



FESP
FACULDADES

REVISTA

Periódico de Diálogos Científicos

ISSN Online:1982-0895

Ano: XVII Número: 32

JUL/DEZ

FACULDADES DE ENSINO SUPERIOR DA PARAÍBA

Revista FESP Faculdades: periódico de diálogos científicos - 2022.2

EXPEDIENTE

Diretor Presidente: Luiz Henrique dos Santos Barbosa

Diretora Acadêmica: Heloysa Helena de Oliveira Tomé

DIREÇÃO EDITORIAL

Maria do Socorro da Silva Menezes

COMITÊ EDITORIAL FESP

Heloysa Helena de Oliveira Tomé

Maria do Socorro da Silva Menezes

Gabriella Henriques da Nóbrega

Naima Gomes Vilôr Gorgonho

REVISÃO

Maria do Socorro da Silva Menezes

ILUSTRAÇÃO E DIAGRAMAÇÃO

Naima Gomes Vilôr Gorgonho

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista FESP Faculdades: periódico de diálogos científicos - 2022.2/ Faculdade de Ensino Superior da Paraíba. Graduação em Direito. – ano. XVII, n. 32, Jul/Dez – João Pessoa - PB, 2022.

Semestral

Resumo em: Português e Inglês

ISSN Online: 1982-0895

1. Direito - Periódicos. 2. Artigos Científicos. 3. Universitários. 4. Direito Digital I. Faculdade de Ensino Superior da Paraíba.

BC/FESP

34(05)

Ficha catalográfica elaborada pela biblioteca da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba

Como citar algum artigo desta revista:

SOBRENOME DO AUTOR, nome do autor. Título do artigo. In: **Revista da FESP: periódico de diálogos científicos**. [online]. 2022, ano. XVII, n. 32, p. 01-196. ISSN Online: 1982-0895.

Disponível em: <http://www.revistadaFESP.com.br>. Último acesso: (preencha aqui com a data de último).

SUMÁRIO

EDITORIAL	04
USO DE ROBÔS ELETRÔNICOS POR EMPRESAS EM PROCESSOS LICITATÓRIOS DE PREGÃO ELETRÔNICO	
ROBERTO VARELO BONFIM LUCIANA VILAR DE ASSIS	08
ERRADICAÇÃO DE LIXÕES, QUESTÕES POLÍTICAS, SOCIAIS E AMBIENTAIS: O CASO DO MUNICÍPIO DE CRUZ DO ESPÍRITO SANTO	
ANA CLÁUDIA FERREIRA DA SILVA LUCIANA VILAR DE ASSIS	27
APRECIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS NO EXERCÍCIO DA SUA FUNÇÃO DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS	47
AIRTOM IDEÃO LEITE LUCIANA VILAR DE ASSIS	
NOVAS PERSPECTIVAS DO TELETRABALHO: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO NO CENÁRIO PÓS PANDÊMICO	65
RHAYRON KLAIVER LOURENÇO SOARES LOPES ROGÉRIO COUTINHO BELTRÃO	
A GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO PARA PESSOAS COM AUTISMO	82
REBECA DE CARVALHO GAMA DE LIMA ANA CAROLINA GONDIM DE ALBUQUERQUE OLIVEIRA	
A MATERNIDADE NO CÁRCERE: LIMITAÇÕES DO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEMININO NO BRASIL	103
SHEILA MILANA GOMES PINTO NILVAN VIEIRA DA SILVA	
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS: EM RAZÃO DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	123
ALEÍSA NUNES DO NASCIMENTO RICARDO SÉRVULO FONSÊCA DA COSTA	
ABANDONO DIGITAL INFANTIL: RESPONSABILIZAÇÃO POR NEGLIGÊNCIA PARENTAL NO AMBIENTE VIRTUAL	146
KÊNIA FERREIRA DE CARVALHO BRANDÃO RAQUEL MARIA AZEVEDO PEREIRA FARIAS	
CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	167
WILZA CARLA NÓBREGA DE QUEIROZ MARINHO ANA CAROLINA GONDIM DE ALBUQUERQUE OLIVEIRA	
RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS CAUSADOS DURANTE A PRÁTICA DESPORTIVA	191
BENJAMIN DE SOUZA FONSECA AMARAL MÁRCIO ACCIOLY DE ANDRADE	

EDITORIAL

Temos a grata satisfação de apresentar a 32ª edição da Revista Fesp: periódicos e diálogos científicos, referente ao segundo semestre de 2022.2. Neste volume contamos com artigos contendo pesquisas de vasta gama temáticas, abrindo espaço para novos debates e discussões no seio da comunidade acadêmica e jurídica, sobretudo visando aqueles que desejam aprofundar seus conhecimentos em torno das respectivas abordagens.

Os três primeiros artigos contemplam a área do direito administrativo, que como se sabe, é uma área do direito que regula a atuação do Estado e é fundamental para a sociedade contemporânea. O primeiro deles foca sua argumentação em torno de um assunto que suscita muitos questionamentos, ao tratar do “*uso de robôs eletrônicos por empresas em processos licitatórios de pregão eletrônico*”. Os pesquisadores Roberto Varelo Bonfim e Luciana Vilar de Assis, destrincham as implicações jurídicas da falta de regulamentação do uso de robôs eletrônicos (Gestor de Lances) pelas empresas licitantes nos processos licitatórios, trazendo uma contribuição importante ao esclarecer que ainda existe um grande embate jurídico, pois ainda existe a dúvida de que estes robôs eletrônicos ferem o princípio da isonomia e o da competitividade nas licitações.

Em seguida, no artigo sobre a “*erradicação de lixões, questões políticas, sociais e ambientais: o caso do município de Cruz do Espírito Santo*” localizado no estado da Paraíba, os autores Ana Cláudia Ferreira da Silva e Luciana Vilar de Assis reforçam a responsabilidade atribuída as diferentes esferas de governo, ao analisarem o processo da erradicação de lixões, em detrimento as questões políticas, administrativas, sociais e ambientais, mediante dados empíricos destacam a intermediação direta do Ministério Público, através de ações pautadas na Política Nacional de Resíduos sólidos, que passaram a determinar que, os municípios ampliem suas políticas públicas, para o direcionamento de projetos sustentáveis e, conseqüentemente a eliminação paulatina dos lixões.

Ao fazerem uma “*Apreciação da constitucionalidade de leis e atos normativos no exercício da sua função de controle e fiscalização dos tribunais de contas*”, Airtom Ideão Leite e Luciana Vilar de Assis, apresentam a evolução história no sentido de compreender a intenção jurisdicional da Súmula 347, bem como o seu impacto até os dias atuais, com a promulgação da Constituição de 1988 e sua nova visão diante o controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal de Contas, esclarecendo que, ao longo do tempo os Tribunais de Contas deixaram de ter um posicionamento apenas técnico, passando a se

posicionar como um mecanismo capaz de auxiliar o controle social sobre a administração pública.

Em “*novas perspectivas do teletrabalho: uma análise do instituto no cenário pós pandêmico*”, Rhayron Klaiver Lourenço Soares Lopes e Rogério Coutinho Beltrão” discorrem sobre as mudanças que a reforma trabalhista trouxe para o teletrabalho, como a jornada de trabalho, férias, horas extras e salários, compensação de horas no contrato de trabalho, sobre o cenário pós pandêmico, analisando os benefícios e os malefícios que esta modalidade de trabalho trouxe para a sociedade, chamando atenção para os modos de aferição do controle da jornada de trabalho na modalidade teletrabalho, mostrando que os direitos trabalhistas foram impactados de forma incontestável pela pandemia e que isso se reflete no cenário após a pandemia.

Tendo como foco de abordagem o direito constitucional, três artigos são apresentados. No primeiro versando sobre “*a garantia do direito à educação para pessoas com autismo*”, Rebeca de Carvalho Gama de Lima e Ana Carolina Gondim De Albuquerque Oliveira, trazem um panorama acerca do contexto histórico e concepções sobre o autismo, passando pelos direitos das pessoas com deficiência e da pessoa com Transtorno de Espectro Autista (TEA) dentro de diretrizes constitucionais, bem como analisam os dispositivos da Lei nº 12.764 de 2012, conhecida como Lei Berenice Piana, e suas implicações para o desenvolvimento e implementação da educação inclusiva da pessoa com TEA, utilizam jurisprudência ao tecer considerações sobre o direito à educação e a inclusão escolar, considerados como base para o desenvolvimento digno de todo indivíduo.

No segundo sobre “*a maternidade no cárcere: limitações do sistema penitenciário feminino no Brasil*”, Sheila Milana Gomes Pinto e Nilvan Vieira da Silva tratam do problema existente na insuficiência de infraestrutura necessária no sistema carcerário feminino do Brasil, em relação às necessidades da presidiária gestante, defendem a necessidade de fortalecimento do plano nacional de saúde no sistema penitenciário, em relação à atenção à saúde da mulher e, no mesmo compasso, assinalam a importância da reestruturação do sistema penitenciário, comumente viciado de elementos que prejudicam o desenvolvimento ideal da maternidade, como as condições insalubres do cárcere e a superlotação, concluindo que é urgente que se promova uma renovação estrutural das prisões, de forma a garantir, não só à gestante, mas, principalmente, ao recém-nascido, as condições para permanência digna no cárcere.

Já no terceiro artigo intitulado “*considerações acerca da judicialização do direito à saúde no Brasil*”, Wilza Carla Nóbrega de Queiroz Marinho e Ana Carolina Gondim de

Albuquerque Oliveira, sob o prisma constitucional, demonstram que a judicialização é indispensável em muitos casos, pois consiste no único meio contra más gestões que não investem recursos financeiros em saúde, tampouco, implementam políticas públicas eficientes em tal área. Para tanto, abordam o direito fundamental à saúde e sua posição na Constituição de 1988; descrevem os principais aspectos do Sistema Único de Saúde (SUS) e demonstram sua relação com a efetivação do direito fundamental à saúde, citando casos e jurisprudência que enriquecem e tornam mais coerente a análise.

Kênia Ferreira de Carvalho Brandão e Raquel Maria Azevedo Pereira Farias, em artigo sobre o tema “*abandono digital infantil: responsabilização por negligência parental no ambiente virtual*”, fazem uma explanação sobre a tecnologia e o direito digital, discutindo o dever de cuidado dos pais para com os filhos com o intuito de demonstrar como poderá ser exercido esse cuidado e as medidas que devem ser observadas, retratam ainda o abandono digital infantil e os riscos a que estão expostas esta parcela da população. Fazem uma análise sobre como essa temática é disciplinada nos institutos presentes em nosso ordenamento jurídico no que diz respeito à proteção dos menores, notadamente na Constituição Federal de 1988 e no estatuto da Criança e do Adolescente, evidenciando a responsabilização dos pais pela negligência no exercício do poder parental.

Sob a ótica do direito do consumidor, com viés no direito civil Aleísa Nunes do Nascimento e Ricardo Sérvulo Fonsêca da Costa, trazem uma abordagem interessante sobre a “*responsabilidade civil dos influenciadores digitais: em razão da atividade publicitária e seus reflexos nas relações de consumo*”, utilizando como foco as recorrentes práticas de realizações de publicidades veladas/ irregulares e indicações de produtos ou serviços realizadas através de suas redes sociais, enfatizando a atuação do Conselho de Autorregulamentação Publicitária e o Código de Defesa do Consumidor perante reclamações realizadas por consumidores lesados, analisando a responsabilidade do influenciador digital e indicação de medidas a serem aplicadas. Na conclusão fica claro que, a responsabilidade civil aplicada aos influenciadores digitais é objetiva, por serem figuras públicas com notória popularidade e poder de persuasão, os quais recebem vantagens econômicas e fazem parte diretamente da cadeia de consumo, exercendo o papel de fornecedores anunciantes, de forma que seus seguidores, após adquirir produtos/serviços indicados tornam-se consumidores.

Por fim, em artigo sobre a “*responsabilidade civil pelos danos causados durante a prática desportiva*”, Benjamin de Souza Fonseca Amaral e Márcio Accioly de Andrade, trazem a configuração da responsabilidade civil dos danos causados durante a prática desportiva e

o dever de reparar o dano à luz do Código Civil, tendo como viés o direito desportivo e também no direito do consumidor, mostrando que a responsabilidade civil atrelada à legislação desportiva tem como um de seus elementos centrais o torcedor que é colocado no patamar de consumidor nos termos do Código de Defesa do Consumidor, sendo este considerado como sendo a parte hipossuficiente na relação de consumo. Amplamente lastreado em exemplos de casos e decisões judiciais, o estudo conclui que o dever de reparar os danos causados durante a prática da atividade esportiva enquanto relação de consumo, pertence à entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo.

Não podemos deixar de aproveitar a oportunidade para agradecer aos autores, pesquisadores e leitores da Revista Fesp: periódicos e diálogos científicos, por viabilizarem produções científicas, trazendo contribuições e possibilitando que a cada número sejam publicadas novas e instigantes pesquisas sobre temas atuais. Lembramos que estamos sempre abertos ao envio de novos artigos para garantir a continuidade desse veículo de divulgação de estudos jurídicos e áreas afins com embasamento científico.

Desejamos a todos, uma excelente e proveitosa leitura!

Profª M.e. Maria do Socorro da Silva Menezes

USO DE ROBÔS ELETRÔNICOS POR EMPRESAS EM PROCESSOS LICITATÓRIOS DE PREGÃO ELETRÔNICO^{1*}**USE OF ELECTRONIC ROBOTS BY COMPANIES IN ELECTRONIC BIDDING PROCESSES**

ROBERTO VARELO BONFIM**
LUCIANA VILAR DE ASSIS***

RESUMO

Este artigo científico enquadra-se na área do direito administrativo, versa sobre a utilização de softwares e robôs eletrônicos por empresas em processos licitatórios, especificamente na modalidade de Pregão Eletrônico com tempo randômico. Os melhores softwares do mercado são fabricados com uma tecnologia de ponta, sendo capazes de procurar por editais do seu ramo de atividade, estabelecer previamente o valor mínimo de venda, efetuar lances automaticamente e acompanhar toda a movimentação após a disputa de preço. Além disso, utilizando-se da metodologia bibliográfica, este artigo tem como objetivo destrinchar as implicações jurídicas da falta de regulamentação do uso de robôs eletrônicos (Gestor de Lances) pelas empresas licitantes nos processos licitatórios, finalizando em uma solução saudável, que seria a liberação e oficialização dos robôs para todos os licitantes. Deste modo, não haveria desigualdade de armas entre os competidores, visto que qualquer licitante poderia usufruir deste software.

PALAVRAS-CHAVE: Pregão eletrônico. Robôs eletrônicos. Princípio da isonomia. Administração Pública.

ABSTRACT

This scientific article is part of the administrative law area, it deals with the use of electronic software and robots by companies in bidding processes, specifically in the Electronic Auction with random time. The best software on the market is manufactured with cutting-edge technology, being able to search for public notices in your field of activity, establish in advance the minimum sale value, automatically place bids and monitor all the movement after the price dispute. In addition, using the bibliographic methodology, this article aims to unravel the legal implications of the lack of regulation

^{1*} Texto originalmente apresentado e aprovado como Trabalho de Conclusão de Curso – TCC no Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, em dezembro de 2024.

^{**} Bacharel em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP.

^{***} Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba -UFPB. Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba -UEPB. Licenciada em Letras pela UFPB. Professora do Curso de Bacharelado em Direito na Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP. Atuou como orientadora desse trabalho se pesquisa.

of the use of electronic robots (Bidding Manager) by the bidding companies in the bidding processes, ending in a healthy solution, which would be the release and officialization of robots for all bidders. In this way, there would be no inequality of weapons among the competitors, since any bidder could take advantage of this software.

KEYWORDS: Electronic trading. Electronic robots. Principle of isonomy. Public administration.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo geral deste artigo, utilizando-se da metodologia bibliográfica, é destrinchar as implicações jurídicas da falta de regulamentação do uso de robôs eletrônicos, averiguando as jurisprudências e decisões do Poder Público sobre estes softwares, com o intuito de identificar as características e os meios de possibilitar o uso desta robótica nos processos licitatórios. Deste modo, o problema nodal deste tema é: A falta de regulamentação e meios de viabilizar o uso desses robôs eletrônicos. Ou seja, quais são os modos de viabilizar o uso desses softwares eletrônicos?

Ademais, este estudo está dividido em 5 seções. Sendo a primeira parte uma introdução à licitação e seus princípios norteadores, seguido de uma breve introdução aos robôs eletrônicos e o cenário político atual sobre a utilização destes softwares nos processos licitatórios. Logo em sequência, a terceira seção versa sobre o pregão eletrônico e as suas modalidades conceituando-os e interligando com os softwares. Na quarta parte, será exposto alguns posicionamentos (acórdãos, resoluções, entre outros) dos tribunais de contas sobre o uso destes robôs, finalizando com meios recentes de inserção e viabilização dos softwares às compras públicas.

O direito não pode abster-se das transformações tecnológicas. A recente crise pandêmica evidenciou ainda mais a necessidade de adaptação e, em poucos meses, observamos grandes mudanças na nossa maneira de trabalhar e de viver. Não obstante, apesar de não existir qualquer lei definindo os limites em relação ao uso de tecnologia nas compras públicas, ainda existe um grande embate jurídico, pois ainda existe a dúvida de que estes robôs eletrônicos ferem o princípio da isonomia e o da competitividade nas licitações.

Neste ínterim, faz-se necessário entender que o robô de lances utilizados pelas empresas é apenas mais uma ferramenta tecnológica, feito para facilitar a nossa vida. Sendo assim, é necessário debater a regulamentação dessa nova tecnologia e os benefícios que ela traz ao processo licitatório. A nova lei de licitação de nº 14.133/2021, no seu Artigo 11º, inciso IV traz um dos objetivos do processo licitatório: “incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável”.

O processo licitatório é regido pela lei federal nº 14.133/2021, lei esta, que traz no seu Artigo 5º os princípios basilares da licitação, a exemplo o da isonomia e o da competitividade. Algumas jurisprudências dos Tribunais de Contas dizem que o uso do robô eletrônico pelos licitantes fere diretamente os princípios supracitados, entretanto, há outros posicionamentos favoráveis, como o do conselheiro Sebastião Helvecio do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, que afirmou não encontrar impedimentos legais para o uso da robótica na realização de lances em pregões eletrônicos e constatou que as empresas licitantes estavam competindo entre si com propostas praticamente idênticas, abrindo espaço para novas discussões jurídicas.

O Governo Federal, através do Ministério do Planejamento, manifestou-se sobre este tema e, sugere que no futuro, os sistemas de compras do Governo possuam este software de robôs disponível para todos os licitantes. Tal prática é mais vantajosa para o próprio Governo, visto que irá aperfeiçoar a competição e obter a proposta mais barata. Porém, enquanto o Governo não regulamenta, o software de lances automáticos é uma alternativa para as empresas terem mais facilidade, agilidade e eficiência na participação de compras públicas. Afinal, o software não prejudica em nada o poder público.

2 LICITAÇÃO, PRINCÍPIOS NORTEADORES E MODALIDADES

Licitação é um processo administrativo formado por uma sequência de atos que tem como finalidade proporcionar à Administração a possibilidade de adquirir um bem ou serviço da forma mais vantajosa para ela própria. Para Di Pietro (2011), a licitação pode ser definida como um procedimento administrativo através do qual um ente público, fazendo-se valer do seu exercício da função administrativa, abre a todos

os interessados, que se enquadrem nas condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de oferecerem propostas dentre as quais será selecionada e aceita a mais conveniente para a celebração do contrato.

Outro conceito importante para o entendimento de licitações é o seguinte:

É um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinados relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas (MELLO, 2006, p. 78).

Deste modo, afirma-se que a licitação é um processo administrativo que visa assegurar igualdade de condições a todos que queiram realizar um contrato com o Poder Público. A licitação é disciplinada, atualmente, por duas leis: 8.666 de 1993 e 14.133 de 2021, sendo que a primeira será revogada em maio de 2023, ficando em vigor apenas a mais recente. Ambas podem ser usadas, porém não em conjunto. Ressaltaremos a seguir os critérios objetivos de seleção das propostas de contratação mais vantajosas para o interesse público e os princípios norteadores.

O procedimento licitatório é regido pelos princípios previstos no art. 5º da lei 14.133/2021, quais sejam:

Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (BRASIL, 2021).

A principal diferença que podemos ressaltar entre as duas leis é o princípio da eficiência, uma das maiores inovações jurídicas ao âmbito administrativo, ele impõe dever de eficiência, determinando que a Administração Pública e seus agentes realizem suas atividades com presteza, com o intuito de alcançar a satisfação do bem comum, da coletividade, produzindo resultados positivos que supram às necessidades da população, e executados de forma econômica, menos burocrático, em tempo hábil e dentro dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização dos recursos públicos.

Em sequência, destrincharemos alguns princípios norteadores à licitação. O primeiro deles é o princípio constitucional da legalidade, no qual todo ato público deve estar em conformidade com a lei anteriormente prevista, representando assim total subordinação do Poder Público à previsão legal. Deste modo, o administrador público não pode, mediante mero ato administrativo, estabelecer obrigações, conceder algum direito ou impor sanções aos cidadãos.

A criação de um novo imposto, por exemplo, que dependerá de lei. Além disso, existe também o princípio da impessoalidade, que é a imposição ao administrador de agir isento de outro interesse que não seja o fim legal, que por sua vez será aquele que a norma legal estabelecer, também conhecido como o princípio da finalidade, cujo qual remete que a busca maior do administrador é o interesse público e qualquer outro ato, que não for pertinente ao interesse público, seria considerado desvio de finalidade.

O próximo princípio constitucional é o da publicidade, que obriga o Poder Público a agir com maior transparência possível, para que a população tenha conhecimento de todos os seus atos, neste interim sua previsão legal está disposta no inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º [...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (BRASIL, 1988).

Por fim, o princípio da moralidade garante que o agente público apenas realize condutas consideradas aceitáveis dentro da sociedade em que ele vive. Ou seja, garantido um comportamento ético, respeitoso e íntegro com todas as pessoas. Observando a lei nº 9.784/99, esta refere-se à moralidade administrativa como “atuação segundo padrões éticos de probidade, decora e boa-fé” (BRASIL, 1999). Além desses, existem vários outros princípios norteadores que já foram supracitados e também serão destrinchados mais a frente, como o princípio da isonomia ou igualdade.

2.1 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Este tópico versa sobre as diversas modalidades de licitação, em outras palavras, ao método utilizado nas compras públicas. De acordo com a nova lei de licitação, existem cinco tipos de modalidades: pregão, concorrência, concurso, leilão e a mais nova modalidade inserida pela nova lei, diálogo competitivo. Vale frisar que as modalidades de convite e tomada de preços, previstos na lei 8.666/93, não serão citadas neste trabalho, visto que ambas deixarão de existir a partir de maio de 2023.

A primeira modalidade conceituada é a de concurso, prevista no inciso XXXIX do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021, o concurso é “modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor” (BRASIL, 2021), conceito semelhante à lei anterior. Nesta modalidade, observamos uma característica de incentivo e não de pagamento aos serviços prestados, instituindo premiação ou remuneração aos vencedores do certame.

No concurso, quaisquer interessados poderão participar desde que sejam atendidas as exigências do edital, as escolhas dos trabalhos poderão ser técnico, científico ou artístico. E, o autor do projeto se obriga a ceder os direitos relativos ao seu trabalho à Administração, que poderá utilizá-lo para o fim previsto no Edital de licitação. Um exemplo, no qual a modalidade concurso possa ser aplicada, seria um edital que premiará os melhores poemas/obras literárias de um município.

Outra modalidade é a de concorrência prevista no inciso XXXVIII do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021, diz que esta é a “modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia” (BRASIL, 2021). Na concorrência, os critérios de julgamento podem ser: menor preço; melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; e maior retorno econômico ou maior desconto. Inclusive é por meio desta modalidade que poderá ser realizado a contratação de obras e serviços comuns de engenharia.

O leilão, por sua vez, está prevista no inciso XL do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021, é a “modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance”

(BRASIL, 2021). Ou seja, serve para a alienação de um bem que não serve à Administração Pública ou foi objeto de apreensão. Nesta modalidade, qualquer pessoa pode participar e é a única modalidade que o governo possui para vender algum bem para obtenção de renda.

Por fim, a mais recente modalidade trazida pela nova lei de licitação é o diálogo competitivo, conceituado no inciso XLII, art. 6º da lei 14.133/2021:

Art. 6º [...]:

XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos (BRASIL, 2021).

Essa nova modalidade é inspirada nos modelos já utilizados na União Europeia, trazido recentemente pela nova lei de licitação, com algumas adaptações. O diálogo competitivo é restrito às contratações que envolvam as seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) impossibilidade de órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração (BRASIL, 2021), ou seja, contratações complexas.

Em um primeiro momento, a Administração Pública estabelecerá pré-requisitos no edital, explicitando a sua busca, em outras palavras, quais as suas necessidades. Logo em sequência, os interessados serão convocados a apresentar as suas soluções, podendo realizar diálogos com Administração, que serão, em regra, sigilosos e exclusivamente entre a Administração e o proponente, não envolvendo os demais licitantes.

Ao final da etapa de diálogo, a administração pública declarará a sua conclusão, definindo qual é a solução eleita, e iniciará a fase competitiva com a divulgação de novo edital, contendo a especificação da solução alcançada para atender à sua necessidade e os critérios objetivos para a seleção da proposta mais

vantajosa, as quais serão apresentadas pelos licitantes pré-selecionados (BRASIL, 2021).

Tudo isso deve ser feito observando que a proposta vencedora deverá ser definida conforme os critérios divulgados no início da fase competitiva e deve retratar a contratação mais vantajosa. Por último, o pregão será tratado com mais detalhes no próximo tópico, visto que é a modalidade na qual o uso dos robôs eletrônicos faz-se mais presente.

3 PREGÃO ELETRÔNICO E AS SUAS ESPECIFICIDADES

O pregão é uma modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns no âmbito da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, cujos parâmetros de valor e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital (BRASIL, 2002). Segundo o Secretário do Ministério de Economia, Cristiano Hecket, o pregão eletrônico representa mais de 90% das licitações realizadas pelo governo federal.

O decreto potencializa os ganhos nos processos de compras, desestimula conluios, dinamiza a disputa, gerando economia de tempo e de recursos públicos para a administração federal. O pregão deve ser feito preferencialmente no formato eletrônico, em plataformas digitais, disponibilizadas pelo governo.

Atualmente, o pregão eletrônico é regulamentado pelo decreto 10.024/2019 e é dividido pelas seguintes etapas sucessivas: planejamento da contratação pelo órgão e publicação do aviso do edital, os interessados apresentam suas propostas de preço e documentos para habilitação, no dia e na data prevista no edital ocorre a abertura da sessão pública e abertura de lances, em outras palavras, a fase de lances, julgamento, depois a habilitação e, por fim, a fase recursal (BRASIL, 2019).

No pregão, os modos de disputa que são procedimentos adotados na fase de apresentação das propostas e lances com o objetivo de buscar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, podem consistir em disputa fechada ou disputa aberta, que podem ser adotadas isoladamente ou conjuntamente. De acordo com a lei 14.133/2021, os modos de disputa estão previstos da seguinte maneira:

I – aberto, hipótese em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes. II – fechado, hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação (BRASIL, 2021).

Neste cenário, observamos que a disputa aberta baseia-se na apresentação de propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, os quais estarão expostos para todos os participantes em tempo real durante a disputa, inclusive para que eles possam cobrir os lances durante o tempo disponível da sessão pública. De acordo com o mesmo artigo, a disputa fechada não envolve lances, pois refere-se à apresentação de proposta única para cada empresa licitante, que será mantida em sigilo até a data e hora designadas para a divulgação de todas as propostas.

No modo de disputa aberta, de acordo com o parágrafo único deste mesmo artigo supracitado, o edital deverá prever um intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta, justamente com o intuito de combater o uso abusivo dos robôs eletrônicos.

Após aberta a fase competitiva, será disponibilizado um tempo para que os licitantes encaminhem os lances no intuito de oferecer a melhor proposta à Administração Pública. Dentro deste tempo, existe o modo randômico, previsto no art. 24, § 7º, do Decreto nº 5.4508/2005:

O sistema eletrônico encaminhará aviso de fechamento iminente dos lances, após o que transcorrerá período de tempo de até trinta minutos, aleatoriamente determinado, findo o qual será automaticamente encerrada a recepção de lances (BRASIL, 2005).

Neste modo, o pregoeiro não possui controle sobre o tempo randômico, pois é estipulado pelo próprio sistema, podendo se encerrar de 1 segundo até trinta minutos após o início da oferta de lances. Desta forma, ao término da disputa, o licitante com o lance de menor preço será consagrado o vencedor do certame.

Conforme supramencionado, os robôs de lances são utilizados exatamente neste momento do tempo randômico, cobrindo os lances dos adversários em

diferenças muito pequenas, questão de milissegundos, favorecendo as empresas que utilizam os softwares eletrônicos, que acabam sempre liderando a disputa, ferindo assim o princípio da isonomia.

Esse princípio, previsto na Constituição Federal, no seu art. 37, XXI, para a contratação de obras, serviços, compras e alienações mediante a observação do princípio da isonomia, assegurando a todos os concorrentes a igualdade de condições, sendo reiterada a sua obrigatoriedade no art. 30 da lei de licitação 8.666/93, que permanecerá em vigor até o fim de março de 2023.

Entretanto, o princípio da isonomia deve ser interpretado em concordância com os demais princípios e valores, de tal modo que possamos obter uma resolução para determinados problemas concretos. Um dos princípios basilares do direito público, que também deve ser observado é que os interesses coletivos devem prevalecer sobre os individuais.

Para Silva (2018, p. 32), o interesse público em sentido estrito é nas hipóteses em que a “norma jurídica confere à Administração competência para exercitar prerrogativas especiais, que conduzam à prevalência do interesse de toda a coletividade sobre interesses específicos de um ou mais indivíduos”.

Ao analisarmos o uso de robôs eletrônicos em pregões eletrônicos pelos licitantes, observa-se que tal uso não representa diretamente um prejuízo aos interesses públicos, visto que a busca maior é pelo menor preço ou proposta mais vantajosa. Além disso, o uso dos robôs eletrônicos, por si só, não garante a vitória do licitante. Pois, ainda há a fase de habilitação e diferentes situações, como o empate ficto, por exemplo, previsto na Lei Complementar nº 123/06, no qual há vários critérios de desempate, para as Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP).

3.1 DECRETO Nº 10.024, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019

Uma das inovações mais recentes ao mundo dos pregões eletrônicos é o decreto nº 10.024, que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de

engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal (BRASIL, 2019).

O primeiro ponto que deve ser salientado é a obrigatoriedade do pregão ser realizado na forma eletrônica, sendo reafirmado a importância dos meios digitais nos processos licitatórios no Art. 12 da nova lei de licitações 14.133/2021, que diz que os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico (BRASIL, 2021).

Vale ressaltar que este novo decreto, que revogou os decretos de nº 5.504 e 5.450, ambos de 2005, manteve as vedações do pregão, na forma eletrônica, previstas nos decretos anteriores, às contratações de obras, locações imobiliárias e alienações; e bens e serviços especiais, incluídos os serviços de engenharia enquadrados no disposto no inciso III do caput do art. 3º. (BRASIL, 2019).

No seu Art. 6º observamos as etapas do pregão eletrônico que devem ser seguidas sucessivamente: planejamento da contratação; publicação do aviso de edital; apresentação de propostas e de documentos de habilitação; abertura da sessão pública e envio de lances, ou fase competitiva; julgamento; habilitação; recursal; adjudicação; e homologação (BRASIL, 2019).

Especificamente na etapa de abertura da sessão pública e envio de lances, ou seja, na fase competitiva, observamos alguns usos abusivos dos robôs eletrônicos. E, por isso, este decreto trouxe alguns mecanismos eficientes para a “boa convivência” com estes softwares, previsto no art. 30 do Decreto Nº 10.024, está algumas observações importantes ao início da fase competitiva:

Art. 30. Classificadas as propostas, o pregoeiro dará início à fase competitiva, oportunidade em que os licitantes poderão encaminhar lances exclusivamente por meio do sistema eletrônico.

§ 1º O licitante será imediatamente informado do recebimento do lance e do valor consignado no registro.

§ 2º Os licitantes poderão oferecer lances sucessivos, observados o horário fixado para abertura da sessão pública e as regras estabelecidas no edital.

§ 3º O licitante somente poderá oferecer valor inferior ou maior percentual de desconto ao último lance por ele ofertado e registrado pelo sistema, observado, quando houver, o intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação ao lance que cobrir a melhor oferta.

§ 4º Não serão aceitos dois ou mais lances iguais e prevalecerá aquele que for recebido e registrado primeiro.

§ 5º Durante a sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante (BRASIL, 2019).

No parágrafo 3º, observamos um mecanismo muito importante para a isonomia do processo licitatório, que traz a necessidade de intervalos mínimos de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, ou seja os robôs eletrônicos que ganhava mos certames realizando lances em diferenças de milissegundos e por diferença de centavos, agora deverá respeitar um intervalo mínimo entre os lances. Deste modo, coibindo a conduta mais abusiva do uso destes softwares.

4 POSICIONAMENTOS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE OS ROBÔS ELETRÔNICOS

Os Tribunais de Contas são os responsáveis pelo controle externo da gestão dos recursos públicos, possuem a missão de acompanhar as aplicações orçamentárias e financeiras, além de contribuir com o desenvolvimento da Administração Pública em prol da sociedade. Ao redor do Brasil, existem vários posicionamentos dos Tribunais de Contas de cada Estado e até da União sobre a utilização de softwares em processos licitatórios, que serão citados a seguir.

O Acórdão 2601/2011 - Plenário trouxe a manifestação do Tribunal de Contas da União sobre a utilização de softwares de lançamentos automáticos em pregões eletrônicos, de que estes robôs eletrônicos violam o princípio da isonomia e, além disso, solicitou a implementação rápida de mecanismos inibidores do uso destes robôs.

Um dos mecanismos criados pela Administração Pública é com relação a identificação do uso dos robôs eletrônicos, seja pela diferença padronizada de lances, ou pelos intervalos de pequenos segundos. Alguns pregoeiros, seguindo as recomendações dos Tribunais de Contas já estão acrescentando itens nos editais para combater o uso dos softwares. Como, por exemplo no processo administrativo no TJ-ADM-2022/32428 do Estado da Bahia, que diz:

13.3. Se, ao final da disputa, o pregoeiro identificar que alguma licitante, ao apresentar seus lances, o fez, entre outras formas de maneira sucessiva, padronizada, intermitente, simultânea ou em intervalos de poucos segundos entre eles, indicando a utilização de software lançador “robô”, será ela desclassificada, com a consequente abertura de processo administrativo para apuração do ilícito (BAHIA, 2022).

Estes mecanismos de combate ao uso dos softwares eletrônicos são um óbice às inovações tecnológicas, que são criadas com o intuito de facilitar e adaptar o nosso modo de vida. No lugar de nadar contra a “maré” tecnológica, por que não criar mecanismos para facilitar a implementação e aplicação desses softwares? Ao disponibilizar esse software para todos os licitantes, por exemplo.

Ao invés de criar paliativos de combate aos “robôs”, o governo esquece que estes softwares conseguem se adaptar e trazer novas funções, respeitando as regras de intervalo de tempo, ocultando a sua utilização e por consequência “desequilibrando” o nível de competitividade. Uma das opções seria banir a figura do tempo randômico/aleatório, visto que existem outros modos de operação como o tempo prorrogável, previsto no Art. 32 da Lei 10.024 de 20 de setembro de 2019:

Art. 32. No modo de disputa aberto, de que trata o inciso I do caput do art. 31, a etapa de envio de lances na sessão pública durará dez minutos e, após isso, será prorrogada automaticamente pelo sistema quando houver lance ofertado nos últimos dois minutos do período de duração da sessão pública.
 § 1º A prorrogação automática da etapa de envio de lances, de que trata o caput, será de dois minutos e ocorrerá sucessivamente sempre que houver lances enviados nesse período de prorrogação, inclusive quando se tratar de lances intermediários.
 § 2º Na hipótese de não haver novos lances na forma estabelecida no caput e no § 1º, a sessão pública será encerrada automaticamente.
 § 3º Encerrada a sessão pública sem prorrogação automática pelo sistema, nos termos do disposto no § 1º, o pregoeiro poderá, assessorado pela equipe de apoio, admitir o reinício da etapa de envio de lances, em prol da consecução do melhor preço disposto no parágrafo único do art. 7º, mediante justificativa (BRASIL, 2019).

Em resumo, o tempo prorrogável opera da seguinte forma: sempre que o licitante inserir um lance prorroga-se, pelo prazo de 3 (três) minutos, a possibilidade de inserir novos lances e a disputa chega ao fim caso ultrapasse o prazo de 3 (três) minutos sem novos lances. Destarte, o uso do “robô” não interfere na disputa isonômica, vencendo aquele que realmente ofertar o menor preço.

Outro posicionamento importante de ser levado em consideração foi o do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCEMG), que pioneiramente, autorizou o uso dos robôs eletrônicos em pregões eletrônicos. Neste cenário, o TCEMG recebeu uma denúncia, apresentada por um licitante do setor alimentício, alegando que a empresa vencedora do certame fez uso do software durante o tempo randômico de disputa, realizando um total de 124 lances e cobrindo todas as ofertas dos demais participantes em milésimos de segundos, ferindo portanto o princípio da igualdade.

A decisão monocrática, sobre haver tal violação ao princípio da isonomia não foi referendada pelo órgão colegiado do TCEMG, o qual entendeu que houve, de fato, competitividade, visto que:

(1) Não há nenhum impedimento legal para a utilização de robótica em procedimentos da Administração Pública, especialmente na realização de lances em Pregão Eletrônico. (2) Tratando a questão de processos licitatórios, a otimização trazida pelo uso da robótica favorece a celeridade e eficiência, princípios caros à Administração Pública. (3) O uso de robô por si só não determina a vitória do licitante (TCEMG, 2019).

Um dos conselheiros deste posicionamento foi o Sebastião Helvecio, que afirmou não encontrar falta de isonomia na utilização dos robôs. Neste caso concreto, observou-se que o último lance ofertado no limite do tempo randômico seria possível tanto por um robô quanto por um ser humano, ressaltando que o tempo "randômico" em si oferece risco tanto para robô quanto para ser humano, posto que o período de sua duração varia de um segundo até 30 minutos. Além disto, verificou-se que as empresas licitantes estavam disputando entre si com propostas praticamente idênticas, ou seja, o uso da robótica não se mostrou preponderante para a vitória da empresa denunciada.

5 A VIABILIZAÇÃO DO ROBÔ ELETRÔNICO

Recentemente foi publicada em julho pelo governo federal, a Instrução Normativa SEGES/ME Nº 67 de 8 de julho de 2021, que orienta a administração federal direta, autárquica e fundacional, órgãos e entidades estaduais e municipais,

na execução de recursos da União decorrentes de transferências voluntárias e regulamenta a dispensa eletrônica de licitação, já atendendo ao estabelecido na Lei nº 14.133/2021. Uma das principais mudanças é o sistema que permite o envio de lances por fornecedores mesmo em procedimentos com dispensa de licitação.

Desta forma, viabilizando o uso desta ferramenta tecnológica, integrando-o ao Comprasnet 4.0, para a realização dos procedimentos de contratação direta de obras, bens e serviços pela parte pública. A decisão do governo federal nessa nova IN, mostra que as mudanças digitais não só podem como devem ser valorizadas nos métodos de negociações públicas, modernizando os demais setores. É questão de tempo até que toda a tramitação de compra e venda pública esteja alinhada com soluções de dados e automação tecnológica, visto que com essa instrução normativa as dispensas, cerca de 2/3 dos processos de contratação federais, já aceitam plataformas digitais.

Em suma, o uso do robô nunca foi ilegal, porém se o próprio governo federal quer oferecer esse recurso, significa que o mesmo pode ser abraçado para beneficiar o licitante e, é claro, a própria administração pública. Ademais, os limites trazidos pela nova lei de licitações nº14.133/2021 trazem mudanças significativas no arcabouço legal das compras e contratações públicas, visto que no seu art. 2º, inciso VI diz expressamente que os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico (BRASIL, 2021).

Considerando essa perspectiva observamos que é possível entender que os debates sobre a legalidade de softwares de automação, por parte dos fornecedores já podem ser finalizados, uma vez que os avanços tecnológicos chegam para o lado do governo, a mesma modernização e facilidade deve ser aceita do lado do fornecedor.

As mudanças tecnológicas nas compras públicas já estão acontecendo, e devemos abandonar este receio que já vem se prologando desde 2011. A migração para o formato eletrônico do processo licitatório é só o primeiro passo para impulsionar as negociações entre as empresas e o governo. Tal modernização trará mais transparência, impossibilitando possíveis fraudes ou complicações.

Desta forma, a Instrução Normativa SEGES/ME Nº 67, ao receber as funcionalidades do robô eletrônico nos processos de dispensa, traz à luz a legalidade destes softwares, diminuindo a barreira de entrada de novos licitantes, além de aumentar a competitividade e a participação de micro e pequenas empresas para fomentar a economia local, buscando o desenvolvimento sustentável.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de ser um tema bastante polêmico no mundos das licitações, não adianta ir contra a “maré” de inovações tecnológicas. Observamos, constantemente, mudanças no nosso cotidiano e as ferramentas tecnológicas são criadas com o intuito de reduzir o trabalho manual e economizar tempo. Machine Learning (aprendizado de máquina), Big Data, Inteligência Artificial e outras tecnologias são inovações que ainda são vistas com bastante receio pelas pessoas.

Observamos na medicina robôs que realizam cirurgias com bastante precisão ou na bolsa de valores, onde os robôs operam cerca de 60% de todas as ações financeiras. Portanto, devemos combater essa desconfiança, debatendo e refletindo sobre os benefícios que esses avanços tecnológicos trazem às compras públicas e incentivá-los. Ao incorporar parte das funcionalidades dos robôs eletrônicos ao processo de licitação de dispensa eletrônica, o Governo Federal demonstra que estas mudanças devem ser valorizadas e não banalizadas.

O principal objetivo deste trabalho foi realçar a importância dessas novidades tecnológicas no mundo do direito, sendo o tema em tela o uso dos robôs eletrônicos nos processos licitatórios de pregão eletrônico, no qual o usuário pré-estabelece o valor mínimo que está disposto a vender o seu produto e configura estratégias para vencer o certame, reduzindo as chances de erro humano de digitação ao longo dos lances.

Como já foi dito nos tópicos acima, o uso de robôs eletrônicos nunca foi ilegal, pois não há previsão legal que a proíba, apenas alguns entendimentos dos Tribunais de Contas que banalizam o uso, porém já observamos mudanças no Poder Público que incorporam as funcionalidades e trazem para dentro das negociações públicas as

funcionalidades dos softwares. É graças à tecnologia que o processo licitatório se transformou e ganhou a Nova Lei de Licitações 14.133/2021 trazendo mais garantia de preço econômico, isonomia e justa competição.

Uma das motivações para a escolha do tema em tela decorreu do fato de que sou servidor público e da oportunidade de poder conhecer, a partir da execução deste TCC, mais sobre as licitações, em geral, e todas as suas nuances. Trata-se de temática importante na área do direito administrativo, bastante recente, e por ser de extrema importância para a proteção de empresas licitantes, que fazem o uso desses robôs eletrônicos.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, C. **O uso de softwares para Gestão de Lances em Licitações.**

Disponível em: <https://acipg.org.br/blog/o-uso-de-softwares-para-gestao-de-lances-em-licitacoes/>. Acesso em: 04 dez. 2022.

BAHIA. **Processo Administrativo nº TJ-ADM-2022/32428.** Pregão Eletrônico nº 049/2022. Disponível em:

<http://www7.tj.ba.gov.br/secao/licitacao/editais/29623/PE049-2022-Paletes.pdf>. Acesso em: 08 out. 2022.

BRASIL. **Acórdão TCU 2601/2011.** Utilização de dispositivos de envio automático de lances (robôs) em pregões eletrônicos realizados no comprasnet. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;plenario:acordao:2011-09-28;2601>. Acesso em: 09 out. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa SEGES/ME Nº 67, de 8 de julho de 2021.** Dispõe sobre a dispensa de licitação, na forma eletrônica e institui o Sistema de Dispensa Eletrônica, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <https://www.gov.br/plataformamaisbrasil/pt-br/legislacao-geral/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-seges-me-no-67-de-8-de-julho-de-2021>. Acesso em: 17 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.** Estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133 de 1º de abril de 2021.** Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.133-de-1-de-abril-de-2021-311876884>. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar Nn 123 de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 5.450/2005 de 31 de maio de 2005**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/96665/decreto-5450-05#art-24>. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.520 de 17 de Julho 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 04 dez. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 10.024 de 20 de setembro 2019**. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10024.htm. Acesso em: 04 dez. 2022.

CASTRO, S. **O uso do robô nos pregões públicos e o princípio da isonomia**. Disponível em: <https://www.iiiisci.org/Journal/riSCI/FullText.asp?var=&id=CB787SW20>. Acesso em: 07 out. 2022.

DI PIETRO, Maria. **Direito administrativo**. 24. ed São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Celso Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MINAS GERAIS. **Denúncia n. 1066880 – Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <https://tcjuris.tce.mg.gov.br/>. Acesso em: 09 out. 2022.

SILVA, A. **Supremacia do interesse público sobre o privado na pós modernidade**. São Paulo: Lumen Juris. 2018.

**ERRADICAÇÃO DE LIXÕES, QUESTÕES POLÍTICAS, SOCIAIS E AMBIENTAIS:
O CASO DO MUNICÍPIO DE CRUZ DO ESPÍRITO SANTO²****ERADICATION OF DUMPS, POLITICAL, SOCIAL AND ENVIRONMENTAL ISSUES:
THE CASE OF THE MUNICIPALITY OF CRUZ DO ESPÍRITO SANTO**

ANA CLÁUDIA FERREIRA DA SILVA³
LUCIANA VILAR DE ASSIS⁴

RESUMO

No Brasil, percebe-se ainda mesmo depois da PNRS a presença de lixões nos municípios brasileiros. Questão que os gestores tratam de forma secundária e sem maior relevância. No entanto, as determinações judiciais estão impulsionando as alterações das ações governamentais no trato dos resíduos sólidos. Apresenta-se como vértice de discussões, o aumento do consumo e as consequências negativas ao meio ambiente, e consequentemente às gerações futuras. Tais impactos que faz emergir a necessidade das esferas governamentais em desenvolver estratégias, capazes de direcionar ações propositivas no tratamento dos resíduos sólidos, como forma de minorar os impactos ambientais. Assim, a Lei 12.305, de 02 de agosto de 2010, PNRS apresenta as novas diretrizes que devem ser tratadas como prioridade às três esferas de governo, objetivando-se a tratar as questões que permeiam o lixo e o encerramento dos lixões a nível municipal, neste caso trataremos os embates do caso do município de Cruz do Espírito Santo/PB.

PALAVRAS-CHAVE: Resíduos sólidos. Lixão. Erradicação. Meio ambiente. Impactos ambientais.

ABSTRACT

In Brazil, even after the PNRS, the presence of dumps in Brazilian municipalities is perceived. An issue that managers treat in a secondary way and without greater relevance. However, court orders are driving changes in government actions in the treatment of solid waste. The increase in consumption and the negative consequences for the environment, and consequently for future generations, is presented as a point of discussion. Such impacts give rise to the need for governmental spheres to develop strategies capable of directing purposeful actions in the treatment of solid waste, as a way of mitigating environmental impacts. Thus, Law 12,305, of August 2, 2010, PNRS presents the new guidelines that must be treated as a priority for the three spheres of government, aiming to address the issues that permeate garbage and the closure of dumps at the municipal level, in this case we will deal with the clashes in the case of the municipality of Cruz do Espírito Santo/PB.

² Texto originalmente apresentado e aprovado como Trabalho de Conclusão de Curso – TCC no Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, em dezembro de 2024.

³ Bacharela em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP.

⁴ Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba -UFPB. Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba -UEPB. Licenciada em Letras pela UFPB. Professora do Curso de Bacharelado em Direito na Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP. Atuou como orientadora desse trabalho de pesquisa.

KEYWORDS: Solid waste. Dumping ground. Eradication. Environment.nvironmental impacts.

1 INTRODUÇÃO

A questão dos resíduos sólidos é uma das problemáticas que interfere diretamente na vida das pessoas. O aumento populacional e o consumo desordenado fizeram emergir a discussão sobre a produção e o acúmulo dos resíduos sólidos. A má gestão dos recursos naturais e que acarretam ao planeta resultados catastróficos, como fruto de ações governamentais quanto ao tratamento inadequado no que se refere ao desenvolvimento sustentável dos aos resíduos sólidos.

A finalidade deste artigo de pesquisa é analisar o processo da erradicação de lixões, em detrimento as questões políticas, sociais e ambientais: O Caso do Município de Cruz do espírito Santo/PB, diante das questões que permeiam o âmbito técnico, jurídico, político e social do processo de extinção dos lixões à nível municipal. Assim, serão apresentadas as dimensões históricas, geográficas e sociais do município de Cruz do Espírito Santo/PB.

A cidade de Cruz do Espírito Santo/PB possui uma área de 195,51 Km², localiza-se no estado da Paraíba, na região geográfica intermediária de João Pessoa e na região imediata de Joao Pessoa. Limita-se com os municípios de Sapé, Santa Rita, Pedras de Fogo e São Miguel de Taipú. Em relação à capital, Cruz do Espírito Santo/PB está localizada a 28,3 Km de distância. Historicamente, o nome da cidade faz referência a cruz de madeira trazida pela enchente que foi encontrada por volta do ano de 1789 em frente à igreja dando o nome ao município de Cruz do Espírito Santo.

Outro episódio de grade relevância se deu com a enchente do rio Paraíba, em 1914, que fez com que a sede de Espírito Santo migrasse, para o povoado de Sapé. Em 1935, o município foi reestabelecido. E em, 1943, passou a ser chamado de Maguary. Em 1948, passou a ser chamada de Cruz do Espírito Santo, sendo o município foi emancipado politicamente no dia 07 de março de 1896.

Com relação à questão dos resíduos sólidos, a cidade de Cruz do Espírito Santo/PB, por décadas a questão do lixo apresentou-se como um grande problema, tanto para a gestão pública, como para os munícipes. Os resíduos eram depositados em terrenos à céu aberto, situado no Conjunto Julia Paiva, zona rural do município, próximo a várias unidades habitacionais. Após questionamentos e reivindicações dos

moradores locais, o Prefeito Constitucional à época O Sr. Rafael Fernandes de Carvalho Júnior, conseguiu a cessão de um terreno de Propriedade da Usina Miriri, localizado na zona rural de Santa Luzia, na cidade de Cruz do Espírito Santo.

Assim, foi escolhido um novo local para depositar os resíduos da cidade. O lixão do conjunto, foi transferido para local ermo, sem moradias próximas, e sem a visibilidade que o conjunto trazia, ‘acabando’ com o problema para uma parcela da população. Assim, os resíduos foram levados para o terreno na zona rural da cidade e transferindo o problema para outro local, agora afastado do centro da cidade.

A pesquisa tem como objetivo geral demonstrar que a modificação que o encerramento dos lixões traz, além do resultado visual, aos que residem, ou simplesmente passam pelo local percebem a diferença de um terreno sem lixo e sem qualquer tipo de resíduos. Tanto a percepção visual, como os índices e indicadores de saúde, condições do solo e de clima já foram percebidos por análises dos técnicos do município.

Tal fato, não seria possível sem que houvesse a intermediação direta do Ministério Público, através de ações pautadas na Política Nacional de Resíduos sólidos, que passaram a determinar que, os municípios ampliem suas políticas públicas, para o direcionamento de projetos sustentáveis, capazes de transformar positivamente a vida de seus munícipes. Assim, os prefeitos foram provocados a direcionar atuações técnicas adequadas a alteração das formas de acúmulo dos resíduos sólidos no município.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos, Lei 12.305 de 2 de agosto de 2010, que direciona, diretrizes e instrumentos aos municípios para o gerenciamento de resíduos sólidos de forma responsável e integrada aos demais entes, impõe que haja a destinação final ambientalmente adequada aos municípios, de forma que os lixões existentes nos municípios devem ser extintos pois são depósitos irresponsáveis de acúmulo de lixo de forma descontrolada, sem qualquer cuidado, seja, com o meio ambiente, impactos ambientais e/ou sociais.

Como objetivos específicos, pode-se destacar, que será possível averiguar, os benefícios advindos com a lei nº Lei nº 12.305 de 2 de agosto de 2010, que estabelece os ditames que devem ser seguidos pelas instâncias públicas; identificar quais os embates que os municípios passam para atender após as determinações judiciais; apontar a lógica perversa do trabalho desumano dos catadores que

trabalhavam no lixão e que ficaram sem renda após o fim das atividades; identificar as possibilidades de ação da gestão pública municipal quanto aos catadores que dependiam apenas da renda dos produtos coletados no lixão.

