

REVISTA JURÍDICA DA FA7

FA7LAWREVIEW

**Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito
do Centro Universitário 7 de Setembro**

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Fortaleza	v. XX	n. 3	set./dez.	2023	157 p.
-----------	-------	------	-----------	------	--------

Catálogo na Fonte

Revista Jurídica da FA7: periódico científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro / UNI7 — v.20, n. 3 (set./dez. 2023) — Fortaleza: UNI7, 2023 [on line]

Publicação anual impressa 2004 a 2014

Publicação semestral on line a partir de 2015 disponível no portal de periódicos da UNI7 em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/>

ISSN 1809-5836 (impresso)

ISSN 2447-9055 (eletrônico)

1. Periódico científico — Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7. 2. Programa de Pós-Graduação em Direito. 3. Direito Privado. 4. Artigos Jurídicos. I. Centro Universitário 7 de Setembro — UNI7.

CDD 340.05

Revista Jurídica da FA7 / FA7 Law Review

Periódico Científico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro

periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/ | revistajuridica@uni7.edu.br

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

Editor-Chefe

Prof. Dr. Álisson José Maia Melo

UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Editor-Adjunto

Prof. Dr. Ramon de Vasconcelos Negócio

UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Conselho Editorial

Prof. Dr. Antonio Fernández de Buján

Universidade Autônoma de Madri, Espanha

Prof. Dr. Carlos Eduardo Peralta Montero

Universidade da Costa Rica, Faculdade de Direito, Costa Rica

Prof.^a Dr.^a Eliane Moreira

UFPA, Faculdade de Direito, Belém, PA, Brasil

Prof. Dr. Giovanni Luchetti

Universidade de Bolonha, Departamento de Ciência Jurídica, Itália

Prof. Dr. Ignácio Maria Poveda Velasco

USP, Departamento de Direito Civil, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias

UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. José Isaac Pilati

UFSC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, SC, Brasil

Prof.^a Dr.^a Larissa Maria de Moraes Leal

UFPE, Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, PE, Brasil

Prof.^a Dr.^a Laura Souza Lima e Brito
UNIBH, Curso de Graduação em Direito, Belo Horizonte, MG, Brasil

Prof.^a Dr.^a Liziane Paixão Silva Oliveira
UniCEUB, Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Luís Rodrigues Ennes
Universidade de Vigo, Espanha

Prof. Dr. Marcos Wachowicz
UFPR, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, PR, Brasil

Prof.^a Dr.^a María José Bravo Bosch
Universidade de Vigo, Espanha

Prof.^a Dr.^a Maria Vital da Rocha
UNI7, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior
USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil

Prof.^a Dr.^a Rosângela Lunardelli Cavallazzi
UFRJ, Programa de Pós-Graduação em Urbanismo; PUC/RJ, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof.^a Dr.^a Tarin Cristino Frota Mont'Alverne
UFC, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, CE, Brasil

Centro Universitário 7 de Setembro

Av. Alm. Maximiano da Fonseca, 1395 — Bairro Eng. Luciano Cavalcante
CEP: 60811-024 — Fortaleza, Ceará, Brasil
Telefone: (+55.85) 4006.7600

Programa de Pós-Graduação em Direito

Coordenador

Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias

Área de Concentração

Relações privadas, sociedade e desenvolvimento

Linha de pesquisa 1

Relações privadas, direitos humanos e desenvolvimento

Linha de pesquisa 2

Relações privadas, mercado e desenvolvimento

Apresentação

A Revista Jurídica da FA7 / *FA7 Law Review* materializa a produção acadêmica de pesquisadores voltada à temática de “Relações Privadas e Desenvolvimento”, área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito, criado no final de 2015. Destina-se à divulgação de artigos científicos, resultados de pesquisas, ensaios, traduções e resenhas, preferencialmente de autoria ou coautoria de professor-doutor.

A Revista é publicada ininterruptamente desde 2005 com periodicidade anual. Em 2015, quando foi enviada a proposta de criação do Curso de Mestrado em Direito da UNI7, o Periódico passou por uma reestruturação, a fim de se adequar aos novos rumos científicos da Instituição, passando a ter periodicidade semestral e publicação apenas eletrônica. A partir de 2020, para atender ao volume de submissões, tomou-se a decisão de reduzir a periodicidade, passando a revista a ser quadrimestral.

Posiciona-se atualmente no estrato A2, conforme avaliação do sistema WebQualis da Capes (2020).

A política editorial da Revista Jurídica da FA7 expressa a área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNI7, consolidada em suas linhas de pesquisa, possuindo os seguintes eixos temáticos: (i) Relações privadas, direitos humanos e desenvolvimento e (ii) Relações privadas, mercado e desenvolvimento.

Nesse sentido, este é mais um número em versão eletrônica, seguindo todas as orientações do WebQualis da Área do Direito. Essa edição é composta por 10 (dez) artigos, todos submetidos à avaliação de pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa, seguindo o sistema *double blind peer review*.

Dirige-se agradecimento aos colaboradores pelos textos aqui publicados, convidando-se os leitores a conhecerem os focos de investigação realizados, com influxo na compreensão e aplicação do Direito.

Boa leitura!

Prof. Dr. Álisson José Maia Melo

Editor-Chefe

Expediente

A Revista Jurídica da FA7 é o periódico acadêmico do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7). Concentra-se na área das Relações Privadas e Desenvolvimento. Todos os números publicados em versão impressa (volumes 1 ao 11) estão também disponíveis, na íntegra, no sítio eletrônico da Revista: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/>.

As regras para publicação na RJFA7 encontram-se no referido sítio eletrônico da UNI7. A RJFA7 não tem fins lucrativos e é disponibilizada gratuitamente no seu portal.

O escopo e a missão do Periódico é divulgar artigos científicos de qualidade, favorecendo o diálogo científico entre pesquisadores de múltiplas instituições e países, no que diz respeito aos temas pertinentes à sua linha editorial. O volume anual é composto por duas publicações, de periodicidade semestral.

A UNI7, a Editora e o Corpo Editorial da Revista não se responsabilizam pelos dados e opiniões expressos nos artigos, sendo estes de inteira responsabilidade dos autores. Toda e qualquer correspondência, incluindo a submissão de artigos científicos, cartas aos editores, solicitação de subscrição e cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada ao endereço eletrônico: revistajuridica@uni7.edu.br.

É permitida a reprodução de artigos em qualquer meio, desde que citada a fonte. Considerando a política nacional de difusão do conhecimento científico, são reservados ao Centro Universitário 7 de Setembro o direito de primeira publicação. Os autores são incentivados a publicar os trabalhos em outros meios, desde que indicado o crédito da publicação original. A Revista utiliza a licença *Creative Commons vs 4.0*, com a condição “Atribuição” (CC BY 4.0).

Os autores devem estar cientes de que, se os artigos demandarem a aprovação do Comitê de Ética, deverão informar o protocolo de aprovação, anexando o respectivo Parecer. No ato da submissão, é necessário informar se há conflito de interesses com relação à pesquisa.

Sumário

Revista Jurídica da FA7

FA7 Law Review

v. XX, n. 3, set./dez. 2023

ISSN 1809-5836 (Impresso)

ISSN 2447-9055 (Eletrônico)

DIREITO E LITERATURA: EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A DIVERSIDADE FAMILIAR RETRATADA EM *CAPITÃES DA AREIA*, DE JORGE AMADO, COMO ASPECTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Henrique Diniz Meira 15

Alexander Rodrigues de Castro..... 15

Law and Literature: Evolution of the concept of family in Brazilian legislation and the family diversity depicted in Capitães da Areia, by Jorge Amado, as aspect of personal rights

SEVERANCE: LIBERDADE COGNITIVA, INTEGRIDADE, PRIVACIDADE MENTAL E A EMERGÊNCIA DOS NEURODIREITOS

Raissa Arantes Tobbin 35

Valéria Silva Galdino Cardin 35

Severance: cognitive freedom, integrity, mental privacy and the emergency of neurorights

Severance: libertad cognitiva, integridad, privacidad mental y la emergencia de los neuroderechos

SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA DO ACOMPANHANTE TERAPÊUTICO EM AMBIENTE ESCOLAR PELAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE AOS USUÁRIOS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

Simone de Sá..... 49

Danielle Spencer 49

About the obligation of coverage of the therapeutic companion in school environment by health plan company to users with autistic spectrum disorder

AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NO CONTEXTO JURÍDICO-SOCIAL BRASILEIRO: ANÁLISE CRÍTICA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.045.273/SE COM REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA

Daniela Braga Paiano 65

Luiz Gustavo Tiroli 65

Simultaneous families in the Brazilian legal-social context: critical analysis of Extraordinary Appeal n. 1.045.273/se with general repercussion of the matter

O ARGUMENTO DE INCLUSÃO REGIONAL COMO POLÍTICA DE INTERIORIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR E DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL

Bruna Suely Nascimento Santos	87
Joedson Delgado	87
Gabrielle Jacobi Kölling.....	87

The argument of regional inclusion as a policy for interiorization of higher education and regional development

O DIREITO DE NÃO SABER E O PRIVILÉGIO TERAPÊUTICO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE IDOSO

Tagore Trajano de Almeida Silva	97
Henrique Costa Princhak.....	97

The right not to know and the therapeutic privilege in the doctor-elderly patient relationship

O SETOR EMPRESARIAL BRASILEIRO E A AGENDA 2030: UM CAMINHO (IM)POSSÍVEL PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Bruno Oliveira.....	119
Rui Miguel Zeferino Ferreira	119
Letícia de Souza Lopes Lugli.....	119

The brazilian business sector and the 2030 agenda: an (im)possible path to sustainable development

LAS POSIBILIDADES DE UTILIZAR LA EXPROPIACIÓN JUDICIAL PRIVADA POR POSESIÓN-TRABAJO EN EL CONTEXTO DE LAS POLÍTICAS DE REGULARIZACIÓN DEL SUELO URBANO: EL EJEMPLO DEL PLAN MAESTRO DEL MUNICIPIO DE RIO DE JANEIRO

Luiz Eduardo Barbosa Junior	133
Rubén Miranda Gonçalves	133
Valter Moura do Carmo	133

The possibilities of using private judicial expropriation by ownership-work in the context of urban property regularization policies: the example of the comprehensive planning of the Municipality of Rio de Janeiro

LENIÊNCIA ANTITRUSTE E O PRIVATE ENFORCEMENT: O PAPEL COLABORADOR DO CADE EM TEMPOS DE CONSENSUALIZAÇÃO

Igor da Silva Gomes.....	153
Fábio Campelo Conrado de Holanda	153

Antitrust leniency and private enforcement: the collaborative role of cade in times of consensualization.

DIREITO E LITERATURA: EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A DIVERSIDADE FAMILIAR RETRATADA EM *CAPITÃES DA AREIA*, DE JORGE AMADO, COMO ASPECTO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Henrique Diniz Meira

Universidade Cesumar (UniCesumar), Paraná.
henriqueediniz17@gmail.com

Alexander Rodrigues de Castro

Universidade Cesumar (UniCesumar), Paraná.
alex.de.castro@hotmail.com

Resumo: O presente estudo visa estabelecer, de maneira breve, a relação entre o Direito e a Literatura, tendo como objeto de análise a obra “Capitães da Areia”, de Jorge Amado. Tenciona-se delinear o estudo quanto ao conceito de Família, este que, para o direito, tem se mostrado estático e conservador a mais de um século, visto que as concepções sobre esse instituto ainda possuem vestígios das ideias elaboradas por Clóvis Beviláqua, no Código Civil de 1916, pensando na família patriarcal, instituída pelo casamento, como a única maneira possível desta existir, implicando violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo esse cláusula geral de direitos da personalidade. Por outro lado, vê-se a literatura de Amado revelando a família tal como ela é: adaptável, liberta e afetuosa, o que é possível verificar desde a década de 30, mesmo antes, mas tão presente na obra em análise.

Palavras-chave: Família. Dignidade Humana. Direitos da personalidade. Literatura.

Law and Literature: Evolution of the concept of family in Brazilian legislation and the family diversity depicted in Capitães da Areia, by Jorge Amado, as aspect of personal rights

Abstract: The present study aims to establish, in a brief way, the relationship between Law and Literature, having as object of analysis the work “Capitães da Areia”, by Jorge Amado. It is intended to outline the study regarding the concept of Family, which, for the law, has been static and conservative for more than a century, since the conceptions about this institute still have traces of the ideas elaborated by Clóvis Beviláqua, in the Code Civil of 1916, thinking of the patriarchal family, established by marriage, as the only possible way for it to exist, implying a violation of the constitutional principle of the dignity of the human person, this being a general clause of personality rights. On the other hand, one can see Amado's literature revealing the family as it is: adaptable, free and affectionate, which is possible to verify since the 1930s, even before, but so present in the work under analysis.

Keywords: Family. Human dignity. Personality rights. Literature.

INTRODUÇÃO

É evidente que grande parte da produção jurídica no tocando ao instituto do direito da família é defasada. Isto porque a legislação, por diversos fatores, não acompanha com maestria

as necessidades e anseios da sociedade na qual está inserida. Aliás, há evidente atraso por parte dos legisladores nos mais diversos temas.

O Código Civil de 2002, que atualmente está em vigor, por exemplo, suporta grandes resquícios dos pensamentos do Código Civil de Clóvis Beviláqua, de 1916, em diversos aspectos. Quanto à porção acerca do direito da família, ainda mantém a aclamação do homem como figura central da relação familiar. Família, essa, hétero e monogâmica, sendo o casamento a única forma de constituição desta entidade tutelada de maneira positivada pelo Estado.

Entretanto, às avessas do que concerne ao modelo de família patriarcal presente e positivado no código civil de 1916, que se manteve no código atual, é evidente que a família tem passado por profundas mudanças ao longo das últimas décadas, gerando um desarranjo entre o direito posto (*law in book*) e a realização do direito (*law in action*). (BOTELHO, pg. 527, 2002).

Inevitável, portanto, (re)conhecer as plúrimas formas de família, formada e mantida não por questões econômicas e/ou obrigacionais, mas mediante um sentimento de suscetibilidade de um(ns) pelo(s) outro(s): o afeto. Portanto, o afeto, no contexto familiar, traduz, de maneira sincera, a busca pela felicidade a partir das relações humanas, pessoas que decidem compartilhar a vida, sem se deter aos laços tradicionais compulsórios de uma ideia jurídica/social já superada.

Frente a este cenário, torna-se inquietante o fato de manter-se uma legislação que ignora a existência de diferentes formações familiares, uma vez que não há de ser competência de um legislador delimitar e/ou impedir formas de família que este não legitime ou conheça, vez que tal conduta resulta em violação aos direitos da personalidade.

Além disto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento da república e, portanto, base para toda a legislação posterior, presumia-se que o novo Código Civil, quando de sua alteração em 2002, traria conceitos mais modernos acerca de diversos institutos, inclusive do direito da(s) família(s), exprimindo uma realidade já existente no país.

Isto porque a CF trouxe uma mudança na perspectiva da proteção dos direitos da personalidade através do princípio da dignidade da pessoa humana, dando prevalência às relações extrapatrimoniais, como exemplo maior o vínculo familiar, em detrimento das relações patrimoniais, como os contratos e direitos de propriedade.

Sobre o conceito de família formada e mantida pelo afeto, surge o termo “família eudemonista”, que representa a união de pessoas sem nenhum vínculo obrigacional, sanguíneo ou financeiro, mas apenas a vontade de compartilharem a vida juntas. Embora este termo possa estar sendo difundido mais recentemente, na prática, sempre houveram essas famílias. O conceito surge para nomear algo que sempre existiu.

Outrossim, inegável que o reconhecimento das famílias diversas daquela prevista em uma legislação nova (após a CF/88) não é apenas uma inquietação infundada, mas um retrocesso do legislador que não observou um dos princípios mais importantes do nosso ordenamento.

Neste sentido, é de importância ímpar mencionar o papel que as artes exercem frente a essas e outras problemáticas vivenciadas por todos que coabitam em sociedade, de modo a ser ela um meio de retratar os mais diferentes aspectos da vida cotidiana, seja por meio da literatura, da música, do cinema, e tantos outros modos de (re)produzir a vida humana.

À vista disso, de forma a elucidar a problemática do presente estudo, recorre-se à literatura brasileira, como maneira de demonstrar que os escritores, sobretudo os do período Modernista no Brasil, utilizaram suas palavras como ferramentas para denunciar a realidade fática do país, ainda que sob uma roupagem, de certa forma, ficcional.

Dentre essas obras, seleciona-se *Capitães da Areia*, de Jorge Amado, que, na década de 30, retratou uma concepção de família não-convencional, como meio de demonstrar que ao direito não cabe o poder de delimitar certos aspectos da vida cotidiana, como, por exemplo, o que é família, mas a este cumpre apenas acompanhar esta evolução, o que não se verifica até o momento atual.

Na história crua e comovente, Jorge Amado narra a histórico de meninos abandonados entre nove e dezesseis anos que vivem num trapiche abandonado nas areias de Salvador. Para sobreviver, vivem de pequenos golpes e furtos, que causa grande irritação à capital Baiana.

Contra eles se levantam todos, os moradores, os jornais, a polícia e até mesmo o Juiz de Menores. Se encontram totalmente desamparados. E é neste cenário obscuro que eles descobrem entre si aquilo que faltava: o afeto de uma família.

A narrativa de *Capitães da Areia* é dividida entre a inocência da infância das crianças abandonadas e a crueza do universo da vida adulto, tendo as crianças que lidar com um cotidiano ao mesmo tempo é livre, uma liberdade que tanto desejam, mas vulnerável, exprimindo o desamparo e a fragilidade que, em muitos aspectos, permanecem ainda tão atuais.

Compete salientar que, conforme SCHWARTZ (2006, p. 52-60), o estudo entre Direito e Literatura possui uma divisão tripla: I) o direito na literatura; II) o direito como literatura; e III) o direito da literatura. Explica-se. O Direito na Literatura é o estudo através do qual analisa-se as formas sob as quais o direito é retratado nas artes.

O Direito como Literatura, por outro lado, se propõe em realizar a análise entre si, sob as perspectivas da retórica, da função da narrativa e da noção de interpretação. O Direito da Literatura, por fim, é um tema que se limita a analisar as leis e as normas jurídicas que protegem a atividade literária, o “direito à literatura”.

Assim, sob a perspectiva do Direito na Literatura, lança-se um olhar acerca do direito da(s) Família(s), em conjunto com a obra *Capitães da Areia*, de Jorge Amado, visando entender se há uma problemática no conceito de família aduzido pelo Código Civil, tanto de 1916, quanto o atual de 2002, vez que estes nunca traduziram a realidade da sociedade, além de compreender se este fato gerou uma violação ao direitos da personalidade e, em caso positivo, em quais aspectos.

Objetiva-se, portanto, demonstrar que não mais possui espaço na sociedade atual, nunca possuiu, essa noção de família exclusivamente formada através do casamento, de um homem com uma mulher, e que detém todo o olhar do Estado e sua proteção legal, e mesmo que ainda perdure resíduos de uma legislação produzida no século passado, essa se encontra antiquada desde seu nascimento.

1 EVOLUÇÃO SOCIOJURÍDICA DO CONCEITO DE FAMÍLIA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DO ÚLTIMO SÉCULO

Percebe-se que nem sempre a legislação em vigor é capaz de acompanhar a realidade fática na qual ela está inserida. Segundo PIMENTEL (1978), os aspectos sociológicos evidenciam o fato de que a legislação não segue o social de maneira regular, em verdade, frequentemente existe grande defasagem entre eles, o que poderia ser evitada, ou ao menos diminuído, se a realidade social fosse efetivamente levada em consideração pelos juristas, e houvesse uma atuação mais eficaz por parte dos legisladores.

Desta perspectiva, denota-se que de igual maneira ocorreu com o instituto/conceito de família no Brasil. Isto porque é inegável que o Direito Civil de 2002, no que tange aos conceitos de família, endossa grande parte da legislação pensada e constituída por Clóvis Beviláqua, no começo do século XX.

Segundo MESSAGGI e col. (2015), tal legislação proveio do modelo da família romana, qual seja, patriarcal com estrutura advinda da religião. O título II, do Código Civil de 1916, estabelecia os efeitos jurídicos do casamento, sendo que o artigo 229, que inaugurava o capítulo, legitimava o casamento como a única forma legal de constituição familiar, de modo a reconhecer os filhos comuns, antes dele nascido ou concebidos.

O capítulo II, “Direitos e Deveres do Marido”, versou acerca das obrigações inerentes ao chefe da sociedade conjugal, assim denominado pelo próprio código, no artigo 223. Ao marido, detentor do pátrio poder, figura familiar central, era incumbido a atribuição de chefe da família, representando-a legalmente, detendo, inclusive, o poder sobre os bens particulares da cônjuge mulher (inciso I, do art. 223), além de ser quem decidia sobre o local do domicílio da família, bem como o responsável por autorizar, ou não, a profissão da mulher (incisos III e IV, respectivamente, art. 223).

Em contrapartida aos extensivos direitos do marido, tanto sobre a vida comum do casal, como da existência da mulher, o capítulo III, intitulado “Direitos e Deveres da Mulher”, a limitou enquanto companheira do cônjuge homem, mera consorte e auxiliar nos encargos da família, atribuindo-a o dever de cuidar do lar e educar os filhos. Destaca-se, inclusive, a obrigatoriedade de se assumir o apelido do marido (art. 240).

Segundo os ensinamentos de TEPEDINO (1999, p.424), têm-se que:

A atribuição ao marido de poder de sujeição sobre a mulher, e conseqüentemente interiorização feminina, a ponto de tornar juridicamente incapaz a mulher que até o minuto anterior às núpcias era plenamente capaz e perfeitamente inserida no mercado de trabalho, explica-se no contexto acima delineado da unidade formal da família, em sendo um valor em si, justificava o sacrifício individual da mulher, em favor da paz doméstica e da coesão formal da entidade familiar.

Após a promulgação do Código Civil de 1916, mudanças legislativas ocorreram, ainda que muitas delas de maneira tardia, pois receberam a contribuição do amadurecimento coletivo para diversas questões tratadas pelo então código vigente.

Pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de 1943, o trabalho feminino, por exemplo, recebeu proteção parcial, o qual previa que uma mulher casada teria autorização presumida de seu marido para exercer atividade assalariada, embora ainda pertence-se ao homem o direito de exigir o fim do contrato de trabalho da cônjuge, caso julgasse que a ordem familiar estivesse ameaçada, entre outros motivos.

Vale mencionar, neste sentido, a Lei nº 4.121, de 1962 (Estatuto da Mulher Casada) que devolveu a plena capacidade à mulher, pois lhe dava garantia sobre a propriedade dos bens adquiridos pela força de seu trabalho.

A Lei nº 6.515 (Lei do Divórcio), de 1977, foi outro marco na legislação Brasileira, vez que possibilitou a dissolução do casamento que, até então, era adstrita ao sistema de culpa, ou seja, apenas se houvesse configurada alguma das causas previstas em lei (título IV, artigo 315 e seguintes).

Segundo FÁVERI e TANAKA (2010), o ano de 1977 ficou marcado na história do direito de Família no Brasil, pois, através da promulgação da Lei nº 6.515, o divórcio instituído não quebrou com a norma de constituição da família nuclear, mas a recontratou, prevalecendo os

papéis até então naturalizados. Para elas, “A Lei do Divórcio permitiu a recomposição familiar para aqueles que, vivendo em situações de ilegitimidade civil, puderam, enfim, obter sua nova identidade jurídica/civil: em nome da lei, divorciados”.

Somente, porém, a partir da promulgação da constituição de 1988 que o processo de modificação social acerca do conceito de família se iniciou, ainda que de maneira lenta e gradual. De acordo com os estudos de MESSAGGI e col. (2015), a Constituição Federal foi o alicerce necessário para conduzir as modificações legislativas que atendessem as mudanças já em voga na sociedade.

Maria Berenice Dias (2016) disserta que a Constituição Federal de 1988 estendeu a proteção à família constituída pelo casamento, mas também àquelas oriundas da união estável entre o homem e a mulher e à família monoparental, ou seja, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Além disso, a CF/88 sancionou a igualdade dos filhos, aqueles havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-lhes os mesmos direitos e deveres. Nos ensinamentos de Luiz Edson Fachin, após a promulgação da Constituição, o Código Civil perdera o papel de lei fundamental sobre o direito de família.

Outrossim, a Constituição Federal de 88 escolhe a dignidade da pessoa humana como fundamento da República. Segundo aponta o professor Gustavo Tepedino, essa escolha reflete na inclusão de todo e qualquer direito ao ser humano, ainda que não expresso, que configure uma “cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana”, tida como valor máximo pelo ordenamento jurídico brasileiro (TEPEDINO, 2004).

Ainda, segundo o autor acima mencionado, houve uma preocupação pelo constituinte ao dispor os princípios fundamentais ainda no título I para que isto permeasse todo o sistema jurídico com os valores ali indicados. Ou seja, qualquer legislação posterior deve observar esses valores.

Assim, após a promulgação da constituição e o alicerce firmado nos direitos fundamentais como de caráter obrigatório para toda legislação, ficou latente a necessidade de se (re)pensar nas alterações do Código Civil vigente, este ainda de 1916.

