplicáveis pelo Sinase, com o objetivo de reintegrar o adolescente à sociedade, avalizando, assim, em tese, a eficácia da lei.

De acordo com o Sinase, cabe aos programas municipais dar suporte institucional e pedagógico às unidades de execução da medida de PSC, e

⁷ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

devem identificar atividades compatíveis com as habilidades dos adolescentes; b) garantir que os adolescentes tenham educadores (referência e orientador) que os acompanhe qualitativamente; c) fazer avaliações periódicas; d) supervisionar a frequência dos adolescentes; por fim, e) garantir que os locais de prestação de serviços compartilhem dos mesmos princípios pedagógicos do SINASE (2006, p. 56).

3.1 As medidas de proteção aplicadas cumulativamente à prestação de serviço à comunidade

As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente forem ameaçados ou violados, seja por ação ou omissão do Estado, por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsáveis ou em razão de sua conduta, conforme prevê o artigo 98 do ECA⁸. Porém, segundo a mesma legislação, no artigo 100⁹, levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários, observando sempre os princípios que regem a aplicação das medidas (NUCCI, 2019, p. 771).

Nesse aspecto, a autoridade competente, ao verificar qualquer das hipóteses previstas no artigo 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente poderá determinar uma série de medidas protetivas elencadas nos incisos do artigo 101 da mesma lei.

Art. 101. [...] I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em serviços e programas oficiais ou comunitários

⁸ Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados: I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado; II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável; III - em razão de sua conduta.

⁹ Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários.

de proteção, apoio e promoção da família, da criança e do adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - acolhimento institucional; VIII - inclusão em programa de acolhimento familiar; IX - colocação em família substituta.

A prestação de serviço à comunidade, aplicada de forma isolada, talvez não obtenha os resultados esperados, devido a fatores distintos que estão vinculados ao núcleo familiar do jovem, como a falta de estrutura física e psíquica. Com isso, a aplicação de medidas protetivas de forma cumulativa pode aumentar o nível de eficiência esperada, como, por exemplo, um adolescente que cometeu um furto, sendo que sua família se encontra em desalento pela falta de emprego e renda. Nesse caso, sendo aplicada a medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade de forma isolada não trará resultados significativos, pois a falta de estrutura permanecerá naquele núcleo familiar, resultando em uma possível reincidência de atos ilícitos praticados pelo adolescente.

Nesse sentido, se cumulativamente for aplicada a medida de proteção prevista no artigo 101, inciso IV, do ECA, que prevê a inclusão de programas de apoio e promoção da família, como o Bolsa Família¹⁰, poderá a prestação de serviço à comunidade apresentar resultados mais satisfatórios, pois, com o ingresso da família neste programa, em tese, ocorrerão mudanças estruturais significativas, garantindo os fundamentos e os princípios constitucionais que norteiam a sua criação.

3.2 Um novo olhar para a prestação de serviço à comunidade

As medidas apresentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente foram elaboradas de boa-fé, da mesma forma que foi proposto na Lei de

¹⁰ O Programa Bolsa-Família é um programa de transferência de renda do Governo Federal.

Execução Penais (LEP), contudo, devido à falta de estrutura, preparação técnica dos aplicadores das medidas socioeducativas e falta de políticas públicas notáveis, ambas as legislações – ECA e LEP – se apresentam como uma utopia no ordenamento jurídico brasileiro (RAMIDOFF, 2017, p. 15).

Para alcançar os resultados desejados, ou seja, para que a prestação de serviço à comunidade tenha resultados positivos, Ramidoff defende inicialmente que

[...] as atribuições destinadas a cada um de seus setores (administrativo, técnico etc.) devem ser adequadas às novas funções protetivas e socioeducativas a serem desenvolvidas não só de acordo com a nova lei, mas, principalmente, com as diretrizes humanitárias estabelecidas constitucional e estatutariamente (2017, p. 18).

Nesse aspecto, os investimentos públicos se tornam indispensáveis para o fortalecimento da capacitação dos seus agentes, além da viabilização de estrutura física adequada para o acolhimento do adolescente e de sua família que, juntos com a equipe técnica, poderão desenvolver um plano individual de atendimento, observando as peculiaridades de cada indivíduo e de cada caso.

Alex Vidal, Ana Maria Freitas e Magda de Oliveira (2017) acreditam que esse debate sobre a possibilidade de uma medida socioeducativa constituir-se em experiência pedagógica tem sido central nas discussões sobre o tema. Argumentam que, por mais que o cumprimento da medida seja compulsório, é possível que ela assuma uma função pedagógica que contribua para o desenvolvimento das potencialidades individuais do adolescente, mas também para seu exercício enquanto sujeito social. Ainda de acordo com esses autores, cabe aos próprios trabalhadores das unidades de execução efetivar a função educativa da medida de PSC através de uma proposta de trabalho de caráter pedagógico.

Na mesma linha, Ramidoff (2017, p. 147) enfatiza que o plano individual de atendimento deve ser elaborado de forma conjunta, abrangendo a equipe técnica capacitada, os familiares do jovem e as demais pessoas que incidentalmente irão se envolver no acompanhamento das medidas. Dessa forma, a equipe interprofissional poderá avaliar as condições sociais, bem como a situação institucional e familiar do adolescente.

A família tem papel fundamental para a eficácia da medida socioeducativa em questão, pois é o alicerce que estrutura o adolescente, que ainda é sujeito em desenvolvimento. Diante disso, sendo identificado que a família possui dificuldades em seu núcleo, deverá ter apoio institucional, ou seja, deverá a família ser inserida em programas sociais que colaborem para superar tais dificuldades, gerando, com isso, um ambiente adequado para que o adolescente se desenvolva como é esperado (RAMIDOFF, 2017, p. 148).

As medidas socioeducativas têm por finalidade a reintegração e a ressocialização do adolescente que está próximo ao mundo dos delitos. Dessa forma, o Plano de Atendimento Individual pode se tornar o protagonista da discussão, pois, nele, serão determinadas as atividades e os serviços que o adolescente irá desenvolver ao longo de um tempo, bem como serão registradas as mudanças de seu comportamento para a reintegração social e a evolução do núcleo familiar, ou seja, se o plano de atendimento individual for pensado em conjunto, integrando técnicos, família e todas as demais pessoas que estarão envolvidas, analisando as características individuais de cada adolescente e de forma pedagógica, poder-se-á atingir os resultados positivos almejados (RAMIDOFF, 2017, p. 147).

Considerações finais

O trabalho resultou da problematização acerca da legalidade, da aplicabilidade e da eficácia da medida socioeducativa de prestação de serviço à comunidade no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente. Contudo, o estudo tornou-se limitado por falta de acesso aos órgãos e às instituições públicas, uma vez que a pesquisa foi executada em meio a uma pandemia, causada pelo Sars-Cov-2. Em razão das medidas de distanciamento social impostas pelo poder público, as entidades públicas restringiram o acesso de pessoas em suas dependências, além de um número elevado de agentes públicos estarem afastados de suas funções devido à idade avançada ou por possuírem alguma comorbidade, medida essa não questionável, uma vez que atualmente o distanciamento social é a ferramenta que demonstra maior eficácia para evitar a propagação do vírus.

Dessa forma, não foi possível analisar a situação de cumprimento das medidas pelos adolescentes que cometeram atos infracionais na cidade de Sarandi-RS, bem como se houve a aplicação da PSC na forma da Lei nº 12.594/2012 e se o resultado dessa aplicação foi eficaz, ou seja, se não houve a reincidência de atos infracionais.

De qualquer forma, do ponto de vista da pesquisa bibliográfica, conforme foi demonstrado na primeira parte do trabalho, houve o incremento de garantias no que diz respeito ao tratamento de crianças e adolescentes ao longo da história do Brasil. Essa trajetória histórica inicia-se no Brasil-colônia, com a figura do pai como autoridade suprema em relação aos cuidados e à vida do filho, com o Estado intervindo o mínimo possível nessa relação, restando o papel de proteção dos jovens para a Igreja Católica e para as instituições filantrópicas. Somente no início do século XX o Estado reconhece sua responsabilidade e implementa as primeiras medidas para uma legislação específica para crianças e

adolescentes brasileiros, o que se deu por meio do Código de Menores, elevando a maioria penal de 09 para 18 anos.

Conforme demonstrado na segunda parte, o contexto atual do ato infracional e as medidas socioeducativas têm previsão legal e amparo no princípio constitucional do melhor interesse. O viés principal foi a explanação crítica das medidas socioeducativas em meio aberto e identificar o perfil dos adolescentes inseridos nas tais medidas. Por fim, defendeu-se a PSC como uma medida pedagógica eficaz, se aplicada a Lei do Sinase em conjunto com o plano de atendimento individual, comprometendo-se com todos os requisitos e ditames que a lei exige.

No terceiro capítulo, ponderou-se que a aplicabilidade da PSC, de forma isolada, não promove os mesmos resultados que podem ser garantidos se aplicada de forma cumulativa às medidas de proteção previstas no artigo 101 do ECA. Ademais, constatou-se que o investimento público é uma das saídas para angariar resultados positivos, pois, com agentes capacitados, infraestrutura física adequada e programas sociais, haveria a expectativa de resultados positivos, uma vez que as medidas deveriam abranger todo o núcleo familiar do adolescente, e não somente a figura do infrator.

Diante disso, defende-se que a legalidade da medida socioeducativa deve estar sempre amparada nos princípios de proteção integral da criança e do adolescente e que sua aplicabilidade deve ser realizada mediante os ditames trazidos pela Lei do Sinase, com foco principal no plano individual de atendimento, pelo qual o adolescente e seu núcleo familiar sejam assistidos pelo Estado, garantindo-se, com isso, mais eficácia à medida socioeducativa.

Por fim, mesmo com toda a dificuldade que a pandemia impôs ao inicialmente pretendido estudo empírico da PSC em Sarandi/RS, concluiu-se que a medida socioeducativa é um instituto importante para o direito

dos adolescentes infratores e que deve ser mantida, uma vez que, durante o curso da medida socioeducativa em questão, é possível adentrar no núcleo familiar do adolescente e verificar suas vulnerabilidades sociais, aplicando as políticas públicas disponíveis e pertinentes, com o objetivo de melhorar a qualidade de vida da família como um todo, evitando, assim, a reincidência do ato infracional e garantindo o desenvolvimento integral da pessoa humana.

Referências

- ALVAREZ, Marcos. **A emergência do Código de Menores de 1927**: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. 235p. São Paulo, 1989.
- AMIN, Andréa Rodrigues. O direito material sob o enfoque constitucional. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 out. 2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 2020 e 2021.
- BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 2020 e 2021.
- BRASIL. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. **Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis que refere**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm. Acesso em: 2020 e 2021.

- CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da Proteção Integral: pressuposto para Compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do Direito**, Unisc, Santa Cruz, n. 29, jan.-jun. 2008. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>. Acesso em: 08 fev. de 2021.
- FREITAS, Ana Maria Gonçalves. Art. 119. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVEIRA, Mayra; CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- FROTA, Ana Maria Monte Coelho. Diferentes concepções da infância e adolescência: a importância da historicidade para sua construção. In: Concepções da infância e da adolescência. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, Revista da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 7, n. 1, p. 147-160, abr. 2007. Disponível em: <http://www.revispsi.uerj.br/v7n1/artigos/html/v7n1a13.htm>. Acesso em: 11 fev. 2021.
- FUNABEM. A palavra da FUNABEM. **Psicologia: Ciência e Profissão**, [S.L.], v. 8, n. 1, p. 6-7, 1988. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/pcp/v8n1/03.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2021.
- LINHARES, Maria Yedda L. **História Geral do Brasil**. 10. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2020.
- MORAES, Bianca Mota de; RAMOS, Helane Vieira. Da prática do ato infracional. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PAIXÃO, Ádria Rodrigues da; OLIVEIRA, Glady Kelly dos Santos. **Medida socioeducativa “Prestação de Serviço à Comunidade”** em Aracaju/SE. TCC (Graduação) - Curso de Serviço Social, Departamento de Serviço Social da Universidade Federal de Sergipe, Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016. Disponível em: https://ri.ufs.br/bitstream/riufs/9679/2/Adria_Rodrigues_Paixao.pdf. Acesso em: 08 fev. 2021.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Art. 182. In: CURY, Munir (Coord.) **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. Comentários jurídicos e sociais. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

PEDROSA, Leyberson. Empresa Brasil de Comunicação. **ECA completa 25 anos**: mas ações de proteção a crianças começaram na época colonial. 2015. Disponível em: <https://memoria.ebc.com.br/cidadania/2015/07/eca-25-anos-direitos-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 19 out. 2020.

PROMENINO. **Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil**. Fundação Telefônica, 2016. Disponível em: <http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalhoinfantil/noticia/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-adolescente-no-brasil/#titulo5>. Acesso em: 10 out. 2020.

RAMIDOFF, Luiz Mario. **Sinase**: Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSSATTO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Saraiva, 2019.

SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Criança e Criminalidade no início do século XX. In: DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das Crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2016.

SARAIVA, João Batista Costa. **Direito penal juvenil** – adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SINASE, **Sistema Nacional De Atendimento Socioeducativo**. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Brasília-DF: CONANDA, 2006.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). **O direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA, Sônia Gomes de (org.). **Adolescentes autores de atos infracionais**: estudos psicossociais. Goiânia: Puc Goiás, 2013. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/centrais-de-conteudo/crianca-e-adolescente/adolescentes-autores-de-atos-infracionais-estudos-psicossociais-adolescentes_miolo-leitura.pdf. Acesso em: 21 jun. 2020.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA. 227p. Salvador, 2011.

VIDAL, Alex; FREITAS, Jéssica; OLIVEIRA, Magda de. Medida de prestação de serviços à comunidade: responsabilização, educação e liberdade. In: CRAIDY, Carmem Maria; SZUCHMAN, Karine. **Socioeducação: fundamentos e práticas**. Porto Alegre, UFRGS, 2017. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/169662/001049904.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 jun. 2020.

WESTIN, Ricardo. Até lei de 1927, crianças iam para a cadeia. **Jornal do Senado**. Brasília, p. 4-5. 07 jul. 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/arquivo/arquivos-pdf/ate-lei-de-1927-criancas-iam-para-a-cadeia>. Acesso em: 19 out. 2020.

ZAPATER, Maíra. **Direito da criança e do adolescente**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

O e-commerce sob a luz da legislação consumerista.

*Leonardo Rigo da Silva
Franco Scortegagna*

1. Introdução

A formalização das contratações realizadas no comércio eletrônico independe de presença física dos contratantes no mesmo local, por isso a denominação de contratos eletrônicos. Logo, qualquer meio eletrônico, tais como *smartphones* e computadores, onde há a utilização de serviços de acesso a internet, são meios para realizar este tipo contratação.

Assim, o presente estudo tem por objetivo analisar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no comércio eletrônico, onde o mesmo se mantém eficaz e aplicável ao mundo cibernético, como visa expor esta análise. Contudo, há peculiaridades nas relações virtuais, onde torna-se imprescindível analisar as decisões jurisprudenciais, e as posições dos doutrinadores acerca de determinadas situações.

O *e-commerce* é relativamente recente no Brasil, por esta razão, há dúvidas a serem sanadas acerca do assunto, como por exemplo, a confiabilidade de realização de transações comerciais por intermédio digital, assim como se os contratos celebrados por esta via são regidos pelas disposições do Código de Defesa do Consumidor.

O presente artigo não pretende esgotar o assunto, apenas trazer à tona as considerações acerca do *e-commerce*, da contratação eletrônica e a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nesta modalidade relativamente nova de comércio. Na presente análise será abordado desde

o histórico das relações consumeristas e da sociedade consumo, passando pela apresentação dos elementos que formam uma relação consumerista.

Em seguida, aborda-se as novas formas de contratação de bens e serviços, onde será apresentado a conceituação de comércio eletrônico e sua importância, bem como o estudo da contratação por intermédio digital. Ainda, analisar-se-á o direito do arrependimento desde sua conceituação até sua aplicabilidade.

Por fim, com enfoque maior deste estudo, analisar-se-á a responsabilidade civil, desde sua forma de aplicação nas relações de consumo convencionais, até sua aplicabilidade nas relações estabelecidas através do *e-commerce*.

2. As relações de consumo.

Para uma total compreensão do presente estudo faz-se necessário compreender o Código de Defesa do Consumidor, pois, além de ser o norteador deste trabalho, é o resultado de uma série de lutas e ocorrências históricas, nacionais e internacionais, que visavam à defesa do consumidor.