No município, um dos impactos surgidos com o fim do lixão, foi a questão da inexistência da renda de pessoas que trabalhavam no local. Pessoas que subdividimos em dois grupos, os que residem na cidade, catavam produtos no lixão e na cidade, e que com o encerramento do lixão não sentiram tanto impacto, pois continuaram realizando seu trabalho nas ruas da área urbana, já que não possuem muitas dificuldades de locomoção pois residem na zona urbana. E os que catavam apenas no lixão, moradores da zona rural, que com o final das atividades vem sofrendo pela falta de renda.

A hipótese de investigação da presente pesquisa é a de que, os resultados advindos com o encerramento dos lixões, estão estreitamente ligadas à Política de resíduos sólidos, pois, trazem determinações legais que fundamentam a inclusão de estratégias e projetos da gestão municipal e que direcionam a alteração dos hábitos da população.

2 SOBRE A POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

No Brasil a instituição da Lei 12.305, de 02 de agosto de 2010, que dispõe sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos, apresentando as diretrizes relativas à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, no âmbito das três esferas de governo (BRASIL, 2010). Nesse processo, é determinado que municípios tem papel primordial no desenvolvimento das ações legais imposta pela política.

Além da elaboração dos planos municipais de gestão integrada dos resíduos sólidos como condição básica de acesso a recursos federais, devem implementar as ações, devendo ser propostas as possíveis soluções ao adequado tratamento, como também a reparação dos danos causados pelo depósito inadequado nos lixões (MAPA JURIDICO, 2022).

Os Resíduos sólidos nos municípios, principalmente nos de pequeno porte, sempre foram considerados problemas que deveria ser tratados de forma secundária, e que acarretavam apenas, altos custos à gestão, trariam pouco retorno à população. No entanto, entendemos que a situação é tratada de forma pequena, deixam de lado,

não apenas as questões ambientais, mas também, os resultados positivos que emergem com a preservação dos recursos naturais à pequeno, médio e longo prazo como resultado de ações propositivas nas três esferas de governo.

“O lixo produzido nos centros urbanos aparece como um obstáculo para as questões ambientais, aliado a outros aspectos como: desflorestamento, aquecimento global e a escassez de água” (SANTOS, 2008, apud, ALMEIDA; SILVA, 2021, p. 398). Afirmam ainda, Oliveira e Carvalho (2007, apud, ALMEIDA; SILVA, 2021, p. 398) “a saúde humana também é colocada em risco, quando os resíduos sólidos são descartados de maneira irregular, pois alteiam os vetores causadores de doenças, além da contaminação ao solo e da água”.

Neste sentido, visando minimizar os impactos advindos da problemática do lixo nas cidades, apresenta-se necessárias, ações ambientais propostas pela Política Nacional de Recursos sólidos –PNRS. Dentre elas, o Plano de Recuperação das Áreas degradadas, é exemplo efetivo deste trabalho de restauração do terreno anteriormente ocupado por lixo.

Após o encerramento do lixão, restam as consequências, que devem ser tratadas como prioritárias para que o espaço tenha melhor aspecto visual, como também haja a reposição dos recursos que foram devastados pelo lixo. Assim, dentre essas ações, o reflorestamento, a limpeza dos mananciais e cursos d’água, melhoria das condições do solo, com o escoamento dos gases.

3 OS LIXÕES COMO DEMANDAS JUDICIAIS AOS MUNICÍPIOS

Após a Política Nacional do Resíduos Sólidos -PNRS, os lixões passam a ser tratados como mais um objeto de trabalho, e os gestores públicos são impulsionados a buscarem alternativas seguras e viáveis para a questão dos resíduos sólidos no país. Ficando determinado os prazos de acordo com a quantidade populacional, a qual a lei 12.305, em seu artigo 54, inciso IV que, imprime que até 2 de agosto de 2024, para municípios com população inferior a 50.000 (cinquenta mil) habitantes no Censo 2010 (BRASIL, 2010).

A lei 12.305 também impõe aos gestores ações penais e administrativas em caso de descumprimento das determinações legais devem ser atendidas no que diz

respeito às questões dos resíduos sólidos. Assim, fica determinado no artigo 51 da Lei nº 12.305/2010 que:

Sem prejuízo da obrigação de, independentemente da existência de culpa, reparar os danos causados, a ação omissão das pessoas físicas ou jurídicas que importe inobservância aos preceitos desta lei ou de seu regulamento sujeita os infratores às sanções previstas em lei, em especial às fixadas na lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que “dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências”, e em seu regulamento (BRASIL, 2010).

De acordo com o art. 225, *caput* da Constituição Federal de 1988, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, entendido como “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 para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988). Assim, o Ministério Público visando resguardar os direitos coletivos da sociedade, no que diz respeito ao meio ambiente, impôs através de termos de ajustamento de conduta os municípios deveriam agir segundo as determinações legais (BRASIL, 2021).

O Ministério Público do Estado da Paraíba, Promotoria de Justiça de Cidade de Santa Rita/PB, dentro de suas atribuições e devida competência jurisdicional, vem direcionando ao gestor municipal termos de ajustamento de conduta com a finalidade de que desenvolvam ações estratégicas, capazes de desenvolver uma atuação propositiva, no que diz respeito ao encerramento do lixão, e a implementar efetivamente o processo de tratamento do lixo, assim, também a realização de ações para os munícipes para a incorporação de novos hábitos quanto a separação dos resíduos sólidos á nível domiciliar (PARAÍBA, 2021).

Tendo em vista, o atendimento às normativas da Política Nacional de Resíduos Sólidos - PNRS, que impõe aos municípios a proibição da disposição de resíduos à céu aberto, estando à técnica de lixões, aterros controlados e vazadouros à céu aberto como formas ilegais de disposição. Oliveira (2013, p. 384, apud, MAIELLO; BRITTO; VALLE, 2021) define a técnica de lixões, como uma simples descarga de resíduos no solo de forma desordenada, à céu aberto, sem controle das diferentes classes, sem compactação ou cobertura.

Nesses casos, ocorrem muitas vezes situações indesejáveis como a criação de animais, existência de catadores e habitações, além da utilização de rejeitos como alimentos, o que também forma proibidos. Diante das normativas, os gestores

municipais tomariam as providências cabíveis quanto a extinção dos lixões, cabendo aplicação de sanções em caso de descumprimento.

O Prefeito constitucional, realizará as intervenções na área do lixão, visando atingir não apenas os resíduos, e sim, os impactos ocasionados ao longo dos anos, seja no que diz respeito às questões ambientais, sociais e de saúde pública, através da elaboração do plano de recuperação da área degradada. No ano de 2018, foi realizado um termo de acordo de não-persecução penal, pelo então prefeito municipal que deveria ter sido cumprido no prazo de 365 dias a contar da assinatura (DORADO, 2021).

O termo tratou-se de um acordo, se comprometia a não destinar resíduos sólidos ao lixão da cidade, encerrando assim o acúmulo de resíduos naquele lugar. O acordo firmava que seria viabilizado uma forma adequada de depósito do lixo local, seja um aterro municipal ou a habilitação em consórcio com os municípios que compõe a região metropolitana. No acordo foi estabelecido que o município teria um prazo de 5 anos para elaborar e executar um plano de recuperação da área degradada (DORADO, 2021).

No entanto, o acordo não saiu do papel naquele momento, não foram cumpridas nenhuma das determinações legais apresentadas, e assim, a situação perdurou sem maiores consequências judiciais até março de 2022. Diante destes embates, analisaremos as questões inerentes ao processo de execução que culminou com o fim do lixão, mas, até esse momento houveram vários embates que sendo a questão da pesquisa é a seguinte:

Qual a solução dada pelo município de Cruz do Espírito Santo para solucionar esse impasse, quais as políticas públicas, sociais e ambientais envolvidas? Um dos fatores de grande relevância que percebemos trata-se de vontade política, pois o tema ambiental no município sempre foi tratado de forma pormenorizada (CARMO, 2017).

As gestões anteriores nunca trataram o tema do lixo como prioridade, o qual foi necessário ações mais enérgicas do Ministério Público para que houvesse a efetivação de ações pontuais para o fim do lixão. Devemos levar em consideração que um desses motivos deve ser além da vontade política, os altos custos para realizar todo o processo.

Luvnick (2018, p. 393) nos faz entender que os municípios de pequeno porte não têm condições financeiras e estruturais para construção de um aterro sanitário,

primeiro devido a questão de espaço para construção, necessidade de maquinário para execução das atividades, veículos e suporte para coleta seletiva, logística reversa, além de pessoas capacitadas na operação do aterro para que se tenha o funcionamento correto e menor impacto possível.

A inviabilidade de se construir um aterro sanitária a nível municipal, faz com os pequenos municípios busquem estratégias para o não descumprimento das determinações ministeriais. Assim, o município de Cruz do Espírito Santo, buscou consórcio público metropolitano, situado na cidade de João Pessoa, para que haja viabilidade na redução dos custos necessários para o tratamento dos resíduos.

Assim para se realizar corretamente o tratamento do lixo, não é barato. Os custos efetivos para coleta, transporte e tratamento em aterro sanitário na cidade de João Pessoa representa uma quantia considerável, dentro do orçamento municipal, para um município de pequeno porte, tendo em vista que o pagamento é pago em toneladas de lixo.

Verifica-se que, os custos representam um dos impedimentos para a resistência dos gestores municipais em concretizarem projetos mais robustos, no que diz respeito ao tratamento dos resíduos sólidos a nível municipal. Assim, apesar das determinações judiciais as dificuldades financeiras fazem com que os municípios deixem em segundo plano essas ações, não sendo visualizada como prioridade, pois inicialmente os impactos percebidos são em torno dos valores que serão desembolsados para concretizar as contratações de máquinas e pessoal especializado.

De acordo com, Zago e Barros (2018), mesmo depois vários anos de sancionada a PNRS, o Brasil apresenta dificuldades para a implementação da lei. Vale salientar que, o projeto tramitou em várias instâncias dos poderes Legislativo e Executivo, por mais de duas décadas, antes da aprovação e promulgação. Pela PNRS, o prazo para a efetiva implantação da disposição final ambientalmente adequada encerrou-se em agosto de 2014 (BRASIL, 2020).

No entanto, vários municípios ainda descumprem os prazos estabelecidos pela instancia ministerial. A gestora municipal atual, assumiu a responsabilidade de encerrar com o lixão, e assim o fez, realizou força tarefa e não reduziu esforços para garantir tal tarefa. Foram direcionados técnicos da secretaria municipal de infraestrutura e Secretaria do Meio ambiente. Foi realizado contrato com Aterro

sanitário, Fox Ure JP, situado na cidade João Pessoa, como também, foram realizados contratos de locações de máquinas PC e distribuídas as caçambas existentes no município (IBAMA MULTA ATERROS..., 2018).



Figura 1 – Foto aérea com placas de sinalização, apontando o fim do lixão
Fonte: Registro de uso autorizado pelo Fotografo Jarmeson Neto (2022).

Durante a execução dos trabalhos para o efetivo encerramento do lixão da cidade, para que fossem colocadas as máquinas para início dos trabalhos. Para evitar novos depósitos de lixo no local.



Figura 2 – Registro aéreo do terreno onde eram depositados os resíduos
Fonte: Registro de uso autorizado do Fotografo Jarmeson Neto (2022)

Assim, foram colocadas no terreno, placas de aviso sobre o fim das atividades do lixão, ficando terminantemente proibido colocar qualquer lixo no local. A fiscalização permaneceu efetiva para coibir que houvessem novos depósitos de lixo advindos de outros lugares.

3.1 LIXÃO NO MUNICÍPIO DE CRUZ DO ESPÍRITO SANTO/PB

Entendemos que os lixões representam um campo de problemas sócio ambientais para os municípios, para o país e o planeta, as leis ambientais apresentam as possibilidades viáveis que direcionam as ações governamentais que a gestão pública de empreender ações direcionadas a minimizar os riscos e impactos ambientais que são ocasionados com acúmulo de resíduos sólidos existentes nos lixões.

Localizado na zona rural da cidade, na localidade chamada de Santa Luzia. Há aproximadamente 7 km do centro da cidade, ficando mais próximo da PB-004. Local pouco habitado, atualmente existem cerca de 14 residências que ficam bem próximas da área do lixão.



Figura 3 - Disposição irregular de resíduos Figura Lixão da cidade de Cruz do Espírito Santo
Fonte: Acervo Pessoal da Autora (2022).

Não há fornecimento de água encanada e rede de esgoto, apenas energia elétrica e iluminação pública. Não possui transporte coletivo. O local em termos de

infraestrutura é bastante precário. A rede de ensino e a unidade básica de saúde fica na localidade vizinha, conhecida por Cobé. A prefeitura municipal oferece para locomoção das crianças às escolas ônibus escolares.



Figura 4 - Armazenamento irregular de Figura Bags com materiais separados recicláveis.
Fonte: Acervo Pessoal da Autora (2022).

As principais consequências da utilização de lixões são basicamente os aspectos sociais e ambientais, visto que há o agravamento da poluição do ar, do solo e das águas, além da poluição visual, propagação de vetores e interferências na estrutura local, através das populações de baixa renda do entorno, que buscam, na separação e comercialização de materiais recicláveis, uma alternativa de trabalho, apesar das condições insalubres e sub-humanas da atividade (SOLER, 2021).

Com vistas a desenvolver ações de recuperação da área do lixão a médio e longo prazo foi elaborado o Plano de Recuperação da Área Degradada – PRAD. Foi elaborado com ações técnicas estratégicas pautados na Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS, que direcionam o trabalho a ser desenvolvido pelo município como compensação da área utilizada para acúmulo de resíduos sólidos. Assim, o PRAD foi encaminhado ao órgão competente, SUDEMA para formalização e autorização de licença para a execução.

O PRAD prevê, a recuperação do solo, com o uso de equipamentos de drenagem dos gases, o plantio de cerca viva nas áreas limítrofes do lixão tem como objetivo mitigar os odores transportados pelo vento, diminuir a poluição visual,

minimizar a especulação de terceiros e coibir a entrada indesejada de pessoas no local (BRASIL, 2011).

Para tanto, a escolha das espécies e o espaçamento do plantio são etapas fundamentais para que o cinturão verde cumpra seu papel com eficiência. Dessa forma, indica-se o consórcio de Sansão do Campo (*Mimosa Caesalpiniaefolia*) com Eucalipto Citriodora (*Corymbia Citriodora*) para compor o cercamento vegetal, devido às características peculiares de cada espécie capazes de atender os objetivos principais já elencados acima para o fechamento do lixão de Cruz do Espírito Santo. (PARAÍBA, 2022a)

De acordo com, Maiello, Britto e Valle (2018, p.30), “a gestão de resíduos sólidos e sua correta disposição estão relacionadas também com a expansão do espaço urbano”. Quando há ocupação urbana de forma não planejada, envolvendo a construção de moradias em áreas inadequadas, como margens de rios e encostas, constituindo ocupações irregulares que não são atendidas adequadamente pelos serviços de coleta, há também uma tendência de haver uma disposição de resíduos descontrolado, comprometendo o subsolo, os cursos de água superficiais, constituindo risco para a saúde pública.

Paralelo a esse trabalho, estão sendo realizadas ações com as catadoras que residem no entorno da área, e que ficaram totalmente sem renda devido o fim das atividades do lixão. A Gestão municipal, repassa mensalmente um benefício social, aparado pela lei de benefícios sociais do município. São famílias que além do benefício emergencial do governo federal, recebem um valor mensal para o atendimento de suas necessidades básicas. São acompanhadas pela Secretaria de Assistência Social que desenvolvem ações específicas de inclusão dos programas sociais existentes no município.

Estamos de diante de um problema mundial, onde a relação entre consumo e desenvolvimento não estão no mesmo compasso. Apresentam-se de forma desigual, pois o que é tirado da natureza não retornam na mesma proporção. Percebemos que as pessoas não possuem total a consciência sobre as consequências visíveis ocasionadas pela questão dos resíduos que produzimos com o consumo exacerbado que retiram dos recursos naturais sem a devido cuidado.

Na natureza, os materiais gerados em qualquer processo passam imediatamente a fazer parte de outros processos, numa cadeia interminável,

onde nada se perde, tudo se transforma. Na atividade humana existe a geração de resíduos, onde há o descarte de materiais que foram utilizados, sem dar conta de tratá-lo, causando a poluição do ambiente (SILVA FILHO; SANTOS; LOPES, 2015, p. 92).

Assim, dentre das estratégias de redução e ou minimização desses impactos são a coleta seletiva, sendo um dos instrumentos da PNRS, obriga os consumidores a acondicionar por tipo de resíduo (secos, orgânicos e rejeitos), disponibilizando-os para a coleta, seguindo a premissa da responsabilidade compartilhada, fazendo com que os serviços de limpeza pública adotem a coleta seletiva viabilizando o retorno ao ciclo produtivo dos resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis, colaborando também com a compostagem dos orgânicos, além de priorizar a inclusão, contratação, organização e o funcionamento de organizações de catadores (BRASIL, 2020).

No município de Cruz do Espírito Santo, a coleta seletiva é realizada de forma desarticulada, giram em torno de iniciativas isoladas de pessoas que fazem o trabalho individualizado de coleta. As dificuldades de organização e liderança dificultam o alcance diante da burocratização exigida para a formação de uma cooperativa. Percebemos apenas ações isoladas de pessoas que realizam a coleta de produtos e que não fazem de nenhuma organização para este fim.

Na cidade, as pessoas realizam este trabalho sem qualquer organização. Saem em horários estratégicos, antes do carro de coleta municipal, revirando sacolas e depósitos colocados nos passeios, em busca de produtos que sirvam para a venda e comercialização. Dentre estes, produtos como plásticos, latinhas e outros resíduos que interessam os intermediadores, produtos que tenham interesse comercial das pequenas e grandes indústrias que transformam esses produtos.

No município os catadores relatam que as pessoas não possuem a conscientização de separar os resíduos dentro de suas casas. No mesmo recipiente acondicionam produtos orgânicos e os demais produtos. Os próprios catadores que separam o que serve ou não para ser levado. O que acarretam outros problemas, muitos deles após a retirada dos produtos de seu interesse, deixam sem qualquer cuidado os demais resíduos espalhados, o que dificultam a coleta dos agentes ambientais que fazem a coleta manual para o carro coletor.

Assim, acerca da correta separação dos resíduos, Richter (2014, p. 26, apud, ALMEIDA; SANTOS, 2021, p. 8) evidencia que “para o sucesso da coleta seletiva do lixo, é necessária a conscientização da população em relação ao lixo gerado. O

cidadão deve reduzir a quantidade de lixo produzido e separá-lo antes da coleta”. Apresenta-se inevitável o trabalho com a população, como fundamental no processo de separação dos resíduos de forma que facilitem o trabalho dos catadores. E na verdade, compreensão de partícipe no processo de gestão ambiental. Sendo corresponsável não apenas pela organização do lixo individual, mais também do seu papel no processo de cuidado com o meio ambiente.

Segundo Mucelin e Belini (2008, p. 113, apud, ALMEIDA; SANTOS, 2021, p. 8), “mesmo contemplando casos de agressões ao ambiente, os hábitos cotidianos concorrem para que o morador urbano não reflita sobre as consequências de tais hábitos, mesmo quando possui informações a esse respeito”. Tais ações, diz respeito ao entendimento de que “mesmo tendo consciência dos problemas advindos da disposição incorreta do lixo, em especial, o mau cheiro e a proliferação de ratos e insetos, as pessoas insistem em depositar o lixo em local incorreto” (ALMEIDA; SANTOS, 2021, p. 8).

Ações pequenas e pontuais realizadas por cada morador fará a diferença no desenvolvimento das ações empreendidas no município. São pequenas atitudes capazes de transformar o ambiente local e reduzir o tempo e melhorar as condições de trabalho tanto dos catadores como dos agentes de limpeza urbana que coletam os resíduos sólidos.

Outrossim, a necessidade de engajamento de todos os que participam de um grande processo capaz de obter resultados imensuráveis para o meio ambiente. Assim, Gadelha Filho (2012, p. 32, apud, ALMEIDA; SANTOS, 2021, p.10) nos recorda que “[...] a produção a partir da reciclagem utiliza menos energia, matéria-prima, recursos hídricos, reduzindo os custos de controle ambiental e os de disposição final de lixo”. Entretanto, é imprescindível lembrar-se também que, para que este processo aconteça, a participação popular é fundamental.

Assim, a secretaria municipal do meio ambiente de Cruz do Espírito Santo/PB, vem desenvolvendo um trabalho efetivo junto aos catadores e catadoras no município, são realizadas reuniões, visitas *in loco* as residências e espaços onde os mesmos guardam os produtos recolhidos. Com a finalidade de desenvolver ações de qualificação com a finalidade de mudanças de hábitos, aprimoramento e compreensão do papel que desenvolvem nesse processo (PARAÍBA, 2022b).

Estão sendo realizados, palestras e oficinas onde são tratados temas como: organização de cooperativas e o trabalho coletivo, valor de revenda, lucro e despesas do trabalho do catador, cuidado com a higiene pessoal e o uso de equipamentos de segurança, sendo esses equipamentos de proteção individual, entregues pela prefeitura municipal durante os eventos.

A UNESCO (2022) defende que a Educação Ambiental é um processo permanente no qual os indivíduos e a comunidade tomam consciência do seu meio ambiente e adquirem conhecimentos, habilidades, experiências, valores e a determinação que os tornam capazes de agir, individual ou coletivamente, na busca de soluções para os problemas ambientais, presentes e futuros. “O saber ambiental se constitui através de processos políticos, culturais e sociais, que obstaculizam ou promovem a realização de suas potencialidades para transformar as relações sociedade-natureza” (LEFF, 2009, p. 151, apud, XAVIER, 2019, p. 66). E que se apresenta fundamental a realização de ações que estimulem os catadores e catadoras a se encontrarem no processo de desenvolvimento e educação ambiental como ator importante nesse processo.

Durante as reuniões e oficinas, sempre em articulação e parceria com outras secretarias, que disponibilizam a participação de profissionais da psicologia e educadores que realizam um trabalho voltado a percepção dos catadores e catadoras sobre a importância do trabalho que realizam, ajudam na compreensão de quem são, e os anseios de cada um.

Quando questionados, sobre o que acham da profissão que realizam, vários asseguram que desempenham um trabalho de categoria menor, e que se envergonham em desenvolver essa atividade, e que se tivessem outra renda não desempenhariam. São unânimes em reafirmar que as condições de trabalho e de vida não são das melhores. Que os valores praticados na venda dos produtos não oferecem as condições básicas de sobrevivência e que muitas vezes recorrem a programas sociais oferecidos a nível municipal e que todas estão inseridas nos programas sociais a nível federal.

Assim, de acordo com os catadores, a atividade que realizam no município tem uma carga pejorativa quanto ao seu desempenho. E se tivessem outras oportunidades não desempenhariam tal trabalho. Algumas dessas pessoas são jovens, mais independente da idade se acham velhas e sem utilidade. Não se veem

realizando outro tipo de atividade laboral, se acham incapazes de aprender coisas novas. Sente-se invisíveis quando estão nas ruas.

Tais percepções, diz respeito a lógica perversa, a qual essas pessoas são submetidas. Algumas dessas pessoas com baixa escolaridade, analfabetos funcionais, ou seja, assinam apenas o nome. A margem da sociedade, não conseguiram ser incluído no mercado de trabalho formal. Sem renda, beneficiárias de benefícios assistências, são seduzidos a realizar a coleta de produtos recicláveis. Assim também, as situações mais críticas de alguns que coletavam alimentos no lixão para alimentação de sua família.

Assim, segundo Maciel e Grillo (2009, apud, PUPIN, 2021, p. 37) ressaltam que essas trajetórias profissionais marcadas pela precariedade e pelo desemprego intermitente oferecem um processo de acumulação de desvantagens ao social e aos indivíduos em si, pois os mesmos encontram-se destituídos de melhores oportunidades, já que tanto a autodeterminação quanto a aptidão de mudar o contexto vivido está intrinsecamente imbricada à capacidade crítica, reflexiva e fora do senso comum das classes.

Logo percebe-se que a vulnerabilidade e a invisibilidade nos termos de Maciel e Grillo (2009, apud, PUPIN, 2021, p. 37) estão imbricadas na precarização das formas de trabalho. Algumas das questões de relevância para os catadores e catadoras são as condições atuais de trabalho. A maioria não possui carrinho para coleta dos produtos, possuem muito precariamente equipamentos de proteção individual, não possui um lugar apropriado para guardar os produtos até que o intermediador venha recolher. Ao contrário dos que muitos pensam, os catadores não são autônomos, pois dependem dos intermediadores que recolhem os produtos coletados e determinam os preços que serão praticados.

Assim, como adverte Grecco (2014, apud, PUPIN, 2021, p. 37) que catadoras e catadores podem até trabalhar de forma autônoma, mas são dependentes de outros agentes econômicos e sociais, principalmente os intermediários (atravessadores), ou até mesmo vendendo seus materiais para associações e cooperativas que impõe preço e condições de venda dos produtos.

A coleta seletiva apresenta-se como atividade de imprescindível importância, é impossível pensar um futuro sem o desenvolvimento de ações coletivas capazes de envolver não apenas os catadores, mais sim, toda a população, entendendo que cada

um é responsável pelo lixo que produz, e que a manutenção dos recursos naturais e do planeta depende de cada cidadão no envolvimento conjunto voltado ao bem-estar de todos:

Pode-se destacar ainda, o importante papel socioeconômico exercido pela reciclagem, que permite contribuir para a mitigação de problemas sociais, com a geração de trabalho e renda para as pessoas que dependem substancialmente da venda dos resíduos (SILVA FILHO; SANTOS; LOPES, 2015, p. 92).

As ações de reciclagem já representam grande relevância no que diz respeito a economicidade dos recursos naturais. Tendo em vista, que as pequenas e grandes indústrias incorporam esses produtos. A reutilização de produtos recicláveis poupa os recursos naturais e minimizam os trabalhos necessários para a execução dos produtos industriais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluo esta pesquisa com o prazer e satisfação de dizer que contribui com o encerramento do lixão de Cruz do Espírito Santo. As ações integradas entre as secretarias municipais de Meio ambiente, Infraestrutura e Assistência Social, que desenvolveram com eficiência as ações planejadas. Resultado de muito trabalho e dedicação de toda equipe empenhada em fazer o melhor. Salientamos ainda, que as estratégias empreendidas a nível municipal, foram traçadas com afinco para a eficácia dos resultados.

Os desafios foram diversos, dentre eles, o convencimento diário em demonstrar que os elevados custos eram necessários para que a questão fosse resolvida, problemática que há anos se arrastava sem solução; a intervenção na vida de famílias, cuja renda era advinda do lixão, mesmo considerando desumano não se visualizava outra atividade, simplesmente retirou-se o trabalho daqueles que a tinha de forma exclusiva para manutenção de sua família.

Enfrentar o que está posto não é tarefa simples, as ações para a conscientização ambiental são incipientes, há muita coisa a se fazer. Percebe-se a dificuldade em desenvolver um trabalho coletivo, cada um exercendo seu papel, gestão pública no desenvolvimento de projetos e programas para a melhoria das condições de vida da população, como também a população, aderir a separação dos

resíduos em suas residências, contribuindo para a melhoria das condições de trabalho dos catadores que vem recolher os materiais nas residências.

Assim, podemos analisar os aspectos subjetivos que perpassam as questões sócio-ambientais que envolvem o fim do lixão, de forma particular da pequena cidade de Cruz do Espírito Santo/Paraíba. A necessidade de colocar em prática as determinações legais, diante do desafio de buscar estratégias capazes de minimizar as dificuldades advindas de tal processo. Direcionar ações principiantes, demanda muito mais do que conhecimento técnico, exige engajamento individual e coletivo.

Podemos concluir que, os fatores envolvidos no processo de efetivação para o encerramento do lixão, estão relacionadas, não apenas a imposição das leis, que por si só não alcançam resultados esperados, pois não existe a conscientização de que devemos preservar os recursos naturais, com pequenas e grandes atitudes. As determinações ministeriais são fundamentais nesse processo, pois a exigência do órgão competente, para se fazer cumprir o que se determina a lei, não seriam possíveis os resultados alcançados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Israel Francisco Petronetto de; SILVA, José Geraldo Ferreira da Silva. Sustentabilidade na gestão de resíduos sólidos: um estudo de caso em Pinheiros (ES). *In: Revista Brasileira de Educação Ambiental (RevBEA)*, v. 16, n. 6, 2021. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/revbea/article/view/10926>. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL, **Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Casa Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. [Recurso eletrônico] Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. **Plano nacional de resíduos sólidos**. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente Secretaria de Qualidade Ambiental, 2020. Disponível em: https://smastr16.blob.core.windows.net/conesan/sites/253/2020/11/pnrs_2020.pdf. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. **A atuação do Ministério Público na defesa do meio ambiente: abordagem prática e resolutive**. Brasília, DF: Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, 2021. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2021/A-ATUAO-DO-MINISTERIO-PUBLICO-NA-DEFESA-DO-MEIO-AMBIENTE-Abordagem-Prtica-e-Resolutiva.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa nº. 4, de 13 de abril de 2011**. Brasília, DF: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis IBAMA, 2021. Disponível em: http://www.ima.al.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/IN_04_11_prad.pdf. Acesso em: 16 nov. 2022.

CARMO, Wagner. A gestão ambiental e o problema da municipalização. *In: Emporio do Direito*, 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/a-gestao-ambiental-e-o-problema-da-municipalizacao-por-wagner-carmo>. Acesso em: 16 nov. 2022.

IBAMA Multa Aterros sanitários da PB em mais de R\$ 221 mil após fiscalizações. *In: G1 PB*, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/ibama-multa-aterros-sanitarios-da-pb-em-mais-de-r-221-mil-apos-fiscalizacoes.ghtml>. Acesso em: 16 nov. 2022.

MAIELLO, Antonella.; BRITTO, Ana Lucia Nogueira de Paiva.; VALLE, Tatiana Freitas. Implementação da Política Nacional de Resíduos Sólidos. *In: Revista de Administração Pública* [online]. 2018, v. 52, n. 1 Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0034-7612155117>. Acesso em: 16 nov. 2022.

MAPA JURÍDICO. Plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos. *In: Normas Legais Portal Tributário Editora*, 2022. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/guia/clientes/plano-municipal-gestao-integrada-residuos-solidos.htm>. Acesso em: 16 nov. 2022.

PARAÍBA. **Promotoria de justiça de Santa Rita recomenda suspensão e retificação de processo licitatório**. João Pessoa, PB: Ministério Público da Paraíba, 2021. Disponível em: <https://www.mppb.mp.br/index.php/36-noticias/patrimonio-publico/24562-promotoria-de-justica-santa-rita-recomenda-suspensao-e-retificacao-de-processo-licitatorio>. Acesso em: 16 nov. 2022.

PARAÍBA. **Plano de regionalização da gestão integrada de resíduos sólidos do estado da paraíba**. João Pessoa, PB: Governo da Paraíba, 2022. Disponível em: <https://paraiba.pb.gov.br/diretas/secretaria-de-infraestrutura-dos-recursos-hidricos-e-do-meio-ambiente/arquivos/plano-de-regionalizacao-da-gestao-integrada-de-rs-pb-2014.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

PARAÍBA. **Fim do lixão em Cruz do Espírito Santo**. Cruz do Espírito Santo, PB: Prefeitura Municipal de Cruz do Espírito Santo, 2022a. Disponível em: <https://cruzdoespiritosanto.pb.gov.br/fim-do-lixao-em-cruz-do-espirito-santo/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

PARAÍBA. **Secretaria Municipal de Meio Ambiente realiza comemoração ao dia do Meio Ambiente**. Cruz do Espírito Santo, PB: Prefeitura Municipal de Cruz do Espírito Santo, 2022b. Disponível em: <https://cruzdoespíritosanto.pb.gov.br/secretaria-municipal-de-meio-ambiente-realiza-comemoracao-ao-dia-do-meio-ambiente/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

SILVA FILHO, Paulo Sérgio Lins da.; SANTOS, Rochana Campos de Andrade Lima.; LOPES, Ivete. A contribuição dos resíduos sólidos gerados no centro de tecnologia para a cooperativa de reciclagem de Alagoas – COOPREL (2014-2015). *In: Gestão de Resíduos Sólidos* [ebook]. p. 91-99. 2019, Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/331908925_A_CONTRIBUICAO_DOS_RESIDUOS_SOLIDOS_GERADOS_NO_CENTRO_DE_TECNOLOGIA_PARA_A_COOPERATIVA_DE_RECICLAGEM_DE_ALAGOAS_-_COOPREL_2014-2015. Acesso em: 16 nov. 2022.

SOLER, Fabricio. **Direito dos resíduos: jurisprudência**. São Paulo, SP: Fabricio Dorado Soler, 2021. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/710484/Direito-dos-Residuos-Jurisprudencia-completo.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

UNESCO declara que a educação ambiental deve ser um componente curricular básico até 2025. *In: UNESCO*, 2022. Disponível em: <https://www.unesco.org/pt/articles/unesco-declara-que-educacao-ambiental-deve-ser-um-componente-curricular-basico-ate-2025>. Acesso em: 16 nov. 2022.

XAVIER, Claudia Regina. Compostagem como recurso didático no ensino de ciências para a promoção da educação ambiental. *In: Gestão de Resíduos Sólidos*, 2019. Disponível em: <https://www.atenaeditora.com.br/catalogo/post/compostagem-como-recurso-didatico-no-ensino-de-ciencias-para-a-promocao-da-educacao-ambiental>. Acesso em: 16 nov. 2022.

APRECIÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS NO EXERCÍCIO DA SUA FUNÇÃO DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS⁵

ASSESSMENT OF THE CONSTITUTIONALITY OF LAWS AND REGULATORY ACTS IN THE EXERCISE OF THEIR FUNCTION OF CONTROL AND SUPERVISION OF THE COURTS OF AUDITORS

AIRTOM IDEÃO LEITE⁶
LUCIANA VILAR DE ASSIS⁷

RESUMO

O presente trabalho discute a possibilidade de os tribunais de contas exercerem o controle de constitucionalidade no exercício de suas atribuições constitucionais e legais após o advento da Constituição da República de 1988, que claramente desarmoniza com a Súmula nº 347 sob a ordem da Carta Magna de 1946, desenvolvendo uma acirrada divergência doutrinária, bem como a pendência de consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, refletindo cada vez mais na expectativa de que a impossibilidade jurídica do exame concreto de constitucionalidade de atos legislativos exercido pelo Tribunal de Contas caracterize-se como órgão meramente administrativo, dando ao poder judiciário a exclusividade de resolver os conflitos legalmente existenciais e fazer delas coisa julgada material. Portanto, este trabalho apresenta a aplicação de metodologia que apoia a seleção e priorização de um conjunto de dados bibliográficos e através de recortes doutrinários e jurisprudenciais, harmonizados de diferentes artigos e livros eletrônicos, torna possível a exteriorização do entendimento que a função do Tribunal de Contas se limita no sentido da vedação ao exercício do controle de constitucionalidade, nos casos submetidos à sua apreciação.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal de Contas. Constituição. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

The present work discusses the possibility of the audit courts exercising constitutionality control in the exercise of their constitutional and legal attributions after the advent of the Constitution of the Republic of 1988, which clearly disagrees with the Precedent nº 347 under the order of the Magna Carta of 1946, developing a fierce doctrinal divergence, as well as the pending consolidation of the jurisprudence of the Federal Supreme Court on the subject, reflecting more and more on the expectation that the legal impossibility of the concrete examination of the constitutionality of

⁵ Texto originalmente apresentado e aprovado como Trabalho de Conclusão de Curso – TCC no Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, em dezembro de 2024.

⁶ Bacharel em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP.

⁷ Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba -UFPB. Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba -UEPB. Licenciada em Letras pela UFPB. Professora do Curso de Bacharelado em Direito na Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP. Atuou como orientadora desse trabalho se pesquisa.

legislative acts carried out by the Court of Auditors characterizes as a merely administrative body, giving the judiciary the exclusivity of resolving legally existential conflicts and making them material *res judicata*. Therefore, this work presents the application of a methodology that supports the selection and prioritization of a set of bibliographic data and, through doctrinal and jurisprudential clippings, harmonized from different articles and electronic books, makes it possible to externalize the understanding that the function of the Court of Auditors is limited in the sense of prohibiting the exercise of constitutionality control, in cases submitted to its appreciation.

KEYWORDS: Court of Auditors. Constitution. Constitutional Control.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho não é fruto de uma pesquisa empírica, mas é derivado de estudos doutrinários e jurisprudenciais, sob uma perspectiva baseada no controle de constitucionalidade. Portanto, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, a qual tem por finalidade discutir as razões pelas quais no ano de 1963, sob a ordem da Carta Magna de 1946, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula nº 347, reconhecendo a competência dos tribunais de contas para apreciar a constitucionalidade de normas, abrindo extensos parâmetros de conflitos pelo fato da atual Constituição não entrar em consonância dando a suprema corte o apelo para insubsistência do anunciado sumular.

A grande problemática do tema se baseia no extenso debate doutrinário e jurisprudencial que partiu diante a grande demanda de Mandados de Segurança impetrados pela empresa Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás, contra decisões do Tribunal de Contas da União, trazendo à tona a grande necessidade de resposta através do posicionamento jurisdicional com base no controle de constitucionalidade acerca da validade da referida súmula.

A tese aqui sustentada é a superação do entendimento apresentado na Súmula nº 347 do Superior Tribunal Federal, caracterizando função além do que lhe é conferida, tendo suas atribuições disciplinadas no art. 71 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Essa afirmação baseia-se no fato de que os elementos apresentados para justificar a constitucionalidade, mesmo que exercido de forma incidental não deslumbra convencimento legal, visto que, trata-se de entendimento ultrapassado já que não há dispositivo expresso na Constituição que respalde tal embasamento.

Partindo dessa ideia, é de grande importância a elucidação diante a temática acerca da fiscalização da constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos pelo Tribunal de Contas da União, diante a Constituição da República de 1988. Para tanto, o trabalho foi dividido didaticamente em três seções, na primeira discorre-se abordar a sua evolução histórica em que pese a sua natureza jurídica da função exercida no exercício da sua atividade finalística.

Na segunda seção, se faz necessário apresentar as noções gerais sobre o instituto do controle de constitucionalidade com base na supremacia da Constituição, para que na terceira seção possa ser entendido os parâmetros de conflitos em que se baseia a Súmula nº 347 e a atual Carta Magna, e, por fim, concluir o debate em que pese tratar da validade ou não da realização de controle de constitucionalidade em concreto pelo Tribunal de Contas.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TRIBUNAL DE CONTAS

Esta seção busca apresentar uma análise da evolução histórica dos dispositivos das diversas constituições que trataram do controle de atos normativos e fiscalização no exercício do Tribunal de Contas, a fim de identificar as mudanças ocorridas e compreender o modelo de controle conferido a ele, onde possibilitará refletir e avaliar se o enunciado da Súmula n. 347 do Supremo Tribunal Federal encontra-se em acordo com a Constituição Federal de 1988. Para isso, deve-se fazer algumas considerações iniciais acerca do tema, de forma, a explorar alguns pontos relevantes para melhor entendimento.

O TCU é um órgão fundamental para a República, especialmente nos dias de hoje, em que a sociedade, exige um maior controle e qualidade dos gastos públicos. “Percebe-se que é de suma importância toda iniciativa tendente a fortalecer este órgão, expandindo suas atribuições, dentro dos limites traçados na Constituição” (QUEIROZ; CORTEZ, 2019, p.16), visto que, nenhuma lei infraconstitucional poderá confrontar a Constituição Federal.

As normas do ordenamento jurídico brasileiro são compostas de forma hierarquizada, o que acarreta a existência de uma norma suprema, a qual todas as demais normas devem estar em aquiescência. Essa norma suprema, que confere consolidação ao sistema normativo, é a Constituição Federal, “sendo o STF o

guardião, cabendo a este também tratar de matéria de interpretação dos princípios e regras estabelecidos na Carta Magna” (LEAL, 2017, p.4).

O estudo, a partir da cronológica da evolução de acontecimentos fáticos ou históricos, é justificável quando a finalidade é revelar o sentido jurídico que baseou a produção e a evolução de princípios normativos ao longo do tempo. Desse modo, seria aceitável presumir as razões que motivaram o real sentido das disposições constitucionais que tratam, direta ou indiretamente sobre o Tribunal de Contas.

2.1 TRIBUNAL DE CONTAS FRENTE AS CONSTITUIÇÕES DO BRASIL

Por volta do século XIX, momento em que aconteciam significativas mudanças na estruturação dos Estados, e com o surgimento do modelo republicano, percebeu-se que, através desse processo crescia consequentemente a necessidade social de transparência no que concernia a administração pública sob os aspectos financeiros (ZANANDREA, 2018).

No período histórico intitulado com República Velha, em 1890, sob o governo de Marechal Teodoro da Fonseca, especificamente em 7 de novembro do referido ano, com ação iniciada pelo Ministro da Fazenda Rui Barbosa, baseado no modelo belga e italiano, foi estruturada a pedra angular da atividade de controle externo, posteriormente conhecida institucionalmente como Tribunal de Contas.

No Brasil, no período em que vigorou um sistema similar ao feudalista, não se acreditava na necessidade de controle na administração pública. Mais tarde, com o desenvolvimento de Estados de maior envergadura, a necessidade de controle sobre os gastos públicos cresceu em importância [...] A necessidade de existência de um Tribunal de Contas que fiscalizasse o regular emprego dos dinheiros públicos era uma cogitação idealística de alguns publicistas e políticos esclarecidos da época (ZANANDREA, 2018, p.62).

A consagração feita através da Corte deu-se através de Decreto 966-A, sendo este o meio legal atribuído com vias norteadoras afim de apresentar os deveres do Tribunal de Contas, que a época seria de rever, julgar e examinar operações referentes às despesas e receitas, como também a competência para apreciar a constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público do Estado.

No ano seguinte à formalização do Decreto 966-A, no ano de 1891, período que consagrou como momento histórico brasileiro, ocorreu à outorga da primeira

Constituição, a qual fortalecia o decreto que instituiu a Corte de Contas como legitimado para tratar da fiscalização com base na transparência das movimentações financeira do Estado:

Art 89 - É instituído um Tribunal de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso. Os membros deste Tribunal serão nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado, e somente perderão os seus lugares por sentença (BRASIL, 1891).

Todavia, apenas em 1993, foi institucionalizado como Tribunal de Contas, por insistência do Ministro Serzedello Corrêa, substituto de Rui Barbosa, passando a funcionar no Rio de Janeiro. Porém, no mesmo ano, por não concordar com as atribuições do TCU, o Chefe do executivo Floriano Peixoto, expediu vários decretos a época retirando a competência da Corte de Contas impugnarem as despesas apresentadas como ilegais (CAMARGO, 2020).

Ainda, segundo Camargo (2020), essas ações do Chefe do Executivo levou o Ministro Serzedello pedir sua exoneração do cargo em forma de protesto, sinalizando através do seu entendimento como um grande retrocesso, visto que, a limitação da atuação do TCU possibilitava e facilitava o cometimento de abusos financeiros praticados pelo Governo.

Por volta de 1961, já no século XX, sua sede foi transferida para o Distrito Federal, e mais a frente em 1973 passou a ter sua funcionalidade exercida próxima à esplanada dos ministérios. Por ser caracterizado como “órgão auxiliar ao poder legislativo, a sua transferência para um novo local foi de total visão estratégica e logística, podendo submeter assim um melhor diálogo frente aos poderes” (CAMARGO, 2020, p.35).

Nessa órbita, considerado como um marco na evolução histórica ocorria em 1988 à promulgação da nova Constituição, retratou e delimitou o TCU, no exercício das suas funções no que concerne a sua natureza jurídica, frente ao controle de constitucionalidade, trazendo a baila, a mudança que promoveu substancialmente a modificação no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, em que pese a aplicação moderada do controle difuso e a prevalência do controle abstrato.

Essa transição trouxe a tona uma grande problemática, considerando um atrito normativo, doutrinário e jurisprudencial, entre a Súmula nº 347 e a Carta Magna de 1988, onde se debate o controle de constitucionalidade diante as práticas exercidas

antes e após a promulgação da atual Constituição, tendo em vista, que as normas infraconstitucionais não possuem aptidão para modificar a Constituição, devendo assim, existir impreterivelmente a compatibilidade entre as normas, sob pena de invalidade frente à Constituição, com base no princípio da supremacia.

Contudo, em 12 de abril de 2021 o Supremo Tribunal Federal, com base na grande demanda dos mandados de segurança impetrados, reafirmou o entendimento atual referente à impossibilidade de o Tribunal de Contas realizarem o controle de constitucionalidade bem como de afastar a aplicação das normas, com amparo na Constituição de 1988, onde não estabelece esse tipo de exercício praticado pelos Tribunais de Contas.

2.2 NATUREZA JURÍDICA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

A tradicional nomenclatura do órgão de controle externo confere a inicial impressão de que ele esteja inserido na estrutura do Poder Judiciário, eis que esta impressão resta fomentada pela sua competência instituída nas Constituições anteriores, onde explicitamente apresentava como uma de suas funções, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros da administração direta e indireta. Além de que, na Constituição de 1937, o TCU encontrava-se previsto no capítulo do Poder Judiciário.

Isto posto, apresenta-se inquirição acerca da natureza jurídica do Tribunal de Contas da União. Com base no artigo 44 da CF de 1988, é levantada uma teoria equivocada, acreditando-se que o TCU constitui com um órgão do Poder Legislativo. Porém, não se pode defender esta ideia, visto que, o Poder Legislativo é composto pelo Congresso Nacional, que está dividida constitucionalmente apenas entre o Senado Federal e Câmara dos Deputados, limitando a incumbência de prestar auxílio a esse poder estatal.

Conforme entendimento já apresentado, em que pese a natureza jurídica do TCU, que difere do Poder Legislativo e Judiciário, sem apresentar também nenhum elemento característico em favor do Poder Executivo, excluindo assim qualquer entendimento que possa consolidar a sua natureza a algum dos três poderes expressos na Constituição.

A subsistência desse órgão, que consolida funções de natureza contábil, financeira, fiscalizatória, patrimonial, operacional e orçamentária, mesmo não podendo ser considerado um quarto Poder, excede os limites da separação dos poderes, e que mesmo diante disso, não consegue explicar a sua independência e a responsabilidade (FORNI, 2020, p.5).

Parte da doutrina apresenta esta teoria, a existência de uma quarta função, ao lado do poder legislativo, judicial e administrativa, caracterizada por uma função controladora, específica e autônoma, baseada em competências constitucionais, com a finalidade de proteger o erário e garantir a boa administração pública (HELLER; CARVALHO; SOUSA, 2019).

É de suma importância ressaltar que, o Tribunal de Contas não é um órgão independente, tão pouco é considerada órgão dos três poderes constitucionalmente estabelecido, entretanto, possui independência técnica e operacional, condições e posicionamento este que não se confundem. Em outras palavras, entende-se que o “TCU intervém por força própria nas matérias que a constituição lhe confere poderes, de modo que suas decisões administrativas produzem efeitos próprios, sem qualquer dependência de aprovação ou deliberação do Poder Legislativo” (DUTRA; REIS, 2020, p. 20).

Com isso, existe doutrina que retém seu entendimento apresentando a prevalência de vislumbrar, os Tribunais de Contas como “órgãos de auxílio” ao controle externo do Poder Legislativo (nos termos do artigo 71), mesmo que não existam elementos normativos que vincule o TCU a um dos três poderes apresentados, principalmente o poder legislativo, por ser o principal questionamento doutrinário.

Em análise a esta teoria, nesse sentido, Medauar, apresenta sua visão quanto a esse termo “órgão de auxílio”:

[...] muito comum é a menção do Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, o que acarretaria, para muitos, a ideia de subordinação; confunde-se, desse modo, a função com a natureza do órgão. Na verdade, a Constituição Federal em nenhum dispositivo utiliza a expressão ‘órgão auxiliar’; dispõe que o controle externo no Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração, em auxílio, em apoio, ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização. Tendo em vista que a própria Constituição assegura, ao Tribunal de Contas, as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considerá-lo subordinado ao Poder Legislativo (MEDAUAR, 2020, p. 138).

De outro modo, compreende-se que o Tribunal de Contas caracteriza-se como órgão autônomo, no sentido de que não integra a estrutura de qualquer dos Poderes estatais e a eles não deve subordinação hierárquica. Até porque, o reconhecimento de autonomia e independência está em sua essência, mesmo que limitada pela Constituição Federal de 1988, visando sempre o seu comprometimento com os interesses públicos a ele instituídos.

Podemos concluir com o seguinte entendimento:

Em suma, o Tribunal de Contas pode ser compreendido como órgão de natureza administrativa, que não se limita a um mero órgão técnico auxiliar do Poder Legislativo se manifestando como órgão fiscalizador que, dotado de estrutura organizacional autônoma e atribuições próprias derivadas da própria Constituição, desempenha papel fundamental na manutenção da Administração Pública e do Estado Democrático de Direito (GARCIA; FREIRE, 2021, p. 10).

Por fim, o Tribunal de Contas atua em auxílio ao Poder Legislativo conforme a Constituição Federal de 1988, no exercício de competências próprias limitadas diante a finalidade específica de exercer competências que integram o círculo de função de controle externo da Administração Pública, visto que o TCU exerce um controle financeiro e político.

3 SOBRE O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Assim como o direito, o controle de constitucionalidade apresenta constante evolução, garantindo suas modificações, a fim de se adaptar à realidade de cada momento histórico da vida social, política e jurídica pela população brasileira, em que pese a Constituição Federal de 1988, ser “um marco histórico diante as modificações, em especial o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos” (COELHO, 2020, p.45).

Diante as dúvidas sobre a possibilidade ou não dos Tribunais de Contas exercerem o controle de constitucionalidade, far-se-á necessário um estudo mais aprimorado quanto ao desempenho das funções do Tribunal de Contas, o que significa explicar e entender com mais severidade sobre o controle de constitucionalidade para o Estado Democrático de Direito e a sua importância diante suas ações para a sociedade civil (QUEIROZ; CORTEZ, 2019).

Com a Constituição Federal de 1988, apresentou-se uma nova perspectiva do controle de constitucionalidade no Brasil, e com isso o acolhimento da Súmula 347 começou a ser questionada. Com base nessas primícias, apesar de manter alguns dispositivos semelhantes às constituições anteriores, a Constituição Federal de 1988 está alinhada em bases diferentes daquelas que instituíram os textos das constituições passadas e, embora tenha preservado o modelo tradicional de controle de constitucionalidade antes existente, não garantiu especificamente poderes apresentados na Súmula nº 347 ao Tribunal de Contas.

A atual Carta Magna, em razão das significativas modificações em relação ao controle externo dos atos da Administração Pública, merece atenção e tratamento específico. É digna de uma análise especial não apenas por abranger a ordem constitucional atual, mas, principalmente, pelo expressivo impacto que provocou em toda estrutura do Tribunal de Contas.

Assim sendo, todas as vezes que existir uma incompatibilidade com a Constituição Federal será necessário controle de constitucionalidade. A Constituição Federal estabeleceu o modelo híbrido, mantendo os controles difuso e concentrado. O modelo difuso na atual Constituição Federal estabelece a possibilidade de apreciação da constitucionalidade por qualquer juiz no julgamento do caso concreto (NASCIMENTO, BERNARDI; NASCIMENTO, 2018, p. 252).

Desse modo, “a função controladora do Tribunal de Contas obtém o uso das normas constitucionais como critério de controle, ademais, é imprescindível para o bom uso dos recursos federais, essenciais na viabilização dos direitos fundamentais” (FORNI, 2020, p.6), sem desconsiderar que a necessidade da adequação de qualquer norma legal à Constituição Federal, não podendo de nenhum modo colocar em segundo plano os dispositivos discriminados na nossa Carta Magna. Devendo ocorrer de imediato a compatibilidade. Portanto, para que essas condições ocorram e seja dirimido qualquer conflito existencial, deve-se deste modo a nossa Corte Suprema, o STF, apresentar uma consolidação no entendimento.

3.1 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição é “um instrumento de organização da sociedade e do Poder Político, regulando as relações entre governantes e governados, e destes entre si

(CRUZ, 2022, p. 20). Sendo o poder normativo soberano de um país, que se alinha a toda necessidade social e política de uma Federação.

Inicialmente, não se pode deixar de destacar que o controle de constitucionalidade parte indiscutivelmente do princípio da supremacia da Constituição. Podemos afirmar que, a supremacia da Constituição, é o Direito interligado entre todos os âmbitos normativos que norteia todo o nosso ordenamento jurídico, pois se reveste da formalidade normativa advinda da soberania popular.