Isto porque a CF/88 já havia dado novos contornos ao direito das famílias. Segundo aponta Thaluane Fonseca, os ideais democráticos de justiça e igualdade entre os seres, atrelados aos pactos internacionais sobre a dignidade da pessoa humana, influenciaram o tratamento que o constituinte tencionou para as famílias, ficando em desarranjo com o código civil posto. Segunda a autora:

Com relação ao direito das famílias, a Constituição passa a proteger, em primeiro lugar, a dignidade da pessoa humana dos membros que compõe a instituição familiar. A dignidade da pessoa humana se torna um princípio a ser seguido pelo Estado do exercício de suas funções. (FONSECA, 2010, p. 90).

A professora Maria Celina Bodin de Moraes entende que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma espécie de cláusula geral de tutela e promoção dos direitos da personalidade, não podendo ser sua aplicação limitado pelo legislador ordinário (MORAES, 2007).

Neste sentido, em um primeiro momento, acreditou-se que os direitos da personalidade concederiam às pessoas uma liberdade de escolha mais ampla sobre os seus bens mais importantes, inclusive àqueles não patrimoniais. Entretanto, de maneira oposta ao que se esperava, o CC de 2002 não trouxe as mudanças significativas e tão esperadas. Segundo Moraes:

O capítulo referente aos direitos da personalidade foi amplamente noticiado como uma das grandes novidades do Código Civil de 2002, motivo para louvores e prova

de sua atualidade. A constatação de que se trata, neste ponto, de mera repetição de dispositivos redigidos em 1963 por Orlando Gomes,¹⁰ não é, contudo, a principal crítica a esta propaganda enganosa. Seu problema mais grave é fazer crer que o vasto movimento mundial que, ao longo do último quartel do século XX, se dedicou a orientar o Direito no sentido de uma integral e irrestrita proteção da pessoa humana em sua dignidade limita-se, para o civilista, a um rol de tímidas enunciações do legislador ordinário, reduzidas em número e presas à categoria dos direitos subjetivos. (MORAES, 2007, p. 04).

De forma específica, no que tange o direito de família, aduz Maria Berenice Dias:

[...] **O Código Civil, pelo tempo que tramitou e pelas modificações profundas que sofreu, já nasceu velho.** Procurou atualizar os aspectos essenciais do direito de família, mas não deu o passo mais ousado, nem mesmo em direção aos temas constitucionalmente consagrados: operar a subsunção, à moldura da norma civil, de construções familiares existentes desde sempre, embora completamente ignoradas pelo legislador infraconstitucional. **Talvez o grande ganho tenha sido excluir expressões e conceitos que causavam grande mal-estar e não mais podiam conviver com a nova estrutura jurídica e a moderna conformação da sociedade.** Foram sepultados dispositivos que já eram letra morta e que retratavam ranços e preconceitos, como as referências desigualitárias entre o homem e a mulher, as adjetivações da filiação, o regime dotal etc. (DIAS, 2016, p. 26). (Grifo nosso).

Fica mais que evidente que o Código Civil de 2002, embora se esperasse deste grandes alterações legislativas, dentre outras, acerca do direito da(s) família(s), fora, em verdade, apenas alterações pontuais de institutos que já estavam, a muito, superados, mantendo grande parte dos ideais do código de 1916, de Clóvis Beviláqua.

Um dos exemplos é acerca do conceito de família. O capítulo IV do então novo código civil foi dedicado ao direito de família, sendo o primeiro subtítulo “Do Casamento”, ou seja, novamente o conceito de família está estruturado no casamento, esse, entre um homem e uma mulher, como destaca o artigo 1.517.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

Sempre que se pensa em família ainda vem à mente o modelo convencional: um homem e uma mulher unidos pelo casamento, com o dever de gerar filhos, até que a morte os separe mesmo na pobreza, na doença e na tristeza. Só que essa realidade mudou se é que um dia existiu! (DIAS, 2016, p. 202).

Surge então um importante questionamento que por muito tempo aparentou-se ignorado pelo legislador: somente é possível haver família através do casamento entre um homem e uma mulher? Neste sentido, somente com a Emenda Constitucional nº 65, de 2010, que se reconhece as famílias monoparentais, ou seja, aquelas formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Contudo, como nos explica Ana Beatriz Paraná Mariano (2015), a sociedade já havia atravessado essa fase e entendido a diversidade familiar para além dos modelos patriarcais e monoparentais há tempos, existindo, aliás, uma nova concepção de família, formada por laços afetivos de carinho e de amor, independentemente dos sujeitos que a compunham. No dizer de Michele Perrot (p. 81, 1993) “[...] *despontam novos modelos de família, mais igualitárias nas relações de sexo e idade, mais flexíveis em suas temporalidades e em seus componentes, menos sujeitas à regra e mais ao desejo*”.

Inegável, portanto, que há contrassenso no Código Civil de 2002 quanto aos conceitos trazidos pelo legislador ao dispor de um capítulo inteiro para os direitos da personalidade, enquanto matéria já pacificada no ordenamento jurídico, sobretudo nas decisões do STJ (FRANÇA, 2012), ao passo que mantém conceitos estagnados, como por exemplo, ao dispor dos direitos das famílias.

Destaca-se que um dos aspectos mais relevantes e interessantes dos direitos da personalidade é o fato de que estão em constante transformação, vez que acompanham as novas instâncias concernentes à personalidade dos sujeitos, novidades essas não previstas e nem previsíveis pelo legislador, de modo que devem ser considerados como uma categoria aberta. Assim, o único limitador dos direitos da personalidade deve ser julgado quando confrontado com o interesse de outras personalidades. (MORAES, 2007).

Por fim, cumpre dizer que, em matéria legislativa, houve já na legislação a definição de um conceito de família atendendo ao seu perfil contemporâneo. A Lei nº 11.340, de 2006, comumente conhecida como Lei Maria da Penha, identifica como família qualquer relação íntima de afeto. Transcreve-se:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de **orientação sexual**. (Grifo nosso).

Tem-se, na atualidade, uma nova concepção de família, a então chamada “eudemonista”, que, segundo Alexandre Cortez Fernandes (2015, p. 159), é “[...] aquela que busca a felicidade individual, vivendo um processo de emancipação de seus membros”. Ou, de acordo com Cleyson de Moraes Mello (2017, p. 108), é aquela “[...] baseado no afeto, com a finalidade de buscar a felicidade do homem”.

Vale mencionar que Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho destacam alguns princípios norteadores que marcam o direito de(as) família(s), sendo os princípios da afetividade, da solidariedade familiar, da proteção ao idoso, da função social da família, da plena proteção das crianças e adolescentes, da convivência familiar e o princípio da intervenção mínima do Estado. (GAGLIANO E FILHO, 2017, p. 1.153 a 1.168).

Deste modo, atualmente o grande norteador do Direito de Família é o princípio da afetividade, consistindo numa relação de amor entre aqueles que decidem formar uma família. Nas palavras de João Baptista Villela (1994), “A família continua mais empenhada do que nunca em ser feliz. A manutenção da família visa, sobretudo, buscar a felicidade”. Não é mais obrigatório manter a família. Ela só sobrevive quando vale a pena. E isto é um desafio.

2 A LITERATURA ENQUANTO DENÚNCIA SOCIAL

O direito e a literatura se entrelaçam do ponto de vista que ambos transmutam e se adequam ao contexto histórico ao qual estão inseridos. O momento social de sua produção se revelam em seu conteúdo como expressão daquele que o pensou e o produziu.

Neste sentido, os estudos sistemáticos acerca do direito e literatura datam início na década de 60, nos Estados Unidos, quando diversas correntes começaram a tratar academicamente a

relação entre essas duas disciplinas: *law and literature*, que tinham como objeto de estudos as produções literárias e jurídicas, lançando considerações ao seu conteúdo e contexto histórico. (OLIVO, 2005, p. 21).

Entretanto, de acordo com Katna (BARAN, 2013) muito antes disso, os juristas já empregavam a literatura no campo do direito não só para explicar os procedimentos judiciais, mas também, a forma e a matéria jurídica.

O Direito na Literatura, ou “a partir da Literatura” (Schwartz, 2006), revela fenômenos jurídicos que podem ser observados no universo literário, o qual transcendendo eras, e permite que inúmeros enfoques pertinentes à área jurídica possam ser observados.

O ilustre professor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy sustenta que a literatura pode oferecer tanto informações quanto subsídios para que o meio social, onde o direito se desenvolve, seja compreendido pois “ao exprimir uma visão de mundo, a Literatura traduz o que a sociedade e seu tempo pensam sobre o Direito” (GODOY, 2002, p. 158).

Antônio Cândido (1972) compreende que a literatura desempenha uma função social de suma importância, tenda em vista que ela, nas suas mais diversas formas, se faz presente no cotidiano de todos. Segundo ele:

A fantasia quase nunca é pura. Ela se refere constantemente a alguma realidade: fenômeno natural, paisagem, sentimento, fato, desejo de explicação, costumes, problemas humanos, etc. Eis por que surge a indagação sobre o vínculo entre fantasia e realidade, que pode servir de entrada para pensar na função da literatura (CÂNDIDO, 1972, p.83).

Assim, entende-se que, neste contexto, o estudo do direito na literatura é uma forma pela qual busca-se ilustrar em profundidade a função integradora e transformadora da gênese literária com relação à suas marcas de referência na realidade. É entender que a literatura revela e demarca contextos e acontecimentos sociais retratados nas artes, mesmo que, em alguns momentos, o faça de maneira lúdica. Segundo Cândido:

[...] A literatura tem sido um instrumento poderoso de instrução e educação, entrando nos currículos, sendo proposta a cada um como equipamento intelectual e afetivo. Os valores que a sociedade preconiza, ou os que considera prejudiciais, estão presentes nas diversas manifestações da ficção, da poesia e da ação dramática. A literatura confirma e nega, propõe e denuncia, apoia e combate, fornecendo a possibilidade de vivermos dialeticamente os problemas. (CÂNDIDO, 1988, p.177).

É evidente que um dos grandes papéis que assume a literatura é a possibilidade que ela carrega de ser uma forma de expressão daquele que a produz, isto é, a chance deste manifestar suas emoções e visões de mundo. Assim também é o direito. Como nos explica Garcia Amado:

Quando defendemos em qualquer âmbito da atividade jurídica que a interpretação correta da norma *x* é esta ou aquela, ou que o verdadeiro alcance do direito e que o texto constitucional consagra de modo tal ou distinto, não descrevemos realidades preexistentes ao discurso, sendo que persuadimos o destinatário do nosso discurso de que a realidade é assim como contamos. (AMADO, 2003, p.369).

É possível dizer, portanto, que o direito e a literatura são manifestações culturais que retratam a real sociedade em que se vive. Por isto que, para Antônio Cândido (1988, p. 193), uma sociedade justa pressupõe o respeito dos direitos humanos, e a fruição da arte e da literatura em todas as modalidades, e em todos os níveis, é um direito inalienável, pois é através destes entendimentos que é possível revisitar e entender a motivação dos produtores. Seja de obras literárias. Seja da legislação que altera substancialmente nossas vidas.

A literatura se faz imprescindível para a compreensão da realidade social, podendo servir como um dispositivo significativo mediante o qual ocorre o registro dos valores de um determinado lugar e/ou época. Importante sublinhar que não cabe à literatura a tarefa de explicar propriamente o direito, mas sim, através de suas representações, realizar as denúncias, auxiliando na compreensão do direito e seus fenômenos.

3 A FAMÍLIA EM CAPITÃES DA AREIA

Jorge Amado trouxe diversos temas em suas obras, como as diversificadas paisagens da Bahia, inúmeros personagens e linguagens que constantemente referenciam a sociedade e a cultura brasileira.

Suas obras, sobretudo as do período dos anos 30, têm como temática a violência cotidiana, as desigualdades sociais entre as classes, a violência contra a mulher e o preconceito racial. Uma análise que pode ser feita é de que as obras amadianas não eram somente ficcionais, mas uma forma de denúncia da realidade presente neste período. (SANTOS e col., 2009)

Na década de 30, período modernista, os escritores eram mais realistas, pois tentavam retratar a real situação do país, dando um caráter informativo a suas obras, pois descreviam aos leitores a forma vivenciada pelos personagens nos mais diversos contextos e situações, como a Bahia do século passado, no caso do autor em análise.

De fato, Antônio Candido (2006, p. 11) atesta que nenhum outro momento da literatura brasileira é tão vivo sob este aspecto realista, nenhum outro reflete com tamanha fidelidade, e ao mesmo tempo com tanta liberdade criadora, os movimentos da alma nacional quanto o Modernismo.

Jorge Amado, assim como outros artistas do modernismo, como Graciliano Ramos, possuía um caráter revolucionário. Faziam-se contra a ditadura militar, de 1964, escrevendo suas obras, por exemplo, com uma linguagem coloquial, de fácil entendimento. (SANTOS, 2009).

De outro lado, *Capitães da Areia*, publicado em 1937, foi também o ano em que se instaurou no Brasil o chamado Estado Novo, comandado por Getúlio Vargas, que, aliado a lideranças políticas do período, permaneceu no governo até 1945.

Vale destacar que o governo da época proibiu diversas representações artísticas, dentre elas, a publicação de obras literárias. Como ato censura, apreendeu e queimou livros em praça pública. Encontrava-se, entre os escritores que tiveram seus trabalhos incinerados pelo ódio e pela repressão, Jorge Amado, que tivera cerca de 1.500 exemplares queimados, destes, cerca de 800 de "*Capitães da Areia*", no ano de sua publicação. (COSSETIN e BROTTTO, 2015, p. 89).

Nesta obra genuína, Jorge Amado apresenta no decorrer do enredo um ambiente político, econômico, ideológico, e social da Bahia de 1930, que, através da história de um grupo de meninos que vivem dos furtos nas ruas do paraíso que é a cidade de Salvador, tece duras críticas ao apresentar um cenário que, ao mesmo tempo em que retrata um contexto de pobreza e de criminalidade, é expressão da busca por liberdade e amor.

Menciona-se que o romance só foi reeditado em 1944, sendo que em 1945, no I Congresso de Escritores, em São Paulo, como chefe da delegação baiana, Jorge Amado liderou uma manifestação em oposição ao Estado Novo, e, por infelicidade, acabou por ser preso e o evento cancelado (GOLDSTEIN, 2003, p. 36-48).

E o motivo para tanta tormenta aos escritos de Jorge Amado é justamente a denúncia social que enche suas obras. Em *Capitães da Areia*, emerge-se o abandono das crianças em situação de rua, a lesão que sofrem pelo desamparo do Estado, pelos pais e pela sociedade.

As crianças que encontravam espaço em um trapiche abandonado nas areias de Salvador são os personagens principais da história contada no livro de Jorge Amado. Eram meninos, moleques de todas as cores e idades, “desde os 9 aos 16 anos, que à noite se estendiam pelo assoalho e por debaixo da ponte e dormiam, indiferentes ao vento que circundava o casarão uivando, indiferentes à chuva que muitas vezes os lavava” (AMADO, 2009, p. 20).

Essa negligência, representava um dos tantos problemas cotidianos que assola o país, ainda que de forma ficcional, mas politicamente inspirada, nos alerta para uma reflexão *juslitéraria* sobre o tratamento destinado às crianças na legislação brasileira, em especial do último século.

Entretanto, em que pese haver grande relevância na abordagem dos problemas sociais enfrentados pelas crianças que viviam no trapiche, fruto de um abandono por aqueles que deveriam agir de modo fraternal e garantir o mínimo existencial, o intuito aqui é lançar um olhar antagônico. É enxergar o retrato dos Capitães da Areia de outro ângulo. É compreender o valor daquilo que jamais poderiam tomá-los: o afeto de uns pelos outros. O companheirismo, a amizade e o sentimento de uma grande, desajeitada, mas autêntica família.

Acerca da responsabilidade legal sobre os meninos, é importante destacar que o código civil de 1916, no artigo 412, dispõe sobre o tratamento que deverão receber aos menores que não possuam quem lhes possam exercer a figura dos pais, ou seja, àqueles abandonados, como são a maioria dos Capitães. Transcreve-se:

Art. 412. Os menores abandonados terão tutores nomeados pelo juiz, ou serão recolhidos a estabelecimentos públicos para este fim destinados. Na falta desses estabelecimentos, ficam sob a tutela das pessoas que, voluntária e gratuitamente, se encarregarem da sua criação.

De fato, a obra aborda um local onde o Juiz de Menores e o Chefe de Polícia do enredo habitualmente mandam as crianças abandonadas, os Capitães da Areia: o reformatório. Porém, já se observa que o legislador, quanto ao tratamento das crianças, não tencionou que todas recebessem de forma igualitária, isto porque, aos tutores e aos estabelecimentos públicos, como o reformatório, não lhe eram exigidos os mesmos deveres que eram dirigidos aos pais, estes previsto no artigo 384, do r. código:

Art. 384. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes, ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor, por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais lhe não sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o pátrio poder;

V - representá-los nos atos da vida civil;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Nota-se como elementos essenciais para a formação e existência dos filhos menores a educação, o carinho (companhia) o amor. Porém, quando ausente a figura dos pais, sequer há

indícios de que tais elementos foram uma preocupação do legislador e, conseqüentemente, daqueles que obrigam os abandonados a se recolherem em locais como o reformatório, descrito por Jorge Amado. Em verdade, almeja-se apenas se isentar o mais rápido possível da responsabilidade de garantir uma curatela positiva.

Assim, vê-se na obra que o local que deveria acolher estes menores abandonados, trata-se apenas de um ambiente em que os meninos são despejados, tratados não como crianças, mas como delinquentes. Novamente, inexistente qualquer cuidado pelo Estado para com essas pobres almas.

Logo no início do enredo, têm-se matérias vinculadas ao respeitável *Jornal da Tarde* acerca de um furto cometido pelos Capitães da Areia. Em uma das cartas publicadas no jornal, escrita pelo Doutor Juiz de Menores, este responde ao Chefe de Polícia, acerca de quem seria a responsabilidade pelo destino dos meninos, ao dissertar:

Ainda nestes últimos meses que decorreram mandei para o Reformatório de Menores vários menores delinqüentes ou abandonados. Não tenho culpa, porém, de que fujam, que não se impressionem com o exemplo de trabalho que encontram naquele estabelecimento de educação e que, por meio da fuga, abandonem um ambiente onde se respiram paz e trabalho e onde são tratados com o maior carinho. Fogem e se tornam ainda mais perversos, como se o exemplo que houvessem recebido fosse mau e daninho. Por quê? Isso é um problema que aos psicólogos cabe resolver e não a mim, simples curioso da filosofia. (AMADO, 2009, p. 8/9).

Porém, diferente do que o Chefe de Polícia, o Juiz de menores e o próprio Diretor do reformatório querem fantasiar, o local era hostil. Em nada se assemelhava com um ambiente capaz de transformar pelo carinho, companheirismo e afeto, os elementos tidos como essenciais na formação dos menores descrito no Código Civil. Algo deveras distante de uma família. Para ilustrar, Maria Ricardina, uma costureira, expõe sobre o local proporcionado para as crianças abandonadas:

[...]

Desculpe os erros e a letra pois não sou costureira nestas coisas de escrever e se hoje venho a vossa presença é para botar os pontos nos ii. Vi no jornal uma notícia sobre os furtos dos “Capitães da Areia” e logo depois veio a polícia e disse que ia perseguir eles e então o doutor dos menores veio com uma conversa dizendo que era uma pena que eles não se emendavam no reformatório para onde ele mandava os pobres. É pra falar no tal do reformatório que eu escrevo estas mal traçadas linhas. Eu queria que seu jornal mandasse uma pessoa ver o tal do reformatório para ver como são tratados os filhos dos pobres que têm a desgraça de cair nas mãos daqueles guardas sem alma. Meu filho Alonso teve lá seis meses e se eu não arranjasse tirar ele daquele inferno em vida, não sei se o desgraçado viveria mais seis meses. O menos que acontece pros filhos da gente é apanhar duas e três vezes por dia. O diretor de lá vive caindo de bêbedo e gosta de ver o chicote cantar nas costas dos

filhos dos pobres. Eu vi isso muitas vezes porque eles não ligam pra gente e diziam que era para dar exemplo. Foi por isso que tirei meu filho de lá. Se o jornal do senhor mandar uma pessoa lá, secreta, há de ver que comida eles comem, o trabalho de escravo que têm, que nem um homem forte agüenta, e as surras que tomam. Mas é preciso que vá secreto senão se eles souberem vira um céu aberto. Vá de repente e há de ver quem tem razão. E por essas e outras que existem os “Capitães da Areia”. Eu prefiro ver meu filho no meio deles que no tal reformatório. Se o senhor quiser ver uma coisa de cortar o coração vá lá. Também se quiser pode conversar com o Padre José Pedro, que foi capelão de lá e viu tudo isso. Ele também pode contar e com melhores palavras que eu não tenho. (AMADO, 2009, p. 10/11).

De igual forma, Padre José Pedro, personagem presente na vida dos Capitães e que também conhece o reformatório, corrobora tal alegação:

Tendo lido, no vosso conceituado jornal, a carta de Maria Ricardina que apelava para mim como pessoa que podia esclarecer o que é a vida das crianças recolhidas ao reformatório de menores, sou obrigado a sair da obscuridade em que vivo para vir vos dizer que infelizmente Maria Ricardina tem razão. As crianças no aludido reformatório são tratadas como feras, essa é a verdade. Esqueceram a lição do suave Mestre, senhor Redator, e em vez de conquistarem as crianças com bons tratos, fazem-nas mais revoltadas ainda com espancamentos seguidos e castigos físicos verdadeiramente desumanos. Eu tenho ido lá levar às crianças o consolo da religião e as encontro pouco dispostas a aceitá-lo devido naturalmente ao ódio que estão acumulando naqueles jovens corações tão dignos de piedade. O que tenho visto, senhor Redator, daria um volume. [...] (AMADO, 2009, p. 12).

Mesmo diante deste cenário, às avessas do que se espera, o enredo é fortemente marcado por um sentimento que conforta, uma espécie de aconchego e proteção que permeia não o reformatório, mas o trapiche abandonado que abriga e acolhe as crianças frequentemente desamparadas, mas que ali, longe das normas legais da época, encontram o que lhes fora negado: o afeto de uma família, onde compartilham as conquistas individuais como se fossem de todos, onde encontram o amor, à sua maneira.

Neste momento de música eles sentiram-se donos da cidade. E amaram-se uns aos outros, se sentiram irmãos porque eram todos eles sem carinho e sem conforto e agora tinham o carinho e conforto da música. (AMADO, 2009, p. 59).

No capítulo intitulado “Alastrim”, Jorge Amado aborda os enfrentamentos da população baiana com a varíola, que assolou grande parte da comunidade, a parte negra e pobre.

Omolu mandou a bexiga negra para a cidade. Mas lá em cima os homens ricos se vacinaram, e Omolu era um deus das florestas da África, não sabia destas coisas de vacina. E a varíola desceu para a cidade dos pobres e botou gente doente, botou negro cheio de chaga em cima da cama. Então vinham os homens da Saúde Pública, metiam os doentes num saco, leva para o lazareto distante. As mulheres ficavam chorando, porque sabiam que eles nunca mais voltariam. (AMADO, 2009, p. 132/133).

Inevitavelmente, a doença chega ao trapiche. Almiro, um dos capitães da areia, foi o primeiro que a contraiu, criando uma atmosfera tensa entre os meninos, pelo medo da doença, e, talvez ainda mais, pelo medo de ser levado ao lazareto, local da Saúde Pública destinado ao tratamento da doença, mas que todos sabiam que havia poucas chances de cura.

Neste ponto, mais uma vez as crianças se mostram unidas por questões que ultrapassam o racional, se deparam com episódios que só poderiam ser enfrentados com a presença de um grande afeto. Assim, embora um dos capitães tenta resolver a problemática expulsando o Almiro do local, para que este não contamine os demais, foi a estima que eles compartilham que resolveu a situação.

Pedro Bala chegou acompanhado do Professor e de João Grande. Voltavam de um negócio que tinham resolvido bem e comentavam o sucesso entre gargalhadas. O Gato tinha ido com eles, mas não voltara. Ficara em casa de Dalva. Os três entraram no trapiche e a primeira coisa que enxergaram foi Volta Seca com o revólver na mão.

– Que é isso? – perguntou Pedro Bala.

Sem-Pernas se levantou do seu canto, o cachorro o acompanhou:

– Este besta metido a cangaceiro não quer deixar que a gente faça o que resolveu e apontava Almiro. – Aquele fresco tá com a bexiga...

João Grande se encolheu. Pedro Bala olhou Almiro, o Professor andou para onde esta Volta Seca. O mulato não largava o revólver. Pedro perguntou então:

– Como foi, Volta Seca?

– Este tá com a maldita... – mostrou o menino que soluçava. – E aquele macaco mesmo que um soldado quis botar ele no meio da rua pra assistência levar ele lazareto. Eu não tava me metendo. Mas ele não quis ir. Aí eles todos juntos – cuspiu – quis dar nele pra obrigar ele ir. Foi quando ele falou que era do grupo, que eles esperasse que tu chegasse. Eu achei que ele falou direito, fiquei do lado dele... Ele não é um soldado de polícia pra tratar ele assim...

– Tu fez direito, Volta Seca – Pedro Bala bateu no ombro do mulato. [...]

Pedro Bala ficou pensando. Ia um silêncio pelo trapiche. João Grande conseguiu vencer o medo e se aproximou. Mas ia com passo arrastados. Parecia violentar sua própria vontade para chegar até junto de Almiro. Foi quando entrou Pirulito acompanhado do padre José Pedro. O padre deu boas noites e perguntou quem era o doente Pirulito apontou Almiro, o padre se dirigiu para ele, chegou perto, pegou no braço, examinou. Depois disse a Pedro Bala:

– É preciso levar para a assistência...