Descrevendo de maneira simples e concisa, o CDC nada mais é que um conjunto de regras e princípios que cuidam da tutela dos consumidores em geral, visando diminuir a fragilidade do mesmo em relação ao fornecedor. Portanto

Cuida-se de um verdadeiro exercício de cidadania, ou seja, a qualidade de todo ser humano, como destinatário final do bem comum de qualquer Estado, que o habilita a ver reconhecida toda a gama de seus direitos individuais e sociais, mediante tutelas adequadas colocadas à sua disposição pelos organismos institucionalizados, bem como a prerrogativa de organizar-se para obter esses resultados ou acesso àqueles meios de proteção e defesa. (FILOMENO, 2018, p:57)

Percebe-se que o Código se tornou um paradigma na proteção dos consumidores, tornando-se essencial para o bom funcionamento da sociedade e uma garantia ao consumidor, visto que, anterior ao CDC, às normas que regulavam as relações de consumo eram-lhe pouco favoráveis.

Inegável é sua importância, tanto nacional quanto internacionalmente, por reconhecer a vulnerabilidade do consumidor e estabelecer a boa-fé como o princípio base das relações de consumo. Para Rizzatto Nunes (2018, p. 78), o CDC deu origem a um novo tipo de modelo jurídico dentro do sistema constitucional brasileiro, ainda não explorado por completo.

2.1 Sociedade de consumo.

Afim de sanar todas as questões aqui apresentadas, por menores que sejam, faz-se necessário compreender o conteúdo basilar deste estudo, logo, o que se entende por consumo. Em sua essência, consiste na aquisição de bens e serviços fabricados e/ou disponibilizados por pessoas físicas ou jurídicas. Segundo Canclini (1999, p. 77), entende-se por consumo todo o conjunto de processos socioculturais que englobam a apropriação e utilização de bens e serviços. Já no entendimento de Agostinho Oli Koppe Pereira:

O consumo é algo necessário para a vida. Todos os seres vivos consomem energia para sua subsistência. As plantas consomem oxigênio e utilizam energia solar para sua sobrevivência. O homem, por sua vez, retira dos alimentos a energia necessária para se manter vivo e para a satisfação das necessidades diárias; utiliza-se de outras formas de energia, como a eletricidade, por exemplo. (2010, p. 17).

Não existe sequer um dia em que qualquer pessoa, por menor que seja seu poder aquisitivo, não faça o consumo de algum bem ou serviço. A

todo momento se está consumindo, seja em produtos como comida, roupas, videogames, ou mesmo serviços como luz elétrica, água e internet. Portanto, o consumo não cessa nunca, é uma atividade econômica que está sendo realizada o tempo inteiro.

Por estar tão enraizado na sociedade, o consumismo, por vezes, passa despercebido. O simples ato de acender uma lâmpada ou tomar um copo de água, torna-se imperceptível aos olhos das pessoas, contudo, mesmo nesses pequenos feitos já existe a presença do consumo. Bauman, esclarece que:

Aparentemente, o consumo é algo banal, até mesmo trivial. É uma atividade que fazemos todos os dias, por vezes, de maneira festiva, ao organizar um encontro com os amigos, comemorar um evento importante ou para nos recompensar por uma realização particularmente importante – mas a maioria das vezes é de modo prosaico, rotineiro, sem muito planejamento antecipado nem reconsiderações. (2008, p. 37)

A sociedade é, em sua essência, dependente do consumo. Tal afirmação se apoia na constante busca dos indivíduos por melhores condições financeiras para suprir suas necessidades consumeristas, sejam elas essenciais, tais como alimento, moradia e transporte, ou mesmo supérfluas, como moda, entretenimento e turismo. De toda maneira, vive-se em uma sociedade, que gira entorno da busca por maior poder aquisitivo para suprir suas necessidades de consumo. Sodré define sociedade de consumo, como:

[...] é aquela na qual, tendo fundamento em relações econômicas, capitalistas, estão presentes, pelo menos, cinco externalidades: (i) produção em série de produtos, (ii) distribuição em massa de produtos e serviços, (iii) publicidade em grande escala no oferecimento dos mesmos, (iv) contratação de produtos e serviços via contrato de adesão e (v) oferecimento generalizado de crédito direto ao consumidor. (2007, p. 25)

Pode-se dizer que a sociedade de consumo é também uma sociedade capitalista, em que o crescimento da atividade comercial, empresarial e, por consequência, de consumo se evidencia pela ascensão da economia e geração de capital.

2.2 O direito do consumidor como direito fundamental.

Compreende-se por direito do consumidor o conjunto de regras e princípios que tratam sobre as relações consumeristas. Trata-se de um ramo relativamente novo, que objetiva disciplinar o equilíbrio das relações desequilibradas, visto que o consumidor - a parte mais frágil da relação - não possui o mesmo conhecimento acerca do produto ou poder econômico que o fornecedor possui.

Dadas suas peculiaridades, o direito do consumidor possui um conjunto de regras próprio: o Código de Defesa do consumidor, também conhecido como CDC. Entender a origem desse instituto jurídico se faz necessário, visto a magnitude da sua relevância para o ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar de se inspirar em movimentos consumeristas internacionais e da própria Revolução Industrial, a fim de manter a pesquisa mais sucinta, limitar-se-á apenas aos movimentos brasileiros.

Afirma Maran (2004) que a essência de uma dita proteção ao consumidor tem suas raízes na época do Brasil Império, mesmo que sem nenhuma legislação específica, visto que os juizes da época já reconheciam o consumidor como a parte vulnerável da relação. Foi somente com a Constituição Federal de 1934, em seus artigos 115 e 117, que surgiram, de fato, normas constitucionais que protegiam o consumidor.

Contudo, o avanço mais significativo foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, baseando-se em legislações prévias

específicas, como a Lei de Repressão ao Abuso de Poder Econômico nº 4.137 de 1962, a Lei nº 7.247 de 1985, Lei nº 7.492 de 1986, entre outras, estabeleceu a âmbito constitucional a proteção dos direitos do consumidor. Conforme Wander Garcia:

É importante destacar que a Constituição determinou a elaboração de um código de **defesa** do consumidor, e não de um mero código de relações de consumo. Isso significa que o código deveria trazer (e trouxe!) normas que tomam partido em favor do consumidor, tratando-o de maneira especial, com vantagens e prerrogativas maiores do que as do fornecedor, tudo com vistas a deixar mais equilibrada a relação jurídica entre os dois. (2014, p. 1169)

Somente em 1990, surge o Código de Defesa do Consumidor, que, de acordo com MARAN (2004), cria um microsistema jurídico, catalogando princípios, normas e instrumentos específicos para a proteção do consumidor.

Haja vista a história deste instituto jurídico, bem como sua importância no ordenamento jurídico brasileiro, é perfeitamente cabível, senão necessária, sua inserção do direito do consumidor na Constituição Federal. Dispõe o inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

A Constituição Federal de 1988 se encontra no topo do ordenamento jurídico brasileiro, pois encontram-se nela previstos os direitos, garantias e princípios fundamentais. Assim sendo, todos os direitos previstos em seu texto, são considerados como fundamentais, dessa maneira, o direito do consumidor encontra sua validade como direito fundamental. De acordo com Cláudia Lima Marques que:

“a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos direitos dos consumidores no Brasil [...], garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor” (2009, p. 27).

Conclui-se que o direito do consumidor como direito fundamental se sustenta desigualdade das relações consumeristas, dessa maneira é imbuído ao Estado o dever de regular, bem como intervir, nas relações objetivando equalizar os interesses das partes.

3. Elementos da relação de consumo.

Não há de se falar no impacto do *e-commerce* na legislação consumerista sem entender o conceito desse tipo de relação. Pelo entendimento de Nunes (2018), caracterizar-se-á relação de consumo sempre que houver em um polo da relação o consumidor e no outro o fornecedor, em que os mesmos transacionam produtos ou serviços.

Em uma relação jurídica de consumo, há dois tipos de sujeitos: os subjetivos, sendo estes o consumidor e o fornecedor; e os objetivos, sendo estes produtos ou serviços. Para que haja uma relação de consumo de fato, há a necessidade da presença de todos os elementos subjetivos e pelo menos um elemento objetivo. A ausência de qualquer um desses requisitos configura a descaracterização da relação.

Um dos elementos subjetivos da relação de consumo é o chamado consumidor, que de acordo com Sidou (1977) trata-se de uma pessoa, seja ela natural ou jurídica, que adquire bens e serviços para seu uso próprio, e não depende de manifestação da vontade, logo, sem forma especial, salvo se a lei exigir expressamente.

O entendimento do legislador também vislumbra que, de acordo com o *caput* do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. (BRASIL, 1990). Contudo, observa-se na parte final do artigo supracitado, a caracterização da chamada teoria finalista, teoria na qual a doutrina brasileira majoritária se baseia. Ela define como

consumidor apenas a pessoa que compra o produto ou serviço, sem objetivar a revenda, ou seja, não visando ao lucro. Assim sendo:

Nosso entendimento é de que consumidor é pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final fático e econômico, isto é, sem reempregá-lo no mercado de consumo com o objetivo de lucro. (MIRAGEM, 2008, p. 83)

Vistos os defeitos da teoria finalista, surge a teoria finalista mitigada, uma corrente doutrinária e jurisprudencial que apresenta a definição de consumidor de uma forma mais abrangente e levando em consideração que uma pessoa jurídica ou empresário individual também pode ser considerado consumidor, mesmo na hipótese de empregar o bem adquirido como insumo ou ser reempregado no mercado de consumo, assim, não sendo considerado seu destinatário final. Dessa forma,

Consumidor é uma definição ampla de seu alcance material. No CDC, o consumidor não é uma definição meramente contratual (o adquirente), mas visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa, e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não comparadas, sejam ou não destinatárias finais. (BENJAMIN; BESSA; MARQUES, 2009, p.83)

Observa-se que o conceito-chave que define a teoria do finalismo mitigado é a presunção de vulnerabilidade, ou seja, uma situação que fragiliza o sujeito de direito, desequilibrando assim a relação consumerista. Essa situação pode ser permanente, provisória e individual ou coletiva.

A seguir, esmiúça-se o outro elemento das relações consumeristas, o chamado fornecedor. Estando no lado diretamente oposto da relação, o fornecedor é o responsável pela oferta de produtos e serviços, sendo esse,

quaisquer atividades oferecidas no mercado consumerista, mediante a remuneração, e aquele, qualquer bem móvel ou imóvel e material ou imaterial. Preciso é o *caput* do art. 3º do CDC, ao definir fornecedor como qualquer pessoa que desenvolve atividades ligadas à produção ou à prestação de serviços. (BRASIL, 1990). O CDC é propositalmente vago ao tipificar as pessoas tidas como fornecedoras, justamente por buscar atingir o maior número possível de modelos. Na visão de Nunes:

São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no país, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da administração direta etc. (2018, p. 93)

Assim, entende-se por fornecedor toda pessoa capaz, seja ela física ou jurídica, bem como os entes desprovidos de personalidade, que disponibiliza um bem ou serviço em troca da devida remuneração.

O CDC fez a divisão dos elementos objetivos em serviços e produtos. O primeiro abrangendo as atividades remuneradas ofertadas no mercado, e o segundo, os demais bens em circulação. Dessa maneira, Nascimento explicita em sua obra:

Ao conceito de produto, interessa saber que é um bem com determinado conteúdo finalístico. É um bem porque, no sentido genérico, tem aptidão para satisfazer necessidades humanas e, mais do que isto, tem valor econômico e pode ser objeto de uma relação jurídica entre pessoas. (1991, p. 23)

Tanto o produto quanto o serviço, são facilmente diferenciáveis um do outro, pois basta apenas verificar qual o tipo da obrigação: se for obrigação de dar, trata-se de um produto, caso for obrigação de fazer, trata-se de um serviço. Importa frisar que a presença de pelo menos um

desses se faz necessária para a caracterização da relação entre consumidor e fornecedor

O CDC define no §1º do seu artigo 3º que produto pode ser qualquer bem colocado no mercado de consumo, podendo ser imóvel ou móvel, material ou imaterial. Portanto, produto nada mais é que uma coisa, que dentro da relação de consumo é ofertada no mercado pelo fornecedor em troca de remuneração.

Do outro lado, tem-se o objeto da obrigação de fazer: o serviço. O CDC no §2º do seu art. 3º define como serviço qualquer atividade fornecida no mercado por um fornecedor, em troca de remuneração. A aceção de Lisboa sintetiza de forma muito mais clara esse conceito:

O melhor raciocínio leva à inexorável conclusão segundo a qual todas as demais áreas jurídicas, afora a trabalhista, podem conter relações que sofrem incidência do microssistema de defesa do consumidor. Pouco importa que o serviço, como atividade remunerada, seja de natureza civil, comercial ou administrativa. (2001, p. 176)

Nota-se que o principal elemento caracterizador de uma prestação de serviço é a remuneração, portanto as atividades oferecidas de forma gratuita são excluídas da esfera de aplicação do CDC. Assim sendo, a contraprestação deve ser economicamente favorável para que se torne viável a formação de uma relação de consumo, ou seja, é necessário que haja onerosidade na relação.

Ainda, é importante frisar a necessidade de amparar o consumidor, parte mais fraca das relações de consumo, pois nestas evidencia-se a desigualdade entre fornecedores e consumidores. Assim sendo, o princípio da vulnerabilidade surge como um norteador dos conflitos entre consumidores e fornecedores.

3.1 O princípio da vulnerabilidade do consumidor

O princípio da vulnerabilidade define o consumidor como a parte mais vulnerável de uma relação de consumo, de maneira a sempre encontrar-se em situação desfavorável ao fornecedor, pelo fato de não possuir o conhecimento técnico necessário para avaliar a qualidade dos produtos ou serviços oferecidos. Nos dizeres de Antônio Herman Benjamin “A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educadores ou ignorantes, crédulos ou espertos” (2013, p. 272)

A vulnerabilidade também se encontra presente no comércio eletrônico, porém, de forma mais ampla que nas relações tradicionais, visto que, uma série de fatores é acrescida nesse tipo de relação. Logo, a adaptação do conceito de vulnerabilidade busca equilibrar as relações de consumo via *e-commerce*, trazendo, assim, uma nova interpretação do modelo tradicional, de modo a remediar as necessidades do consumidor virtual. Neste sentido, afirma Paulo Valério Dal Pai Moraes:

O princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor. É lícito até dizer que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda a Teoria Geral dessa nova disciplina jurídica [...] A compreensão do princípio, assim, é pressuposto para o correto conhecimento do Direito do consumidor e para a aplicação da lei, de qualquer lei, que se ponha a salvaguardar o consumidor. (2009, p. 13).

Além de sua vulnerabilidade, o consumidor também pode ser considerado como hipossuficiente, haja vista as adversidades e peculiaridades do meio tecnológico.

É essencial mencionar a falta de voz ativa do consumidor no cenário digital, haja vista, o desenfreado enfraquecimento do princípio da autonomia da vontade, ao passo que, quase sempre a única forma de celebração contratual é o contrato de adesão. O aumento das práticas

abusivas justifica-se nesse cenário, pois o consumidor se torna um mero aceitante das imposições do contrato virtual.

Assim sendo, é razoável a afirmação que o comércio eletrônico trouxe consigo uma nova realidade e, por consequência, uma nova espécie de vulnerabilidade, qual seja a eletrônica. Logo, a busca de medidas capazes de proteger o consumidor de modo mais eficaz faz-se de suma necessidade.

4. Novas formas de contratação de produtos e serviços.

A sociedade, passou a assumir o comércio eletrônico como um formato de negócios sólido e é impressionante como ganhou tamanha importância e popularidade em tão pouco tempo. A tendência é que essa forma de comércio ganhe cada vez mais espaço com o avançar da tecnologia, com a acessibilidade a ela e com a devida regularização dessa modalidade de consumo.

4.1 Comércio Eletrônico.

Entende-se, atualmente, por comércio eletrônico, também conhecido como *e-commerce*, todas as relações de consumo estabelecidas via internet. Entretanto é importante salientar que comércio eletrônico não é o termo ideal para as transações via internet, visto ser um termo antigo e abrangente, logo, utilizado por outras formas de transações por meios eletrônicos que não a internet, por exemplo, fax, ATM, entre outros. Todavia, para facilitar o estudo, o termo será utilizado neste trabalho para se referir às transações efetuadas via internet.

Com o advento da internet boa parte das formas de vendas acabou por perder seu espaço. A praticidade, eficiência e rapidez oferecida pelo comércio eletrônico é algo que nenhuma outra modalidade de comércio possui, tornando-a a primeira opção de grande parcela da população.

Entre algumas das vantagens, é válido citar a não necessidade de deslocamento a um local físico para avaliar o produto, permitindo assim maior conforto por parte do consumidor. Assim, Patricia Peck esclarece que:

Uma das grandes mudanças trazidas pelas práticas comerciais via internet em geral foi a desmaterialização física do produto, ou seja, a perda do suporte, permitindo que este pudesse então circular livremente pelos meios digitais. (2016, p.147)

A fim de comparação e por entendê-lo como a modalidade mais aproximada do comércio eletrônico no quesito praticidade e distanciamento do consumidor do fornecedor, utilizar-se-á o sistema de vendas por telefone.