Portanto, as leis e os atos normativos devem estar em sintonia com os preceitos da Constituição Federal. Com esse entendimento, para que seja possível a realização do controle de constitucionalidade, a Carta Magna se apresenta como rígida, onde exige uma alteração mais difícil, em alguns casos apenas a modificação é possível através de uma nova Constituição.

É certo entendermos que, os efeitos de submissão da Norma Constitucional afetam todo povo brasileiro, sem distinção e abraça todas as organizações e instituições, gerando um poder de controle supremo em todos os âmbitos. Trata-se de Estado Constitucional, aquele que prioriza o dever de estabelecer aos indivíduos condição de igualdade na busca da realização e conquista dos seus direitos, garantindo a todo o cidadão harmonização entre as comunicações normativas, a ponto de reproduzir a aplicação constitucional de forma a zelar pela eficácia de todos direitos fundamentais inerente a pessoa humana.

As normas jurídicas são consideradas constitucionais não apenas pelo conteúdo que apresentam, mas principalmente por tratar de uma união de conceitos do sistema jurídico brasileiro depositado em seu próprio texto constitucional. Partindo desse entendimento, todas as normas devem se adaptar aos parâmetros das normas constitucionais, sob sanção de serem consideradas inconstitucionais frente ao controle de constitucionalidade brasileiro que tem como órgão de proteção o Supremo Tribunal Federal.

Portanto, todas as leis inferior a Constituição Federal, conhecidas por leis infraconstitucionais que forem apresentadas como compatíveis ao seu conteúdo terá sua aplicação recebida, porém se ocorrer o confronto com a Constituição está sofrerá as consequências com base na inconstitucionalidade. Deste modo, se o Legislativo faz surgir normas que confronta a Constituição, faz-se manifestar o controle de constitucionalidade das normas, na tentativa de analisar a sua inconstitucionalidade.

O conceito do princípio basilar da supremacia constitucional conta com uma história bisseccular de evolução, sendo uma lenta conquista da racionalidade jurídica, que representa a superação do longo primado do voluntarismo político nas relações humanas, que se deve a uma paulatina juridicização de um sistema articulado, voltado à limitação e ao condicionamento da vontade política, mas não aceitando o antigo amplo e quase ilimitado arbítrio político, que se submetendo todo um sistema jurídico a um elenco de valores constitucionalizados, que passam a ser os indispensáveis fundamentos de um Estado Democrático de Direito (SANTOS, 2020, p.7).

Deve ser destacado que, com base no controle de constitucionalidade que está diretamente ligado à “Supremacia da Constituição” em relação a todo o conjunto normativo jurídico brasileiro, assegura a sua importante função de harmonização normativa, trazendo assim a necessidade de obter uma característica rígida quanto a sua alteração e aplicação, visto que, a existência de uma hierarquia entre as normas é ponto fundamental, já que todo o ordenamento jurídico infraconstitucional deve se comunicar mantendo a harmonia jurídico-normativa, para que o legislador possa tomar como base, não permitindo nenhum outro ordenamento jurídico modificá-la ou suprimi-la de qualquer forma.

A Constituição Federal de 1988 confere ao Tribunal de Contas competências que estão relacionadas com o exercício geral da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, ou seja, julgar contas, apreciar a legalidade de atos sujeitos ao registro, suspender atos e contratos, imputar débitos e multas, fiscalizar a aplicação de recursos públicos, apuração de denúncias, dentre outras (MUNIZ, 2022).

Portanto, tais competências direcionadas ao Tribunal de Contas apresentadas no art. 71 da Constituição Federal de 1988, possui grande importância para a comunicação da legalidade, porém tão pouco se denota a comunicação com a Súmula 374 do STF, visto que, a função do Tribunal de Contas se limita no sentido da vedação ao exercício do controle de constitucionalidade, nos casos submetidos à sua apreciação.

4 PARÂMETROS DE CONFLITOS ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A SÚMULA Nº 347 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nesta seção, serão desenvolvidas e exploradas as principais bases de argumentos apresentados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal no que se

refere as discordâncias e entendimentos jurídicos e doutrinários atinentes à Súmula 347, à luz da Constituição Federal de 1988, avaliando a sua recepção com base no controle de constitucionalidade.

A primeira ação apresentada ao Supremo Tribunal Federal, com base no controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas, após o advento da Constituição Federal de 1988, em que envolvia a utilização da Petrobrás nos processos licitatórios simplificados com base no Decreto 2.745 (MUNIZ, 2022). Com isso, uma empresa que não tinha sido contemplada na licitação, a fim de contestar a decisão do TCU, onde era questionado o procedimento licitatório, apresentou Mandado de Segurança, que adiante não fora conhecido pelo relator, considerando que, não havia sido proferida decisão de mérito, não havendo assim direito líquido a ser amparado.

Com esta decisão, ocorreu a grande manada de pedidos, sendo assim apresentados diversos mandados de segurança diante o Supremo Tribunal Federal, contestando decisões proferidas pelo Tribunal de Contas, onde determinava que a Petrobrás se recusasse a utilizar o procedimento licitatório simplificado. Deste modo, diante as mesmas controvérsias, o Supremo Tribunal Federal se viu obrigado a traçar um entendimento com análise na Súmula nº 347, que liminarmente concedeu a suspensão de todas as decisões do Tribunal de Contas da União de teor correlato, ou seja:

Em suma, a alteração do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro levaria à necessidade de avaliar a recepção, pela Constituição Federal, da Súmula 347, que teria sido editada em contexto no qual não havia ainda controle abstrato de constitucionalidade de normas pelo STF. Diante disso, o TCU não poderia, diante da Constituição de 1988, realizar controle difuso de constitucionalidade (MUNIZ, 2022, p.31).

Em comunidade a sua manifestação, é válido apresentar o entendimento do Ministro Gilmar Mendes em sua decisão contrária diante o Mandado de Segurança 25.888, à manutenção da Súmula em debate, com o seguinte teor:

Não me impressiona o teor da Súmula 347 desta Corte, [...]. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional. No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de

1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas. Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988. (MS 25.888 MC, rel. min. Gilmar Mendes, dec. monocrática, j. 22-3-2006, DJ de 29-3-2006).

Dito isto, com esse breve posição do Ministro Gilmar Mendes, vislumbra-se que não ocorre sequer uma única competência conferida pela Constituição Federal de 1988 ao Tribunal de Contas que possa se adequar como ação de função jurisdicional, tampouco como função legislativa. Acomodam-se todas elas como atividades que desempenham função administrativa, visto que, são cumpridas mediante comportamentos infralegais, e em outros casos, comportamentos infraconstitucionais, ficando estas ações administrativas totalmente sujeitas ao controle de juridicidade pelo Poder Judiciário. Isso porque, “se é da competência exclusiva do Judiciário a declaração de inconstitucionalidade, não poderiam os Tribunais de Contas apreciar a constitucionalidade de leis e negar-lhes aplicação” (SANTANA, 2021, p.19).

Nesse sentido, Cabral (2019, p. 266) defende que:

[...] temos que não há uma peculiaridade nos atos do Tribunal de Contas que demande uma caracterização diferenciada. Os limites do controle exercido quanto ao conteúdo das decisões do TCU ao realizar suas atribuições se referem justamente aos mesmos limites que o Poder Judiciário deve ter na análise do mérito dos atos administrativos em geral. Não se enxerga uma diferenciação quanto aos limites do controle a ser exercido pelo Judiciário que não exista em relação aos demais atos administrativos (ainda que o conteúdo das atividades do TCU tenha características próprias, não difere quanto ao limite do controle que sofre pelo Poder Judiciário).

Ocorre que, no ano 2021, especificamente no dia 12 de abril o Supremo Tribunal Federal conservou o entendimento atual, garantindo a impossibilidade de o

TCU realizar o controle de constitucionalidade bem como de afastar a aplicação das normas, por não ter sido recepcionada pela Constituição de 1988.

Portando, mesmo não ocorrendo a revogação da Súmula 347, pelo Supremo Tribunal Federal, meio legal que reconhece o poder do Tribunal de Contas para declaração de constitucionalidade, as manifestações decisórias atuais diante os Mandados de Segurança apreciados, são pelo não reconhecimento deste poder em face as atribuições direcionadas ao TCU, demonstrando a partir de uma análise constitucional a sua incompetência para exercer o controle de constitucionalidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho apresentou a evolução história no sentido de compreender a intenção jurisdicional da Súmula 347, bem como o seu impacto até os dias atuais, com a promulgação da Constituição de 1988 e sua nova visão diante o controle de constitucionalidade exercido pelo Tribunal de Contas, tendo em vista a necessidade do estudo aprofundado diante a sua discricionariedade administrativa, a fim de delimitar o seu campo de atuação em face da esfera do Poder Judiciário.

A partir do entendimento histórico das Constituições que se desencadearam no decorrer do tempo, sendo alinhadas pela atual ordem constitucional, vislumbram-se as importantes modificações nas competências dos Tribunais de Contas, onde foram ampliadas, garantindo um papel de grande relevância na sociedade e diante as políticas públicas, respalda pelo controle externo, destarte sua excelente atuação como órgão de auxílio ao Poder Legislativo, nos termos do art. 71 da Constituição de 1988. Com essa evolução, os Tribunais de Contas deixaram de ter um posicionamento apenas técnico, passando a se posicionar como um mecanismo capaz de auxiliar o controle social sobre a Administração Pública.

Desse modo, com base na invocação do princípio da supremacia da Constituição, como premissa da realização de controle de constitucionalidade em concreto, com base no que foi apresentado, podemos afirmar que a não compreensão e respeito à soberania da Carta Magna redundaria em uma dificuldade lógica insuperável, pois, não considerar a hierarquia das normas pelo guardião da Constituição geraria o maior erro diante o poder supremo de constitucionalidade, ferindo assim de forma nítida todo o mecanismo de controle de constitucionalidade, e

consequentemente admitindo a ocorrência da inexistência da supremacia da Constituição sobre as demais normas do sistema.

Cuida-se de conclusão da visão insuscetível pela superação da Súmula n.º 347 do STF, pois se trata de verbete com parâmetros de caducidade, pois mesmo considerando outros pontos jurídicos que interpelam pela inexistência desta norma, vislumbramos também o efeito histórico de grande importância, visto que, a sua criação estava diante um ambiente histórico-normativo totalmente diferente do atual, sendo ainda adaptado o controle de constitucionalidade as questões de ordem organizacional entre os poderes.

A base de entendimento que é corroborado pela tendência de revisão do enunciado pela Suprema Corte, manifestada em julgados proferidos pelo Plenário e em decisões monocráticas pronunciadas pelos seus membros a total projeção de uma norma ultrapassada que não se alinhou aos parâmetros do novo controle abraçado pela atual Constituição.

Sob esse norte já apresentado, a Carta Magna de 1988, que implicou e renovou nova visão diante o tratamento normativo ao regime jurídico do instituto do controle de constitucionalidade, não há como pretender a existência de uma omissão hesitante de regulação pelo poder constituinte originário diante a elaboração da maior norma jurídica-social de um país, dando assim ao Tribunal de Contas o sentido da incompetência, no que concerne ao controle de constitucionalidade.

Permitir um entendimento contrário implicaria uma ofensa à Supremacia da Constituição, pontuando inicialmente a violação às competências do Poder Judiciário, caracterizaria uma visível posição de desrespeito do TCU em relação ao Poder Judiciário, consolidando o alargamento de suas competências originárias, pois estaria subtraindo a função constitucional atribuída ao Poder Judiciário e, consequentemente, distratando a expressa competência do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição.

Deste modo, se enxerga mais uma ofensa, que se repercute diante a violação à competência do Supremo Tribunal Federal, de declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas que possivelmente possa entrar em confronto com a Constituição Federal, por entender que, o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas traria consigo a transcendência dos efeitos, pois na maioria das vezes, ao declarar a inconstitucionalidade ou afastar

incidentalmente a aplicação de uma lei, o Tribunal de Contas não só estaria julgando o caso concreto, mas também acabaria determinando aos órgãos de administração que deixassem de aplicar essa mesma lei para todos os demais casos idênticos, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes no âmbito daquele tribunal.

O princípio da supremacia da Constituição não pode servir como mero organizador, mais como total suporte jurídico que rege todo o nosso ordenamento jurídico, tendo como qualquer afronta a total inconstitucionalidade, pois a preeminência da Lei Maior exige a consideração da sua unidade, visto que diante a problemática apresentada, atualmente já sobrevive de grande pacificação ao entendimento que, se torna inválido qualquer ato expresso pelo Tribunal de Contas que trate suas decisões ao controle de constitucionalidade. Com esse posicionamento do guardião da Constituição, invoca-se o respeito divisões constitucional das competências entre os órgãos do Estado.

Deste modo, compreende-se que a súmula 347 do Supremo Tribunal Federal, teve as razões e relevância no momento histórico quando fora editada em 1963. Contudo, o ordenamento jurídico brasileiro evoluiu e juntamente com ele, o sistema de controle de constitucionalidade que se tornou mais eficiente, seguro e democrático cabendo assim a sua superação, em que pese não ter sentido a sua aplicação com base na atual Constituição Federal.

Portanto, concluímos que diante o ordenamento jurídico constitucional, seguindo o último entendimento apresentado pelo Supremo Tribunal Federal, do Ministro Alexandre de Moraes, esse estudo compreende que a atuação do Tribunal de Contas no exercício das suas funções, se limita no sentido da vedação ao exercício do controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas, nos casos submetidos à sua apreciação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 347.** O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal - Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964.

CABRAL, Flávio Garcia. Qual a natureza da função exercida pelo Tribunal de Contas da União (TCU)? **Revista de Direito da Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 01, ano 04, edição 01, p. 253-272, jan./jun. 2019.

CAMARGO, Bibiana Helena Freitas. Abordagem constitucional dos tribunais de contas: uma análise acerca da evolução de suas competências para alcance da avaliação qualitativa. **Revista Controle: Doutrinas e artigos**, v. 18, n. 1, p. 342-376, 2020.

COELHO, Fernanda Marques Almeida. **A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil**. 2020.

CRUZ, Vítor. **Constituição Federal anotada para concursos**. Editora Ferreira, 2022.

DUTRA Pedro; REIS Thiago. **O soberano da regulação: O TCU e a infraestrutura**. São Paulo: Editora Singular, 2020.

FORNI, João Paulo Gualberto. Controle de Constitucionalidade pelo TCU: uma proposta de revisão da Súmula 347 do STF. **Revista do TCU**, n. 146, p. 77-100, 2020.

GARCIA, Rafael; FREIRE Marco. **Podem os tribunais de contas apreciar a constitucionalidade de leis e de atos do poder público?** Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/handle/prefix/4783>. Acesso em: 13 out., 2022.

HELLER, Gabriel; CARVALHO E SOUSA, Guilherme. Função de controle externo e função administrativa: separação e colaboração na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 71-96, maio/ago. 2019.

LEAL, Mariana Leão Marques. **Controle externo exercido pelos tribunais de contas diante da discricionariedade administrativa**. Goiânia, 2017.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MUNIZ Mariana Novotny. **A Súmula 347 e a "não aplicação de normas inconstitucionais": uma análise da jurisprudência do STF sobre o exercício de controle de constitucionalidade por Tribunais de Contas**. Monografia – FGV, Rio de Janeiro, 2022.

MS 25.888 MC, rel. min. **Gilmar Mendes**, dec. monocrática, j. 22-3-2006, *DJ* de 29-3-2006. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2149>, acesso em 09 de outubro de 2022.

NASCIMENTO, Francis Pignatti do; BERNARDI, Renato. A supremacia da constituição e a teoria do poder constituinte. **REGRAD-Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM-ISSN 1984-7866**, v. 11, n. 01, p. 246-264, 2018.

QUEIROZ, Rhoden Botelho de; CORTEZ, Maysa Cortez. Controle de constitucionalidade no âmbito dos Tribunais de Contas: reflexões sobre uma aplicação mitigada da Súmula 347 do STF. **Revista Controle: Doutrinas e artigos**, v. 17, n. 2, p. 20-45, 2019.

SANTANA, Valdiney de Sales. **O controle de constitucionalidade pelos tribunais de contas à luz da constituição federal de 1988**: uma reavaliação da súmula n. 347 do supremo tribunal federal. 2017.

SANTOS, Ulisses Arjan Cruz dos. Supremacia da Constituição na hermenêutica constitucional à luz dos ensinamentos de Konrad Hesse e Ferdinand Lasalle e as teorias de controle de constitucionalidade. **Percorso**, v. 4, n. 35, p. 213-235, 2020.

ZANANDREA, Talita. **Tribunal de Contas e interesse social**. 2018. Tese de Doutorado. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37357/1/ulfd136431_tese.pdf. Acesso em: 20 out 2022.

NOVAS PERSPECTIVAS DO TELETRABALHO: UMA ANÁLISE DO INSTITUTO NO CENÁRIO PÓS PANDÊMICO⁸

NEW PERSPECTIVES OF TELEWORK: AN ANALYSIS OF THE INSTITUTE IN THE POST PANDEMIC CENÁRIO

RHAYRON KLAIVER LOURENÇO SOARES LOPES⁹
ROGÉRIO COUTINHO BELTRÃO¹⁰

RESUMO

O regime do teletrabalho foi regulamentado pela Lei nº 13.467/17, que é denominada de reforma trabalhista. Tal inovação legislativa acarreta numa série de dúvidas e incertezas jurídicas sobre o assunto. O trabalho tem por objetivo analisar os aspectos gerais do teletrabalho, como conceito, características e modalidades, regulamentação do teletrabalho no ordenamento jurídico e a legislação no período de pandemia. Também analisando se estão presentes nesse tipo de labor os pressupostos da relação de emprego, a efetivação da subordinação jurídica, a jornada de trabalho, a normatização, com as alterações realizadas pela Reforma Trabalhista. Utilizou-se do método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica como doutrina, revistas, dissertações, teses, legislação e jurisprudências. O estudo se justifica pela atual singularidade que se vivencia, visto que, nesse contexto, o instituto em tela possibilita a manutenção das relações de trabalho, bem como a movimentação da economia mantendo o poder de compra nas mãos dos empregados, evitando assim, uma falência total do sistema econômico. Apesar de toda a controvérsia que permeia o referido diploma, acredita-se que este trouxe mais benefícios que malefícios e sua utilização vem sendo uma espécie de salva-vidas, com implicações para as relações trabalhistas e para a economia.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do trabalho. Reforma Trabalhista. Teletrabalho. Desafios. Consequências.

ABSTRACT

The teleworking regime was regulated by Law nº 13.467/17, which is called Labor Reform. Such legislative innovation brought about a series of legal doubts and uncertainties on the subject. The work aims to analyze the general aspects of telework, such as concept, characteristics and modalities, regulation of telework in the legal system and legislation in the pandemic period. Also analyzing whether the assumptions of the employment relationship are present in this type of work, the effectiveness of legal subordination, the working day, the regulation, with the changes made by the labor reform. The deductive method was used, through bibliographic research such as doctrine, magazines, dissertations, theses, legislation and

⁸ Texto originalmente apresentado e aprovado como Trabalho de Conclusão de Curso – TCC no Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, em dezembro de 2022.

⁹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP.

¹⁰ Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Mestre em Direito pelo Centro Universitário João Pessoa - UNIPE. Advogado. Professor do Curso de Graduação em Direito da Fesp Faculdades, João Pessoa-PB. Atuou como orientados dessa pesquisa.

jurisprudence. The study is justified by the current uniqueness that is experienced, since, in this context, the institute in question enables the maintenance of labor relations, as well as the movement of the economy, keeping purchasing power in the hands of employees, thus avoiding bankruptcy. entire economic system. Despite all the controversy that permeates the aforementioned diploma, it is believed that it has brought more benefits than harm and its use has been a kind of lifesaver, with implications for labor relations and the economy.

KEYWORDS: Labor law. Labor Reform. Telework. Challenges. Consequences.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema as novas perspectivas do teletrabalho e uma análise do instituto no cenário pós pandêmico. O teletrabalho é conhecido mundialmente como a modalidade de trabalho a distância, na oportunidade a qual o empregado realiza as suas funções laborativas estando fora da empresa, desta forma, podendo estar em qualquer lugar onde possa realizar suas atribuições. É sabido que este meio de labor se expandiu diante os avanços tecnológicos ocorridos no século XXI.

A reforma trabalhista trouxe uma reformulação na CLT, visando à flexibilização das relações de trabalho. Buscando, por meio da revisão das leis do contrato de trabalho, alterar os direitos do trabalhador e os deveres dos empregadores. Vindo a atualização a entrar em vigor em novembro de 2017, por meio da lei nº 13.467/17, onde foi introduzido um novo capítulo na CLT dedicado especialmente ao tema, capítulo II-A, com os artigos 75-A a 75-E, estes dispositivos definem o teletrabalho como a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Por conta do direito do trabalho, que hoje pode-se haver uma regulação na relação jurídica entre os empregados e os empregadores, baseado nos princípios e leis trabalhistas. O direito do trabalho é um importantíssimo ramo do direito, pois, sem ele não há como entender a política, a economia e as relações sociais de qualquer lugar sem compreender, também, as relações de trabalho.

A reforma configurou diversos pontos da CLT, tais como jornada de trabalho, férias, horas extras e salários, compensação de horas no contrato de trabalho. A reforma veio com a intenção de tornar o mercado de trabalho mais flexível, para que as relações de trabalho não se tornassem empecilho para o desenvolvimento

econômico, tendo em vista o contexto de crise na economia e o elevado índice de desemprego, a possibilidade de tornar as leis mais flexíveis era considerada uma forma de aumentar o emprego e alavancar a atividade econômica.

A ideia é, portanto, de realizar uma pesquisa focalizando nas mudanças que a reforma trabalhista trouxe para o teletrabalho, como a jornada de trabalho, férias, horas extras e salários, compensação de horas no contrato de trabalho. Desta forma, resta-se questionar, a quem o teletrabalho beneficia? Quais os impactos que o teletrabalho pode causar na saúde do empregado? A modalidade de teletrabalho é um caminho sem volta? Quais os direitos do teletrabalhador previstos na CLT?

No Brasil a expansão desta modalidade de trabalho se deu com o surgimento da pandemia do Covid-19, a qual teve início em março de 2020 e se arrasta até os dias atuais. Com o surgimento da pandemia do Covid-19, que assolou todo o mundo, houve mudanças necessárias nos contratos de trabalho, tendo as empresas que adotar o teletrabalho para que pudessem continuar com suas atividades. Tais mudanças trouxeram consigo novas perspectivas a respeito da reorganização de trabalho, todavia, apresentando novos desafios, tanto para o empregado como para o empregador.

Frente ao cenário pandêmico e as mudanças trazidas para as relações de trabalho, sendo possível notar-se que os empregados passaram a usufruir com mais frequência as Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), deixando-os cada vez mais conectados, interligando a vida profissional com a vida pessoal, apreciando mais o trabalho para se manter no mercado e, com isso, muitas vezes colocando em risco a saúde. Dessa forma, diante do cenário da hiperconexão do teletrabalhador, é importante abordar o tema que trata sobre o cenário pós pandêmico, tendo-se que analisar os benefícios e os malefícios que esta modalidade de trabalho trouxe para a sociedade.

O presente trabalho tem como objetivo geral identificar as formas que se pode garantir os direitos adquiridos pelo trabalhador, em análise as leis vigentes, sob o atual contexto de pandemia. O propósito do trabalho é: a) conhecer o mecanismo no teletrabalho, bem como analisar os benefícios e os malefícios; b) analisar a legislação do instituto do teletrabalho, como também buscar pontos incongruentes de direitos garantidos na Constituição Federal e, analisar o cenário jurídico do teletrabalho durante e após o período pandêmico; c) analisar os impactos da pandemia do covid-

19 nas relações de emprego; e por fim, d) apontar mudanças necessárias para que os teletrabalhadores tenham seus direitos constitucionais resguardados durante o labor.

Para a realização do presente trabalho e explicação do problema e hipóteses delimitadas para alcançar os objetivos pretendidos, adotou-se a pesquisa bibliográfica e o método dedutivo, uma vez que as análises serão pautadas na estrutura teórica e normativa a respeito do tema, pretendendo-se concluir quais as possibilidades de garantia dos direitos dos teletrabalhadores diante da Constituição Federal brasileira.

O trabalho foi dividido em três seções, na primeira busca abordar sobre a Reforma Trabalhista. A segunda seção, trata-se do teletrabalho no cenário pós pandêmico, demonstrando as mudanças que o a pandemia ocasionada pelo Covid-19 trouxe para a modalidade do teletrabalho. A terceira seção abordará a respeito dos impactos da Covid-19 nas relações de emprego, será abordado a relação de emprego entre empregado e empregador, demonstrando os benefícios e malefícios para ambas as partes.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O INSTITUTO DO TELETRABALHO

Para Gondim Filho e Melo (2021), sempre houve divergência quanto a definição de teletrabalho, mas em análise a origem de seu significado, nota-se que a palavra tem origem do prefixo grego “tele”, que demonstra distância, algo remoto. A evolução da palavra teletrabalho sugere que é conceito em construção, relacionando-se diretamente atividades externas à empresa. Também é dado outros nomes, como trabalho à distância, trabalho remoto, ou “home office”.

Tal modalidade de trabalho é realizado, muitas vezes, na própria residência do trabalhador, no entanto, não é obrigatório ser exclusivamente realizada essa modalidade de trabalho dentro da residência do trabalhador, podendo ser feita em qualquer local fora da empresa, possuindo o trabalhador jornadas variáveis, a depender da empresa que adote tal modalidade (GONDIM FILHO; MELO, 2021).

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT) (2020), o teletrabalho é qualquer atividade realizada em um local fora da empresa, no qual o empregado não mantém contato pessoal com os seus colegas, mas pode se comunicar por meio de novas tecnologias (OIT, 2020, on-line), surgindo assim desafios como a

necessidade do rápido aprendizado de novas tecnologias, o estabelecimento de novas formas de interação e comunicação entre as equipes.

Todavia, Hazan e Morato (2018) entende que a forma de controle e vigilância realizada pelo empregador não pode resultar em lesão ou ameaça aos direitos de privacidade, imagem e intimidade do funcionário, pois a proteção em face da automação é um direito fundamental previsto no texto da Constituição (art.7º, XXVII). Ou seja, é fundamental a realização de um equilíbrio entre a necessidade de controle da atividade e a preservação da vida íntima do empregado, tendo em vista a particularidade da realização do trabalho em seu domicílio.

No entendimento de Cassar (2017), o teletrabalho é desenvolvido no domicílio do empregado ou em um centro de computação, um escritório virtual ou alugado por hora para este fim aos interessados, pois há uma descentralização da empresa. Assim, podem-se apontar três componentes básicos para caracterização do teletrabalho, que são: a utilização da telecomunicação e de tecnologias referentes à informática; local de prestação de serviços geralmente é a casa do empregado; e a ausência ou redução do contato pessoal do trabalhador com o empregador.

Dessa forma, não se deve confundir o teletrabalho com o trabalho externo, pois este se caracteriza por ser mais genérico, possuindo menos requisitos técnicos, enquanto aquele tem natureza mais específica e possui campo de atuação limitado, geralmente sendo executado por meio de equipamentos de informática e comunicação, com atividades intelectuais e cognitivas. Corroborando com tais afirmações, Leite (2017), fala que o teletrabalho é uma espécie de trabalho a distância, pois não se limita ao domicílio, podendo ser prestado em qualquer lugar.

3 A ORIGEM E REGULAMENTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Para Gondim Filho e Melo (2021), o ordenamento jurídico brasileiro, o teletrabalho começou a ser abordado de forma indireta em 2011, pela Lei nº 12.551, que modificou o art. 6º da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), abordando sobre a equiparação dos efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Sendo assim, os pressupostos da relação de emprego presentes no texto do art. 3º da CLT também passaram a ser aplicáveis à mencionada espécie de labor.

Segundo Teixeira e Serpa (2019), essa lei incorporou a concepção de subordinação estrutural, pela qual o trabalhador permanece inserido na cultura e dinâmica operacional da empresa independentemente do controle pessoal e direto da chefia. Embora esta modalidade contratual seja recente no ordenamento jurídico brasileiro, este veio desenvolvendo-se ao redor do mundo, visto em muitas ocasiões como um benefício evitando o deslocamento diário até o local de trabalho (ROCHA; AMADOR, 2017).

Segundo Delgado e Delgado (2017), afirmam que há possível subordinação jurídica nas situações de labor prestado por meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão, mesmo que realizado no domicílio do empregado. Destacam que a regra do art. 6º “somente veio explicitar a amplitude, complexidade e modernidade do conceito jurídico de subordinação”.

Porém, para Delgado e Delgado (2017), apenas em 2017, com a chegada da Lei nº 13.467 (Reforma Trabalhista), o teletrabalho veio a ser regularizado de forma expressa pela legislação, com a criação do Capítulo II – A do Título II da CLT, com os arts. 75–A a 75–E. como também o novo inciso III do art. 62 e § 1º e 3º do art. 134. Cumpre salientar que não fora criado qualquer direito específico para o empregado enquadrado nesse regime laboral, estando situado fora das regras protetoras da duração do trabalho.

Com a reforma trabalhista de 2017, o legislador criou algo novo ao conceituar o que é teletrabalho, valorizando a presença de aspectos tecnológicos e de comunicação, bem como diferenciando-o do mero trabalho externo, e estabeleceu que o mero comparecimento às dependências da empresa para a execução de tarefas pontuais não descaracteriza o instituto do teletrabalho, conforme disciplina o art. 75-B, *in verbis*:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho. (BRASIL, 2017).

Dessa forma, pode-se verificar que o legislador deixou claramente que a predominância de atividade telemática é o fator que define qual o regime a que o trabalhador pertence. Mesmo que o empregado se dirija à sede da empresa em alguns dias do mês, isso não afasta da condição de teletrabalhador. É necessário avaliar

como se conforma a relação de subordinação estabelecida entre empregado e empregador nesse modelo de execução do trabalho.

Com efeito, o art. 75-C da CLT qual a forma que o trabalho deve ser previsto no contrato de trabalho, podendo haver acordo entre as partes por meio de termo aditivo, *in verbis*:

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual. (BRASIL, 2017).

Dessa forma, a legislação trabalhista passou a permitir a alteração do regime presencial para o regime de teletrabalho, com a exigência de que haja mútuo e prévio acordo entre empregado e empregador, registrado em aditivo contratual. Esta norma é mais protetiva ao trabalhador, pois evita excessos e dissabores do patrão ao tentar obrigar seus subordinados a frequentes mudanças.

Nesse mesmo diapasão, também é possível alteração do meio de teletrabalho para o meio de trabalho presencial, porém, deve ser respeitado um período mínimo de transição de 15 dias, devendo conter a cláusula aditiva. No pensamento de Cassar (2017), o legislador foi confuso, pois ao mesmo tempo em que permite que a alteração seja unilateral, por decisão do empregador, exige o aditivo ao contrato.

De um lado, ressalta a mencionada autora que há a possibilidade de o empregado não assinar e não concordar com o aditivo, o que tornaria a sua exigência inócua. De outro lado, deve ser observado que essa regra, aliás, abre uma perigosa exceção à nulidade das alterações unilaterais no contrato de trabalho consagrada no art. 468 da CLT (TEIXEIRA; SERPA, 2019).

No tocante à aquisição, manutenção e fornecimento dos equipamentos necessários para a prestação do teletrabalho, a CLT estipulou a seguinte regra:

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregador, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado (BRASIL, 2017).

Mesmo que o referido dispositivo contenha uma regra imprecisa (DELGADO, 2017), a CLT segue a diretriz geral de que os custos e encargos relacionados ao contrato de trabalho e à prestação de serviços cabem ao empregador, em consonância com a natureza forfetária de suas obrigações na relação de emprego, prevista no art. 2º da CLT. Dessa forma, os referidos artigos devem ser interpretados conjuntamente, no sentido de ser ônus da empresa os custos referentes ao teletrabalho, não podendo ser transferido ao empregado, sob pena de violação do equilíbrio contratual.

O parágrafo único do art. 75-D é categórico ao afirmar que as utilidades para o exercício do teletrabalho não fazem parte da remuneração do empregado. Com efeito, estas são fornecidas para a prestação de serviços, com o objetivo de viabilizá-la e torna-la de melhor qualidade, razão pela qual não devem possuir natureza salarial (DELGADO; DELGADO, 2017). Então, poderá ser transferido ao empregado riscos com a sua saúde e com o material a ser utilizado no trabalho (CASSAR, 2017).

Vale ressaltar que as utilidades devem ser interpretadas como instrumentos de trabalho necessários à execução das tarefas funcionais, não podendo ser considerados como prestação salarial. A ideia de contraprestação pelo trabalho exercido não é cabível nesta hipótese, já que os equipamentos são fornecidos para o trabalho, e não pelo trabalho. Por sua vez, para Filho e Melo (2021), o art. 75-E da CLT trata acerca do meio ambiente de trabalho, mesmo estando longe das vistas do empregador, conforme expresso a seguir:

Art. 75-E. O empregador deverá instituir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções e tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador (BRASIL, 2017).

Desta forma, o legislador tratou de forma bastante genérica sobre quais seriam as atribuições do empregador para evitar acidente de trabalho ou doença, tornando-o isento de qualquer responsabilidade (CASSAR, 2017). A norma é pouco clara e bastante subjetiva, transferido ao trabalho muitas responsabilidades. Não há

nenhuma alusão a critérios que poderiam ser seguidos, no sentido de obrigar a empresa a fiscalizar a prevenção e a segurança no tocante à saúde do teletrabalhador.

No entendimento Delgado e Delgado (2017), como o teletrabalho estende, mesmo que de forma reduzida, o conceito de meio ambiente do trabalho, é possível falar na possibilidade de responsabilidade empresarial pelos danos de acidentes do trabalho nesses casos. Porém, torna-se mais difícil a comprovação do nexo causal, bem como a culpa do empregador em cada caso concreto. Mais uma vez, a questão pode ser examinada à luz das circunstâncias e do arcabouço probatório do caso concreto.

3.1 A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE JORNADA EXTRAORDINÁRIA À LUZ DA MEDIDA PROVISÓRIA 1.108/2022

No dia 25 de março de 2022 foi editada a Medida Provisória nº 1.108 (BRASIL, 2022c), a qual passou a incluir no rol do art. 62 da CLT a previsão de que o empregado, que estiver em regime de teletrabalho que prestam serviços por produção ou tarefa (BRASIL, 2022a) está excluído do regime de jornada de trabalho convencional, modificando a disposição a priori da CLT, a qual não fazia distinção quanto à natureza jurídica do teletrabalho, dizendo que de qualquer forma o trabalhador estaria isento do controle de jornada (FIGUEIRÔA JUNIOR, 2022).

Nesse ponto, para notar como deverá ser a jornada de trabalho do empregado em regime de teletrabalho cuja atividade traduza produtividade, o ideal é observar as disposições insertas no Capítulo II-A, do art. 75-A ao art. 75-F (BRASIL, [2022^a]). Ademais, a referida MP concordou a delimitar o conceito de teletrabalho, ao mudar a redação para ao art. 75-B na CLT, que passou a dispor:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo. (BRASIL, 2022a).

No mês de setembro de 2022 a MP foi convertida na Lei nº 14.442 em 2 de setembro de 2022 (BRASIL, 2022b), que realizou alterações na CLT de maneira permanente, em se tratando de teletrabalho. Se tratando a respeito dessa modalidade, manteve na íntegra as disposições anteriores fixadas em matéria provisória. Através

da leitura do dispositivo acima transcrito, percebe-se que o trabalho externo caracteriza-se pela necessidade de que as atividades desenvolvidas pelo empregado sejam desenvolvidas fora das dependências da empresa empregadora.

Com o ingresso da Medida Provisória nº 1.108/2022 e agora com a sua conversão na Lei 14.442/2022, passou a existir distinção entre as espécies de teletrabalhador, quais sejam, o que ganha por jornada, o que ganha por produção e o que ganha por tarefa. Até então, todos se equiparavam, de forma a configurarem uma exceção ao controle e cumprimento de jornada, que é a regra, conforme disposição expressa no art. 62, inciso III, da CLT, trazido pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/17) (FIGUEIRÔA JUNIOR, 2022).

Nesse espeque,

Com a MP 1.108 foi alterado o referido dispositivo e inciso para dispor que não estão sujeitos ao Capítulo da jornada de trabalho 'os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa', ou seja, se o empregado estiver no regime de teletrabalho fora das situações anteriormente mencionadas, trabalhando por jornada mensal ou diária, por exemplo, ele estará sujeito ao cumprimento e controle da jornada de trabalho. (FIGUEIRÔA JUNIOR, 2022, *on-line*).

Tal alteração promovida pela MP 1.108 e ratificada pela Lei 14.442/2022 foi mais benéfica ao trabalhador, pois em vista dos problemas enfrentados devido o teletrabalho, notadamente com a relação às jornadas excessivas, passou a haver a necessidade do controle de jornada do teletrabalhador em regime de jornada, ou seja, aquele que obrigatoriamente deve cumprir uma carga horária periódica (FIGUEIRÔA JUNIOR, 2022).

Desta forma, com a necessidade do controle da jornada de trabalho por meio de seu registro, nasce a possibilidade de haver jornada extraordinária, ou seja, quando ultrapassa a quantidade de horas diárias prevista no controle de trabalho, não se sujeitando o empregado à violação de seus direitos promovida pelo trabalho excessivo (FIGUEIRÔA JUNIOR, 2022). Preliminarmente à vigência da MP 1.108, já havia a possibilidade de percepção de horas extras, embora a regra não fosse essa.

Assim, é indubitável a possibilidade do reconhecimento de horas extras no regime de teletrabalho, mormente no caso do trabalhador em regime de jornada, cuja situação busca a necessidade de serem providenciados mecanismos efetivos para o registro da jornada pelo empregador, devendo haver uma adaptação das empresas para a recepção do trabalho remoto, sob pena de violação dos direitos da parte

trabalhadora e, conseqüentemente, da diminuição do patrimônio da empresa empregadora em demandas trabalhistas.

3.2 MODOS DE AFERIÇÃO E CONTROLE DE JORNADA DE TRABALHO NO TELETRABALHO

Considerando a expressiva possibilidade de reconhecimento de jornada extraordinária dos empregados em regime de teletrabalho, resta averiguar quais instrumentos têm sido utilizados pelas empresas para aferir e controlar a jornada de trabalho. Contudo, para abordar esse tema, é necessário relembrar que apenas está sujeito ao referido controle os trabalhadores em regime de jornada, ou seja, aqueles que possuem uma rotina de trabalho periódica e estável.

A regra contida na CLT com relação ao registro de ponto dos empregados é que ele é obrigatório para as empresas que contam com mais de vinte trabalhadores, podendo ser feito de maneira manual, mecânica ou eletrônica (BRASIL, 2022a). Para o teletrabalho não é diferente, caso a empresa possua mais de vinte empregados, também será obrigado o registro do ponto aos trabalhadores que prestam serviços por jornada, podendo ser utilizados softwares de controle de ponto para tanto (BARROS, 2018).

Nessa senda, tem-se optado por softwares que trabalham com expedição de lembretes ao colaborador, e com funcionalidade simples, onde com apenas um “clique” é possível registrar a entrada, a saída ou um intervalo, de forma que a gestão do banco de horas inerente à jornada de trabalho se dê de forma prática e efetiva (BARROS, 2018).

Insta frisar que a demanda por esse tipo de software vem aumentando desde que a MP 1.108 entrou em vigor, pois passou a definir como crucial o controle de jornada do trabalhador que ganha por jornada, já vindo a produzir efeitos positivos sob o prisma dos direitos do trabalhador, mitigando a problemática da jornada excessiva e desumana (FIGUEIRÔA JUNIOR, 2022).

4 TELETRABALHO PÓS PANDEMIA: UM CAMINHO SEM VOLTA?

No Brasil, com o surgimento do Covid-19, alguns elementos demonstraram-se ainda mais desafiadores, sendo estes elementos caracterizados por uma falta de infraestrutura de saneamento básico para higiene pessoal, sanitização dos espaços de convívio, acesso a utensílios de bloqueio ao contato com pessoas contagiadas, elementos críticos apontados pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como únicos fatores no momento que poderiam diminuir a proliferação viral dentro da sociedade (WHO, 2020; GRISOTTI, 2020).

Dentro do país as medidas contra o Covid-19 foram adotadas ao passo que a pandemia crescia, elevando-se o controle de circulação de pessoas nas ruas, comércio, indústrias, transportes públicos e em outros ambientes potenciais de aglomerações (CAPONI, 2020; MATTEDI, 2020). Sendo também este movimento adotado em escolas e universidades, onde os seus alunos tiveram que fazer uso de tecnologia para conseguirem acessarem as aulas (OLIVEIRA et al., 2020; SANTOS et al., 2020; DIAS; PINTO, 2020).

Além da perda de inúmeras vidas humanas, a pandemia do Covid-19 também impactou o mundo corporativo. De acordo com dados experimentais publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística mais de 1 milhão de empresas encerraram suas atividades, de forma temporária ou definitivamente, até a primeira quinzena do mês de junho de 2020, sendo os pequenos e médios empreendimentos os mais afetados (IBGE, 2020).

Desta forma, a experiência forçada pela pandemia, devido ao distanciamento social, fomentou o teletrabalho. Contudo, experiências internacionais indicaram que o trabalho a distância funcionou como uma alternativa para reduzir o risco de infecção pelo coronavírus fazendo com que cada vez mais empresas recorressem a essa modalidade (FADINGER; SCHYMIK, 2020).

O IPEA (2020, p.7) concluiu a “correlação positiva entre percentual de teletrabalho e renda per capita”, desta forma, à medida que a renda média é elevada, também se incrementa a porcentagem de profissionais em home office e concluiu ainda que “o percentual de pessoas em teletrabalho possui variações significativas entre os estados da Federação e os tipos de atividades ocupacionais”. Portanto, as desigualdades observadas na sociedade são aplicadas no contexto do teletrabalho.

Filardi, Castro e Zanini (2020, p. 43) apontam que os teletrabalhadores consideram como principais vantagens dessa modalidade:

[...] a redução do custo com transporte e alimentação, maior segurança, menos exposição à violência e poluição, mais privacidade, maior interação com a família e mais qualidade de vida, focando fortemente em sua individualidade, e, nos aspectos relacionados à atividade profissional, autonomia, motivação, produtividade, flexibilidade de horário, menos interrupções e qualidade do trabalho” foram considerados ganhos.

Enquanto isso, destacam como desvantagens:

[...] problemas de infraestrutura tecnológica, especialmente a falta de treinamento específico, não adaptação ao teletrabalho, perda de vínculo com a empresa, isolamento profissional, falta de comunicação imediata, perda de status, receio de má avaliação e falta de reconhecimento (FILARDI; CASTRO; ZANINI, 2020. p. 44).

Com efeito, tais questões apresentam dificuldades e limitações, por outro lado, apresenta juntamente desafios passíveis de ganhos. As normas que contribuem para a saúde e segurança do trabalho num ambiente tradicional devem ser observadas sob a ótica do teletrabalho. Lima (2020) embasa a tese quando acentua a necessidade de condutas compatíveis ao contexto do teletrabalho com a adoção de medidas de prevenção do meio ambiente de trabalho.

Cardoso (2020) assegura que os direitos trabalhistas foram impactados de forma incontestável pela pandemia, se modificando visando manutenção de postos de trabalho e ajustes críticos da capacidade produtiva de indústrias e a área de serviços não essenciais. O cenário trabalhista instável e incerto decorrente da pandemia afeta as negociações coletivas de trabalho, basta avaliar o crescente número de instrumentos coletivos no Mediador – um módulo do Sistema Integrado de Relações do Trabalho da Secretaria do Trabalho de registro de convenções e acordos coletivos via internet (BRIDI, 2020).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O teletrabalho é o tipo do gênero trabalho a distância, enquanto o home office é uma modalidade de teletrabalho, não devendo o mesmo ser utilizado como sinônimo de teletrabalho. No teletrabalho, o empregado pode laborar em diversos tipos de locais fora da empresa, precisando apenas de um equipamento que o faça realizar as

funções determinadas por seu empregador, deixando assim um leque imensurável de locais de trabalho e de oportunidades de empregos devido à possibilidade de buscar emprego em locais adversos.

Como não há fronteiras geográficas para a tecnologia, o teletrabalho permite uma grande crescente, sejam elas municipais, estaduais ou nacionais, isto leva ao pensar dos tipos de contratos e liga o alerta para a necessidade de entidades internacionais fortes e representativas, que garantam a efetividade e eficácia das avenças e dos mínimos existenciais, devendo estas entidades fiscalizar e garantir os direitos adquiridos pelos teletrabalhadores.

Embora enfrentamos a pandemia, a mesma se demonstra ainda previsão de concluir seus efeitos negativos impostos a toda a sociedade, percebe-se que a busca por saída por parte das empresas a fim de manter suas atividades empresariais, demonstrou-se inevitável. Ainda que as empresas demonstrem uma posição firme quanto ao trabalho desenvolvido por seus funcionários em jornadas flexíveis, executadas de modo remoto, a pandemia de Covid-19 exigiu revisão deste ponto de vista ao que nota-se pela ameaça da precarização da atividade laboral.

Devido a pandemia ocasionada pelo Covid-19, o instituto do teletrabalho tornou-se um meio mandatório para muitos empregadores no Brasil e passou a ser a realidade de um número considerado de empregados em todo o território nacional. Devido as medidas adotadas durante a pandemia estarem funcionando, algumas motivadas pela extinta MP 927, resta-se cristalino a partir da declaração de muitas empresas de que estenderão tais iniciativas aos demais anos, podendo tornar-se inclusive uma modalidade permanente.

Assim, notam-se chances importantes para que uma medida emergencial não abra a janela para novos comportamentos orientados a precarização da relação de trabalho, como é o caso da relatada ausência do controle de jornada, a baixa atenção ao item ergonomia ou acompanhamento e gestão assistida do estresse por conta do imposto confinamento. Em futuros estudos, é importante analisar quais são as estratégias que as empresas podem adotar para garantir o teletrabalho sem desconsiderar medidas que possam reduzir os impactos negativos do teletrabalho quanto à saúde física e mental dos trabalhadores.

Desta forma, conclui-se que o enfrentamento à inconsistência do trabalho é uma agenda global à qual todas as lideranças globais devem dedicar-se, debatendo

temas de conscientização com as empresas empregadoras, comunicação e instrução aos empregados, determinar limites de atuação de cada agente desta modalidade e o estabelecimento de locais seguros para tirar dúvidas, realizando as adaptações que se façam necessárias. Essas modificações tornam-se ainda mais necessárias ao passo que as condições trabalhistas dignas começam a figurar como um elemento-chave para o alcance de um desenvolvimento genuinamente sustentável.

REFERÊNCIAS

- BARROS, Leonardo. Controle de ponto no home office: aprenda a monitorar a jornada dos colaboradores. *In: Tangerino*, 12 out. 2018. Disponível em: <https://tangerino.com.br/blog/controle-de-ponto-em-home-office-confira-tudo-o-que-voce-precisa-saber/#A-import%C3%A2ncia-do-controle-de-ponto-no-home-office>. Acesso em: 23 nov. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011**. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12551.htm. Acesso em: 20 nov., 2022.
- BRASIL. **Lei nº 13.647, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em: 19 nov. 2022.
- BRIDI, M. A. **A pandemia Covid-19: crise e deterioração do mercado de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 2020.
- CAPONI, Sandra. Covid-19 no Brasil: entre o negacionismo e a razão neoliberal. **Estudos Avançados**, 34 (99), 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v34n99/1806-9592-ea-34-99-209>. Acesso em: 25 de nov. 2022.
- CARDOSO, Ana Claudia Moreira. LIMA, Claudia Rejane de. A negociação coletiva e as possibilidades de intervenção nas situações de risco à saúde no trabalho. **Rev Bras Saude Ocup** 45:e2, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/rbso/v45/2317-6369-rbso-45-e2.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2022.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2017.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: Ltr, 2017.

FADINGER, H.; SCHYMIK, J. The costs and benefits of home office during the Covid-19 pandemic: evidence from infections and an input-output model for Germany. **Covid Economics**, v. 9, n. 24, abr. 2020, p. 107-134. Disponível em: http://fadinger.vwl.uni-mannheim.de/Research_files/CovidEconomics9.pdf#page=11. Acesso em: 24 nov. 2022.

FIGUEIRÔA JUNIOR, Narciso. **A pedida Provisória 1.108** e as alterações na CLT. SETCESP, 29 mar. 2022. Disponível em: <https://setcesp.org.br/noticias/a-medida-provisoria-1-108-e-as-alteracoes-na-clt/>. Acesso em: 23 nov. 2022.

GONDIM FILHO, Dário Cavalcante; MELO, Álisson José Maia. Teletrabalho no contexto da reforma trabalhista. **Revista Eletrônica de Direita da UEA**, Amazonas. Vol. 3. nº 2, jan./jun.2021. Disponível em: <http://periodicos.uea.edu.br/index.php/equidade/article/view/2341/1340>. Acesso em: 13 out 2022.

HAZAN, Bruno Ferraz; MORATO, Amanda Duarte Pereira. Teletrabalho no direito brasileiro: fundamentos, perspectivas e alterações promovidas pela reforma trabalhista. **Lex Humana**, Petrópolis, v. 10, n.1, p. 1-23, jan./jun. 2018. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/1584>. Acesso em: 09 out. 2022.

IBGE. **Indicadores Conjunturais** – Covid-19. Produtos Adicionais para Apoiar os Esforços no Combate à Covid-19. Disponível em: https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/548281f191c80ecbbb69846b0d745eb5.pdf. Acesso em: 27 nov. 2022.

IPEA. Nota Técnica. Potencial de teletrabalho na pandemia: um retrato no Brasil e no mundo. **Carta de Conjuntura**, n. 47, 2º trimestre de 2020. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/200608_nt_cc47_teletrabalho.PDF. Acesso em: 26 nov. 2022.

LIMA, A. R. de. Covid-19 e as empresas. In: CALCINI, R. (Org.). Coronavírus e os impactos trabalhistas: direitos e obrigações dos trabalhadores e das empresas - perguntas e respostas. São Paulo: JH-Mizuno, 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**.8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MATTEDI, Marcos A. et al, Epidemia e contenção: cenários emergentes do pós-Covid-19. **Estudos Avançados**, 34 (99), 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ea/v34n99/1806-9592-ea-34-99-283.pdf>. Acesso em: 24 nov. de 2022.

OLIVEIRA, João Batista Araujo e. et al. A Covid-19 e a volta às aulas: ouvindo as evidências. **Ensaio**: aval. pol. públ. Educ., Rio de Janeiro, v.28, n.108, p. 555-578,

jul./set. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ensaio/v28n108/1809-4465-ensaio-28-108-0555.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2022.

OIT (Organização Internacional do Trabalho). **Teletrabalho durante e após a pandemia da COVID-19**: Guia prático. Genebra: OIT, 2020. Disponível em: http://www.oit.org/wcmstp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/---documents/publication/wcms_772593.pdf. Acesso em: 12 out. 2022.

ROCHA, Cháris Telles Martins da. AMADOR, Fernanda Spanier. O teletrabalho: conceituação e questões para análise. **Cad. EBAPE.BR**, v. 16, no 1, Rio de Janeiro, Jan./Mar. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/cebape/v16n1/1679-3951-cebape-16-01-152.pdf>. Acesso em: 02 ago. de 2020.

TEIXEIRA, Sergio Torres; SERPA, Gelba Carolina Siqueira. Teletrabalho e reforma trabalhista: uma reflexão sobre os direitos e obrigações dos sujeitos da relação de emprego e suas repercussões processuais. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**, v. 5, n. 2, p. 154-193, maio/ago. 2019. Disponível em: <http://publicacoes.udf.edu.br/index.php/relacoes-sociais-trabalhista/article/view/188>. Acesso em: 16 out. 2022.

WHO. WHO **Coronavirus disease** (COVID-19) Dashboard. Endereço eletrônico institucional. Disponível em: <https://covid19.who.int>. Acesso em: 28 nov. de 2022.

A GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO PARA PESSOAS COM AUTISMO¹¹**THE GUARANTEE OF THE RIGHT TO EDUCATION FOR PEOPLE WITH AUTISM**

REBECA DE CARVALHO GAMA DE LIMA¹²
 ANA CAROLINA GONDIM DE ALBUQUERQUE OLIVEIRA¹³

RESUMO

A presente pesquisa teve por finalidade analisar se o direito à educação está efetivamente garantido às pessoas no espectro autista pelo Estado brasileiro. Garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e elencado como direito fundamental social, o direito à educação pressupõe uma prestação positiva do Estado. Na prática, entretanto, se observam disparidades entre o texto constitucional e o que realmente acontece, sobretudo, no que tange às pessoas com deficiência. Dessa forma, como objeto deste estudo, a educação será analisada no tocante aos obstáculos encontrados à sua implementação e efetivação para as pessoas com Transtorno do Espectro Autista. Neste viés, a problematização consiste em responder ao seguinte questionamento: as pessoas com autismo conseguem usufruir do direito à educação em sua forma plena nas esferas pública e privada do sistema de ensino brasileiro? A pesquisa se consubstancia através de uma revisão de literatura, utilizando-se o método dedutivo, a ser realizada entre os meses de abril e junho do corrente ano.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional. Direito à Educação. Pessoas com Deficiência. Transtorno do Espectro Autista.

ABSTRACT

The purpose of this research was to analyze whether the right to education is effectively guaranteed to people on the autistic spectrum by the Brazilian State. Guaranteed by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, and listed as a fundamental social right, the right to education presupposes a positive provision of the State, expecting from this, an active behavior for its execution in a universal way, that is, encompassing the entire population by the law reached. In practice, however, we observe disparities between the constitutional text and what actually happens, with regard to people with disabilities. Thus, as the object of this study, education will be analyzed regarding the obstacles encountered in its implementation and effectiveness for these individuals, especially for people with autism spectrum disorder. In this bias, the problematization consists of answering the following question: can people with autism enjoy the right to education in its full form in the public and private spheres of

¹¹ Texto originalmente apresentado e aprovado como Trabalho de Conclusão de Curso – TCC no Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, em dezembro de 2024.

¹² Bacharela em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP.

¹³ Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Ciências Jurídicas, na área de concentração em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professora de Graduação e Pós-Graduação do Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba (FESP). Atuou como orientadora desse trabalho de pesquisa.

the Brazilian education system? The method used is the hypothetical deductive, with emphasis on bibliographic and documentary research through doctrine, legislation and jurisprudence.

KEYWORDS: Constitutional Rights. Right to Education. People with Disabilities. Autistic Spectrum Disorder.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo se enquadra na área de direito constitucional e versou sobre a ineficiência do Estado brasileiro no que tange à efetivação do direito à educação das pessoas com espectro autista, tanto no sistema público quanto no sistema privado de educação, em razão de a educação, em sentido amplo, ultrapassar a concepção do ensino curricular escolar. Para tanto, educar não se trata de mera instrução. É um processo formativo através do qual as pessoas são preparadas para a vida em sociedade, desenvolvendo suas capacidades físicas, morais, intelectuais e éticas, bem como, aprimorando suas habilidades para que delas resultem benefícios para toda a comunidade.

Considerando o texto constitucional, em seu artigo 205¹⁴, que versa sobre a universalidade do direito à educação, surge o seguinte problema: o Estado brasileiro garante que as pessoas no espectro do autismo usufruam do seu direito à educação de forma plena? Este questionamento se reporta tanto à esfera pública, quanto à esfera privada do sistema de ensino brasileiro.

Essa problemática social foi tema de discussão na sociedade brasileira em muitos momentos, sobremaneira após a promulgação da Constituição Federal, em 1988, se intensificando no início dos anos 2000 com a vigência da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), assinada pelo governo brasileiro e internalizada através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Todavia, apenas a partir de 2012, com a publicação da Lei Berenice Piana (Lei nº 12.764 de 2012), que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, as pessoas com autismo passaram legalmente a gozar dos mesmos direitos das demais pessoas com deficiência.

¹⁴ “Art. 205 da CF/1988: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 1988).

Em 2014, o Plano Nacional de Educação (PNE) propôs universalizar o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado para pessoas com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades na faixa etária de 4 a 17 anos, preferencialmente na rede regular de ensino. Essas foram as primeiras iniciativas e providências no sentido de implementação de ações voltadas para a universalização do acesso à educação.

No Brasil, os números da incidência do Transtorno do Espectro Autista (TEA) ainda são imprecisos, visto que somente com a Lei nº 13.861/2019 é que o censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) se tornou obrigado a incluir perguntas sobre autismo. Contudo, estima-se que, no mundo, a cada 160 crianças nascidas, uma delas se enquadra na condição do espectro, segundo a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS).

Nesta perspectiva, o estudo traz um panorama acerca do contexto histórico e concepções sobre o autismo, passa pelos direitos das pessoas com deficiência e da pessoa com TEA dentro de diretrizes constitucionais. Em continuidade, são analisados os dispositivos da Lei nº 12.764 de 2012, conhecida como Lei Berenice Piana, e suas implicações para o desenvolvimento e implementação da educação inclusiva da pessoa com TEA e segue com uma abordagem especial ao direito à educação e a inclusão escolar, considerados como base para o desenvolvimento digno de todo indivíduo.

Considerando o que já existe em termos de legislação em prol da pessoa no espectro autista no ordenamento jurídico brasileiro, bem como através de decisões judiciais e jurisprudências, a ideia, por fim, é analisar a relação entre a teoria e a prática, ou seja, entre o direito existente e os meios de efetivação deste, com obstáculos e possibilidades para a sua concretização.

No que tange à metodologia, este artigo traz um levantamento bibliográfico realizado através de fontes científicas: livros e artigos publicados; legislação pertinente, bem como jurisprudências, entre os meses de março e junho de 2022. Doravante, utilizando do método dedutivo, procedeu-se à interpretação das fontes bibliográficas com o propósito de responder aos objetivos do estudo. Por fim, nas considerações finais, observou-se que as informações adquiridas corroboram com uma lacuna existente na efetivação do direito à educação para pessoas com autismo.

2 BREVES APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE O TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA (TEA)

Na década de 1930, um garoto chamado Donald Triplett, nascido na pequena cidade americana de Forest, Mississippi, passou a chamar a atenção de seus pais diante de suas peculiaridades. Don parecia incapaz de se importar com o mundo exterior, de forma que se parecia indiferente mesmo aos seus pais; não tolerava qualquer alteração em seu ambiente físico; era capaz de memorizar e reproduzir sequências de maneira inacreditável para uma criança de apenas dois anos de vida; dentre outros comportamentos que geraram, em seus genitores, a inquietude e o gatilho para a investigação (DONVAN; ZUCKER, 2017).

Mary Triplett, mãe de Donald, profundamente sentida sobretudo com a indiferença emocional extrema dele para ela, buscou incansavelmente por respostas que pudessem ajudar seu filho. Porém, seguindo as orientações dos mais renomados médicos pelos quais podiam pagar, ela e seu marido cometeram o enorme erro pelo qual se arrependeram quase instantaneamente: a institucionalização de Don (DONVAN; ZUCKER, 2017).

Neste caminho, Donvan e Zucker (2017, *on-line*) relatam:

E assim, quando os três foram para o sul naquele dia pela Mississippi 35, talvez Mary tenha se permitido pensar que sua presença junto a Donald o ajudava a relaxar. É provável que tivesse razão em certo nível. Dentro do carro, ela representava o familiar. Lá fora, tudo teria se precipitado sobre Donald numa estrepitosa avalanche de imprevisibilidade - justamente aquilo que mais o agitava. As visões e os ruídos que passavam e ficariam despercebidos pela maior parte de nós - o feio arroto de um trator soltando fumaça numa plantação; a massa de roupa a se sacudir num varal; o som inesperado de um rádio a estalar pela janela de um carro que ia em sentido contrário; para não falar no balançar e roncar do automóvel em que ele estava - teriam se desatado numa revolta assustadora, espontânea, mais rápida do que a mente de Donald podia entender. É fácil imaginá-lo encostado no flanco da mãe diante daquela investida, não necessariamente para lhe chamar atenção, mas porque era uma constante em sua vida. Era a mesma de sempre, exatamente como ele precisava que as coisas fossem.

Depois de um ano de internação, e sendo considerada a criança mais estranha da instituição, Donald seguiu sem avanço em interações sociais e muito longe de ter qualquer diagnóstico. Foi nessa época que seus pais decidiram levá-lo

de volta ao ambiente familiar e continuar a busca por ajuda. Dessa vez, fizeram a aposta certa ao se consultarem com o médico austríaco Leo Kanner, psiquiatra atuante em Baltimore, chefe do departamento de psiquiatria infantil da Universidade, John Hopkins é figura mais proeminente na área (DONVAN; ZUCKER, 2017).

Ao conhecer Donald e depois de examinar algumas outras crianças com características similares, ele confessou ter reconhecido um distúrbio até então não descrito pela literatura. Em 1943, Leo Kanner publicou a obra 'Distúrbios Autísticos do Contato Afetivo', no qual ele descreveu onze casos de três meninas e oito meninos, dentre eles, Donald T., o seu caso um. No estudo dos casos identificou duas características comuns a todas as crianças: a extraordinária preferência pela solidão e a necessidade extrema de mesmice (DONVAN; ZUCKER, 2017).

Kanner, ao publicar sua obra, reconheceu o distúrbio como uma condição específica; entretanto, não foi ele quem criou o termo. O psiquiatra suíço Eugen Bleuler já havia criado a palavra autismo, em 1908, para descrever a fuga da realidade ao mundo interior em indivíduos com esquizofrenia. Leo Kanner a tomou emprestada para intitular sua obra, cuja designação foi posteriormente substituída para "autismo infantil precoce", diante das sinalizações do seu aparecimento já desde a primeira infância (DONVAN; ZUCKER, 2017).

Em 1944, reconhecendo uma predileção da condição ao sexo masculino, baixa habilidade em fazer amizades, foco intenso, movimentos descoordenados e falta de empatia, Hans Asperger escreveu o artigo 'A psicopatia autista na infância'. Neste, contrariando as análises de Kanner sobre a boa interação das crianças com objetos, Asperger relatou um comportamento atípico também com estes, além do já constatado com as pessoas (DONVAN; ZUCKER, 2017).

Por ter sido escrito em sua língua pátria em época de guerra, o estudo do médico alemão só foi reconhecido em 1980 (CORDEIRO; SARAIVA, 2021). Acerca disso, a Linha de cuidado para a atenção às pessoas com transtorno do espectro autista e suas famílias na rede de atenção psicossocial do Sistema Único de Saúde discorre:

Enquanto o artigo de Asperger vai permanecer praticamente desconhecido até os anos 1980, o de Kanner, por sua vez, se populariza progressivamente. Kanner virá, até o final da década de 1950, a enfatizar os fatores de ordem psicológica ou ambiental em detrimento dos orgânicos, aos quais irá retornar nos anos 1960. Na verdade, apesar da diversidade de influências teóricas, descrições clínicas e denominações existentes naquela época, será a

concepção psicogênica que tomará conta do campo psiquiátrico, pelo menos até parte dos anos 1970, respaldada pela influência do saber psicanalítico no campo naquela época. O autismo, geralmente incluído no grupo das “psicoses infantis”, é naquele momento tratado como um transtorno das fundações do psiquismo infantil. Neste sentido, muitas vezes as características psicológicas dos pais ou a qualidade dos cuidados maternos foram equivocadamente associadas à gênese do quadro dos seus filhos, com lamentáveis consequências (BRASIL, 2015, *on-line*).

Durante a década de 1950, acreditava-se na possibilidade de os pais, emocionalmente distantes, como uma causa para o desenvolvimento do distúrbio. Foi a hipótese ventilada por Leo Kanner que, mais tarde, se retratou (CORDEIRO; SARAIVA, 2021). Ainda na mesma década, em 1952, a primeira edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais (DSM-1), ainda classificou os sintomas do autismo como um subgrupo da esquizofrenia infantil, não o reconhecendo como uma condição única (CORDEIRO; SARAIVA, 2021).

A primeira vez que o autismo foi formalmente reconhecido como uma condição específica aconteceu no DSM-3, em 1980, com a grande contribuição do psiquiatra Michael Rutter. Ele definiu o autismo utilizando-se de quatro critérios: falhas na comunicação, comportamentos atípicos, atraso e desvio sociais e início das características antes dos 30 meses de vida. Rutter criou um marco ao classificar o transtorno como distúrbio do desenvolvimento cognitivo (DONVAN, ZUCKER, 2017).

Em 1994, a quarta edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais (DSM-4) e a Classificação Estatística Internacional de Doenças (CID-10) convergiram-se equivalentes para facilitar o estudo de pesquisadores e clínicos. Nesta edição, a Síndrome de Asperger foi adicionada, ampliando o espectro do autismo e passando a incluir indivíduos com casos considerados mais leves e funcionais (CORDEIRO; SARAIVA, 2021).

Em 2012, surgiu o marco legal mais relevante no nosso ordenamento jurídico, quando sancionada a Lei Berenice Piana (Lei 12.764/12), instituindo a Política Nacional de Proteção dos Direitos das Pessoas com Transtorno do Espectro Autista (TEA). Às pessoas com TEA, ficou garantido o acesso a diagnóstico precoce, tratamento, terapias e medicamentos pelo Sistema Único de Saúde; além da educação, proteção social, trabalhos e serviços que propiciem a igualdade de oportunidades. No ano seguinte, 2013, com o DSM-5, todas as subcategorias do autismo passaram a integrar oficialmente o TEA, com diferentes níveis de gravidade.

Em 2015, a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.145/15) aumentou a proteção das pessoas com TEA definindo a pessoa com deficiência como aquela com impedimento de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial (BRASIL, 2015).

2.1 A CONDIÇÃO DE PESSOA COM AUTISMO

A Lei nº 12.764/12, denominada de lei Berenice Piana, ao instituir a Política Nacional de Proteção dos Direitos das Pessoas com Transtorno do Espectro Autista, descreveu dois padrões típicos de manifestação dessa condição, definindo, então, a pessoa com autismo. Dessa forma, pelo referido diploma legal, considera-se pessoa com autismo quem possui síndrome clínica caracterizada por deficiência persistente e significativa da comunicação e da interação social, marcada por falha de comunicação verbal e não verbal; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento (BRASIL, 2012).

Ou ainda, quem possui síndrome clínica caracterizada por padrões comportamentais restritivos e repetitivos de interesses e atividades, manifestados motora ou verbalmente por condutas estereotipadas ou por comportamentos sensoriais incomuns; interesses restritos e excessiva aderência à ordem e rotina (BRASIL, 2012).

Passando pelas supracitadas origens e breve evolução histórica do diagnóstico do autismo e levando em consideração, não somente, a nossa legislação específica (Lei Berenice Piana), como também a quinta edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais (DSM-5), pode-se entender o TEA como um transtorno com alterações significativas de comunicação, integração social e comportamental, geralmente manifestado desde a primeira infância (OAB/DF, 2015).

Cabe salientar, ainda, que dentro das duas principais características: déficit na comunicação e na integração social, existe uma grande amplitude de particularidades e sintomas, bem como diferentes graus de severidade. Nesse viés, a *American Psychiatric Association* inovou, no DSM-5, ao reunir no Transtorno do Espectro Autista (TEA), além do Transtorno Desintegrativo da Infância (TDI), a

Síndrome de Asperger (SA) e a Síndrome de Rett (SR), anteriormente elencados como Transtornos Globais do Desenvolvimento.

A Síndrome de Rett (SR) foi descrita como uma deterioração neuromotora, com predominância em mulheres, de sinais e sintomas particulares e com presença de hiperamonemia; o Transtorno Desintegrativo da Infância (TDI) é uma condição extremamente rara que inclui transtornos metabólicos e condições neurológicas, como epilepsia e encefalite. Por sua vez, a Síndrome de Asperger (AS), possui diagnóstico diferencial, contudo, mais difícil em relação as demais manifestações do TEA, as habilidades comunicativas podem ser relativamente normais, enquanto os relacionamentos sociais mostram atipicidade (MERCADANTE *et. al.*, 2006).

Além de todas as características pessoais que influenciam nos obstáculos da vida de qualquer indivíduo, neurologicamente típico ou não, são inúmeras as peculiaridades que podem estar presentes e interferem no desenvolvimento individual, de acordo com os transtornos acima relatados. É cediço, então, que as dificuldades enfrentadas pelas pessoas com autismo são assaz diversas, portanto, heterogêneas.

De igual modo, por conseguinte, e mesmo a despeito das possíveis limitações enfrentadas pelas pessoas portadoras de Transtorno do Espectro Autista (TEA), estes têm direito à educação, bem como a usufruir de todos os direitos previstos no ordenamento jurídico. Todavia, deve ser considerado, conforme a lei Berenice Piana garante, as peculiaridades e necessidades específicas de cada um. As características individuais são justamente o que irão nortear as intervenções pedagógicas precisas para o pleno desenvolvimento de cada pessoa (SOUZA, 2015). De modo que, se o Estado oferece um único modelo de proposta educacional para qualquer pessoa com autismo, haverá desrespeito à sua individualidade e à legislação.

Quando o indivíduo é visto além do seu diagnóstico e o seu potencial é estimulado de maneira eficaz, grandes resultados são conquistados fazendo aparecer a igualdade material tão desejada. As histórias de Elizeu Augusto, aprovado em primeiro lugar no curso de Medicina em uma universidade federal de Goiás (AUTISTA..., 2022); de Davi Barroso Lima, aprovado no curso de licenciatura em Música da Universidade Federal do Acre (UFAC); e de Emanuel Vítor Pimentel, que passou para o curso de bacharelado em História também na UFAc (JOVEM..., 2022), todos através do último ENEM, são apenas alguns dos tantos exemplos que

comprovam que as pessoas portadoras de autismo são cognitivamente ativas e capazes.

3 DIREITOS DAS PESSOAS COM AUTISMO: DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À LEI Nº 12.764/12

Os direitos das pessoas com autismo ancoram-se no princípio da isonomia, ou seja, na equalização das normas para que, levando em consideração as desigualdades individuais, a lei seja aplicada de forma igualitária. A isonomia material, busca, destarte, a promoção da efetiva igualdade, inclusive através de benefícios específicos para um público-alvo determinado, como, por exemplo, às pessoas com deficiência. Nesse sentido:

Para que a qualidade de vida das pessoas com TEA se realize de forma eficaz alguns fatores precisam ser considerados. Dentre os fatores, encontram-se: direito a lazer, saúde, trabalho, educação, esporte, dentre outros, fazendo com que a inclusão dessas pessoas aconteça e seus direitos possam ser respeitados. A inclusão social contribui excepcionalmente para que a qualidade de vida aumente e se efetive de forma ideal (NASCIMENTO, 2016, p. 24, *apud* ALMEIDA, 2021, p. 242).

Portanto, é fundamental que a igualdade seja o intento, respeitada como tal e que sua finalidade alcance a qualidade de vida da totalidade, incluindo as pessoas com deficiência. É preciso que este grupo seja realmente visto, tratado e inserido na sociedade como parte dela, afastando os estigmas e falsas crenças que as pessoas com deficiências são incapazes para a participação efetiva na vida socioeconômica.

Para que os direitos ao lazer, saúde, educação, trabalho, esporte, dentre outros, sejam alcançados, há que se falar em direito à acessibilidade. Ao se discutir a inclusão das pessoas com transtorno do espectro autista (TEA), a acessibilidade, é o meio pelo qual aquela se torna exequível, haja vista seu caráter instrumental ancorado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia (ALMEIDA, 2021).

Corroborando com este entendimento, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência promulgada no Brasil através do Decreto nº 6.949 de 2009, em seu artigo 9, pontua:

1.A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas

com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural (BRASIL, 2009, *on-line*).

O insatisfatório direito ao acesso de tais prerrogativas gerou (e continua gerando) desassossego aos prejudicados e seus familiares. Como consequência, mais uma vez, uma mãe lutando por seu filho entrou para a história das conquistas do autismo, dessa vez em cenário nacional. Berenice Piana, sofrendo com as necessidades enfrentadas por seu filho Dayan e tantas outras pessoas com autismo, iniciou uma batalha que culminou na sanção da Lei nº 12.764 de 27 de dezembro de 2012 (ALVES; REMÉDIO, 2021).

A lei, que ficou conhecida pelo nome daquela que mais lutou pela sua criação, Berenice Piana, instituiu a política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, garantindo um sistema educacional inclusivo em todos os níveis de ensino, com diversas prestações visando à efetividade dos direitos pertinentes a esses cidadãos. Alves e Remédio sintetizam seu artigo 2º:

A Lei 12.764/12, no art. 2º, traz as diretrizes de implementação da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, que devem ser aplicadas pelo Poder Público, em todas as esferas, na efetivação dos direitos das pessoas com TEA. Tais diretrizes consideram a natureza multidisciplinar do tratamento do transtorno (inciso I), a necessidade da participação das comunidades, familiares e cuidadores na efetivação desses direitos (inciso II), o acesso integral à saúde das pessoas com transtorno, em especial atenção ao diagnóstico precoce, que proporciona maiores chances de reversão das consequências do transtorno (inciso III), a consideração produtiva da pessoa com transtorno, ao estabelecer o acesso ao mercado de trabalho (inciso V), as responsabilidades do Poder Público na obtenção de informações sobre o transtorno e suas implicações (inciso VI), a formação de profissionais especializados (inciso VII) e o estímulo à pesquisa científica sobre o problema relativo ao transtorno do espectro autista no País (inciso VIII) (BRASIL, 2012, *apud* ALVES, REMÉDIO, 2021, *on-line*).

O artigo 3º da referida lei, elucida que as pessoas com TEA têm direito a uma vida digna, à integridade física e moral, ao livre desenvolvimento da personalidade, segurança e lazer. Protege, ainda, contra qualquer forma de abuso e exploração e garante o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades nesse sentido. Em relação a essas prestações, o diploma inclui o diagnóstico precoce de TEA, mesmo que não definitivo; o atendimento multiprofissional; a nutrição adequada com terapia nutricional; os medicamentos e

todas as informações que auxiliem no diagnóstico e tratamento do paciente (BRASIL, 2012).

Ainda no artigo 3º, o legislador garante às pessoas com autismo que estas tenham acesso a moradia em residência protegida, ao mercado de trabalho, à previdência e assistência social, e à parte que mais cabe a este estudo: à educação e ao ensino profissionalizante, mencionando ainda, o direito a acompanhante especializado em casos de comprovada necessidade (BRASIL, 2012).

A partir da Lei Berenice Piana, a pessoa com autismo é considerada, para todos os efeitos legais, pessoa com deficiência. Este reconhecimento foi um grande avanço para o fim igualitário que se busca atingir, garantindo às pessoas com Transtorno do Espectro Autista todos os direitos, ações afirmativas, benefícios e tratamentos destinados à pessoa com deficiência.

4 DIREITO À EDUCAÇÃO E A INCLUSÃO ESCOLAR

A educação, conforme a Constituição Federal (1988), é direito de toda pessoa, sem nenhuma discriminação. Nesta perspectiva, a Lei Berenice Piana confirma o dispositivo constitucional e a educação se consolida como direito incontestável das pessoas com autismo. Necessário se faz a compreensão do que é educação e, sobretudo, educação inclusiva.

Conceituar educação é tarefa complexa, visto que esta pode ser analisada sob vários aspectos com sentidos distintos. Dentre algumas vertentes conceituais, pode ser entendida como ciência, como processo e como um direito. Com origem latina, o termo deriva da junção de *ex*, significando fora, com *ducere*, cujo significado está em criar, nutrir, guiar, instruir ou conduzir. Sendo assim, sua concepção literal seria de "guiar para fora", o que pode remeter tanto para fora de si (do indivíduo), como para o mundo exterior (VESCHI, 2019).

Para a pedagogia, o verbo educar constantemente é utilizado como sinônimo de ensinar. Neste sentido, argumenta Serrano (2017, p. 21):

Vê-se que educar, ensinar, instruir, prelecionar e adestrar são termos usados, com muita frequência, no mesmo sentido, ao indicar o processo de iniciação no conhecimento. Contudo, o professor que ensina tem por objetivo garantir que cada estudante, de forma independente, seja capaz de observar, analisar e pensar criticamente. Nessa perspectiva, o professor, ora colocado como único gestor, ajuda a localizar novas informações, a interpretar, a resumir as

ideias essenciais dos textos e a vincular os problemas teóricos a princípios, regras e a exemplos da vida diária.

A educação como ciência, contudo, não se confunde com a pedagogia, cujo objetivo é apenas dirigir as ações da ciência em questão. O caráter científico da educação está fincado no conjunto das técnicas, métodos e teorias que a constituem, ou seja, em sua prática sistemática. Dessa forma, a pedagogia é a esfera de princípios que orientam a melhor forma de delinear e executar a educação, enquanto, como ciência, é o conjunto de ações exercidas pela família, sociedade e escola com o intuito de formar o ser humano, de educá-lo.

Como processo, vê-se a educação como um sistema de ações e estratégias que auxiliam na reconstrução e reorganização da experiência humana. É o próprio processo formativo que prepara os indivíduos para a vida em sociedade, desenvolvendo suas capacidades físicas, morais, intelectuais e éticas, bem como, aprimorando suas habilidades para que delas resultem benefícios para toda a comunidade.

Historicamente, a educação vem fazendo parte do ápice do ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Política do Império brasileiro de 1824, a qual preconizava em seu art. 179, inciso XXXII, que a educação primária deveria ser gratuita a todos os cidadãos. Evoluindo em inovações ao longo das Constituições seguintes, a educação chega à nossa atual Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que a elenca, em seu art. 6º, como um dos direitos sociais, *in verbis*:

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 (BRASIL, 2015).

Como direito fundamental social, garantido constitucionalmente, a educação gera prestação positiva, ou seja, o dever de o Estado proporcionar meios para que as pessoas possam exercê-la ativamente, juntamente com a sociedade e a família. De modo que o fim da educação é formar indivíduos que exerçam sua cidadania, com dignidade, se integrando à sociedade e dela participando ativamente quando atinge o desenvolvimento pleno de suas aptidões e habilidades físicas, intelectuais, morais e éticas.

Acerca deste ponto, Atique e Veltroni (2007) reforçam o entendimento da corrente majoritária sobre a fundamentalidade dos direitos sociais ao defenderem que as normas dessa natureza só alcançam sua finalidade se detiverem efetividade e, para tal, a Constituição Federal estabelece que os direitos considerados fundamentais tenham aplicabilidade imediata, atingindo, destarte, seu verdadeiro fim.

Não obstante a natureza pública da educação, à iniciativa privada é garantida a liberdade de ensino, sendo claramente necessária a obediência das Normas Gerais de Educação Nacional e caracterizando-se, o poder público, como fiscalizador a fim de garantir o cumprimento desses dispositivos. Dessa forma, as instituições de ensino particular devem respeitar os pressupostos elencados na Constituição Federal de 1988 e demais dispositivos legais (FRAZÃO, 2019).

Perante o exposto, é possível constatar a importância dada à educação pelo constituinte de forma que, efetivando-a, se alcança também os mencionados objetivos da República brasileira que, dentre outros, é a construção de uma sociedade igualitária (art. 3º, da CF/1988). Além do caráter universal do direito à educação, o Estado deve oportunizá-la, observando os princípios elencados ainda na Constituição Federal (1988) a exemplo: da igualdade, como “condições para o acesso e permanência na escola”; gratuidade; garantia de padrão de qualidade; dentre outros.

Em outras palavras, garantir o direito à educação não é apenas garantir a vaga na escola, a matrícula, mas, proporcionar todos os meios, quer sejam estruturais, quer pedagógicos, quer acadêmicos e humanos, no que diz respeito aos recursos humanos qualificados como docentes, corpo técnico e corpo administrativo, para que o discente permaneça na escola, desenvolva as suas habilidades recebendo as instruções necessárias.

O direito fundamental à educação, nesse diapasão, possui importante finalidade social, qual seja: edificar o ser humano, aperfeiçoando-o para o bom desenvolvimento do país, bem como prepará-lo para a vida. Destarte, garante-se o direito ao educando e o dever ao Estado e à sociedade para que se alcance a dignidade e as capacidades físicas, intelectuais e morais da totalidade de seus cidadãos.

O direito à educação possui muitas perspectivas e uma delas é a inclusão escolar. Assim, no âmbito da educação, a inclusão cabe em possibilitar oportunidades

a cada indivíduo, rejeitando, como prelúdio, a exclusão de qualquer educando da comunidade escolar (ANDRADE, 2020). Nesse sentido, observa-se que:

A democratização do ensino tornou o acesso à educação um direito inalienável e universal, que viabiliza a construção de um futuro em que todos tenham a oportunidade de angariar melhores condições de vida. É um instrumento de realização das potencialidades do ser humano, com o fim de minimizar a desigualdade e a pobreza no meio social. É por meio desse direito, quando prestado de forma adequada e eficaz, que as pessoas com deficiência, e especificamente os autistas, poderão ingressar no mercado de trabalho, tornando-se cidadãos produtivos e promovendo a condição de agente ativo da vida social e política (COSTA; FERNANDES, 2017, p. 894).

Desta forma, o espaço acadêmico, em todos os níveis, deve trabalhar de forma a integrar, desenvolvendo políticas, culturas e práticas que engrandecem a contribuição ativa de cada escolar. Para que se alcance esta qualidade acadêmica e sociocultural justa, inclusiva, é necessária a construção alicerçada na diferença que reflete a sociedade heterogênea com o contributo do conhecimento diverso e partilhado.

Corroborando com este entendimento, Andrade (2020) aduz que o preconceito é, deveras, a maior de todas as deficiências e que, através da concretização da educação inclusiva é que se faz possível vencê-lo. Nesse viés, pela inclusão, torna-se concreto o compartilhar de conhecimentos entre os estudantes com deficiência e sem deficiência, bem como com todo o corpo docente e demais profissionais envolvidos na educação, proporcionando um aprendizado orientado à dignidade humana (ANDRADE, 2020). No mesmo sentido, discorre Frazão (2019, *on-line*):

O objetivo da inclusão escolar é fazer com que a diversidade seja respeitada entre os indivíduos e que seus direitos sociais fundamentais não sejam violados, pois é no ambiente escolar que aprendemos a lidar com as dificuldades, restrições e diferenças, contribuindo para a formação de crianças e adolescentes que respeitam a singularidade de cada indivíduo. A educação inclusiva tem como princípio que todas as pessoas devem aprender juntas, conviver de forma igualitária, com as condições necessárias à garantia dessa igualdade material.

As ideias acima expostas se correlacionam com a Declaração de Salamanca, documento elaborado durante a Conferência Mundial sobre Educação Especial, realizada em Salamanca, Espanha, em 1994. O diploma, que versa Sobre Princípios, Políticas e Práticas na Área das Necessidades Educativas Especiais, proclamou que:

- toda criança tem direito fundamental à educação, e deve ser dada a oportunidade de atingir e manter o nível adequado de aprendizagem;
- toda criança possui características, interesses, habilidades e necessidades de aprendizagem que são únicas;
- sistemas educacionais deveriam ser designados e programas educacionais deveriam ser implementados no sentido de se levar em conta a vasta diversidade de tais características e necessidades;
- aqueles com necessidades educacionais especiais devem ter acesso à escola regular, que deveria acomodá-los dentro de uma Pedagogia centrada na criança, capaz de satisfazer a tais necessidades;
- escolas regulares que possuam tal orientação inclusiva constituem os meios mais eficazes de combater atitudes discriminatórias criando-se comunidades acolhedoras, construindo uma sociedade inclusiva e alcançando educação para todos; além disso, tais escolas provêem uma educação efetiva à maioria das crianças e aprimoram a eficiência e, em última instância, o custo da eficácia de todo o sistema educacional. (ONU, 1994, *on-line*).

Após a Declaração de Salamanca, instituições de ensino em todo o mundo passaram a incluir pessoas com deficiência em suas salas de ensino regular (FRAZÃO, 2019). Com este fato, surgiu a necessidade de profissionais devidamente especializados e capacitados para intermediar e acompanhar as crianças e adolescentes com necessidades especiais de aprendizado, de forma individualizada e em parceria com o professor: surgiu a figura do mediador, conforme define Frazão (2019, *on-line*):

O mediador escolar é um profissional da educação que deve ser contratado pela instituição de ensino para que acompanhe a pessoa com deficiência dentro e fora da sala de aula. O trabalho do mediador deve ser realizado em total parceria com o professor de forma que o mediado não fique excluído se mantendo sempre em grupo. O mediador em sala de aula será intermediário entre a criança e as situações vividas por ela, onde encontrará dificuldades em interpretar e se comunicar. O mediador deverá atuar também nas interações sociais e comportamentais entre o mediado e os demais alunos; assim como ajudar nas questões de higiene, se necessário, promovendo assim a autonomia; promover meios para que a estrutura física seja apropriada às necessidades do mediado. O mediador escolar assume um papel importantíssimo no processo de inclusão do mediado, não interferindo de forma alguma no papel do professor, sendo apenas uma ponte nessa relação.

Dessa forma, o papel do mediador surge de forma a viabilizar a concretização do direito à educação, servindo como facilitador em casos em que a pessoa com deficiência apresenta dificuldade de concentração, compreensão, comunicação, interação social e autorregulação. Destarte, a instituição de ensino privado que se nega a contratar um mediador especializado para acompanhar pessoas com

transtorno do espectro autista, está fornecendo um serviço ineficaz a estes alunos, podendo causar inúmeros danos.

O direito ao mediador escolar está consolidado, tanto legalmente, quanto jurisdicionalmente. O art. 3º, em seu parágrafo único, da lei 12.764/12 traz o direito ao acompanhante especializado, em casos de comprovada necessidade (BRASIL, 2012). No mesmo sentido, segue julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo ordenando o Estado a conceder mediador, em sala de aula, à estudante com autismo:

EMENTA: APELAÇÃO e REMESSA NECESSÁRIA - Mandado de Segurança com pedido de liminar - Profissional de apoio escolar - Criança portadora de Transtorno do Espectro Autista e Déficit Intelectual (CID10: F84/F79) - Necessidade de acompanhamento especial na sala de aula - Dificuldade de aprendizagem comprovada - Direito fundamental à educação - Inteligência dos artigos 205 e 208, I e III, da Constituição Federal e de inúmeras normas no âmbito infraconstitucional - Princípio da Separação de Poderes não violado - Matéria pacificada no Tribunal de Justiça de São Paulo, a teor de sua Súmula nº 65 - Recurso Oficial parcialmente provido, com observação e apelo voluntário não provido. Trata-se de remessa necessária e de recurso de apelação, este interposto pelo Estado de São Paulo, em face de r. sentença (fls. 92/97) que, ao julgar procedente pedido mandamental, concedeu a ordem para, tornando definitiva decisão liminar deferida, condenar o ente público recorrente a disponibilizar, à criança R. H. M. P., portadora de Transtorno do Espectro Autista e Déficit Intelectual (CID10/F84/F79), enquanto regularmente matriculada na rede de Ensino Estadual, 'professor auxiliar, em sala de aula, por período indeterminado', assim extinto o processo, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, 16 do Código de Processo Civil, sem arbitramento de verba honorária (Súmulas 512 do STF e 105 do STJ e art. 25 da Lei nº 12.016/09). (APL 1005941-07.2021.8.26.0606 SP 1005941-07.2021.8.26.0606, Câmara Especial, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Xavier de Aquino, Julgado em: 6 de maio de 2022).

Resta claro, ante todo o exposto, que a efetividade do direito à educação para pessoas com deficiência através da inclusão escolar deve se dar não apenas em âmbito público, como também no privado, visto que a sociedade também figura como responsável, junto ao Estado, na concretização deste. Neste sentido, insta relatar a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 5357 envolvendo os dispositivos 28 e 30 do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015)¹⁵ sobre a obrigatoriedade das escolas privadas em se adequar ao atendimento inclusivo às pessoas com deficiência:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM

¹⁵ Neste sentido, necessário se faz para maior compreensão acerca dos requisitos legais impostos, uma leitura mais detalhada do dispositivo legal em questão.

DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade (BRASIL, 2016).

A sociedade como um todo, não apenas o Estado, deve efetuar investidas para que o desenvolvimento seja positivo e proporcione a plena e efetiva inclusão das pessoas com deficiência para que se atinja não somente a concretização do direito à educação, bem como a justa participação desses indivíduos no meio à que fazem parte. Destarte, através da inclusão escolar, é possível atingir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como de garantir o desenvolvimento nacional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história do reconhecimento do Transtorno do Espectro Autista (TEA) é considerada nova na medicina. Em 1943, um médico austríaco foi o pioneiro, na literatura, a relatar os onze casos que deram início aos seus estudos. Quase oitenta anos depois, a evolução é lenta e constante na busca de um melhor entendimento acerca das condições das pessoas com autismo, sobretudo para garantir-lhes uma melhor qualidade de vida e a efetivação de todos os seus direitos.

O direito à educação é considerado fundamental não só à luz do direito constitucional, mas igualmente a cada indivíduo que dele necessita para a consecução de uma vida justa, igualitária, digna e em seu pleno exercício de cidadania. Elencado na Constituição da República Federativa do Brasil (1988) como um direito social, pressupõe uma prestação positiva do Estado para que seja um direito efetivo, não apenas na letra da Lei, mas na situação prática.

Ainda que de natureza pública e dever do Estado, a educação pode ser explorada pela iniciativa privada através de instituições de ensino particulares que

devem obedecer às mesmas regras impostas ao poder público no que tange à educação. Assim, é garantida também no ensino privado a inclusão de pessoas com deficiência em salas de ensino regular e com o todo o aparato que seja necessário para que esse direito seja pleno e efetivo.

Como um grande avanço em direção à materialidade dos direitos das pessoas com autismo, foi sancionada, em 2012, a Lei Berenice Piana versando sobre a política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. Essas, doravante, tornam-se reconhecidas, para todos os efeitos legais, como pessoas com deficiência. Esse dispositivo assegura, ainda, que seja contratado um mediador especializado para auxílio ao aluno nos casos de comprovada necessidade, sendo uma ponte entre este, o professor e os demais alunos.

Não obstante a existência das boas normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro que visem a promover a dignidade das pessoas com Transtorno do Espectro Autista, essas acabam se tornando inefetivas quanto à proteção de seus destinatários, sabotadas por uma desigualdade enraizada na sociedade e pela própria aplicação assimétrica por entes públicos.

No tocante ao direito à educação para as pessoas com TEA, sua efetivação ancora-se na inclusão escolar. Assim, no âmbito da educação, a inclusão cabe em possibilitar oportunidades a cada indivíduo, garantindo sobretudo a promoção dos meios necessários para que essa inclusão o coloque em igualdade de condições com os demais alunos.

Nessa senda, é possível constatar que há precisão para que a aplicabilidade da Lei e os casos práticos se convirjam, resultando na igualdade material almejada e garantida a todos os cidadãos brasileiros. Quando Estado e sociedade saírem da conjuntura de exclusão, entendendo que os ambientes escolares precisam se heterogeneizar de forma a refletir a humanidade diversa, a efetivação do direito à educação será uma consequência suave e indolente a quem tanto já sofre.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Flávio Aparecido de. **Autismo: avanços e desafios**. Guarujá: Científica Digital, 2021.
- ALVES, Alexandre Luiz Rodrigues; REMEDIO, José Antonio. **Direito à educação da pessoa com transtorno do espectro autista: obstáculos à sua efetivação**. Disponível em:

<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/26542/17266>. Acesso em: 25 maio 2022.

ANDRADE, Sara Soares Pereira Porto. **O direito fundamental à educação das pessoas com deficiência e a educação inclusiva**. Brasil: Dialética, 2020.

ATIQUE, Andraci Lucas Veltroni; VELTRONI, Alexandre Lucas. **O direito à educação no Brasil e a pessoa portadora de deficiência** - as obrigações das instituições de ensino superior. São Paulo, 2007. Disponível em: <https://vlex.com.br/vid/ccedil-portadora-ecirc-obriga-institui-59087579>. Acesso em: 12 abr. 2022.

AUTISTA é aprovado em 1º lugar para medicina na federal de Goiás. *In: R7 Brasília*, 22 abr., 2022. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/autista-e-aprovado-em-1-lugar-para-medicina-na-federal-de-goias-23042022>. Acesso em 31 maio 2022.

BENEDITO, Michelle Marie. **Escola inclusiva: Transtorno do Espectro Autista - TEA**. [s.l.], Kindle, 2022.

BRASIL. [Constituição (1824)]. **Constituição Política do império do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 08 abr., 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 abr., 2022.

BRASIL. **Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 09 abr., 2022.

BRASIL. Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012. **Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista**; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em: 20 maio, 2022.

BRASIL. Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência** (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. **Plano Nacional de Educação**. Lei nº 13.005/2014. Disponível em: <https://pne.mec.gov.br/18-planos-subnacionais-de-educacao/543-plano-nacional-de-educacao-lei-n-13-005-2014>. Acesso em: 10 abr., 2022
COMISSÃO DE DEFESA DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM AUTISMO DA SECCIONAL OAB/DF. **Cartilha dos Direitos das Pessoas com Autismo**. Brasília,

2015. Disponível em: <https://www.oabdf.org.br/wp-content/uploads/2015/09/CartilhadosDireitosdaPessoaComAutismo.pdf>. Acesso em 20 maio, 2022.

CORDEIRO, Ana; SARAIVA, Deise. **Autismo: diálogos, conquistas, desafios, perspectivas e olhares em busca da inclusão**. São Bernardo do Campo: APMC, 2021.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; FERNANDES, Paula Vanessa. **A educação inclusiva do autista como direito humano fundamental e a tutela jurisdicional: as possibilidades e os limites**. Disponível em: <https://unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/314/pdf>. Acesso em 25 maio, 2022.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357**. Brasília, 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>. Acesso em: 12 abr., 2022

DONVAN, John; Zucker, Caren. **Outra sintonia: A história do autismo**. Editora Companhia das Letras, 2017. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=EYjVDgAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 20 maio, 2022

FERNANDES, Pablo Vaiano Mauad. **Autismo e direito: dos direitos e garantias das pessoas com transtorno do espectro autista no ordenamento jurídico brasileiro**. [s.l.], Kindle, 2020.

FRAZÃO, Cátia Aparecida Teles. **O direito ao acesso à educação da pessoa com Transtorno do Espectro Autista (TEA) após a Lei Berenice Piana n.º 12.764/12: violação de preceito fundamental ou descumprimento de relação contratual**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73835/o-direito-ao-acesso-a-educacao-da-pessoa-com-transtorno-espectro-autista-tea-apos-a-lei-berenice-piana-n-12-764-12-violacao-de-preceito-fundamental-ou-descumprimento-de-relacao-contratual>. Acesso em: 19 maio 2022.

JOVENS autistas superam barreiras e se destacam no Enem. *In: Notícias do Acre*, 2 abr., 2022. Disponível em: <https://agencia.ac.gov.br/jovens-autistas-superam-barreiras-e-se-destacam-no-enem/>. Acesso em: 31 maio, 2022.

MENEZES, Ebenezzer Takuno de. **Verbete Declaração de Salamanca**. Dicionário Interativo da Educação Brasileira - EducaBrasil. São Paulo: Midiamix Editora, 2001. Disponível em: <https://www.educabrasil.com.br/declaracao-de-salamanca/>. Acesso em: 20 maio, 2022.

MERCADANTE, Marcos T.; SCHWARTZMAN, Jose S. VAN DER GAAG, Rutger J. Transtornos invasivos do desenvolvimento não-autísticos: síndrome de Rett, transtorno desintegrativo da infância e transtornos invasivos do desenvolvimento sem outra especificação. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, São Paulo, v. 28, p. 12-20, maio, 2006. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rbp/a/dpmSb5pd9cW7btqhsV88zNS/?lang=pt>. Acesso em: 25 maio, 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência**, 1982. Disponível em:

<http://www.ct.ufpb.br/lacesse/contents/documentos/legislacao-internacional/programa-de-acao-mundial-para-as-pessoas-com-deficiencia-onu-1982.pdf/view>. Acesso em: 12 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Transtorno do Espectro Autista**, 2022. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/topicos/transtorno-do-espectro-autista>. Acesso em: 10 abr., 2022

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **APL 1005941-07.2021.8.26.0606 SP**, Câmara Especial, Tribunal de Justiça de SP, Relator: Xavier de Aquino, Julgado em: 6 de maio de 2022, Data de Publicação: 06 de maio de 2022. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1493707184/apelacao-remessa-necessaria-apl-10059410720218260606-sp-1005941-0720218260606>. Acesso em: 25 maio, 2022.

SOUSA, Maria Josiane Sousa de. **Professor e o autismo: desafios de uma inclusão com qualidade**. Brasília, 2015. Disponível em:

https://bdm.unb.br/bitstream/10483/15847/1/2015_MariaJosianeSousaDeSousa_tcc.pdf. Acesso em: 31 maio, 2022.

SERRANO, Pablo Jiménez. **O direito à educação: fundamentos, dimensões e perspectivas da educação moderna**. Rio de Janeiro: Jurismestre, 2017.

VESCHI, Benjamin. Etimologia de educação e educar. *In: Etimologia origem do conceito*, 2019. Disponível em: <https://etimologia.com.br/educacao/>. Acesso em: 12 abr.2022.

A MATERNIDADE NO CÁRCERE: LIMITAÇÕES DO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEMININO NO BRASIL¹⁶**MATERNITY IN PRISON: LIMITATIONS OF THE FEMALE PENITENTIARY SYSTEM IN BRAZIL**SHEILA MILANA GOMES PINTO¹⁷NILVAN VIEIRA DA SILVA¹⁸**RESUMO**

O presente estudo trata do problema existente na insuficiência de infraestrutura necessária no sistema carcerário feminino do Brasil, em relação às necessidades da presidiária gestante. Nesse contexto, observa-se que, no referido sistema, ainda impera a prática da inobservância dos preceitos legais, pois, em que pese a legislação proibir tratamentos degradantes, como a utilização de algemas, a realidade ainda não condiz com a vinculação legal. Acerca disso, o estudo tem por objetivo defender o fortalecimento do plano nacional de saúde no sistema penitenciário, em relação à atenção à saúde da mulher e, no mesmo compasso, a importância da reestruturação do sistema penitenciário, comumente viciado de elementos que prejudicam o desenvolvimento ideal da maternidade, como as condições insalubres do cárcere e a superlotação. Ainda, aponta a possibilidade da permanência do recém-nascido no ambiente penitenciário, em razão da sua necessidade de amamentação materna. O presente estudo foi produzido a partir da aplicação do método qualitativo, com pesquisa bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Maternidade. Direito à Saúde. Sistema Carcerário Feminino. Tratamentos Degradantes.

ABSTRACT

The present study deals with the necessary infrastructure for the existing system in the operation of women's prisons in Brazil, in relation to the needs of the presidency. In this context, note that, in the reference system, the practice of observing legal precepts still prevails, because, despite the legislation prohibiting degrading treatments, such as the use of handcuffs, it still does not match the legal reality. In this regard, the study advocates the strengthening of the national health plan in the penitentiary system, in relation to women's health care and, in the same objective, the importance of restructuring the penitentiary system, which is commonly addicted to elements that harm the ideal development. of maternity, such as the unhealthy conditions of the prison and the overcrowding. Also, the possibility of permanence of the newly created

¹⁶ Texto originalmente apresentado e aprovado como Trabalho de Conclusão de Curso – TCC no Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, em dezembro de 2024.

¹⁷ Bacharela em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP.

¹⁸ Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (1992). Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Estácio de Sá (2001). Mestre em Ciências Jurídicas (*Master of Science in Legal Studies*) pela Ambra University /USA, com concentração em Risco e Compliance (2021). Professor da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP. Atuou como orientador desse trabalho de pesquisa.

in the birth penitentiary, due to her maternal birth. The present study was produced from the application of the qualitative method, with bibliographic and documental research.

KEYWORDS: Maternity. Right to Health. Female Prison System. Degrading Treatments.

1 INTRODUÇÃO

O direito à vida é uma garantia incontestável, assegurada pelo ordenamento jurídico brasileiro e alicerçado, tanto pela proteção constitucional, quanto pelos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Nesse diapasão, promover políticas públicas voltadas a aprimorar as condições para o nascimento e a integridade da gestante é uma ação condizente com o Estado Democrático de Direito, contexto no qual o Brasil está intimamente conectado.

No entanto, a realidade se modifica quando a análise do nascimento se dá no interior do sistema penitenciário do Brasil. Essa modificação se deve às condições precárias que permeiam, com grande aderência, na maior parte das unidades prisionais do país, sobretudo nos sistemas estaduais, sob responsabilidade das unidades federativas do Brasil.

Nessa ótica, o presente estudo apresenta o panorama do sistema penitenciário feminino, de forma a comprovar se a condição do cárcere permite o nascimento, com dignidade, da prole de mulheres aprisionadas. permanência de recém-nascidos no ambiente carcerário.

Evidentemente, o problema encontrado envolve a desumanidade no tratamento das gestantes, caracterizado pelo uso de algemas, mesmo quando a lei processual o proíbe, ou outras condições degradantes, como a inexistência de anestesia, problemas no procedimento e/ou a permanência da prole no ambiente carcerário, sendo imprescindível responder ao seguinte questionamento: como o Estado brasileiro lida com as dificuldades existentes, capazes de impedir ou afetar a permanência de recém-nascidos no ambiente carcerário?

O presente estudo tem, como objetivo geral, apontar limitações sistema penitenciário feminino no Brasil, no que concerne à maternidade no cárcere. Especificamente, objetiva demonstrar a necessidade de expandir serviços como garantia do pré-natal, modificações na estrutura física das prisões, reafirmar condutas no que tange ao procedimento do parto, de eventuais necessidades decorrentes do

estado puerperal, período de resguardo da gestante e permanência da prole no ambiente carcerário. Com isso, o estudo auxilia na indicação do fornecimento de condições mais propícias para o desenvolvimento da criança e a ressocialização da presa.

É sob esse anseio que a hipótese do presente estudo aponta na direção da precariedade do sistema prisional e da urgência na busca de soluções possíveis, dentro das políticas públicas já implementadas, para que a realidade dos presídios brasileiros, bem como das ações dos agentes que atuam no que tange à gestação saudável e os procedimentos referentes ao pós-parto e permanência da prole no cárcere possa ocorrer nas balizas da legalidade e da humanitária forma de agir, preconizada pelo ordenamento brasileiro.

No aspecto metodológico, o presente estudo é fundamentado com a abordagem qualitativa e pesquisa bibliográfica e documental. A pesquisa, por sua vez, foi produzida a partir da coleção de informações previstas na lei, como a limitação para o uso de algemas e demais critérios humanísticos da maternidade no cárcere, bem como doutrina, jornais, periódicos jurídicos e informações correlatas, ao passo que a pesquisa documental consiste na abordagem sobre a legislação consultada.

Para realizar a função social a que se propõe, o presente estudo se divide em seções que, embora estejam relacionadas, apontam fatos e condições diversas. Preliminarmente, o estudo apresenta o acesso à saúde no sistema penitenciário feminino, estabelecendo as responsabilidades do Estado em prover condições de saúde no sistema carcerário e, especificamente às mulheres, os serviços de atenção básica como o pré-natal e procedimentos pós-parto.

Em seguida, define a necessidade da impossibilidade de tratamentos degradantes no parto. Como tratamento degradante, o estudo demonstra, entre outras circunstâncias, a inviabilidade da utilização de algemas, expressa por norma jurídica promulgada e incorporada ao regramento processual penal, na medida em que demonstra que, nem sempre, a dignidade da pessoa humana é respeitada no caso de apenadas em estado gravídico, quando o procedimento de parto se dá no cárcere brasileiro.

Ainda, a questão da permanência do recém-nascido no ambiente carcerário é contemplada no decorrer do estudo, de forma a verificar, em conformidade com a legislação vigente, a possibilidade da continuidade da prole em companhia da mãe,

principalmente nos primeiros meses, quando questões fisiológicas necessitam ser respeitadas, como a importância da amamentação.

Ao longo dessas seções, observa-se que o sistema penitenciário, seguindo a praxe da precariedade, apresenta inúmeras deficiências para o devido acondicionamento da gestante e da prole, pelas questões fáticas do ambiente prisional, o que demanda a renovação estrutural das prisões, de forma a garantir, não só à gestante, mas, principalmente, ao recém-nascido, as condições para permanência digna no cárcere.

2 SOBRE O ACESSO À SAÚDE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO FEMININO

O Brasil, em função do arranjo constitucional que garante, como direito social irrenunciável, o direito à saúde para todos, tem a obrigação legal de garantir o acesso a esse serviço em todos os contextos da vida social. Assim sendo, o sistema penitenciário em geral demanda o oferecimento de serviços de atenção básica, espelhando os ditames da legislação que concerne às execuções penais, em conformidade com o que posteriormente será apresentado.

No que tange à determinação constitucional, o artigo 6º da Constituição Federal de 1988 estabelece o direito à saúde como direito social, isto é, atribuído a todos os cidadãos, indistintamente (BRASIL, 1988). Porém, a temática, no contexto da Constituição, não se limita à mera previsão do direito, sendo explicado com mais zelo, na mesma Constituição que fundamenta o país, no seu artigo 196, a seguir apresentado:

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 (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, não há dúvidas sobre a obrigatoriedade do Estado de, no contexto do sistema penitenciário, instituir o serviço gratuito de saúde, de forma a garantir a integridade física dos apenados. Aliás, a atribuição desse serviço coaduna com a própria obrigação de manter a dignidade da pessoa humana no cárcere que, muito embora seja afetado diretamente pela precariedade das condições no sistema carcerário, como superlotação e insalubridade dos ambientes, não pode ser agravado mediante a omissão do Estado (DIAS, 2020).