– Pro lazareto?

– Sim.

– Não, não vai, não fez Pedro Bala.

O Sem-Pernas se levantou outra vez, veio para junto deles:

– Tou dizendo isso há muito tempo. Tem que ir pro lazareto – Não vai repetiu Pedro Bala.

– Por que, meu filho? perguntou o padre José Pedro.

– **Tu sabe, padre, que ninguém volta do lazareto. Ninguém volta. E ele é um da gente. um do grupo. A gente não pode fazer isso...**

– Mas é a lei, filho.

– Morrer?

[...] (AMADO, 2009, p. 137/138). (Grifos nossos).

Infelizmente, Almiro não sobreviveu. E ele não fora o único do grupo a contrair o alastrim. Boa-Vida, relevante personagem e figura notável no trapiche, também se viu assolado pela doença. Entretanto, Boa-Vida, logo que descobriu, pensou não em si, mas nos capitães, e seu sentimento fora a proteção daqueles tantos meninos que dependiam da vida no trapiche.

Boa-Vida jogou um. Chegou no seu canto, fez uma trouxa com seus trapos. Professor ficou espiando aquele movimento:

– Tu vai embora?

Boa-Vida andou até ele com a trouxa debaixo do braço:

– Tu não diz a ninguém... Só a Bala...

– Pra onde tu vai?

O mulato riu:

– Pro lazareto...

Professor olhou os braços cheios de bolhas, o peito.

– Tu não vai, Boa-Vida...

– Por que, mano?

– Tu sabe... É buraco na certa...

– Tu pensa que eu vou ficar aqui pra pegar nos outros?

– A gente trata de tu...

– Morria tudo. Almiro tinha casa, tá certo. Eu não tenho ninguém.

[...]

Boa-Vida fez que sim, saíram do trapiche. Boa-Vida olhou a cidade, fez um gesto com a mão. Era como um adeus. Boa-Vida era malandro e ninguém ama sua cidade como os malandros. Olhou o Professor:

– Quando tu fizer meu retrato... Tu ainda vai fazer?

– Vou, Boa-Vida... **Vontade de dizer palavras carinhosas como a um irmão.**

– Não me faz cheio de bexiga, não...

Seu vulto desapareceu no areal. Professor ficou com as palavras presas, um nó na garganta. Mas também achava bonito Boa-Vida andar assim para a morte para não contaminar os outros. Os homens assim são os que têm uma estrela no lugar do coração. E quando morrem o coração fica no céu, diz o Querido-de-Deus. Boa-Vida era um menino, não era um homem. Mas já tinha uma estrela no lugar do coração. desapareceu o seu vulto. E então a certeza de que não mais verá seu amigo encheu o coração do Professor. A certeza de que o outro ia para a morte. (AMADO, 2009, p. 148/149). (Grifos nossos).

Lançado a sorte, Boa-Vida fora para o lazareto. Por felicidade, o negro conseguiu vencer a doença, retornando ao trapiche, momento em todos, mesmo desconcertados, o receberam com grande alegria, pois um dos seus voltara da morte. “Professor olhou o peito de Boa-Vida. Estava todo picado da varíola. Mas no lugar do coração Professor viu uma estrela. Uma estrela no lugar do coração. (AMADO, 2009, p. 151).

Neste contexto, em que várias pessoas morrem pela doença, Margarida e Estêvão também são suas vítimas, pobres que vivam no morro, deixam duas crianças: Dora e Zé Fuinha, com 13 e 6 anos, respectivamente. Lançados ao destino, esses irmãos se veem totalmente desamparados, crianças filhas de *bexiguentos* que não encontram apoio de ninguém, perambulam desorientadas pelas ruas de Salvador.

Quando a força já era pouca, Dora e Zé Fuinha encontram Professor e João Grande nas ruas da Bahia, dois capitães da areia. Ao ouvir sua história, recém órfãos de *bexiguentos*, pertencentes agora às ruas da cidade, surge de imediato uma estranha compaixão por aquelas crianças, uma ligação entre eles. Decidem, então, levar Dora e seu irmão para o trapiche abandonado.

Lá, apesar de certa resistência em aceitar a primeira menina no grupo dos Capitães da Areia, Dora, aos poucos, vai ganhando seu espaço, preenchendo uma necessidade que os Capitães, que são ainda crianças, possuem: o afeto de uma mãe, irmã.

Dora, não. Não era de propósito. A mão dela unhas maltratadas e sujas, roídas a dente não queria excitar, nem arrepiar. Passava como a mão de uma mãe que remendava camisas do filho. A mãe do Gato morreria cedo. Era uma mulher frágil e bonita. Também tinha as mãos maltratadas, que esposa de operário não tem manicura. E era dela também aquele gesto de remendar as camisas de Gato, mesmo nas costas de Gato. A mão de Dora o toca de novo. Agora a sensação é diferente. Não é mais um arrepio de desejo. É aquela sensação de carinho bom, de segurança que lhe davam as mãos de sua mãe. Dora está por detrás dele, ele não vê. Imagina então que é sua mãe que voltou. Gato está pequenino de novo, vestido com um camisolão de bulgariana e nas brincadeiras pelas ladeiras do morro o rompe todo. E sua mãe vem, faz com que ele se sente na sua frente e suas mãos ágeis manejam a agulha, de quando em vez o tocam e lhe dão aquela sensação de felicidade absoluta. Nenhum desejo. Somente felicidade. Ela voltou, remenda as camisas do Gato. Uma vontade de deitar no colo de Dora e deixar que ela cante para ele dormir, como quando era pequenino. Se recorda que ainda uma criança. Mas só na idade, porque no mais é igual a um homem furtando para viver, dormindo todas as noites com uma mulher da vida, tomando dinheiro dela. Mas nesta noite é totalmente criança esquece Dalva, suas mãos que o arranham, lábios que prendem os seus em beijos longos, sexo que o absorve. Esquece

sua vida de pequeno batedor de carteiras, de dono de um baralho marcado, jogado desonesto. Esquece tudo, é apenas um menino de quatorze anos com uma mãezinha que remenda suas camisas. Vontade de que ela cante para ele dormir... Uma daquelas cantigas de ninar que falam em bicho-papão. Dora morde a linha, se inclina para ele. Os cabelos loiro dela tocam no ombro do Gato. Mas ele não tem outro desejo senão que ela continue a ser sua mãezinha. Sua felicidade naquele momento é quase absurda. É como se não houvesse existido toda a sua vida depois da morte da sua mãe. É como se tivesse se conservado um criança igual a todas. Porque nesta noite sua mãe voltou. Por isso a inconsciente carícia dos cabelos loiros de Dora não excita seu desejo.

Mas aumenta sua felicidade. E a voz dela que diz: tá pronto, Gato, soa aos seus ouvidos direitinho a voz doce e musical de sua mãe que cantava, a cabeça do Gato recostada no seu colo, cantigas de ninar.

Levanta, olha Dora com olhos agradecidos:

– Você é a mãezinha da gente, agora... – mas fica encabulada do que diz, pensa que Dora não compreenderá mesmo porque ela esta rindo com seu rosto sério de quase mulherzinha. Mas Professor compreende, e Gato, na frente de Dora, falando numa voz feliz, mas sem desejo, chamando-a de mãe, e ela sorrindo com seu ar maternal de quase mulherzinha, fica gravado na cabeça de Professor como um quadro. (AMADO, 2009, p.169/170).

Aos poucos Dora fora cativando os Capitães da Areia. Alguns a enxergavam enquanto figura materna, lhe oferecendo o carinho e cuidados que só encontram em uma mãe mesmo. Assim fora, como mencionado, para Gato, e também para Volta Seca e alguns outros.

Olhavam o rosto sério de Dora, rosto de uma quase mulherzinha que os fitava com carinho de mãe. Sorriam e, quando o marinheiro James jogou o capitão do navio num barco salva-vidas e o chamou de cobra sem veneno, eles todos gargalharam junto com Dora, e a olharam com amor. Como crianças olham a mãe muito amada. [...] Volta Seca quase gritava, seu rosto sombrio tinha a alegria de uma descoberta. Também ele descobriu sua mãe, pensou Professor. Dora estava séria, mas sei olhar era carinhoso. Volta Seca riu, ela riu, virou logo gargalhada. Mas Professor não os acompanhou na gargalhada. Começou a ler muito rápido o relato do jornal. (AMADO, 2009, p. 171/172).

Para Pirulito, que se envergava para a igreja e sua religiosidade, e antes receava que Dora representasse apenas o pecado, o afastando-o ainda mais de Deus, também passou a enxergar nela uma figurava que era quase divina. “Mas agora Pirulito tinha a ela. A sua mãe. [...] Professor via a mãe de Pirulito, que não sabia como era, como fora. Mas a via ali no lugar de Dora”. (AMADO, 2009, p.175/176).

Dora fora irmã, também. Se lançou na vida de furtos com os Capitães, pois queria fazer parte deles de modo mais ativo. Queria se sentir pertencente e merecedora de partilhar com eles os produtos dos roubos. Queria mostrar que ela estava disposta a se arriscar para atestar seu compromisso com sua nova família.

João Grande não a largava, era como uma sombra de Dora, e se babava de satisfação quando ela o chamava com sua voz amiga de *meu irmão*. O negro a seguia como um cachorro e se dedicara totalmente a ela. Vivía num assombro das qualidades de Dora. Quase a achava tão valente como Pedro Bala. (AMADO, 2009, p. 178).

Por fim, Dora fora para o chefe dos Capitães, Pedro Bala, noiva e esposa. “Mas seu olhar era diferente do olhar de irmã que lançava aos outros. Era um doce olhar de noiva, de noiva ingênua e tímida. Talvez mesmo não soubessem que era amor” (AMADO, 2009, p. 182).

E Dora, apesar de todo sofrimento que experimentou, da perda dos pais pelo alastrim, da fome que sentiu nas ruas da Bahia, do medo da morte, encontrou, entre os Capitães da Areia, uma realização completa, algo que ninguém poderia lhe tomar, que foi o amor pelas crianças do

trapiche, em todas suas formas. “Mesmo não sabendo que era amor, sentiam que era bom”. (AMADO, 2009, p. 183).

Dora, em razão de sua frágil saúde, falece nos braços de seu amado Pedro Bala, dormindo, no trapiche abandonado. Sua morte gerou um imenso desânimo aos Capitães, em especial para aqueles mais próximos. A comoção de todos foi sentida profundamente, o que, em dado momento, pareceu ser o fim da família dos capitães.

Mas sente que para ele a vida do trapiche acabou, não lhe resta mais nada que fazer ali [...].

Em torno é a paz da noite. Nos olhos mortos de Dora, olhos de mãe, de irmã, de noiva e de esposa, há uma grande paz. Alguns meninos choram [...].

Voltam para o trapiche. A vela branca do saveiro se perde no mar. A lua ilumina o areal, as estrelas tanto estão no céu como no mar. Há uma paz na noite. Paz que veio dos olhos de Dora. (AMADO, 2009, p. 210/212).

Ao revés do que se espera, a família dos Capitães da Areia não acabara, não. Assim, em família, se enlutaram e se apoiaram. Em nenhum momento o afeto entre si se mostrou enfraquecido.

Por fim, já não eram mais crianças. Cresceram e foram tomando rumos diversos. Mas a ligação entre eles, a ligação que somente uma família poderia ter, nunca se rompeu. Em verdade, não eram despedidas melancólicas, daquelas que se sabe, no fundo, que é a última. Era um gesto de saudação a um companheiro que parte, mas que sempre estará, de certa forma, presente.

CONCLUSÃO

O amor e a busca pela felicidade através do afeto compartilhado entre pessoas estão no centro dos principais sistemas filosóficos e religiosos que regem as relações humanas. Ter um projeto de vida com uma pessoa a quem se ama é ter a possibilidade de se partilhar uma vida boa, agradável e, sobretudo, digna.

Assim, o privilégio que as pessoas possuem de poderem compartilhar suas existências ao lado daqueles que lhe fazem bem, é princípio contido na definição da dignidade da pessoa humana, sendo, desta forma, um dever do Estado garantir aos indivíduos a possibilidade de escolherem a quem chamar de família.

Tamanha é a importância da família que a própria constituição federal a definiu como base da sociedade, a qual possui especial proteção do Estado, o qual deve garantir integral assistência, sem, contudo, intervir no planejamento familiar, em especial na sua forma de arranjo, sob pena de desprezar os princípios da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, necessário estabelecer uma visão integrada entre direitos da personalidade e direitos humanos como forma de viabilizar a doutrina da proteção integral da pessoa.

Vê-se, então, que o conceito de família tem-se modificado de maneira constante, sendo certo que é através dessa evolução que novas de se pensar em família vão surgindo, abrindo espaço para que as relações sejam construídas cada mais de maneira estreita ao afeto.

É inegável, porém, que na legislação Brasileira as transformações, quando ocorram, são maneira tardia, como visto quanto ao instituto da família, que somente era reconhecido enquanto entidade familiar aquela em que figurava o homem no centro da relação, sendo, portanto, hetero e monogâmica.

Perpetua-se, tal pensamento, até os dias atuais, visto que o Código Civil de 2002, ainda vigente, carrega essa herança do Código de 1916, que embora tenham mais de um século de distanciamento, ainda se mostram tão próximos.

Todavia, observando os novos rumos da sociedade, a legislação brasileira tem que constantemente se adequar aos fatos da vida cotidiana, não sendo possível que o legislador e o judiciário se caleem frente às necessidades da vida, como, por exemplo, o reconhecimento de relações familiares monoparentais, as reconstituídas, as famílias eudemonistas, e tantas outras formas de se exercer o afeto.

Vale dizer, ainda, que a importância da família na legislação é ímpar, uma vez que recebe grande proteção do Estado. Dessa forma, o que se busca a partir do reconhecimento das diversas formas de família que preenchem o requisito fundamental, qual seja o afeto, é mais que a aceitação social, mas também o reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes a todos os seres.

Neste sentido, é oportuno expressar considerações de que, com todos esses desafios, as artes, e, no caso em tela, a literatura amadiana, sempre possuiu grande relevância no âmbito social. Em 1937, mesmo no fim do período modernista no Brasil, Jorge Amado nunca abriu mão de utilizar de seus romances para ilustrar o cotidiano do brasileiro, em especial do povo da Bahia.

Nota-se que as crianças abandonadas no velho trapiche encontram ali o amor e o afeto que tanto lhe foram negadas, pois ninguém foi capaz de tirar suas essenciais, sua vontade de (sobre)viver, existir e resistir. Vê-se que o rígido e único conceito de família tecido na legislação da época, não cabia na fática vida cotidiana dos Capitães da Areia. Sequer hoje cabe, e embora esteja se desconstruindo e se modificando, como por exemplo o conceito de família abordado pela Lei nº 11.340/2006 (Maria da Penha), ainda está longe de se exprimir o que de fato é a família.

A maneira com que Jorge Amado tece o enredo, as personagens, as lições contidas da história, sem dúvidas, contribuíram e ainda contribuem para demonstrar que o seio familiar vai muito além daquele de sangue, pois envolvem algo muito mais importante para o ser humano, como a afinidade, o companheirismo e o amor.

Por fim, é importante destacar que os direitos da personalidade foram regulados de maneira não-exaustiva pelo CC de 2002, ao revés, de forma muito tímida. Por isto, toda a extensão destes direitos deve considerar que sua base é o princípio da dignidade da pessoa humana.

Não cabe, portanto, ao legislador infraconstitucional restringir o conceito de família, em especial quando este faz de maneira tão arcaica, confrontando direitos constitucionais duramente conquistados. É necessário, portanto, que a legislação acompanhe o cotidiano à sua volta, em especial quando a falta disso deprecia quem escolhe constituir a família pelo simples e puro afeto.

REFERÊNCIAS

AMADO, Jorge. **Capitães da Areia**. 17. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

BARAN, Katna. **Onde o direito e a literatura se encontram**. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/onde-o-direito-e-a-literatura-se-encontram-b2yn714yocf2hz62cladr6p1q>. Acesso em: 20 de ago. de 2016.

Brasil, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília (DF): Senado Federal; 1988.

Direito e Literatura: Evolução do conceito de família na legislação brasileira e a diversidade familiar retratada em Capitães Da Areia, de Jorge Amado, como aspecto dos direitos da personalidade

_____. **Emenda constitucional nº 65, de 13 de julho de 2010.** Lex: legislação federal e marginalia, Brasília, em 13 de julho de 2010.

_____. **Lei n. 3.071, 1º de janeiro de 1916. Código Civil.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916.

_____. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Código Civil.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002.

_____. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08 ago. 2006. p. 01.

CANDIDO, A. **A literatura e a formação do homem.** São Paulo: Ciência e Cultura, 1972.

_____. **Literatura E Sociedade.** 9. Ed. Rio de Janeiro: Ouro Sobre Azul. 2006.

_____. **“O direito à Literatura”.** In: Vários escritos. São Paulo: Duas Cidades, 1988.

DIAS, Maria Berenice. **Manual De Direito Das Famílias De Acordo Com O Novo CPC.** 11. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. **Da Paternidade: Relação Biológica E Afetiva,** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FÁVERI, Marlene de; TANAKA, Teresa Adami. **Divorciados, na forma da lei: discursos jurídicos nas ações judiciais de divórcio em Florianópolis (1977 a 1985).** Revista Estudos Feministas, Florianópolis, 2010. Artigos. Disponível em: <https://scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2010000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 03 de jun. de 2020.

FERNANDES, Alexandre Cortez. **Direito Civil: Direito de Família.** 1. Ed. Caxias do Sul: EDUCS, 2015.

FONSECA, THALUANE. **Princípios constitucionais e direitos fundamentais correlacionados ao direito de família.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2010. 172 f.

FRANÇA, Kelli Cristina Lira de. **Direitos da Personalidade: uma análise acerca da concretização da tutela constitucional.** Dissertação (Mestrado em Constituição e Garantia de Direitos) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2012. 157 f.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e literatura: anatomia de um desencanto.** Curitiba: Juruá, 2002, p. 158.

GOLDSTEIN, Ilana Seltzer. **O Brasil best seller de Jorge Amado.** São Paulo: SENAC, 2003.

MARIANO, Ana Beatriz Paraná. **As Mudanças No Modelo Familiar Tradicional E O Afeto Como Pilar De Sustentação Destas Novas Entidades Familiares.** Joinville: Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. UFSC. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/as_mudancas_no_modelo_familiar_tradicional_e_o_afeto.pdf>. Acesso em 03 de jun. de 2020.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil: Famílias. De Acordo Com O Estatuto Da Pessoa Com Deficiência (Lei 13.146/15).** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2017.

MESSAGGI, Ricardo Reis; PARODI, Ana Cecilia; PROPP, Carlyle. **O Direito de Família a Partir da Literatura Brasileira, nos Contos de Nelson Rodrigues.** Revista de Ciências Jurídicas, Curitiba 02 de jul. de 2015. Artigos. Disponível em: <<https://revista.pgsskroton.com/index.php/juridicas/article/view/834>>. Acesso em: 03 de jun. de 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Ampliando os direitos da personalidade**. Revista de Saúde Pública, v. 41, n. 5, 2007.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. **O Estudo Do Direito Através Da Literatura**. Tubarão: Studium, 2005.

PERROT, Michelle. **O nó e o ninho**. in HARAZIM, D. (org.) *Veja 25 anos - Reflexões para o futuro*. São Paulo: Ed. Abril, 1993. pp. 74-81.

PIMENTEL, Silva. **Evolução dos direitos da mulher**. Norma-fato-valor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

SCHWARTZ, G. **A constituição, a literatura e o direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TEPEDINO, G. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. **A Tutela da Personalidade no ordenamento civil-constitucional**, in: *Temas de direito civil*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLELA, João Baptista. **As novas relações de família**. Anais da XV Conferência Nacional da OAB. Foz do Iguaçu, set. 1994, p. 645.

SEVERANCE: LIBERDADE COGNITIVA, INTEGRIDADE, PRIVACIDADE MENTAL E A EMERGÊNCIA DOS NEURODIREITOS

Raissa Arantes Tobbin

Universidade Cesumar (UniCesumar), Paraná.
tobbinraissa@hotmail.com

Valéria Silva Galdino Cardin

Universidade Estadual de Maringá (UEM), Paraná.
valeria@galdino.adv.br

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a série *Severance* sob a perspectiva dos neurodireitos, sobretudo à liberdade cognitiva, à integridade e à privacidade mental. Para tanto, a pesquisa utilizou o método hipotético-dedutivo, fundamentado em obras, artigos de periódicos, legislação, doutrina, notícias e *reviews* acerca da primeira temporada da série. Como resultado, verifica-se que hoje já é possível auferir dados pessoais que permitem o controle da produtividade e do desempenho em ambiente laboral por meio de tecnologias vestíveis e tecnologia incorporada. A possibilidade de interferência em questões que envolvam a liberdade cognitiva e a integridade e a privacidade mentais do indivíduo deve ser analisada sob a perspectiva dos neurodireitos. Embora ainda distante e utópica, *Severance* aborda questões que devem ser discutidas quanto aos limites éticos e jurídicos da utilização da tecnologia para fins de controle, vigilância, servibilidade e expressão/manutenção da identidade.

Palavras-chave: Direito à Privacidade; Direitos da Personalidade; Inteligência Artificial; Neurodireitos; Tecnologias Vestíveis; Tecnologia Incorporada.

Severance: cognitive freedom, integrity, mental privacy and the emergency of neurorights

Abstract: The work aims to analyze the *Severance* series from the perspective of neurorights, it mainly presents cognitive freedom, privacy and mental privacy. Therefore, the research used the hypothetical-deductive method, based on works, journal articles, legislation, doctrine, news and reviews about the first season of the series. As a result, it appears that today it is possible to injure personal data that allow the control of productivity and performance in the work environment through wearable technologies and internal technology. The possibility of interference in issues involving cognitive freedom and the individual's perspective and privacy must be in the form of neurorights. Although distant and utopian, *Severance* addresses issues that must still be considered regarding the limits and legal use of technology for purposes of control, surveillance, serviceability and expression/maintenance of identity.

Keywords: Right to Privacy; Personality Rights; Artificial Intelligence; Neurorights; Wearable Technologies; Embedded Technology.

Severance: libertad cognitiva, integridad, privacidad mental y la emergencia de los neuroderechos

Resumen: El trabajo tiene como objetivo analizar la serie *Severance* desde la perspectiva de los neuroderechos, presentando principalmente la libertad, la privacidad y la privacidad mental. Por lo tanto, la investigación utilizó el método hipotético-deductivo, a partir de trabajos, artículos de revistas, legislación, doctrina, noticias y reseñas sobre la primera temporada de la serie. Como

resultado, parece que hoy en día es posible lesionar datos personales que permiten el control de la productividad y el desempeño en el ambiente de trabajo a través de tecnologías portátiles y tecnología interna. La posibilidad de injerencia en cuestiones que involucren la libertad cognitiva y la perspectiva y privacidad del individuo debe tomar la forma de neuroderechos. Aunque distante y utópico, *Severance* aborda cuestiones que aún deben considerarse con respecto a los límites y el uso legal de la tecnología para fines de control, vigilancia, servicio y expresión/mantenimiento de la identidad.

Palabras-clave: Derecho a la privacidad; Inteligencia artificial; Neuroderechos; Tecnologías portátiles; Tecnología Integrada.

INTRODUÇÃO

Com a evolução da ciência e dos dispositivos tecnológicos emergem questões quanto ao acesso a estados mentais e eventual possibilidade de controle de pensamentos, sentimentos e emoções, especialmente tendo em vista que inovações podem contornar doenças incuráveis e distúrbios mentais e neurológicos.

A problemática é que o controle acerca do corpo e da saúde representam hoje ideais de vida e são cruciais para a lógica neoliberal fundamentada na utilização da tecnologia e da inteligência artificial para fins de vigilância, auferir produtividade e melhorar o desempenho.

O presente trabalho tem por objetivo analisar o contexto delineado na primeira temporada da série *Severance* sob a perspectiva dos neurodireitos, sobretudo à liberdade cognitiva, à integridade e à privacidade mental. A série é ambientada em um contexto fictício em que é possível realizar um procedimento de separação de memórias. Assim, vida pessoal e vida laboral não mais se confundem, sendo possível que o indivíduo subjugue parte de sua consciência, terceirizando atividades penosas e desagradáveis para um outro “eu”.

Portanto, a narrativa levanta questões relacionadas à personalidade, à identidade, à privacidade, à consciência cognitiva e possibilidade de interferência em estados mentais, cenário que, embora utópico, deve ser analisado considerando os neurodireitos. Para tanto, a pesquisa utilizou o método hipotético-dedutivo, fundamentado em obras, artigos de periódicos, legislação, doutrina, notícias e *reviews* acerca da primeira temporada da série.

Embora a premissa de separação de memórias da série ainda esteja longe de se concretizar, o trabalho também apresenta hipótese de utilização de tecnologias vestíveis (*wearables*) e tecnologia incorporada para fins coleta de dados que podem representar controle da produtividade e do desempenho.

A possibilidade de interferência em questões que envolvam a liberdade cognitiva e a integridade e a privacidade mentais do indivíduo deve ser analisada sob a perspectiva dos neurodireitos. Embora ainda distante e utópica, *Severance* aborda questões que devem ser discutidas quanto aos limites éticos e jurídicos da utilização da tecnologia para fins de controle, vigilância, servibilidade e expressão/manutenção da identidade.