Por muito tempo, o sistema de vendas via telefone fora utilizado por uma grande parcela de empresas para vender seus produtos ou serviços. Ainda hoje é uma estratégia muito utilizada, entretanto, com a popularização da internet, essa formade transação acabou por perder muito seu espaço, isso se deve à praticidade que o comércio eletrônico oferece, visto que a demora de 30 minutos no telefone para efetuar uma compra é substituída com apenas um clique de um *mouse*.

De acordo com Patricia Peck, “as transações de comércio eletrônico não diferem das feitas por outros meios de comunicação remota ou não presencial, como a compra por telefone” (2016, p. 146).

Assim como todas as relações de consumo, o *e-commerce* possui inúmeras vantagens, mas também consideráveis desvantagens. Dentre as vantagens, destacam-se o baixo custo, a variedade de bens e serviços, a comodidade na hora de escolher, bem como, a facilidade de contratar. Contudo as desvantagens também precisam ser destacadas, dentre as quais, a falta de contato com o produto, a limitação de serviços e produtos

que podem ser comercializados via *e-commerce* e a dificuldade de efetuar reclamações, que precisam ser feitas via telefone ou e-mail.

4.2 Contratos eletrônicos.

O modelo contratual utilizado no comércio eletrônico é o chamado contrato virtual, também chamado de contrato eletrônico. Esclarece Venosa (2008) que o contrato nada mais é que um encontro de vontades. Assim sendo, um contrato eletrônico é um encontro de vontades que se dá exclusivamente através de meios eletrônicos.

Vastas são as conceituações doutrinárias que definem a contratação virtual. Nas palavras de Leal (2007, p. 79), por exemplo, contrato eletrônico é “aquele em que o computador é utilizado como meio de manifestação e de instrumentalização da vontade das partes”. Já no entendimento de Samy Glanz:

Os contratos eletrônicos podem ser definidos como aqueles contratos celebrados por meio de programas de computador ou de aparelhos que os contenha, nos quais a assinatura é dispensada ou exigida através de codificação ou senha. (1998, p. 72)

Apesar de terem características e forma própria, a validade dos contratos eletrônicos é apurada tal qual qualquer negócio jurídico e está diretamente ligada à segurança jurídica. É necessário estarem presentes os pressupostos de validade discriminados no artigo 104 do Código Civil de 2002, tais como: agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei e bem como, não haver vícios de consentimento.

Além dos pressupostos de validade, os princípios gerais do Direito Contratual também são utilizados nos contratos virtuais. Ainda existem também os princípios específicos de tais contratos, sejam eles: o princípio da identificação, da autenticação, do impedimento de rejeição, da

verificação, da privacidade, da equivalência funcional dos contratos realizados em meios eletrônicos com os contratos realizados por meios tradicionais, da neutralidade e da perenidade das normas reguladoras do ambiente digital, da conservação e aplicação das normas jurídicas existentes aos contratos eletrônicos, e da boa-fé objetiva. Tais princípios precisam ser respeitados em toda contratação feita por intermédio digital.

Para melhor compreensão dos contratos eletrônicos, outra matéria substancial é a classificação deles. Santos e Rossi (2000) os classificam como intersistêmicos, interpessoais e interativos. Intersistêmico, uma vez que os contratantes utilizam o computador apenas como forma de comunicação, pois o contrato já fora celebrado previamente por meios tradicionais. Interpessoal, pois aqui o computador é usado diretamente para a formação do contrato.

E por último, não de menor importância, o interativo, atualmente a forma mais utilizada, que consiste em uma relação de consumo em que um sistema eletrônico previamente programado intermedeia a relação entre o fornecedor e o consumidor.

5. Direito de arrependimento.

É nítida como a contratação eletrônica se incorporou à sociedade, de maneira a possibilitar que qualquer produto ou serviço possa ser adquirido via intermédio digital. Faz-se, porém, necessário analisar se a legislação consumerista atual se encontra preparada para a era digital. Saliente-se o entendimento de Patricia Peck:

O consumidor atual já é digital. De certo modo, mesmo não realizando a transação através da Internet, isso não quer dizer que a forma de coletar informações sobre bens e serviços já não ocorra de modo maciço pela web. Ou seja, desde o advento do Código de Defesa do Consumidor brasileiro (CDC),

em 1990, estamos assistindo ao amadurecimento das relações de consumo e do próprio consumidor. (2016, p. 157)

Em se tratando de vendas realizadas fora do estabelecimento empresarial, o CDC prevê, em seu artigo 49, o direito do consumidor ao arrependimento, onde através desse direito o consumidor pode, em até 7 dias, desistir da compra e reaver seu investimento. Segundo José Carlos Maldonado de Carvalho:

O Código ao referir-se às contratações “especialmente por telefone ou a domicílio”, o fez de modo exemplificativo (*numerus apertus*), razão pela qual sujeita-se também ao direito de arrependimento toda e qualquer contratação celebrada fora do estabelecimento comercial, o que inclui, *ipso facto*, as que venham a ser realizadas através de fax, videotexto, mala direta, *e-mail*, em domicílio, etc. (CARVALHO, 2008, p.135-136, grifos do autor).

Portanto, fora do estabelecimento comercial, o consumidor não dispõe de um contato efetivo com o produto ou serviço, logo, não pode examinar o produto de maneira completa, tampouco averiguar a qualidade do serviço ofertado. O consumidor se vê inserido em uma posição inesperada, onde por vezes, encontra-se vulnerável às práticas abusivas de fornecedores. Nessa vulnerabilidade, gerada pela impossibilidade de contato físico com o produto/serviço que se encontra a necessidade de proteção do consumidor pelo direito de arrependimento.

Em 2013, fora publicado o Decreto nº 7.962 também conhecido como Lei do *e-commerce*, que adequou o CDC às contratações via comércio eletrônico. O decreto foi responsável por regular essa área do direito que nos últimos anos vem tendo um crescimento exponencial. Um dos pontos mais significativos que o Decreto trouxe consigo fora a adequação do Direito de Arrependimento ao comércio eletrônico. Prevê em seu art. 5º que:

Art. 5º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

§ 1º O consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

§ 2º O exercício do direito de arrependimento implica a rescisão dos contratos acessórios, sem qualquer ônus para o consumidor.

§ 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que:

I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou

II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.

§ 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento. (BRASIL, 2013)

O art 49º do CDC prevê um prazo de 7 dias para desistência do contrato, a contar data da contratação ou do ato de recebimento do produto ou serviço. Contudo, em se tratando de compras realizadas pela internet, a contagem de 7 dias inicia-se a partir do ato de recebimento e não da contratação, pois “a interpretação deve prestigiar a finalidade da norma: proteger o comprador que, até o recebimento físico do bem, não pode examinar adequadamente o produto.” (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2009, p.292). Ao estipular um o prazo de 7 dias para o arrependimento do consumidor, o legislador considerou esse período como coerente para a reflexão da compra realizada.

Quanto ao parágrafo único do art. 49 do CDC, Leonardo de Medeiros Garcia ensina que:

Exercido o direito de arrependimento, o consumidor deverá receber de forma imediata a quantia paga, monetariamente atualizada, voltando ao *status quo*

ante. Assim, todo e qualquer custo despendido pelo consumidor deverá ser ressarcido, como o valor das parcelas pagas, além de outros custos, como os de transporte, por exemplo. Além disso, a norma autoriza que a restituição seja feita de forma imediata, ou seja, o fornecedor não poderá impor prazo ao consumidor para que restitua os valores. (2008, p.260).

Cumprе ressaltar que, o direito de arrependimento independe de vícios do produto ou serviço. Nessa esfera, o artigo 51 do CDC enumera um rol de cláusulas abusivas consideradas nulas de pleno direito, dentre as quais, interessa ao presente trabalho, à devolução dos valores pagos pelo consumidor, garantidos pelo parágrafo único do artigo 49. Ada Pellegrini Grinover e outros comentam que:

O fornecedor que opta por práticas comerciais mais incisivas, como as vendas em domicílio ou por marketing direto, isto é, fora do estabelecimento comercial, corre o risco do negócio, de modo que não tem nem do que reclamar se a relação jurídica é desfeita em virtude do arrependimento do consumidor. Essa situação de arrependimento e resolução do contrato de consumo é ínsita aos negócios estabelecidos mediante essa prática comercial. (GRINOVER et al, 2007, p. 563).

No geral, o direito de arrependimento abre ao consumidor o direito de se arrepender de suas compras realizadas em ambiente virtual, desde que respeitado o prazo de reflexão de sete dias a serem contados da data da assinatura do contrato ou do recebimento do produto.

Contudo, existem ocasiões onde o arrependimento se tornará inviável por conta da natureza do produto. É o caso da aquisição de produtos de consumo imediato como os filmes, vídeos e *e-books*. Nestes casos, percebe-se uma instabilidade na relação, onde o fornecedor encontra-se em uma situação de desigualdade perante o consumidor, pois no momento em que efetiva o *download* do arquivo em seu computador,

estará apto a reproduzir o conteúdo e, em seguida, solicitar o seu direito de arrependimento sobre o negócio efetivado, acarretando inegável prejuízo ao fornecedor do produto.

É nítido que o CDC deixou de trazer limites ao direito ao arrependimento. Dessa forma, torno possível que a interpretação do seu art. 49 se dê de dois modos distintos, sejam eles: a interpretação literal e a interpretação teleológica.

Na interpretação literal do art. 49, o exercício do direito ao arrependimento será sempre possível, sendo irrelevante a natureza do produto. Assim sendo, o fornecedor suportará todos os riscos inerentes às vendas em plataformas virtuais (extravios, reembolsos, arrependimento etc).

Do outro lado, a interpretação teleológica, sugere uma aplicação mais amena do direito ao arrependimento, onde se deve analisar a subjetividade de cada caso para aplicação desse direito. Nesse sentido Marcel Leonardi, explica:

De fato, defender o caráter absoluto do direito de arrependimento, sem levar em consideração sua inaplicabilidade e sua inadequação em determinadas relações de consumo – decorrentes tanto da natureza dos produtos ou serviços ou das circunstâncias de contratação e de utilização desses produtos ou serviços – pode levar a graves distorções e possibilitar a prática de abusos por parte do consumidor. (LEONARDI, 2019)

Apesar do CDC não prever nenhuma hipótese de limitação do direito de arrependimento, pode-se encontrar amparo no art. 187 do Código Civil de 2002 onde: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Na definição de Rizzato Nunes:

Pode-se definir o abuso do direito como o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem. Ou, em outras palavras, o abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular. (2018, p. 129)

Logo, o abuso de direito ocorre sempre que o exercício de um direito ultrapassa a conduta justa. Aplicar o abuso ao direito de arrependimento significa frear a prática de condutas cometidas de má-fé onde há o favorecimento do consumidor.

Apesar de ainda não existir um rol exemplificativo de limitações ao direito de arrependimento, o ordenamento jurídico brasileiro tem analisado as particularidades de cada caso, utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da boa-fé para harmonizar a proteção do consumidor e o desenvolvimento econômico. Nesse ponto, há de se aprimorar a legislação consumerista, pois se faz necessária uma previsão legal mais pontual na limitação do direito do arrependimento.

6. Responsabilidade civil nas relações de consumo.

Com o avanço das sociedades as relações humanas começaram a se tornar cada vez mais frequentes. No entanto, há relações que acabam por ocasionar conflitos de interesses, conflitos esses que podem vir a causar prejuízos à alguma das partes. Objetivando organizar a vida em sociedade e sanar esses problemas, foram criadas regras de conduta, entre as quais muitas foram abrangidas pela legislação, além da criação de leis que objetivam a regulação dessas relações interpessoais.

A ação geradora de dano enseja responsabilidade tanto no âmbito penal quanto no cível. No entanto, o presente estudo se atém à análise da responsabilidade civil por danos ocasionados nas relações do comércio virtual, ou *e-commerce*. De acordo com Cavalieri Filho:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*. Impera neste campo o princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima à situação anterior à lesão. Isso se faz através de uma indenização fixada em proporção ao dano. Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto (Daniel Pizzaro, in Danos, 1991). Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados. (2012, p. 14)

Logo, o objetivo da reparação civil é retornar a vítima à situação anterior ao ato ilícito, com base no princípio da *restitutio in integrum* que significa “restaurar à condição originária”, pressupõe-se, assim, o dever de reparar a parte lesada, visando restituí-la ao *status quo ante*, ou, ao menos, minimizar seus prejuízos.

O artigo 927 do Código Civil, diz que a responsabilidade civil será verificada mediante a comprovação de culpa do autor do dano (responsabilidade subjetiva), salvo as hipóteses em que a lei, expressamente, prevê que a responsabilidade se dá independentemente de comprovação da culpa ou quando a atividade desenvolvida colocar em risco a sociedade (responsabilidade objetiva).

6.1 Responsabilidade civil subjetiva e objetiva.

Pautando-se no artigo 927 do Código Civil de 2002, a responsabilidade civil se divide em duas: subjetiva e a objetiva. A responsabilidade civil subjetiva, tem como fundamento a culpa em sentido amplo, ou seja, exige-se a comprovação de um ato intencional negligente, imprudente ou imperito como a causa do dano.

Já a responsabilidade civil objetiva traz como seu fundamento o risco, sendo desnecessária a comprovação de culpa do provocante do dano. Esse conceito surgiu em virtude do grande número de pedidos de indenizações nos quais a parte lesada não conseguia comprovar a culpa da parte causadora do dano. Então, visto que o objetivo de uma reparação civil é melhorar a situação da vítima, começou-se aceitar em determinadas situações a responsabilização sem comprovação de culpa. Cavalieri Filho expõe sobre o tema:

Por essa concepção clássica, todavia, a vítima só obterá a reparação do dano se provar a culpa do agente, o que nem sempre é possível na sociedade moderna. O desenvolvimento industrial, proporcionado pelo advento do maquinismo e outros inventos tecnológicos, bem como o crescimento populacional geraram novas situações que não podiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa. (2012, p. 18).

É imprescindível salientar que a responsabilidade civil se desmembra em três elementos essenciais: a conduta humana, o nexo causal e o dano. Assim, na responsabilidade objetiva não se faz necessária a comprovação da culpa do agente, apenas a existência de nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano resultante.

6.2 A responsabilidade civil objetiva como regra.

O Código de Defesa do Consumidor, que rege todas as relações de consumo, inclusive o *e-commerce*, disciplina a responsabilidade civil de maneira diversa ao Código Civil de 2002, pois, enquanto o CC determina que a regra é a responsabilidade subjetiva e a exceção a objetiva, o CDC adota a forma oposta, sendo a regra a responsabilidade objetiva e a exceção a subjetiva.

Visando a melhora da situação do consumidor, o CDC trouxe a responsabilidade civil objetiva como regra geral nas relações de consumo,

logo, inexistente a necessidade de comprovação de culpa do fornecedor, salvo em casos excepcionais em que este Código determina. De acordo com Cavalieri Filho:

A responsabilidade estabelecida no Código de Defesa do Consumidor é objetiva, fundada no dever de segurança do fornecedor em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, razão pela qual não seria também demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva. (2012, p.18).

Assim sendo, uma vez que fora configurado o dano em uma relação de consumo, inclusive por meios eletrônicos, o consumidor poderá recorrer ao poder judiciário visando uma reparação pelo dano que lhe fora causado, sendo que a responsabilização do fornecedor se dará objetivamente, independentemente da culpa do mesmo.

6.3 A responsabilidade pelo fato ou vício do produto.

Buscando delimitar de forma adequada a responsabilidade civil das relações consumeristas, em especial na relação de e-commerce, é essencial diferenciar vício e o fato do produto ou serviço.

Tem-se por vício, uma falha no dever de adequação, onde o produto apresenta um mau ou não funcionamento, diminuindo assim a sua qualidade ou quantidade, acabando por ocasionar um dano de natureza patrimonial ao consumidor. A responsabilização por vício encontra sua previsão nos artigos 18 a 25 do CDC.

Já o fato do produto ou serviço, que encontra sua previsão nos artigos 12 a 17 do CDC, consiste na exteriorização do vício do produto, resultando assim, em uma quebra no dever de segurança, gerando um dano à vida, saúde e segurança do consumidor. Corroborando ao tema, Thomaz (2009, p.226) leciona que “o fato do produto pressupõe uma repercussão externa,

causando dano, prejuízo ao consumidor, desfalcando seu patrimônio ou atingindo algum atributo moral”.

Frente a análise dos dispositivos legais do vício e fato de produtos e serviços, faz-se nítido que a regra aqui é reponsabilidade objetiva e solidária entre todos os fornecedores, salvo o comerciante quando se tratar de fatos do produto, que será subsidiária, visto que, o comerciante não participa produção do produto, logo, responsabilizá-lo por algo que não poderia ser evitado por ele é errado.