Para tanto, averiguar como ocorre a proteção da saúde no contexto do cárcere é fundamental para que, em primeiro contato, se possa verificar as condições da atribuição da saúde para todos e, posteriormente, se firmar na atribuição da saúde às mulheres, com enfoque na responsabilidade pela maternidade e cuidados referentes ao ato de dar à luz, pelas detentas brasileiras.

Primeiramente, é preciso considerar que, na organização da saúde carcerária, inúmeros marcos legais tiveram que ser instituídos. Em primeiro plano, surge a responsabilidade do Estado por meio da Constituição Federal de 1988, conforme já exposto e reafirmado pela lei infraconstitucional competente, qual seja a lei nº 7.210/1984.

De acordo com essa lei, o direito à saúde do preso deve ser assegurado pelas políticas públicas referentes à atuação estatal, com viés garantista. Dessa forma, a execução das penas só ocorre mediante a garantia da manutenção da dignidade da pessoa humana que, entre outras necessidades, abarca a saúde pública gratuita e de qualidade (BARBOSA, 2019).

No conteúdo normativo, o artigo 14 da lei nº 7.210/1984 estabelece o direito à saúde do preso que, nas condições a seguir apresentadas, além de vislumbrar demais circunstâncias para os presos homens, também contempla a obrigação da atribuição do atendimento médico à mulher gestante, tanto no pré-natal, quanto no pós-parto, bem como ao recém-nascido:

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. [...]

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.

§ 4º Será assegurado tratamento humanitário à mulher grávida durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como à mulher no período de puerpério, cabendo ao poder público promover a assistência integral à sua saúde e à do recém-nascido (BRASIL, 1984).

Portanto, no contexto legal, a mulher tem a garantia da gestação digna e com o devido acesso aos serviços de saúde pública de qualidade, sob pena de, caso não seja oferecido o serviço mencionado, a apenas seja suprimida dos seus direitos, bem como, em casos extremos, o nascituro seja prejudicado no direito mais protegido pelo ordenamento nacional: a vida.

Porém, o estudo não pode se resumir à vistoria da lei, sem analisar as medidas que o Estado tem tomado para produzir os benefícios à condição da gestante, conforme a lei institui. Nesse caso, o Brasil possui marcos legais importantes que, além da lei nº 7.210/1984, se baseia em planos de políticas públicas em caráter nacional, em benefício do aprimoramento do sistema de saúde no cárcere e, por conseguinte, na consolidação dos direitos inerentes à mulher gestante (GONÇALVES, 2020).

Desse modo, o Brasil implementou alguns planos voltados à assistência da saúde no cárcere, instituindo, de igual forma, direitos às mulheres que, entre outros, viabilizavam o poder-dever do cuidado com as gestantes apenadas. Em 2003, por exemplo, foi instituída a Portaria Interministerial nº 1.777, pelos Ministérios da Saúde e da Justiça, implementando o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário. O referido plano estabelece, no item 4, que trata sobre os resultados esperados, os direitos à mulher, conforme se expõe seguidamente:

Saúde da mulher:

- implantação, em 100% das unidades penitenciárias, de ações para detecção precoce do câncer cérvico-uterino e de mama;
- implantação, em 100% das unidades penitenciárias, de ações para diagnóstico e tratamento das DST/Aids;
- implantação, em 100% das unidades penitenciárias, da assistência à anticoncepção;
- implantação, em 100% das unidades penitenciárias que atendem à população feminina, da assistência ao pré-natal de baixo e alto risco no primeiro ano do Plano;
- implantação da imunização das gestantes em 100% das unidades penitenciárias;
- implantar a assistência ao puerpério em 100% das unidades penitenciárias;
- implantação, em 100% das unidades penitenciárias, de ações educativas sobre pré-natal, parto, puerpério, anticoncepção, controle do câncer cérvico-uterino e de mama, e doenças sexualmente transmissíveis;
- garantia do encaminhamento para tratamento das mulheres com câncer cérvico-uterino e de mama atendidas em 100% das unidades penitenciárias;
- garantia do acesso das gestantes de 100% das unidades penitenciárias, para o atendimento de intercorrências e parto (BRASIL, 2003).

Infere-se que, além da disposição da lei, tanto no plano constitucional, quanto infraconstitucional, o direito pátrio se alicerça na proteção à gestante, visto que, em conformidade com a lei vigente, o direito ao pré-natal, ao parto digno e a todos os elementos do pós-parto são singulares para o desenvolvimento ideal do nascimento e da dignidade da mãe que, embora seja uma detenta, permanece com os direitos condizentes com a sua condição de cidadã invioláveis.

Para Chaves e Araújo (2020, *on-line*):

Na vida da mulher a gestação significa, além de um momento bastante peculiar, um momento que requer muitos cuidados de saúde. Quando a vida no cárcere e a gestação se entrecruzam, fica latente a vulnerabilidade da mulher, sendo necessário então um olhar atento para suas necessidades e suas especificidades. Tendo em vista isso, e considerando o aumento do número de mulheres no contexto prisional brasileiro, questões referentes à saúde da mulher gestante começaram a fazer parte das políticas públicas nacionais.

Portanto, promover o aprimoramento constante e ininterrupto das práticas de saúde no cárcere brasileiro, de forma a ampliar o direito à dignidade, com bases constitucionais, tanto para apenados em geral, quanto para as gestantes detentas que tanto necessitam de amparo na gestação, é um ato indispensável à fixação de um Estado humanitário, que contemple as necessidades do ser humano e, nesse bojo, permita o exercício aos direitos inafastáveis do cidadão.

2.1 O TRATAMENTO HUMANITÁRIO ÀS MULHERES EM TRABALHO DE PARTO

De acordo com o exposto até então, temos que o direito ao acesso à saúde, pelos presos no sistema carcerário do Brasil, é uma garantia que recebe, tanto no prisma constitucional, quanto na legislação infraconstitucional, plena proteção. Nesse cenário, a atuação dos profissionais da saúde é salutar, para garantir o direito à saúde e, por outro lado, fazer com que se amenizem os efeitos negativos da realidade do cárcere que, por regra, expõe os indivíduos a níveis precários de confinamento.

Destarte, é preciso averiguar outra condição inata ao contexto das gestantes. A mulher gestante, pela natureza de ser, é eivada de algumas necessidades que, logicamente, não são atribuídas às presas que não estejam em estado gravídico. Isto posto, resta verificar como se dá o tratamento, no contexto do parto, para que a parturiente não seja prejudicada por tratamentos degradantes que, aliás, são repelidos pelo ordenamento brasileiro e, infelizmente, ainda acontecem com grande incidência no país (LEITE, 2021).

A preocupação em evitar que, no momento do parto, as mulheres fossem expostas a condições degradantes que, além das políticas públicas inerentes ao contexto do oferecimento dos serviços de saúde, o próprio ordenamento processual penal teve que se atualizar, no sentido de produzir um ambiente sem crueldade, onde

a gestante pudesse contar com o chamado tratamento humanitário. Essa disposição, apesar de recente no ordenamento, tem a possibilidade de beneficiar as centenas de mulheres em estado de gravidez no país (BANDEIRA, 2018).

Nesse caso, a lei infraconstitucional tem um importante papel na construção do ambiente digno para o nascimento de pessoas envolvendo gestantes presas. Uma atualização normativa de 2017, instituída pela lei nº 13.434, acrescentou ao Código de Processo Penal de 1941 a possibilidade de não se utilizar mais algemas em mulheres em trabalho de parto (BRASIL, 2017).

A instituição da impossibilidade da utilização da algema coaduna com o interesse da legislação de assegurar o tratamento humanitário. A utilização da algema, embora fosse uma característica preventiva para evitar a fuga da gestante, não se confirma pelo contexto do parto, visto que, na grande maioria das vezes, a fuga não acontecia, mas, mesmo assim, a gestante era prejudicada pelo tratamento degradante, realidade que ainda existe no país (SOUTO, 2021).

De acordo com o artigo 292 do Código de Processo Penal de 1941 e seu parágrafo único, recentemente introduzido, temos que:

Art. 292 Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

Parágrafo único. É vedado o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como em mulheres durante o período de puerpério imediato (BRASIL, 1941).

Portanto, a atualização normativa que garante à gestante apenas a possibilidade de dar à luz sem ser submetida ao uso de algemas é uma inovação que permite a construção de uma sociedade mais humanizada, visto que, no contexto do parto, a gestante necessita de um amparo maior e a submissão a esse tipo de tratamento, sem o justo motivo para a sua aplicação, não se justifica.

O justo motivo, porém, mesmo que não permita a utilização da algema, seguindo a previsão jurídica, possibilita a atribuição de outras medidas, por parte dos agentes penitenciários. Essa realidade, no entanto, permite a observação da gestante, isolamento da apenas para evitar contato com o mundo exterior, entre outras ações

preventivas que impeçam a fuga ou quaisquer outras ações criminosas que, porventura, a gestante possa cometer.

Essa possibilidade de análise prévia da realidade de cada caso concreto para a tomada de cuidados provém da organização judiciária, posto que é presente na Súmula Vinculante nº 11, de autoria do Supremo Tribunal Federal. De acordo com o referido posicionamento:

Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado (BRASIL, 2008).

Portanto, trata-se de uma condicionante de cada caso concreto. A presa gestante pode, de fato, ser submetida à utilização da algema, inclusive no traslado da unidade celular penitenciária à sala de cirurgia ou procedimento, mas, de acordo com a lei vigente, não pode ser submetida no momento do parto, sob motivação da manutenção da sua dignidade humana.

Há, no entanto, uma realidade ainda observada em várias partes do direito brasileiro: a lei não é cumprida como se deveria cumprir. Ocorre que, mesmo após a promulgação da lei nº 13.434, em 2017, e o início da sua vigência, o Brasil ainda expõe condições de quebra de direitos em desfavor das presas. Dessa forma, em que pese a lei processual penal impedir a utilização das algemas no procedimento de parto, muitas presas brasileiras ainda são submetidas a essa prática degradante.

Pelo menos, essa é a realidade encontrada no Estado do Rio de Janeiro, conforme Motta (2018, *on-line*) nos apresenta:

Detentas grávidas continuam sendo algemadas durante o trabalho de parto no Rio de Janeiro, apontou o relatório do Mecanismo Estadual para Prevenção e Combate à Tortura, órgão da Alerj (Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro). O relatório destaca ainda outras violações, como procedimentos cirúrgicos feitos sem anestesia, além da dificuldade para acessar medicamentos, que podem ser conseguidos apenas através de uma receita fornecida pela equipe médica da penitenciária aos familiares. No entanto, apenas 60 das 425 mulheres da unidade receberam visitas.

Ou seja, a prática degradante no parto pelas apenadas do Brasil não ocorre, apenas, pela utilização da algema. Na verdade, quando a utilização da algema é comparada com outros problemas de ordem humanitária, como a ausência de

anestesia e a insuficiência de medicamentos, acaba sendo criteriosamente menos grave, visto que a utilização da algema é um prejuízo momentâneo e as outras condições podem gerar prejuízos para toda a vida.

De toda forma, quaisquer manifestações de inumanidade no tratamento em prol do nascimento de um novo cidadão e na manutenção da vida e da integridade física de uma gestante, mesmo que esta seja uma presidiária, não pode vigorar, sob pena de o próprio Estado ser responsabilizado em função da desumanidade promovida por seus agentes.

3 A PERMANÊNCIA DO RECÉM-NASCIDO NAS UNIDADES PRISIONAIS

Em tese, nenhum cidadão pode ser privado de liberdade sem que, para tanto, haja um motivo devidamente conhecido, processado, julgado e que enseje sua condenação à habitação no cárcere (JESUS, 2020). No entanto, alguns brasileiros têm uma condenação natural à habitação no cárcere, sem que, para tanto, faça por onde obter a atribuição de penas ou, até mesmo, tenha participado de qualquer ato ilícito previsto na legislação: recém-nascidos, filhos de detentas que cumprem pena em unidades prisionais.

A realidade de crianças que, ao nascer, são submetidos à habitação no sistema penitenciário pode até parecer a retirada de direitos, como a da coexistência em sociedade livre, conforme preconiza a Constituição Federal de 1988. Isso combina com a própria lógica da relação entre mãe e filho, tendo em vista que, além das dificuldades já condizentes com o estado gravídico, de acordo com Chaves e Araújo (2020, *on-line*), o momento de dar à luz, na ótica da gestante, trata-se de “um momento que requer muitos cuidados de saúde”.

É cediço que, no Brasil, alguns serviços de saúde, com a finalidade de proteger a gravidez, já são oferecidos às gestantes apenas. No entanto, nesse momento do trabalho, é necessário confrontar a realidade sob a ótica do recém-nascido que, sem nenhuma parcela de culpa no cenário no qual nasceu, é obrigado – para o seu próprio bem, inclusive – a ficar recluso no sistema penitenciário.

Antes de verificar potenciais problemas na manutenção de recém nascidos no ambiente do cárcere, é preciso considerar a legislação, para compreender se, de fato, trata-se de uma prática legal a permanência de filhos recém nascidos em um ambiente

que implica em dificuldades de habitação, dada a insalubridade, comumente própria dos ambientes onde se aplicam as penas.

E, na concepção jurídica, é, deveras, uma conduta totalmente legal, posto que, nesse caso, objetiva-se, sobretudo, a saúde da criança, tendo em vista que, na companhia da mãe, mesmo nas unidades prisionais, a criança tem mais condição de desenvolver-se em sua primeira infância, em razão da necessidade de cuidados maternos, como o oferecimento do leite materno, indispensável para o desenvolvimento da saúde do recém-nascido (OLIVEIRA; SILVA; SILVA, 2018).

A legalidade do ato de manter junto da mãe, no ambiente carcerário, um filho recém-nascido, vem de diversas bases. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, é um mecanismo que, dentre tantos direitos atribuídos, contemplou essa realidade, no rol dos direitos individuais, inaugurados no paradigma constitucional por meio do artigo 5º. Entre as deliberações do artigo 5º, o inciso L é responsável por possibilitar a manutenção de recém-nascidos no cárcere, ao implementar o direito demonstrado a seguir:

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:

[...]

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (BRASIL, 1988).

Mais adiante, o estudo aponta sobre as condições às quais a Constituição Federal de 1988 defende, bem como explicar sobre a realidade atualmente encontrada no cárcere brasileiro. Por ora, cabe à cognição jurídica do presente estudo contemplar as possibilidades que a lei estabelece. Nesse contexto, a lei de execuções penais, qual seja a lei nº 7.210/1984 desempenha um papel importante, haja vista que é responsável por regulamentar o direito de permanência dos recém nascidos no cárcere.

A propósito, não só fornece a possibilidade jurídica, bem como regula o prazo máximo para tal permanência, nos termos do artigo 83, § 2º, da lei nº 7.210/1984, a saber:

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

[...];

§ 2º Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade (BRASIL, 1984).

Cabível o destaque ao prazo que a lei estabelece: seis meses. Ou seja, até seis meses de idade, um brasileiro recém-nascido, filho de uma detenta aprisionada em uma unidade prisional que, em regra, não apresenta nenhuma condição para a habitação digna de um ser humano, pode ser obrigado ao convívio. Em outras palavras, o filho recém-nascido de uma detenta presa já nasce igualmente preso, pela necessidade fisiológica que o obriga à presença da mãe.

Vale salientar que este costuma ser um processo doloroso, tanto ao filho, quanto à mãe. Ao sair do cárcere, a criança continua necessitando dos cuidados maternos e, sem tal zelo, pode desenvolver traumas que, a depender da realidade contextual de cada indivíduo, pode significar prejuízos para toda uma vida (PAULA, 2021).

Na ótica da mãe, de igual maneira, há uma tendência ao sofrimento e ao desejo de continuar em companhia do rebento, em razão do vínculo afetivo pertinente à relação mãe e filho. No entanto, a limitação legal para a manutenção de filhos recém-nascidos no cárcere representa uma preocupação do próprio Estado em gerar maiores prejuízos à prole, posto que o próprio Estado sabe que a condição do cárcere prejudica o desenvolvimento de uma criança e só permite a prole com até seis meses de idade, graças à necessidade fisiológica que esta faixa etária apresenta.

Pereira e Reis (2020, *on-line*), ao dissertarem sobre a importância de fornecer o ambiente ideal para o desenvolvimento de uma criança recém-nascida, defendem que:

Ao nascer um bebê, deve-se nascer um provedor de cuidados frequentes que possibilitem a constituição integral desse futuro ser humano, alimentando-o física e psiquicamente. Nesse entendimento, para o bebê constituir-se como sujeito, há a necessária presença de um cuidador disponível para atender às necessidades do bebê. Esse prover é exercido pela mãe (ou cuidador substituto), é desenvolvido de maneira processual e iniciado com a apropriação dessa mulher em oferecer um espaço psíquico ao bebê na gestação.

Nesse contexto, conhecendo da possibilidade de manter uma criança que tenha até seis meses de idade no cárcere, é preciso buscar informações sobre a realidade do ambiente carcerário, conhecer da sua limitação evidente e, principalmente, vislumbrar o que o Estado brasileiro executa para mitigar as

4 DESAFIOS PARA O APRIMORAMENTO DO CÁRCERE FEMININO NO BRASIL

Ao se consultar a realidade do cárcere brasileiro, há, pelo próprio ato de buscar aprofundamentos na temática, a percepção de um sistema deficitário, ineficiente e negligente com a dignidade dos indivíduos apenados. Nesse contexto, o cenário da superlotação e a insalubridade dos ambientes penitenciários são fatores que determinam a necessidade de aprimoramento do cárcere, em favor do exercício dos direitos inerentes ao ser humano, como a dignidade humana, preconizada pelo ordenamento constitucional vigente.

Todavia, se essa realidade já se torna grave no contexto das prisões masculinas, é fácil perceber que há um agravamento natural em relação às mulheres, posto que elas têm necessidades que demandam, ainda mais, de um ambiente saudável para o devido cumprimento da pena. Não à toa, Moutinho e Prates (2020, *on-line*) dissertam que:

A situação atual do sistema carcerário brasileiro traz diversas problemáticas relacionadas à crise existente no sistema e como poderiam ser solucionadas. A resolução de problemas como a superlotação do sistema e do déficit de profissionais habilitados são alguns temas muito discutidos pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e o STF (Supremo Tribunal Federal), porém o gênero feminino ainda assim é tratado como invisível diante das suas necessidades distintas do gênero masculino.

As dificuldades do sistema carcerário feminino no Brasil são muitas. No conjunto de tais experiências, há um agravamento prático na ideal condição do cárcere para que uma criança, por exemplo, seja submetida à existência no sistema. Ora, se, em grande parte das vezes, as condições do cárcere não são favoráveis à habitação de pessoas adultas, quanto mais a de crianças que dependem de cuidados especiais?

É por meio da observação de experiências dessa natureza que se pode indicar as melhores formas de aprimoramento sistemático do cárcere feminino. Em suma, as condições não destoam das observadas no sistema carcerário masculino:

superlotação, restrição alimentar e infraestrutura precária. No tocante à alimentação, especialmente, o sistema penitenciário voltado a mulheres no Brasil tem, ainda mais, um desafio que revela a precariedade do serviço estatal. Acerca disso, Sousa *et al.* (2020, *on-line*) diz que:

As condições de alimentação no cárcere refletem a violação à condição de humano e os direitos básicos constitucionais, sendo este cenário fruto de desigualdades estruturais. Gera-se, assim, a manutenção de um sistema de morte social de mulheres no sistema penitenciário, onde o Estado, na medida em que deve garantir o direito à dignidade, muitas vezes, deixa de agir em prol da manutenção e fiscalização destas condições. A escassez de alimentos bem como a má qualidade destes revelam o descompasso das ações e políticas de alimentação e nutrição para a população brasileira com a efetivação destas ações em situação de desigualdade social, como as prisões, e infringindo o DHAA, gerando manutenção da situação de Insegurança Alimentar e Nutricional (ISAN).

A respeito de outros fatores agravantes que prejudicam o devido cumprimento da pena, a partir de problemáticas vivenciais que, cada vez mais, têm sido agravadas na realidade carcerária, temos o fenômeno da superlotação. A superlotação é um fator tão necessário de transformação que, na prática, resulta em prejuízos secundários, tanto na inflamada convivência entre as detentas – que necessitam ocupar menos espaço – quanto pelos reflexos na salubridade do ambiente, como a higienização e a ideal condição sanitária, impactando na qualidade de vida das apenadas.

Menezes (2021, *on-line*) explica sobre esse fenômeno, ao apontar o que se segue:

Os presídios brasileiros de modo geral se encontram em situação alarmante. Superlotação, falta de espaço adequado e de investimentos em melhorias, ausência de higienização, dentre outros inúmeros problemas, fazem com que os presídios brasileiros tenham se tornado um verdadeiro local de desrespeito aos Direitos Humanos, que propagam acima de tudo, o respeito à dignidade humana.

Embora não seja apenas uma realidade do contexto feminino, a superlotação é a representação da falência institucional do Estado que, a despeito da ressocialização e da dignidade que tem obrigação de garantir aos cidadãos, permite que haja a prática do cumprimento das penas sem as condições necessárias. Quando há, nesse cenário, o ingresso de uma criança, ainda que para acompanhamento materno nos primeiros meses de vida, há uma evidente e inquestionável quebra dos

direitos individuais da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde (FERREIRA, 2021).

Portanto, aprimorar o sistema penitenciário feminino, de forma a garantir a dignidade em todos os parâmetros existenciais, tanto para o cumprimento das penas pelas detentas, quanto para a permanência digna de crianças no ambiente penitenciário, é um dever do Estado que não pode ser afastado, sob pena de se legitimar um ato capaz de prejudicar cidadãos, desde o nascimento.

Conforme Cavalcanti e Lange Jr. (2020, *on-line*):

Visando as presas que não possuem os requisitos previstos para a concessão do habeas corpus, é necessária a obtenção de um cenário límpido e fraterno para a gestação, fase puérpera, amamentação e o crescimento da criança nesse meio. Há de se observar que a criança não está sob cárcere, apesar dela consequentemente pagar pelos atos que foram cometidos por sua genitora, tendo que estar sob cárcere em seus primeiros meses de vida, porém, não propriamente viverá em uma prisão, mas sim em um espaço limpo, que possa suprir a este ser humano um lar.

Levando em conta o senso mais humanista, o estudo jurídico aponta que, ao Estado, cabe o dever de aperfeiçoar as políticas afirmativas que condizem com a realidade contemporânea, não só para aprimorar as condições estruturais do sistema e mitigar problemáticas como a superlotação, mas, principalmente, para romper com as práticas que prejudicam o exercício da liberdade, tanto pelas apenadas, quanto pelos filhos que vêm a habitar no cárcere.

Não se admite mais, portanto, que brasileiros recém-nascidos que, por questões naturais, demandam da presença da genitora, sejam submetidos à prática degradante de um sistema carcerário que, há muito, necessita de transformação, sob pena de, com a continuidade de tal submissão, o Estado brasileiro agir em favor da retirada de direitos e na provocação de danos à criança.

A partir de então, fomentar-se-á uma nova ótica prática, capaz de permitir que à criança seja atribuído o cuidado materno em sua primeira infância; à apenada, seja garantido o exercício do direito à dignidade; e à sociedade, se imprima uma condição de justiça restaurativa, capaz de produzir a paz social, auxiliar na ressocialização das apenadas e assegurar a salubridade aos novos brasileiros.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo teceu, a favor da percepção jurídica, alguns dados relevantes para a ótica sobre a permanência de recém-nascidos no cárcere. Isto em razão da condição da mulher presa que, quando possui filho recém-nascido, pode ficar com ele, no cárcere, até que ele alcance os primeiros seis meses de vida. Em relação a isso, o estudo traçou algumas críticas, principalmente em referência à condição material de retirada de direitos dos recém-nascidos.

Primeiramente, explicou sobre a condição da saúde pública no cárcere feminino. Voltando-se à realidade das mulheres presas, principalmente aquelas que estão em período gravídico, o estudo afirmou que, conforme a Constituição Federal de 1988, o direito à saúde é universal e gratuito. Por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), a mulher presa tem o direito de, gratuitamente, ser atendida em todos os graus necessários.

Em relação à presa gestante, especificamente, o estudo apresentou a importância de um tratamento humanitário em favor delas, tanto pela condição do cárcere que, por regra, é caracterizado pela dificuldade de privacidade, em função da superlotação, quanto pela importância de se garantir todos os procedimentos de saúde fundamentais à gestação segura e saudável, como o pré-natal e a atenção pós-parto. Mesmo privada de liberdade, a presa brasileira tem o direito de ser tratada de forma humanizada e digna.

Porém, a dignidade que o Estado deve imprimir nos tratamentos inerentes ao estado gravídico, em regra, não são refletidos posteriormente. Isto porque a mulher, após dar à luz, pode, caso não seja beneficiada pela prisão domiciliar, ficar com o recém-nascido no ambiente carcerário, até que a criança alcance seis meses de vida, conforme a legislação que trata das execuções penais

Neste caso, o estudo identificou que, na prática, inúmeros desafios existem, principalmente aqueles ligados à estrutura das unidades prisionais e à dignidade que costumeiramente é delimitada pelos desafios inerentes ao sistema penitenciário. Essas deficiências podem prejudicar a salubridade do ambiente e, por consequência, refletir em danos à criança.

Em busca de um cenário onde recém-nascidos brasileiros não nasçam já com os direitos violados, é inadiável que o Estado brasileiro aja com urgência, no sentido de aprimorar as condições do cárcere, principalmente para a realidade feminina,

evitando que haja a prática de atos degradantes – a qualquer pessoa e especialmente à criança.

A partir de políticas destinadas ao aprimoramento do sistema penitenciário, fomentando o aumento de vagas e a diminuição da superlotação, aperfeiçoando o sistema de higienização e coibindo o desenvolvimento de doenças ligadas à falta de cuidados sanitários, a convivência no ambiente carcerário pode ser mais salubre, fornecendo, às mães e aos filhos, condições de existirem com dignidade, em um momento tão crucial para o desenvolvimento saudável de uma nova vida humana.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Denise Almeida de; BESSA, Leandro Sousa; SILVA, Beatriz Moreira. Maternidade e amamentação no cárcere: o desafio adicional para a efetivação de direitos das mulheres presas. **Interfaces Científicas - Humanas e Sociais**, [S. l.], v. 8, n. 3, p. 476–493, 2020. DOI: 10.17564/2316-3801.2020v8n3p476-493. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/humanas/article/view/9684>. Acesso em: 25 nov. 2022.

BANDEIRA, Regina. **Cadastro de grávidas e lactantes do CNJ mostra 514 presas**. 2019. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cadastro-de-gravidas-e-lactantes-do-cnj-mostra-514-presas/>. Acesso em: 08 out. 2022.

BARBOSA, Carlos de Corrê. **Há dignidade da pessoa humana no SUS?** 2019. JusBrasil. Disponível em: <https://cracb01.jusbrasil.com.br/artigos/732565627/ha-dignidade-da-pessoa-humana-no-sus>. Acesso em: 05 out. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.698, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017**. Acrescenta parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato. Brasília, DF: Presidência da República: Secretaria-Geral: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13434.htm. Acesso em: 07 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República: Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 04 out. 2022.

BRASIL. **Portaria Interministerial nº 1.777, de 09 de setembro de 2003**. Ministério da Saúde, Ministério da Justiça. Brasília, DF. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2003/pri1777_09_09_2003.html. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. **Súmula Vinculante nº 11, de 22 de agosto de 2008**. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Brasília, DF, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1220>. Acesso em: 08 out. 2022.

CAVALCANTI, Vanessa Faques; LANGE JR., Edison França. Gestantes no cárcere e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça**, [S. l.], v. 7, n. 10, p. 85-98, 2020. Disponível em: <https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/5242/4318>. Acesso em: 21 nov. 2022.

CHAVES, Luana Hordones; ARAÚJO, Isabela Cristina Alves de. Gestação e maternidade em cárcere: cuidados de saúde a partir do olhar das mulheres presas em uma unidade materno-infantil. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, [S. l.], v. 30, n. 1, p. 29-38, 2020. FapUNIFESP (SciELO). DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/s0103-73312020300112>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/physis/a/7z5kcxDVhFvksgJcGRRxQqv/?format=html>. Acesso em: 04 out. 2022.

DIAS, Thainara. **O direito   saúde da população prisional e a responsabilidade do Estado**. 2020. Direito Real. Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/o-direito-a-saude-da-populacao-prisional-e-a-responsabilidade-do-estado>. Acesso em: 04 out. 2022.

FERREIRA, Carolina Costa. Crianças e(m) cárcere: o papel da prisão domiciliar na proteção à primeira infância no distrito federal. **Revista Jurídica da Presidência**, [S. l.], v. 24, n. 133, p. 417-445, 31 ago. 2022. Biblioteca da Presidência da República. DOI: <http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.rjp2022v24e133-2295>. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/2295>. Acesso em: 03 nov. 2022.

GONÇALVES, Jacqueline Sampaio. **Mães no cárcere: A violação do direito à gravidez e à maternidade no sistema prisional**. 2020. Jus. Disponível em:

<https://jus.com.br/artigos/83697/maes-no-carcere-a-violacao-do-direito-a-gravidez-e-a-maternidade-no-sistema-prisional>. Acesso em: 08 out. 2022.

JESUS, Maria Gorete Marques de. Verdade policial como verdade jurídica: narrativas do tráfico de drogas no sistema de justiça. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [S. l.], v. 35, n. 102, p. 01-15, 2020. FapUNIFESP (SciELO). DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/3510210/2020>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/CV6vftDPgYdD4wR77BvcTmN/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 12 nov. 2022.

LEITE, Thainá Rodrigues. **O tratamento recebido pelas mulheres nas unidades prisionais brasileiras: O benefício da prisão domiciliar para as mães em cárcere**. 2020. 65 f. TCC (Graduação) - Curso de Bacharelado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/27150>. Acesso em: 09 out. 2022.

MENEZES, Carla Borges. **Problemas apresentados pelo sistema prisional feminino brasileiro e a ressocialização de mulheres egressas no Estado do Tocantins**. 2021. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/57464/problemas-apresentados-pelo-sistema-prisional-feminino-brasileiro-e-a-ressocializacao-de-mulheres-egressas-no-estado-do-tocantins>. Acesso em: 07 nov. 2022.

MOTTA, Rayssa. **Presas ainda são algemadas durante trabalho de parto, diz relatório**. 2018. R7. Disponível em: <https://noticias.r7.com/rio-de-janeiro/presas-ainda-sao-algemadas-durante-trabalho-de-parto-diz-relatorio-24102018>. Acesso em: 02 out. 2022.

MOUTINHO, Thais Batalha; PRATES, João Gabriel. **A mulher perante o sistema prisional brasileiro e a importância de medidas alternativas as prisões provisórias**. 2020. Jus. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/83805/a-mulher-perante-o-sistema-prisional-brasileiro-e-a-importancia-de-medidas-alternativas-as-prisoas-provisorias>. Acesso em: 04 nov. 2022.

OLIVEIRA, Taiane Cristina. de; SILVA, Maria das Mercês Gomes da; SILVA, Jordan Barros da. Revisão sobre a importância do aleitamento materno exclusivo nos primeiros seis meses de vida para a dupla mãe-bebê. **Revista de Iniciação Científica e Extensão**, [S. l.], v. 1, n. 2, p. 250–254, 2018. Disponível em: <https://revistasfasesa.senaaires.com.br/index.php/iniciacao-cientifica/article/view/90>. Acesso em: 25 nov. 2022.

PAULA, Estefany Rodrigues de. **O encarceramento feminino no Brasil e o cárcere dos recém-nascidos que vivem com suas mães dentro do sistema penitenciário**. 2021. JusBrasil. Disponível em: <https://estefanyrodrigues2706.jusbrasil.com.br/artigos/1347339631/o-encarceramento-feminino-no-brasil-e-o-carcere-dos-recem-nascidos-que-vivem-com-suas-maes-dentro-do-sistema-penitenciario>. Acesso em: 04 nov. 2022.

PEREIRA, Tatiane Guimarães; REIS, Alberto Olavo Advíncula. Representações de profissionais acerca do bebê em contexto prisional. **Trabalho, Educação e Saúde**,

[S. l.], v. 18, n. 3, p. 01-14, 2020. FapUNIFESP (SciELO). DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1981-7746-sol00306>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tes/a/x7q9YqczvGFv75PRfyKZyj/?lang=pt&format=html>. Acesso em: 02 nov. 2022.

SOUSA, Luciana Maria Pereira de; MATOS, Iara Nayara de Barros; PAIVA, Taysa Rayane Lucas de; GOMES, Sávio Marcelino; FREITAS, Cláudia Helena Soares de Moraes. Regime da escassez: a alimentação no sistema penitenciário feminino. **Ciência & Saúde Coletiva**, [S. l.], v. 25, n. 5, p. 1667-1676, maio 2020. FapUNIFESP (SciELO). DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/1413-81232020255.34612019>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/VDRvVtrHR7BcRHWdDRxQ3vm/?format=html&lang=p>. Acesso em: 08 nov. 2022.

SOUTO, Luiza. RJ: Presas dão à luz algemadas: relatório cita laqueadura sem permissão. **Uol**, 2021. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2021/10/28/presas-dao-a-luz-algemadas-e-passam-por-laqueadura-sem-saber-diz-orgao.htm>. Acesso em: 04 out. 2022.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS: EM RAZÃO DA ATIVIDADE PUBLICITÁRIA E SEUS REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO¹⁹**CIVIL RESPONSIBILITY OF DIGITAL INFLUENCERS: DUE TO ADVERTISING ACTIVITY AND ITS EFFECTS ON CONSUMER RELATIONS**ALEÍSA NUNES DO NASCIMENTO²⁰RICARDO SÉRVULO FONSÊCA DA COSTA²¹**RESUMO**

O presente artigo tem como objetivo analisar aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo, o qual tem como uma das partes a presença do influenciador digital, busca identificar qual responsabilidade dos influenciadores digitais perante as publicidades veladas ou indicações de produtos e serviços, realizadas através de suas redes sociais. Utilizou-se o método de pesquisa descritivo e o quantitativo, apresentado através de análise bibliográfica com panorama em obras e artigos que apresentam pertinência temática, bem como fora realizado levantamentos de casos fáticos objetivando relacionar a atuação do Conselho de Autorregulamentação Publicitária e o Código de Defesa do Consumidor perante reclamações realizadas por consumidores lesados, analisando a responsabilidade do influenciador digital e quais medidas a serem aplicadas. Portanto conclui-se, que a responsabilidade civil aplicada aos influenciadores digitais é objetiva, por serem figuras públicas com notória popularidade com poder de persuasão, os quais recebem vantagens econômicas e fazem parte diretamente da cadeia de consumo, exercendo o papel de fornecedores anunciantes, de forma que seus seguidores, após adquirir produtos/serviços indicados tornam-se consumidores.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Consumidor. Influenciadores Digitais. Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade Civil. Relação de Consumo.

ABSTRACT

This article aims to analyze the applicability of the Consumer Protection Code in consumer relations, which has as one of the parts the presence of the digital influencer, seeks to identify the responsibility of digital influencers in the face of veiled advertising or indications of products and services, carried out through their social networks. A descriptive and quantitative research method was used, presented through a

¹⁹ Texto originalmente apresentado e aprovado como Trabalho de Conclusão de Curso – TCC no Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, em dezembro de 2024.

²⁰ Bacharela em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP.

²¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museu Social Argentino - UMSA, com título revalidado pela Universidade Estácio de Sá- Rio de Janeiro. Mestre em Direito e Sustentabilidade pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar – UNP. Atualmente é Procurador Geral do Município de Itabaiana-PB. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político – ABRADep. Membro da Academia Paraibana de Letras Jurídicas - APLJ. Professor universitário na Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP. Advogado. Jornalista e apresentador de TV, em programa jornalístico jurídico. Atuou como orientador dessa pesquisa.

bibliographic analysis with an overview of works and articles that present thematic relevance, as well as factual case surveys aiming to relate the performance of the Advertising Self-Regulation Council and the Defense Code. of the Consumer in the face of complaints made by aggrieved consumers, analyzing the responsibility of the digital influencer and what measures to be applied. Therefore, it is concluded that the civil liability used to digital influencers is objective, as they are public figures with notorious popularity with the power of persuasion, who receive economic advantages and are directly part of the consumption chain, playing the role of advertisers, so that their followers, after purchasing indicated products/services, become consumers.

KEYWORDS: Consumer Law. Digital Influencers. Consumer Protection Code. Civil responsibility. Consumer relationship.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa realizada no presente artigo, amolda-se na área do direito do consumidor, alude sobre a atribuição da responsabilidade civil dos influenciadores digitais em razão das recorrentes práticas de realizações de publicidades veladas/irregulares e indicações de produtos ou serviços realizadas através de suas redes sociais.

Com a evolução tecnológica, nascem novas formas de comunicações, como redes sociais o qual encontra-se números crescentes de usuários, sejam celebridades, anônimos, blogueiros, como também os denominados influenciadores digitais, que são conhecidos por formarem opiniões na *internet*, figuras publicas, com notório engajamento, os quais utilizam sua rede social como ferramenta de trabalho.

Através do crescente número de seguidores, o influenciador é considerado uma celebridade para seu público, os quais diariamente consomem conteúdos por eles produzidos, seguem fielmente dicas, inspirações ou compactuam as mesmas opiniões. Por tamanha exposição e compatibilidade de rotinas, pensamentos e por as plataformas digitais disponibilizarem meios de comunicação em tempo real, faz com que os usuários/seguidores sintam-se cada vez mais conectados e próximos ao seu ídolo criando confiança e intimidade entre as partes.

Com tamanha notoriedade, engajamento e poder de persuasão, muitas empresas viram um meio de divulgações de seus produtos, de forma que obtivessem bons resultados rápidos e certos, podendo divulgar diretamente ao público específico, apenas com análise dos perfis dos influenciadores.

Com o surgimento da possibilidade de um novo meio de publicidade, muitas empresas contratam os influenciadores digitais para realizarem divulgações de seus produtos/serviços, porém ocorre que diversas vezes as publicidades realizadas não são explícitas, o que leva muitos seguidores aquirem por acreditaram que a publicação se trata de indicação pessoal, onde diversas vezes os influenciadores sequer usaram o produto/serviço, podendo ser inverídico as informações expostas na publicidade, ferindo o princípio da boa-fé e os direitos básicos dos consumidores.

Com a evolução de meios de compras pela internet e o crescente números de pessoas lesadas, por caírem em golpes, ou adquirirem produtos com vícios, defeitos ou divergente ao que anunciado, vê-se a necessidade orientar a sociedade quanto aos direitos básicos dos consumidores, que seguem sendo infringidos seja por empresas ou pela figura dos influenciadores digitais quando realizam publicidades veladas.

Portanto, compreende-se que apesar do influenciador digital não ser o proprietário da empresa o qual ele realizou publicidade, ainda assim resta configurada uma relação de consumo, uma vez que estão presentes os requisitos básicos da relação jurídica de consumo, o que torna necessário identificar qual a posição o influenciador assume perante os erros, vícios ou publicidade enganosa dos produtos anunciados através das suas redes sociais.

Destarte, por ser uma problemática nova, que até o presente momento não possui legislação específica para coibir conflitos, é necessário análise profunda acerca do tema, para que os consumidores tenham seus direitos básicos resguardados, portanto, o objetivo geral consiste em analisar qual polo figura o influenciador digital, bem como investigar a aplicação do Código de defesa do consumidor ante a relação de consumo que tem presente o influenciador digital e qual responsabilidade recairá quando ocorrer cometimentos de erros.

Para conduzir execução do presente trabalho fora utilizado a técnica bibliográfica e documental, o qual consiste em analisar artigos científicos, obras, jurisprudências, bem como consulta as legislações. O presente estudo fora dividido em três seções, o qual cada seção baseia em temas importantes ao objetivo final, o qual é compreender qual a responsabilidade dos influenciadores digitais ante publicidade velada, realizadas em suas redes sociais.

Portanto, a primeira seção aborda a evolução histórica e o surgimento da *internet*, redes sociais, da migração das empresas para o âmbito virtual, até chegar à figura do influenciador digital como agente publicitário. A segunda seção aborda sobre publicidades irregulares, o hiperconsumo, bem como o dano social. A terceira e última seção aborda sobre a responsabilidade civil e a indenização por dano social, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor e atuação do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária- CONAR.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA E O SURGIMENTO DA INTERNET

O advento da internet impactou diretamente o mundo, trouxe inovações em diversos âmbitos, principalmente nos relacionamentos interpessoais como também teve influência direta nas relações de consumo, inovando e facilitando as divulgações e negociações de produtos e serviços, possibilitando que a qualquer momento e em qualquer lugar o indivíduo tenha acesso a informações.

Há aproximadamente 50 anos, os principais meios de comunicação eram telégrafos e o telefone, computadores eram objetos inacessíveis, além de serem grandes máquinas, suas principais finalidades eram armazenar informações e realizar cálculos, seu uso era restrito e exclusivo apenas para fins científicos e governamentais (GILES, 2010).

Segundo Giles (2010), a *internet* surgiu, no auge da Guerra Fria, onde Estados Unidos e União Soviética estavam em embate em termos econômicos, políticos, ideológicos, militares e tecnológicos. Nesse cenário qualquer inovação poderia contribuir nessa disputa. Ambas superpotências compreendiam a necessidade e a importância dos meios de comunicação, pois ataques as bases militares poderiam vaziar informações sigilosas, e os deixar vulneráveis, tal situação fora o principal motivo para idealização do protótipo de troca e compartilhamento de informações que permitissem a descentralização das mesmas.

Após o primeiro passo, a idealização do modelo, logo surgiu a primeira rede de computadores a *ARPAnet* (*Advanced Research Projects Agency Network*), através de tamanha inovação ocorreram diversas modificações e modernizações, até chegar ao que hoje conhecemos a *TCP/IP* (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*),

com essas melhorias as comunicações deixaram de ser exclusivas, e tornou disponíveis a todos, possibilitando acesso a redes individuais, comerciais e educacionais (GILES, 2010).

Com advento da evolução tecnológica, a *internet* tornou-se presente no cotidiano dos brasileiros, adjunto veio o desenvolvimento e a ampliação do uso das redes sociais, as quais hoje são umas das principais fontes de consumo de informações. Conforme resultado de pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2021:

[...] 90% dos domicílios tiveram acesso à internet, com alta de 6 pontos percentuais frente a 2019 o qual constava o percentual de 84% dos domicílios, bem como ocorreu crescimento significativo na área rural, de 57,8% de residências com uso da internet subiu para 74,7% entre os anos 2019 e 2021 (IBGE, 2022).

O surgimento da internet é considerado um marco importante na evolução tecnológica e social mesmo ainda em evolução e passando por melhorias, a *internet* interferiu diretamente na sociedade, trouxe diversas modificações, seja no âmbito social, econômico, ou até mesmo nos meios de mercado. Com tantas melhorias e migrações de serviços que antes só eram realizados apenas em ambientes físicos, é quase impossível viver sem estar conectado a uma rede.

2.1 REDES SOCIAIS E COMÉRCIO ON-LINE

Com inserção do acesso à internet na sociedade, surgiram diversas redes sociais, ferramentas que na maioria dos casos são gratuitas, as quais permitem que usuários criem perfis públicos e através deles possam ter contato com outros indivíduos, comunicar-se, compartilhar experiências, informações, expor opiniões e estabelecer relações (LEMOS; LEVY, 2010).

Com tamanha evolução dos meios de comunicações, os autores Lemos e Levy (2010, p. 15) dispõem, que “as tecnologias interativas iniciaram com os telefones celulares e consolidaram com as redes sociais, desenvolvendo a ‘Ciberdemocracia’ que tem como característica a heterogeneidade, ou seja, a pluralidade de pessoas de diversas etnias e grupos”

No mesmo sentido concluem que as redes sociais proporcionam fenômeno de compartilhamento de informações os quais contribuem para o fortalecimento da

democracia (LEMOS; LEVY, 2010). O desenvolvimento das redes sociais é promissor, uma vez que além de uma ferramenta de comunicação sua aceitação é positiva, o que faz com que a sociedade continue a usufruir e acompanhar os avanços tecnológicos.

Atualmente, a população brasileira está cada dia mais incluso no mundo digital, pesquisa realizada em parceria pela We Are Social e Hootsuite, em outubro de 2021 mostra que o “Brasil é o terceiro país que mais utiliza as redes sociais”. E, de acordo com pesquisa feita pela NordVPN, as pessoas ficam em média 3 horas e 47 minutos do seu dia navegando nas redes (RODRIGUES, 2022, *on-line*).

O fato é que o avanço dos meios de comunicação influenciou diretamente na evolução do mercado de consumo, ou seja, “Juntamente, com o crescimento gigantesco da presença de usuários, há inúmeras marcas presentes nas redes” (RODRIGUES, 2022, *on-line*). No ano de 2010, fora o início da inovação dos meios de comercialização, com o surgimento dos *sites* de vendas de produtos pela internet, fora uma inovação de extremo sucesso e destaque até os dias atuais.

Além dos referidos sites as empresas também apostaram nas redes sociais, criando perfis destinado a promover seus anúncios e vendas dos produtos, bem como investem fortemente na contratação de profissionais da *web* para realização de suas publicações. Atualmente, grandes e microempresas usam as redes sociais como meio de divulgação dos seus produtos/ serviços os quais clientes podem adquirir o produto desejado a qualquer momento.

Com as vastas possibilidades de lucrar na internet, muitos empresários optam em investir apenas nas redes sociais, criando perfis para empresa e realizar divulgações e vendas através dele, há também os *e-commerce*, que são uma modalidade de negócios em que as transações comerciais são realizadas totalmente online, desde a escolha do produto a entrega.

O aplicativo Instagram, tornou-se popular entre indivíduos de todas as faixas etárias, o que antes era apenas uma rede social para compartilhamento de fotos e vídeos, tornou uma grande janela de exposição de vendas online, além da existência de milhares de perfis comerciais, há também os perfis dos influenciadores digitais, perfis particulares que diariamente realizam publicidades. Nas palavras de Sanchez (2022, *on-line*) “falando em investimento em redes sociais para 2022, o Instagram se mantém em 1º lugar por mais um ano, com aposta de 38% dos investimentos por parte das empresas”.

Atualmente, empresas que não acompanham o desenvolvimento tecnológico e não investem nas mídias sociais ficam para trás, pois o uso das redes sociais e da internet é uma das principais fontes de informações da sociedade: o telefone celular, lidera sendo o principal equipamento de acesso à internet em 99,5% dos domicílios. Na segunda posição, pela primeira vez, agora aparece a televisão, opção de acesso mais utilizada em 44,4% dos domicílios (RODRIGUES, 2022)

2.2 ORIGEM INFLUENCIADOR DIGITAL

Influenciador digital ou *digital influencer*, são nomes usados para designar profissionais da *web*, os quais atuam influenciando pessoas através de suas redes sociais. Com a ampliação da acessibilidade da *internet*, bem como a implementação das redes sociais, surge a figura do influenciador digital, conhecido como formadores de opinião: são pessoas, em alguns casos anônimas, que ganham notoriedade e confiança do público ao usar suas redes sociais para expressar opiniões, compartilhar dicas, mostrar seu dia a dia, bem como influenciar indivíduos a adquirir determinados bens ou serviços (SANCHEZ, 2022; RODRIGUES, 2022).

Do mesmo modo afirmam Gasparatto, Freitas e Efig (2019, p. 75):

Os influenciadores digitais são grandes formadores de opinião, sendo capazes de modificar comportamentos e mentalidade de seus seguidores, visto que em razão da exposição de seus estilos de vida, experiências, gostos, preferências e, principalmente, da interação social acabam conquistando a confiança dos usuários ora consumidores (conhecidos como seguidores).

O influenciador digital normalmente estabelece conexões com o público, pois além dos números de seguidores é necessário engajamento, diante disso os influenciadores buscam construir uma boa reputação, bem como criam meios para que o público se sinta próximos, seja compartilhando sua rotina ou dando dicas ditas como essenciais, faz com que o seguidor incorpore seu estilo de vida ou identifique com a sua rotina.

Após ganhar a confiança do público, e estar sempre interagindo, e com o engajamento em alta, todos os compartilhamentos do influenciador produzem impactos nas vidas dos seus seguidores, conforme aduz Karhawi (2019, p. 48):

Os influenciadores são aqueles que têm algum poder no processo de decisão de compra de um sujeito; poder de colocar discussões em circulação; poder de influenciar em decisões em relação ao estilo de vida, gostos e bens culturais daqueles que estão em sua rede.

Karhawi (2019, p. 55) diz ainda o seguinte:

Um influenciador digital deve a institucionalização de suas expertises aos blogueiros. Mesmo que o influenciador em questão nunca tenha tido um blog. Mesmo que atue apenas no YouTube ou que tenha só uma conta no Instagram.

Conforme o influenciador dedica maior tempo a produzir conteúdos, a expor-se nas redes sociais, intensifica relação de proximidade, criando um senso de acessibilidade, intimidade e consequentemente aumentando seu público e engajamento. Com tamanha dedicação, e um crescente número de seguidores, bem como um bom engajamento, muitas empresas viram uma nova possibilidade de oferecer seus produtos e serviços, de forma em que tal conteúdo chegue de maneira rápida a um número indeterminado de pessoas, trazendo a possibilidade de aumento do consumo dos bens e serviços.

Argumentando a esse respeito, esclarece Dias (2018, p. 322):

Podemos afirmar com segurança que nos dias de hoje a internet se tornou uma atividade cotidiana das pessoas. Anunciar nesse meio digital passou a ser tarefa obrigatória das empresas que buscam diferenciar sua marca, bem como promover produtos ou serviços com maior acuracidade, direcionando-os para públicos-alvo específicos.

Com isso, cria-se um novo meio para realização das publicidades, os quais os influenciadores digitais usam suas redes sociais e de seu poder de convencimento para realizar anúncios de determinados serviços ou produtos em troca de valores pecuniários ou até mesmo porcentagem das vendas realizadas através da sua publicidade com uso de cupons ou uso gratuito dos seus serviços ou vales compras.

2.3 INFLUENCIADORES DIGITAIS COMO AGENTE DE PUBLICIDADE

Como explanado nos tópicos anteriores, os influenciadores digitais, são formadores de opinião, os quais portam redes sociais com grandes números de seguidores e alto engajamento, o qual exercem demasiada influência, como também portam a habilidade de persuasão, o que possibilita ter um público fiel e manter engajamento em suas mídias sociais.

Com a popularidade e o engajamento em alta, diante desse cenário muitas empresas apostaram nesse novo método de publicidade, além de estarem mais próximas aos consumidores, há a possibilidade da publicidade ser destinada diretamente ao público específico, apenas com a análise do perfil do influenciador, bem como alcance alto nas vendas de maneira rápida.

Atualmente muitas empresas compreendem que a figura do influenciador digital é de relevante importância para alavancar vendas, pesquisa realizada pela YouPix (2021, *on-line*) mostra que o influenciador digital faz parte das estratégias de marketing e comunicação, que “no ano de 2021, 94% das amostras de marcas nacionais que trabalharam com influenciadores, tiveram como parte de investimento o percentual de 35% do orçamento em mídia sociais”.

Apesar de muitos acreditarem influenciador digital é apenas um *hobby*, há algum tempo muitas figuras usam suas mídias sociais como sua única fonte de renda, embora seja carreira relativamente nova no mercado, o influenciador exerce várias funções, seja de publicitários, blogueiros, até mesmo empresária, uma vez que por trás de toda publicação há uma série de procedimentos, como câmeras man, roteiristas, editores, assim enquadrando como atividade empresária prevista no art. 966 do Código Civil, *in verbis*: “Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (BRASIL, 2002).

Nesse mesmo sentido Tristan (2019, *on-line*) discorre:

Os chamados influenciadores digitais amadureceram e se assumiram como ágeis empreendedores culturais, atuando como empresas de conteúdo, produção e mídia. Esse movimento fez com que surgisse uma nova organização de trabalho. Hoje essas pessoas trabalham desde a cocriação de campanhas, cobertura de eventos e até pesquisas. E com esse crescimento cada vez mais constante do mercado de influenciadores é preciso entender o que as marcas esperam desses profissionais e também o que é necessário para você se diferenciar dos demais. Ou seja, o que estamos falando é: se influenciador passa a enxergar seu trabalho como uma profissão e não mais como um hobby, fica ainda mais evidente que a marca pessoal do influenciador deve se transformar em um modelo de negócio. Ser influenciador digital pode (e deve!) ser visto uma atividade empreendedora.