1 SEVERANCE E O PROCEDIMENTO DE SEPARAÇÃO DE MEMÓRIAS

Severance é uma série de ficção científica, com estreia em 2022, disponível na *Apple TV+*, criada por Dan Erickson e produzida e em parte dirigida por Ben Stiller. Mark (Adam Scott), o personagem principal, trabalha em um escritório minimalista, com divisórias brancas,

mesas vazias e sem janelas, junto com Irving (John Turturro), Dylan (Zack Cherry) e Helly (Britt Lower) nas Indústrias Lumon, sendo supervisionados por Harmony Cobel (Patricia Arquette).

O grupo se submeteu a um procedimento cirúrgico, por meio da implantação de um *chip*, que dividiu suas memórias em “compartimentos”, um para a vida profissional e outro para a vida pessoal. Ao entrar no elevador os empregados esquecem como é a vida fora do trabalho¹. Se possuem família, amigos, *hobbies* etc. Enquanto fora do trabalho não se lembram de nada do que acontece durante a jornada laboral (CARNEIRO, 2022, online).

O triunfo da empresa é propagar a ideia de que é possível separar vida pessoal da vida no trabalho, tornando esta mais leve e a atividade laboral mais eficiente, já que os empregados não mais necessitam lidar com questões concernentes a possíveis desequilíbrios emocionais e problemas no trabalho não tomariam mais contornos desnecessários na vida pessoal.

A proposta das Indústrias Lumon poderia ter tentadora para muitos: não é mais necessário ter que balancear trabalho com vida pessoal, adeus à possibilidade de trazer estresse do trabalho para casa e ao medo/desânimo com a chegada da segunda-feira (PONIEWOZIK, 2022, online).

Há certo comportamento evitativo em relação a ter que lidar com as situações desagradáveis da vida. Mark, o personagem principal, se submeteu à separação logo após perder a companheira em um acidente de carro. Seu “externo” acredita que o procedimento auxiliou no gerenciamento de suas emoções e na manutenção da vida laboral após a tragédia, já que durante o trabalho ele não se recorda do trágico acontecimento.

Portanto, a produtividade das empresas também poderia aumentar se os funcionários conseguissem se desligar dos problemas pessoais (MARTÍNEZ, 2022, online). O problema é que a separação não funciona, pelo menos não como deveria. Os funcionários do MDR (*macrodata refinement department*²) das Indústrias Lumon não permanecem mais motivados ou focados no trabalho, pelo contrário, estão frustrados, desvinculados e gostariam de saber como é sua vida fora da empresa³⁻⁴ (BROOKE, 2022, online; PONIEWOZIK, 2020, online).

Embora respeitada, paira sobre as Indústrias Lumon uma aura de mistério e um contexto de projetos confidenciais e segretos, que também motivariam a separação de memórias GIT-TELL (2022). Na primeira temporada, a empresa descobre que um ex-funcionário teria conseguido reverter o procedimento de separação, o que poderia revelar segredos internos (CARNEIRO, 2022, online).

Um dos mistérios da série é com o que exatamente os funcionários da Lumon, bem como a importância/utilidade de cada um dos seus departamentos. Ao longo da primeira temporada os empregados somente executam tarefas sem sentido em computadores, com recompensas triviais (BROOKER, 2022, online).

Com o tempo, os funcionários começam a questionar quais seriam as reais intenções das forças que moldam suas vidas. Aos olhos do espectador é nítido que a Lumon promove experimentos com o intuito de desorientar e alienar os trabalhadores quanto ao tempo e espaço. Eles não têm ideia de onde estão ou da contagem do tempo ou anos. A sensação é de atemporalidade,

¹ A série discute questões ligadas à Neurociência e à Psicologia quanto ao funcionamento do cérebro como um órgão unificado ou ramificado, separado em uma série de estruturas e que poderiam ser remodeladas, bem como a coerência entre ações e sentimentos e se o “eu” não seria uma ilusão (BROOKER, 2022, online).

² Tradução livre: Departamento de Refinamento de Macrodados.

³ Analogia psicanalítica: o inconsciente, quanto mais ignorado, mais forte se fará sentir e o sucesso na carreira não é capaz de compensar o desajuste e o esgotamento (BROOKE, 2022, online).

⁴ Para Poniewozik (2022, online) a série combina humor com uma perspectiva Orwelliana do ambiente de trabalho e de seus efeitos na psique humana.

com a combinação de tempos diferentes, “não estamos na Lumon, mas ainda estamos na Lumon” (VINCENTELLI, 2022, online).

A personagem Helly (Britt Lower) é a primeira que tenta escapar da Lumon, mas todas as suas tentativas são frustradas porque a segurança do local é no sentido de garantir que nenhuma informação dos “internos” chegue aos seus “externos”. A personagem tenta cometer suicídio nas dependências da empresa, mas é impedida a tempo em razão da vigilância constante (VINCENTELLI, 2022, online).

Ao longo dos episódios, os personagens dão início a um plano que tem por objetivo conectar seus “internos” aos seus “externos”, de modo que possam assumir novamente o controle total de sua consciência e vida, conectando novamente vida pessoal com a vida laboral. A tentativa é, aparentemente, bem-sucedida, de modo que os “internos”, em contato com o mundo fora das Indústrias Lumon, começam a compreender todo um cenário antiético de manipulação, segredos e intenções meramente monetárias que é orquestrado pela empresa sob a perspectiva de inovação e ampliação de capacidades humanas cognitivas.

Nos nove primeiros episódios, a série abordou a separação de memórias da vida pessoa e profissional, mas espera-se que as próximas temporadas explorem outras facetas da vida humana em que esta dinâmica poderia ser explorada (perspectiva de terceirizar para outras versões de si mesmo tarefas desagradáveis) (PONIEWOZIK, 2022, online).

2 UTILIZAÇÃO DE TECNOLOGIAS VESTÍVEIS E TECNOLOGIA INCORPORADA PARA FINS DE CONTROLE DA PRODUTIVIDADE E DO DESEMPENHO

Em *Severance*, o *chip* de separação é implantado em áreas importantes do cérebro que, provavelmente, nos próximos 10, 20 e 100 anos serão exploradas para conceder capacidade de controlar a memória.

A pergunta central de *Severance* ao espectador é: “Dado um incentivo, você subjugaria a si mesmo, terceirizando seu trabalho penoso para outro você?”⁵ (PONIEWOZIK, 2022, online). Logo, uma das questões levantadas pela série é exatamente a possibilidade de abuso corporativo de técnicas que visem somente aumentar a produtividade e o desempenho laboral, sem medir consequências que estes experimentos poderiam representar para a personalidade, a identidade, a privacidade e a autonomia das pessoas.

Atualmente, grandes centros acadêmicos, de neurociências e neurocirurgias são capazes de implantar microcateteres no cérebro e ajustar funções, como movimentos e tremores, por meio de pulsos elétricos. Como exemplo do que já é possível fazer em termos de neurociência, cita-se Juliano Pinto, atleta paraplégico, que disputou a Copa do Mundo de 2014, e participou da cerimônia inicial utilizando um traje robótico controlado por seu cérebro (MASS, 2022).

Na Europa, o *biohacking* e experimentos de conexão com máquinas existem pelo menos desde a década de 1990, por meio de *startups* vinculadas a laboratórios de universidades como a Cambridge, a Karolinska em Estocolmo, e a Freiburg, na Alemanha (MARINHO, 2020).

⁵ Dan Erikson, criador e principal roteirista da série, trabalhou em escritórios de várias empresas multinacionais antes de iniciar uma carreira na indústria do entretenimento. “Vivi um período traumático, mas me culpava porque pensava que deveria estar feliz por ter um emprego”. “É estranho pensar que naquela época eu gostaria de deixar de existir por pelo menos um terço do meu dia” (MARTÍNEZ, 2022, online).

A empresa *BIOS* tem por objetivo utilizar implantes para devolver a atividade cerebral em casos de doenças ocasionadas pela falha de comunicação entre o cérebro e outros órgãos, por meio de implantes que extraem dados cerebrais. Em 2018, uma parceria com a *Nvidia Corporations* foi estabelecida para desenvolver interfaces neurais que possibilitariam que dispositivos externos se comunicassem diretamente com o sistema nervoso. Como explicam seus fundadores, a tecnologia seria como uma “porta *USB*” para captar o código neural de cada pessoa. Com a inteligência artificial e técnicas de *big data* seria possível encontrar linguagens subjacentes (MARINHO, 2020).

A *startup* alemã *CereGate*, fundada em 2019, obteve investimentos após primeiros resultados com mais de 15 pacientes acerca de estimulação cerebral profunda, mediante a implantação de um *hardware* no cérebro e na medula espinhal. A empresa também possui um *software* que é capaz de enviar impulsos elétricos, interpretando a atividade neural e “escrevendo” informações no cérebro do paciente (MARINHO, 2020).

A promessa para o futuro da empresa *Neuralink* é, em termos gerais, conectar cérebros humanos com computadores e curar, por meio de estímulos elétricos, doenças como a perda de memória, visão ou movimentos, audição, dores crônicas, convulsões, depressão, insônia, ansiedade e vícios. Contudo, os resultados apresentados foram tímidos, com respostas sensoriais apenas em porcos, em comparação com o grande investimento até o presente momento (DUARTE, 2020). Conforme Gangadharbatla (2020) dispositivos tecnológicos incorporados ao corpo humano são diferentes das tecnologias vestíveis, sobretudo em razão do maior risco associado à adoção e à utilização de implantes.

As tecnologias vestíveis fazem parte do ramo da Internet das Coisas (do inglês *Internet of Things* - IoT) e são dispositivos tecnológicos que podem ser acoplados ao corpo humano (relógios, pulseiras, joias e tecidos inteligentes) para medir sinais fisiológicos, tais como: batimentos cardíacos, pressão arterial, qualidade de sono, calorías perdidas, ciclo menstrual, saturação do oxigênio e monitorar sintomas de pacientes pela via remota.

São muito utilizadas na área da saúde e dos esportes de alta performance, mas o seu uso também pode se dar para fins de acompanhamento da produtividade e otimização de tarefas, sendo considerados objetivos pessoais que agregam tecnologia, moda e *design*. Estes dispositivos coletam dados pessoais, que são mostrados por meio de uma interface e transmitidos para outros dispositivos e para os bancos de dados da empresa fabricante (ex: *FitBit*, *Apple*, *Google* etc.) (TOBBIN; CARDIN, 2021).

A tecnologia incorporada envolve uma interação mais profunda com o corpo humano, que pode se dar por meio cirúrgico ou mediante implantes com *chips* sob a pele, e tem a capacidade de coletar mais dados pessoais do que *smartwatches*, tecidos inteligentes e *smartphones*, o que também pode representar maior risco em relação a questões quanto à privacidade. Na Suécia, por exemplo, algumas empresas já utilizam a implementação de *chips* em funcionários para substituir cartões, abrir portas, operar máquinas etc. Por meio destes dispositivos também é possível auferir dados sobre a produtividade (UOL, 2017; PETERSÉN, 2019).

O trabalho pontuou que hoje já é possível utilizar tecnologias vestíveis e tecnologia incorporada para fins de coleta de dados pessoais e controle da produtividade e do desempenho e que qualquer possibilidade de acesso a dados que possam auferir estados mentais ou procedimentos que permitam a interferência na liberdade cognitiva, na privacidade, integridade mental exige o contraponto de proteção legislativa compatível, sobretudo sob o ponto de vista da neurociência.

3 LIBERDADE COGNITIVA, INTEGRIDADE E PRIVACIDADE MENTAL: A EMERGÊNCIA DOS NEURODIREITOS

A série surge em um momento em que muitos trabalhadores ao redor do mundo foram separados de seus locais de trabalho por aproximadamente dois anos, tendo em vista o contexto pandêmico provocado pela COVID-19 e muitos ainda não retornaram ou há previsão de que isso ocorra. Na visão de Poniewozik (2022, online) *Severance* levanta questões importantes em tempos de *Great Resignation*⁶.

A ideia de enviar um “*doppelganger*” para o escritório para cumprir oito horas diárias possui certo apelo. Na distopia apresentada por *Severance* os funcionários da Lumon voluntariamente escolheram se submeter ao procedimento de separação de memórias por meio de implante cerebral. Nesse aspecto, é superada a dor de ter que abandonar o conforto do lar para se submeter à rotina de trabalho corporativo (BROOKER, 2022, online).

A série também aborda temas como equilíbrio vida-trabalho, limites psicológicos e identidade, uma vez que os “internos” não possuem qualquer contato com seus “externos”⁷. Uma das problemáticas levantas é exatamente a coerência entre os desejos e aspirações futuras dos empregados diante de suas versões inacessíveis fora deste ambiente e a eventual intenção de reverter o procedimento – pedido que na série tende a ser sumariamente rejeitado, uma vez que os “externos” acreditam que os “internos” estão satisfeitos (BROOKER, 2022, online).

Nas Indústrias Lumon, os funcionários problemáticos passam por sessões com uma conselheira de “bem-estar” (Dichen Lachman), que os acalma com curiosidades reconfortantes acerca de como é a vida fora da empresa e pequenas vantagens como sessões de dança de cinco minutos ou “festas de waffles”, mediadas pelo assustadoramente alegre representante do RH, Sr. Milchich (Tramell Tillman), quando finalizam metas e tarefas (PONIEWOZIK, 2022, online).

Podem ser apontados como dilemas morais na série o fato de que os funcionários recebem orientação dentro da empresa e prevalece a ideia de que existem tarefas que precisam ser feitas e devem ser simplesmente seguidas, sem maiores explicações, ressalvas ou questionamentos⁸ (VINCENTELLI, 2022, online).

⁶ Tradução livre: Grande Demissão. Também conhecida como *Big Quit*, é uma tendência econômica mundial de pedido de demissão em massa de funcionários, que teve início em 2021, após a pandemia da COVID-19, sobretudo nos Estados Unidos. Conforme Parker e Horowitz (2022, online) 63% dos trabalhadores que pediram demissão em 2021 alegaram receber baixos salários; falta de oportunidades de crescimento dentro da empresa (63%) e que se sentiam desrespeitados no local de trabalho (57%). Cerca de metade dos trabalhadores alegou que problemas com cuidados infantis teria sido uma das razões para que deixassem o emprego (48% entre os com um filho menor de 18 anos em casa). Parcela semelhante aponta a falta de flexibilidade dos horários de trabalho (45%) ou não ter bons benefícios, como plano de saúde e folga remunerada (43%). Cerca de 4 em cada 10 adultos que deixaram um emprego em 2021 (39%) dizem que o motivo é que estavam trabalhando muitas horas. Cerca de um terço (35%) cita o desejo de se mudar para um local diferente. 31% dos entrevistados afirmou que os motivos para deixar o emprego estavam relacionados às repercussões e consequências da pandemia da COVID-19. Homens e mulheres apresentaram motivos semelhantes para deixar um emprego em 2021, mas há diferenças significativas por nível educacional. Os empregados sem diploma universitário (34%) são mais propensos a pedirem demissão do que os que possuem diploma de bacharel ou nível de educação mais elevado (21%).

⁷ Para Brooker (2022, online) a série apresenta uma metáfora exagerada de como as pessoas se comportam na vida real, já que tendem a adotar diferentes *personas* em situações sociais, especialmente em ambientes sob pressão. É possível que um introvertido haja como extrovertido no escritório se perceber que é uma demanda laboral. Questão debatida por pesquisas científicas na área da Psicologia é se esse comportamento fora do personagem seria saudável e adaptativo ou prejudicial e com foco em expectativas externas desproporcionais.

⁸ *Severance* também reproduz devoção aos fundadores, promovida em algumas empresas, no caso da série, Kier Eagan.

Outra questão é que com a desconexão entre os “internos” e os “externos”, qualquer cenário pode ser noticiado, manipulado, projetado e incentivado. Os empregados passam a ser o que foram criados para ser. Em tese, qualquer informação recebida passa a ser verdadeira.

Quanto à possibilidade de acesso/controle de estados mentais diante do desenvolvimento tecnológico, Astobiza *et al.* (2019) compreendem que é necessário alargar o quadro de direitos humanos para incluir os neuro-direitos e continuar a proteger as liberdades e direitos fundamentais diante do avanço tecnológico e da neurotecnologia. Os autores entendem que são também fundamentais maiores análises acerca das implicações neuroéticas das tecnologias emergentes que utilizam algoritmos e estratégias de *design*, para a promoção de dispositivos e sistemas voltados ao ser humano, compreensíveis, transparentes, previsíveis e controláveis.

Ienca e Andorno (2017) defendem a criação de novos direitos humanos, os neuro-direitos, uma vez que com o avanço da neurotecnologia a liberdade humana, sua mente e/ou consciência poderiam estar sob perigo⁹, tendo em vista o acesso e a possibilidade de manipulação de estados mentais.

Seriam neuro-direitos: a) a liberdade cognitiva – direito e decisões livres e competentes quanto ao uso de interfaces cérebro-máquina e o direito contra manipulações de estados mentais pelo Estado, pelas corporações e empresas; b) a privacidade mental – direito de proteção contra o acesso não autorizado a dados cerebrais; c) a integridade mental – inclusão do direito à não manipulação da atividade mental por neurotecnologias no âmbito de proteção da saúde mental, que também deve ser expandido; d) a continuidade da identidade pessoal e da vida mental – proteção contra alterações por terceiros na continuidade da identidade pessoal e vida mental (IENCA; ANDORNO, 2017; ASTOBIZA *et al.*, 2019).

Os neuro-direitos têm sido alvo de discussão de uma atual reforma constitucional no Chile, tendo por objetivo assegurar a ideia de preservação da integridade física e psíquica do indivíduo, na tentativa de coibir que autoridades ou terceiros possam, por meio de tecnologia, aumentar, diminuir ou perturbar tal integridade individual sem o devido consentimento. O projeto já foi aprovado pelo Senado por unanimidade e está pendente de tramitação perante a Câmara dos Deputados para se tornar realidade incorporada à Constituição chilena (AFP, 2021).

Já pesquisadores como Zúñiga-Fajuri *et al.* (2021) criticam tentativas legislativas como a do Chile. Para os autores, regulamentar a tecnologia, sobretudo quando tão incipiente, apresenta desafios em muitos níveis. Seria fundamental ter prudência e cuidado para evitar consequências imprevistas, com o condão de inibir pesquisas e dificultar o financiamento de projetos científicos que envolvam neurociência, sendo essencial que a discussão ocorra primeiro por meio de normativas e regulamento técnico nas áreas de tecnologia e saúde, uma vez que a evolução dos direitos humanos e fundamentais já existentes seria capaz de proteger o ser humano de cenários que envolvam limites éticos quanto à neurotecnologia.

Destaca-se que, no Brasil, a tutela da privacidade e da integridade física são direitos fundamentais e de personalidade, com previsão na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2022. A personalidade representa o conjunto de características únicas do indivíduo e inerentes à pessoa humana. É por meio da personalidade que o indivíduo pode adquirir e defender seus bens e direitos como a vida, a honra, a liberdade etc. (SZANIAWSKI, 2002; TOBBIN; CARDIN, 2021). Portanto, diz respeito a características pessoais do indivíduo, sua visão sobre o mundo e sua vida sob o ponto de vista subjetivo e individualizado. É o conjunto de padrões, pensamentos e autopercepção que distinguem a pessoa das demais que a cercam. A expressão da personalidade

⁹ Para Byoung Chul-Han (2020) o panóptico digital compreendeu que o corpo humano é limitado. Portanto, a coercibilidade deve ser realizada pelo domínio afável e voluntário das mentes, que podem ser otimizadas e a aprimoradas.

reclama liberdade e possibilidade de aceitação de pensamentos, opiniões, ações e estilo de vida diversos.

Os direitos da personalidade são direitos sem os quais a vida da pessoa restaria engessada e, conseqüentemente, insuportável. De nada adiantaria proteger outros direitos se os de personalidade não fossem concebidos, tutelados e assegurados.

Na visão de Borges (2007) o objetivo dos direitos da personalidade é a proteção física e/ou psíquica da pessoa, bem como de suas características mais importantes. Tais direitos protegem a essência do indivíduo e os seus bens e valores determinantes. Para Tepedino (2004) os direitos de personalidade são os essenciais à tutela da pessoa humana, considerando a proteção da sua dignidade e integridade. Os direitos da personalidade, portanto, protegem o que o ser humano possui de mais ímpar, suas características individuais, que não subsistem diante de imposições arbitrárias ou desrespeito aos limites de interferência na esfera individual, bem como diante de ofensa à sua integridade, seja física ou mental.

Conforme Bittar (1999, p. 64) os direitos da personalidade qualificam-se a partir de “caracteres bem definidos, tratando-se de direitos inatos, absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*”. São os direitos da pessoa considerada em si mesma e anteriores ao Estado. Como bem observa de Cupis (1967, p. 17) existem certos direitos sem os quais a personalidade “restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo”. Isto é, caso não existissem, o indivíduo não existiria como tal. São, portanto, direitos essenciais.

Os direitos da personalidade são direitos sem os quais a vida da pessoa restaria engessada e, conseqüentemente, insuportável. De nada adiantaria proteger outros direitos se os de personalidade não fossem concebidos, tutelados e assegurados.

Para Zanini *et al.* (2018, p. 219) os direitos da personalidade seriam, sobretudo, direitos privados, enquanto os direitos fundamentais se encontrariam no âmbito do direito público. Os autores pontuam que a dicotomia entre os direitos público e privado hodiernamente só se mostra importante para fins didáticos, de modo que, na prática, tal distinção perde seu valor. Quando “uma visão unitária da pessoa humana for imprescindível para a solução do problema posto, então é manifesta a superação da setorização, já que a dignidade da pessoa humana é a pedra angular do sistema jurídico e não só da seara pública ou privada”.

No Brasil, o Código Civil de 2002 menciona em seu art. 2º que a personalidade civil da pessoa começa com o seu nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, “desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Os direitos da personalidade são tratados em capítulo próprio pelo mencionado Código (Capítulo II), entre os arts. 11 e 21. Segundo o diploma legal, os direitos da personalidade são intransferíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária (art. 11, CC/02). Além disso, é possível exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direitos da personalidade, bem como reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas no ordenamento jurídico. Em relação às pessoas falecidas, o cônjuge sobrevivente ou os parentes em linha reta, ou colateral até o quarto grau possuem legitimidade para requerer tais medidas (art. 12 e parágrafo único, CC/02) (BRASIL, 2002; TOBBIN; CARDIN, 2021).

O Código Civil disciplina a disposição do próprio corpo e a integridade física, cita a possibilidade de transplantes e a disposição deste corpo para fins científicos após a morte, de forma altruísta, afirmando também que ninguém deve ser constrangido a se submeter a tratamento ou intervenção cirúrgica se há risco de vida. O Código Civil afirma que salvo por exigência médica,

é defeso o ato de disposição do próprio corpo quando este importar em diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes, admitindo tal contexto para fins de transplante, na forma estabelecida por lei especial (art. 13 e parágrafo único, CC/02).

Observa-se que o Código se preocupa com questões diretamente ligadas à vida e à sua manutenção, bem como concedeu liberdade e autonomia para o indivíduo em situações que passam a exigir o seu consentimento. O *codex* se atenta a questões éticas e tenta coibir práticas de coisificação e objetificação do ser humano, especialmente para fins econômicos. São direitos da personalidade expressamente pontuados pelo Código o direito ao nome, a imagem, a honra, a boa fama e a vida privada (arts. 16 ao 21, CC/02). Contudo, autores como Szaniawski (2002), Moraes (2002) e Tepedino (2006)¹⁰ compreendem que o rol de direitos da personalidade disposto no Código Civil não é taxativo, de forma que outros direitos, não contemplados pelo *codex*, também são fundamentais para o desenvolvimento da personalidade humana, sobretudo diante da evolução social e da dificuldade de o Direito acompanhar e regular todas as esferas e temáticas da ordem social ao tempo que estas são identificadas e reconhecidas.

No Brasil, alguns autores compreendem que a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal¹¹, anunciada como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, seria a cláusula geral de proteção da personalidade, protegendo o ser em sua totalidade em face de situações que implicassem ofensa a sua individualidade, cuja tutela é essencial para o desenvolvimento da personalidade (SZANIAWSKI, 2002; TOBBIN; CARDIN, 2021).

Para a tutela da dignidade da pessoa humana seria necessária uma série de garantias e de direitos que lhe concebessem um ideal de vida digna, um conjunto de fatores que lhe proporcionassem um mínimo capaz de balizar uma existência que pudesse ser considerada digna, sob diversos aspectos (políticos, sociais, econômicos, educacionais, individuais etc.). Para Maria Benice Dias (2016) a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica brasileira, de modo que houve uma escolha expressa pela pessoa e pela realização de sua personalidade, em detrimento do patrimônio. Tal fenômeno propiciou a despatriomonalização e a personalização dos institutos jurídicos, já que passaram a ter como centro de proteção a pessoa humana.

Em *Severance*, a privacidade, a autonomia e a integridade física e psíquica das pessoas (aspectos fundamentais da personalidade do indivíduo) são afetadas e manipuladas pelos idealizadores do experimento, de modo que a dignidade humanas dos personagens é amplamente comprometida diante da desconexão mental e identitária e subjugação ao interesse corporativo.