6.4 Excludentes de responsabilidade civil do fornecedor

O Código de Defesa do Consumidor no § 3º de seu artigo 12, lista um rol de excludentes de responsabilidade civil do fornecedor. Em seu primeiro inciso, indica excludente de responsabilidade do fornecedor caso o mesmo prove que não inseriu o produto no mercado. Essa situação acontece quando o produto é falsificado ou por outros meios criminosos seja inserido no mercado. Nesse caso, a responsabilidade incide sobre quem de fez a inserção do produto no mercado.

O inciso dois, prevê a hipótese em que fornecedor colocou o produto no mercado, porém inexistente defeito no mesmo. Preleciona Sanseverino que:

“Não basta que os danos sofridos pelo consumidor tenham sido causados por um determinado produto ou serviço. É fundamental ainda que esse produto ou serviço apresente um defeito, que seja a causa dos prejuízos sofridos pelo consumidor” (2002, p. 265)

Assim sendo, se o produto não apresentar nenhum defeito que diminua sua qualidade ou quantidade, logo, não cause nenhum dano ao consumidor, não se poderá falar em indenização.

Já o inciso três, trata da hipótese de culpa exclusiva da vítima. Neste caso o Código prevê a possibilidade de exclusão da responsabilidade pelo uso inadequado do produto pelo adquirente ou por terceiro. Contudo, não é somente o uso inadequado que pode exonerar o dever de indenizar, pode ocorrer também outras hipóteses, tais como: a não observação das instruções de uso; a negligência ao manusear o produto; entregar o produto para uso de pessoa não recomendada; consumir o produto com validade vencida, dentre outras.

As doutrinas desacordam sobre a taxatividade desse rol de excludentes. Entretanto, a doutrina majoritária concorda com a não taxatividade, pois, ocorrendo fatos considerados imprevisíveis e inevitáveis que gerando danos ao consumidor, o fornecedor não deverá ser responsabilizado, pois a imprevisibilidade e inevitabilidade não são controláveis, logo, é impossível evitar o dano.

6.5 A responsabilidade civil no *e-commerce*.

Apesar da vasta inovação que a tecnologia trouxe consigo, os contratos praticados por intermédio digital possuem a mesma natureza jurídica praticados nos moldes tradicionais. Acontece que neles, a modalidade de contratação se dá a distância e é utilizada para concretizar as vontades dos contratantes, não influenciando na sua natureza jurídica ou na sua eficácia.

O conceito dessa nova teoria dos contratos aplicados ao CDC tem por objetivo resguardar o consumidor e estabelecer nas relações os princípios da lealdade, boa-fé e equidade ao âmbito dos contratos de consumo, conforme explicita Cláudia Lima Marques:

Para a nova teoria contratual, positivada no CDC, a vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o único fator decisivo: a lei assume um papel nuclear como ativo garante da nova equidade contratual. As

normas do CDC, que orientarão a conduta das partes nas relações contratuais de consumo no mercado brasileiro, valorizam tanto a vontade do consumidor como a boa-fé, a segurança, o equilíbrio, a lealdade e o respeito nas relações de consumo. A finalidade das novas normas e trazer maior transparência as relações de consumo, e proteger a confiança dos consumidores no vínculo contratual e nas características do produto ou serviço fornecido, e impor maior lealdade e boa-fé nas práticas comerciais dos fornecedores, e alcançar o necessário equilíbrio nas relações contratuais de consumo. (2016. p.1479)

Nos contratos celebrados por intermédio digital são aplicadas as normas do CDC, entretanto, regulamentado para o comércio eletrônico pelo Decreto nº 7.962/2013, conjuntamente com a Lei nº 12.965/2014, o Marco Civil da Internet. O Decreto nº 7.962/2013 regula a proteção contratual no *e-commerce* e fixa como parâmetros a prestação de informações claras e precisas acerca do produto, serviço e do fornecedor; atendimento facilitado ao consumidor e respeito ao direito de arrependimento.

Considerações finais.

Através do presente trabalho fora possível verificar que o uso das vias eletrônicas como forma de comunicação da vontade entre as partes de uma contratação consumerista, não modifica a natureza e os efeitos desses atos, essa inovação apenas modifica o instrumento de comunicação da vontade dos participantes do negócio jurídico. As novidades oriundas do comércio digital não alteraram a abrangência do Código de Defesa do Consumidor. Assim, resta demonstrado que o consumidor no comércio eletrônico encontra seu amparo no CDC, assim como, um consumidor comum.

Contudo, apesar da segurança no comércio eletrônico, ter se demonstrada eficaz, faz-se necessário um maior cuidado do consumidor em relação ao produto oferecido de forma digital, quanto à sua

identificação, qualidades e riscos à segurança, através da utilização de sistemas que minimizem o risco de desvio, roubo e etc.

A Lei nº 12.965/2014, também chamada de Marco Civil da Internet, estabeleceu parâmetros para a utilização da internet no Brasil enquanto o Decreto nº 7.692/2013 regulamentou o Código de Defesa do Consumidor quanto a contratação no comércio eletrônico. Entretanto, essa legislação não afasta aplicabilidade CDC, pois as obrigações oriundas do e-commerce não respeitam a uma nova fonte obrigações, trata-se, somente, de um novo meio de relacionamento entre consumidor e fornecedor.

Por fim, é ressaltado-se que a cada passo dado pela tecnologia na seara consumerista, as leis devem acompanhar em concomitância o progresso. Não somente a lei, mas também o legislador, para compreender a dimensão do ambiente virtual e assim, produzir a normativa específica que abranja todas as necessidades oriundas do avanço tecnológico.

Referências

BAUMAN, Zygmunt, **Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BENJAMIM. Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima.

Manual do Direito do Consumidor. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BENJAMIM. Antônio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 5. Ed., ver., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

BRASIL. **Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em: 21 de março de 2021.

.. **Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 04 de maio de 2020.

_____. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 06 de junho de 2020.

_____. **Lei n. 12.965, 25 de abril de 2014. Marco Civil da Internet.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20 de março de 2021.

_____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de junho de 2020.

CANCLINI, N. G. (1999). **Consumidores e cidadãos: conflitos multiculturais da globalização.** (4a ed.). Rio de Janeiro: Editora UFRJ

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Direito do consumidor: fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial.** 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do Consumidor.** 15. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor: Código comentado e jurisprudência.** 4. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

GARCIA, Wander. **Super-Revisão: Concursos Jurídicos.** 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2014.

GLANZ, Samy. **Internet e contrato eletrônico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos Eletrônicos – Validade Jurídica dos Contratos via Internet.** São Paulo: Atlas, 2007.

- LEONARDI, Marcel. **Produtos e serviços digitais e direito de arrependimento**. Disponível em: <http://leonardi.adv.br/2011/02/produtoseservicos-digitaisdireito-de-arrependimento/>. Acesso em 07 de mar. de 2021.
- LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001
- MARAN, Mara Suely Oliveira e Silva. **Publicidade & Proteção do Consumidor no âmbito do MERCOSUL**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- MARQUES, Claudia Lima. **Introdução ao Direito do Consumidor**. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Marques, Claudia Lima. Bessa, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.
- MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. 3. Ed., rev., atual. E ampl. De acordo com o Código civil de 2002. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor** – 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- PECK, Patricia. *Direito Digital*. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; PEREIRA, Mariana Mioranza; HORN, Luiz Fernando Del Rio. **Energia, sustentabilidade ambiental e consumismo frente à globalização**. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio. (Orgs). SANTOS,

Dagoberto Machado dos. (Coord.). *Relações de Consumo: globalização*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2010.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Manoel J. Pereira; ROSSI, Mariza Delapieve. **Aspectos Legais do Comércio Eletrônico: Contratos de Adesão**. *Revista do Direito do Consumidor*, n. 36, 2000.

SIDOU, J.M.Othon. **Proteção do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SODRÉ, Marcelo Gomes. **Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THOMAZ, Afrânio Carlos Moreira. **Lições de direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 397.

O princípio da dignidade da pessoa humana e a transexualidade na rede pública de saúde no Brasil

Maite Lazzaretti¹

Introdução

A transexualidade na sociedade atual é uma condição social que está em pauta em virtude dos hodiernos estudos de gênero e sexualidade. Pode-se verificar que essa notoriedade, também está associada à busca por direitos atinentes à identidade, à saúde, à vida e ao combate à transfobia.

Neste sentido, optou-se pelo estudo da posição transexual na saúde pública nacional e, considerando que a maioria dos direitos são reivindicados por meio de um dos maiores princípios do ordenamento jurídico, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, foi dada ênfase à busca pela saúde trans através dos anseios deste princípio. A questão que se pode problematizar ocorre quando se verifica que a transexualidade, além de sofrer com os crescentes números de transfobia, é prejudicada na saúde nacional, quando se nega ou se oferece um plano de saúde que não é digno.

A escolha do tema é justificada na curiosidade de estudar como é o acesso pela população transexual ao direito fundamental constitucional social à saúde, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que, com o constante aumento e reconhecimento de minorias, foi necessária e amplamente demandada a inclusão da população transexual no sistema de saúde pública nacional, em razão de suas vulnerabilidades e

¹ 169047@upf.br

especificidades biológicas e psicológicas, e em decorrência da demanda por um processo transexualizador digno e abrangente.

Não fornecer a dignidade humana vai contra os objetivos do Estado Democrático de Direito e dos segmentos dos maiores documentos internacionalmente positivados. Neste contexto, este estudo tem por escopo verificar como o princípio da dignidade da pessoa humana auxilia no enfrentamento das dificuldades de acesso à saúde pela população transexual e qual é a sua relação jurídica na concretização do direito à saúde como direito fundamental social.

Para tanto, foi elaborada uma análise bibliográfica das últimas pesquisas realizadas sobre as dificuldades do acesso à saúde trans no país. Neste aspecto, é viável ressaltar que a incidência da pandemia do vírus da Covid-19 na saúde trans, não foi o principal ponto estudado, pois não foram produzidos maiores estudos sobre como ela incidiu na saúde transexual até então.

2. A dignidade da pessoa humana e o direito à saúde

Os princípios tiveram que conquistar *status* de norma jurídica “superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata” e, antes de serem positivados nas constituições serviam como fonte do ordenamento e auxílio para a adequada interpretação das normas (Barcellos, 2019, p. 31). Neste sentido, observado o crescimento da globalização e o aperfeiçoamento evolutivo dos seres humanos, se nota uma intensa busca por qualidade de vida que pode ser baseada em um princípio norteador e essencial para a busca de direitos, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste viés, Sidney Guerra refere que a dignidade humana encontra alicerces no pensamento cristão, através da mensagem de Jesus Cristo e

seus seguidores, os quais transmitiam que a pessoa é dotada de atributos próprios e intrínsecos, o que a torna especial e detentora de dignidade (2017, p. 74). Acrescenta ainda, que o fruto do pensamento iluminista e as fraquezas do Estado Liberal também foram importantes para a promoção do pensamento sobre a pessoa humana. (2017, p. 76).

Após a Segunda Guerra Mundial o conceito de dignidade da pessoa humana tornou-se um consenso ético e se materializou, sendo utilizado no sentido de projeção de cada indivíduo no outro, o que fez surgir a mesma defesa em se tratando de questões controvertidas, sem muito esforço doutrinário para definir sua natureza jurídica. (Barroso, 2018, p. 245).

No âmbito internacional, merece destaque a Declaração Universal de Direitos Humanos, que trouxe em seu artigo 1º que “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”, por essa razão, é de se considerar que, em não havendo distinção entre os seres humanos, todos deveriam ter dignidade e direitos. (1948).

Já no âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, elenca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana”.

Assim o sendo, a dignidade humana tem natureza jurídica de princípio constitucional e serve como justificação moral e fundamento para direitos fundamentais. Diante disso, para que o princípio se torne um ponto de vista jurídico, deverá ser afastado de doutrinas abrangentes (religiosas ou ideológicas), ser levado em conta dentro do contexto laico, universal e neutro (quanto à política) e analisado em uma concepção

minimalista de valor intrínseco da pessoa humana², autonomia individual³ e valor comunitário⁴. (Barroso, 2018, p. 247).

A dignidade da pessoa humana auxilia a sociedade na busca e positivação de direitos específicos dos seres humanos, conforme ela vai se modificando. Para tanto, é imprescindível que a cada passo que a sociedade dá rumo ao desenvolvimento pleno, seja levado em consideração a aplicação do pensamento da manutenção de uma dignidade humana, para o fim de não alavancar meios de desigualdade ou discriminação.

Neste viés, impõe-se entender que falar em saúde, segundo ponto deste estudo, é também considerar que ela não resulta tão somente de fatores biológicos e genéticos, mas também, de questões socioambientais, econômicas, filosóficas, culturais e do modo de vida em que cada pessoa está inserida. (Silva, 2017, p. 8).

A partir da positivação na Constituição Federal de 1988 do direito à saúde como um direito fundamental social e os avanços internacionais no quesito dos direitos humanos, o direito à saúde tomou ainda mais força, no artigo 6º e nos artigos 196 e 197:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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

² O valor intrínseco conecta-se à natureza do ser, e está relacionado à origem de direitos fundamentais como o direito à vida, à igualdade, e à integridade física e moral;

³ A autonomia é a razão, envolve a autonomia pública (direitos públicos) e privada (direitos individuais) e é pressuposto necessário ao deleite do mínimo existencial;

⁴ O valor comunitário é conecto à relação humana de grupos e é destinado a promover a proteção de direitos de terceiros, a proteção do indivíduo contra si próprio e a proteção dos valores sociais;

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (Brasil, 1988).

A aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana na positivação da saúde em âmbito nacional deve ser levada em consideração em razão de que o princípio é amplamente ligado ao direito à vida, que é positivado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

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

Neste contexto, Alexandre de Moraes, afirma que “a Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência” (2002, p. 202).

Dessa forma, é possível concluir que o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio que propõe a promoção de diversos direitos, dentre eles os direitos sociais, onde está inserido o direito à saúde. Neste contexto, sendo o direito à saúde amplamente ligado ao direito à vida e demandado através dos ditames da dignidade humana, dever-se-ia ser mais fácil concretizá-lo. No entanto, o que se denota com a pesquisa que segue, é que nem sempre a saúde nacional é acessível a todos os brasileiros.

3. Um estudo sobre a transexualidade

Os estudos sobre sexo e gênero possuem ligação direta com a transexualidade e são definidos por Jorge e Travassos como dependentes:

A sexualidade, no seu *stricto sensu*, coloca em pauta questões relativas aos corpos sexuados e suas práticas sexuais, dentre elas a orientação sexual e a tão polêmica identidade de gênero, definida como a maneira pela qual o indivíduo se reconhece a partir dos gêneros feminino e masculino, incluindo toda forma de subversão à norma. (2018).

Para Rios, o desenvolvimento das ideias sexuais na perspectiva dos direitos humanos traz a noção de livre exercício responsável da sexualidade, implicando em uma compreensão positiva de seus direitos, na qual as normas jurídicas produzem um direito emancipatório em seu espírito. (2006, p. 73-74).

No âmbito da proteção, ressalta-se que as concepções de direitos sexuais acabam por concentrar as lutas antidiscriminação em um grupo específico de seres humanos, quais sejam, as mulheres. No entanto, os direitos de sexualidade não podem marginalizar grupos em decorrência de imposições predeterminadas socialmente, nem desconsiderar atividades socioeconômicas relacionadas ao sexo, pois se tratam de temas sensíveis, devendo “propiciar proteção jurídica e promoção da liberdade e da diversidade sem fixar-se em identidades ou condutas meramente toleradas ou limitar-se às situações de vulnerabilidade social feminina e suas manifestações sexuais”. (Rios, 2006, p. 82).

Ao contrário do que se pensa na sociedade atual “o que determina a condição transexual é como as pessoas se identificam, e não um procedimento cirúrgico” (Jesus, 2012), cada pessoa é tratada de acordo com o seu gênero, ou seja:

Mulheres transexuais adotam nome, aparência e comportamentos femininos, querem e precisam ser tratadas como quaisquer outras mulheres. Homens transexuais adotam nome, aparência e comportamentos masculinos, querem e precisam ser tratados como quaisquer outros homens; (Jesus, 2012).

Outras definições que se pode delimitar é de que as travestis são as pessoas que vivenciam papéis de gênero feminino, não se reconhecendo como homem ou mulher e sim como um terceiro gênero, enquanto o transgênero é a pessoa que não se identifica com o papel de gênero esperado e que lhe foi determinado ao nascer, o cisgênero é a pessoa que se identifica com o gênero que lhe foi atribuído ao nascer e o intersexual que se refere à configurações cromossômicas, sendo a pessoa que possui órgão genitais com coexistência de tecidos testiculares e ovários. (Jesus, 2012).

Sobre a transexualidade, frise-se que historicamente, a psiquiatria indica que a primeira aparição de um caso parecido com a transexualidade foi feita pelo psiquiatra francês Jean-Étienne Dominique Esquirol. Ele a classificou como “*démonomanie*” ou em português “*demoniomania*”. O caso era de um homem que estava convencido de ser mulher e após, outro caso era de uma mulher afirmava ser homem. (Jorge; Travassos, 2018).