Para a realização do trabalho publicitário além de toda sequência de roteiros e preparação o influenciador conta principalmente com a sua imagem, pois através dela ele induz o consumidor a adquirir bens ou serviços, contudo, ao realizar as publicidades a relação que antes era só amistosa, evolui para relação de consumo,

diante disso os influenciadores devem perante a sociedade agir com lealdade e boa fé, conforme disposto no artigo 4º, III, do Código de defesa do consumidor.

Portanto, ao analisar as atividades publicitárias realizadas pelos influenciadores digitais fica evidente que além de atuarem como formadores de opiniões, empresários e publicitários, consequentemente tornam-se parte da relação de consumo, porém por ser um tema novo, ainda não há legislação específica que caracterize a relação, dessa forma é essencial saber qual a incidência do Código de defesa do consumidor para detectar a responsabilidade civil imputada aos profissionais da “web” quando incorrer erro.

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A SOCIEDADE DE CONSUMO

Sociedade de consumo é o termo utilizado para representar os avanços no sistema capitalista o qual se intensifica ao longo do tempo. Em termos históricos, “a sociedade do consumo surgiu no início do século XX, expandindo-se para sociedade de consumo em massa duas décadas após a Segunda Guerra Mundial, com essa intensificação surgiu no que hoje conhecemos como sociedade do hiperconsumo” (FACHIN, 2012, p. 78).

Entre os séculos XVII e XXI, ocorreu extrema evolução na sociedade, não apenas na economia, modificou principalmente o modelo capitalista de mercado, quem antes apenas produzia, passou a ser estimulado a consumir. A substituição do homem pela máquina, fez com que houvesse diversidades e rapidez em gerar produtos para todos os públicos, possibilitando que as demais classes fizessem parte da rede de consumo, ou seja, “a sociedade de consumo fora a evolução do capitalismo que se instalou após a Revolução industrial” (LIPOVETSKY, 2004, p. 45).

Para o referido autor, a Revolução Industrial teve grande impacto na modificação da consciência da classe trabalhista e consumerista, os quais tiveram ciência sobre os seus direitos diante a nova era capitalista que se consolidava. Com os avanços tecnológicos e a possibilidade de todas as classes fazerem parte do mercado de consumo, os produtos tornaram-se cada vez mais descartáveis, bem como extremamente acessíveis, pessoas passaram a consumir descontroladamente, o consumo deixou de ser para algo necessário para ser fonte de prazer.

Lipovsky (2007, p. 36) caracteriza a “sociedade do hiperconsumo como sentimento de busca pela felicidade, o que justifica o consumo desenfreado de

objetos”. No mesmo sentido Fachin (2012, p. 80) diz que “a nova realidade engloba a sociedade do hiperconsumo, os quais indivíduos não veem o consumo como um meio de alcançar status social, mas de realizar seu desejo de novas sensações e experiências”.

Com o consumo desenfreado e a falta da educação financeira a publicidade também é uma grande aliada das vendas, atualmente é a principal responsável por criar desejo de consumo, por meio de seus artifícios, seduz o consumidor, cria uma sensação de felicidade, o faz acreditar que aquele desejo é fruto de suas necessidades.

Com os avanços tecnológicos que engloba o meio consumerista, a facilidade de realizar compras em qualquer lugar e horário, vem contribuindo para que pessoas consumam desenfreadamente, tornando uma sociedade de pessoas viciadas em consumir, de novos pródigos, tornando cada dia mais presente uma sociedade de hiperconsumo desnecessário.

3.1 PUBLICIDADES VELADAS E IRREGULARES NA MÍDIAS SOCIAIS

Como abordado alhures o hiperconsumo já faz parte da realidade de milhares de pessoas, o prazer de consumir vem trazendo diversos prejuízos na sociedade, além do surgimento dos “novos pródigos” vem o superendividamento que assola diversas famílias brasileiras. Desta realidade quem mais tira proveitos são as empresas que criam produtos acessíveis, descartáveis para todos os públicos.

Com a atual realidade, o consumo desenfreado e a facilidade de realização de compras, há uma briga entre as empresas em quem irá ganhar aquele consumidor, para isso as mesmas apostam em publicidades em todos os canais de comunicação, para Guimarães, “a publicidade é atividade empresarial ligada ao marketing, que transmite mensagens informando aos consumidores a existência do produto ou serviço” (GUIMARÃES, 2001, p. 87).

Atualmente, em todo lugar que você vá ou acesse há uma publicidade, principalmente nas mídias sociais como o *youtube*, *facebook* e Instagram, além da possibilidade de os empresários criarem perfis para suas empresas, eles também apostaram em contratar figuras públicas, como os influenciadores digitais para que diariamente realizem publicidades as quais atingem diretamente milhares de consumidores.

Os consumidores são constantemente carreados a vivenciarem um estado lúdico prazeroso e de desejo, através das redes sociais, a qual é um dos principais responsáveis por mascarar fraudes e abusos causados no âmbito consumerista. Diversos influenciadores digitais quando realizam publicidades as fazem de modo com que o consumidor não compreenda de que se trata de anúncio publicitário, levando a crer ser apenas indicação pessoal, indo contra ao princípio da identificação da publicidade presente no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor que em seu caput dispõe que; “A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. (BRASIL, 1990).

Com fulcro no Código de Defesa do Consumidor e CONAR, apesar do meio de comunicação ser uma rede social pessoal, ainda assim as publicidades realizadas através das mesmas, devem constar de forma clara que se trata de parceria paga/publicidade, pois em casos de ausências a publicação será classificada como publicidade velada. Compreende-se como publicidade velada qualquer mensagem publicitária que não pode ser identificada pelo consumidor.

Atualmente, umas das fontes de publicidades que está em alta são as realizadas por redes sociais através das figuras públicas, muitas empresas contratam os influenciadores e dão margem de independência para que eles realizem a publicidade como quiser, de modo que as faz de maneira natural como estiverem apenas indicando uma opinião pessoal.

Usando do seu carisma, naturalidade e da confiança adquirida com seu público diversas vezes influenciadores emitem opiniões favoráveis, qualificam ou omitem características de produtos/ serviços sem nem sequer ter usado, levando muitas vezes consumidores a adquirirem tais produtos por acreditarem em um falso *feedback*.

3.2 DANO SOCIAL

Os danos sociais é uma nova espécie de danos, pertencente a esfera extrapatrimonial, porém não se confunde com o dano moral, uma vez que possui características distintas, os danos morais têm como finalidade a função reparatória e compensatória e os danos sociais a punição e prevenção. Apesar de ainda não haver

previsão legal, dispõem de vasta aceitação tanto no Superior Tribunal de Justiça, como em doutrinas e jurisprudências.

Embora os danos civis, como dano moral coletivo, dano estético, dano por perda de chance e dano social pareçam extensões dos danos morais, são dispostos em categorias autônomas por possuírem características próprias. Os danos civis são divididos em duas classificações, a patrimonial e extrapatrimonial. No entanto o dano social não se enquadra perfeitamente em umas das classificações, de tal forma constituindo a categoria *sui generis* de dano, Azevedo (2009, p. 378) conceitua dano social como

[...] um ato, se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. [...]. Isto é particularmente evidente quando se trata da segurança, que traz diminuição da tranquilidade social, ou de quebra de confiança, em situações contratuais ou para-contratuais, que acarreta redução da qualidade de vida coletiva.

Os danos sociais têm como principal diferença dos danos morais coletivos o resultado final, uma vez que os danos morais coletivos são simultaneamente e atinge vários direitos da personalidade de pessoas determinadas ou determináveis, já os danos sociais não se limita apenas na esfera extrapatrimonial, nem pressupõe a existência de um dano moral para sua aplicação, bem como as lesões ocorrem à coletividade indeterminados ou indetermináveis e, conforme preceitua Azevedo (2009, p. 379):

Os danos sociais são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral da pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população.

Neste mesmo sentido dispõe Gonçalves (2012, p. 563) que “danos sociais são aqueles que causa, rebaixamento no nível da coletividade os quais decorrem de condutas socialmente reprováveis, e que em tais casos o juiz deve fixar verba compensatória e aquela é de caráter punitivo ao dano social”. Analisando a ação de um influenciador digital ao realizar publicidade enganosa, seja por dolo ou culpa, em redes sociais, ver-se que tal conduta configura dano social, uma vez que ocorre

violação da confiança, bem como foge da esfera individual a partir do momento que tal publicação chegará a um número indeterminado de pessoas de modo que os danos sofridos terão proporções sociais

Portanto, os efeitos da publicidade ilícita ou enganosa realizada pela figura do influenciador digital, além de ferir direitos básicos dos consumidores, causar danos morais e danos morais coletivo, também poderá se cumulado com o dano social, uma vez que a lesão ultrapassa a esfera individual, fere direitos sociais e a quantidade de vítimas atingidas é indeterminada.

4 INDENIZAÇÃO POR DANO SOCIAL

Como abordado em outra seção os danos sociais é uma nova espécie de danos indenizáveis, o qual vem sendo objeto de amplos debates. A dignidade da pessoa humana e função social são elementos essenciais para legitimação do dano social. Dentro de uma estrutura Republicana a dignidade da pessoa humana, deve sempre ser resguardada, de tal maneira que o dano social seria um modo de responsabilizar as lesões causadas de modo coletivo a esse direito. Nesse mesmo sentindo dispõe Fisberg (2018, p. 139):

Induvidosa a fundamentação do dano social com base no Estado Democrático a partir da 'dignidade da pessoa humana' (art. 1º, inciso II, da Constituição Federal), com base no objetivo fundamental republicano de 'uma sociedade livre, justa e solidária' (art. 3º, inciso I, da Constituição) ou nos direitos fundamentais, como a 'igualdade' (art. 5º, caput, da CF88). A 'eficácia horizontal dos direitos fundamentais' justifica o protagonismo da responsabilidade civil como instrumento apto a mediar conflitos e impor valores. [...]. Neste esteio, apesar do inequívoco fundamento legitimador na Constituição Federal, o principal argumento de legitimidade dos danos sociais é, paradoxalmente, a sua aptidão para reduzir os danos reconhecidos a partir da consagração da responsabilidade civil com viés punitivo.

Portanto, analisando lesões causados por esse dano é de suma importância que casos sejam verificados e punidos proporcionalmente. Diante da importância de assegurar direitos fundamentais, a figura do influenciador digital que em alguns casos podem ser reconhecidos como empresas, tem o dever realizar publicações de maneira lícita, não apenas visando o lucro.

Ao analisar uma publicidade ilícita realizada pelo influenciador digital em suas redes sociais abertas, ver-se o cometimento de diversas infrações, sejam no âmbito consumeristas, como no cível, além de ferir diretamente preceitos básicos dispostos

no CDC referente a regulamentação da publicidade, ver-se também que daquela publicação pode se causar diversos danos que fogem a esfera individual e passa a ser coletivo por uma quantidade indeterminada de vítimas, enquadrando-se perfeitamente em danos sociais.

Diante aos danos causados é necessário que haja uma reparação, contudo, a indenização por danos sociais assume caráter punitivo e preventivo, diversas doutrinas divergem a respeito da destinação da indenização, Silvestre, Silva e Schneider (2017, p.71) defendem que “o *plus* indenizatório deve ser destinado aos fundos de reparação à sociedade”.

Neste mesmo sentido defende o doutrinador Tartuce (2018, p. 222), mediante a afirmação de que “a ideia, nesse sentido, é perfeita, se os prejuízos atingiram toda a coletividade, em um sentido difuso, os valores de reparação devem também ser revertidos para os prejudicados, mesmo que de forma indireta”. Já Azevedo (2009), defende que quem deve ficar com o montante indenizatório seria a vítima que entrou com o processo e defendeu o tema, descartando as hipóteses anteriores sob a justificativa que o Ministério Público, possui muitas demandas e mais um tema iria sobrecarregar o sistema.

Portanto, observando a finalidade da responsabilidade do dano social é punir e prevenir os causadores de condutas lesivas que ultrapassam interesses individuais, o aconselhado é que a indenização seja destinada à coletividade, uma vez que a vítima é a sociedade, mesmo que muitos não entrem com demandas judiciais, ainda assim resta claro que houve uma lesão em seu direito.

4.1 ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA FACE AOS INFLUENCIADORES DIGITAIS

A publicidade é um meio de divulgação, com fins comerciais, que tem como objetivo tornar público produto ou serviço a ser consumido, porém na maioria dos casos muitas publicidades são realizadas de forma inadequada, seja por dolo ou culpa as quais vão contra aos valores protegidos pela lei consumerista e atingem diretamente vulnerabilidades dos consumidores.

A pluralidade no meio publicitário é extrema, assim como as novas formas de fraudes consumeristas. Com a inserção de novas tecnologias e a possibilidade de

realizar publicidades em redes sociais, os números de consumidores lesados é crescente, principalmente vítimas de publicidades veladas realizadas através de perfis pessoais.

Ante o exposto fora necessário criar mecanismos de defesa para combater atos lesivos frente ao consumidor, no Brasil, o método adotado fora o misto, tanto o Estado, quanto os agentes privados, controlam a prática publicitária. O método privado é realizado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), que atua como órgão judicante nos litígios éticos.

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária é uma organização não-governamental, fundada em 1980, na cidade de São Paulo, após o Governo Federal anunciar que pretendia sancionar lei de censura. O seu principal objetivo é promover a liberdade de expressão publicitária e defender prerrogativas constitucionais da propaganda comercial. Contudo o CONAR não detém poder coativo, sua atuação é limitada frente a defesa dos direitos dos consumidores (CONAR, 2022a).

O CONAR não exerce censura prévia sobre as peças publicitárias, denúncias recebidas são julgadas pelo Conselho de Ética, com total e plena garantia do direito de defesa, quando comprovadas irregularidades o CONAR recomenda aos veículos de comunicação a correção da propaganda, ou suspensão da exibição da peça publicitária, ou em casos mais graves poderá advertir o anunciante e a agência (CONAR, 2022a).

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária segue as mesmas normas previstas no Código de Defesa do consumidor, como a sinalização de anúncios publicitários, não importando qual meio de divulgação, como a obrigatoriedade de os anúncios serem de fácil identificação pelos consumidores, conforme artigos 23 e 28 do referido Código:

Art. 23 Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade [...].

Art. 28 O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual a sua forma ou meio de veiculação (BRASIL, 1980).

O CONAR vem atuando em diversos casos que envolvem influenciadores digitais, no ano de 2021 teve alta nos números de denúncias, principalmente no mês de outubro, em sua maioria envolvia, publicidades nas redes sociais, como a falta de

identificação, veracidade, e a figura do influenciador digital, conforme publicado no Boletim de Ética do CONAR:

Em sua maioria, as representações questionavam a apresentação verdadeira das peças publicitárias. Os outros questionamentos mais mencionados foram identificação publicitária deficiente e responsabilidade social. A internet, repetindo anos anteriores, é o meio de comunicação mais largamente citado nas denúncias, com destaque para as redes sociais. O Conselho de Ética julgou ao longo do ano 303 representações éticas; mais de 83% delas terminaram em recomendação de penalização ao anunciante, sua agência e também a influenciadores digitais (CONAR, 2022b).

Como observado a maioria das reclamações dos consumidores frente ao CONAR são de publicidades realizadas pelos os influenciadores. Portando há necessidade de responsabilização por tais atos ilícitos, o CONAR regulamenta a respeito da responsabilidade pelos atos praticados, em seu código prevê que a responsabilidade cabe ao anunciante e sua agência:

Artigo 45 - A responsabilidade pela observância das normas de conduta estabelecidas neste Código cabe ao Anunciante e sua Agência, bem como ao Veículo, ressalvadas no caso deste último as circunstâncias específicas que serão abordadas (BRASIL, 1980).

Influenciadores: Responsabilidade partilhada pelos agentes: Anunciante, agência e influenciador:

Artigo 46 - Os diretores e qualquer pessoa empregada numa firma, companhia ou instituição que tomem parte no planejamento, criação, execução e veiculação de um anúncio, respondem, perante as normas deste Código, na medida de seus respectivos poderes decisórios. (BRASIL, 1980).

Bem como dispõe que o conteúdo criado pelo Influenciador não exime o anunciante do cumprimento das regras:

Artigo 47 - A responsabilidade na observância das normas deste Código abrange o anúncio no seu conteúdo e forma totais, inclusive testemunhos e declarações ou apresentações visuais que tenham origem em outras fontes. O fato de o conteúdo ou forma serem originários, no todo ou em parte, de outras fontes, não desobriga da observância deste Código. (BRASIL, 1980).

O Código Brasileiro de Autorregulamentação publicitária não age diferente ao Código de Defesa do Consumidor, em que atribui a responsabilidade àquele que faz parte da relação de consumo, para o CONAR os influenciadores digitais deverá ser

responsabilizando diante ao conteúdo publicado em suas redes sociais, como também pelas indicações e serviços realizados pelos mesmos.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS INFLUENCIADORES DIGITAIS SOB ÓTICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como abordado em seções anteriores os influenciadores digitais cada dia ganham mais espaço nas plataformas digitais, são considerados figuras de destaque na era da publicidade digital, exercem grande influência sobre os consumidores quando participam de atos publicitários. Tal influência, como abordado alhures é exercida em função da confiança, carisma e credibilidade associado à sua imagem.

Ocorre, que quando o influenciador digital, utiliza-se de sua credibilidade e do seu poder persuasivo para realizar publicidades omissas, enganosas ou abusivas, estas são potencializadas no que respeita a geração de danos indenizáveis. Contudo, é de suma importância identificar a natureza da relação jurídica entre consumidor e influenciador, pois ela impacta diretamente no regime jurídico a ser aplicado.

Contudo, quando o influenciador através de suas ações fere direitos fundamentais dos seus seguidores, os causando danos, o mesmo poderá responder civilmente, conforme dispositivo da responsabilidade civil, que a obrigação de reparar prejuízos decorrentes de violações de um dever jurídico causador de dano relevante.

Neste mesmo sentido sobre responsabilidade civil Gonçalves (2012, p. 19), a define como:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se a ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano.

Analisando a postura do influenciador diante a publicidade, ver-se que a prática recorrente de publicidade é caracterizada como a publicidade testemunhal, a qual ao realizar a divulgação o mesmo manifesta sua opinião, impossibilitando o consumidor de distinguir, se a publicação trata de indicação ou propaganda, ferindo diretamente o princípio da veiculação e identificação publicitária previsto no CDC, bem como o da boa-fé, quando se quer usaram o produto e emitem opiniões inverídicas,

diante de tais ações, direitos dos consumidores são feridos e danos são causados e alguma das partes deverá responder pelos mesmos.

O Código do Consumidor prevê em seus artigos 7º, parágrafo único, 14, 18, 19 e 20 a responsabilidade solidária presumida entre todos os envolvidos que integram a cadeia de consumo, portanto ao realizar parcerias pagas com empresas, o influenciador passa a fazer parte da relação de consumo. Neste mesmo sentido Miragem (2016, p. 560) diz que “são responsáveis solidariamente, perante o consumidor, pelos produtos e serviços os quais introduziram ou participaram da introdução no mercado de consumo”.

A respeito a existência de relação de consumo entre influenciadores e seguidores, entende Guimarães (2007, p. 197) que “a norma (CDC) se dirige não só ao fornecedor, mas a todos aqueles que - juntamente com o fornecedor e que de qualquer forma tem um benefício – poderão causar danos aos consumidores”. O referido autor esclarece que tal entendimento fica evidente quando o Código de Defesa do Consumidor disciplina sobre a reparação do dano, outrossim o CDC é explícito em seus artigos 7º, parágrafo único e art. 25, parágrafo primeiro, os quais dispõem que havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação.

Guimarães (2007, p. 198) objetivamente diz “que aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou desvantagens dela resultante”. Nesse mesmo sentido, Tartuce (2018, p. 156) afirma ser clara a adoção pelo CDC da teoria do risco-proveito, em que para tal teoria haverá responsabilidade civil, sem indagar culpa, justamente pela atividade trazer benefícios, ganhos ou vantagens ao fornecedor.

Dentre as hipóteses de responsabilidade civil previstas no Código de Defesa do Consumidor, apenas a solidariedade não está presente, exceto pelo fato (defeito) do produto, em que a responsabilidade é direta e imediata do fabricante ou de quem o substitua, e a responsabilidade subsidiária ou mediata do comerciante ou de quem o substitua, conforme previsto nos artigos 12 e 13 do CDC. É possível dizer que a adoção a regra da solidariedade pelo CDC, visa maior proteção as vítimas de eventos danosos.

Diante ao exposto, pode-se afirmar que diante das publicidades realizadas pelos os influenciadores digitais, quando aparentam serem fornecedores e restar comprovado sua participação na cadeia de consumo, assumido parte do recebimento

e do fornecimento, nesses casos recairá a responsabilidades objetiva e solidária. Outrossim, em casos em que o influenciador não se equipare a figura do fornecedor, resta a aplicação da responsabilidade civil do Código Civil, em danos recorrentes de sua atividade publicitária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante se aúfere do conteúdo em estudo, após breve análise da evolução da sociedade fora destacado a evolução do mercado de consumo, bem como o hiperconsumo, logo após, a evolução tecnológica e todos os seus impactos, como a inserção da *internet* e posterior das redes sociais, da possibilidade de vendas diretas através das mesmas como o aparecimento da figura do influenciador digital como agente de publicidade.

Como abordado em seção anterior o influenciador digital são celebridades do meio digital, os quais possuem poder de persuasão e um crescente número de seguidores/fãs. Com tamanha notoriedade e com o engajamento em alta muitas empresas buscam cada vez mais contratar esses profissionais da *web* como divulgadores de seus produtos/ serviços.

Contudo, apesar desse meio publicitário ser relativamente novo, não eximem a responsabilidade desses profissionais de *web* seguirem as recomendações para a realização de publicidades regulares e lícitas, uma vez que os anúncios realizados nas redes sociais por esses profissionais são pagos, os quais possuem caráter publicitário.

Os anúncios publicitários realizados pelos os influenciadores devem ser feitos de forma clara e evidente, em que os consumidores ao verem tais publicações consigam identificar que se trata de um trabalho publicitário, que, para que o influenciador realizasse tal publicação recomendando o produto/ serviço o mesmo recebeu recompensa financeira da empresa contratante.

Conforme previsto no Código de Defesa do Consumidor, quando o influenciador realiza publicidades (pagas) o mesmo instantaneamente faz parte da relação de consumo, uma vez que assim que os seguidores adquirem o produto/ serviço através do anúncio tornam-se consumidores, sendo assim, configurando relação de consumo.

Portanto, quando clara a existência da relação de consumo entre as partes influenciador e seguidor, o consumidor deve sempre ter seus direitos assegurados, diante a sua vulnerabilidade, sendo aquele causador dos danos, responsável de forma objetiva, conforme disposto no artigo 7º do CDC, outrossim, quando tiver mais de um autor todos devem responder solidariamente pela reparação do dano.

É de suma importância ter responsabilidade ao usar redes sociais, principalmente pessoas públicas, que detêm grande poder persuasivo e extenso público. Quando o influenciador em suas publicações induz o seguidor a erro, seja não sinalizando o anúncio publicitário ou mentindo sobre as características dos produtos/ serviço, por dolo ou culpa, configura ato ilícito, ocorrendo danos os quais transcendem a esfera individual causando dano moral coletivo e social.

Apesar do importante papel do CONAR perante o controle das publicidades, sempre fiscalizando, suas decisões não detêm poder coativo, o que cria necessidade a imposição de normas mais efetivas, controle das publicações ilícitas em redes sociais e a responsabilização dos influenciadores digitais.

Diante ao exposto, é inegável que as publicidades ilícitas realizadas pelos influenciadores digitais ocasionam danos coletivos a sociedade, portanto devem ser responsabilizados quando praticarem atos que firam os princípios basilares dos consumidores, assegurando que todos os direitos e garantias previstas na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor sejam respeitados

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 21 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 21 set. 2022.

CONAR, **Boletim de ética**, 2022a Disponível em: <http://www.conar.org.br/pdf/conar222.pdf>.

Acesso em: 26 nov. 2022

CONAR, **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**, 2022b. Disponível em: http://www.conar.org.br/pdf/codigo-conar-2021_6pv.pdf. Acesso em: 30 out. 2022.

DIAS, Lucia Ancora Lopez Magalhães. **Publicidade e direito**. 3 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FACHIN, Luiz Edson. Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FISBERG, Yuri. **Dano social como instituto de aperfeiçoamento do tratamento coletivo da responsabilidade civil**. São Paulo: Revista Jurídica ESMP, v. 14, 2018

GASPARATTO, Ana Paula Gilio; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antônio Carlos. **Responsabilidade civil dos influenciadores digitais**. Revista Jurídica Cesumar, janeiro/abril 2019, v. 19, n. 1.

GILES, D. **Psychology of the media**. New York: Palgrave Macmillan, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil, vol. 4**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. **A Publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: RT, 2007.

KARHAWI, Issaaf. **Influenciadores digitais: conceitos e práticas em discussão**. Vol 17. Edição Especial de 70 anos da Faculdade Casper Líbero, 2017. Disponível em: <https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2017/09/Artigo-1-Communicare-17-Edi%C3%A7%C3%A3o-Especial.pdf>. Acesso em: 15 set. 2022

LE MOS, A.; LÉVY, P. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia**; São Paulo: Editora Paulus, 2010.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal: Ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo**. Lisboa: Edições 70, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

RODRIGUES, Aline. Crescimento das redes sociais no Brasil. **CiaWeb**, 2022. Disponível em: <https://www.ciawebsites.com.br/redes-sociais/smo-social-media-optimization/>. Acesso em: 27 out., 2022.

SANCHEZ, Rodrigo. Redes sociais que são tendência 2022. **GS2 Marketing Digital**, 30 mar., 2022. Disponível em: <https://grupos2mkt.com/tendencias-redes-sociais/>. Acesso em: 27 out., 2022.

SILVESTRE, Gilberto Fachherri; SILVA, Alcides Caetano; SCHNEIDER, Flavio Britto Azevedo. **O dano social e a destinação da sua indenização no brasil**. Revista Jus, 2017

TRISTAN, Carlos. Profissão Influenciador digital: o que o mercado deseja? **Meio&Mensagem**, 18 out. 2019. Disponível em: <https://www.proxima.com.br/home/proxima/how-to/2019/10/18/profissaoinfluenciador-digital-o-que-o-mercado-deseja.html>. Acesso em: 02 set. 2020.

YouPix. **Pesquisa ROI & Influência 2021**. Disponível em: <https://medium.youpix.com.br/voc%C3%AA-sabia-que-1-em-cada-3-empresasn%C3%A3o-define-m%C3%A9tricas-e-kpis-antes-de-realizar-umaa%C3%A7%C3%A3o-com-be53fc18963>. Acesso em 20 set. 2022

ABANDONO DIGITAL INFANTIL: RESPONSABILIZAÇÃO POR NEGLIGÊNCIA PARENTAL NO AMBIENTE VIRTUAL²²**CHILD DIGITAL ABANDONMENT: RESPONSIBILITY OF PARENTAL NEGLIGENCE IN THE VIRTUAL ENVIRONMENT**

KÊNIA FERREIRA DE CARVALHO BRANDÃO²³
 RAQUEL MARIA AZEVEDO PEREIRA FARIAS²⁴

RESUMO

O avanço tecnológico e as inovações que dele surgem, bem como, recentemente, o advento da pandemia causada pelo vírus da COVID-19 aumentaram o contato de crianças e adolescentes com a tecnologia. O uso indiscriminado pode trazer efeitos nocivos e expô-los a situações de riscos, muitas vezes irreparáveis. Ainda assim, o abandono digital infantil, caracterizado pela negligência parental no exercício do dever de cuidar dos seus dependentes no ambiente virtual, é um termo pouco conhecido e debatido em nossa sociedade. Dessa forma, este artigo busca fortalecer o diálogo e trazer à tona a importância do assunto através da demonstração da vulnerabilidade dos menores aos perigos presentes na rede e da necessidade de proteção integral, não apenas por parte dos pais ou responsáveis, mas de toda a sociedade e Estado, que é o preconiza nossa Constituição Federal. O estudo, utilizando-se do método dedutivo, deixa evidente a necessidade de uma maior conscientização da sociedade, da responsabilização pelos danos causados daqueles que negligenciarem seu dever de cuidado e de uma legislação mais específica e eficaz.

PALAVRAS-CHAVE: Abandono Digital. Proteção da Criança e do Adolescente. Negligência Parental. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

The rise of the internet and, recently, the advent of the pandemic caused by the COVID-19 virus increased the contact of children and adolescents with technology. The indiscriminate use has brought harmful effects and exposed them to risk situations, often irreparable. Even so, child digital abandonment, characterized by parental negligence in the exercise of the duty to care for their dependents in the virtual environment, is a term little known and debated in our society. In this way, the article seeks to strengthen dialogue and bring out the importance of the subject demonstrating the vulnerability of minors to the dangers present in the network and the need for protection are part, not only of parents or guardians, but of the whole of society

²² Texto originalmente apresentado e aprovado como Trabalho de Conclusão de Curso – TCC no Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, em dezembro de 2024.

²³ Bacharela em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP.

²⁴ Mestre em direito pelo programa de pós-graduação em direito no Centro Universitário de João Pessoa - PB. Especialista pela mesma Instituição em direito do trabalho e processo do trabalho, direito civil e Processual Civil. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - PB. Advogada. Professora do Curso de Graduação e de Pós graduação em Direito da Fesp Faculdades, João Pessoa, PB. Atuou como orientadora desse trabalho de pesquisa.

and the Government, which is what determines our Federal Constitution. The study, using the deductive method, makes clear the need for greater awareness in society, accountability for damages caused by those who neglect their duty of care, and more specific and effective legislation.

KEYWORDS: Digital Abandonment. Child and Adolescent Protection. Parental Neglect. Civil Responsibility.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre direito digital, mais especificamente sobre o abandono digital da criança e do adolescente decorrente da falta do exercício de fiscalização por seus genitores ou responsáveis. Tema pouco explorado pela comunidade científica e não muito debatido em nossa sociedade, mas que vem ganhando destaque devido à constância da sua prática e as consequências, por muitas vezes irreversíveis, que pode trazer.

É praticamente impensável alguém viver sem a internet nos dias atuais. Tanto o é que estar-se diante de um direito fundamental. O advento e a propagação dessa ferramenta revolucionaram o mundo e a maneira como as pessoas vivem e se comunicam. As redes sociais, jogos online, sites e aplicativos de mensagens se tornaram partes integrantes do nosso dia a dia trazendo muitos benefícios, como o acesso à informação em tempo real, a facilitação na troca de mensagens, as inúmeras formas de entretenimento, etc. Porém, também é fonte produtora de inúmeros riscos, mesmo para aqueles mais familiarizados com a tecnologia e, palco para a prática de diversos crimes.

O direito enquanto fonte regulamentadora das relações sociais não pode se eximir de acompanhar a evolução da sociedade como um todo e sua relação, cada vez mais intrínseca, com a tecnologia. É imprescindível que se fiscalize o comportamento das pessoas dentro do ambiente virtual para que as mesmas não tenham seus direitos violados, possam usar a ferramenta de forma segura e, ainda, que se atue na resolução dos conflitos e na punição de possíveis delitos, principalmente no que tange às crianças e adolescente que, constitucionalmente, tem a garantia da proteção integral e prioritária.

O acesso à tecnologia por essa parcela da população está cada maior e começa cada vez mais cedo. A exaustiva rotina de trabalho, a facilidade de entretenimento que os equipamentos proporcionam, o fato de os filhos estarem em

casa, sob o olhar dos pais, trazendo a sensação de que os mesmos estão seguros, faz com os responsáveis descuidem da fiscalização. A pandemia decorrente do vírus da COVID-19 também teve uma grande influência na aproximação das pessoas com a tecnologia. Para àquelas em idade escolar o uso se tornou imprescindível e, se feito de forma indiscriminada pode trazer graves consequências.

O ambiente virtual hoje é visto como a nova “esquina da rua”, assim, é preciso que os pais saibam que esse ambiente, de forma silenciosa, oferece tantos riscos quanto o mundo real. As crianças ficam expostas a diversos tipos de perigo, dentre os mais graves, serem vítimas de predadores sexuais ou até mesmo perderem suas vidas em algum desafio de jogo online. Se fosse você, deixaria seu filho sozinho na rua sem o controle ou orientação de um adulto confiável?

O cuidado com a criança e com o adolescente é dever de todos e não somente do Estado e da família. Seus direitos vêm sendo observados e garantidos cada vez em nosso ordenamento jurídico, fazendo com que esses menores deixem de ser meras propriedades dos adultos para se tornarem sujeitos de direitos, sendo dever dos pais ou responsáveis zelar pela sua segurança, inclusive no mundo virtual. Esse dever de cuidar e monitorar decorre do vínculo de filiação e a ausência do exercício desse pode gerar punição.

Diante do exposto, o presente artigo tem como objetivo demonstrar as consequências advindas do abandono digital, os riscos a que esses menores estão expostos e a analisar a legislação correspondente ao tema. Para melhor compreensão do assunto o método utilizado é o dedutivo, baseando-se na análise de princípios, estudos e dados. Para embasar a pesquisa foi utilizado material bibliográfico, textos de lei, trabalhos acadêmicos e artigos disponíveis em sites.

A abordagem está dividida em duas sessões. Em suma, a primeira sessão versa sobre a tecnologia e o direito digital, discutindo o dever de cuidado dos pais para com os filhos, como poderá ser exercido esse cuidado e as medidas que devem ser observadas, retrata ainda o abandono digital infantil e os riscos a que estão expostas esta parcela da população. A segunda sessão analisa como o tema é disciplinado nos institutos presentes em nosso ordenamento jurídico no que diz respeito à proteção dos menores e a responsabilização dos pais pela negligência no exercício do poder parental.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TECNOLOGIA E DIREITO DIGITAL

Vivemos na era da informação. A tecnologia está presente em nosso dia a dia quase que em tempo integral, tornando-se ferramenta intrínseca ao ser humano e influenciando fortemente seu comportamento e sua rotina. A troca instantânea de mensagens, o poder de comprar e receber o produto em poucos minutos e, em contrapartida, a facilidade do comerciante divulgar e vender, o fato de podermos acompanhar em tempo real o que terceiros estão fazendo ou qualquer acontecimento do outro lado do mundo e a facilidade da movimentação de dinheiro são alguns dos fatos que nos tornam dependentes digitais.

Estamos constantemente interconectados e já não existem barreiras físicas ou temporais em nossa comunicação. A evolução dessas tecnologias de informação e o volumoso convívio nesse ciberespaço trouxeram à tona a necessidade de uma tutela jurídica específica para solucionar conflitos e resguardar bens e direitos que antes não precisavam de tal proteção. Pois, além do deslocamento da prática de crimes do ambiente físico para o ambiente virtual, surgiu a possibilidade do cometimento de novos delitos, de forma mais veloz e anônima.

O direito, no desempenho do seu dever de acompanhar as evoluções sociais, vem se adequando para disciplinar e normatizar as relações que se desenvolvem no mundo digital, orientando para que as mesmas se deem de forma adequada e pacífica. Assim, diante dessa nova realidade e das consequências jurídicas advindas dessas relações, surgiu um novo viés em nosso ordenamento, o direito digital, o qual:

[...] consiste na evolução do próprio Direito, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicados até hoje, assim como introduzindo novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas (Direito Civil, Direito Autoral, Direito Comercial, Direito Contratual, Direito Econômico, Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Internacional etc.) (PINHEIRO, 2021, p.112).

O campo da tecnologia é muito mutável, as transformações são rápidas. É impossível o acompanhamento da atividade legislativa na mesma velocidade. Porém, devido à importância e sensibilidade dos dados trafegados, os indivíduos necessitam de um ambiente virtual seguro e o ordenamento jurídico tem papel fundamental nessa questão, na gestão do direito digital que deve se dar de forma dinâmica. É imprescindível a interseção entre a ciência do direito e a ciência da computação.

Ao longo do tempo, vários institutos jurídicos foram surgindo a fim de regular o uso da tecnologia e as relações da sociedade digital. A primeira lei que tipificou os crimes cibernéticos no Brasil foi a lei nº 12.737/2012, conhecida como “Lei Carolina Dieckman”, essa lei dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e visa, entre outros, assegurar a privacidade;

Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 12.965/2014, o “Marco Civil da Internet”, disciplinando o uso geral da internet no Brasil, a Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD, que visa resguardar a proteção de dados pessoais objetivando a tutela dos direitos fundamentais da liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade (SOLER, 2021) e, mais recentemente e dentre outras, a Lei nº 14.132/2021, que criminaliza o *stalking* e o *cyberstalking*.

O direito de acesso a informação já é constitucionalmente garantido, mas o de acesso à internet, especificamente, vem sendo discutido e reconhecido no âmbito jurídico como um direito fundamental, vislumbrando-se sua positivação através de proposição de emenda à Constituição. Concernente ao assunto, tramita no Senado Federal a PEC nº35/2020 que busca alterar os artigos 5º, 6º e 215 da Constituição para assegurar a todos os residentes no País o acesso à Internet²⁵.

É certo que a inclusão digital é primordial e cada vez mais se faz necessária a democratização do acesso à tecnologia e ao conhecimento. O alcance à informação pode transformar as pessoas, sua forma de pensar, sua perspectiva de mundo e a sociedade como um todo. A internet, principalmente, é ferramenta indispensável no desempenho das atividades acadêmicas, de trabalho, comerciais, nas operações bancárias, nas relações pessoais, etc.

Em contrapartida, é preciso refletir sobre até que ponto essa inclusão é benéfica. Com o advento da pandemia em decorrência da corona vírus (COVID-19) e a exigência do isolamento social, o contato com a tecnologia foi ampliado, deixando de ser uma escolha para se tornar uma necessidade. O uso da internet passou a ser uma exigência não apenas para se ter notícia do mundo externo ou se comunicar com amigos e familiares, mas para se ter acesso ao trabalho, à escola e até a saúde, através das consultas online.

²⁵ O citado documento pode ser consultado na página do Senado Federal. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144848>. Acesso em: 19 nov. 2022.

Diante dessa conjuntura, é inexorável um olhar voltado para a proteção da parcela da população vulnerável, neste caso, as crianças e os adolescentes que estão sendo bombardeadas com conteúdo e programações das quais biologicamente, cognitivamente e neurologicamente não estão prontas para serem receptoras.

2.1 DO DEVER DE CUIDAR E DE VIGILÂNCIA PARA COM OS FILHOS

Sabe-se que devido à correria do dia a dia e a exigência cada vez maior do mercado de trabalho, muitos pais, quando não entregam a criação dos seus filhos a outrem, fazem dos equipamentos eletrônicos verdadeiras babás. Confortam-se com o fato de seus filhos estarem sob seu campo de visão e não se dão conta do perigo existente por trás das telas. Outras vezes, o motivo do descuidar decorre da imersão tecnológica desmedida dos próprios pais.

Essa distração permanente, ocasionada pelo uso de aparelhos tecnológicos, em detrimento da atenção e cuidado com os filhos pode acarretar sérios problemas na relação desses com a sociedade e em seu desenvolvimento emocional e cognitivo. Nesse sentido, tal desatenção foi conceituada pela doutrina como “parentalidade distraída”, qual seja, segundo McDaniel;Radesky (2017, *apud* FALCÃO, 2019), o exercício do poder parental prejudicado, deficiente e carente em decorrência do uso dos aparelhos de informática e digitais, em especial os celulares.

É preciso ter em mente que a internet oferece tantos riscos, ou até mais, quanto o mundo físico. A ideia da existência de perigos no ciberespaço deve ser tão concreta quanto a do mundo real e essa correlação entre o tangível e o intangível é imprescindível. É importante que os pais se questionem se deixariam seus filhos sozinhos na rua, sem saber com quem conversam, o que estão vendo ou praticando.

Os pais têm responsabilidade civil de vigiar os filhos. Isso quer dizer que precisam saber com quem eles estão, como estão e onde estão! Não dá para se contentar com a resposta “ele está na internet”, como se fosse um ambiente próximo, protegido e seguro. A internet é a rua da Sociedade atual! (PINHEIRO, 2016, p. 98).

Essa responsabilidade, que deve ser exercida por ambos os pais ou responsáveis é prerrogativa da qual os mesmos não podem renunciar e tem como base o poder familiar que se configura através de inúmeros deveres, dentre eles o de cuidar e vigiar. Apesar de sabermos que a família se baseia em laços afetivos e de

liberdade e que ao passo que a criança vai se desenvolvendo é indubitável dar-lhe autonomia para realizar suas escolhas, é cediço que esses menores necessitam de direcionamento, orientação e constante diligência.

A Sociedade Brasileira de Pediatria elaborou um Manual de Orientações sobre saúde de crianças e adolescentes na era digital denominado de: #Menos Telas #Mais Saúde. Além de apontar os principais problemas médicos e trazer alertas de saúde em relação ao uso precoce, excessivo e prolongado, o documento propõe algumas recomendações como: limitar o tempo de tela de acordo com cada faixa etária, não permitir que as crianças fiquem de todo isoladas e estimular o uso de tecnologias em locais comuns da casa, oferecer alternativas para a prática de atividades ao ar livre, criar regras saudáveis para o uso de equipamentos incluindo regras de segurança, senhas e filtros, etc. (SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA, 2019).

Outra medida que deve ser adotada pelos pais é o uso de softwares de controle parental. Através deles é possível controlar o tempo de uso, ocultar aplicativos, criar filtros para as buscas na web, bloquear o acesso a conteúdos impróprios e sensíveis, de pessoas desconhecidas, controlar compras, rastrear localização, proteger os dados entre tantas outras funcionalidades que podem ser adquiridas gratuitamente ou através de pagamento. Além disso, é importante o diálogo na busca da conscientização e aceitação desse controle, que os filhos tenham em mente que não estão sendo vigiados pela falta de confiança, mas sim pela sua segurança.

Ainda, é preciso que as recomendações indicativas de faixa etária para uso de determinado serviço sejam respeitadas e observadas pelos pais e que os conteúdos disponíveis por empresas para crianças e adolescentes sejam fiscalizadas não apenas pelos responsáveis legais, mas também pela sociedade e Estado.

A imputação da obrigação de cuidar não recai apenas sobre os pais. A Constituição Federal, através do seu artigo 227, inaugura o que conhecemos como Doutrina da Proteção Integral, declarando ser dever não apenas da família, mas também da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente inúmeros direitos básicos e fundamentais (direito à vida, à saúde, à alimentação, etc.) e ademais, colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Se não houver a união entre esses três elos: família, sociedade e Estado, dificilmente a proteção de forma integral, que tanto se almeja, será alcançada. Porém, é incontestável que a família deve ser o elo mais próximo e assim, a precursora na promoção da formação da personalidade e no desenvolvimento pleno do menor, buscado a realização de seus anseios e tendo o afeto, a atenção e o cuidado como elementos basilares desse instituto.

2.2 ABANDONO DIGITAL INFANTIL

Os deveres para com o filho surgem concomitantemente com a maternidade e a paternidade. A nossa legislação coloca a salvo o sujeito desde a sua concepção e lhe assegura vários direitos ao longo de sua evolução, dentre eles o de convivência familiar, de proteção, de subsistência, assistência médica, acesso à educação, etc. Negligenciar esses direitos deixando-os em situação de abandono ou desamparo pode trazer inúmeras seqüelas.

O abandono inquestionavelmente é uma situação que traz sofrimento para qualquer pessoa, mas a criança e o adolescente, enquanto sujeitos em condição especial de desenvolvimento, tendem a ser mais atingidos se vítimas de tal conduta. Dessa forma, o nosso ordenamento jurídico visando proteger o melhor interesse da criança, tratou de alguns tipos de abandono como o material, intelectual e afetivo. O assunto está disposto em vários institutos, decisões judiciais e até jurisprudências.

Nesse sentido, o Código Penal prevê o abandono material no caput do art. 244, que consiste na recusa, sem justa causa, de prover à subsistência do filho menor de 18 anos ou inapto para o trabalho não lhes proporcionando os recursos necessários; o abandono intelectual está disposto em seu art. 246 e ocorre quando o responsável deixa, sem justa causa, de prover a educação primária de filho em idade escolar. (BRASIL, 1940).

Por sua vez, o abandono afetivo não está materializado em nenhuma lei e apesar de sua ocorrência não ser totalmente pacificada, já existe várias decisões judiciais, inclusive decisão jurisprudencial, reconhecendo sua existência e concedendo o direito as vítimas. Nessa mesma linha da não posituação encontra-se o abandono digital infantil.

Apesar de sua constante incidência, o tema ainda é pouco debatido na sociedade, levando assim, a pouca compreensão da gravidade do ato, de suas

consequência e de demandas ao judiciário. Doutrinariamente, o termo é conceituado da seguinte forma:

O 'abandono digital' é a negligência parental configurada por atos omissos dos genitores, que descuidam da segurança dos filhos no ambiente cibernético proporcionado pela internet e por redes sociais, não evitando os efeitos nocivos delas diante de inúmeras situações de risco e de vulnerabilidade (ALVES, 2017, *on-line*).

A criança e o adolescente ainda não têm sua personalidade formada e nem total discernimento para distinguir o que é certo ou errado, justo ou injusto. O desenvolvimento deles é resultante da relação entre os mesmos e o meio que convivem. Por isso é tão importante o convívio familiar, a orientação escolar adequada e o acesso a informações que contribuam para a construção do próprio eu.

A pesquisa Tic Kids Online Brasil (2021), realizada pelo Cetic.br/NIC.br, em uma amostra representativa de 2.651 entrevistados, entre 9 e 17 anos de idade, demonstrou que cresceu a proporção de crianças e adolescentes que são usuários de internet no país (93% em 2021, comparado a 89% em 2019). Dos entrevistados, 88% reportaram possuir perfil em rede social e 32% afirmaram ter procurado ajuda na rede para lidar com algo ruim que vivenciaram ou para falar sobre suas emoções quando se sentiram tristes.

Ainda, segundo a pesquisa, 21% dos meninos usuários de internet de 11 a 17 anos alegaram que viram imagens ou vídeos de conteúdo sexual na internet e 11% que se sentiram incomodados após contato com o conteúdo. As proporções para meninas na mesma faixa etária foram de 6% e 4%, respectivamente. Além dos conteúdos, 24% dos meninos e 12% das meninas afirmaram que já haviam recebido mensagens de conteúdo sexual pela Internet.

É imprescindível que os responsáveis estejam atentos a conduta de seus filhos na rede, com quem conversam e ao contato dos mesmos com conteúdo adequado para sua faixa etária. A negligência dos pais no ambiente virtual pode deixá-los expostos a vários riscos, tanto como vítima quanto como propulsores de danos aos colegas. A internet se tornou terreno fértil para os predadores digitais que têm como presas fáceis o público infanto-juvenil, influenciáveis, atraídos pela curiosidade e impulsividade. Possibilita ainda, que qualquer pessoa possa assumir outra personalidade ou se prevaleça do anonimato para práticas abusivas.

Dentre os vários riscos existentes (físicos, psicológicos e sociais), pode-se citar o *cyberbullying*; a violência sexual, que se apresenta de várias formas (exploração sexual, pedofilia, pornografia, *glomming*, *sexting* ou *nudes*, chantagens); os jogos online que muitas vezes criam desafios que saem do ambiente virtual para o físico pondo em risco até a própria vida, como por exemplo, os denominados baleia azul e quebra cano.

Existem ainda as consequências decorrentes do uso em excesso do recurso digital. As crianças estão crescendo sem saber se relacionar fora das telas, cada vez mais isoladas, antissociais, individualistas, ansiosas e depressivas. Isso influencia no seu rendimento escolar e, inclusive, na sua saúde física podendo resultar em obesidade por consequência do sedentarismo. Além disso, o excesso de exposição ao sexo pode propiciar a erotização e iniciação da vida sexual precocemente.

Ainda, a tecnologia está tão incrustada em nossa rotina que pode levar ao vício. A fobia ou medo irracional por ficar desconectado, longe do celular ou aparelhos tecnológicos no geral, já é considerada por muitos profissionais da área da saúde como uma doença existindo até o apelo para a inclusão da mesma no rol dos distúrbios relacionados ao uso de tecnologia presente no DSM-5 - Manual dos Diagnósticos e Estatísticas de Transtornos Mentais (BARROS, 2022).

Os impactos psíquicos decorrentes dessa dependência trouxeram à tona a necessidade da denominação desse transtorno, o mesmo recebeu o nome de nomofobia, proveniente da abreviatura da expressão inglesa: “no-mobile-phone-phobia”, que significa ficar sem o celular, ou seja:

Nomofobia é o termo que descreve um medo crescente no mundo contemporâneo de ficar sem a presença de um dispositivo móvel ou além do contato do telefone móvel, bem como despertar a sensação de ser excluído ou antissocial, principalmente entre os estudantes que encontram-se influenciáveis na personalidade a ser desenvolvida, sendo necessário cuidar desse processo de construção (BIANCHESSI, 2020, p. 18-19).

Isso posto, fica evidente que o uso descontrolado da tecnologia pode trazer inúmeros danos, principalmente para aqueles em posição de vulnerabilidade. E é sobre a égide desses riscos que se faz necessário o exercício da vigilância e orientação dos pais no sentido de conduzir o comportamento dos seus filhos dentro do mundo virtual.

Assim, torna-se imprescindível analisar quais as consequências jurídicas que podem ou devem ser imputadas àqueles que, negligenciaram seu dever de cuidar e proteger crianças e adolescentes, bem como refletir em o que e como a sociedade pode e deve contribuir com o fito de mitigar os danos colaterais que emergem de tal conduta.

3 SOBRE A PROTEÇÃO DOS MENORES E RESPONSABILIZAÇÃO DOS PAIS

Sabendo que os pais, nem sempre exercem seus deveres de forma adequada, e assim, os direitos que permeiam as relações familiares constantemente sofrem abusos ou omissões, e isso faz com que o direito das obrigações esteja cada vez mais presente no âmbito do direito de família, assumindo uma dimensão importante no que se reporta ao abandono digital, notadamente no âmbito do direito civil (VATANABE, 2017).

Nesse sentido é importante tecer comentários sobre a proteção da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro, considerando ser cediço que, no contexto do mundo atual, todos estão expostos a muitos perigos, cujo risco aos menores pode aumentar, em razão da omissão dos pais, aspecto que torna essa abordagem essencial para melhor compreensão do tema em estudo.

3.1 PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Ao longo do tempo crianças e adolescentes foram tendo seus direitos reconhecidos e assegurados em vários institutos do nosso ordenamento jurídico. Foi quebrado o antigo paradigma da proteção da criança pregado pela Doutrina da Situação Irregular, amparada pela Lei 6.697/79 (Código de Menores). Tal doutrina focava na prática de delitos, punição e visava à proteção da sociedade frente o menor infrator, tratando os mesmos como simples objetos de intervenção e sem a observância de nenhuma política de proteção ou garantia de direitos dos mesmos.

A Constituição Federal de 1988, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, institui a Doutrina da Proteção Integral, tutelando vários direitos à criança, ao adolescente e ao jovem, pregando ainda que os mesmos devem

ser observados com absoluta prioridade (VATANABE, 2017). Na dicção do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, está posto:

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. (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) vem para fortalecer a Doutrina da Proteção Integral. Crianças e adolescentes passam a ser titulares de direitos como qualquer outra pessoa que deva ter sua dignidade protegida. Surgindo então um Direito da Criança e do Adolescente abrangente e universal (MACIEL, 2021). Vejamos o que diz o artigo 3º do referido diploma legal:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

Ao longo de seu conteúdo, o Estatuto traz normas e princípios norteadores dessa proteção e ainda medidas que devem ser aplicadas em caso de violação dos direitos garantidos pelo referido instituto:

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. (BRASIL, 1990).

Ainda, no que tange ao dever de proteção pelos agentes citados e ao controle parental, é importante citar a Lei 12.965/2014, Marco Civil da Internet:

Art. 29. O usuário terá a opção de livre escolha na utilização de programa de computador em seu terminal para exercício do controle parental de conteúdo entendido por ele como impróprio a seus filhos menores, desde que respeitados os princípios desta Lei e da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente.
Parágrafo único. Cabe ao poder público, em conjunto com os provedores de conexão e de aplicações de internet e a sociedade civil, promover a educação e fornecer informações sobre o uso dos programas de computador previstos

no caput, bem como para a definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes (BRASIL, 2014).

O artigo acima faz surgir importantes reflexões sobre o direito de liberdade e expressão da criança e do adolescente e o exercício do controle parental. A lei garante aos pais o poder de monitorar o acesso de seus filhos aos meios digitais, mas ainda é subjetivo o limite para que sejam respeitados o direito de privacidade, intimidade e expressão dos filhos.