CONCLUSÃO

Para além da ficção, *Severance* faz analogias com problemáticas atuais importantes: balanceamento da vida laboral com a vida pessoal, produtividade e desempenho na pós-modernidade e os limites éticos e jurídicos para a utilização e desenvolvimento de tecnologias que tenham

¹⁰ “[...] a proteção da personalidade não se esgota nos artigos 11 a 21 do Código Civil, existindo, na linha de Gustavo Tepedino, uma verdadeira cláusula geral de tutela da personalidade, uma vez que não se demonstra possível, muito menos viável, prever todos os direitos da personalidade” (JABORANDY; GOLDHAR, 2018, p. 486-487).

¹¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

por objetivo coletar dados sobre estados mentais e, no caso utópico da série, dividir memórias em “compartimentos” conforme a conveniência e vontade da ótica capitalista neoliberal.

Severance apresenta contexto que sugere repercussões: i) na liberdade cognitiva, ou seja, no direito a tomar decisões livres e contra manipulações de estados mentais por corporações e pelo Estado; ii) na privacidade mental, isto é, no direito à proteção contra o acesso sem autorização a dados cerebrais; iii) na integridade mental – direito a não manipulação da atividade mental por neurotecnologias; iv) na continuidade da identidade pessoa e vida mental – que visa proteger o indivíduo de alterações por terceiros quanto a esses aspectos¹².

O trabalho pontuou que hoje já é possível utilizar tecnologias vestíveis e tecnologia incorporada para fins de coleta de dados pessoais e controle da produtividade e do desempenho e que qualquer possibilidade de acesso a dados que possam auferir estados mentais ou procedimentos que permitam a interferência na liberdade cognitiva, na privacidade, integridade mental exige o contraponto de proteção legislativa compatível, sobretudo sob o ponto de vista da neurociência.

A pesquisa demonstrou que muitos estudiosos defendem a criação de novos direitos (neurodireitos) para a proteção do indivíduo diante dessas perspectivas, como ocorre atualmente no Chile, tendo em vista a discussão quanto aos neurodireitos em sede de convocação constituinte. Outros criticam a tentativa de regulação em searas que envolvam perspectivas de neurociência, pelo menos por enquanto, e que bastaria a evolução de conceitos e abrangência de direitos já existentes para a proteção adequada da pessoa diante do desenvolvimento tecnológico e da neurotecnologia (ex: direito à privacidade, direito à integridade etc.).

Com o desenvolvimento, mesmo que experimental, de dispositivos tecnológicos que tenham por objetivo acessar e controlar a mente humana, discussões éticas quanto à vigilância excessiva, a servilidade e expressão/manutenção da identidade e sua repercussão na personalidade do indivíduo devem ser fomentadas com o intuito de proteger a integridade de interesses meramente mercantilistas.

Questiona-se se no futuro o cidadão terá grande possibilidade de escolha para aderir ou não a dispositivos tecnológicos de vigilância, principalmente em um cenário de grandes benefícios para os que rapidamente aceitam tais conjunturas. Uma das consequências deste contexto seria o próprio engessamento da personalidade do indivíduo que se julgou livre por meio deste capitalismo de vigilância neoliberal e a aceitação cada vez menor de condutas discrepantes com a ótica de trabalho e rendimento.

REFERÊNCIAS

AFP. Neurodireitos, a aposta pioneira do Chile para legislar o futuro. **Estado de Minas Gerais**, 28 abr. 2021. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2021/04/28/interna_internacional,1261422/neurodireitos-a-aposta-pioneira-do-chile-para-legislar-o-futuro.shtml. Acesso em: 4 maio 2022.

¹² ASTOBIZA, Aníbal Monasterio *et al.* Traducir el pensamiento en acción: Interfaces cerebro-máquina y el problema ético de la agencia. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 46, 2019. Disponível em: [Disponível em: https://revistas.ub.edu/index.php/RBD/article/view/26862](https://revistas.ub.edu/index.php/RBD/article/view/26862). Acesso em: 4 maio 2022.

ASTOBIZA, Aníbal Monasterio *et al.* Traducir el pensamiento en acción: Interfaces cerebro-máquina y el problema ético de la agencia. **Revista de Bioética y Derecho**, n. 46, 2019. Disponível em: Disponível em: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/26862>. Acesso em: 4 maio 2022.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, p. 63-70, jul./set. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/504/r143-07.PDF?sequence=4>. Acesso em: 5 abr. 2021.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos da personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 4 maio 2022.

BROOKER, Matthew. How Severed Is Your Workplace Personality? **The Washington Post**, 25 abr. 2022. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/business/how-severed-is-your-workplace-personality/2022/04/22/d97c8906-c2a0-11ec-b5df-1fba61a66c75_story.html. Acesso em: 4 maio 2022.

CARNEIRO, Raquel. Série ‘Severance’ mira ‘The Office’ e acerta ‘Black Mirror’. **Veja**, 18 fev. 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/veja-recomenda/serie-severance-mira-the-office-e-acerta-black-mirror/>. Acesso em: 12 maio 2022.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução: Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: [s. n.], 1961.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GANGADHARBATLA, Harsha. Biohacking: An exploratory study to understand the factors influencing the adoption of embedded technologies within the human body. **Heliyon**, v. 6, n. 5, e03931, maio 2020. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2405844020307763>. Acesso em: 4 maio 2022.

GITTELL, Noah. How Severance became our favourite new mystery box TV show. **The Guardian**, 29 mar. 2022. Disponível em: <https://www.theguardian.com/tv-and-radio/2022/mar/29/severance-new-mystery-box-tv-show-review>. Acesso em: 18 maio 2022.

HAN, Byoung-Chul. **Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. Veneza: Âyiné, 2020.

IENCA, Marcello; ANDORNO, Roberto. Towards new human rights in the age of neuroscience and neurotechnology. **Life Sciences, Society and Policy**, v. 13, n. 1, 2017. Disponível em: <https://lssjournal.biomedcentral.com/articles/10.1186/s40504-017-0050-1>. Acesso em: 4 maio 2022.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado; GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. A repersonalização do direito civil a partir do princípio da fraternidade: um novo enfoque para tutela da personalidade na contemporaneidade. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 18, n. 2, p.

481-502, maio/ago. 2018. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6267>. Acesso em: 1 out. 2021.

MAAS, Jennifer. Apple's 'Severance' Neurosurgery Consultant Says We're 'Not Far Off' From Its Terrifying Technology. **Variety**, 24 maio 2022. Disponível em: <https://variety.com/2022/tv/features/severance-chip-explained-neurosurgeon-consultant-lumon-1235212821/>. Acesso em: 4 maio 2022.

MARTÍNEZ, Héctor Llanos. 'Separación', la inquietante serie de Ben Stiller para quienes no echan de menos ir la oficina. **El País**, 22 fev. 2022. Disponível em: <https://elpais.com/television/2022-02-22/separacion-la-inquietante-serie-de-ben-stiller-para-quienes-no-echan-de-menos-ir-la-oficina.html>. Acesso em: 4 maio 2022.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade. In: José Ribas Vieira (org.). **20 anos da Constituição cidadã de 1988**: efetivação ou impasse institucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 369-388.

PARKER, Kim; HOROWITZ, Juliana Menasce. Majority of workers who quit a job in 2021 cite low pay, no opportunities for advancement, feeling disrespected. **Pew Research Center**, 9 mar. 2022. Disponível em: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2022/03/09/majority-of-workers-who-quit-a-job-in-2021-cite-low-pay-no-opportunities-for-advancement-feeling-disrespected/>. Acesso em: 4 maio 2022.

PETERSÉN, Moa. **The swedish microchipping phenomenon**. Bingley: Emerald, 2019.

PONIEWOZIK, James. 'Severance' Review: That Makes Two of You: Adam Scott returns to the office in an engrossing thriller about separating work and home life, surgically. **The New York Times**, 17 fev. 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2022/02/17/arts/television/severance-review.html>. Acesso em: 18 maio 2022.

POR que os trabalhadores suecos estão implantando chips no corpo? **Uol**, 5 abr. 2017. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2017/04/05/por-que-os-trabalhadores-suecos-estao-implantando-chips-no-corpo.htm>. Acesso em: 4 maio 2022.

RAINEY, Stephen. Brain Recording, Mind-Reading, and Neurotechnology: Ethical Issues from Consumer Devices to Brain-Based Speech Decoding. **Science and Engineering Ethics**, v. 26, p. 2295-2311, 2020. Disponível em: https://link.springer.com/article/10.1007/s11948-020-00218-0?utm_source=getftr&utm_medium=getftr&utm_campaign=getftr_pilot. Acesso em: 4 maio 2022.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOBBIN, Raíssa Arantes; CARDIN, Valéria Silva Galdino. Tecnologias vestíveis e capitalismo de vigilância: do compartilhamento de dados sobre saúde e a proteção dos direitos da personalidade. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, v. 7, n. 1, p. 127-147, jan./jul. 2021. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/7938>. Acesso em: 4 maio 2022.

VINCENTELLI, Elisabeth. What 'Severance' Is Made of: 'Being John Malkovich' and a Sizzler Steakhouse: The creator of the sci-fi thriller drew on Kurt Vonnegut, "Black Mirror" and a '90s restaurant commercial to build the show's disquieting sets and nightmare logic. **The New York Times**, 26 abr. 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2022/04/26/arts/severance-apple-tv.html>. Acesso em: 4 maio 2022.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis *et al.* Os direitos da personalidade em face da dicotomia direito público – direito privado. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 19, n. 8, p. 208-

220, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3203/3534>. Acesso em: 20 nov. 2020.

ZÚÑIGA-FAJURI, Alejandra *et al.* Neurorights in Chile: Between neuroscience and legal science. **Developments in Neuroethics and Bioethics**, v. 4, p. 165-179, 2021. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2589295921000059>. Acesso em: 4 maio 2022.

SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA DO ACOMPANHANTE TERAPÊUTICO EM AMBIENTE ESCOLAR PELAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE AOS USUÁRIOS COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

Simone de Sá

Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC),
Pernambuco.

sisidesa@yahoo.com.br

Danielle Spencer

Faculdade Damas da Instrução Cristã (FADIC),
Pernambuco.

daniellespencer12@hotmail.com

Resumo: Este trabalho faz uma análise acerca da obrigatoriedade de custeio do acompanhante terapêutico em ambiente escolar pelas operadoras de plano de saúde aos usuários com transtorno do espectro autista. Baseando-se nos princípios que norteiam os contratos de plano de saúde, nas peculiaridades deste contrato e na caracterização do autismo e da intervenção via acompanhante terapêutico em ambiente escolar, são lançadas justificativas teóricas e legais capazes de revelar que é dever da operadora de saúde cobrir o acompanhante terapêutico em ambiente escolar, em que pese não haver disposição contratual e falta de disposição no rol de eventos e procedimento em saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. A pesquisa possui um objeto delimitado que, por sua vez, é investigado pelo método hipotético dedutivo.

Palavras-chave: Transtorno do Espectro Autista. Acompanhante Terapêutico em Ambiente Escolar. Contrato de Plano de Saúde. Rol da ANS.

About the obligation of coverage of the therapeutic companion in school environment by health plan company to users with autistic spectrum disorder

Abstract: This paper leads to an analysis of the mandatory custody of the therapeutic companion in the school environment for company of health plans for users with autistic spectrum disorder. Based on the principles that guide health insurance contracts, the peculiarities of this contract and the characterization of autism and the intervention via a therapeutic companion in the school environment, theoretical and legal justifications are launched capable of revealing that the health operator must cover or therapeutic companion in the school environment, despite the fact that there is no contractual provision and lack of prediction of the role of events and procedures in health by the National Agency of Supplementary Health - ANS. The research has a delimited object that, in turn, was investigated by the hypothetical-deductive method.

Keywords: Autistic Spectrum Disorder. Therapeutic Companion in School Environment. Health Plan Agreement. ANS role.

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do dever de cobertura pelas operadoras plano de saúde de acompanhante terapêutico em ambiente escolar, como parte de tratamento multidisciplinar do autismo infantil, indicado pelo médico assistente.

De início, convém esclarecer que Acompanhamento Terapêutico é modalidade de intervenção que tem por objetivo promover a autonomia e a reinserção social, bem como proporcionar uma melhoria na organização subjetiva do paciente autista. É desenvolvido por profissionais da área da saúde e da educação, que possuem formação compatível e específica, sendo denominados Acompanhantes Terapêuticos – AT.

O Poder Judiciário brasileiro tem apresentado divergência em relação à obrigatoriedade de cobertura do acompanhante terapêutico em ambiente escolar. Com o objetivo de uniformização de entendimento, está em curso Recurso de Embargos de Divergência em Recurso Especial – EREsp 1.886.929¹ e 1.889.704², no Superior Tribunal de Justiça.

Por um lado, as operadoras de plano de saúde alegam que a referida intervenção não consta em Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e que possui natureza educacional, defendendo em face disso a desobrigação de custeio.

De outro, os usuários alegam que o acompanhamento terapêutico tem natureza de saúde e que o fato dessa terapia não constar no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e de não ter previsão contratual não retira a obrigatoriedade de custeio pelas operadoras de plano de saúde quando o médico assistente inclui essa intervenção como parte do tratamento multidisciplinar de crianças autistas.

É esse o problema que estudo se debruça, a fim de trazer reflexões e conclusões que possam contribuir com o alcance de um posicionamento homogêneo, compatível com a Lei 12.764/202 (Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista), com o Código de Defesa do Consumidor, aplicável aos contratos de Plano de Saúde, com o Direito Civil e, acima de tudo, com a Constituição Federal.

Para tanto, no primeiro capítulo do estudo os aspectos gerais do contrato de plano de saúde são apresentandos, trazendo ainda reflexões sobre os princípios básicos da atividade.

Em seguida, trata-se do Transtorno do Espectro Autista- TEA, com o objetivo de demonstrar ao leitor as suas características, complexidade e forma de tratamento, momento em que o acompanhamento terapêutico é apresentado como parte de tratamento multidisciplinar individualizado, indicado pelo médico assistente como importante ferramenta.

Por fim, a partir da caracterização do Transtorno do Espectro Autista- TEA, do tratamento necessário e do acompanhamento terapêutico em ambiente escolar, demonstra-se que a analisada intervenção possui natureza de saúde e que o fato de não estar previsto no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e nem no contrato firmado com a operadora de plano de saúde, não desconstitui o direito do usuário/consumidor de cobertura pela operadora contratada.

Entretanto, desta pesquisa não resultam conclusões teoricamente fechadas sobre a obrigatoriedade de cobertura do acompanhante terapêutico em ambiente escolar pelas operadoras de

¹ STJ - EREsp: 1886929 SP 2020/0191677-6, Relator: Ministra Luis Felipe Salomão, Data de Publicação: DJ 22/10/2021.

² STJ - EREsp: 1889704 SP 2020/0207060-5, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Publicação: DJ 22/10/2021.

plano de saúde aos usuários com transtorno do espectro autista. Na realidade, o intuito final é abrir, de forma crítica, novos horizontes, possibilitando, quem sabe, a introdução de bases novas, capazes de esvaziar ou ao menos diminuir a insegurança que permeia atualmente a discussão.

1 ASPECTOS DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE: PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ATIVIDADE

A Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1947, definiu saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Por sua vez, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos preconizou aludido direito em seu art. 25. No ordenamento jurídico brasileiro, antes da Constituição Federal de 1988, já havia o reconhecimento desse direito porque, na verdade, em 1920, foi editada a Lei nº. 3.987, a qual criou o Departamento Nacional de Saúde Pública, a qual reorganizou os serviços da Saúde Pública.

Convém destacar que, em 1953, foi criado o Ministério da Saúde com a edição da Lei nº. 1.920, conforme estabelece seu artigo 1º, ao qual ficarão afetos os problemas referentes à saúde humana.

Todavia, apenas em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, o Brasil proclama a saúde como um direito fundamental de todos e dever do Estado, estabelecendo canais e mecanismos de controle e participação social para efetivar os princípios constitucionais que garantem o direito individual e social.

Outrossim, mesmo diante da ausência de qualquer referência expressa à proteção a saúde, convém esclarecer que ela está inserida nas disposições de proteção ao direito à vida, até porque se há garantia ao bem maior, a vida, não se pode olvidar de deixar de amparar o bem que lhe assegura, isto é, a saúde.

No mais, válido ressaltar que o constituinte, embora não tenha explicitamente abordado o direito da saúde, dedicou um espaço próprio no texto constitucional (Seção II - Da Saúde, art. 196 e segs. da CF/88), reforçando a tese de que o direito à saúde deve ser considerado direito de todos e dever do Estado. Nessa seção, foram instituídas regras gerais para a sua implementação, constituindo, portanto, um dever do Estado sua prestação, a qual é considerada serviço público genuíno.

A prestação do serviço de saúde, mesmo quando realizado por particulares (concessionárias e permissionárias), o que se denomina de serviço público impróprio, não lhe retira o caráter de público, compelindo o prestador a exercer as suas atividades segundo os ditames da Administração, ou seja, a prestar um serviço público de qualidade, como exigido também nos arts. 4º, VII c.c. 6º, X, todos do Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL, 1990)

Embora tenha sido facultado ao particular a assistência complementar à saúde, sua liberdade, na esfera contratual em geral, encontra-se limitada, uma vez que se trata de um contrato de direito público e que, independentemente de suas modalidades, há a imposição do dirigismo contratual, a fim de promover a defesa do consumidor, *in casu*, o autista. Nesse sentido, urge analisar as normas gerais dos contratos confrontando-as com as particularidades, dos contratos de plano de saúde.

À propósito, entende-se que o Contrato de Plano de Saúde é aquele por meio do qual uma das partes, a operadora, se obriga frente à outra, o consumidor, a promover a cobertura dos riscos de assistência a sua saúde, mediante a prestação de serviços médicos hospitalares e/ou odontológicos em rede própria, bem como reembolso das despesas efetuadas, ou pagamento direto ao

prestador dos serviços em questão (SAMPAIO, 2010, p. 187). O aludido contrato está disciplinado pela Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998, bem como sua natureza jurídica está ligada a legislação de consumo (Lei 8.078, de 11.09.1990).

Nessa mesma linha de raciocínio e corroborando com o entendimento acima, Cláudia Lima Marques (2016, p. 554) afirma:

Em resumo, os contratos de planos e seguro-saúde são contratos cativos de longa duração, a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor com uma finalidade em comum, que é assegurar para o consumidor o tratamento e ajuda-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a sua saúde, de sua família, dependentes ou beneficiários. Aqui deve haver o diálogo, e aplicação conjunta e iluminada pela Constituição, entre o CDC e a Lei 9.656/1998. A jurisprudência brasileira é pacífica ao considerar tais contratos, tanto os de assistência hospitalar direta como os de seguro e planos de saúde, ou de assistência médica pré-paga, como submetidos diretamente (e não subsidiariamente) às normas do CDC (...).

Em virtude da natureza do contrato de plano de saúde, é possível depreender que se faz necessário cumprir uma *função social predeterminada*, bem como concretizar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); da solidariedade (art. 3º, I); da igualdade (art. 5º) e da justiça social (art. 170, *caput*), e, ainda, aqueles esculpidos no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, art. 4º) e no Código Civil (BRASIL, 2002, art. 421 e segs.).

Sobre esse tema, válido ressaltar o posicionamento de Aline de Miranda Valverde Terra (2020, p. 177):

Nesse sentido, pode-se mesmo afirmar que a disciplina contratual definida pelas partes encerra o provisório regulamento de interesses, que se tornará definitivo na medida em que esteja de acordo com os ditames constitucionais. Supera-se, dessa forma, o dogma da vontade, e inaugura-se o dogma da responsabilidade.

Como se percebe, o princípio social moderno da *função social* do contrato de plano de saúde repercute nos princípios contratuais clássicos (autonomia da vontade, consensualismo, obrigatoriedade e relatividade dos efeitos), mitigando-os, tanto nos seus efeitos quanto no seu alcance, na busca da realização de seus fins, como se esclarecerá logo mais.

Dessa forma, no contrato de plano de saúde, como expõe Marcia Cristina Cardoso Barros (2011), a *autonomia da vontade* encontra limitações ao assumir no

ato de contratar uma dimensão social, dada sua natureza consumerista, preservando-se também outros princípios constitucionais, como a da igualdade das partes. O império da lei se faz sentir, como se pode ver no inciso II do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, que considera prática abusiva a recusa de atendimento ao consumidor.

Seguindo essa linha, se aquele que está em condições de contratar, *in casu*, a operadora do plano de saúde, deixar de fazê-lo por razões injustificáveis, a saber: preconceito econômico, mero espírito emulativo etc., contrariará o art. 187 do Código Civil (BRASIL, 2002), cometendo, portanto, um abuso de direito, se isso acarretar danos àquele que pretende contratar, no caso analisado, ao consumidor-autista, gerando, inclusive, obrigação de indenizar.

Corroborando com esse raciocínio, Aline de Miranda Valverde Terra (2020, p. 176) esclarece que “a autonomia privada deixa, então, de ser considerada um valor em si mesmo, e passa a ser concebida como instrumento de promoção de finalidades constitucionalmente relevantes.”

Válido ressaltar que o mero *consensualismo* não assegura integralmente o direito dos consumidores. Dessa forma, busca-se a formalização dos negócios jurídicos para uma maior garantia, devendo, por isso, os contratos de plano de saúde conter a forma escrita e obedecer a determinadas formalidades previstas no art. 16, I a XI, da Lei nº 9.656/98 (BRASIL, 1998). No mais,

a fim de propiciar maior proteção ao consumidor, a aludida lei impõe obrigatoriamente a entrega da cópia do contrato firmado, delimitando os limites das obrigações assumidas.

Em face do princípio da *obrigatoriedade*, as partes, embora adquiram o direito de exigir de outrem o cumprimento da avença, ficam igualmente limitadas em sua liberdade de agir, visto que estão adstritas à força do pactuado. Porém, no tocante aos contratos de plano de saúde, verifica-se a relativização desse princípio em prol do consumidor, uma vez que o contrato não pode ser fonte de injustiças quando há um sacrifício demasiado a uma das partes (consumidor-usuário) em detrimento da outra (fornecedor-plano de saúde). Por sinal, em virtude da crise da saúde pública e pautado no instinto de sobrevivência, é esperado que pessoas busquem um plano de saúde com o intuito de ter a proteção necessária à saúde, sobretudo em um país com graves problemas estruturais.

Na prática, o consumidor, infelizmente, não é dotado de informação inteligível, precisa e suficiente, capaz de esclarecer a contento seus direitos e deveres ao aderir a um plano de saúde. Deseja, apenas, um adequado atendimento médico quando ele e seus dependentes assim necessitarem.

Dessa forma, muitas vezes o consumidor assina contratos que futuramente não concedem a cobertura esperada e, em razão dessas circunstâncias e atendendo aos fins sociais do contrato, deve o Judiciário intervir nessa relação contratual para se compor a comutatividade da avença. Mesmo assim, a autonomia da vontade continua a ser a regra e a intervenção estatal uma medida excepcional, que se fará necessária quando o equilíbrio contratual for desrespeitado, como preconiza o art. 421 do Código Civil. (BRASIL, 2002)

Segundo Maria Cristina Cardoso de Barros (2011),

Esta é uma das mais legítimas intervenções do Estado na esfera privada, fazendo com que o contrato não perca a sua finalidade. Longe de violar o princípio da autonomia privada, a intervenção do magistrado é compatível com a moderna visão do Judiciário, em que o julgador não mero e mecânico aplicador da lei, mas um profissional consciente da necessidade de que a sua atuação esteja voltada para a justiça social.

O princípio da *relatividade dos efeitos contratuais* é reflexo da autonomia da vontade e determina que o contrato apenas obriga a quem fez parte de sua elaboração, não atingindo, em regra, terceiros. Todavia, podem ocorrer situações em que estes, embora não participem diretamente quando da formação da avença, venham a sofrer os efeitos do pacto que não firmaram. Consequentemente, o fato de não ser parte da avença originária, não lhes cabem manter-se inertes e sofrer as consequências do contrato alheio, nascendo para eles o direito de defender o seu bem jurídico atingido. Por sinal, a legislação de consumo aponta algumas dessas situações quando estabelece a responsabilidade solidária entre todos os fornecedores que integram a cadeia produtiva pelo vício do serviço, como prevê o art. 25 do Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL, 1990). O contrato de plano de saúde, para atingir suas finalidades, produz efeitos em relação a terceiros que, de alguma forma, estão envolvidos nas obrigações pactuadas, diferenciando-se, portanto, de outros contratos.

Após a análise dos princípios clássicos da teoria contratual, em face da problemática enfrentada neste estudo, impõe-se se debruçar sobre o princípio social do contrato, qual seja, a *boa-fé objetiva*, mais especificamente, sobre a sua presença nos contratos de planos de saúde.

De acordo com o princípio da boa-fé objetiva, há a imposição de uma conduta pautada na probidade. Trata-se do princípio que regula, portanto, o comportamento entre as partes, o qual deve ser correto, exigindo uma cooperação entre as mesmas, como estabelecido nos arts. 422 do Código Civil (BRASIL, 2002) e 4º, III c.c. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

A fim de reiterar o teor da boa-fé objetiva como o princípio que regula um comportamento probo, Aline de Miranda Valverde Terra (2020, p. 178) afirma que

no ordenamento brasileiro, positivada no art. 422 do Código Civil, a boa-fé objetiva concretiza o princípio constitucional da solidariedade social na esfera contratual, transformando as relações obrigacionais, concebidas inicialmente como *locus* destinado à perseguição egoísta – e mesmo arbitrária – das satisfações individuais, em espaço de cooperação, impondo aos contratantes que tenham sempre em consideração a promoção dos interesses da contraparte sem que isso importe, outrossim, em sacrifício ou renúncia de sua legítima posição contratual de vantagem.