Posteriormente, o médico David O. Cauldwell, em 1949, formulou a expressão “*psychopathia transexualis*” que antecedeu o termo “*transexualismo*”. A visão do médico sobre os transexuais era de que o transexual tem um desejo mórbido patológico de ser um indivíduo completo do sexo oposto. Em seguida, em 1953, o médico Harry Benjamin conceituou o transexualismo como quando um homem ou mulher biologicamente normais são infelizes com o seu sexo de nascimento e propôs uma conduta médica que incluía tratamento hormonal, convívio social e em últimos casos a intervenção cirúrgica. (Jorge; Travassos, 2018).

Com o passar do tempo, o termo “transexualismo” foi sendo associado à condição de doença, pela presença do sufixo “ismo”, por isso iniciou-se a tendência do uso da palavra transexualidade, que remete a condição social e não mais uma síndrome ou patologia. Juntamente à transexualidade surge o termo transgênero que faz menção às pessoas que não se reconhecem na identidade de gênero correspondente (ex. menina/feminino) sendo que o transexual possui a necessidade de intervenção corporal para adequar o sexo de origem à identidade de gênero. (Silva, 2018, p. 22).

Nesta perspectiva, importa sinalar que atualmente não existe no Brasil uma legislação segura regularizando a transexualidade. No entanto, o Conselho Federal de Medicina busca minimizar o problema mediante políticas públicas e o Ministério da Saúde através de portarias e resoluções, já vem delimitando diversos direitos aos transexuais. Esses direitos possibilitam o ingresso e acompanhamento no processo transexualizador fornecido pelo SUS e a promoção de novos direitos.

Por esse ângulo, a Organização Mundial da Saúde (OMS), durante lançamento da Classificação Estatística de Doenças e Problemas Relacionadas à Saúde (Classificação Internacional de Doenças - CID 11), na 72^o Assembleia Mundial da Saúde, em Genebra, retirou os transtornos de identidade de gênero do capítulo de doenças mentais, passando-o para a seção referente à saúde sexual e nomeando-o como incongruência de gênero. A mudança só deve entrar em vigor em 2022 e, segundo a Organização, esse é um passo relevante para a redução da discriminação e estigma relacionado à população, e para a garantia do acesso à saúde. Por fim, refere que há evidências de que a incongruência de gênero não se trata de doença mental, no entanto ainda há a exigência de garantir o acesso à demandas da população trans na saúde, por isso o conceito não foi totalmente retirado da CID. (UNAIDS, 2019).

A nível nacional, o Conselho Federal de Psicologia já tinha publicado a Resolução nº 01º/2018, orientando os profissionais da psicologia para que não considerassem a travestilidade e transexualidade como patologias. O documento tem por objetivos “impedir o uso de instrumentos ou técnicas psicológicas para criar, manter ou reforçar preconceitos, estigmas, estereótipos ou discriminação e veda a colaboração com eventos ou serviços que contribuam para o desenvolvimento de culturas institucionais discriminatórias” e “está baseada em três pilares: transexualidades e travestilidades não são patologias; a transfobia precisa ser enfrentada; e as identidades de gênero são autodeclaratórias”. (CFP, 2019).

Notadamente, essa parcela da população merece atenção diferenciada no que concerne à dignidade de acesso à saúde e, muito embora tem-se buscado a implementação de políticas de saúde pública como a “Política Nacional de saúde integral de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais”, a Portaria nº 2.803/2013 e as iniciativas por parte do CFP e da OMS, as dificuldades de acesso ainda permanecem.

Neste sentido, para que a concretização da saúde transexual se dê de forma plena, é viável analisar o trecho do “*Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019*”, produzido pela Associação Nacional de Travestis e Transexuais do Brasil (ANTRA):

O significado de saúde para as identidades trans não é somente o processo transexualizador acompanhado ou não da cirurgia de redesignação sexual. Saúde, para esta população, é respeito incondicional à sua construção identitária, é o uso do nome social em qualquer circunstância, é ter acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS), é viver sem medo de agressões dos mais variados tipos e assumir a sua autonomia, com a certeza de que suas reivindicações estão sendo ouvidas, entendidas e respeitadas. (Benevides; Nogueira, 2019, p. 49).

Para Barcellos (2019, p. 186) são necessárias políticas públicas que envolvam práticas de prevenção, que podem envolver políticas de vacinação, atendimento preventivo, normas limitadoras de níveis de poluição ou uso de equipamentos de segurança, análise de prioridades epidemiológicas, tratamentos/procedimentos a serem adotados e estruturas para atender a população e prestar os serviços de saúde. Refere, ainda, que “muitos direitos sociais apresentam dimensões individuais, coletivas e difusas simultaneamente” e dá o exemplo do direito à saúde em um caso em que o indivíduo necessita de receber um medicamento (dimensão individual), que depende da existência de um posto de saúde (dimensão coletiva), e de políticas públicas de saneamento básico e imunização, etc. (direito difuso). (2019, p. 201).

No mesmo contexto, Monteiro, Brigeiro e Barbosa descrevem que:

[...] a vulnerabilidade de travestis e transexuais pode ser exemplificada pelos alarmantes índices de violência e assassinatos sofridos, pelos agravos relativos à saúde mental (p.ex.: depressão, tentativa de suicídio) e pela alta prevalência do HIV. Ademais, o estigma e a discriminação sexual têm sido apontados como importantes obstáculos ao acesso desse segmento social aos serviços de prevenção e cuidado. Em função de tais problemas, a agenda de direitos de cidadania para esse segmento social inclui ainda demandas por uma atenção integral em saúde e acesso aos serviços livre de discriminação. Essas reivindicações vêm sendo construídas paralelamente aos esforços por consolidação do Sistema Único de Saúde (SUS) e evocam debates acerca das implicações das desigualdades sociais no cuidado em saúde. (2019).

Isto posto, denota-se a importância e necessidade de políticas públicas que englobem os transexuais de forma a fornecer-lhes uma saúde ampla e digna e a imprescindibilidade de um tratamento respeitoso e sem discriminação nos núcleos de atendimento.

Os transexuais possuem uma angústia intrínseca com sede de reconhecimento e por isso, o Estado brasileiro deve protegê-los de forma igualitária, observando que existem diferentes tipos de identidade sexual, que é definida por órgão genital e ordem psicológica. (Gomes, 2017, p. 29).

Assim, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, é questionável impor aos seres humanos uma manutenção própria de sexo biológico, com margem de ocorrerem graves distúrbios psíquicos em razão da sua condição de transexual. (Godinho, 2014, p. 296).

No mesmo contexto, observa-se que em 1974, no IV Congresso Brasileiro de Medicina Legal, a mudança de sexo foi considerada mutilante e contrária ao Código de Ética Médica (Silva, 2018, p. 47). As cirurgias de transgenitalização e de procedimentos complementares em caráter experimental foram liberadas pelo Conselho Federal de Medicina através da Resolução 1.482/1997, que autorizou o livre exercício médico em hospitais públicos e habilitados para pesquisa nas modificações corporais de trânsito de gênero e procedimentos complementares (Silva, 2018, p. 47).

Em 2002, através da Resolução 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina, duas modalidades (neocolpovulvoplastia⁵ e hormonioterapia) deixaram de ter caráter experimental (Silva, 2018, p. 48). Em 2008, o processo transexualizador no SUS através da Portaria 1.707/2008 instituiu e regulamentou os termos para que pudessem ser realizados procedimentos transgenitalizadores na tabela do SUS (Rocon et al., 2019, p. 2). Em 2010, a Resolução 1.955 do CFM liberou a cirurgia de mudança de fenótipo feminino para masculino para que fosse realizada como as demais (Silva, 2018, p. 48) e, por fim, o processo foi redefinido e ampliado

⁵ Alteração da genitália masculina para feminina.

através da Portaria 2.803/2013 passando a incorporar no processo os homens trans e as travestis, oferecendo cirurgias complementares como a tieoplastia⁶, mastectomia e plástica mamária reconstrutiva e hysterectomia⁷. (Rocon et al., 2019, p. 2).

A partir desse ponto, o processo transexualizador está em desenvolvimento no SUS e suas diretrizes são: integralidade de ação para transexuais e travestis, não restringindo a meta terapêutica às cirurgias de transgenitalização e demais intervenções; trabalho em equipe multiprofissional e interdisciplinar; integração com as ações e serviços em atendimento ao processo transexualizador, sendo a Atenção Primária em Saúde a porta de entrada da população a estes serviços; humanização e atendimento livre de discriminação, que devem estar inclusos no acolhimento através da sensibilização dos trabalhadores e demais usuários da unidade de saúde para o respeito à dignidade humana e às diferenças (Brasil, 2013).

Diante de todo o exposto, pode-se observar que a transexualidade não é parte de um conceito de transgeneridade estático e sim, um conceito mutante, que se modifica com o avanço da medicina, da sociedade e dos estudos da sexualidade. Neste viés, também se observa que mesmo com as dificuldades que cercam a população trans, os órgãos responsáveis já estão se mobilizando na busca por direitos concretos aos transexuais, para o fornecimento de uma saúde digna e eficaz, que não leve em consideração nenhuma forma de discriminação.

4. Os desafios no acesso à saúde transexual no Brasil

Os desafios no acesso ao processo transexualizador e aos demais tratamentos disponibilizados pelo SUS, pela população transexual, são os

⁶ Redução do pomo de Adão para feminilização da voz.

⁷ Retirada do útero e ovários.

principais pontos a serem levados em consideração, no estudo da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana. Com isso, poderá se verificar se o fornecimento de saúde pública à comunidade trans é um fornecimento digno.

Frise-se que a vulnerabilidade dos transexuais pode ser elucidada pelos alarmantes índices de violência e assassinatos sofridos, pelos agravos relativos à saúde mental (p.ex.: depressão, tentativa de suicídio) e pela alta prevalência do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV). Ainda, tem-se que o estigma e a discriminação sexual têm sido apontados como importantes obstáculos ao acesso à saúde. Para resolver tal demanda, a agenda de direitos de cidadania inclui a busca por uma atenção integral em saúde e acesso aos serviços livre de discriminação. (Monteiro; Brigeiro; Barbosa, 2019, p. 1).

Nesta mesma análise, observa-se que os problemas que cercam os brasileiros no acesso ao SUS, são os mesmos que cercam a comunidade trans quando busca acesso à saúde pública. No entanto, os transexuais arcam com muitos outros prejuízos, dos quais, elencou-se neste estudo, conforme o que segue.

4.1. Discriminação e transfobia nos núcleos de atendimento

A transfobia de modo objetivo é a violência contra pessoas trans e normalmente se refere a um conjunto heterogêneo de violências como a violência moral, sexual, física, discursiva, simbólica, exposição genital, desrespeito ao nome social etc. O conceito remete a processos violentos e participa do grupo das violências de gênero, alcançando gravíssimas agressões físicas e assassinatos, acompanhada de discursos de ódio sendo um componente do genocídio trans no Brasil. (Podestà, 2019, p. 375).

Na prática, apesar de o Ministério da Saúde realizar campanhas visando o combate à discriminação e desrespeito ao nome social, através

das publicações da Carta dos Usuários do SUS (Portaria 1820, de 13 de agosto de 2009) e a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (Portaria 2.836, de 1º de dezembro de 2011), que previram atendimento humanizado, acolhedor e livre de qualquer discriminação e o uso do nome social, os documentos parecem não terem sido acolhidos completamente. (Rocon et tal., 2019, p. 5).

Os trabalhadores da saúde, aos desrespeitarem o uso do nome social dos usuários provocam situações vexatórias e humilhação pública, a consequência desse uso indevido viola a autodeterminação da identidade de gênero prevista na Carta de Direitos dos Usuários do SUS e nega o direito à vida e ao reconhecimento das identidades, tendo em vista que, ao serem tratados pelo nome de registro, os trans são remetidos à construções de gênero das quais querem se desprender. (Rocon et tal., 2019, p. 6).

Em estudo realizado por Rogers et al., (2006, apud Nunes, 2018, p. 33), o tratamento exercido pelos profissionais de saúde para as demandas específicas da população transexual é assunto recorrente nas entrevistas promovidas. A falta de comunicação, a ausência de empatia, o preconceito e a discriminação, geram um valor negativo na busca por atendimento, limitando o acesso à saúde pelos transexuais.

Denota-se que o desrespeito ao nome social e as situações discriminatórias que ocorrem nos serviços de saúde, são uma violação ética, pois provocam sofrimento e contribuem para processos de adoecimento da população. Ainda, “consolidam-se como importante barreira à universalidade do acesso à saúde para a população trans brasileira”. (Rocon et tal., 2019, p. 6).

Levando-se em consideração que as dificuldades vivenciadas pela população transexual são baseadas essencialmente na discriminação e na transfobia, as demais questões referentes à mobilidade e acesso à saúde

trans, seriam por conjectura satisfeitas, quando da inexistência fática desses conceitos.

4.2. Imposição do binarismo de gênero pelos profissionais de saúde

O diagnóstico para o acesso aos serviços transgenitalizadores no Brasil são baseados em estereótipos referentes a ser homem ou mulher “de verdade”, através de um binarismo de gênero (Bento, 2017, p. 9) e pelas “instituição de uma heterossexualidade compulsória e naturalizada [que] exige e regula o gênero como uma relação binária em que o termo masculino diferencia-se do termo feminino [...] por meio das práticas e do desejo sexual.” (Butler, 2014).

Neste contexto, os profissionais de saúde envolvidos no acompanhamento e diagnóstico da população trans estariam buscando um “transexual de verdade”, “que melhor reproduz a estética do corpo e nas performances de gênero, o gênero binário e a heterossexualidade compulsória”. A heterossexualidade compulsória pode ser entendida como a suposta existência de uma tendência natural ao desejo heterossexual. (Rocon et al., 2017, p. 47).

Rocon et al. afirmam que:

Aparentemente, o processo de diagnóstico pode se apresentar como uma forma de proteger xs pacientes de escolhas equivocadas sobre a realização de procedimentos irreversíveis dos quais possam se arrepender. Todavia, o diagnóstico tem tornado seletivo o acesso a serviços de saúde com potencialidade para promover e proteger a saúde da população trans de forma universal. (2017).

Neste contexto, “a linguagem é produto e produtora de materialidade nas relações entre gênero, corpo e sexualidade” (Rocon et al., 2017, p. 49), sendo que o ato de nomear as crianças ao nascer determinando ser ela de determinado gênero/sexo “acontece no interior de uma lógica que supõe

o sexo como um dado anterior à cultura e lhe atribui um caráter imutável, a-histórico e binário”. (Louro, 2004, p. 15).

A relação entre o corpo físico/biológico e a linguagem/cultura, não é dicotômica, ou seja, não é separada. Sendo assim, a utilização da linguagem correta para o tratamento às pessoas transexuais pode ser tão importante quanto as modificações físicas corporais (Butler, 2014). Diante disso, tem-se que “desconsiderar essa face do processo de trânsito no gênero pode contribuir para processos discriminatórios de desumanização e exclusão do acesso aos serviços de saúde a essa população”. (Rocon et al., 2017, p. 49).

Desse modo, percebe-se que a linguagem é um ponto importante no tratamento aos transexuais quando buscam o atendimento público e pode delimitar decisivamente se sentem-se acolhidos naquele local ou não.

4.3. Má distribuição geográfica dos serviços transexualizadores

Da análise geográfica sobre a distribuição das unidades de atendimento e oferta do PTSUS, pode-se observar que é desproporcional e causa empecilhos na vida dos transexuais. Ao todo são 11 estabelecimentos que oferecem o processo no Brasil, o último a ser incluso no sistema foi o Hospital Universitário Professor Edgard Santos, em Salvador/BA, que incorporou o atendimento ambulatorial, com ações de acompanhamentos clínicos, pré e pós-operatório e de hormonioterapia. (Brasil, 2018).

A necessidade de deslocamento até os centros de atendimento se apresenta como elemento principal da desigualdade no acesso ao processo transexualizador, dessa forma, surgem problemas como automedicação com hormônios e aplicação de silicones industriais que acabam por desconfigurar o real sentido do processo, passando a ser causa de adoecimento e mortes entre pessoas trans. (Rocon, et tal., 2019, p. 5).