Também é mister citar, no viés de priorizar a prevenção a punição, a edição da Lei nº 13.185/2015 que institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática, o *bullying*. Considerado pela lei como o ato de violência física ou psicológica, intencional e repetitivo que ocorre sem motivação evidente, tendo por objetivo a intimidação ou agressão, causando dor e angústia à vítima, em uma relação de desequilíbrio de poder entre as partes envolvidas. E também caracteriza o *cyberbullying*, quando o ato é cometido na rede mundial de computadores:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (**cyberbullying**), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial (BRASIL, 2015)

Acompanhando a lógica protetiva das legislações citadas acima, a lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD, traz em seu bojo uma sessão voltada para o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. Estabelece que esse tratamento deve ser realizado levando em consideração o melhor interesse dos mesmos e ser feito com o consentimento específico de, pelo menos, um dos pais ou pelo responsável legal. Dessa forma, o dispositivo visa assegurar a privacidade e a garantir a proteção dos direitos e dignidade dos menores.

Cabe ainda mencionar a relevante contribuição do Comitê dos Direitos da Criança da ONU com a edição do Comentário Geral n.º 25, que define como a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil em 1990, se aplica ao ambiente digital. O conteúdo do documento é fundado em princípios de proteção à criança e traz orientações e medidas para implementação destas por parte dos Estados-membros e do setor empresarial.

O comentário traz em seu corpo várias diretrizes visando garantir a proteção desses indivíduos como, por exemplo, que as empresas estabeleçam padrões de ética transparência e privacidade em relação ao desing, distribuição e comercialização dos seus produtos, medidas contra a exploração comercial infantil promovidas por empresas na internet, orienta que os Estados regulem a publicidade e o marketing dirigido e acessível às crianças, etc.

Fica constatado que a legislação evolui na perspectiva de garantir o exercício de um direito fundamental em nossa era, o de acesso à informação através da inclusão digital, de forma segura e protegida para nossas crianças. Mas o assunto ainda é pouco discutido em nossa sociedade, o que contribui para a atual lacuna legal em relação aos crimes digitais infantis e o abandono digital, mais especificadamente. Tanto em relação ao reconhecimento desses delitos quanto à punição àqueles que deveriam ser responsáveis por evitá-los.

3.2 RESPONSABILIZAÇÃO PELA NEGLIGÊNCIA NO EXERCÍCIO DA AUTORIDADE PARENTAL

A responsabilidade para cuidar das crianças e adolescentes decorre do reconhecimento do vínculo de filiação. Este, não necessariamente se dá pelo vínculo biológico. A parentalidade socioafetiva, aquela que decorre da convivência e dos laços de afeto existentes entre os envolvidos, independentemente da parentalidade biológica do filho, já é reconhecida como forma de filiação em nosso ordenamento jurídico (ZAPATER, 2019).

Essa relação de filiação institui o poder familiar: "o poder familiar é, assim, um conjunto de prerrogativas legais reconhecidas aos pais para a criação, orientação e proteção dos filhos menores de 18 (dezoito) anos" (PIMENTEL, 2016, p.72). Tais prerrogativas legais são descritas no art. 1634 do Código Civil e a sua não observância, dentre outros, caracteriza a negligência parental onde observamos pais omissos no dever de prover as necessidades básicas de seus filhos e, correlacionando com o tema em debate, a negligência se configura pela falta de interesse dos pais em saber o que seus filhos fazem no ambiente virtual.

Nossa legislação preconiza que nenhuma criança ou adolescente deverá ser objeto de qualquer tipo de negligência. A ausência do exercício da autoridade

parental, diante da gravidade dos riscos e consequências que o público infantojuvenil está exposto no mundo digital é passível de responsabilização. O art. 1.638, II, do Código Civil diz que perderá o poder familiar, por ato judicial, o pai ou a mãe que deixar o filho em abandono. (BRASIL, 2002).

O mesmo instrumento consagra em seus arts. 932 e 933 a responsabilidade civil objetiva, afastando a responsabilidade subjetiva baseada na culpa e tendo como requisito apenas o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, ou seja, o prejuízo sofrido:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; [...] Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos. (BRASIL, 2002)

Ainda, os pais serão responsáveis pela reparação civil em virtude da atitude dos filhos, como por exemplo, nos casos de crimes de *cyberbullying*. “Trata-se de responsabilidade civil transubjetiva, pois a responsabilidade pela reparação é imputável a quem não causou diretamente o dano.” (LÔBO, 2022, p. 847).

Em vista disso, em 2010 houve uma decisão inédita que gerou grande repercussão e constitui um marco na justiça do país. Uma mãe foi condenada ao pagamento indenizatório por danos morais no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) em decorrência da prática de *cyberbullying* cometida pelo seu filho adolescente:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. USO DE IMAGEM PARA FIM DEPRECIATIVO. CRIAÇÃO DE FLOG - PÁGINA PESSOAL PARA FOTOS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES. RESPONSABILIDADE DOS GENITORES. PÁTRIO PODER. BULLYING. ATO ILÍCITO. DANO MORAL IN RE IPSA. OFENSAS AOS CHAMADOS DIREITOS DE PERSONALIDADE. MANUTENÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PROVEDOR DE INTERNET. SERVIÇO DISPONIBILIZADO. COMPROVAÇÃO DE ZELO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELO CONTEÚDO. AÇÃO. RETIRADA DA PÁGINA EM TEMPO HÁBIL. PRELIMINAR AFASTADA. DENUNCIAÇÃO DA LIDE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS. Apelo do autor. Da denúncia da lide. I [...] VI. Aos pais incumbe o dever de guarda, orientação e zelo pelos filhos menores de idade, respondendo civilmente pelos ilícitos praticados, uma vez ser inerente ao pátrio poder, conforme inteligência do art. 932, do Código Civil. Hipótese em que o filho menor criou página na internet com a finalidade de ofender colega de classe, atrelando fatos e imagens de caráter exclusivamente pejorativo. VII. Incontroversa ofensa aos chamados direitos de personalidade do autor, como à imagem e à honra, restando, ao responsável, o dever de indenizar o ofendido pelo dano moral causado, o qual, no caso, tem natureza in re ipsa. VIII. Quantum reparatório serve de meio coercitivo/educativo ao ofensor, de modo a desestimular práticas reiteradas de ilícitos civis. Manutenção do valor

reparatório é medida que se impõe, porquanto harmônico com caráter punitivo/pedagógico comumente adotado pela Câmara em situações análogas. APELOS DESPROVIDOS. (TJ-RS - AC: XXXXX RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Data de Julgamento: 30/06/2010, Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: 12/07/2010).

Outra decisão jurisprudencial que enfatiza a responsabilidade dos pais sobre os atos praticados por seus filhos na internet foi a proferida no Juizado Especial Cível do Estado do Rio Grande do Sul. A 3ª Turma Recursal deu parcial provimento ao recurso da empresa Google Play. O caso em questão diz respeito ao pedido de ressarcimento de valores referentes à compras de jogos online feitas através de cartão de crédito de uma mãe por seu filho de 9 (nove) anos de idade. O corpo de juízes decidiu que a maior parte do débito reclamado não deveria ser reavida sob a alegação de incumbência à mãe da responsabilidade de guarda e vigilância do cartão de crédito, bem como sobre os atos do filho em ambiente virtual.

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. GOOGLE PLAY. COMPRA EM APLICATIVOS REALIZADA POR MENOR. DUPLICIDADE DE OPERAÇÕES. DEVOLUÇÃO PARCIAL DE VALORES. DEVER DE ZELO DA AUTORA PELO FILHO ABSOLUTAMENTE INCAPAZ NÃO OBSERVADO. MENOR QUE EFETUOU CADASTRO COM OS DADOS DO CARTÃO DA AUTORA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71007215551, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Luís Francisco Franco, Julgado em 26/10/2017). (TJ-RS - Recurso Cível: XXXXX RS, Relator: Luís Francisco Franco, Data de Julgamento: 26/10/2017, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/10/2017)

Por fim, cabe citar dois recentes casos que vieram à mídia de garotos que foram vítimas de racismo e ameaças através de grupos de Whatsapp. O site Notícia Preta reportou que em Belo Horizonte, um menino de 14 anos foi vítima de ataques racistas e teve que ler mensagens do tipo: “nem sabia que preto estudava” e “sdds [saudades] de quando preto só era escravo”. Após denúncia do pai da vítima, a escola fez uma reunião com os responsáveis, alguns tentaram minimizar as atitudes de seus filhos e enfim, tudo “terminou” com pedido de desculpas (TORQUATO, 2021).

O segundo caso, bastante reverberado pela mídia, diz respeito a um garoto negro, vítima de racismo e de ameaças em grupo de *WhatsApp* criado por colegas de escola insatisfeitos com o resultado das eleições presidenciais e que faziam apologia ao nazismo. Os alunos responsáveis pelos atos foram suspensos pela escola e mãe da vítima registrou boletim de ocorrência. O caso está sendo investigado e corre em segredo de justiça (MENON, 2022).

O art. 129 do ECA determina as medidas que devem ser aplicadas aos pais ou responsáveis. Estas vão desde a advertência até, em casos mais graves, a destituição do poder familiar. A possibilidade de destituição em caso de abandono é também é prevista no art. 1638, II, do Código Civil. Há de se atentar, porém, que em alguns casos, a destituição funciona mais como um bônus que uma pena, pois retirará a responsabilidades dos pais e repassará para o Estado, então a decisão deve sempre visar o melhor interesse da criança.

A conduta de abandono de incapaz é criminalizada no Código Penal em seu art. 133, que prega que a pessoa que abandonar aquele que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, que por qualquer motivo, seja incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono, será penalizada com detenção, de seis meses a três anos.(BRASIL, 1940).

Fica evidente que a justiça brasileira tem trabalhado para garantir que os direitos e a proteção do menor sejam atendidos e que aqueles que deram causa sejam responsabilizados judicialmente. Porém, em relação ao abandono digital infantil, ainda existe uma lacuna na legislação que, a princípio, deverá ser preenchida nos julgamentos através da analogia.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tecnologia está cada vez mais presente entre as crianças e os adolescentes. Hodiernamente, a inclusão digital e o acesso à informação passaram a ser considerados como direitos fundamentais, essenciais para o pleno desenvolvimento desses indivíduos. Seu acesso deve ser garantido, porém o uso indiscriminado pode trazer graves consequências para eles e os que os cercam.

A Constituição Federal de 1988, seguindo as recomendações da Declaração Internacional de Direitos Humanos, adotou a Doutrina da Proteção Integral, fazendo com que esses menores alcançassem o patamar de sujeitos de direitos detentores de proteção prioritária e integral, levando em consideração que são pessoas em condição especial de desenvolvimento, em posição de vulnerabilidade e assim, carentes de olhar especial na proteção de seus direitos e no fomento de sua formação mental e intelectual.

Em decorrência de tal doutrina a legislação determinou um conjunto de poderes-deveres para o Estado, a sociedade e os pais. Vários institutos do nosso ordenamento põem a salvo essa parcela da população, tutelando seus direitos e responsabilizando àqueles que por ventura venha a desobedecer seus preceitos. Crimes como os de abandono material e intelectual já são positivados em nossa legislação e objeto de várias decisões judiciais em nossos tribunais.

Porém, apesar da relevância e de sermos a sociedade da informação, o cuidado digital com crianças e adolescentes ainda é um tema pouco debatido. O mundo digital oferece tantos riscos quanto o mundo real. O perigo é concreto e tangível. A discussão em torno do tema é urgente e imprescindível no sentido do desenvolvimento de uma conscientização coletiva dos perigos que o uso desmedido e sem propósito pode trazer para àqueles que devem ser o futuro de nossa sociedade.

A falta de informação pode ser sentida se fizermos uma comparação sobre a quantidade de decisões judiciais relacionadas a tal temática, o número de atendimentos infantojuvenil cada vez mais crescente nas clínicas de saúde mental e a ocorrência de fato de crimes e infrações ligadas ao abandono.

Apesar da previsão protecionista e punitiva presente em institutos como o Código Penal, Código Civil e o ECA, fica evidente, na era da tecnologia, a necessidade de uma legislação mais específica, voltada para o abandono digital infantil, os danos que este pode trazer e a punição não somente do autor do crime, mas também de quem negligenciou seu dever de cuidado e vigilância permitindo que o mesmo ocorresse. Os pais precisam ser chamados ao exercício de sua responsabilidade.

É preciso uma ação conjunta do Estado na fiscalização de empresas que disponibilizam conteúdos transmitidos a esse público, na punibilidade dos responsáveis por danos ao menor e dele mesmo, na promoção de campanhas de que incentivem a proteção digital. A escola também deve assumir um papel importante na educação midiática, no ensino do respeito, da empatia e de valores morais, incentivando o uso mais responsável, ético e saudável da internet. A sociedade pode contribuir buscando informação, fiscalizando e denunciando quaisquer atos que coloquem em perigo a integridade e privacidade de crianças e adolescentes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jone Figueiredo. Processo familiar: negligência dos pais no mundo virtual expõe criança a efeitos nocivos da rede. *In: Consultor Jurídico*. 15 jan., 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-15/processo-familiar-abandono-digital-expoe-crianca-efeitos-nocivos-internet>. Acesso em: 20 out., 2021.

BARROS, Duda Monteiro de. O que é nomofobia, novo transtorno ligado ao uso exagerado do celular. *In: Veja*, 8 out., 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/comportamento/o-que-e-a-nomofobia-novo-transtorno-ligado-ao-uso-exagerado-do-celular/>. Acesso: 17 out., 2022.

BIANCHESSI, Cleber. **Nomofobia e a dependência tecnológica do estudante**. Curitiba: Bagai, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 nov., 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 nov., 2021.

BRASIL. **Lei nº 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: 15 nov., 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 15 nov., 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 15 nov., 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.185, de 6 de novembro de 2015**. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (Bullying). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm. Acesso em: 30 nov., 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei geral de proteção de dados pessoais (LGPD). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 25 nov., 2022.

CETIC.BR. **Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil** [livro eletrônico]: TIC Kids Online Brasil 2021. Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR. 1. ed., São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2022. Disponível em: <https://cetic.br/pt/pesquisa/kids-online/publicacoes/>. Acesso em: 02 dez., 2022.

FALCÃO, Letícia Prazeres. **O fenômeno da parentalidade distraída e abandono afetivo**: quanto custa o cuidado na sociedade tecnológica. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitofamilia/article/view/5591/pdf>. Acesso: 28 nov., 2022.

LÔBO, P. **Direito civil**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

MACIEL, K. R. F. L. A. **Curso de direito da criança e do adolescente**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

MENON, Isabella. Aluno é alvo de racismo após criticar grupo Fundação Anti Petismo. *In: Folha de São Paulo*, 1 nov., 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/11/aluno-e-alvo-de-racismo-apos-criticar-grupo-fundacao-anti-petismo.shtml>. Acesso em: 04 dez., 2022.

PIMENTEL, P. **Poder familiar e a guarda compartilhada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book

PINHEIRO, Patricia Peck (coord.). **Direito digital aplicado 2.0**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. E-book.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário geral nº 25 (2021) sobre os Direitos das Crianças em relação ao ambiente digital**. Comitê dos Direitos da Criança. Abr., 2021. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2021/04/comentario-geral-n-25-2021.pdf>. Acesso em: 02 dez., 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJ-RS: Apelação Cível 30.2007.5.04.0002. Relator: Desa. Liége Puricelli Pires. Sexta Câmara Cível. Rio Grande do Sul, RS [30/06/2010]. *In: Jus Brasil*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/931319504/inteiro-teor-931319539>. Acesso em: 03 dez., 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJ-RS: Recurso Cível xxx. Relator: Dr. Luis Francisco Franco. Terceira Turma Recursal Cível. Rio Grande do Sul, RS [26/10/2017]. *In: Jus Brasil*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-rs/515383917/inteiro-teor-515383929>. Acesso em: 03 dez., 2022

SBPEDIATRIA. **Manual de Orientação**: saúde de crianças e adolescentes na era digital. Rio de Janeiro: SBP, 2019. Disponível em: <https://www.sbp.com.br/imprensa/detalhe/nid/menos-telas-mais-saude/>. Acesso em: 03 dez., 2022.

SOLER, F. G. **Proteção de dados**: reflexões práticas e rápidas sobre a LGPD. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

TORQUATO, Bruno. 'Saudade de quando preto era escravo': garoto é vítima de racismo em escola. In: **Uol**, 19 dez., 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2021/12/19/saudade-de-quando-preto-era-escravo-garoto-e-vitima-de-racismo-em-escola.htm>. Acesso em: 04 dez., 2022.

VATANABE, Juliane Hellman. **O abandono digital infantil como hipótese de negligência prevista no artigo 98, inciso II, do Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Fundação Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2017. Disponível em: <https://www.ri.unir.br/jspui/handle/123456789/2242>. Acesso em: 20 set., 2021.

ZAPATER, M. **Direito da CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**. São Paulo: Saraiva, 2019. E-book.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL²⁶**CONSIDERATIONS ABOUT THE JUDICIALIZATION OF THE RIGHT TO HEALTH IN BRAZIL**

WILZA CARLA NÓBREGA DE QUEIROZ MARINHO²⁷
ANA CAROLINA GONDIM DE ALBUQUERQUE OLIVEIRA²⁸

RESUMO

O artigo em questão aborda a efetivação do direito à saúde no Brasil, enfocando seu aspecto de direito fundamental, ligado ao direito à vida e indissociável do direito à integridade física e ao princípio da dignidade humana, corolário da Constituição Federal de 1988. Sob essa perspectiva, a problemática suscitada neste estudo emergiu a partir de reflexões que resultaram na elaboração deste trabalho, trata-se, pois, da judicialização da saúde, fenômeno que tem se tornado cada vez mais crescente no âmbito jurídico pátrio, no qual as demandas/ações são das mais variadas espécies, perpassando por pedidos de medicamentos para tratamento de doenças raras até mesmo a procedimentos cirúrgicos. Ante ao exposto, este artigo teve por objetivo geral analisar a judicialização da saúde no Brasil, a fim de verificar se este vem a garantir o pleno acesso ao referido direito e, qual o papel do Supremo Tribunal Federal nesse cenário. Justifica-se o presente estudo tendo em vista a relevância do tema, tendo em vista o descaso suportado pela sociedade no que se refere a efetivação dos direitos e garantias básicas pelo poder público, especialmente no que concerne ao direito à saúde. Ao final da pesquisa, constata-se que a judicialização é indispensável em muitos casos, pois consiste no único meio contra más gestões que não investem recursos financeiros em saúde, tampouco, implementam políticas públicas eficientes em tal área.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Judicialização. Mínimo existencial. Reserva do possível.

ABSTRACT

The article in question addresses the realization of the right to health in Brazil, focusing on its fundamental right aspect, linked to the right to life and inseparable from the right to physical integrity and the principle of human dignity, a corollary of the Federal Constitution of 1988. From this perspective, the problem raised in this study emerged from observations that generated reflections and resulted in the elaboration of this work, it is, therefore, the judicialization of health, a phenomenon that has become increasingly growing in the national legal scope, in which the demands /actions are of the most varied types, from requests for medicines that are outside the table of the

²⁶ Texto originalmente apresentado e aprovado como Trabalho de Conclusão de Curso – TCC no Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, em dezembro de 2024.

²⁷ Bacharela em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP.

²⁸ Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Professora da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, lecionando na graduação e na pós-graduação. Atuou como orientadora desse trabalho de pesquisa.

Unified Health System (SUS) to surgical procedures. In view of the above, this article aimed to analyze whether the judicialization of health in Brazil guarantees full access to that right, and what is the role of the Federal Supreme Court in this scenario. The present study is justified in view of the social relevance of the subject, in view of the neglect currently supported by society with regard to the realization of basic rights and guarantees by the public power, especially with regard to the essential right to health. At the end of the bibliographic research, it appears that judicialization, in the current scenario, is indispensable in many cases, as it is the only means against mismanagements that do not invest financial resources in health, nor implement efficient public policies in this area.

KEYWORDS: Right to health. Judicialization. Existential minimum. Reservation as possible.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho em questão apresenta uma análise acerca da efetivação do direito à saúde no Brasil, enfocando seu aspecto de direito fundamental do indivíduo, ligado ao direito à vida e indissociável do direito à integridade física e dignidade da pessoa humana. Com efeito, o direito à saúde integra os chamados direitos sociais, os quais, positivados na Constituição Federal de 1988, tem por inspiração, a busca de um atendimento de saúde eficiente e igualitário para as pessoas.

Não são poucas as controvérsias que giram em torno da efetividade dos direitos sociais. No Brasil, essa discussão vem ganhando força não só nas instâncias legislativa e administrativa, mas, sobretudo, no âmbito do Poder Judiciário, órgão estatal que vem buscando garantir, ao seu modo, plena efetividade aos direitos sociais encartados na Carta Maior de 1988.

Nesse cenário, em face da complexidade dos temas levados à apreciação do Supremo Tribunal Federal (STF), urge, sempre, uma atuação ativa do Poder Judiciário ante as omissões do Poder Legislativo e/ou do Poder Executivo. No que tange a este aspecto de judicialização, questões relevantes do ponto de vista político e social estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário.

Em tal conjuntura, a judicialização da saúde se tornou um fenômeno crescente, no qual as ações são das mais variadas espécies, variando desde pedidos de medicamentos que estão fora da tabela SUS aos procedimentos cirúrgicos. A judicialização da saúde remete à busca ao Poder Judiciário, por parte do cidadão, como última alternativa para obtenção de medicamentos ou tratamentos não disponibilizados pelo SUS. Nesse liame, compreende-se que tal fenômeno é reflexo

de um sistema de saúde deficitário, que não consegue concretizar a contento a proteção desse direito fundamental.

Com base no exposto, o presente estudo tem por objetivo geral analisar se a judicialização da saúde no Brasil garante o pleno acesso ao referido direito. Tendo como objetivos específicos investigar o direito fundamental à saúde e sua posição na Constituição de 1988; descrever os principais aspectos do Sistema Único de Saúde (SUS) e averiguar sua relação com a efetivação do direito fundamental à saúde.

No que concerne aos procedimentos metodológicos, utiliza-se o método dedutivo, ou seja, um tipo de argumento que parte de uma premissa universal para atingir uma conclusão específica e particularizada diante do caso a ser estudado. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, desenvolvida com base, principalmente, em livros, bem como por meio de artigos publicados referentes ao tema. Ainda foram utilizadas jurisprudências, bem como a própria Constituição Federal de 1988 e a Lei n. 8.080 de 1990, que instituiu o SUS.

2 DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE

O direito à saúde é um direito social, assim como um direito fundamental, pois se relaciona com o direito à vida e à dignidade humana, tanto que é tratado como um direito 'fundamentalíssimo' por Sarlet (2018), ou seja, é um direito de extrema relevância para a consecução da inviolabilidade à vida na ordem jurídica constitucional. Ademais, vinculados ao direito à saúde estão: o direito à integridade física e corporal, o direito ao desenvolvimento, os direitos sexuais e reprodutivos, o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito ao saneamento básico, o direito à água, o direito à segurança alimentar, o direito à previdência e a assistência social, dentre outros.

Com efeito, os direitos sociais assegurados na Carta Magna de 1988 são classificados pela doutrina pátria como direitos de segunda dimensão, os quais exigem uma atuação ativa do Poder Público em prol dos menos favorecidos e dos setores economicamente mais debilitados da sociedade (TAVARES, 2019). Assim, surge para os cidadãos a legitimidade para a reivindicação de determinadas prestações positivas e materiais do Estado para a garantia de cumprimento desses direitos.

Os direitos sociais, plenamente assegurados no artigo 6º da Carta Magna de 1988, possuem como objetivo a igualdade material, exigindo prestações positivas pelo Estado, no sentido de garantir o acesso de todos os cidadãos a esses direitos. Para tanto, o Estado, em todas as suas instâncias, deverá realizar a implementação destes direitos “[...] mediante políticas públicas concretizadoras de determinadas prerrogativas individuais ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e garantir uma existência humana digna” (NOVELINO, 2019, p. 481).

As políticas públicas são compreendidas por Bucci (2022) como as ações que nascem do contexto social, mas que passam pela esfera estatal como uma intervenção pública numa realidade social, quer seja para fazer investimentos ou para uma mera regulamentação administrativa. Com efeito, as políticas públicas são consideradas atividades típicas do Estado social de direito e consequência direta da necessidade de participação social em sua efetivação (BUCCI, 2022). Esta autora compreende por políticas públicas, a organização sistemática dos motivos fundamentais e dos objetivos que orientam os programas de governo relacionados à resolução de problemas sociais.

Reitera-se, o texto Magno erigiu à saúde à condição de direito social fundamental, dela tratando inicialmente, no Capítulo II – “Dos direitos Sociais” do Título II – “Dos direitos e garantias fundamentais” (BRASIL, 1988). O mesmo tratamento, aliás, que a Lei Maior conferiu à educação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção a maternidade e à infância, à assistência aos desempregados (art. 6º) (BRASIL, 1988).

De fato, além de haver sido consagrada como direito social fundamental (art. 6º), a saúde voltou a ser objeto de regulação constitucional, agora de forma mais detida, na seção II – “Da saúde, do Capítulo II – Da Seguridade Social, Do Título VIII – Da Ordem Social” (BRASIL, 1988). No particular, cuidou a Lei Maior, de fixar diretrizes para a posterior formulação e execução de políticas públicas na área. Ao fazê-lo, estabeleceu, no art. 196, que:

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 igualitário às ações e serviço para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

A saúde é direito subjetivo de todos e há de ser prestada pelo Estado, devendo tal direito ser garantido aos seus titulares, mediante políticas públicas, sociais e econômicas (GANDINI *et al.*, 2018), ou seja, o direito à saúde a que se refere o Texto Magno depende, para sua efetivação, da implementação de políticas públicas, cabendo ao Estado, quando da sua elaboração, adotar os meios necessários para prevenir e reduzir os riscos de doenças e de outros agravos, bem como assegurar o acesso universal igualitário às ações e serviços.

Desta feita, Ladeira (2018, p. 106, *apud*, NASCIMENTO, 2020, *online*) leciona que “[...] o reconhecimento de direitos sociais no corpo da Constituição Federal de 1988 é a evidência de ter o Estado brasileiro adotado a configuração de um Estado Democrático de Direito”, cuja finalidade se diferencia daquela adotada pelos Estados liberais, uma vez que objetiva assegurar o direito à igualdade em aspectos formais e materiais. O artigo 198 da Carta Cidadã de 1988 determinou a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), que é a rede regionalizada e hierarquizada para cumprir um leque de atribuições (BRASIL, 1988).

Portanto, o texto constitucional possibilitou mais uma admirável evolução ao direito brasileiro. Previu-se no art. 197 ser a saúde um serviço de relevância pública, uma vez que é indispensável para a manutenção da vida, e no art. 198, inciso II, estipulou-se que as ações e serviços públicos referentes à saúde deveriam ter atendimento integral, priorizando-se as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais (BRASIL, 1988).

Importante esclarecer que a garantia à saúde não enseja a cobrança de contribuição específica para que qualquer cidadão possa ter acesso, portanto, o sistema único de saúde garante cobertura em todo o país a todos os cidadãos. Segundo descreve Ibrahim (2019) a saúde pública é garantida com acesso universal e igualitário, as ações e os serviços estão alinhados no sentido da promoção, proteção, recuperação e manutenção da saúde de todos os brasileiros. Independentemente de classe social, gênero, raça, idade, naturalidade, dentre outros marcadores sociais.

As condições para a implantação de tais ações da saúde, além de sua organização e de seu funcionamento, são objetivo de regulamentação pela Lei n. 8080/1990. A regulamentação administrativa foi aprovada pelo Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011. O Sistema Único de Saúde (SUS) surgiu como alternativa ao

inadequado e obsoleto sistema de saúde então existente, o qual não se revelou apto a resolver os graves problemas enfrentados pelo país, além de não haver sido eficaz diante de um quadro de doenças de vários tipos e de não possuir métodos minimamente transparentes dos gastos públicos nessa área (RODRIGUES, 2019).

Conforme explica Ibrahim (2019, p. 8), “[...] as ações e os serviços de saúde são de extrema relevância”, o mesmo autor pontua que cabe ao poder público a sua execução, diretamente ou através de terceiros, incluído, pessoas físicas ou jurídicas do direito privado. O emprego de particulares na proteção à saúde é frequente, com o governo reembolsando atendimentos destas unidades pelo SUS.

O Sistema Único de Saúde (SUS) é o principal administrador da saúde do Brasil, sendo gerido pelo Ministério da Saúde, mas não possuindo vínculo com o Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), nem, tão pouco, com a assistência social, embora sua fonte de financiamento seja oriunda dos recursos do orçamento destinados à seguridade social e planejados pela União, Estados, Distrito federal e Municípios (BRASIL, 1990).

Segundo preceitua a Constituição Federal de 1988, em seu art.198, §3º, mediante Lei Complementar, será reavaliada por pelo menos 5 (cinco) anos, estabelecendo: os percentuais mínimos de aplicação de recursos nas ações e serviços públicos de saúde; os critérios de rateio dos recursos da união vinculados à saúde destinados aos estados, ao distrito federal e aos municípios, e dos estados destinados a seus respectivos municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela união (BRASIL, 1988).

Concernente à assistência pública à saúde, pode-se afirmar que prestações positivas defluem não apenas dos mandamentos constitucionais, mas também dos comandos legais que estruturam o SUS e demais mecanismos reguladores da assistência à saúde (VIDAL, 2019).

Levando-nos a refletir que as atuações a ações e serviços de saúde são de total competência do setor público uma vez que este é o responsável pela forma a ser regulamentada fiscalizada e até mesmo controlada, porém, em matéria de execução de sua prestação, ser realizada por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

2.1 GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL E OS DIREITOS BÁSICOS

Nos últimos anos vem ganhando grande visibilidade e força a teoria denominada mínimo existencial. Trata-se de uma tese na qual cabe ao Estado deve garantir o 'mínimo existencial', ou seja, os direitos básicos das pessoas. Esse mínimo estaria subordinado à avaliação do binômio necessidade/capacidade, tanto do provedor quanto das pessoas a quem se destina a prestação.

Sarlet e Zockun (2017, p. 115) pontuam que no caso do Brasil não há previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial. Assim, os próprios direitos sociais específicos (a exemplo do direito à saúde) acabaram por abarcar determinadas dimensões do mínimo existencial, “[...] muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial”. Por sua vez, Ferreira Filho (2019), conceitua o mínimo existencial como um direito em que as pessoas devem ter condições de vida mínimas e dignas, as quais exigem prestações estatais positivas.

Por força do princípio da dignidade da pessoa humana, todo ser humano possui direito ao mínimo para existir dignamente, ou seja, é fundamental assegurar meios que possibilitem à satisfação das necessidades básicas do cidadão, como o direito à saúde, a educação, a previdência social, a alimentação, dentre outros. Nessa esteira, no momento que o Estado não oferece condições mínimas para que sejam concretizados os direitos 'mínimos existenciais', há um desencontro com o princípio da dignidade da pessoa humana e todos os demais direitos fundamentais preconizados pela Constituição Federal de 1988. Sob esse prisma, Sarlet e Zockun (2017, p. 156) consideram que:

Tanto do ponto de vista teórico, quanto de uma perspectiva prática, a relação entre o mínimo existencial e os diversos direitos fundamentais sociais tem sido marcada por uma doutrina e jurisprudência que em boa medida dão suporte à tese de que o **mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna – representa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade** (grifo nosso).

Em que pese o mínimo existencial refletir em seu bojo as condições básicas de existência e tratamentos, Lessa (2017) aduz ser relevante entrever que existem situações nas quais os tratamentos necessários envolverão alta complexidade, seja através de um medicamento ou tratamento experimental, ou mesmo de uma nova técnica cirúrgica, sendo igualmente indispensáveis à sobrevivência do indivíduo.

Acentua-se que nestes casos o mínimo existencial deve ser compreendido sob a ótica do princípio da dignidade da pessoa humana, materializado nos cuidados essenciais à saúde do indivíduo, visando assegurar sua sobrevivência, isto, por meio de prestações estatais positivas. Nesta tangente, conforme assinalam Sarlet e Figueiredo (2018), os próprios direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, abarcam uma dimensão do mínimo existencial, e, portanto, a ideia de um mínimo existencial pode ser tomando como sendo um importante critério material para a interpretação do conteúdo do direito social à saúde.

Sarlet (2018) assevera ainda haver uma relação intrínseca em torno do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, vez que ambos materializam os direitos sociais, na medida em que são adotados como verdadeiras balizas para verificar o padrão mínimo desses direitos a serem reconhecidos pelo Estado.

3 JUDICIALIZAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Compreende-se que a judicialização ocorre quando o poder público não garante a prestação da saúde. A complexidade deste fenômeno reside no desafio de garantir os direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, no qual os mecanismos jurídicos são postos em prática visando garantir aos cidadãos a devida assistência médica (ANDRADE *et. al.*, 2017). Sob este prisma, as decisões judiciais almejam assegurar o acesso efetivo ao direito à saúde. Entretanto, a mesma questão vista sob outra perspectiva, cabe ao gestor público a responsabilidade e o poder de decisão sobre a destinação de recursos financeiros que custeiam a saúde pública.

De acordo com Caúla (2018, p. 19) os direitos sociais, tal como os direitos de liberdade, “[...] são direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos, porque considerados como imprescindíveis ao desenvolvimento do homem, de modo a assegurar a dignidade cabível a cada ser humano individual e socialmente”.

Nesta direção, a Constituição de 1988 estabelece o direito à saúde como direito fundamental, que demanda ações do Estado no sentido de garantir o exercício pleno de tal direito pelo usuário do serviço público. Portanto, conforme Caúla (2018), a efetivação do direito à saúde exige do Estado deveres de respeito, proteção e promoção. Desse modo, o direito à saúde tem status de direito fundamental no ordenamento pátrio e como tal, merece plena eficácia. Segundo Barroso (2017, p. 26):

[...] quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas públicas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.

A judicialização do acesso à saúde emerge com a possibilidade de o Poder Judiciário editar determinações à administração pública para que esta forneça ações em forma de serviços de saúde (BARROSO, 2017). Trata-se, assim, da constatação da ineficácia estatal diante do dever de assistência à saúde.

Não obstante ser consenso que a situação da saúde no Brasil é preocupante e, para alguns, caótica, não existe um levantamento, em âmbito nacional, sobre a real dimensão do fenômeno que se convencionou denominar por judicialização da saúde, nem tampouco do seu impacto para o Sistema Único de Saúde (BRASIL, 2013). Isto pode ser explicado pelo fato de que as ações propostas estão divididas entre a Justiça Federal e a Justiça Estadual, órgãos autônomos entre si. Em tal seara, Pepe (2018, p. 02) esclarece que:

A 'judicialização da saúde', fenômeno multifacetado, expõe limites e possibilidades institucionais estatais e instiga a produção de respostas efetivas pelos agentes públicos, do setor saúde e do sistema de justiça. A intervenção judicial no âmbito da gestão do setor saúde tem sido alvo de intenso debate e, recentemente, ganhou destaque no Supremo Tribunal Federal (STF), com a realização de audiência pública, que possibilitou a interlocução entre os atores envolvidos.

Conforme Melo Filho (2017) havendo negligência e descumprimento dos deveres estatais de promoção do acesso à saúde, é plausível que haja a invocação judicial deste direito social em determinada situação concreta. Neste sentido, as

situações de descumprimento de contratos por parte das operadoras de planos de saúde, igualmente, devem ser judicializadas.

Todavia, a decisão judicial, por si só, não basta para a efetivação do direito à saúde, pois, existe um longo percurso para o cumprimento de decisões judiciais por parte do Ministério da Saúde, quando o pleito se refere à própria prestação do direito à saúde, considerando-se não estar entre as atribuições legais da União (art. 16, lei nº 8080/90) a execução direta de ações e serviços dessa natureza, as quais são de responsabilidade do Município (art. 18, I, Lei nº 8080/90) e, supletivamente, do Estado (art. 17, III, lei n. 8080/90) (BRASIL, 2013). De todo modo,

[...] uma vez que há uma decisão judicial impondo obrigação à União, a Advocacia- Geral da União solicita ao Ministério da Saúde: a) fornecimento de subsídios (para defesa do ente federal); e b) encaminhamento da decisão judicial à área responsável pelo cumprimento, quando houver condenação da União (BRASIL, 2013, p. 18).

Schwartz e Teixeira (2018) asseveram que a atuação judicial será feita em uma etapa subsequente a constatação de que as ações prestacionais estatais não garantiram o direito à saúde. É, portanto, uma atuação secundária (entretanto, não é suplementar) em relação ao dever dos poderes públicos, especialmente do executivo, pois inexistiria necessidade de uma decisão proveniente do sistema jurídico caso tais poderes cumprissem o seu papel.

Nesse cenário, a função do Judiciário sofreu substancial modificação, passando a atuar como órgão calibrador de tensões sociais, solucionando conflitos de cunho social, político e jurídico, e, também, implementando o conteúdo promocional do direito. Assim, lhe coube o desafio eliminar a distância entre o direito formal e material (MELO FILHO, 2017).

Na questão específica da proteção à saúde, “[...] o Brasil mantém um intrincado e gigantesco sistema de prestação de serviços de saúde, direcionado à prestação universal e gratuita de serviços de assistência” (CAÚLA, 2018, p. 78), sistema este que envolve todos os Estados da federação, os quais devem atuar articuladamente.

O Sistema Único de Saúde (SUS), embora tenha representado grande avanço na assistência à população brasileira, não tem alcançado a eficácia desejada, “[...] notadamente em razão das características socioeconômicas brasileiras, em que

avultam impressionantes desigualdades sociais e regionais, e da grandeza do espaço geográfico a ser coberto” (CAÚLA, 2018, p. 79).

Melo Filho (2017) assinala que são evidentes as falhas no serviço de saúde, seja pela insuficiência de quadro médico, seja baixa qualificação dos serviços, além da carência de materiais elementares, de superlotação de equipamentos públicos de saúde, falta de leitos, terceirização de mão-de-obra, fragilidade dos programas de prevenção de doenças, falta de medicamentos, dentre outros fatores.

Nessa conjuntura, e diante dos apelos dos cidadãos através de demandas, cabe ao Poder Judiciário tutelar os direitos fundamentais tendo como espeque a força normativa da Constituição de 1988. Posto isto, Mendes, Coelho e Branco (2017) aduzem que neste caso, a atuação judicial tem como parâmetro o núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois deve ser convocado a atuar sempre que um direito for lesionado.

Noutro giro, diversas são as sugestões apresentadas visando reduzir a qualidade de demandas judiciais envolvendo a proteção à saúde. Por exemplo, Barroso (2017, p. 45), quanto ao fornecimento de medicamentos, sugere que:

No âmbito de ações individuais, a atuação jurisdicional deve ater-se a efetivar a dispensação dos medicamentos constantes das listas elaboradas pelos entes federativos; a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas e nestas a) o Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; b) o Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil; c) o Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo; d) o Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

Por conseguinte, Barroso (2017) enfatiza que a atividade judicial deve ser moderada e, sobretudo, deve respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes. Sob tal perspectiva, quando o Judiciário determina ao Estado que forneça determinado medicamento, atendimento médico, dentre outros, deve fazê-lo com cautela, a fim de não inviabilizar o funcionamento da máquina estatal.

3.1 TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL E A INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS

Resta claro que grande parcela das ações judiciais se reveste de interesses legítimos, devendo assim, ser apreciadas pelo Judiciário. Com vistas ao direito assegurado na Carta de 1988, qualquer cidadão tem constitucionalmente garantido o direito de atenção à saúde e pode acionar o judiciário para ter esse direito concretizado. Desta forma, nos últimos anos, o número de demandas judiciais para garantia de tal direito tem tomado vulto jurídico e financeiro (ANDRADE et. al., 2017).

Nesse contexto, cabe frisar que, de acordo com Barroso (2017), essa interferência apenas é possível quando algum direito fundamental é vulnerado para além do seu mínimo essencial, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Sob essa ótica, emerge a teoria da “reserva do possível”, a qual, conforme ensina Moreira (2017), foi cunhada no judiciário alemão com a publicação da decisão proferida, em sede de controle concreto de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional Federal, no ano 1972.

Sarlet (2018) explica que o Tribunal alemão resolveu o litígio e fundamentou a decisão sustentando que a prestação buscada deveria corresponder aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de modo que, mesmo o Estado dispondo de recursos e tendo poder de disposição, “não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável” (SARLET, 2018, p. 265). Sob uma vertente conceitual, a reserva do possível, “[...] pode ser compreendida como uma limitação fática e jurídica, oponível, ainda que de forma relativa, à realização dos direitos fundamentais, sobretudo, os de cunho prestacional pelo Estado” (NOVELINO, 2019, p. 484).

Colaborando para a compreensão do conteúdo jurídico da teoria em comento, Sarlet e Figueiredo (2018) asseveram que na reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

Assim sendo, insta observar, que a reserva do possível exterioriza a ideia de que os direitos sociais, em especial o direito à saúde, necessitam da efetiva disponibilidade de reserva financeira por parte do poder público, disponibilidade que estaria inserida no campo discricionário das determinações governamentais, compendiadas no orçamento público (SARLET; FIGUEIREDO, 2018).

Cumprе ressaltar que no direito alemão, o instituto da reserva do possível tem relação com o dispositivo contido em sua Lei Fundamental, onde está firmando que o orçamento deve refletir os encargos do Estado. Entretanto, no Brasil, na Constituição de 1988 não consta dispositivo análogo, sendo assim não seria viável compreender a reserva do possível, no caso do direito constitucional brasileiro, nos mesmos moldes em que foi desenvolvida na teoria e jurisprudência alemã (SARLET; FIGUEIREDO, 2018).

A teoria da reserva do possível demarca a insuficiência de recursos e tem atuado como meio para afastar a intervenção do poder judiciário na efetivação de direitos fundamentais, quando comprovada a ausência de recursos orçamentários. Sob esta ótica, compreende-se que neste aspecto vincula-se o direito à saúde a situação econômica do país, vez que as necessidades são ilimitadas, porém, os recursos não o são. Nesse contexto, Kelbert (2018, p. 72) afirma que no Brasil:

[...] o reconhecimento dos direitos sociais não se deu em razão da disponibilidade de recursos, de modo que existe uma responsabilidade dos entes estatais no sentido de alocar recursos para a sua efetivação, uma vez que a própria Constituição assim determina. Desse modo, resta claro que não se pode pleitear o impossível, mas a reserva do possível é argumento que só poderá ser aceito excepcionalmente, pois não configura uma regra.

Sarlet (2018) explica que a efetividade dos direitos sociais materiais e prestacionais estaria condicionada à reserva do que é possível financeiramente ao estado, posto que se enquadram como direitos fundamentais dependentes das possibilidades financeiras dos cofres públicos. Com isso, caberia aos governantes e aos parlamentares a decisão – uma expressão do poder discricionário – sobre a disponibilidade dos recursos financeiros do estado.

A possibilidade financeira e a previsão orçamentária tornaram-se argumentos dessa distorção da teoria alemã. Dessa forma, a efetividade de direitos fundamentais só seria garantida nos casos em que o poder público possuir recursos suficientes (FERREIRA FILHO, 2019). Entretanto, é evidente que isso não impede o juízo de ordenar que o Poder Público realize determinada despesa para fazer valer um determinado direito constitucional.

Vislumbra-se que a reserva do possível passa a ser, efetivamente, uma limitação à concretização dos direitos sociais. Ante as suas consequências, tal reserva necessita de maior atenção e mais aperfeiçoamento por parte de todos os membros

da sociedade, em especial dos representantes da administração público. Nessa vertente, Olsen (2018, p. 200) reputa ser mais acertado tratar tal teoria “[...] como uma condição de realidade, que influencia na aplicação dos direitos fundamentais”.

Corroborando com o exposto, Ávila (2017) entende que a “Reserva do Possível” passou a ser utilizada como justificativa para ausência, um verdadeiro argumento do Estado para não cumprir com o papel que a própria Constituição lhe conferiu, de provedor das necessidades da sociedade, representadas, mesmo, pelos direitos fundamentais e sociais ali descritos.

A alegação da reserva do possível, caso admitida, deve atender ao princípio constitucional da proporcionalidade, sob pena de aniquilar a manifestação dos direitos sociais, aliás, impende indicar, que esta é a orientação de Sarlet e Figueiredo (2018, p. 33), ao se expressar no sentido de que:

[...] os responsáveis pela efetivação de direitos fundamentais, inclusive e especialmente no caso dos direitos sociais, onde a insuficiência ou inoperância (em virtude da omissão plena ou parcial do legislador e administrador) causa impacto mais direto e expressivo, deverão observar os critérios parciais da adequação (aptidão do meio no que fiz com a consecução da finalidade almejada), necessidade (menor sacrifício do direito restringido) e da proporcionalidade em sentido estrito (avaliação da adequação custo-benefício – para alguns, da razoabilidade no que diz com a relação entre os meios e os fins), respeitando sempre o núcleo essencial do(s) direito(s) restringido(s), mas também não poderão, a pretexto de promover algum direito, desguarnecer a proteção de outro(s) no sentido de ficar aquém de um patamar minimamente eficiente de realização e de garantia do direito.

Com isso, deve o poder público, efetuar escolhas, observando o critério da proporcionalidade, de maneira que não cause prejuízo aos valores consubstanciados da Constituição Federal de 1988. Verifica-se, portanto, que os direitos sociais encontram na reserva do possível um limite para a sua efetividade.

Devendo ser será aplicada tal teoria se for devidamente comprovado que a prestação gerará mais prejuízos do que vantagens (ÁVILA, 2017). Salienta-se ainda que se o poder público invocar a teoria da reserva do possível a fim de não cumprir com sua obrigação constitucional, caberá a ele o ônus de provar que não há recursos, para só então o judiciário se manifestar, de acordo com a razoabilidade.

4 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL-STF

Em matéria de saúde, a Constituição de 1988 estabeleceu a competência

comum, legislativa e administrativa entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Em decorrência desta determinação constitucional, criou o Sistema Único de Saúde (SUS) cuja regulamentação e prestação de serviços é feita a partir da responsabilidade solidária entre as entidades federativas.

Nessa perspectiva, o SUS pressupõe ação unificada e responsabilidade compartilhada dos governos federal, estaduais e municipais, pois conforme o art. 196 da CF a “saúde é direito de todos e dever do estado” (BRASIL, 1988). Em termos constitucionais significa que todos eles têm o dever conjunto, a obrigação compartilhada de cuidar da saúde, conforme preceitua o artigo 23, inciso II, da CF.

A Lei nº 8.080/1990 detalha e especifica as competências materiais e as atribuições de cada esfera, segundo critério de complexidade dos serviços e considerando a abrangência de atuação dos entes na rede única e regionalizada do SUS. Desta forma, a Lei n. 8.080/90 estabeleceu as competências: comuns dos entes (artigo 15); da Direção Nacional do SUS, exercida pelo Ministério da Saúde (artigo 16); da Direção Estadual do SUS, exercida pelas secretarias estaduais de saúde (artigo 17); e da Direção Municipal do SUS, exercida pelas secretarias municipais de saúde (artigo 18) (BRASIL, 1990)

A definição de atribuições específicas e as autonomias administrativas de cada ente não afastam a responsabilidade da União, pois como visto as ações e serviços constituem uma rede única formada pela ação conjunta e a cooperação é determinada pela Constituição e pela Lei do SUS, que estabelece como princípio do sistema a “conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população” (BRASIL, 1990).

Em consonância ao exposto, o Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, firmou a seguinte tese: o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, sendo responsabilidade solidária dos entes federados, podendo figurar no polo passivo qualquer um deles em conjunto ou isoladamente (TEMA nº 793, SFF).

O Plenário da Corte Maior decidiu em julgado proferido no dia 22 de maio de 2019 (RE 855.178) que é solidária a responsabilidade da União, dos estados e dos municípios para pagar remédios de alto custo e tratamentos médicos oferecidos pela rede pública. O referido caso teve início em março de 2015, ao julgar o Recurso

Especial com repercussão geral reconhecida, o plenário virtual da Corte reafirmou jurisprudência sobre a responsabilidade solidária dos entes federados no dever de prestar assistência à saúde.

Os ministros do STF rejeitaram embargos de declaração interpostos pela União contra acórdão do plenário Virtual da Corte sobre a responsabilidade solidária da União, Estados e municípios para custear o direito à saúde. Na ocasião, os debates foram interrompidos pelo pedido de vista do ministro Edson Fachin.

Em maio de 2019 o julgamento foi retomado. O ministro Edson Fachin conheceu dos embargos, mas os rejeitou, reforçando a solidariedade dos entes federados. O ministro propôs alguns esclarecimentos, sem efeitos modificativos para estabelecer que a obrigação do Estado, reconhecida a responsabilidade solidária, é decorrente da obrigação material comum prevista na Constituição Federal de 1988. Isso significa que o usuário tem direito a uma prestação solidária e que cada ente tem prestações específicas.

Segundo Fachin, ainda que as normas de regência e demais pactuações imputem expressamente a determinado ente a responsabilidade principal, é lícito à parte incluir outro ente no polo passivo, para ampliar sua garantia. As ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio acompanharam o entendimento de Fachin. O ministro Celso de Mello não estava presente. Nesse sentido, foi firmada a seguinte tese:

É solidária a responsabilidade entre os entes que compõem o Sistema Único de Saúde, o que implica a obrigação comum, mas estruturada em níveis de atuação que devem ser observadas as ações judiciais voltadas ao fornecimento de medicamentos sob a seguinte disposição: A demanda que veicular pedido de medicamento, material, procedimento ou tratamento constantes nas políticas públicas deve ser proposta em face da pessoa política com competência administrativa para o fornecimento/dispensação daquele medicamento, ressalvada em todos os casos a responsabilidade subsidiária da União (STF, RE 855178, Relator: Min. Luiz Fux, data do julgado: 22 de maio de 2019 22 de maio de 2019) (BRASIL, 2019).

Desse modo, o STF reafirmou a jurisprudência no sentido de que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados, bem como que o polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isolada ou conjuntamente.

Por sua vez, ainda em maio de 2019, o Supremo Tribunal Federal - STF se posicionou no sentido de que o Estado não é obrigado a fornecer medicamento

experimental ou sem registro da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), salvo em casos excepcionais. Com isso, a Corte Maior estabeleceu parâmetros objetivos para fixação do mínimo existencial no tocante ao fornecimento de medicações, corolário do direito à saúde.

A decisão foi tomada, por maioria de votos no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 657718, com repercussão geral reconhecida, de relatoria do ministro Marco Aurélio. O recurso tratava de remédios não disponíveis na lista do Sistema Único de Saúde (SUS) e de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

No recurso extraordinário em análise, insurgido em face da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, a autora sustentou que foram infringidos os artigos 1º, III; 6º; 23, 11; 196; 198, 11 e § 2º; 204; e 212 da Constituição Federal de 1988. Aduziu ser portadora de enfermidade grave, denominada moléstia renal crônica, e que está em tratamento há cerca de catorze anos, fazendo seções de hemodiálise; sustentou, ainda, que a enfermidade teve evolução para hipertireoidismo severo, tendo este sido originado em razão da doença renal. Reiterou ainda que os remédios que já fez uso, prescritos pelo médico, não resultaram na melhora de sua saúde.

O julgamento que começou em 2016 foi retomado em sessão em 22 de maio de 2019, com o voto-vista do ministro Alexandre de Moraes, acompanhando a divergência aberta pelo ministro Luís Roberto Barroso no sentido do provimento parcial ao recurso. Em seu voto-vista, Moraes concluiu pela constitucionalidade do artigo 19-T da Lei 8.080/1990, que veda, em todas as esferas de gestão do SUS, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento experimental ou de uso não autorizado pela ANVISA. Para o referido ministro, em trecho de seu voto, “não se trata de negar direito fundamental à saúde. Trata-se de analisar que a arrecadação estatal, o orçamento e a destinação à saúde pública são finitos” (BRASIL, 2019).

Segundo o ministro, a excessiva judicialização da matéria não tem sido bem-sucedida. “Para cada liminar concedida, os valores são retirados do planejamento das políticas públicas destinadas a toda coletividade” (BRASIL, 2019). Em sua avaliação, nesse contexto, não haverá universalidade, mas sim, seletividade, onde a decisão judicial acabaria por dar preferência àquele que a obteve em detrimento de uma política pública planejada.

Por sua vez, os ministros Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes apresentaram entendimento divergente e ressaltaram que o Estado deve observar as situações excepcionais em que um medicamento sem registro pode ser fornecido. O ministro Edson Fachin reajustou seu voto para também dar provimento parcial ao recurso, mas manteve entendimento de que o Estado tem o dever de fornecer o medicamento ao cidadão e que cabe ao próprio Poder Público fixar os parâmetros para que esse fornecimento seja garantido.