É essa a base principiológica que deve nortear a análise sobre a obrigatoriedade de cobertura de tratamento multidisciplinar indicado por médico para uma criança com autismo, composta também por acompanhamento terapêutico em ambiente escolar pelo plano de saúde que, por constituir o objeto desta pesquisa, será abordada detalhadamente no próximo tópico.

2 SAÚDE SUPLEMENTAR: ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DEFINIDO PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE E SEU CARÁTER EXEMPLIFICATIVO

Pela inviolabilidade do direito à vida decorre a necessidade de tutelar efetivamente a saúde, direito que acaba por assegurar a todos um feixe de garantias expressadas por intermédio não apenas de prestações, mas também por meio dos direitos de defesa.

Nesse sentido, a Constituição Federal consagrou o direito à saúde com status de direito social e fundamental a partir do seu art. 6º (Brasil, 1988, art. 6º), reconhecendo-o no art. 196 aos brasileiros e estrangeiros, com explícita garantia de acesso universal igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação a saúde (Brasil, 1988, art. 6º e 196).

A Carta Magna assegura também à iniciativa privada a assistência à saúde, afirmando, no art. 199 que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada.” (Brasil, 1988, art. 199).

É que Brasil adotou constitucionalmente modelo pluralista quanto à forma de atenção à saúde, criando um sistema híbrido, com quatro diferentes vias de acesso populacional ao direito, quais sejam, o Sistema Único de Saúde – SUS, de acesso universal, gratuito e financiado apenas com recursos públicos (saúde pública), o Sistema Único de Saúde – SUS com as diretrizes já referidas, mas com a contratação de instituição privada com fins lucrativos (Brasil, 1988, art. 197), a instituição privada de caráter filantrópico (Brasil, 1988, art. 199, §1º), que compõem a saúde complementar, e a instituição privada com fim lucrativo, via de acesso que representa a Saúde Suplementar.

A Saúde Suplementar constitui seguimento de provedores privados que disponibilizam serviço de saúde mediante pagamento. Nesse acesso, o usuário pode perfazer a aquisição de serviços de saúde de instituição privada diretamente do serviço ou do profissional de saúde ou mesmo por meio de operadora de planos privados de assistência à saúde (PIOLA; PAIVA; SÁ; SERVO, 2012).

Assim, ao lado do sistema público de saúde, convivem espaços privados voltados à saúde, mas que não detém plena liberdade de atuação, considerando o controle do Estado, sobretudo em relação à fiscalização e regulamentação justificados pelo status do direito à saúde. Uma das ferramentas mais importantes de proteção desse direito essencial a todos é a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

Autarquia sob regime especial, a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) é responsável pela regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, devendo promover a defesa do interesse público com a regulação das operadoras setoriais, o que inclui as suas relações com prestadoras e consumidores.

Nesse sentido, as operadoras de plano privado de assistência à saúde,³ no exercício da sua atividade econômica, estão submetidas não só ao controle e fiscalização, mas também aos ditames estabelecidos pela ANS (Agência Nacional de Saúde).

O Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde se apresenta como uma importante forma de manifestação de intervenção do Estado na atividade das operadoras de plano de saúde, no exercício da referida Saúde Suplementar.

Estabelece o art. 4º, III da Lei 9961/2000 que “compete à ANS elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades” (BRASIL, 2000).

O chamado Rol da ANS consiste em uma lista com os procedimentos e eventos em saúde que devem, necessariamente, ser cobertos pelos planos de assistência à saúde cuja escolha considera a existência de efetividade custo e segurança do tratamento.

Disciplinado pela Resolução Normativa 465 de 2021, constitui referência básica na definição de cobertura assistencial prevista na chamada Lei dos planos de Saúde (9659/1998). Se aplica aos planos privados de assistência à saúde comercializados a partir de 02.01.1999 e aos chamados antigos planos adaptados (contratados antes da referida Resolução e ajustados aos seus regramentos a partir das disposições do art. 35 da Lei 9656/98), respeitando-se, claro, as segmentações contratadas.

A Resolução Normativa n. 439 de 2018, por sua vez, estabelece a forma de atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde ditado pela ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), determinando que os seus ciclos de atualização devem ocorrer a cada dois anos, tendo por finalidade a revisão e resolução normativa que estabelece a cobertura assistencial mínima obrigatória (BRASIL, 2018, arts. 1º e 3º).⁴

Acrescente-se que recentemente, em 2021, a Medida Provisória 1.067 alterou a Lei dos Planos de Saúde (9656/1998), impondo novo processo de atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde, no âmbito da ANS, além de criar a Comissão de atualização do mesmo rol.

A propósito, antes da Lei dos Planos de Saúde, de 1988, não havia legislação específica acerca da cobertura mínima prevista nos contratos de planos de saúde, e o mercado da saúde suplementar restava subordinado somente às normas da legislação civil em geral. Discussões jurídicas muitas vezes eram solucionadas aplicando o Decreto-Lei nº. 73/1966, que dispunha sobre o sistema nacional de seguros privados (GREGORI, 2019, p. 38).

³ A lei 9656/98 conceitua as operadoras de plano privado de assistência à saúde da seguinte forma “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor” (Brasil. Lei 9656. 1998. Art. 1, I)

⁴ Importante acrescentar a possibilidade de atualização extraordinária. A título de exemplo a diretoria colegiada da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) aprovou atualizações extraordinárias de cobertura assistencial no rol de procedimento e eventos em saúde em virtude da pandemia de COVID-19.

Desde o seu estabelecimento, o Rol da ANS tem sido objeto de caloroso debate jurídico, sobretudo no Poder Judiciário. A referida discussão diz respeito aos limites obrigacionais impostos às operadoras de plano de saúde a partir do rol editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Para alguns, o rol da ANS apresenta todos os procedimentos e eventos em saúde que as operadoras de plano de saúde estão vinculadas a custear. Nesse sentido, o rol teria caráter restritivo, dessa forma, taxativo, delimitando perante os usuários os deveres assistenciais das operadoras de plano de saúde (GREGORI, 2019, p. 137).

De outro lado, há a defesa de que, em que pese a sua importância no controle da Saúde Suplementar, o rol da ANS tem caráter exemplificativo, constituindo referencial mínimo aos contratos de plano de saúde. Assim, não pode ser interpretado como óbice ao dever de cobertura a tratamento individualizado indicado por médico que não tenha sido contemplado no referido rol (CAVALCANTE; VAL, 2021, p. 90).

A referida divergência sobre a taxatividade do rol da ANS se intensificou recentemente no Poder Judiciário. Até então, apesar da existência de divergência, prevalecia o entendimento de que o rol da ANS não era taxativo, constituindo apenas referência mínima de cobertura de procedimentos e eventos em saúde nos contratos de plano de saúde (PEREIRA, 2020, p. 153).

No entanto, a partir do Recurso de Embargos de Divergência em Recurso Especial – EREsp 1.886.929⁵ e 1.889.704⁶, o Superior Tribunal de Justiça reacendeu a discussão.

Os ministros da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, presidida pelo Ministro Moura Ribeiro, já haviam definido que o questionado rol não tem caráter taxativo. Porém, em 10 de dezembro de 2019, a 4ª turma da mesma Corte Superior concluiu pela taxatividade, afirmando que, caso não houvesse previsão expressa sobre o alcance da cobertura no contrato, valeria o mínimo proposto pela ANS⁷ (REsp 1.733.013/PR).

Agora, a 2ª Seção do mesmo Tribunal, composta 10 ministros das duas turmas, está a caminho de sanar os entendimentos contrastantes. O relator do citado Recurso de Embargos de Divergência em Recurso Especial – EREsp 1.886.929 e 1.889.704 é o ministro Luis Felipe Salomão, que se posicionou pela taxatividade do rol da ANS no dia 16 de setembro de 2021.

Para ele, a taxatividade da lista é uma posição adotada em diversos países, além de necessária para proteger os beneficiários dos planos de aumentos excessivos e assegurar a avaliação de novas tecnologias na área de saúde. Considerou ainda imprescindível reforçar o papel regulatório da autarquia que, para ele, tem competência técnica para verificar a pertinência, o respaldo científico e a viabilidade da incorporação de novos procedimentos à lista.

Apesar disso, o Ministro Salomão afirma que, em caráter excepcional, é possível obrigar a cobertura de procedimentos não previstos pela ANS pelas operadoras de plano de saúde. Entre essas hipóteses, apontou terapias com recomendação expressa do Conselho Federal de Medicina (CFM) que possuam comprovada eficiência para tratamentos específicos. Diz:

⁵ STJ - EREsp: 1886929 SP 2020/0191677-6, Relator: Ministra Luis Felipe Salomão, Data de Publicação: DJ 22/10/2021.

⁶ STJ - EREsp: 1889704 SP 2020/0207060-5, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Publicação: DJ 22/10/2021.

⁷ O Ministro Relator Luis Salomão, acompanhado pelos demais membros da 4ª Turma, concluiu o que o Rol da ANS seria taxativo. Para o Ministro, "é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas". STJ - REsp: 1733013 PR 2018/0074061-5, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 10/12/2019, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 20/02/2020.

No caso, como o rol não contempla procedimento devidamente regulamentado pelo CFM, de eficácia comprovada, que, em caso de depressão profunda, pode se mostrar realmente como solução imprescindível ao tratamento de enfermidade, notadamente por não haver nas diretrizes da relação editada pela autarquia circunstância clínica que permita essa cobertura, é forçoso o reconhecimento do estado de ilegalidade, para excepcional imposição do procedimento vindicado – que, como visto, também não tem preço significativamente elevado.

Em voto-vista apresentado na retomada do julgamento, no dia 23 de fevereiro de 2022, a Ministra Nancy Andrighi declarou divergência, considerando que a lista possui natureza exemplificativa, rejeitando, portanto, os Embargos de Divergência. Nesse sentido, reafirmou que é papel constitucional a defesa do consumidor e a promoção da saúde, prevista no artigo 196 da Magna Carta.

Uma terapia não deixa de ser obrigatória por não estar no rol da ANS - apenas se presume não obrigatória. A obrigatoriedade das terapias que estão ali dispostas advém da identificação técnica feita pelo profissional da saúde, no entendimento de que tal terapia é necessária.

A Ministra Nancy Andrighi também ressaltou que, se a Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/1998) estabelece que todas as moléstias indicadas na Classificação Internacional de Doenças (CID) estão incluídas no chamado plano-referência, só podem ser excluídos da cobertura dos planos os procedimentos e eventos relacionados a segmentos não contratados pelo consumidor e aqueles que o próprio legislador estabeleceu como de cobertura não obrigatória, por exemplo, tratamentos experimentais e estéticos. Senão vejamos:

Infere-se que não cabe à ANS estabelecer outras hipóteses de exceção da cobertura obrigatória pelo plano-referência, além daquelas expressamente previstas nos incisos do artigo 10 da Lei 9.656/1998, assim como não lhe cabe reduzir a amplitude da cobertura, excluindo procedimentos ou eventos necessários ao pleno tratamento das doenças listadas na CID, ressalvadas, nos termos da lei, as limitações impostas pela segmentação contratada.

Ao fundamentar sua posição divergente, a mesma Ministra explicitou a vulnerabilidade do consumidor em relação às operadoras dos planos e o caráter técnico-científico da linguagem utilizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar na elaboração do rol de procedimentos obrigatórios, questões que, no seu entendimento, obstam o usuário de analisar com pleno entendimento do contrato firmado, todos os riscos a que está submetida e todas as opções de tratamento que terá à disposição, inclusive para doenças que ela nem sabe se terá. Disse:

Não é razoável impor ao consumidor que, no ato da contratação, avalie os quase três mil procedimentos elencados no Anexo I da Resolução ANS 465/2021, a fim de decidir, no momento da contratação, sobre as possíveis alternativas de tratamento para as eventuais enfermidades que possam vir a cometê-lo.

Acrescente-se que na ocasião, o Ministro Salomão voltou a defender sua tese, ressaltando que a mesma é compatível com os entendimentos das 1ª e 2ª Seções. Afirmou:

Queremos também atender ao pressuposto da Constituição que garante saúde a todos - mas aqui é saúde privada, todos que estão no plano pagam por esse serviço. Uns não podem ter mais do que outros, porque fere o equilíbrio do contrato, porque fere a equação, porque não permite um planejamento adequado, e na hora que alguém precisar, não vai ter.

Atualmente, há a expectativa do chamado voto de minerva do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva que, por sua vez, pediu vista ao processo.

Paralelamente, intensificam-se os questionamentos acerca da obrigatoriedade de cobertura de procedimentos e eventos de saúde não contemplados no Rol da ANS, dentre eles, um de

Sobre a obrigatoriedade de cobertura do acompanhante terapêutico em ambiente escolar pelas operadoras de plano de saúde aos usuários com transtorno do espectro autista

suma importância ao tratamento de usuários com transtorno do espectro autista – TEA e objeto desta pesquisa, qual seja, o acompanhamento terapêutico em ambiente escolar e domiciliar.

3 TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA – TEA E IMPORTÂNCIA DO TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR: O ACOMPANHANTE TERAPÊUTICO EM AMBIENTE ESCOLAR

O autismo é classificado como transtorno do neurodesenvolvimento existente em virtude de prejuízos significativos em habilidades sociocomunicativas e também em virtude da apresentação de comportamentos e interesses estereotipados (ZANON; BACKES; BOSA, 2017, p. 154).

A intervenção, além de precoce, multidisciplinar, ou seja, realizado a partir da combinação de vários profissionais para o desenvolvimento de habilidades necessárias à inclusão na sociedade atual, são fundamentais para a melhora do quadro clínico do autismo ao longo do processo de desenvolvimento.

Estudos revisados destacam a viabilidade do tratamento precoce multidisciplinar, concluindo que os ganhos infantis nas habilidades sociocomunicativas e de desenvolvimento na criança com TEA são observados após essa intervenção multifacetada precoce (BRADSHAW et al., 2015, p. 782).

Embora cresçam entre artefatos culturais que foram acumulados ao longo da história de seu grupo cultural, as crianças com TEA um comprometimento da habilidade de aprender espontaneamente aquilo que a humanidade acumulou, ou seja, a linguagem, as convenções sociais, o uso de ferramentas simbólicas em geral que incluem, marcadamente, o conteúdo ministrado nas escolas. Por razões biológicas, não possuem a “chave sociocognitiva” que a liga a todo esse arsenal sociocultural (TOMASELLO, 2003, p. 702).

Como se percebe, o autismo possui natureza difusa, porém, refratária a partir da intervenção precoce de tratamento multidisciplinar o que, inevitavelmente inclui atenção da educação formal estabelecida pelo Estado, de curso obrigatório à todas as crianças e adolescentes (art. 208 da Constituição Federal).

Como afirma Sánchez-Raya (2015, p. 61), com o diagnóstico, crianças devem ser encaminhadas para serviços de intervenção adequados e eficazes, visto que a intervenção precoce tem sido um importante preditor da recuperação funcional desse transtorno do neurodesenvolvimento.

Apesar dos notórios avanços científicos das últimas décadas, em virtude da complexidade do transtorno, não há um único modelo de intervenção adequado para tratar crianças com TEA. Mesmo assim, não há dúvida que os melhores meios de tratamento sejam os enfoques psicoeducativos, aqueles que visam o desenvolvimento de habilidades por meio de estratégias de ensino e com apoio comunitário, acolhendo e instrumentalizando família e comunidade para a interação com a pessoa com autismo (MARTOS-PÉREZ; LLORENTE-COMÍ, 2013, p. 188).

O comprometimento em maior ou menor grau da capacidade de aprender a linguagem, as mais variadas convenções sociais, o uso de ferramentas simbólicas, tudo isso atrelado à necessidade de inclusão também como parte do tratamento, considerando que a retração do transtorno ocorre com o a diminuição do comprometimento citado, ou seja, com a ampliação da capacidade de se relacionar socialmente, tornam muitas vezes necessário a intervenção terapêutica no ambiente escolar como parte do tratamento.

A intervenção terapêutica em ambiente escolar é realizada pelo acompanhante terapêutico, conhecido pela sigla “AT”. Esse acompanhamento terapêutico é desenvolvido por profissionais da área da saúde e da educação, que possuam formação compatível e específica, a partir do desenvolvimento de técnicas que propiciem condições da criança autista ser incluída no processo de aprendizagem da escola regular, transpondo as limitações à capacidade de aprendizagem de conteúdo exigido para inclusão social o que reverbera na criação da possibilidade de relacionar-se.

A assistência terapêutica no ambiente escolar como parte do tratamento multidisciplinar, assim como as demais intervenções do tratamento multidisciplinar (fisioterapia, fonoaudiologia, fisioterapia, terapia ocupacional) auxilia a criança autista a adquirir sua funcionalidade enquanto cidadão através da educação, levando-a a construção de um projeto de vida autônomo a partir da relação com o mundo, da descoberta de capacidades pessoais e da prática de experiências e objetivos com grupos sociais que precisa estar inserido.

A intervenção do atendente terapêutico é clínico, com indubitável natureza de saúde, que tem objetivo promover a autonomia e a inserção social por meio da melhora na organização subjetiva do paciente com técnicas que ampliam a apropriação de espaços pelas crianças autistas.

4 DA OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA PELAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE DE ACOMPANHANTE TERAPÊUTICO EM AMBIENTE ESCOLAR COMO PARTE DE TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR AO USUÁRIO AUTISTA

Partindo do conhecimento das características do Transtorno do Espectro Autista e da forma de tratamento, o encontro do acompanhamento terapêutico como parte das intervenções de natureza multidisciplinar apresenta-se como inevitável.

O acompanhamento terapêutico, mesmo quando realizado em ambiente escolar, externo às clínicas médicas como de costume ocorre em relação às intervenções no combate de outras doenças, não o descaracteriza como tratamento de saúde.

Como visto, em face das características do autismo, que gera prejuízos significativos em habilidades sociocomunicativas, além de comportamentos e interesses estereotipados, o seu tratamento, para ser efetivo, não pode se restringir ao ambiente interno de uma clínica, necessitando de aplicação em outro de extrema valia para a redução daqueles prejuízos, qual seja, a escola.

Acrescente-se ainda que a pessoa com TEA apresenta dificuldade de generalização do aprendizado, o que torna ainda mais importantes intervenções que vão além do ambiente da clínica médica.

Em outras palavras, comumente, o autista tende a aplicar o que aprende apenas no contexto geral do conteúdo aprendido, não fazendo o mesmo em situações semelhantes, como em outros ambientes, sendo importante, portanto, que as intervenções terapêuticas ocorram nos mais diversos espaços como a escola, a residência e outros locais do seu dia a dia.

Nesse esboço, a natureza de saúde do acompanhamento terapêutico em ambiente escolar se torna evidente. Mesmo com enfoque psicoeducativo e sendo realizada fora de clínica convencional, é parte de tratamento multidisciplinar adequado e necessário à regressão dos comportamentos indesejáveis da criança autista.

A fim de analisar o dever de cobertura pelas operadoras de plano de saúde do acompanhamento terapêutico em ambiente escolar, superada a discussão sobre a sua natureza por se tratar de uma intervenção de saúde, necessário ainda transpor o suposto obstáculo à obrigação de custeio da ausência de previsão da terapia no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que parte de reflexão com base principiológica que considera particularidades dos contratos de plano de saúde e a função da ANS.

Conforme Miragem (2016, p. 463) reflexão acerca dos contratos de planos de saúde, em virtude de suas características peculiares, seja por revestirem de grande importância social, com base no caráter vital da prestação principal do fornecedor, seja por seu interesse útil na promoção e preservação da vida e da saúde do consumidor, consubstanciando a dignidade do consumidor, seja quando da execução do contrato, percebendo-se a hipervulnerabilidade do consumidor, diante da enfermidade e necessidade da obtenção de meios para seu tratamento, se faz urgente.

“Não obstante não haver previsão no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), é abusiva a cláusula que exclua da cobertura o custeio dos procedimentos e técnicas indicadas como necessárias para o tratamento do paciente, colocando o consumidor em desvantagem exagerada” (REVISTA DE REABILITAÇÃO REAÇÃO, 2021), mesmo com a alegação da operadora de saúde de que o tratamento multidisciplinar para casos de transtorno do espectro autista não integra o rol de procedimentos da ANS.

Como visto, o rol de procedimentos da ANS é exemplificativo, isto é, estabelece, apenas, parâmetros mínimos exigidos dos planos de saúde sobre os procedimentos que devem ser assegurados aos beneficiários.

Sobre a obrigatoriedade de cobertura do atendente terapêutico em ambiente escolar pelas operadoras de plano de saúde, evento não previsto no Rol da ANS, e faz imprescindível necessidade da redefinição da autonomia privada a boa-fé objetiva, com o propósito de corrigir os excessos da liberdade individual, como demonstrado. A boa-fé objetiva é fonte heterônoma de deveres anexos de conduta, a qual impõe aos contratantes (fornecedor/plano de saúde e consumidor/autista), a despeito de sua vontade, e até mesmo contra ela, a adoção de comportamentos voltados à plena consecução do programa contratual, em respeito, sobretudo, à legítima confiança da contraparte (consumidor-autista).

Dessa forma, nessa problemática, há que se fazer presente uma interferência da boa-fé objetiva no conteúdo do contrato para buscar o verdadeiro sentido do texto, concretizando sua função hermenêutica, no sentido de que havendo dois ou mais sentidos possivelmente extraíveis de cláusulas contratuais, o operador do direito deve eleger aquele que promova ambiente negocial ético, leal e colaborativo.

Como bem esclarece Aline de Miranda Valverde Terra (2020, pp. 178-179)

Não se trata de mecanismo de reforço dos deveres criados pelas partes, mas de deveres diversos daqueles conformados pela autonomia negocial, só identificáveis à luz da função econômico-individual da relação contratual. De outro lado, e como o verso da medalha, impedem-se comportamentos que se revelem abusivos, por violar o standard de conduta proba, leal e honesto, nos termos do art. 187 do Código Civil.

Não se trata de mecanismo de reforço dos deveres criados pelas partes, mas de deveres diversos daqueles conformados pela autonomia negocial, só identificáveis à luz da função econômico-individual da relação contratual. De outro lado, e como o verso da medalha, impedem-se comportamentos que se revelem abusivos, por violar o standard de conduta proba, leal e honesto, nos termos do art. 187 do Código Civil.

Convém reforçar que a ANS tem a função de regulamentar os procedimentos obrigatórios que devem ser cobertos pelos planos de saúde, todavia, não tem legitimidade para legislar e, por isso, suas resoluções não devem contrariar a legislação em vigor, isto é, o Código de Defesa do Consumidor, lei de base constitucional que consagra o direito do consumidor como um direito fundamental (art. 5º, XXXII, Constituição Federal).

No mais, deve ser reconhecida a verdadeira função e natureza do Acompanhante Terapêutico (AT), profissional pertencente à equipe multidisciplinar, que intervém com tratamento de saúde em ambiente escolar o que reforça a obrigatoriedade de cobertura desse profissional pelo plano de saúde, posicionamento que vem sendo refletido no Poder Judiciário.

Revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. Isso fundamenta tanto a intervenção do Estado no condicionamento da liberdade contratual das partes, quanto indica a orientação e o sentido desta intervenção (MIRAGEM, 2016, p. 467)

revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar. Isso fundamenta tanto a intervenção do Estado no condicionamento da liberdade contratual das partes, quanto indica a orientação e o sentido desta intervenção (MIRAGEM, 2016, p. 467)

Essa é a posição de promoção da defesa do consumidor, como corolário constitucional (art. 5º, XXXII), capaz de propiciar vida digna (art. 1º, III, CF/88), sem colocar em risco as bases da política nacional das relações de consumo, a saber: saúde, segurança e dignidade do consumidor-autista por meio de Acompanhamento Terapêutico (AT), como um mecanismo que promove a autonomia e a reinserção social, bem como proporciona uma melhoria na organização subjetiva do paciente autista, o que, por essa, razão, impõe o acolhimento da tese exemplificativa do rol da ANS.

CONCLUSÕES

A prestação do serviço de saúde é um dever do Estado, sendo considerada serviço público genuíno, como consagra o art. 196 e seguintes da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e nos arts. 4º, VII e 6º, X, todos do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

O Contrato de Plano de Saúde foi disciplinado pela Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. A sua natureza jurídica está ligada à legislação de consumo (Lei 8.078, de 11.09.1990), apresentando características específicas. São contratos cativos de longa duração, bilaterais e onerosos, devendo, ainda, cumprir com sua função social. Tanto é assim que se uma pessoa está em condições de contratar e a operadora do plano de saúde deixar de fazê-lo por razões injustificáveis, a saber, preconceito econômico, mero espírito emulativo etc., contrariará o art. 187 do Código Civil (BRASIL, 2002), cometendo, portanto, um abuso de direito.

O direito à saúde decorre do direito à vida e deve ser analisado, ainda, como direito de defesa, inserido no modelo pluralista, criando um sistema híbrido com quatro vias de acesso populacional, sendo uma delas a Saúde Suplementar. Nesse acesso, o usuário pode perfazer a aquisição de serviços de saúde de instituição privada diretamente do serviço ou do profissional de saúde ou mesmo por meio de operadora de planos privados de assistência à saúde, tornando-se a Agência Nacional de Saúde - ANS uma das ferramentas mais importantes de proteção desse direito essencial a todos.