Os hospitais dispostos a realizar o processo transexualizador, são obrigados a se habilitarem junto ao Ministério da Saúde nos termos da Portaria 2803/2013 na modalidade ambulatorial⁸ e/ou hospitalar⁹, (Rocon, et tal., 2019, p. 3) e são eles:

Região Sul: Centro Regional de Especialidades (CRE Metropolitano) de Curitiba/PR; Hospital das Clínicas de Porto Alegre da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, de Porto Alegre/RS;

Região Centro-Oeste: Hospital das Clínicas de Goiânia, da Universidade Federal de Goiás, de Goiânia/GO;

Região Sudeste: Hospital das Clínicas de Uberlândia/MG; Instituto Estadual de Diabetes e Endocrinologia do Rio de Janeiro/RJ; Centro de Referência e Treinamento DST/AIDS de São Paulo/SP; Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da USP de São Paulo/SP; Hospital Universitário Pedro Ernesto da Universidade Estadual do Rio de Janeiro/RJ; Hospital Universitário Cassiano Antônio de Moraes, de Vitória/ES (habilitado em 22 de fevereiro de 2018, na modalidade ambulatorial);

Região Nordeste: Hospital das Clínicas da Universidade Federal de Pernambuco, de Recife/PE; Hospital Universitário Professor Edgard Santos, de Salvador/BA;

Região Norte: Não há unidade com habilitações na região.

Geograficamente, a maioria das unidades que oferecem o processo transexualizador pelo SUS, seja na modalidade hospitalar quanto ambulatorial, concentra-se na região Sudeste, com seis das onze unidade, seguida das regiões Sul e Nordeste, com duas unidades cada e região Centro-Oeste, com uma unidade. Em contrapartida a esses dados, verifica-se que na região Norte não há nenhuma unidade habilitada ao processo transexualizador. (Rocon, et tal., 2019, p 4).

Ainda, importa sinalar que:

⁸ Oferece “acompanhamento clínico, acompanhamento pré e pós-operatório e hormonioterapia”.

⁹ Oferece “realização de cirurgias e acompanhamento pré e pós-operatório”.

As iniciativas de governos estaduais em financiar serviços de saúde específicos à população trans, na ausência de habilitação junto com o MS, representam importante esforço à equidade e universalização da saúde pública. Entretanto, a dependência entre as pactuações orçamentárias e a caderneta de serviços a serem ofertados entre Secretarias Estaduais de Saúde e unidades responsáveis pela oferta do serviço determina o número de procedimentos e insumos disponibilizados à população usuária, podendo ser insuficientes. (Rocon, et tal., 2019, p. 4).

Segundo a pesquisa realizada por Rocon et tal., que entrevistou nove mulheres transexuais pacientes do processo transexualizador, que fizeram a cirurgia de redesignação sexual em um hospital universitário da região sudeste de Botucatu/SP, entre 1998 e janeiro de 2016 (2019, p. 2), há a necessidade de uma programação financeira para a oferta de insumos considerados importantes (como as pomadas para cuidados pós-operatórios e hormônios), os quais, na ausência de habilitação junto ao MS, não são cobertas. (Rocon et tal., 2019, p. 5).

Verificando-se que os serviços transexualizadores estão concentrados essencialmente na região sudeste do país, entende-se que mesmo havendo a disponibilidade dos serviços no SUS, se eles não forem distribuídos pelo território nacional, dificilmente irão alcançar toda a população transexual distribuída pelo território brasileiro.

Considerações finais

O estudo do princípio da dignidade da pessoa humana e a transexualidade na rede pública de saúde no Brasil, vem para debater especificamente os pontos que cercam a saúde pública trans no país. O tema trazido aborda questões atinentes à aplicação do princípio na busca por uma saúde digna, com o fim de positivar os anseios identitários de cada indivíduo transexual. Por isso, é de se considerar sua importância e

amplitude no que diz respeito às lutas por direitos sociais, sendo imprescindível tecer algumas considerações específicas.

As questões referentes à saúde com certeza são as que mais demandam atenção da sociedade e, principalmente no que concerne à concretização dos sentimentos dos indivíduos transexuais, o que se denota do estudo acima, é que a saúde transexual ainda não pode ser considerada uma saúde digna, em razão dos desafios que cercam essa parcela populacional.

Para se configurar uma transexualidade plena, é necessário que o transexual se reconheça como sendo do gênero oposto àquele predeterminado sexualmente através de sua genitália ao nascer. Neste sentido, em se tratando da necessidade da manutenção de um processo transexualizador abrangente e completo, foi possível definir três principais desafios no acesso à uma saúde trans digna, quais sejam: discriminação e transfobia nos núcleos de atendimento, imposição do binarismo de gênero pelos profissionais de saúde e a má distribuição geográfica dos serviços transexualizadores.

A transfobia é um dos principais problemas que se pode notar em razão de que impulsiona a ocorrência de diversas outras situações vexatórias, elas causam grande constrangimento e afastam o transexual dos atendimentos propostos no processo transexualizador e nas demais vertentes do Sistema Único de Saúde. As pesquisas apontam para o tratamento pelos profissionais, por meio de falta de comunicação, ausência de empatia, preconceito e discriminação, gerando uma valoração negativa e limitando a busca e o acesso por um processo e uma saúde transexual verdadeira.

Ainda, a imposição do binarismo de gênero associada à espera de uma heteronormatividade plena, gera instabilidades no meio de atendimento público. Os profissionais demonstram interesse que o

transexual seja parecido com um dos dois gêneros aceitos, o feminino e o masculino. Caso o paciente não se enquadre em um dos dois gêneros, automaticamente os profissionais reconhecendo os preconceitos que rodeiam a transexualidade, não creem que suas atitudes de separação de gêneros é uma atitude preconceituosa.

Por fim, a má distribuição dos serviços transexualizadores é vista como empecilho na vida dos transexuais. Pela pesquisa, analisou-se que a maioria das unidades que oferecem o processo concentram-se na região Sudeste, enquanto na região Norte não há nenhuma unidade disponível. Neste sentido, conclui-se que a redistribuição das unidades de atendimento, seja ambulatorial ou hospitalar, é uma das estratégias que promoveria o acesso à saúde trans de forma digna, sem que seja necessário o deslocamento acentuado de transexuais para outros estados, possibilitando a abrangência territorial dos atendimentos e fomentando o acesso universal.

Isto posto, analisando a pesquisa realizada e os resultados atingidos, é de se concluir que a saúde da população transexual teve grandes avanços nos últimos anos, através das políticas públicas aplicadas e das reivindicações feitas pela comunidade. No entanto, a busca por um direito à saúde da população transexual através do princípio da dignidade da pessoa humana, que seja promovido de forma satisfatória e abrangente, ainda sofre com a ignorância e o preconceito dos brasileiros.

Deste modo, somente combatendo os principais desafios através de redistribuição dos núcleos de atendimento, combate eficaz à transfobia e aperfeiçoamento específico dos profissionais de saúde, é que se poderá promover a manutenção plena das identidades transexuais no país.

Referências

- BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530983918/cfi/6/10!/4/6/2@0:100>>. Acesso em: 25 jan. 2021.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a criação de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br#books/9788553610112>>. Acesso em: 06 jun. 2020.
- BENEVIDES, Bruna; NOGUEIRA, Sayonara Naider Bonfim. **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2019**. São Paulo: Expressão Popular, 2019. 84 p. Disponível em: <<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2020/01/dossic3aa-dos-assassinatos-e-da-violc3aancia-contra-pessoas-trans-em-2019.pdf>>. Acesso em: 26 jan. 2021.
- BUTLER, Judith. Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; 2014.
- BRASIL, Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis Ministério da Saúde. **População trans de Salvador passa a contar com serviço do processo transexualizador**. 2018. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pt-br/noticias/populacao-trans-de-salvador-passa-contar-com-servico-do-processo-transexualizador>>. Acesso em: 15 mar. 2021.
- BRASIL. Portaria nº 2.803, de 19 de novembro de 2013. Redefine e amplia o Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde (SUS). **Portaria Nº 2.803, de 19 de Novembro de 2013(*)**. Brasil: Ministério da Saúde, 20 nov. 2013. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html>. Acesso em: 25 fev. 2021.
- CFP, Conselho Federal de Psicologia -. **Transexualidade não é transtorno mental, oficializa OMS**. 2019. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/transexualidade-nao-e-transtorno-mental-oficializa-oms/>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris**. 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 07 dez. 2020.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária**. Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES, Cláudia Suely Ferreira. **Transexualidade: a cirurgia de redesignação sexual em face do princípio da dignidade da pessoa humana e suas repercussões civis no Brasil**. 2017. 60 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Federal da Paraíba, Santa Rita, 2017. Disponível em: <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/4423/1/CSFG02062017.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547213664/>>. Acesso em: 06 jun. 2020.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre a população transgênero: conceitos e termos**. Brasília, 2012. Disponível em: <pt.scribd.com/doc/87846526/Orientacoes-sobre-Identidade-deGenero-Conceitos-e-Termos>. Acesso em: 20 fev. 2021.

JORGE, Marco Antonio Coutinho; TRAVASSOS, Natália Pereira. **Transexualidade: o corpo entre o sujeito e a ciência**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/nooks9788537817780/>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

RIOS, Roger Raupp. Para um direito democrático da sexualidade. **Horizontes Antropológicos**. Porto Alegre, p. 71-100. jul. 2006. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/ha/v12n26/ao4v1226.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2020.

LOURO, Guacira Lopes. Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria Queer. Belo Horizonte: Autêntica; 2004.

MONTEIRO, Simone; BRIGEIRO, Mauro; BARBOSA, Regina Maria. Saúde e direitos da população trans. **Cadernos de Saúde Pública**, [S.L.], v. 35, n. 4, p. 1-4, 2019.

FapUNIFESP (SciELO) DOI: <<http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00047119>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2002.

PODESTÀ, Lucas Lima de. **O uso do conceito de transfobia e as abordagens das formas específicas de violência contra pessoas trans por organizações do movimento trans no Brasil**. 2018. Dissertação (Mestrado em sociologia) – Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/8983/5/Disserta%03%0a7%0c3%0a30%020-%020Lucas%020Lima%020de%020Podest%0c3%0a0%020-%0202018.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2020.

ROCON, Pablo Cardozo; SODRÉ, Francis; RODRIGUES, Alessandro; *et al.* Desafios enfrentados por pessoas trans para acessar o processo transexualizador do Sistema Único de Saúde. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, v. 23, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832019000100268&tlng=pt#t1>. Acesso em: 21 jan. 2021.

ROCON, Pablo Cardozo; SODRÉ, Francis; ZAMBONI, Jésio; RODRIGUES, Alessandro; ROSEIRO, Maria Carolina Fonseca Barbosa. O que esperam pessoas trans do Sistema Único de Saúde? **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, [S.L.], v. 22, n. 64, p. 43-53, 7 dez. 2017. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/1807-57622016.0712>. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1414-32832018000100043&lng=pt>. Acesso em: 01 mar. 2021.

SANTOS, Adelyany Batista dos; SHIMIZU, Helena Eri; MERCHAN-HAMANN, Edgar. Processo de formação das representações sociais sobre transexualidade dos profissionais de saúde: possíveis caminhos para superação do preconceito. In: NUNES, Clarice Souza Lopes. **Processo Transexualizador no Sistema Único de Saúde**: revisão integrativa. 2018. 44 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Saúde Coletiva, Programa de Pós Graduação Mestrado em Saúde Coletiva, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2018. Disponível em: <<https://uol.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&ns=true&obraCodigo=111480#>>. Acesso em: 01 mar. 2021.

SILVA, Michelle Emanuella de Assis. **Direito à Saúde: evolução histórica, atuação estatal e aplicação da teoria de karl popper**. *Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos*, Natal, p. 4-22, 08 jun. 2017. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/issue/view/664>>. Acesso em: 26 ago. 2020.

UNAIDS. **OMS anuncia retirada dos transtornos de identidade de gênero de lista de saúde mental**. 2019. Disponível em: <<https://unaids.org.br/2018/06/oms-anuncia-retirada-dos-transtornos-de-identidade-de-genero-de-lista-de-saude-mental/>>. Acesso em: 26 fev. 2021.

A horizontalização do princípio de proteção ao pequeno empresário: a efetivação da ordem econômica constitucional ¹

*Sinara Larissa Weber*²
*Caroline Sartori Biasuz*³
*Aline Moura da Silva Boanova*⁴

Introdução

Por muitos anos a constituição de uma micro ou pequena empresa, considerava-se uma tarefa difícil que exigia de muitos empreendedores uma grande coragem, tendo em vista os demasiados entraves burocráticos e dificuldades que perduravam desde a abertura, o funcionamento e o fechamento dessas empresas.

Haja vista essas grandes dificuldades que permeavam para os micros e pequenos empreendedores abrirem seus negócios e mantê-los, devido, preponderantemente pela elevada burocracia brasileira, o legislador trouxe o princípio constitucional do tratamento diferenciado destinado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Assim, a temática aborda sobre a horizontalização do princípio de proteção ao pequeno empresário: a efetivação da ordem econômica constitucional, com o intuito de

¹ Artigo desenvolvido na disciplina de Direito Empresarial do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo-UPF, campus Sarandi, entre o período de 07/2019 à 12/2019, sob orientação da Professora Ma. Aline Moura da Silva Boanova.

² Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: sinaralarissaweber@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2437249927927425>.

³ Acadêmica do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: carolinesartoribiasuz@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3719979320933973>.

⁴ Orientadora e Professora de Direito Empresarial da Universidade de Passo Fundo. E-mail: alineboanova.adv@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9004848296151803>.

esclarecer a maneira como a Lei Complementar (LC) 123/2006⁵, em prol do princípio constitucional de tratamento favorecido ao pequeno empresário contribui para a criação, funcionamento e manutenção das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no mercado econômico brasileiro.

Nesse sentido, discorre-se sobre os princípios que regem a Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988, abrangendo dois pilares basilares, a valorização do trabalho humano, bem como a valorização da livre iniciativa, buscando-se a efetivação do princípio da dignidade humana em consonância com a justiça social. Não obstante, é abordada a relevância dos princípios da soberania nacional, visando fortalecer a autonomia nacional na ordem econômica. Além disso, a proteção da propriedade privada, em corolário com um viés capitalista, controlado pelo princípio da função social da propriedade. Bem como, o estímulo constitucional à livre concorrência e paridade de armas nas disputas entre mercados.

Outrossim, explana-se a defesa do consumidor e do meio ambiente, direitos de terceira dimensão que são cruciais no que tange a ordem econômica, a frente que limitam a atividade econômica em prol de interesses individuais e coletivos. Visando segurança ao consumidor e desenvolvimento econômico, geração de renda e empregos aliados com desenvolvimento sustentável e segurança ambiental.

Ainda, a Carta Magna traz o princípio da busca pela redução das desigualdades sociais, dessa forma, transmite também para a ordem econômica a responsabilidade com os direitos e garantias individuais dos

⁵ Lei Complementar N° 123, de 14 de dezembro de 2006, “Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de pequeno Porte; altera dispositivos das Leis 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n° 5.452, de 10 de maio de 1943, da Lei n° 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis n° 9.317, de 5 de dezembro de 1996 e 9.841, de 5 de outubro de 1999”.

empregados e demais população, prezando pelo desenvolvimento de capital, aliado com uma melhor distribuição de renda e justiça social.

Ademais, como princípio substancial, que será explanado de modo mais amplo no artigo, trata-se do tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Esse princípio, aliado com a LC 123 de 2006, prevê o tratamento diferenciado ao empreendedor de micro e pequenas empresas por meio de benesses e simplificações que vão desde a criação até a manutenção do negócio pelo pequeno empresário.

Tais benefícios referem-se ao crédito de maneira facilitada e simplificada junto a instituições financeiras, transmitindo mais segurança na realização de investimentos. Não obstante, no que tange a arrecadação de impostos, o pequeno empresário, se enquadrado nos requisitos estabelecidos em lei, poderá optar pelo Simples Nacional, que trata-se de uma guia unificada de arrecadação de impostos que traz inúmeras facilidades ao empreendedor. Além disso, a legislação oferece algumas vantagens em obrigações acessórias nos aspectos trabalhistas e previdenciários ao pequeno empresário, além de propiciar e facilitar a seleção e inclusão dos micros e pequenas empresas nos processos licitatórios envolvendo a administração pública.

Nesse viés, tornou-se notável a relevância da LC 123 de 2006, que surgiu para melhorar a situação do micro e pequena empresário oferecendo mais segurança aos cidadãos que desejam abrir seus negócios. A rigor, menciona-se que a maioria das empresas no Brasil são Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, assumindo papel crucial na economia nacional.

I Os princípios constitucionais no âmbito empresarial

Atentando para o artigo 170 da Constituição Federal de 1988 (CF/88)⁶, afirma-se que a ordem econômica brasileira funda-se em dois fundamentais pilares: a valorização do trabalho humano, bem como a valorização da livre iniciativa, visando assim, a existência digna de todos, sob a égide da justiça social.

Prezando, dessa forma, pelos princípios da soberania nacional, prevista no artigo 1º da CF/88⁷. Tal princípio visa elucidar a autoridade e poder de intervenção do Estado soberano frente à economia, oferecendo, maiores facilidades ao setor econômico para que se fortaleça e desenvolva sua autonomia.

Além disso, o artigo 170 da CF/88 também faz menção à propriedade privada, isto é, demonstra a adaptação constitucional ao sistema capitalista, sendo ele também garantido no artigo 5º, inciso XXII da CF/88⁸, quando trata do direito à propriedade. No artigo 170 da (CF/88),

⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (BRASIL, 1988).

⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania (BRASIL, 1988).

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

a propriedade privada tem uma função direcionada ao estabelecimento empresarial e o conjunto de bens que os compõe, que devem ser resguardados pela ordem econômica constitucional.

Outro basilar princípio diz respeito à função social da propriedade, em corolário da previsão constitucional nos artigos 5º XXIII⁹ e 186¹⁰. A referida previsão visa limitar o poder da propriedade privada, assim, caso o Estado entenda que a função social da propriedade não está sendo cumprida, isto é, não utiliza-se ou traz-se finalidade para a propriedade particular, a Constituição permite que o Estado se manifeste.

Não obstante, tem-se assegurado pela CF/88, a Livre concorrência, assim, deve a lei prezar e favorecer a manifestação da liberdade e escolha no âmbito econômico, resguardando o acesso à todas atividades econômicas lícitas. Reprimindo o abuso de poder econômico, em favor da concorrência no mercado, conforme preceitua o artigo 173 parágrafo 4º da CF/88¹¹.

A defesa do consumidor diz respeito a outro valor da ordem econômica, o qual, nos últimos anos veio conquistando gradativamente seu espaço. Surge com o escopo do Estado tutelar por meio de leis, os interesses dos que consomem frente aos mercados de produtos e de

XXII - é garantido o direito de propriedade (BRASIL, 1988).

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social (BRASIL, 1998).

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (BRASIL, 1998).

¹¹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (BRASIL, 1998).

serviços. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), pela Lei nº. 8078/1990¹², tratou-se com maior relevância ainda os direitos da classe consumidora.

Neste diapasão, também surge o direito do meio ambiente, que, assim como o do consumidor, são conhecidos por direitos de terceira geração, transindividuais, difusos e coletivos. A CF/88 abrange de forma ampla, no título VIII- Da Ordem Social, capítulo VI, artigo 225¹³, a defesa

¹² LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.

Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências (BRASIL, 1990).

¹³ CAPÍTULO VI

DO MEIO AMBIENTE

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

- I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
- V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
- VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
- VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta

do meio ambiente. Sem dúvidas, esse direito trata-se de um dos assuntos mais em voga na sociedade como um todo, pois se busca formas de conciliar desenvolvimento econômico aliado com desenvolvimento sustentável. Assim, demandando práticas do Estado, bem como da coletividade.

Outro princípio fundamental trata-se da busca pela redução das desigualdades sociais, a CF/88 transmite à todos da ordem econômica, a responsabilidade para a atenuação das desigualdades sociais e regionais existentes, pois ainda que o fim do capitalismo seja o acúmulo de capital, a distribuição de renda é fundamental para atingir a justiça social, mencionada no *caput* da do artigo 170 da CF/88.

O pleno emprego, princípio constitucional da Ordem Econômica, funda-se na ideia de que em um cenário capitalista, como modo de produção de riquezas, deve-se utilizar-se também da justiça social, para garantir empregos dignos e bem remunerados, para que assim todos tenham condições de sanar todas suas necessidades básicas e ter uma vida digna conforme os ditames da Justiça Social.

Por fim, o inciso IX do artigo 170 a CF/88 refere-se ao tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob às leis brasileiras que tenham sua sede e administração no país. Tal princípio visa, preponderantemente, o equilíbrio entre as mais diversas empresas existentes no Brasil, para que assim o pequeno empresário, assegurado pela LC 123/2006, tenha condições de se constituir e manter-se no mercado. Devido à importância que o princípio possui no âmbito empresarial se faz necessária uma explanação de forma detalhada no presente artigo.

A ordem econômica brasileira, adotou o modelo capitalista de produção, conhecido também por economia de mercado, cujo coração é a livre iniciativa. Nesse sentido, os princípios da ordem econômica previstos no *caput* do artigo 170, quais sejam: valorização do trabalho humano, livre iniciativa, existência digna, conformidade com a justiça social, demonstram uma ampla possibilidade de uma intervenção na esfera econômica, e não apenas em situações excepcionais (MORAES, 2019, p. 890).

Assim, Horta afirma que o texto constitucional reflete princípios e soluções contraditórias, ora traz o capitalismo neoliberal com seus valores fundamentais, ora avança no intervencionismo sistemático, com elementos socializadores (1995 apud MORAES, 2019, p. 890).

Diante disso, Bastos refere a ideia de um sistema temperado por graus diversos de intervenção do Estado, afirmando que isso tem levado alguns autores abordar a existência de uma economia mista (1990 apud MORAES, 2019, p. 890). José Afonso da Silva preceitua que

[...] a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí por que a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais, se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (2014, p 806).

Em suma, a CF/88, ao tempo que preza tanto pelo pilar da livre iniciativa, quanto ao pilar da Justiça Social, demonstra uma economia

descentralizada cuja égide é a valorização das ideias liberais e capitalistas. No entanto, possui uma limitação expressa de preocupação com o trabalhador, isto é, com os direitos sociais e preponderantemente com a dignidade da pessoa humana.

Haja vista a preocupação constitucional de proteção e tratamento diferenciado ao pequeno empresário, objeto de estudo deste artigo, tratar-se-á a respeito da LC 123/2006, que se constitui como dispositivo precursor da efetivação do referido princípio constitucional.

II – Aspectos gerais da Lei Complementar 123/2006, como um mecanismo de efetivação da Constituição Federal brasileira

Conforme referido, a Lei Complementar 123/2006, foi criada no Brasil, sob forma de proteção constitucional ao pequeno empresário, dito isso, retratando de forma breve o caminho percorrido até sua criação pode se dizer que o marco para sua origem deu-se em 1979, quando o Brasil passa pelo primórdio de um processo de desburocratização, originando o Ministério da Desburocratização, comandado pelo então Ministro Hélio Beltrão, tendo como principal propósito a sistematização e uniformização das normas sobre a microempresa, atingindo a própria Administração Pública, assim como o setor privado (RAMOS, 2020, p. 915).

Posteriormente, surge em 1984 a Lei nº 7.256¹⁴, recepcionado como o primeiro Estatuto da Microempresa, o qual, ofereceria alguns benefícios aos microempresários, na esfera da tributação, trabalhistas, administrativos, previdenciários, creditícios e de desenvolvimento empresarial, ressalta-se que está lei não trouxe a previsão da empresa de pequeno porte, fato pelo qual, no desenvolvimento das atividades da

¹⁴ Lei Nº 7.256, de 27 de novembro de 1984, “Estabelece normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas ao tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativos, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial” – Revogada (BRASIL, 1984)

microempresa, faria com que está fosse tratada como uma grande empresa (VIDO, 2019, p. 129).

Diante de sua criação, com o advento da Constituição Federal de 1988, os princípios e valores, os quais embasavam o mencionado estatuto, foram acolhidos pela redação do art. 179¹⁵ da CF/88, garantido as pequenas empresas e microempresas tratamento jurídico diferenciado, visando por meio de incentivos, seu melhor desenvolvimento (RAMOS, 2020, p. 915).

Após o advento da Carta Magna, foi editada Lei n° 8. 864 de 1994¹⁶, o novo Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, o qual consagrou a novidade na figura da empresa de pequeno porte, da mesma forma mantendo o tratamento simplificado e diferenciado, confiado a microempresa. Dois anos depois, em 1996 cria-se a lei n° 9.317¹⁷, instituído o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES), tornando seguro a possibilidade de pagar uma única vez diversos tributos, fato o qual, acarreta na diminuição da carga tributária (RAMOS, 2020, p. 915).

Não obstante, essas novas modificações, em decorrência da resolução n° 59/1988, do Grupo Mercado Comum (GMC), órgão de execução do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), discorrendo sobre a políticas de apoio às micro, pequenas e médias empresas, o Brasil criou a lei n° 9.841

¹⁵ Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei (BRASIL, 1988).

¹⁶ Lei N° 8.864, de 28 de março de 1994, “Estabelece normas para as microempresas (ME), e Empresas de Pequeno Porte (EPP), relativas ao tratamento diferenciado e simplificado, nos campos administrativos, fiscal, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial (art. 179 da Constituição Federal)”. – Revogada (BRASIL, 1994).

¹⁷ Lei N° 9.317, de 5 de dezembro de 1996, “Dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES e dá outras providências”. – Revogada (BRASIL, 1996).

de 1999¹⁸, a qual, passou a responder exclusivamente sobre a microempresa, revogando os institutos anteriores, com exceção a lei nº 9.317/1996, passando a ser chamada de Estatuto da ME e EPP (VIDO, 2019, p. 130).

Logo após, em 2002 com a nova redação dada ao Código Civil, é redigido o artigo 970¹⁹ trazendo a expressão pequeno empresário, o que desembocou em duras críticas, pois ouve o entendimento da supressão ao microempresário e empresário de pequeno porte. Por esse motivo nasce a Emenda Constitucional nº 42/2003²⁰, batizada de Reforma Tributária, instituindo a alínea “d”²¹ ao art. 146, inciso III da CF/88 responsabilizando o tratamento diferenciado e prestado as MEs e EPPs, unicamente pela lei nº 9.881/1999 enquanto tal lei complementar não fosse editada. Por fim, segundo essa nova definição foi editada a Lei Complementar 123 de 14 de dezembro 2006, referenciada como a Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas ou mesmo o novo Estatuto das MEs e EPPs, revogando expressamente as Leis nº 9.317/1996 e nº 9.841/ 1999, vigorando até os dias atuais (RAMOS, 2020, p. 915).

A CF/88, em seus artigos 170, inciso IX e artigo 179, trata a respeito do tratamento favorecido às EPP que são constituídas sob as leis brasileiras e tenham sua sede administração no Brasil. Não obstante, tal inciso tem sua complementação no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, regulamentado pela LC 123/2006.

¹⁸ Lei Nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, “Institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal”. - Revogada (BRASIL, 1999).

¹⁹ Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrente (BRASIL, 2002).

²⁰ Emenda Constitucional Nº 42, de 19 de dezembro de 2003, “Altera o Sistema Tributário Nacional e dá outras providências” (BRASIL, 2003).

²¹ Art. 146, inciso III, alínea d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239 (BRASIL, 1988).

A LC 123/2006, em seu artigo 3^o²² traz como definição de ME e EPP, a sociedade empresária, ou, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade ilimitada e o empresário que se refere o artigo 966 do Código Civil, que estiver corretamente registrado no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, desde que a Microempresa, possua receita bruta no ano- calendário, igual ou inferior a R\$ 360.000,00, isto é, trezentos e sessenta mil reais. Sendo Empresa de Pequeno porte, poderá auferir uma receita bruta no ano-calendário superior a R\$360.000,00(trezentos e sessenta mil) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00, isto é, quatro milhões e oitocentos reais (BRASIL, 2006).

A LC determina em suas disposições preliminares, como escopo um tratamento distinto e possibilite um maior favorecimento às ME e EPP, atuando em prol de tal objetivo, a União e seus Poderes, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (BRASIL, 2006).

Sob tal conjuntura, são objetivos da LC, a arrecadação mediante regime único, incluindo obrigações acessórias de impostos tanto na esfera da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, isso diz respeito ao Simples Nacional. Além disso, tem-se a facilitação no cumprimento de obrigações tributárias, trabalhistas e previdenciárias, bem como acessórias. Não obstante, constitui-se como objetivo a facilidade no acesso de crédito, além de preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos (TOMAZETTE, 2019, p.687).

Tratando- se do enquadramento das ME e EPP, no caso de sociedade empresária ou de empresário individual que já operava antes da sua promulgação, é suficiente uma simples comunicação ao órgão de registro (Junta Comercial, no caso de sociedades empresárias e empresários

²² Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: (BRASIL, 2006).

individuais, e Cartório de registro civil de pessoas jurídicas, no caso de sociedades simples) quanto ao preenchimento dos requisitos de enquadramento como ME ou EPP.

Todavia, no caso de sociedades em empreendimento, em constituição, faz-se necessária a declaração à Junta Comercial, a sua condição de ME ou EPP, que a receita bruta anual não excederá, no ano da constituição, os limites fixados na lei, e, que a ME ou EPP não se enquadra em qualquer das hipóteses de exclusão do regime legal, comunicada a situação à Junta Comercial, nos termos acima mencionados, o nome empresarial do empresário individual ou da sociedade empresária passará a conter a expressão “microempresa” ou “empresa de pequeno porte”, conforme o caso, por extenso ou de forma abreviada.

No que tange às instâncias gestoras dos benefícios imputados pelo Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno, conforme o artigo 2º da LC²³ e suas alterações. São três instâncias gestoras do tratamento diferenciado e favorecido dispensado às ME e EPP, cada uma com uma ordem específica de atribuições definidas, respectivamente, nos incisos I, II e III do mencionado dispositivo: O Comitê Gestor do Simples Nacional – CGSN (Aspectos tributários), o Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Aspectos não tributários) e o Comitê para

²³ Art. 2º O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 10 desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

I - Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários; e

II - Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, com a participação dos órgãos federais competentes e das entidades vinculadas ao setor, para tratar dos demais aspectos, ressalvado o disposto no inciso III do caput deste artigo;

III - Comitê para Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios - CGSIM, vinculado à Secretaria da Micro e Pequena Empresa da Presidência da República, composto por representantes da União, dos Estados e do Distrito Federal, dos Municípios e demais órgãos de apoio e de registro empresarial, na forma definida pelo Poder Executivo, para tratar do processo de registro e de legalização de empresários e de pessoas jurídicas. (BRASIL, 2006).

Gestão da Rede Nacional para Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios – CGSIM (DUARTE, 2017, s/p).

Ainda, a LC, por meio de seu artigo 47,²⁴ preceitua a existência de um tratamento favorecido e simplificado para às ME e EPP, nas contratações públicas, seja direta ou indireta, de autarquias, fundações, no âmbito federal, estadual e municipal. Essa redação tem o objetivo de promover o desenvolvimento econômico, social, bem como tecnológico, constituindo vantagens, pois, nos processos licitatórios, as grandes empresas, de maior estrutura e condições econômicas, estão mais aptas a oferecer um preço reduzido e acessível que as ME e EPP. Para que tal situação não seja decisiva nos processos licitatórios na esfera pública, a LC 123/2006, oferece benesses aos micros e pequenos empreendedores.

Conforme o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, o poder público, deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de ME e EPP nas contratações, em que o valor seja de até R\$ 80.000,00(oitenta mil reais). Nas contratações de empresas que ofereçam bens e serviços de natureza divisível, é fixada uma cota de até 25% para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, anualmente (TOMAZETTE, 2019, p. 694).

Ainda, nos processos licitatórios, tem-se algumas vantagens para as pequenas empresas. Nos casos de empate, denominado fictício, entre as micro e pequenas empresas, em que uma empresa de médio ou grande porte fica colocada em primeiro lugar, e uma ME e EPP ficam na segunda colocação, esta é convocada a reduzir o valor, para, se puder fazer a proposta melhor que a primeira colocada, assumir o lugar da mesma e ser a vencedora. Ainda, é oferecido as para as micro e pequenas empresas a

²⁴ Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (BRASIL, 2006).

benesse de poder comprovar a regularidade fiscal após a fase de habilitação da licitação, facilidade que as demais empresas não possuem (TOMAZETTE, 2019, p. 693).

Para Yuri Guimarrães, torna-se justificável o tratamento desigual para os desiguais com o objetivo de equiparar os concorrentes no mesmo patamar de competição. A igualdade deverá ser respeitada em virtude das distinções por este motivo não restam dúvidas sobre a coerência do tratamento diferenciado dado pelo legislador às ME e EPP (2013, s/p.).

Assim, afirma-se que, as vantagens propiciadas para as ME e EPP, não ofendem o princípio da isonomia, ao passo que estas, encontram-se significativamente mais despreparadas e vulneráveis, que as médias e grandes empresas, as quais, possuem condições financeiras e de desenvolvimento melhores no mercado. Nesse sentido, tem-se um tratamento diferenciado e favorecido para colocar no mesmo patamar de competição todas as empresas participantes dos processos licitatórios.

As referidas vantagens, ainda que substanciais referem-se somente a aspectos gerais ofertadas pela LC 123/2006, não condizem com as benesses de valor crucial, que são aspectos tributários, trabalhistas, previdenciários e de acesso creditício ofertadas pelo mencionado dispositivo legal, objeto de explanação no capítulo em sequência.

III – Aspectos tributários, trabalhistas, previdenciários e acesso ao crédito das microempresas e empresas de pequeno porte

Haja vista a tributação das ME e EPP, é imprescindível explicar sobre o Simples Nacional, pois constitui-se como uma forma de unificação de impostos especial para a arrecadação de tributos e contribuições. Esse mecanismo visa a desburocratização no momento do repasse de impostos aos Municípios, Estados, Distrito Federal e União.