Já o ministro Dias Toffoli, acompanhou o relator, ministro Marco Aurélio, no sentido de negar provimento ao recurso. Ambos consideraram que a lei prevê que nenhum medicamento pode ser comercializado no país sem o registro na vigilância sanitária. A tese firmada pelo Plenário, por maioria dos votos, para efeito de repercussão geral, foi no sentido de que:

1 O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais; 2) A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial; 3) É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na lei 13.411/16), quando preenchidos três requisitos: I – a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras; II – a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; III – a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4) As ações que demandem o fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão ser necessariamente propostas em face da União (STF, RE 657718, relator: Min. Roberto Barroso, Pleno, julgado em: 22 de maio de 2019) (BRASIL, 2019).

Logo, pode-se perceber que não se trata de uma negação absoluta por parte do Poder Público em fornecer os referidos medicamentos, pois cabe exceção aplicável em casos excepcionais de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido. Portanto, a não obrigatoriedade do Estado em seu fornecimento é regra, sendo a mora irrazoável, exceção. Prevaleceu, portanto, a posição defendida pelo ministro Luís Roberto Barroso de que o Estado somente pode ser obrigado a fornecer os medicamentos na hipótese de longa demora da ANVISA em apreciar o pedido de registro (o prazo varia de 120 dias a 365 dias, dependendo do tipo de remédio).

Isso, quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de solicitação de registro do medicamento no Brasil, salvo no caso de remédios feitos exclusivamente para doenças raras e ultrarraras; 2) a existência de registro da medicação em

renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Em 11 de março de 2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo solicitados judicialmente, quando estes não estiverem previstos na relação do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional, do Sistema Único de Saúde (SUS) (BRASIL, 2020). As situações excepcionais ainda serão definidas na formulação da tese de repercussão geral. A decisão, tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 566471, atingiu mais de quarenta mil processos sobre mesmo tema.

O caso concreto está relacionado à recusa do Estado do Rio Grande do Norte de fornecer citrato de sildenafila para o tratamento de cardiomiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar de uma senhora idosa e carente, com fundamento no alto custo do medicamento e na ausência de previsão de fornecimento no programa estatal de dispensação de medicamentos. A paciente acionou a Justiça para pleitear que o Estado fosse obrigado a fornecer o remédio. O juízo de primeiro grau determinou a obrigação do fornecimento, decisão que foi confirmada pelo Tribunal de Justiça estadual.

A maioria dos ministros - oito votos no total – desproveu o recurso tendo como condutor o voto do relator, ministro Marco Aurélio, proferido em setembro de 2016. A vertente vencedora entendeu que, nos casos de remédios de alto custo não disponíveis no sistema, o Estado pode ser obrigado a fornecê-los, desde que comprovadas a extrema necessidade do medicamento e a incapacidade financeira do paciente e de sua família para sua aquisição. O entendimento também considera que o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora. Segue ementa de referida decisão:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO. IMPOSSIBILIDADE DE DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTO NÃO INCORPORADO NO SUS POR DECISÃO JUDICIAL, SALVO SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. 2. Já no caso de demanda judicial por medicamento não incorporado pelo SUS, inclusive quando de alto custo, o Estado não pode ser, como regra geral, obrigado a fornecê-lo. Não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, devam ser oferecidos pelo Estado a todas as pessoas. É preciso, tanto quanto possível, reduzir e racionalizar a judicialização da saúde, bem como prestigiar as decisões dos órgãos

técnicos, conferindo caráter excepcional à dispensação de medicamentos não incluídos na política pública. 3. Para tanto, proponho 5 (cinco) requisitos cumulativos que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde. São eles: (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos no âmbito do SUS é, em regra, desse ente federativo (STF, Supremo Tribunal Federal. RE 566.471, relator: Min. Marco Aurélio, Pleno. Data do jugado: 11 de março de 2020) (BRASIL, 2020).

O ministro Edson Fachin abriu divergência e votou em favor do fornecimento imediato do medicamento solicitado, tendo em vista que, durante o trâmite do processo, ele foi registrado e incluído na política de assistência à saúde. O julgamento do Recurso Especial 566.471 estava suspenso desde 2016 por conta de um pedido de vista do ministro Teori Zavascki. O ministro Alexandre de Moraes herdou o processo e seguiu o entendimento da maioria em seu voto.

As ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Luiz Fux acompanharam o entendimento do relator pelo desprovimento do recurso. Em seus votos, os magistrados salientaram que, em caráter excepcional, é possível a concessão de medicamentos não registrados na lista da ANVISA. Noutro giro, fizeram ponderação utilizando argumentos como as garantias constitucionais (entre elas a concretização dos direitos fundamentais, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana), o limite do financeiramente possível aos entes federados, tendo em vistas restrições orçamentárias, o desrespeito às filas já existentes e o prejuízo a outros interesses idênticos (BRASIL, 2020).

O Ministro Gilmar Mende pontuou que a princípio, no caso do medicamento de alto custo que não conste da lista de medicamentos dispensados, não há dever do Estado de fornecê-lo. Contudo, reconheceu que, de maneira excepciona, poderá o Judiciário obrigar o Estado ao fornecimento da medicação, mesmo que o medicamento/tratamento demandado ainda não tenha sido incorporado ao SUS. Para tanto, o ministro apontou condicionantes como: prova documentada da necessidade do paciente; laudo pericial indicando a eficiência do tratamento; inexistência de substituto terapêutico no SUS; incapacidade financeira do paciente (BRASIL, 2020).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A omissão e a ineficácia estatal frente à concretização do direito à saúde ensejaram o fenômeno denominado de 'judicialização' o qual pode ser compreendido através da provocação ao Poder Judiciário e sua consequente atuação em prol da concretização da assistência à saúde, uma vez que, dentre outras funções inerentes ao aludido Poder, uma das mais importantes é garantir a efetivação dos direitos fundamentais, solucionando os conflitos existentes entre os cidadãos e o Estado.

As normas constitucionais deixaram de ser percebidas como integrantes de um documento estritamente político, passando estas a desfrutarem de aplicabilidade direta e imediata, conforme o art. 5º, §1º da CF/88 e quando descumpridas, cobradas pelo cidadão por via de ações judiciais. Nesta senda, os direitos constitucionais sociais, dentre eles o direito à saúde, convertem-se em direitos subjetivos em sentido pleno, comportando a referida tutela judicial específica.

Sob esse prisma, a atuação judicial é plenamente legítima, cabendo ao Poder Judiciário intervir nos casos em que os direitos fundamentais forem vulnerados ou infringidos. Ratifica-se o entendimento fazendo alusão ao artigo 5º, XXXV da Constituição de 1988, onde se postula que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito. Submeter lesões de direito ao Poder Judiciário é um direito assegurado pela Constituição de 1988, sendo muitas vezes um dever, no caso do Ministério Público, e os juízes não podem deixar de julgar os casos concretos que lhes são apresentados. Portanto, sempre haverá algum grau de judicialização.

Concernente à reserva do possível, esta teoria não deve ser alegada como forma de cercear ou mesmo mitigar o pleno acesso aos direitos sociais, em especial, o direito à saúde, vez que a escassez de recursos financeiros não pode servir de argumento plausível a mitigar os direitos fundamentais dos cidadãos. Portanto, deve-se garantir o mínimo existencial, o qual está intimamente relacionado ao princípio da dignidade humana. Nesse sentido, em se tratando de direitos relacionados ao mínimo existencial, a exemplo da saúde, a reserva do possível não deve ser adotada como fundamento exclusivo para impedir a satisfação do direito e cumprimento dos deveres estatais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Eli lola Gurge; *et. al*; A judicialização da saúde e a política nacional de assistência farmacêutica no Brasil: gestão da clínica e medicalização da justiça. In: **Revista Médica de Minas Gerais** (RMMG). 2017. Disponível em: <http://rmmg.org/artigo/detalhes/1268>. Acesso em: 07 out. 2022.

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. Teoria da reserva do possível. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2017. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/24062>. Acesso em: 07 out. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: **Revista Juris Plenum: Direito Administrativo**. Caxias do Sul (RS), v. 1, n. 1, p. 25-50, mar. 2017. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/.pdf>. Acesso em: 07 out. 2022.

BRASIL. [**Constituição (1988)**]. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.080, 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 19 de setembro de 1990. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. STF, Supremo Tribunal Federal. **RE 657718**, relator: Min. Roberto Barroso, Pleno. Data do julgamento: 22 de maio de 2019. Brasília, DF: STF, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, STF. **RE 855178**, Relator: Min. Luiz Fux, data do julgamento: 22 de maio de 2019 22 de maio de 2019. Brasília, DF: STF, 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, **RE 566.471**, relator: Min. Marco Aurélio, Pleno. Data do julgamento: 11 de março de 2020. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-566471-votopdf.pdf>. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. **Portaria n. 3.916, de 30 de outubro de 1998**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 1998. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. **Lei n. 9.782, de 26 de janeiro de 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Congresso Nacional, em 26 de janeiro de 1999. Brasília, DF:

Presidência da República, 1999. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

BUCCI, Maria Paula Dollari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2022.

CAÚLA, César. **Dignidade da pessoa humana, elementos do estado de direito e exercício da jurisdição**: o caso do fornecimento de medicamentos excepcionais no Brasil. São Paulo: Podium, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; et al.; A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências. *In: Revista Âmbito Jurídico*, novembro, 2018. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitosade>. Acesso em: 04 fev. 2022.

IBRAHIM, Fábio Zambite. **Curso de direito previdenciário**. 24. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

LESSA, Joseane de Souza. **Judicialização do direito à saúde fere o princípio da equidade?** 30 fl., 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. 2017. Disponível em: http://conteudo.pucrs.br/2014_2.pdf. Acesso em: 04 set. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NASCIMENTO, Francisco Valdeni de Vasconcelos. Direito constitucional à saúde. *In: Jus.com.br*, 2020. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/79926/direito-constitucional-a-saude>. Acesso em: 04 set. 2022.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2019.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2017.

PEPE, Vera Lúcia Edais. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Revista Ciência e Saúde Coletiva*. Vol.15, n.5. 2018.

RODRIGUES, Edson. Os principais desafios enfrentados pelo SUS Sistema Único de Saúde. *In: Portal Gestão de Saúde Pública*, 2019. Disponível em: <https://gestaodesaudepublica.com.br/os-principais-desafios-enfrentados-pelo-sus/>. Acesso em: 04 set. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In: Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 24, jul. 2018. Disponível em: <https://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>. Acesso em: 27 set. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. *In: Revista de Investigações Constitucionais*, 3(2), 115-141. Abril de 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/46594>. Acesso em: 27 set. 2022.

SCHWARTZ, Germano; TEIXEIRA, Vitor Rieger. O direito à saúde no Brasil e a teoria da reserva do possível como falácia à sua efetivação. *In: Revista Direito e Democracia*. v. 11, n.1 p.43-60 jan./jun. 2018. Disponível em: <http://posgrad.ulbra.br/periodicos/index.php/direito/article/view/2571/1800>. Acesso em: 27 set. 2022.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

VIDAL, Victor Luna. **A efetividade e o controle judicial das políticas públicas de saúde em relação às doenças raras**. 120 fls., 2019. Dissertação (Mestrado em Direito e Inovação). Programa de Pós-graduação em Direito e Inovação Universidade Federal de Juiz de Fora. Juiz de Fora, MG: UFJF, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufjf.br/jspui/handle/ufjf/10909>. Acesso em: 27 set. 2022.

RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS CAUSADOS DURANTE A PRÁTICA DESPORTIVA²⁹**CIVIL RESPONSIBILITY FOR DAMAGES CAUSED DURING SPORTS**

BENJAMIN DE SOUZA FONSECA AMARAL³⁰
MÁRCIO ACCIOLY DE ANDRADE³¹

RESUMO

Tendo por objetivo demonstrar a configuração da responsabilidade civil dos danos causados durante a prática desportiva e o dever de reparar o dano à luz do Código Civil, tendo como viés o direito desportivo, esse estudo trata da seguinte questão problema: a quem pertence o dever de reparar os danos causados a atletas, ou a terceiros durante a prática desportiva? Tendo em vista essa perspectiva busca-se comprovar a hipótese de que o dever de reparar os danos causados durante a prática da atividade esportiva enquanto relação de consumo, pertence à entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo. Tendo como base dados coletados através de pesquisa bibliográfica e documental o estudo busca elementos teóricos contemplados no Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, na doutrina e na jurisprudência e tendo como método de análise a dedução e abordagem qualitativa, o estudo conclui que a hipótese enunciada é verdadeira tendo em vista os dados apresentados no decorrer da abordagem.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Reparação de Danos Relacionados à Prática Desportiva. Mando de Jogo.

ABSTRACT

Aiming to demonstrate the configuration of civil liability for damages caused during sports practice and the duty to repair the damage in the light of the Civil Code, having as a bias the sports law, this study deals with the following problem question: to whom belongs the duty to repair the damage caused to athletes, or to third parties during sports? In view of this perspective, we seek to prove the hypothesis that the duty to repair the damage caused during the practice of sports activity as a consumption relationship, belongs to the entity responsible for organizing the competition, as well

²⁹ Texto originalmente apresentado e aprovado como Trabalho de Conclusão de Curso – TCC no Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP, em dezembro de 2024.

³⁰ Bacharel em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP.

³¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa, PB. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa, PB. Especialista em Direito Processual Civil na Universidade Potiguar de Natal, RN. Pós-Graduação em Direito na área de Especialização em Ciência Jurídico Civilística na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Mestre em Ciências Jurídico Civilística pela Faculdade de Direito da universidade de Coimbra – Portugal. Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal (Em andamento). Professor da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – FESP. Professor da Escola Superior da Magistratura da Paraíba. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público da Paraíba. Advogado em Escritório Privado. Vice-Diretor da Escola Judiciária Eleitoral da Paraíba. Atuou como orientador desse trabalho de pesquisa.

as the sports practice entity that holds the command. game. Based on data collected through bibliographic and documentary research, the study seeks theoretical elements included in the Civil Code, Consumer Protection Code, doctrine and jurisprudence and having as a method of analysis the deduction and qualitative approach, the study concluded that the stated hypothesis is true in view of the data presented in the course of the approach.

KEYWORDS: Civil Law. Civil responsibility. Reparation of Damages Related to Sports Practice. Game Command.

1 INTRODUÇÃO

Inegavelmente, a abordagem ao tema responsabilidade civil pelos danos causados durante a prática desportiva constitui um desafio para ser elucidado no decorrer desse estudo cuja a proposta consiste em aprofundar a questão versando sobre a quem pertence o dever de reparar os danos causados a atletas, ou a terceiros durante a prática desportiva?

Trabalhando no sentido de corroborar a hipótese de que o dever de reparar os danos causados durante a prática da atividade esportiva enquanto relação de consumo, pertence à entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo, o presente estudo foi construído a partir da delimitação do objetivo demonstrar a configuração da responsabilidade civil dos danos causados durante a prática desportiva e o dever de reparar o dano à luz do Código Civil, tendo como viés o direito desportivo.

Nesse sentido, essa abordagem volta-se, na verdade, para uma perspectiva que engloba duas visões jurídicas sobre o tema em foco, aspecto que confere o caráter de originalidade a pesquisa, de sorte que, teoricamente alicerçado no conceito e pressupostos da responsabilidade civil, o estudo foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica e documental cujos dados foram coletados na doutrina, na legislação e na jurisprudência, recebendo tratamento analítico atinente ao método dedutivo de análise complementado com a abordagem qualitativa.

Assim sendo, o texto foi organizado em quatro sessões, sendo a primeira essa introdução em que se faz uma apresentação geral sobre em que consiste o estudo. A segunda denominada de responsabilidade civil: aspectos teóricos e conceituais, aborda além do conceito os pressupostos do instituto jurídico tomado como objeto de estudo, enfatiza também as espécies de responsabilidade civil que serão trazidas para análise do tema aqui desenvolvido, trabalhando com dados extraídos da doutrina e

também do Código Civil de 2002, sendo, portanto, uma abordagem calcada na pesquisa bibliográfica e documental.

A terceira sessão adentra no direito do consumidor, com viés no direito desportivo, tratando especificamente da relação de consumo entre torcedor e à entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo, na qual se demonstra pela Lei 9.615/98, conhecida também por Lei Pelé e também pelo Estatuto de Defesa do Torcedor enfatizando a responsabilidade civil.

A quarta sessão se debruça sobre o regime jurídico aplicável ao organizador do evento na reparação do dano enfatizando a responsabilidade objetiva, destacando aspectos inerentes a legislação desportiva buscando estabelecer sua relação com o direito civil e ainda os limites da responsabilidade envolvendo a prática desportiva, como por exemplo no UFC, basquete, futebol, futebol americano e handebol - esportes selecionados em razão da maior possibilidade de causar dano ao atleta durante a execução da atividade - embasados no art. 927, do Código Civil de 2002, estabelecendo que aquele que causar dano por ato ilícito a outrem terá a obrigação de repará-lo, sendo a negligência considerada ato ilícito conforme art. 186 do referido Código.

Esse estudo enriquecido com análise jurisprudencial e embasado nos pressupostos da responsabilidade civil, deixa evidente nas suas considerações finais a corroboração da hipótese que sustenta a tese defendida na pesquisa, bem como coloca em relevo a importância da realização de outros estudos que busquem aprofundar a temática em tela.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL: ASPECTOS TEÓRICOS E CONCEITUAIS

Para melhor situar o entendimento em torno do problema discutido nesse estudo, a presente análise inicia-se a partir de uma breve abordagem sobre o conceito de responsabilidade civil a luz à do entendimento da doutrina majoritária, extraindo-se daí seus pressupostos e também as espécies de responsabilidade civil a partir da base doutrinária de teóricos como Gonçalves (2019), Cavaliere Filho (2020) e Stolze e Pamplona Filho (2021) Cavaliere Filho (2020), Tepedino (2020) e Venosa (2022), dentre outros.

Como se vê trata-se de uma abordagem em que se utiliza a pesquisa bibliográfica e documental com o intento de demonstrar a base de fundamentação estrutural atinente ao instituto jurídico que contempla o objeto de estudo, no caso a responsabilidade civil vinculada à prática desportiva de esportes selecionados que serão tratados na quarta sessão.

2.1 CONCEITUAÇÃO DO INSTITUTO JURÍDICO RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil nos eventos esportivos ainda é tema que suscita controvérsias na solução das lides que utilizam como parâmetro o Código Civil de 2002, o estatuto do torcedor e também o Código de Defesa do Consumidor além da jurisprudência. A responsabilidade civil funda-se no primado do restabelecimento do equilíbrio jurídico e patrimonial afetado por uma conduta que transgrediu norma preexistente, recuperando o *status quo ante*.

Sobre o conceito de responsabilidade civil Cavaliere Filho (2020) e Tepedino (2020) demonstram tratar-se de ação ou omissão que resulta em violação de uma norma jurídica ou de uma relação contratual, decorrendo daí a obrigação de reparar o ato danoso, dever jurídico sucessivo que surge da violação do dever jurídico originário, sendo um instituto importante no ordenamento jurídico brasileiro exatamente por basear-se na proteção as pessoas prejudicadas e punir aqueles que causam prejuízo a outrem por não obedecer as normas legais.

Do exposto, compreende-se, portanto, que a responsabilidade civil nada mais é do que o dever de indenizar o dano. Isto é, a responsabilidade civil é o compromisso de ressarcir os danos causados em que um ou mais indivíduos sofram prejuízos moralmente ou patrimonialmente em detrimento de atos ilícitos alheios (TARTUCE, 2020).

Atualmente, conforme Gonçalves (2019), Cavalieri Filho (2020) e Stolze e Pamplona Filho (2021), a responsabilização centra-se na reparação do dano, caminhando em marcha acelerada no sentido da responsabilidade fundada no risco e colocando em destaque o nexo de causalidade, elemento básico da responsabilidade civil e que ganha especial relevância no âmbito desportivo.

Em reforço ao que estabelecem os autores supracitados, Tepedino (2021, p. 7) expõe que a “orientação legislativa atual volta a responsabilidade civil para as

consequências do dano, e não mais para as suas causas”, demonstrando a alteração da própria função do instituto, que abandona a ideia de moralização e punição de condutas e foca na proteção da vítima, corroborando a máxima pela qual, verificado o dano injusto, a vítima deve ser ressarcida.

Por essa linha de raciocínio Stolze e Pamplona Filho (2021, p. 20) deixam claro que a função básica da responsabilidade civil é “retornar as coisas ao status quo ante, repondo-se o bem perdido diretamente ou, quando isso não for possível devido às circunstâncias, impondo o pagamento de um *quantum* indenizatório”. Em sendo assim tem-se a corroboração de que a responsabilidade civil é o instituto da reparação do dano, através do qual se visa restabelecer o equilíbrio prejudicado pelo dano injusto, visando, em outras palavras, restituir o prejudicado ao *status quo ante*.

Desse modo, consoante a abordagem feita por Diniz (2019), Gonçalves (2019) Cavaliere Filho (2020) e Venosa (2022), o prejuízo deve ser indenizado por quem o causou, restabelecendo a pacificação na sociedade, haja vista a natureza jurídica da responsabilidade civil ser sempre sancionadora, independente de se materializar como pena, indenização ou prestação pecuniária. Assim sendo, necessário se faz tecer um breve comentário sobre os pressupostos ou elementos essenciais do instituto jurídico da responsabilidade civil.

2.2 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

De pronto deve-se indicar que, embora haja divergência doutrinária acerca dos elementos da responsabilidade civil, segundo destaca Gonçalves (2019, p. 53), são aspectos essenciais da responsabilidade civil “a ação ou omissão, o dano, a culpa ou dolo do agente e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano”. Nesse sentido, é relevante destacar em que consiste cada um desses elementos:

a) Ação ou omissão: corresponde ao ato da pessoa que por ação ou omissão, de forma lícita ou ilícita, praticado pelo agente ou por terceiro causa prejuízo a outra pessoa, gerando a responsabilidade de indenizá-la, nos termos da lei, onde resta comprovada sua causa e efeito. O art. 186 do Código Civil prevê a responsabilidade por ato do próprio indivíduo quando diz: “art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

E, no seu art. 932, o Código Civil prevê a responsabilidade por ato de terceiro.

In verbis:

Art. 932. São 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 curatrelados, que se acharem nas mesmas condições;

III- **o empregador ou comitente**, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho, que lhes competir, ou em razão dele;

IV- **os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos** onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Vale salientar que, em regra, a responsabilidade civil é imposta ao autor da ação, ou seja, aquele que praticou a conduta causadora do dano, mas o próprio diploma legal em comento criou situações em que alguém estando sob a esfera jurídica de um terceiro faça com que esse terceiro responda pelos atos praticados, conforme previsão expressa no artigo 932 do Código Civil.

O Código Civil prevê ainda, no seu artigo 936, a responsabilidade por fato do animal. *In verbis*: “Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior” (BRASIL, 2002). Isso significa dizer que a responsabilidade pelos atos praticados por animal recai indubitavelmente sobre seu dono, respeitadas as devidas exceções elencadas no diploma em comento, quais sejam: culpa da vítima ou força maior, ou seja, basta a existência do nexo de causalidade entre o comportamento do animal e o dano verificado para que surja o dever de indenizar.

b) Dano: corresponde à lesão a um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial que foi gerado pela ação ou omissão de um infrator. Para a reparação do dano devem ser observados os seguintes requisitos; violação de um interesse jurídico patrimonial ou extrapatrimonial de uma pessoa física ou de uma pessoa jurídica; e a certeza do dano.

Assim sendo, a certeza do dano é pressuposto fundamental para a existência da responsabilidade civil, ou seja, sem a definição do dano, não há o que se falar em dever de ressarcir, indenizar ou reconstituir, conforme asseveram Diniz (2019), Tepedino (2020), Cavaliere Filho (2020) e Venosa (2022), uma sanção de responsabilidade na esfera civil só possui efeito jurídico quando ocorre um dano, ou seja, o dano é considerado como sendo muito mais do que um requisito da responsabilidade, tornando-se seu principal fundamento.

c) Culpa ou dolo do agente: no sentido lato, a culpa compreende também o dolo que é a forma mais grave de ilicitude do ato ou da omissão. Diz o art. 927 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, **independente de culpa**, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002, grifo nosso).

Sobre a relação entre dolo e culpa, consoante os ensinamentos trazidos por Bonini (2017, p. 166), deve ser dito o seguinte:

Para que se caracterize o ato ilícito que fundamente a responsabilidade civil é necessário que a atuação danosa seja consciente por parte do agente. Assim, se age com consciência do dano que irá causar e da ilicitude do mesmo, age com dolo. Ao contrário, se sabe dos danos que sua atividade pode provocar e assume o risco de produzi-los, age com culpa em sentido estrito, havendo consciência do risco de se produzir o evento danoso.

Não cabe dúvida, portanto, de que o ato ilícito é fonte de obrigação, pois gera o dever de reparar o prejuízo e que o ato ilícito se fará presente todas as vezes que o agente não seguir os preceitos gerais de cuidado, previstos nos artigos 186 e 927 do Código Civil, bem como quando deixar de cumprir obrigação jurídico-contratual estabelecida consoante dicção do artigo 389 do referido diploma legal (BRASIL, 2002).

d) Nexo de causalidade entre a conduta e o dano: consiste no elemento que faz a ligação entre o dano e a conduta do agente, seja ela negativa ou positiva, conforme esclarecido por Venosa (2022). Vale salientar que se trata de uma relação de causa e efeito entre o ato ilícito e o resultado por ele gerado, ou seja, não basta que o agente tenha tido uma conduta omissiva ou comissiva ou que a vítima tenha experimentado um dano, é necessário que haja uma relação de causalidade entre esses dois elementos, ensinam Diniz (2019), Tepedino (2020) e Venosa (2022).

2.3 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL

O Código Civil de 2002, consagrou além da responsabilidade subjetiva, a responsabilidade objetiva em seu artigo 927 comentado anteriormente, sendo esta

embasada na teoria do risco criado e nos casos especificados em lei, ao passo que a responsabilidade subjetiva é fundamentada na culpa. Em outras palavras, a responsabilidade civil objetiva caracteriza-se com a demonstração de três requisitos: conduta (ação ou omissão), dano e nexo de causalidade, não sendo exigido, portanto, a demonstração da culpa do agente (GONÇALVES, 2019).

Sobre a teoria do risco, cabe ainda assinalar o seguinte:

Existem várias espécies de risco que explicariam a responsabilidade civil objetiva: o risco proveito, risco criado, risco profissional e risco excepcional. O risco proveito está ligado à ideia de que aquele que tira vantagem, proveito de uma determinada atividade, fica obrigado a indenizar em caso de dano a alguém. Já a teoria do risco criado impõe o dever de reparar o dano em razão da atividade, potencialmente geradora de risco, normalmente exercida independente de haver vantagem para aquele que a exerce. O risco profissional, por sua vez, determina o dever de indenizar sempre que o dano decorre da profissão do lesado, enquanto a teoria do risco excepcional, diz respeito às hipóteses em que o dano é consequência de um risco que encapa a atividade comum da vítima (CALIXTO, 2020, p. 4).

Trata-se de observação importante para atender ao objetivo e corroboração da hipótese de pesquisa desse estudo à medida em que a responsabilidade civil objetiva, ou pelo risco implica em considerar a obrigação de reparar determinados danos, acontecidos durante atividades realizadas no interesse ou sob o controle de alguém, que por isso será responsável, independentemente de ter agido ou não com culpa, posto que a responsabilidade objetiva visa sobretudo a reparação de danos resultantes da atuação de dependentes (prepostos) e do exercício de atividades perigosas.

3 SOBRE A RELAÇÃO DE CONSUMO ENTRE TORCEDOR E A ENTIDADE RESPONSÁVEL PELA ORGANIZAÇÃO DA COMPETIÇÃO

Para explicar em que consiste a relação de consumo entre torcedor e a entidade responsável pela organização da competição é preciso considerar que as relações jurídicas que se processam nos eventos esportivos devem ser vistas à luz do Estatuto de Defesa do Torcedor, lei nº 10.671/03, no caput do seu artigo 3º dizendo expressamente que, “para todos os efeitos legais, equiparam-se a fornecedor, nos termos da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, a entidade responsável pela

organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo” (BRASIL, 2003).

Importa observar que essa relação de consumo envolvendo a prática desportiva foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 9.615/98, conhecida também por Lei Pelé, que em seu artigo 42, § 3º, diz que, “o espectador pagante, por qualquer meio, de espetáculo ou evento desportivo equipara-se, para todos os efeitos legais, ao consumidor, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990” (BRASIL, 1998).

Há de se considerar ainda dicção do artigo 14 e 40 que se referem ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) em questões sobre segurança e legitimação para propositura de demandas. Verifica-se ainda a possibilidade da aplicação dos diversos conceitos de consumidor encontrados no CDC como o do destinatário final, o da vitimização de terceiros em um acidente de consumo e o da vulnerabilidade às práticas ocorridas (BRASIL, 1990).

Assim, a partir dos ensinamentos de Zanini (2019), pode-se afirmar que o torcedor, ao participar de uma relação de consumo na condição de consumidor, torna-se a parte vulnerável dessa relação consumerista, ao passo que a entidade responsável pela organização da competição, bem como a de prática desportiva detentora do mando de jogo exerce a função de fornecedor.

Nesse sentido, ao adquirir mediante a compra um ingresso para assistir a um evento esportivo, o torcedor adquire um produto como destinatário final de um serviço, qual seja, o espetáculo esportivo promovido e executado pelo fornecedor, ficando então estabelecida uma relação de consumo, devendo a compra ocorrer consoante regramento posto no art. 20 do Estatuto de Defesa do Torcedor (BRASIL, 2003).

Desse modo, há de se admitir que, consoante regramentos contidos no CDC, toda responsabilidade atribuída ao fornecedor pelo citado diploma legal, pode ser cobrada por estes da entidade promotora da competição e da entidade detentora do mando de jog. Inclusive, os torcedores tem os mesmos instrumentos processuais que os consumidores para defesa em juízo.

3.1 SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DO ESTATUTO DE DEFESA DO TORCEDOR

Analisando a dicção dos artigos 13 e 14 do Estatuto de Defesa do Torcedor é importante frisar que deles derivam a responsabilidade civil, o art. 14 traz um rol de condutas a serem observadas pela entidade esportiva e seus dirigentes no sentido de evitar ou minimizar possíveis efeitos de imputação responsável, evitando assim o nexo causal e, por consequência o dano propriamente dito (ZANINI, 2019).

Caso ocorra falha na segurança ou inobservância de deveres previstos no referido diploma legal, afigura-se a existência da responsabilidade civil objetiva do clube detentor do mando de jogo, da entidade responsável pela organização da competição e os respectivos dirigentes, conforme reza o seu artigo 19, *in verbis*:

Art. 19. As entidades responsáveis pela organização da competição, bem como seus dirigentes respondem solidariamente com as entidades de que trata o art. 15 e seus dirigentes, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados a torcedor que decorram de falhas de segurança nos estádios ou da inobservância do disposto neste capítulo (BRASIL, 2003).

Portanto, ocorre incidência de responsabilidade civil objetiva tornando os responsáveis pela falha seja por falta de orientação nas suas ações, seja por omissão dos cuidados legais de proteção e defesa do torcedor. Há de considerar ainda o risco de que algum dano possa vir a ocorrer o que reforça a tese da responsabilidade civil objetiva, pois o risco deve ser considerado já na escolha do local e das condições em que o evento esportivo irá se desenvolver.

No exemplo extraído da jurisprudência com base no processo REsp 1.924.527-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 15 de junho de 2021, publicado do DJe em 17 de junho de 2021, considerando o Estatuto de Defesa do Torcedor, a obrigação do time mandante pela segurança do torcedor, antes, durante e após o jogo e o seu descumprimento diante de atos violentos perpetrados por membros da torcida rival no entorno do estádio, fato exclusivo de terceiro [...], assim se posicionou:

Em caso de falha de segurança nos estádios, as entidades responsáveis pela organização da competição, bem como seus dirigentes responderão solidariamente, independentemente da existência de culpa, pelos prejuízos causados ao torcedor (art. 19 do EDT). O art. 14 do Estatuto do Torcedor é enfático ao atribuir à entidade de prática desportiva detentora do mando de

jogo e a seus dirigentes a responsabilidade pela segurança do torcedor em evento esportivo. Assim, para despontar a responsabilidade da agremiação, é suficiente a comprovação do dano, da falha de segurança e do nexo de causalidade.

Segundo dessume-se do conteúdo do Estatuto em apreciação, o local do evento esportivo não se restringe ao estádio ou ginásio, mas abrange também o seu entorno. Por essa razão, o clube mandante deve promover a segurança dos torcedores na chegada do evento, organizando a logística no entorno do estádio, de modo a proporcionar a entrada e a saída de torcedores com celeridade e segurança (BRASIL/STJ, 2021, on-line).

É pertinente observar, consoante informações extraídas do inteiro teor da jurisprudência em comento, o seguinte aspecto:

No caso, o episódio violento ocorreu no entorno do estádio, na área reservada especialmente aos torcedores do clube visitante. Tanto é assim que a vítima e seus amigos conseguiram correr para dentro do estádio para se proteger, local que também acabou sendo invadido pelos torcedores adversários. Sendo a área destinada aos torcedores da equipe visitante, o clube mandante deveria ter providenciado a segurança necessária para conter conflitos entre opositores, propiciando a chegada segura dos torcedores daquela agremiação no local da partida. Mas não foi o que ocorreu, porquanto o reduzido número de seguranças no local não foi capaz de impedir a destruição do veículo de uma das vítimas (BRASIL/STJ, 2021, on-line).

Além disso, a jurisprudência citada faz o seguinte apontamento sobre a responsabilidade civil, notadamente indicando o nexo causal:

Para que haja o rompimento do nexo causal, o fato de terceiro, além de ser a única causa do evento danoso, não deve apresentar qualquer relação com a organização do negócio e os riscos da atividade. Na espécie, não está configurada tal excludente de responsabilidade, porquanto a entidade mandante tem o dever legal de garantir a segurança do torcedor no interior e no entorno do estádio antes, durante e após a partida e essa obrigação foi descumprida pelo recorrente, à medida em que não disponibilizou seguranças em número suficiente para permitir a chegada ao estádio, em segurança, dos torcedores do time visitante, o que permitiu que eles fossem encurralados por torcedores da agremiação adversária, os quais, munidos de foguetes e bombas, depredaram o veículo em que estavam o torcedor vítima e seus amigos (BRASIL/STJ, 2021, on-line).

Referência importante que se extraí da jurisprudência em comento sobre a obrigação do time detentor do mando de jogo é a seguinte:

Ademais, frise-se que os atos de violência entre torcedores adversários são, lamentavelmente, eventos frequentes, estando relacionados com a atividade desempenhada pela agremiação.

Por fim, é pertinente esclarecer que não se está admitindo a aplicação da teoria do risco integral às agremiações partidárias. Vale dizer, as entidades esportivas não responderão por todo e qualquer dano ocorrido no entorno do

local da partida. Será sempre necessário proceder à análise casuística, de acordo com as particularidades do caso concreto, a fim de averiguar se houve defeito de segurança e se a situação guarda relação com a atividade desempenhada pelo clube (BRASIL/STJ, 2021, on-line).

É de se notar, com base no enunciado jurisprudencial aqui referido, que a responsabilidade civil objetiva está caracterizada, haja vista a consideração de que, conforme visto, a compra de ingressos, por exemplo, para evento desportivo constitui indubitável contrato de prestação de serviço entre a empresa promotora do evento e os torcedores-espectadores, quando tem início à relação de consumo, e por isso deve transcorrer dentro de parâmetros aceitáveis no que concerne à segurança e ao conforto propiciados.

Nesse sentido, a dicção do artigo 20 do Estatuto de Defesa do Torcedor é esclarecedora sobre a venda de ingressos. *In verbis*:

Art. 20. É direito do torcedor participe que os ingressos para as partidas integrantes de competições profissionais sejam colocados à venda até setenta e duas horas antes do início da partida correspondente.

[...];

§ 2º A venda deverá ser realizada por sistema que assegure a sua agilidade e amplo acesso à informação;

[...];

§ 5º Nas partidas que compõem as competições de âmbito nacional ou regional de primeira e segunda divisão, a venda de ingressos será realizada em, pelo menos, cinco postos de venda localizados em distritos diferentes da cidade (BRASIL, 2003).

Esse dispositivo afasta qualquer dúvida que eventualmente possa surgir sobre a segurança do torcedor, direito explícito na regra do artigo 14 do Estatuto de Defesa do Torcedor e referenciado no inteiro teor da jurisprudência aqui citada. De sorte que, diante da inobservância dos regramentos expostos no artigo 20 do mesmo diploma legal, o serviço será considerado defeituoso e, portanto, gerador de responsabilidade pelos danos ocorridos.

4 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AO ORGANIZADOR DO EVENTO NA REPARAÇÃO DO DANO

De pronto, sobre o regime jurídico aplicável ao organizador do evento na reparação do dano, deve ser reprisado que, caso as entidades desportivas e os dirigentes não cumprirem os itens expressos em lei nº 10.671/2003 no Capítulo IV

(arts. 13 ao 19), responderão até por danos a que dificilmente responderiam, como, por exemplo, os atos de violência das torcidas organizadas no entorno dos estádios, tendo em vista que a responsabilidade objetiva cria para aqueles uma responsabilidade maior na realização de um evento desportivo (BONINI, 2017; CALIXTO, 2020; DIAS, 2021).

Argumentando a esse respeito, Dias (2021) expõe sobre a consideração também do teor dos artigos 186 e 927 do Código civil versando a matéria da responsabilidade civil, *in verbis*: “Art. 186. Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002).

E na dicção do artigo 927, *in verbis*:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Sobre essa matéria, diz ainda o artigo 389 do Código Civil, *in verbis*, “Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado” (BRASIL, 2002). Assim, considerando esse aporte jurídico deve-se ressaltar a importância prática atribuída ao objeto de estudo, já que a presença do dano é uma constante no desporto, seja pelo perigo que são inerentes a determinadas práticas, seja pelo interesse do público em relação a grandes eventos, aumentando as probabilidades de concretização de certos riscos.

Na abordagem ao objeto de estudo, deve-se ter claro que, conforme exposto anteriormente, o art. 19 do Estatuto de Defesa do Torcedor prevê uma situação específica de dano produzido por ocasião do espetáculo esportivo, instituto esse contemplado com a aplicação do instituto da responsabilidade objetiva (ZANINI, 2019; DIAS, 2021).

Entretanto, deve ser assinalado que essa hipótese de cabimento do art. 19 é insuficiente para abarcar os demais danos a serem produzidos por força de um evento dessa natureza. De sorte que sob o prisma da responsabilidade civil, necessário se

faz considerar situações específicas envolvendo o espetáculo desportivo e seu organizador.

4.2 SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AOS DANOS CAUSADOS AOS DESPORTISTAS NO DESEMPENHO DE SUA ATIVIDADE

Não há no direito pátrio previsões normativas específicas a respeito da responsabilidade civil frente aos danos causados aos desportistas no desempenho de sua atividade. Entretanto, esse estudo admite que o desempenho de atividades desportivas a exemplo do UFC, basquete, futebol, futebol americano e handebol, por exemplo, trazem consigo a ideia de certos perigos, principalmente de lesões.

Exemplo de danos causados no desempenho da atividade são de natureza diversa:

Aos 41 anos e aposentado do MMA desde 2017, Mac Danzig é mais um caso de um atleta que decidiu revelar publicamente sua batalha contra os problemas neurológicos causados pelos longos anos de dedicação aos esportes de combate, recebendo golpes e sofrendo concussões, e outros tipos de lesões. Em entrevista ao site 'MMA Fighting', o ex-lutador do UFC, vencedor da 6ª edição do reality show 'The Ultimate Fighter', [...] admitiu que convive com sérios problemas de saúde, como a repentina perda de memória. [...] Eu só quero deixar claro para que as pessoas entendam, eu não estou tentando culpar ninguém mais. Isso fui eu (que fiz)", declarou o ex-UFC, antes de aconselhar os companheiros de profissão (AG. FIGHT, 2021).

Pela descrição do exemplo supracitado, não há como deixar de considerar que o profissional da modalidade luta no campo desportivo por requerer participação em programas de perda ou ganho de peso para atender regras de determinadas categorias, bem como sofrem contusões de natureza diversas, incluindo sequelas deixadas por estas. Observando essa prática esportiva, constata-se que, via de regra, por ser um esporte de muito contato e força física, a maioria dos lutadores saem do octógono ou do ringue machucados e, não raro com bastante sangue pelo corpo (SPORT BUZZ, 2021).

Outro exemplo que reforça a tese da teoria do risco, corroborada pelos dados extraídos do julgado do TRT4) em 2017, referente à lesão ocorrida no desempenho de atividade:

A 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (RS) negou a um ex-jogador do Esporte Clube Juventude, de Caxias do Sul, um pedido de indenização por danos morais. O atleta pleitou a reparação por ter sofrido lesão na coxa direita durante uma partida de futebol. No entendimento dos desembargadores, lesões são comuns em esportes de alto rendimento e por si só não geram danos morais, a não ser que o empregador não preste assistência ao atleta ou o obrigue a competir em condições inadequadas. A decisão confirma sentença do juiz Felipe Jakobson Lerrer, da 6ª Vara do Trabalho de Caxias do Sul. Não cabem mais recursos (BRASIL-TRT4, 2017, *on-line*).

Na decisão se sobressai o argumento envolvendo a teoria do risco, pois nos esportes de alto rendimento, sobretudo os que pressupõem contato direto entre membros de equipes adversárias, como futebol, handebol, futebol americano e basquetebol dentre outros, acarretam a possibilidade de ocorrência de lesões dos atletas decorrentes da normal prática desportiva, sem que se possa, em princípio, imputar ao empregador a responsabilidade por estas lesões.

Por outro lado, existem situações em que haveria culpa grave dos clubes, o que resultaria em responsabilização, como obrigar o atleta a jogar em campos ou quadras sem condições para a prática desportiva ou em condições que fujam à normalidade da prática do esporte para o qual o trabalhador foi contratado, condicionantes que não se aplicam no caso em tela, pois no momento da ocorrência da lesão o atleta foi atendido por um massagista, mas continuou na partida. No final do jogo, um fisioterapeuta diagnosticou a lesão como uma contratura muscular. Além disso, o atleta não ficou inabilitado para a prática desportiva, inclusive sendo contratado pelo Guarany de Bagé logo após o encerramento do contrato com o Juventude.

Por outro lado, para entender a complexidade em torno do objeto de estudo, entende-se ser importante citar outro exemplo que ensejou a emergência da responsabilidade civil objetiva embasada na lei Pelé:

A 7ª Turma do TRT mineiro manteve a condenação de um clube de futebol a pagar indenização por danos morais e materiais a um ex-jogador que se machucou gravemente quando disputava uma partida de futebol. Segundo explicou o relator do recurso, desembargador Fernando Luiz Gonçalves Rios Neto, o reclamante sofreu grave lesão em acidente de trabalho e isso basta para configurar a obrigação do clube de indenizar, mesmo não tendo culpa no acidente. É que, em razão do alto risco que envolve a atividade do atleta profissional de futebol, incide a responsabilidade objetiva do clube empregador por danos decorrentes de eventuais acidentes de trabalho sofridos por seus jogadores.

O próprio clube reconheceu que o reclamante sofreu acidente de trabalho durante a partida de futebol, ao se chocar com o zagueiro da equipe adversária, lesionando o ombro. Mas alegou não ter praticado qualquer ato ilícito que tenha contribuído, de alguma forma, para a ocorrência do acidente

e, por isso, não deveria arcar com as indenizações pretendidas pelo ex-jogador. Rejeitando esse argumento, o relator ressaltou que o réu está sim obrigado a reparar os danos sofridos pelo reclamante, pois ele se machucou em jogo disputado pelo clube, ou seja, a sua lesão teve origem em acidente de trabalho que trouxe enormes prejuízos à sua vida profissional, tanto que acabou por provocar o encerramento precoce da carreira dele como jogador de futebol (BRASIL-TRT3, 2015, *on-line*).

Como fundamento da decisão sobre o pagamento de indenização por danos morais pela entidade de prática desportiva que explora a atividade futebolística, o julgador destacou o seguinte:

[...] o clube tem pleno conhecimento do risco que esse esporte impõe aos seus atletas. Tanto é assim que a lei prevê a obrigação dos clubes de contratar seguro de vida e de acidentes pessoais para os atletas profissionais, com o objetivo de cobrir os riscos a que eles estão sujeitos (art. 45, Lei 9.615/98), o que não é exigido em relação às demais profissões em geral. Além disso, também é necessário o acompanhamento médico, nos termos do art. 35 da Lei 9.615/98. Ou seja, **‘é notório o risco de lesões e outras complicações decorrentes do esforço físico acentuado e choques a que está sujeito o jogador profissional de futebol’** (BRASIL-TRT3, 2015, *on-line*, grifos originais).

A decisão do julgado em tela aplicou a responsabilidade objetiva, mesmo sem ter praticado qualquer ilícito ou concorrido para a ocorrência do acidente, visto que na responsabilidade objetiva a obrigação de reparar o dano independe de culpa, em razão da obrigação de zelar pela saúde física dos atletas e reparar possíveis danos que a atividade profissional pode causar.

Assim, sendo coerente com essa perspectiva, admite-se que, sob o prisma do desportista lesado, presume-se que aqueles que se dedicam a tais práticas conhecem os perigos a que estarão expostos e assumem os riscos que estes propiciam, expondo-se a estes de forma voluntária. Ou seja, considera-se a teoria da aceitação do risco aplicada ao desporto, à medida que os praticantes de uma modalidade esportiva com os riscos a ela inerentes deve assumir o ônus de sua concretização, sempre que o causador do dano tenha agido dentro dos limites normais da atividade.

Desse modo, deve-se considerar que a consciência da probabilidade do dano pressupõe completo conhecimento da atividade praticada e, considerando o disposto no art. 186 do Código Civil, sendo a atividade desenvolvida sem infringência as regras desportivas da atividade e sem excessos por parte dos seus praticantes, é lícito admitir que os danos decorrentes do exercício normal dessa prática não se enquadram na órbita do dever do desportista de indenizar.

Explicando melhor, se ocorre aumento do risco inerente a atividade, recai sobre o organizador o dever de cuidar para que os participantes da atividade esportiva reúnam as condições mínimas imprescindíveis para o desempenho da atividade, tanto físicas, quanto instrumentais, sendo oferecido profissionais qualificados para atendimento, instalações e materiais adequados. Ocorre que, em caso de falhas, omissão ou insuficiência ou omissão no cumprimento desses encargos, então o organizador responderá pelos danos daí decorrentes.

Em apertada síntese, pode-se dizer que o desportista causador do dano não terá obrigação de indenizar, nas seguintes condições: quando houver, por parte da vítima, conhecimento do risco em potencial da atividade e a decisão pessoal de sua aceitação; quando o dano produzido for resultado do exercício normal da atividade desportiva em questão; quando inexistir culpa grave ou dolo na violação de regra da modalidade pelo praticante; e, quando o fator de risco não houver sido potencializado e incrementado pelo adversário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realização desse estudo mostrou-nos que a atividade desportiva é, em si, um fenômeno complexo de ser estudado, no que tange a aplicação do instituto da responsabilidade civil, estando esta prevista expressamente no Estatuto de Defesa do Torcedor, lei nº. 10.671/2003, impõe regras e limites aos atos cometidos dentro e fora dos locais onde as práticas desportivas são desenvolvidas.

O inteiro teor do art. 19 da lei nº 10.761/2003, impõe que a modalidade objetiva de responsabilidade civil será somente aplicada no caso de falta de segurança ou inobservância das normas expressas no citado estatuto. A responsabilidade civil objetiva encontra amparo no art. 927 do Código Civil em vigência e, tem como fundamento a teoria do risco da atividade do causador do dano e, a sua caracterização requer a presença dos seguintes elementos: a ocorrência do dano, o nexo causal e a atividade geradora do risco desenvolvida pelo agente causador do dano.

A responsabilidade civil atrelada à legislação desportiva tem como um de seus elementos centrais o torcedor que é colocado no patamar de consumidor nos termos do Código de Defesa do Consumidor, sendo este considerado como sendo a parte hipossuficiente na relação de consumo. Em face disso, a responsabilidade civil é objetiva, pois presume-se a culpa do organizador do evento ou da entidade desportiva,

na condição de fornecedor. E, em havendo conflito, caberá ao fornecedor a atribuição de comprovar que não houve imperícia, imprudência ou negligência de sua parte, pois só assim não haverá o dever de indenizar.

Vê-se, portanto, que a responsabilidade civil é instituto jurídico que se insere no direito obrigacional, haja vista a constatação de que a execução de um ato ilícito tem como principal consequência a obrigação gerada para o seu autor, sendo essa obrigação de natureza pessoal. Vale salientar que, só se cogita a responsabilidade civil diante da ocorrência de dano, sendo esse um precedente da violação de um dever jurídico, ou seja, a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente e uma obrigação descumprida, de modo que se pode afirmar, então, que a conduta humana que violar algum dever jurídico e com isso causar algum prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

A responsabilidade objetiva atribuída aos danos causados aos desportistas no exercício de suas atividades é objetiva e não decorre de atividade ilícita nem se exige a prova de culpa do agente, ela é prescindível porque a responsabilidade se funda no risco. Assim, por todo o exposto, corrobora-se a hipótese de que o dever de reparar os danos causados durante a prática da atividade esportiva enquanto relação de consumo, pertence à entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo, é o que se extrai da abordagem sobre a concepção doutrinária, legislação e jurisprudência sobre a matéria aqui enfocada.

REFERÊNCIAS

AG. FIGH. Ex UFC revela sofrer de problemas neurológicos causados por danos sofridos na carreira. **Agência FIGH**, 18.fev., 2021. Disponível em: https://www.espn.com.br/mma/artigo/_/id/8208707/ex-ufc-revela-sofrer-de-problemas-neurolgicos-causados-por-danos-sofridos-na-carreira. Acesso em: 15 out., 2022.

BONINI, Paulo Rogério. Responsabilidade civil por ato ilícito. **TJSP.Jus**, 2017. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/rc6.pdf?d=636680468024086265>. Acesso em: 27 set., 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 12. out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.671.htm. Acesso em 12. out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998**. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9615consol.htm. Acesso em 12. out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=8078&ano=1990&ato=376UTRq1keFpWTab7>. Acesso em 12. out. 2022.

BRASIL/STJ. Processo REsp 1.924.527-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 15 de junho de 2021, publicado do DJe em 17 de junho de 2022. **Informativo de Jurisprudência nº 701**, 21 de junho de 2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?aplicacao=informativo&acao=pesquisar&livre=018218>. Acesso em: 10 out., 2022.

BRASIL-TRT4. Jogador que se lesionou durante partida não deve receber indenização por danos morais. **Portal TRT4**, 2 out., 2017. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/modulos/noticias/93848>. Acesso em: 12 out., 2022.

BRASIL-TRT3. Clube deverá indenizar atleta que teve carreira encerrada após sofrer lesão em jogo de futebol. **Portal TRF3**, 6 jun., 2015

CALIXTO, Marcela Furtado. A Responsabilidade civil objetiva no Código Civil brasileiro: teoria do risco criado, prevista no parágrafo único do artigo 927. **Revistas Newton Paiva**, maio 2020. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D11-13.pdf>. Acesso em: 10 out., 2020.

CAVALIERE FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DIAS, Júlia Andrade. **Responsabilidade civil em eventos desportivos**. Universidade do Futebol, 13 fev., 2021. Disponível em: <https://universidadedofutebol.com.br/2021/02/13/responsabilidade-civil-em-eventos-desportivos/>. Acesso em; 12 out., 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 33. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, 15. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

SPORT BUZZI. Impressionante! Confira os lutadores que ficaram com sequelas depois dos combates. **Sport Buzz**, 01 abr., 2021. Disponível em:

[https://www.google.com/search?q=danos+morais+causados+ao+lutador+de+ufc&aqs=chrome.0.35i39i362l8.278844323j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=danos+morais+causados+ao+lutador+de+ufc&aq=&aqs=chrome.0.35i39i362l8.278844323j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8). Acesso em: 15 out., 2022.

STOLZE, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil**, vol. 2. São Paulo: Atlas, 2022. E-book.

ZANINI, Giovanna Tabet. A responsabilidade civil do clube de futebol em casos de briga entre torcidas. **Revista de Artigos Científicos de Alunos da EMERJ -TJRJ**, vol. 11, nº 2, tomo I, 2º semestre 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2019/tomos/tomol/versao-digital/725/#zoom=z. Acesso em: 12 out., 2022.

COMUNICAÇÕES

Rua Francisco Leocádio Ribeiro Coutinho, 68, Aeroclube, João Pessoa-PB

Telefone: (83) 99854-0011