Uma das funções da ANS é elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que representa uma forma de manifestação de intervenção do Estado na atividade das operadoras de plano de saúde, no exercício da referida Saúde Suplementar. O referido rol consiste em uma lista com os procedimentos e eventos em saúde que devem, necessariamente, ser cobertos pelos planos de assistência à saúde cuja escolha considera a existência de efetividade custo e segurança do tratamento, havendo atualmente importante debate no âmbito do Superior Tribunal de Justiça sobre sua natureza taxativa (4ª Turma do STJ) ou exemplificativa (3ª Turma do STJ).

Nesse diapasão, destacou-se a importância do tratamento multidisciplinar para o desenvolvimento de habilidades necessárias à inclusão na sociedade atual àqueles com transtorno do espectro autista - TEA, como intervenção fundamental para a melhora do quadro clínico ao longo do processo de desenvolvimento, destacando-se que o acompanhamento terapêutico em ambiente escolar é parte essencial do tratamento.

É considerando as características do transtorno do espectro autista, a forma de tratamento e a natureza do acompanhamento terapêutico no ambiente escolar como parte de tratamento multidisciplinar prescrito pelo médico assistente, que há a conclusão de que é obrigatória a cobertura pelas operadoras de plano de saúde de da analisada intervenção em ambiente escolar como parte do tratamento adequado e necessário à regressão dos comportamentos indesejáveis da criança autista.

A defesa do caráter exemplificativo do rol da ANS se faz imprescindível à necessidade da redefinição da autonomia privada a boa-fé objetiva e, conseqüentemente, impõe-se a aludida obrigatoriedade de cobertura.

Apesar da ANS ter a função de regulamentar os procedimentos obrigatórios que devem ser cobertos pelos planos de saúde, essa agência não tem legitimidade para legislar e, por isso, suas resoluções não devem contrariar a legislação em vigor, isto é, o Código de Defesa do Consumidor, lei de base constitucional que consagra o direito do consumidor como um direito fundamental (art. 5º, XXXII, Constituição Federal), revelando-se, portanto, abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio de meio necessário à tratamento.

REFERÊNCIAS

BARROS, Marcia Cristina Cardoso de. Contratos de Plano de Saúde: princípios básicos de sua atividade. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/6/judicializacaodasaude_290.pdf Acesso em 31.03.22

BRADSHAW, Jessica. et al. Feasibility and Effectiveness of Very Early Intervention for Infants At-Risk for Autism Spectrum Disorder: A Systematic Review. **Journal of Autism and Developmental Disorders**, v. 45, n. 3, p. 778–794, mar., 2015.

BRASIL. AgInt no AREsp 1.219.394/BA, rel Min. Raul Araújo, 4ª T. , j. 7-2-2019, DJe 19-2-2019

BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2002.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1990.

BRASIL. **Resolução Normativa 439 (2018)**. Dispõe sobre processo de atualização periódica do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar. Brasil, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2018.

BRASIL. **Resolução Normativa 465 (2021)**. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme previsto no artigo 35 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga a Resolução Normativa - RN n.º 428, de 7 de novembro de 2017, a Resolução Normativa - RN n.º 453, de 12 de março de 2020, a Resolução Normativa - RN n.º 457, de 28 de maio de 2020 e a RN n.º 460, de 13 de agosto de 2020. Brasil, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2021.

BRASIL. **STJ - AgInt no REsp: 1911308 SP 2020/0331109-5**, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 04/10/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/10/2021

BRASIL. **TJ-PE - APL: 4542934 PE**, Relator: Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes, Data de Julgamento: 29/03/2017, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 18/04/2017

BRASIL. **TJ-PE - APL: 4646540 PE**, Relator: Alberto Nogueira Virgínio, Data de Julgamento: 06/02/2019, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 20/02/2019

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei 9656 (1998)**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CAVALCANTE, Rodrigo Arantes. **Direito médico e da saúde**. São Paulo: Mizuno, 2021.

CAVALCANTE; VAL. Rodrigo Arantes; Renata do. **Direito Médico e da Saúde: Manual Prático**. São Paulo: Mizuno, 2021.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde A Ótica da Proteção do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 2020

MARTOS-PÉREZ, Juan; LLORENTE-COMÍ, María. Tratamiento de los trastornos del espectro autista: unión entre la comprensión y la práctica en la evidencia. **Revista de Neurología**, v. 57 (Supl 1), s185–s191, 2013.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de Saúde e a Tutela Judicial de Direitos: Teoria e Prática**. São Paulo: Saraiva, 2020.

PIOLA, S.F.; PAIVA, A.B.; SÁ, E.B.; SERVO, L.M.S. Financiamento do sistema único de saúde: trajetória recente e cenários para o futuro. **Revista Análise Econômica**. Porto Alegre, ano 30, n. especial, pp. 9-33.

SÁNCHEZ-RAYA, Araceli. et al. La atención temprana en los trastornos del espectro autista (TEA). **Psicología Educativa**, Espanha, v. 21, n. 1, p. 55–63, jun. 2015.

STJ - **REsp: 1886929 SP 2020/0191677-6**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Publicação: DJ 22/10/2021.

STJ - **REsp: 1889704 SP 2020/0207060-5**, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Publicação: DJ 22/10/2021.

Sobre a obrigatoriedade de cobertura do acompanhante terapêutico em ambiente escolar pelas operadoras de plano de saúde aos usuários com transtorno do espectro autista

STJ - REsp: **1733013 PR 2018/0074061-5**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Julgamento: 10/12/2019, T4 - Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 20/02/2020.

TOMASELLO, Michael. et al. Understanding and sharing intentions: the origins of cultural cognition. **Behavioral and Brain Sciences**, v. 8, n. 5, p. 675–735, 2005.

ZANON, Regina Basso; BACKES, Bárbara; BOSA, Cleonice Alves. Diagnóstico do autismo: relação entre fatores contextuais, familiares e da criança. **Revista Psicologia: Teoria e Prática**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 152–163, abr., 2017.

PEREIRA, Daniel de Marcelo Alves. **Planos de saúde e a tutela judicial de direitos**. São Paulo: Saraiva, 2020.

REVISTA DE REALIZAÇÃO REAÇÃO. Justiça decide que acompanhante terapêutico para criança com autismo deve ser pago pelo plano de saúde. Disponível em: <https://revistareacao.com.br/justica-decide-que-acompanhante-terapeutico-para-crianca-com-autismo-deve-ser-pago-pelo-plano-de-saude/>. Acesso em 27.03.22

SAMPAIO, Aurisvaldo. **Contratos de Plano de Saúde**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Planos Privados de Assistência à Saúde e Boa-fé Objetiva: natureza do rol de doenças estabelecido pela Agência Nacional de Saúde para fins de cobertura contratual obrigatória. In **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**|Belo Horizonte, v. 23, p. 175-191, jan./mar. 2020..

AS FAMÍLIAS SIMULTÂNEAS NO CONTEXTO JURÍDICO-SOCIAL BRASILEIRO: ANÁLISE CRÍTICA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.045.273/SE COM REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA

Daniela Braga Paiano

Universidade Estadual de Londrina (UEL), Paraná.
danielapaiano@uel.br

Luiz Gustavo Tiroli

Universidade Estadual de Londrina (UEL), Paraná.
luiz.gustavo.tiroli@uel.br

Resumo: As famílias simultâneas, em que um mesmo indivíduo compartilha dois núcleos familiares distintos concomitantemente, são realidades que com constância batem às portas dos tribunais. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o tema 529, por 6 votos a 5, não atribuiu efeitos previdenciários a uma união estável de doze anos por estar em situação de simultaneidade com uma outra união estável. Isto posto, questionar se e como a teoria crítica do Direito Civil poderia contribuir para compreender e interpretar os fundamentos jurídicos que balizaram os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal em sede de julgamento do Recurso Extraordinário que versou sobre a possibilidade de se atribuir efeitos jurídicos previdenciários às uniões estáveis concomitantes é o problema que direciona a presente investigação. O objetivo geral consiste em analisar os votos do ministro relator e ministro divergente nos autos do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE, tendo como premissa a teoria crítica do Direito Civil. O método adotado é o histórico-indutivo. A problemática da pesquisa é desenvolvida por meio da abordagem qualitativa, com intuito de analisar os objetivos em uma perspectiva descritiva e exploratória. Nas considerações finais, ressalta-se que a decisão foi denegatória de direitos e não ajustada à realidade concreta apreciada, tendo em vista que a monogamia não se constituiu princípio estruturante do direito das famílias, e a fundamentação trazida pelo relator, que subsidiou a tese de repercussão geral, não se adequa ao caso apreciado. Portanto, no julgamento em questão, o Supremo Tribunal Federal não decidiu de maneira justa e acertada.

Palavras chave: Família simultânea; Monogamia; Teoria crítica do direito; STF.

Simultaneous families in the Brazilian legal-social context: critical analysis of Extraordinary Appeal n. 1.045.273/se with general repercussion of the matter

Abstract: Simultaneous families, in which the same individual shares two distinct family nuclei at the same time, are realities that constantly knock on the doors of the courts. The Federal Supreme Court, considering issue 529, by 6 votes to 5, did not attribute social security effects to a twelve years stable union for being in a simultaneity situation with another stable union. With that in mind, to question whether and how the critical theory of Civil Law could contribute to understanding and interpreting the legal foundations that guided the votes of the ministers from the Federal Supreme Court in the judgment of the Extraordinary Appeal that dealt with the possibility of attributing social security legal effects to concomitant stable unions is the predicament that conducts the present research. The general objective is to discuss the votes of the reporting minister and the dissenting minister in the case of Extraordinary Appeal (RE) n. 1.045.273/SE,

based on the critical theory of Civil Law. The method adopted is historical-inductive. The research problematic is developed through a qualitative approach, in order to analyze the objectives in a descriptive and exploratory perspective. In the final considerations, it is emphasized that the decision was a denial of rights and does not adequate to the concrete reality appreciated, considering that monogamy did not constitute a structuring principle of family law, and the reasoning brought by the rapporteur, which subsidized the thesis of general repercussion, does not suit the case under consideration. Therefore, in the judgment in question, the Federal Supreme Court did not decide in a fair and correct manner.

Keywords: Simultaneous family; Monogamy; Critical theory of law; STF.

INTRODUÇÃO

Os desdobramentos históricos, políticos, sociais e culturais das últimas décadas impactaram profundamente as famílias que não mais se concentram em torno de um modelo predeterminado com finalidade política e institucional bem definida. O dinamismo e a liberdade nas relações afetivas evidenciam o surgimento de novos arranjos familiares que, pouco a pouco, passam a ser reconhecidos pela doutrina e pela jurisprudência como entidades familiares. Hodiernamente, a família é tida como reduto da formação humana, uma união que tem a finalidade de congregar, por meio de laços de afetividade e solidariedade, indivíduos que conjuntamente almejam o desenvolvimento e a busca da felicidade.

A Constituição Federal brasileira de 1988 reconhece a existência de três modelos de entidades familiares, as provenientes de casamento civil, as de união estável e as monoparentais. Entretanto, tal rol constitui-se meramente exemplificativo, o que abre margem para o reconhecimento de outros arranjos familiares, entre os quais se encontram as famílias simultâneas, em que um mesmo indivíduo compartilha dois núcleos familiares distintos concomitantemente, e que, em alguns casos, vinham alcançando, por meio das decisões judiciais, a garantia de previdenciários, bem como direitos sucessórios e de partilha.

Embora a possibilidade jurídica do reconhecimento das uniões simultâneas viesse sendo debatida entre a doutrina pátria e analisada pela jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE, – apreciando o tema 529, que versava sobre a possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte – por 6 votos contra 5, denegou o rateio e inviabilizou o reconhecimento de direitos previdenciários.

Isto posto, estabelece-se como objeto de investigação da pesquisa o Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE que trata, com repercussão geral, sobre a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos previdenciários às uniões estáveis simultâneas no ordenamento brasileiro. Nesse sentido, tendo em consideração que o estudo do Direito Civil requer, necessariamente, o estudo da sociedade, foi que a teoria crítica do Direito Civil – como perspectiva teórica que visa rechaçar o mito da neutralidade da norma jurídica, bem como promover uma abertura do sistema na construção de um Direito Civil mais inclusivo e correspondente ao contexto sócio-histórico-cultural em que está inserido – foi elegida e adotada como corrente teórico-filosófica dessa investigação. A finalidade consiste em perscrutar os alicerces que fundamentam a decisão judicial relativa ao objeto investigado, muito embora, cumpre ressaltar que muitas das posições adotadas podem não necessariamente corresponder com a posição dos autores do marco teórico adotado.

Deste modo, questionar se e como a teoria crítica do Direito Civil poderia contribuir para interpretação dos fundamentos jurídicos balizadores dos votos dos ministros do Supremo Tribu-

nal Federal, em sede de julgamento do Recurso Extraordinário (RE), que trata sobre a possibilidade de se atribuir efeitos jurídicos previdenciários a uniões estáveis concomitantes é o problema de pesquisa que passa a nortear a investigação.

Na consecução de respostas para o problema formulado, a pesquisa tem como objetivo geral discutir a possibilidade do reconhecimento jurídico das uniões estáveis simultâneas por meio do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE, tendo como premissa a teoria crítica do Direito Civil. Desta forma, cumpre ressaltar que o princípio motivador do processo investigativo se assenta na intencionalidade de compreender e analisar criticamente os fundamentos teóricos, conceituais, sociais e jurídicos lançados pela Suprema Corte para denegar o direito e marginalizar o arranjo familiar trazido à baila. Embora de suma importância, não se objetiva discutir as repercussões jurídicas decorrentes do reconhecimento, discussão oportuna que caberia em futura reflexão, mas tão somente focar os elementos constitutivos do processo decisório.

O método adotado é o histórico-indutivo. A problemática da pesquisa é desenvolvida por meio da abordagem qualitativa, com intuito de analisar os objetivos em uma perspectiva descritiva e exploratória. A técnica de pesquisa é a revisão bibliográfica e a análise documental. A estratégia de coleta de dados adotada é o fichamento da bibliografia e de documentos públicos primários.

O plano de trabalho da presente pesquisa está organizado em duas etapas. Inicialmente, objetiva-se apresentar os principais pressupostos teórico-conceituais da teoria crítica do Direito Civil na consecução de novos paradigmas para o Direito Civil brasileiro por meio de uma visão multidimensional, alicerçada na legalidade constitucional, tendo, como fundamento, os princípios da pluralidade, diversidade, democracia e igualdade.

Na sequência, analisa-se o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE relativo às uniões simultâneas, no Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral sobre a matéria, no intuito de não apenas compreender e descrever os fundamentos das decisões do ministro relator e do ministro divergente, mas também analisar criticamente tendo como marco a teoria crítica do Direito Civil.

1 TEORIA CRÍTICA APLICADA NO DIREITO CIVIL: FUNDAMENTOS E PERSPECTIVAS TEÓRICO-CONCEITUAIS

O conceito de *crítica* foi empregado de maneira diversa ao longo das quadras históricas, denotando-se, assim, a sua natureza ambígua e polissêmica. Conforme ensinamento de Correas (1995), em Kant, por exemplo, a crítica assume o papel de operação analítica do pensamento, uma forma de trabalhar. De modo distinto, em Marx, a crítica tem a função de desvelar a realidade ocultada e desmitificar as ideologias. Segundo Coelho (2019, p. 74), o núcleo da teoria crítica busca, fundamentalmente, a “[...] adesão ao real, a descoberta da verdade pela recusa de negar, distorcer ou omitir.”

A origem da teoria crítica remonta à Escola de Frankfurt, um grupo de intelectuais e pesquisadores de tradição marxista não-ortodoxa ligados ao Instituto de Pesquisa Social, entre os quais Adorno, Horkheimer, Marcuse, Benjamin e Habermas (PEREIRA, 2018). De acordo com Giroux (1986, p. 21), a Escola de Frankfurt ressaltou “[...] a importância do pensamento crítico, argumentando que ele é uma característica construtiva da luta pela autoemancipação e pela mudança social”. Uma postura crítico-emancipatória, que visa romper com os padrões de opressão por intermédio da conscientização e desvelamento da realidade posta.

A expressão *teoria crítica* foi concebida por Horkheimer na obra *Teoria Tradicional e Teoria Crítica*, para designar uma perspectiva teórica que não se limita a observar e descrever a realidade, mas designa uma postura metodológica que busca interpretar e analisar, questionando os resultados em um estado permanente de desconfiança (NARDELLA-DELLOVA, 2019).

No campo jurídico, Coelho (2019, p. 190) auxilia na compreensão do processo de inserção da teoria crítica, visto que, para o jurista, são três os estratos teóricos em que se manifesta o saber jurídico: I) o dogmático, saber teórico alicerçado na descrição da norma; II) o zetético, saber baseado nos pressupostos de investigação dos “[...] conteúdos sociais normados”; e III) o crítico, “[...] uma teoria construtiva e prospectiva do direito enquanto instrumento das mudanças que se fizerem necessárias à sociedade.”

Nesse ponto, uma vertente crítica busca abrir espaço para novos agentes e grupos sociais marginalizados histórico-socialmente pelos diplomas legais. Ensina Wolkmer (2015a, p. 33), “a teoria crítica revela-se como instrumental operante que permite a tomada de consciência dos sujeitos na história e a ruptura de sua condição de opressão, espoliação e marginalidade”. Um novo sujeito, não mais abstrato e universal, preconcebido aprioristicamente, mas um “[...] sujeito vivo, atuante e livre, que participa, autodetermina-se e modifica a mundialidade do processo histórico-social” (WOLKMER, 2015b, p. 236).

Nesse sentido, por exemplo, ao perscrutar os fundamentos da legislação brasileira em uma perspectiva histórica, Machado Neto (1979) defende que, dos três grupos étnico-raciais que constituíram a nacionalidade brasileira, somente o do colonizador (homem, branco, cristão, europeu, heterossexual, cisgênero, proprietário e conservador) foi determinante e se impôs no processo de constituição da juridicidade.

Não obstante terem contribuído para a construção da cultura nacional, não se pode admitir que a moral, as leis e os costumes das populações negras e indígenas tenham influído para a instituição do direito adotado, assim, somente um exerceu influência na consolidação do sistema jurídico, um direito dominante e excludente. Corroborando essa afirmação Wolkmer (2015a) ao sustentar que, decorrente do processo de colonização portuguesa, se consolidou uma cultura jurídica unidimensional, reprodutora de contradições e permeada de retórica formalista liberal e conservadora.

As próprias declarações de direitos humanos foram instituídas tendo-se como premissa e ponto de partida, esse homem paradigmático (ROSSI; KOZISKI, 2021). A mulher, o negro, o colonizado, o indígena e o estrangeiro, excluídos das condições de humanidade, foram marginalizados (BRAGATO, 2009), tanto que se contemplam, hodiernamente, as lutas organizadas de movimentos sociais e entidades coletivas populares para o reconhecimento de direitos que respeitem a sua cultura, identidade e diversidade, o direito de existir e ser reconhecido como existência humana.

Outrossim, o direito vai operando na realidade e criando espaços de não-direito, estipulando o que é legítimo e ilegítimo. O paradigma dominante cria esses espaços, os quais, porém, vão sendo, gradativamente, ocupados pelos grupos que foram marginalizados, mas que vão avançando da periferia do mundo jurídico para o centro, galgando tutela jurídica para realidades sociais, até então, rejeitadas e abandonadas. Os excluídos dessa operação de seletividade compõem “uma histórica periférica”, a daqueles que foram silenciados (FACHIN, 2012, p. 201-202).

Na perspectiva da teoria crítica, almeja-se uma mudança do paradigma dos direitos humanos de origem liberal-burguesa – construído para atender aos interesses de grupos sociais específicos, cuja titularidade é abstrata, individualista e pretensamente universal, visto que o protótipo do sujeito humano é restrito – na consecução de um modelo fundamentado na práxis

histórica da libertação dos oprimidos por meio da luta dos povos emergentes em um processo constante de construção social da realidade.

Em síntese, o Direito em uma perspectiva crítica pode ser conceituado como sinônimo de Direito humanista, que centraliza a pessoa humana como valor supremo, absoluto e inegociável (NARDELLA-DELLOVA, 2019). Nesse caso, torna-se imperioso repensar o exercício da atividade jurídica a partir de um outro paradigma: uma lógica que seja “[...] capaz de encarar a produção dos direitos como inerentes ao processo histórico-social, um Direito que transpõe os limites do Estado, encontrando-se na práxis social, nas lutas cotidianas, nas coletividades emergentes, nos movimentos sociais, etc.” (WOLKMER, 2015a, p. 119).

Diante do exposto, adota-se uma perspectiva de teoria crítica que pode ser concebida como uma postura ética e epistemológica que o pesquisador (jurista) manifesta em face do objeto de investigação (fenômeno jurídico), assumindo um horizonte contradogmático e antipositivista. Portanto, busca-se indagar, perquirir, perscrutar, desvelar e analisar os fatos jurídicos-sociais em uma perspectiva sócio-histórica-cultural assentada na realidade concreta, afastando-se de universalismos, abstracionismos e idealismos, não se limitando a descrever e compreender, mas, sobretudo, analisar e propor soluções alternativas ao modelo hegemônico-dominante.

1.1 A Teoria Crítica do Direito Civil: para além do posto e acabado

A teoria crítica do Direito Civil visa revisitar e reconfigurar os clássicos institutos civilísticos, bem como os principais institutos do direito privado: família, contrato e propriedade, na perspectiva da diversidade, pluralidade e democracia. Fachin (2012), expoente da perspectiva crítica no âmbito do direito privado, inclusive por ser autor de uma obra referencial para o campo de investigação (*A teoria crítica do Direito Civil*), sustenta que a teoria crítica visa promover a análise dos clássicos e consolidados institutos jurídicos à luz da axiologia constitucional e do contexto histórico-social.

Particularmente no âmbito do direito privado, nota-se que os juristas têm fortes apegos ao passado e dificuldades de atender aos anseios da sociedade, tendo em conta que buscam em estruturas antigas e, no contexto histórico-social europeu, respostas para as particularidades e diversidades da condição brasileira, que, por vezes, menosprezam e ignoram (WOLKMER, 2015a).

De outro lado, a teoria crítica não tem desprezo pelos clássicos, mas “é uma busca de respostas que sai do conforto da armadura jurídica, atravessa o jardim das coisas e dos objetos e alcança a praça que revela dramas e interrogações na cronologia ideológica dos sistemas”, isto é, “[...] uma teoria crítica construindo um modo diverso de ver” (FACHIN, 2012, p. 6). Para Miaille (1984, p. 49) “[...] o direito nunca está só”, logo, “[...] se torna compreensível unicamente em relação com outros fenômenos sociais”.

Em relação ao Código Civil de 2002, embora tenha sido promulgado 14 anos após a Constituição Federal de 1988, considera-se que seus “[...] avanços foram muito comedidos para enfrentar a evolução e o grau de complexidade das relações sociais, vivenciadas nos horizontes de um novo milênio, marcadas por diversidades e realidades emergenciais” (WOLKMER, 2015a, p. 146). Conforme ensina Fachin (2012, p. 12), o Código Civil, que completa 20 anos de vigência, representa o legado “[...] desse sistema que teima em recusar a travessia do indivíduo ao sujeito, e do sujeito à cidadania”.

A falta de colação histórica-social do diploma legislativo fica expresso: “é o inegável envelhecimento do que já nasceu passado, pois foi parido de costas para o presente” (FACHIN,

2012, p. 12). Aliás, não foi capaz de representar uma “nova arquitetura jurídica substancial” em face do antigo diploma, pois tem como essência uma concepção abstrata, individual e pretensamente universal do sujeito de direito. Para Carvalho (1981), a relação jurídica deve restaurar a primazia da pessoa humana e adotar o horizonte do sujeito em concreto. O civilismo pretensamente neutro não é mais capaz de dar conta das situações fáticas emergentes da sociedade em constante mutação, sobretudo por estar alicerçado em reducionismos e abstracionismos (RIBEIRO, 2021).

À vista disso, “[...] o medievo que emoldura os institutos do *status quo* se mostra em pânico” (FACHIN, 2012, p. 12). Isso se deve ao fato de que o Direito coopta alguns fatos da realidade concreta e atribui-lhes juridicidade, desconsiderando outros que não lhe interessa, ou, quando acolhe a realidade, emoldura-a com contornos bem definidos, promovendo uma verdadeira deformidade da realidade fática a fim de enquadrá-la no conceito jurídico aceito e elegido no sistema jurídico vigente (FACHIN, 2012).

O Código Civil de 2002 perdeu a oportunidade histórica de promover a inclusão daqueles que são marginalizados e não encontram espaço na sociedade. Entretanto, compete ao jurista – considerando-se que as modificações na codificação ocorrem em duas frentes: interna, relativa à sua estrutura; e externa, atinente aos axiomas fundantes (FACHIN, 2015) – promover a construção de espaços de inclusão e democratização do sistema a partir do próprio sistema, não fechado em si mesmo, mas em sintonia com a legalidade constitucional.

Assim, a teoria crítica pressupõe e exige que a apreciação dos fenômenos sociais e jurídicos analisados não se limite à descrição, compreensão e repetição, mas tenha como premissa a análise e a interpretação; para tanto, torna-se fundamental adotar uma postura aberta, permitindo-se que os próprios conceitos criticados e analisados possam ser reavaliados. Portanto, não se trata de promover soluções gerais para dilemas universais, mas dispor-se em um processo contínuo de interrogação e questionamento dos clássicos institutos à luz da realidade histórico-cultural, compreendendo que o Direito não é dono do real, nem o contém em sua integralidade (FACHIN, 2012).