O Simples Nacional, conforme o artigo 13, incisos, I, II, III, IV, V, VI, VII e VIII da LC 123/2006²⁵, preceitua que o recolhimento deve acontecer mediante documento único de arrecadação. Sendo pago no dia 20 de cada mês, abrangendo grande parte dos impostos e contribuições a serem pagas. Após a opção pelo Simples Nacional ser feita pelo contribuinte, a mesma torna-se irretroatável para todo o ano-calendário (BRASIL, 2006).

Conforme o parágrafo único do artigo 146²⁶ da CF/88 trata-se de um regime opcional para os contribuintes, porém obrigatório para as entidades Públicas, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Para que a pessoa jurídica possa participar do Simples Nacional, deverá estar inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) e no Município e, se for o caso, no Estado ou Distrito Federal (BRASIL, 1988).

²⁵ Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 10 deste artigo;

III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 10 deste artigo;

V - Contribuição para o PIS/Pasep, observado o disposto no inciso XII do § 10 deste artigo;

VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS. (BRASIL, 2006).

²⁶ Art. 146. Cabe à lei complementar:

Parágrafo único. A lei complementar de que trata o inciso III, d, também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, observado que: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

I - será opcional para o contribuinte; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

II - poderão ser estabelecidas condições de enquadramento diferenciadas por Estado; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

III - o recolhimento será unificado e centralizado e a distribuição da parcela de recursos pertencentes aos respectivos entes federados será imediata, vedada qualquer retenção ou condicionamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

IV - a arrecadação, a fiscalização e a cobrança poderão ser compartilhadas pelos entes federados, adotado cadastro nacional único de contribuintes. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) (BRASIL, 2006).

A adesão ao Simples Nacional permite o pagamento em documento único, sem necessidade de inúmeros cálculos e vencimentos distintos, dos seguintes impostos (artigo 13 da LC 123/2006): Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição Social sobre o lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), Programa de Integração Social (PIS), Contribuição Patronal Previdenciária (CPP), Imposto sobre Operações relativas à circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicação (ICMS), bem como o ISS-Imposto sobre Serviços de qualquer natureza (TOMAZETTE, 2019, p. 690)

Não obstante, conforme o parágrafo 1º do artigo 13²⁷, bem como artigo 14, *caput* da LC 123/2006²⁸, tem-se dispensado do pagamento das demais contribuições instituídas pela União, e de formação profissional vinculadas ao sistema sindical, e demais entidades de serviço social

²⁷ § 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

- I - Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou Relativas a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF;
- II - Imposto sobre a Importação de Produtos Estrangeiros - II;
- III - Imposto sobre a Exportação, para o Exterior, de Produtos Nacionais ou Nacionalizados - IE;
- IV - Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR;
- V - Imposto de Renda, relativo aos rendimentos ou ganhos líquidos auferidos em aplicações de renda fixa ou variável;
- VI - Imposto de Renda relativo aos ganhos de capital auferidos na alienação de bens do ativo permanente;
- VII - Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF;
- VIII - Contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;
- IX - Contribuição para manutenção da Seguridade Social, relativa ao trabalhador;
- X - Contribuição para a Seguridade Social, relativa à pessoa do empresário, na qualidade de contribuinte individual;
- XI - Imposto de Renda relativo aos pagamentos ou créditos efetuados pela pessoa jurídica a pessoas físicas;
- XII - Contribuição para o PIS/Pasep, Cofins e IPI incidentes na importação de bens e serviços;
- XIII - ICMS devido (BRASIL, 2006).

²⁸ Art. 14. Consideram-se isentos do imposto de renda, na fonte e na declaração de ajuste do beneficiário, os valores efetivamente pagos ou distribuídos ao titular ou sócio da microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, salvo os que corresponderem a pró-labore, aluguéis ou serviços prestados. (BRASIL, 2006).

autônomo, como SENAC, SESI, SESC, SENAI dentre outras (TOMAZETTE, 2019, p. 691), e também para o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), a contribuição para o Seguro de Acidente de Trabalho (SAT) e salário educação. A lei, também prevê a isenção do imposto de renda, na fonte e na declaração de ajuste do beneficiário dos valores efetivamente pagos ou distribuídos ao titular ou sócio da ME ou EPP, desde que se encaixe nos requisitos (DUARTE, 2017, s/p).

Quanto às vedações previstas na LC 123/2006, todas aquelas empresas que não se enquadrem no conceito previsto no seu artigo 3º, conforme já mencionado, pelas características, faturamento, sede no país (inciso IX, do artigo 170 da CF/88) não serão abrangidas pelos seus benefícios.

Além disso, não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional, dentre outras, a ME ou EPP que explore atividade de serviços de assessoria creditícia, gestão de crédito, comunicação; ou, que tenha sócio domiciliado no exterior; ou a pessoa jurídica de cujo capital participe entidade da administração pública, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal; ou a que possua débitos tributários em que a exigibilidade não esteja suspensa.(TOMAZETTE, 2019, p. 691).

No entanto, a opção pelo Simples Nacional não afasta a obrigação de recolhimento em separado dos tributos referidos no artigo 13, § 10, da LC 123/2006, como o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), o Imposto de Importação (II), o Imposto de Exportação (IE), o Imposto Territorial Rural (ITR), o Imposto de Renda (IR) relativo aos rendimentos ou ganhos líquidos auferidos em aplicações de renda fixa ou variável e relativo aos ganhos de capital auferidos na alienação de bens do ativo não circulante, a

Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira(CPMF)²⁹, a contribuição para o Fundo de Garantia por tempo de Serviço (FGTS), a contribuição previdenciária relativa aos trabalhadores, a contribuição previdenciária relativa à pessoa do empresário, o IR relativo aos pagamentos efetuados, a Contribuição para o Programa de Integração Social e o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social(COFINS) e Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) incidentes na importação de bens e serviços e demais tributos de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal, Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), ou dos Municípios, o IPTU- Imposto Predial Territorial Urbano (TOMAZETTE, 2019, p. 690).

Diante de tais exposições, mostrou-se evidente um rol de vantagens ofertadas para as empresas que se enquadram nos requisitos da LC123/2006. Quantos às questões previdenciárias e trabalhistas que no Brasil oferecem encargos onerosos ao empregador, não poderia ser diferente. Portanto, o legislador oferece uma menor burocracia para o empregador compreendido na LC em comento.

Dessa forma, as MEs e EPPs, são dispensadas da afixação de quadro de trabalho em suas dependências, bem como da anotação de férias dos empregados nos respectivos livros, fichas de registro, de empregar, matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem. Não obstante, são dispensados da posse do Livro Intitulado “inspeção do Trabalho”, bem como de comunicar o Ministério Público do Trabalho (MPT) a concessão de férias coletivas (TOMAZETTE, 2019, p. 691-692).

²⁹ A cobrança de CPMF esteve vigente no país até o ano de 2007.

A LC 123/2006, determinou em seu artigo 52³⁰, que o disposto no 51³¹ não dispensa as MEs e EPPs dos seguintes procedimentos: I – anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS; II – arquivamento dos documentos comprobatórios de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, enquanto não prescreverem essas obrigações; III – apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP; IV – apresentação das Relações Anuais de Empregados e da Relação Anual de Informações Sociais – RAIS e do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados – CAGED (RAMOS, 2020, p. 930).

Outro fato positivo diz respeito ao acesso à Justiça do Trabalho, o legislador, estabeleceu, em seu artigo 54, que “é facultado ao empregador de microempresa ou de empresa de pequeno porte fazer-se substituir ou representar perante a Justiça do Trabalho por terceiros que conheçam dos fatos, ainda que não possuam vínculo trabalhista ou societário”. Tal regra constitui-se imperiosa a frente que, muitas vezes, o microempresário precisava fechar seu estabelecimento para participar da audiência trabalhista, na medida em que a Justiça do Trabalho requeria que o preposto tivesse vínculo jurídico com o empresário demandado em juízo.

³⁰ Art. 52. O disposto no art. 51 desta Lei Complementar não dispensa as microempresas e as empresas de pequeno porte dos seguintes procedimentos:

I - anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS;

II - arquivamento dos documentos comprobatórios de cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias, enquanto não prescreverem essas obrigações;

III - apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP;

IV - apresentação das Relações Anuais de Empregados e da Relação Anual de Informações Sociais - RAIS e do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados - CAGED. (BRASIL, 2006).

³¹ Art. 51. As microempresas e as empresas de pequeno porte são dispensadas:

I - da afixação de Quadro de Trabalho em suas dependências;

II - da anotação das férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro;

III - de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem;

IV - da posse do livro intitulado “Inspeção do Trabalho”; e

V - de comunicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas. (BRASIL, 2006).

No entanto, atualmente é possível que o preposto seja alguém sem esse vínculo, desde que conheça dos fatos narrados no processo (RAMOS, 2020, p. 931).

Nesse sentido, ainda que benéfica em alguns aspectos, é notável que no âmbito trabalhista, bem como previdenciário, a LC123/2006, não cumpre de maneira satisfatória com a o escopo de tratamento diferenciado previsto na CF/88, bem como no próprio Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Posto que apenas dispensa algumas obrigações acessórias, e ainda são inúmeros e onerosos os encargos que devem ser arcados pelo micro e pequeno empregador, que consequentemente dificultam a concorrência com as grandes empresas.

No que tange o acesso creditício a LC não foi omissa, atentando o desenvolvimento e crescimento das Mes e EPPs, o Estatuto encontrou formas de facilitar o acesso ao crédito à estas empresas. Objetivando assim, a redução do custo de transação, o incentivo a concorrência, e em especial, o Poder Executivo Federal poderá requer a portabilidade das informações cadastrais relativas aos créditos.

Nesse sentido, a LC tem por escopo propiciar a criação de linhas de crédito especiais para atender às necessidades creditícias dos microempresários e empresários de pequeno porte, com juros mais baixos, dispensa de prestação de garantias. Não obstante, determina que as instituições oficiais referidas no artigo 58, *caput*³²(bancos comerciais públicos e os bancos múltiplos públicos com carteira comercial, a Caixa Econômica Federal e o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social-BNDES) não apenas concedam o crédito, mas que também atuem,

³² Art. 58. Os bancos comerciais públicos e os bancos múltiplos públicos com carteira comercial, a Caixa Econômica Federal e o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES manterão linhas de crédito específicas para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, vinculadas à reciprocidade social, devendo o montante disponível e suas condições de acesso ser expressos nos respectivos orçamentos e amplamente divulgados. (BRASIL, 2006).

junto com as entidades de apoio e representação das MEs e EPPs, na tentativa de lhes propiciar mecanismos de treinamento, desenvolvimento gerencial e capacitação tecnológica, conforme o artigo 59 da LC 123/2006³³ (RAMOS, 2020, p. 933).

De acordo com relatório do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados, para acompanhar a situação da mão de obra formal no Brasil- CADEG, referente a janeiro de 2019:

Em janeiro de 2019, os pequenos negócios geraram 60,7 mil empregos formais celetistas, sustentando uma vez mais a geração de empregos na economia. As médias e grandes empresas começaram o ano registrando extinção líquida de 25,7 mil empregos. Somando-se a esses saldos o da Administração Pública, constatamos que, em janeiro/2019 foram gerados um total de 34,3 mil empregos no país (CADEG,2019, p. 3).

Tais medidas apontadas, desde simplificação no recolhimento de impostos, vantagens nos processos de licitações até maior facilidade creditícia surtem efeitos positivos na economia brasileira, assim como na geração de empregos e renda para inúmeras famílias, que necessitam das MEs e EPPs para garantir seu sustento.

Considerações Finais

A ordem econômica disposta na CF/88 foi explícita ao definir como princípio o tratamento favorecido para às empresas de pequeno porte, buscando garantir um incentivo e uma maior proteção às pequenas empresas, de modo antagônico às dificuldades e limitações de competição que estas encontram diante do cenário de crescente globalização. Tendo

³³ Art. 59. As instituições referidas no caput do art. 58 desta Lei Complementar devem se articular com as respectivas entidades de apoio e representação das microempresas e empresas de pequeno porte, no sentido desproporcionar e desenvolver programas de treinamento, desenvolvimento gerencial e capacitação tecnológica. (BRASIL, 2006).

em vista, também, medidas de desburocratização e modernização para o âmbito empresarial.

As MEs e EPPs, são de suma importância no que tange à geração de rendas e empregos no Brasil. Dessa forma, torna-se necessário a intromissão do Estado, tornando obrigatórias leis e princípios, bem como tratamento favorecido e diferenciado às mesmas, objetivando o desenvolvimento econômico sustentável, somado aos fatores sociais e ambientais, assim como, o pleno emprego. Nesse diapasão, afirma-se que é substancial a LC123/2006, aliada com o Simples Nacional. Que permitem aos micros e pequenos empresários o incentivo à abertura das mesmas, bem como a manutenção e crescimento dessas no cenário econômico, por meio de medidas tributárias, trabalhistas, previdenciárias diferenciadas, assim como com o acesso creditício e vantagens nas licitações.

Tais medidas são válidas e não ofendem o princípio da isonomia, que prevê que todos tenham tratamento igual perante a lei, essas intercessões e benesses servem para nivelar a concorrência que seria desigual caso não existissem no ordenamento jurídico tais normas projetando um tratamento diferenciado. Assim, os micros e pequenas empresas estão aptas a concorrer de igual para igual com as médias e grandes empresas, que possuem maior estabilidade, poder econômico, e influência no mercado.

Diante disso, torna-se notória a regulamentação da CF/88 com a LC 123/2006, assim como do regime do Simples Nacional, para a efetivação dos princípios da Ordem Econômica, preponderantemente no que tange ao princípio que prevê o tratamento diferenciado para as MEs e EPPs. Podendo assim, efetivar a real preocupação, apoio e proteção a todos micros e pequenos empreendedores, que há anos são fonte de inúmeros empregos e renda ao longo do território nacional.

Referências

Brasil. Código Civil (2002). **Decreto – Lei n. 10. 406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 29 ago. 2019.

Brasil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 ago. 2019.

Brasil. **Emenda Constitucional n. 42, de 19 de dezembro de 2003**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm>. Acesso em: 4 ago. 2019.

Brasil. **Lei complementar nº123 de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto da Microempresa e empresa de pequeno porte. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Brasília, [2011]>. Acesso em: 05 ago. 2019.

Brasil. **Lei n. 7.256, de 27 de novembro de 1984**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7256.htm>. Acesso em: 4 ago. 2019.

Brasil. **Lei n. 8.864, de 28 de março de 1994**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8864.htm#:~:text=LEI%20N%208.864%20DE%2028%20DE%20MAR%20C%2087%20DE%201994.&text=Estabelece%20normas%20para%20as%20microempresas,179%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal.>>. Acesso em: 4 ago. 2019.

Brasil. **Lei n. 9. 841, de 5 de outubro de 1999**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9841.htm#:~:text=LEI%20N%209.841%20DE%205%20DE%20OUTUBRO%20DE%201999.&text=Institui%20o%20Estatuto%20da%20Microempresa,e%20179%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal.>>. Acesso em: 4 ago. 2019.

Brasil. **Lei n. 9.317, de 5 de dezembro de 1996**. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9317.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.317%2C%20DE%205%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201996.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20regime%20tribut%C3%A1rio,SIMPLES%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>. Acesso em: 4 ago. 2019.

Brasil. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília [2007]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 8 ago. 2019.

Duarte, Francisco Leite. **Simplex Nacional: a tributação da microempresas e empresas de pequeno porte**. Revista âmbito jurídico. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/simples-nacional-a-tributacao-da-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte/>>. Acesso em: 25 out. 2019.

Guimarães, Yuri. **O tratamento diferenciado das micro e pequenas empresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) no certame licitatório**. Disponível em: <<https://menezeseguimaraesadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/116490691/0-tratamento-diferenciado-das-micro-e-pequenas-empresas-me-e-empresas-de-pequeno-porte-epp-no-certame-licitatorio>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

Moraes, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 35 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Ramos, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial - Vol. Único**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. 9788530990343. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990343/>>. Acesso em: 28 mai. 2021.

Sebrae. **Análise do CAGED Janeiro/2019**. Disponível em <<http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/Relatorio%20do%20CAGED%2001%202019.pdf>>. Acesso em: 25 ago. 2019.

Sebrae. **Geração Líquida de Emprego na Última Década - Brasil**. Portal Lei Geral. Disponível em <<http://www.leigeral.com.br/numeros/indicadores-das-mpes/>>

detalhes/13-geracao-liquida-de-emprego-na-ultima-decada-brasil>. Acesso em: 27 ago. 2019.

Silva, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014.

Tavares, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3 ed. São Paulo: Método, 2011. P.806.

Tomazette, Marlon. **Curso de direito empresarial v 1 - teoria geral e direito societário**.

São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 9788553616671. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616671/>>. Acesso em: 28 mai. 2021.

Vido, Elisabete. **Curso de direito empresarial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

9788553612147. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553612147/>>. Acesso em: 29 mai. 2021.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org