Por isso, o jurista deve estar atento às novas dinâmicas sociais, analisando a realidade concreta e respeitando a sistematicidade do ordenamento jurídico unificado em torno da Carta Fundamental. Contribuindo, assim, para a consolidação de uma cultura jurídica construída por meio de um novo perfil de jurista e novos aportes teórico-práticos, sintonizada com os anseios da sociedade e comprometida com horizontes mais justos, solidários, participativos e emancipadores (WOLKMER, 2015a).

O campo familiarista pode ser designado como ambiente que vivenciou as principais transformações experimentadas pelo direito privado nas últimas décadas. Quando se contempla que a realidade sócio-histórico-cultural insiste em florescer e grupos emergentes, historicamente marginalizados e excluídos dos círculos de proteção da juridicidade, passam a conclamar reconhecimento e igual tutela jurídica, levantando as bandeiras da igualdade e dignidade da pessoa humana previstas na Carta Fundamental.

No ensinamento de Fachin (2012, p. 127), ainda que o sistema jurídico defina padrões a serem seguidos e requisitos para reconhecimento de realidades sociais, elementos que não são naturalmente definidos ou providencialmente fixados, “[...] o passar do tempo, entretanto, demanda uma transformação desses conceitos pela força com que os fatos acabam se impondo, mesmo que essas relações não tenham, originalmente, regulação”. Assim, os arranjos familiares emergentes são, ao mesmo tempo, conquistas de grupos minoritários e novos atores sociais, e dilemas a serem enfrentados pela juridicidade (FACHIN, 2015).

Nesse ponto, têm-se inúmeros exemplos, entre os quais, o deslocamento do eixo matrimônio para o eixo eudemonista (afetividade e solidariedade) como elemento fundante da entidade familiar, e suas consequências e repercussões, tais como a isonomia entre filhos, levando-se em conta que, no Código Civil de 1916, o filho adotivo poderia receber, a depender da temporalidade em que se efetivava a adoção, metade daquilo que era destinado aos demais, e, atualmente, não prevalece qualquer distinção para fins de direito. Também o concubinato, que, outrora vinculado a noções de sociedade de fato no campo das obrigações, concretizou-se como entidade familiar, reconhecida constitucionalmente.

Além disso, tem-se a socioafetividade, que representa a sabedoria popular: ‘pai é quem cria’, um fenômeno social que foi trazido à baila do mundo do Direito, que por sua vez, atribuiu status jurídico a uma realidade amplamente difundida e vivenciada, bem como o reconhecimento da multiparentalidade. Entretanto, Paiano (2019) ressalta que o Código Civil brasileiro não faz menção à realidade socioafetiva, tampouco avança na matéria de filiação como deveria. Portanto, segundo a jurista, o diploma legislativo é excludente ao ignorar essa modalidade amplamente aceita pela sociedade.

Embora não seja uma vitória alcançada pelo caminho legislativo, outro exemplo é o reconhecimento jurídico das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, por meio da decisão paradigmática exarada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ em 2011, e a respectiva possibilidade de adoção por esses casais.

Assim, embora o sistema normativo opere recortes na realidade para incluir e excluir os modelos tidos como legítimos, no intuito de “[...] definir que determinados sujeitos podem ser considerados filhos, ao passo que outros não podem ser designados como tais” (FACHIN, 2012, p. 209), a realidade fática se impôs e sentenciou o fim desse sistema excludente, acolhendo manifestações plurais e diversas.

O reconhecimento jurídico das realidades sociais demanda uma postura crítica e reflexiva do jurista, visto que se torna imprescindível compreender as novas dinâmicas, porque “a morada da relação familiar tem diversas arquiteturas” (FACHIN, 2012, p. 59). Assim, compete ao Direito oferecer uma resposta adequada à realidade social, sob pena de perder a sua aderência histórica e tornar-se instrumento de perpetuação de estruturas antigas e excludentes, elaboradas por um grupo dominante, com prevalência de um modelo preestabelecido e rejeição dos demais. Tal postura não condiz com a axiologia constitucional, e o jurista deve ser formado para atuar nessas demandas, com o intuito de assegurar a efetivação dos direitos e garantias individuais e coletivos no seio da sociedade contemporânea.

Em vista disso e em face do inevitável declínio do padrão assentado nas concepções liberais de um indivíduo abstrato, deve-se, em consonância com os novos tempos, que fazem novas exigências, promover um “[...] renascimento republicano” (AZEVEDO, 1975, p. 21), o que significa que, hodiernamente, o civilista deve reconhecer que “[...] é tempo, pois, de operar criticamente e ‘reinventar’ o Direito Civil” (FACHIN, 2012, p. 99). Além disso, deve aprender a lidar com as indispensáveis instabilidades resultantes das entradas e saídas que o sistema experimenta, um sistema aberto e a serviço da sociedade e do sujeito, que não é posto e acabado, mas que está em constante construção. Um Direito Civil contemporâneo, crítico, emancipatório e democrático, situado sócio historicamente, que não despreza o passado, mas está assentado no presente com vistas direcionadas ao futuro.

2 ANÁLISE CRÍTICA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.045.273/SE COM REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA

O Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE¹ se tornou paradigmático relativamente a matéria das famílias simultâneas ou uniões poliafetivas. Embora corresse em segredo de justiça, a comunicação do Supremo Tribunal Federal relatou que o caso envolveu um relacionamento mantido durante doze anos entre um homem e seu companheiro falecido, união estável reconhecida judicialmente em instância primária, com atribuição de efeitos previdenciários póstumos. Concomitantemente, o falecido manteve relacionamento com uma mulher, no qual tiveram um filho, tendo sido reconhecida a união estável entre ambos em sentença transitada em julgado. Em que pese não haver nos autos informações que possam delimitar a união estável precedente no campo fático, a mulher foi a primeira a acionar o Poder Judiciário para obter reconhecimento da união estável e receber a pensão por morte (BRASIL, 2019).

Em face da sentença favorável ao autor da demanda, a mulher recorreu ao Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe (TJ-SE) pleiteando a reforma da decisão prolatada em primeira instância. A sentença foi reformulada, embora se reconhecesse a união estável homoafetiva, a pretensão do apelado não poderia ser reconhecida por haver uma união estável precedente, tendo em vista a impossibilidade jurídica do reconhecimento de uniões estáveis concomitantes no ordenamento jurídico brasileiro.

O processo que culminou com a decisão colacionada foi reatuado na Suprema Corte em maio de 2017, sendo designado o ministro Alexandre de Moraes como relator. A sessão extraordinária designada para o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE que foi interposto contra o Acórdão proferido pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (AC 5.802/10)² iniciou os trabalhos na manhã do dia 25 de setembro de 2019.

¹ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 529. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. RATEIO ENTRE COMPANHEIRA E COMPANHEIRO, DE UNIÕES ESTÁVEIS CONCOMITANTES. IMPOSSIBILIDADE. 1. A questão constitucional em jogo neste precedente com repercussão geral reconhecida é a possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas, e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes - independentemente de serem relações hétero ou homoafetivas. 2. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem precedentes no sentido da impossibilidade de reconhecimento de união estável, em que um dos conviventes estivesse paralelamente envolvido em casamento ainda válido, sendo tal relação enquadrada no art. 1.727 do Código Civil, que se reporta à figura da relação concubinária (as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato). 3. É vedado o reconhecimento de uma segunda união estável, independentemente de ser hétero ou homoafetiva, quando demonstrada a existência de uma primeira união estável, juridicamente reconhecida. Em que pesem os avanços na dinâmica e na forma do tratamento dispensado aos mais matizados núcleos familiares, movidos pelo afeto, pela compreensão das diferenças, respeito mútuo, busca da felicidade e liberdade individual de cada qual dos membros, entre outros predicados, que regem inclusive os que vivem sob a égide do casamento e da união estável, subsistem em nosso ordenamento jurídico constitucional os ideais monogâmicos, para o reconhecimento do casamento e da união estável, sendo, inclusive, previsto como deveres aos cônjuges, com substrato no regime monogâmico, a exigência de fidelidade recíproca durante o pacto nupcial (art. 1.566, I, do Código Civil). 4. A existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos. 5. Tese para fins de repercussão geral: "A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro". 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

² Apelação cível – Constitucional, civil e previdenciário – Pensão por morte – Relação homoafetiva – Possibilidade de reconhecimento com status de união estável, inclusive para fins de recebimento de benefício previdenciário – Inexistência de vedação nos artigos 226, § 3º da CF e 1723 do CC – Ausência de previsão legal – O julgador não pode esquivar-se da prestação jurisdicional – Autorizado, neste caso, o emprego dos métodos integrativos da lei, inclusive

O advogado do autor do recurso assinalou que as famílias simultâneas devem ser reconhecidas para fins de extensão dos efeitos previdenciários em face da existência de unidade familiar. Marcos Vecchi, patrono do companheiro da relação homoafetiva, ainda ressaltou que a Suprema Corte tem um importante papel contramajoritário de defesa das minorias, e que o caso em tela não versava sobre relação ocasional, mas relacionamento consolidado e amplamente conhecido pela sociedade local.

Ademais, representando o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP), Anderson Ribeiro sustentou que a divisão não traria ônus ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), tendo em vista que o valor seria rateado, e não pago em dobro. Outrossim, ressaltou que a pensão por morte tem a finalidade de garantir proteção social, não sendo possível proteger uns e desproteger outros na mesma condição, pois há duas famílias, embora tal realidade afronte a ordem moral vigente.

Em nome da Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS), falou Regina Beatriz Tavares da Silva, sustentando que as relações de concubinato não têm efeitos previdenciários diante da Constituição Federal, considerando que a monogamia é princípio constitucional estruturante do direito das famílias, além disso ressaltou que as pessoas que desejam, podem viver duas uniões concomitantes, mas não queiram a proteção jurídica do Estado.

Aliás, cumpre ressaltar que a entidade teve vigorosa atuação no caso, questionando se relacionamentos baseados na poliafetividade poderiam ser considerados como família³. Por outro lado, a participação do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) como *amicus curiae* foi indeferida pelo ministro relator no dia 18 de fevereiro de 2019, participando, posteriormente, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 883.168/SC que versava sobre temática semelhante.

Por fim, pela procuradoria da república, manifestou-se Cláudia Sampaio pela negação ao provimento do recurso, ressaltando que o sistema normativo apenas reconhece o concubinato em duas situações, a saber, na hipótese de separação de fato e na hipótese do casamento putativo de boa-fé. Assinalou, por fim, que a monogamia é um princípio estruturante, tanto que a bigamia é um ilícito no sistema normativo brasileiro.

Na sequência votou o relator ministro Alexandre de Moraes, seguido dos ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Abriu a divergência o ministro Edson Fachin, sendo acompanhado pelos votos dos ministros Luis Roberto Barroso, Rosa Weber, Cármen Lúcia e Marco Aurélio de Mello. A sessão foi suspensa pelo pedido de vistas do ministro Dias Toffoli, sendo retomada e concluída de maneira virtual entre os dias 11 a 18 de dezembro de 2020, em que votaram os ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Nunes Marques.

da analogia – Inteligência do art. 4º da LICC – Aplicação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da não-discriminação entre os sexos – Hipótese diversa impede o reconhecimento da relação homoafetiva como requerido pelo apelado – Existência de declaração judicial de união estável havida entre o de cujus e a primeira apelante em período concomitante – Concubinato desleal – Inadmissibilidade pelo ordenamento jurídico pátrio, cujo sistema não admite a coexistência de duas entidades familiares, com características de publicidade, continuidade e durabilidade visando a constituição de família – Analogia com a bigamia – Precedentes do STJ e do Tribunal de Minas Gerais – Sentença reformada – Recurso conhecido e provido – Votação unânime. (TJSE, 1ª Câm. Cív., AC 5802/10, rel. Des. Suzana Maria Carvalho Oliveira, j. 22.03.2011.)

³ Inclusive, a entidade, ao final do julgamento, publicou a seguinte notícia: “*Vitória da família brasileira! Monogamia prevalece no STF – 6 votos pela não atribuição de direitos previdenciários para amantes. Julgamento encerrado*”. Disponível em: <http://adfas.org.br/2020/12/18/vitoria-da-familia-brasileira-monogamia-prevalece-no-stf-6-votos-pela-nao-atribuicao-de-direitos-previdenciarios-para-amantes-julgamento-encerrado/#prettyPhoto>.

2.1 Relator: ministro Alexandre de Moraes

O voto do ministro relator reconhece que a ação preenche os requisitos necessários para ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Na sequência, discorre brevemente sobre o caso em questão como uma ação de reconhecimento de sociedade de fato homoafetiva. A descrição do relator se equivoca a realizar tal menção, uma vez que o caso, conforme decisão exarada pelo juízo de primeiro grau e confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Sergipe, tratava-se da possibilidade de reconhecimento de união estáveis simultâneas.

A linguagem não é neutra, é intencional, bem como o direito não é neutro. O mito da neutralidade, manifesto pelo discurso pós-político e descomprometido com a realidade social, cobre a ideologia dominante daqueles que política, econômica e historicamente ocuparam os espaços de poder e construíram o direito para cumprir a finalidade de garantir a manutenção desse poder, assegurando, assim, a manutenção do *status quo*. Aliás, Arruda Junior (1989) assevera que os juristas sempre estiveram à serviço da manutenção do *status quo*. Para tanto, Menna Barreto defende que (2021, p. 39), “um dos papéis da Crítica do Direito é a denúncia da função ideológica que encobre a própria fundamentação do jurídico”.

Não sendo neutra, a opção pela expressão ‘sociedade de fato’ em detrimento do conceito de ‘união estável’ revela a tentativa semântica de descaracterizar o caso analisado. Inclusive, consoante a ementa colacionada pelo ministro relator, o Tribunal reconheceu a união estável homoafetiva entre o *de cuius* e o apelante, tendo em vista que as provas trazidas aos autos, bem como os depoimentos testemunhais colhidos pelo juízo de primeiro grau eram suficientes para caracterizar a unidade familiar (art. 1.723, Código Civil), contudo, os efeitos jurídicos não foram estendidos por decorrência da concomitância dos relacionamentos.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que o caso não tratava de relacionamento eventual, casual, espúrio, escondido (RUZYK, 2005), mas uma entidade familiar reconhecida por um juiz de Direito e confirmado pelo Colegiado de um Tribunal de Justiça à luz da realidade social trazida aos autos do processo. Assinala-se, portanto, que o civilismo pretensamente neutro que marginalizou a unidade familiar não dá conta das situações e sujeitos sociais emergentes, pois promove simplificações alicerçadas em juízos abstratos e universais (RIBEIRO, 2021).

Em tempo, o voto do ministro relator assinala a impertinência relativa a discussão sobre a modalidade da união estável, sendo hetero ou homoafetiva, uma vez que a Suprema Corte reconheceu efeitos jurídicos a essa última em julgamento paradigmático em 2011 (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ). Portanto, fixou a controvérsia sobre a “[...] possibilidade de reconhecimento, pelo Estado, da coexistência de duas uniões estáveis paralelas e o consequente rateio da pensão por morte entre os companheiros sobreviventes, independentemente de serem hetero ou homoafetivas.” (BRASIL, 2020, p. 3).

Ademais, o relator entendeu não ser possível o reconhecimento jurídico de uniões estáveis paralelas, inclusive, para fins de rateio de pensão por morte. Na decisão, cita um julgado da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal de relatoria do ministro Marco Aurélio de Mello. Conforme trecho do voto citado, o relator não estende proteção a relação simultânea sob a justificativa de que um dos integrantes era casado, portanto, à luz do artigo 1.723, §1º, relativo ao impedimento do artigo 1.521, inciso VI, não se poderia contemplar uma união estável entre ambos.

Ignora o ministro relator de que o julgado trazido à lume para subsidiar a sua decisão não tem correlação com o caso concreto analisado nos autos, cometendo um abstracionismo analógico que pretende enquadrar a realidade do caso ao modelo preexistente (FACHIN, 2012). O julgamento da Primeira Turma tratava de uma união constituída por indivíduos que detinham um

impedimento legal – aliás, considera-se que a previsão legislativa seja uma afronta a natureza jurídica da união estável, sobretudo por se aplicar impedimento do matrimônio a arranjo familiar diverso – no caso em tela, tem-se duas uniões estáveis, logo, a referência ao julgado não tem pertinência e nem aderência para o caso deliberado.

Relativamente aos impedimentos, Schreiber (2021) explica que não há impossibilidade de constituição de união estável simultânea a uma outra, há somente em relação a um casamento preexistente, e nesse caso, apenas na hipótese de não haver separação de fato ou judicial. Logo, o legislador reforçou a noção de espontaneidade e informalidade que configura a união estável, divergindo da natureza jurídica do casamento, que é um ato solene.

O jurista, no que se refere ao artigo 1.727 do Código Civil, defende a inconstitucionalidade do dispositivo, pois “se o Constituinte reservou proteção à união estável como entidade familiar independente do casamento, é certo que o legislador ordinário não poderia ter imiscuído na sua disciplina o regime dos impedimentos matrimoniais.” (SCHREIBER, 2021, p. 2096). Portanto, sendo fruto do fato social, não poderiam esbarrar em norma do casamento, aqueles que, observando os demais critérios, constituíram uma união de fato, uma união estável.

Adiante, o ministro relator sustenta em seu voto que “[...] a união estável é similar ao casamento civil, caracteriza como união com aparência conjugal” (BRASIL, 2020, p. 6). Na perspectiva da teoria crítica, opera-se um encobrimento do outro (DUSSEL, 1993) ao negar-lhe sua natureza própria, nega-se a possibilidade de plena existência. Essa negação pode ser constatada pela tentativa reiterada de assemelhar a união estável ao tipo ideal do matrimônio, negando e ignorando sua particularidade.

Na lição de Fachin (2012), os paradigmas clássicos que emolduram a realidade encontram-se em pânico em face das novas dinâmicas sociais. Assim, em uma perspectiva emancipatória, não se pode admitir distorções da realidade a fim de atender um projeto político-ideológico alicerçado em uma cultura dominante que reconhece no casamento um paradigma absoluto. Portanto, embora possa parecer similar, como advogado pelo relator, a natureza jurídica dos modelos constitutivos de família é diversa, uma assentada no contrato solene de natureza formal e outra em uma espontaneidade de natureza material (LÔBO, 2008a; SILVA, 2013; CAVALCANTI, 2016).

O voto destaca que a primeira legislação que pretendeu regulamentar o artigo 226, §3º da Constituição Federal foi a Lei n. 8.971/1994, estabelecendo lapso temporal de cinco anos ou existência de prole comum como requisito da configuração da união estável. Com o advento da Lei n. 9.278/1996, o prazo foi suprimido, de modo que os critérios passaram a ser mais abertos, tais como a convivência duradoura, contínua e pública e a intencionalidade de constituir família (*animus familiae*). Entre o rol de deveres dos companheiros não constava o de fidelidade ou lealdade. Essa imposição nasce com o advento do Código Civil de 2002, que fixa o dever de lealdade.

Alicerçado nesse pressuposto, o ministro Alexandre de Moraes cita o artigo 1.521, do Código Civil, como fundamento para a sua decisão, valendo-se da premissa apresentada acima no caso relatado pelo ministro Marco Aurélio de Mello. Entretanto, o impedimento que inviabiliza o reconhecimento de união estável é relativo a pessoa casada, e não se refere aos companheiros, logo, o impedimento não se aplica ao caso concreto, tendo em vista que versa sobre uniões estáveis que se mantiveram simultâneas.

Para Santiago (2015, p. 113), “o raciocínio é simples: por meio de um exercício hermenêutico subversivo e flagrantemente inconstitucional, extrai-se a monogamia a partir da interpretação de dispositivos legais que já nasceram ultrapassados, qualificando-o como princípio”.

Assim o fez Tavares da Silva (2021), ao sustentar que a monogamia é um princípio constitucional, e na sequência, citar três dispositivos do Código Civil para justificar (art. 1.521, VI; art. 1.723, §1º e art. 1.727), isto é, interpreta a Constituição à luz do Código Civil, caracterizando flagrante subversão.

Continuando, o ministro relator intenta extrair o princípio da monogamia como elemento estruturante do direito das famílias a partir do artigo 235 do Código Penal. Entretanto, novamente, não se aplica ao caso analisado. Para Greco (2004, p. 48), “em matéria penal, por força do princípio da reserva legal, não é permitido, por semelhança, tipificar fatos que se localizam fora do raio de incidência da norma, elevando-os à categoria de delitos”. Como visto na seção anterior, o tipo penal não pode ser aplicado por analogia *in malam partem* (NUCCI, 2015)⁴ à união estável, tendo em vista que se refere a ilicitude do indivíduo contrair, de má-fé, dois casamentos ao mesmo tempo.

Pela redação estrita do artigo 235 do Código Penal brasileiro, incorre em crime de bigamia aquele que, sendo casado, contrai novo matrimônio em concomitância. O bem jurídico tutelado é o casamento. Na lição de Nucci (2015, p. 1159), a poligamia, praticada por um indivíduo casado, que contrai dois ou mais casamentos também fá-lo incurso no mesmo tipo penal, sendo “[...] considerado bigamo, embora seja autêntico polígamo.”

A despeito da afronta ao princípio da intervenção mínima (Direito Penal é a *ultima ratio*), que decorre do fato de que tal matéria deveria ser tratada nos limites familiaristas e não criminais, à luz do princípio da reserva legal (artigo 5º inciso XXXIX, da CF88) e da taxatividade, as uniões estáveis simultâneas, bem como as famílias poliafetivas não incorrem em tal previsão legal. O tipo penal fala propriamente do casamento, um rito solene e específico, de modo que a união estável não se encaixa nesse tipo, assim como as uniões poliafetivas, que constituem um único núcleo, portanto; tais arranjos são albergados na atipicidade.

Apesar de, na perspectiva da teoria crítica do Direito Civil, pretender-se a abertura do sistema, um redimensionamento dos institutos clássicos à luz da realidade histórico-social, assim como uma crítica contundente ao positivismo jurídico e ao dogmatismo, a lógica sistemática, que opera no Direito Civil, não deve operar no âmbito do Direito Penal. Enquanto no segundo uma aplicação legalista e circunscrita ao texto tem a finalidade de proteger a dignidade da pessoa humana, a fim de evitar incursões sobre os direitos fundamentais do sujeito; no primeiro, uma interpretação restrita e fechada gera, ao contrário, exclusão, marginalização e mitigação da realização do indivíduo em plenitude.

A monogamia ou exclusividade é ressaltada também tendo como base uma interpretação restritiva e objetiva do artigo 226, §3º da Constituição Federal no que se refere a conversão da união estável em casamento. Na perspectiva do ministro relator, esse mandamento do constituinte ao legislador criou um pressuposto para a configuração da união estável, isto é, de que ela somente seja reconhecida quando passível de ser convertida em casamento.

Para Vecchiatti (2020, p. 3), “isso não está escrito na Constituição e se trata de conclusão de todo arbitrária, ante a autonomia da união estável como o casamento civil.” A interpretação intuitiva consagra o casamento como um estágio superior à união estável, um modelo a ser perseguido por aqueles que se unem precariamente no âmbito da informalidade e espontaneidade. Novamente, intenta-se olhar a realidade social com as lentes do matrimônio, uma hierarquização inconstitucional.

⁴ Isto é, não se pode aplicar a analogia em desfavor do réu. Para Greco (2004, p. 48), “no que tange às normas incriminadoras, as lacunas, porventura existentes, devem ser consideradas como expressões da vontade negativa da lei.”

Nesse ponto, a monogamia é citada como um dogma inquestionável, um ponto de partida da interpretação e construção lógica do ministro relator. Para Wolkmer (2015b, p. 21), o pensamento jurídico crítico tem a finalidade central de “[...] repensar, dessacralizar e romper com a dogmática lógico-formal imperante numa época ou num determinado momento da cultura jurídica de um país”, promovendo as condições pedagógicas de “[...] ‘esclarecimento’, ‘autoconsciência’, ‘emancipação’ e ‘transformação’ da realidade social”. Conforme Fachin (2015), uma hermenêutica jurídica crítica não pode se restringir a interpretar o mundo, mas ser capaz de promover a sua transformação.

Assim, embora os fundamentos que balizaram a decisão não sejam aplicáveis ao caso analisado, tais como a monogamia como dogma inefável do direito das famílias, o julgado colacionado, o dever de fidelidade, a bigamia como crime e o impedimento de pessoa casada, o ministro relator votou pela negação do provimento do recurso extraordinário, propondo a tese de repercussão geral vencedora.

2.2 Voto divergente: ministro Edson Fachin

Abrindo a divergência, assim como o fez o ministro relator, o ministro Edson Fachin ressaltou que a condição de uma das uniões estáveis ser homoafetiva em nada interferiria na análise do caso concreto à luz da Constituição Federal, haja vista o entendimento pacificado da Suprema Corte em sede do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132, inclusive, transcrevendo a ementa dessa última em seu voto.

O ministro relator enfaticamente ressaltou que a questão central a ser deliberada pelo Pleno era a monogamia como princípio estruturante do direito das famílias, preterindo o caso concreto que versava especificamente sobre a questão previdenciária. Nesse ponto, acertadamente o ministro Fachin afirmou que se promoveu uma verdadeira hipertrofiação da discussão que extrapolou os limites do caso em questão, que versava sobre a possibilidade de rateio de pensão por morte no âmbito do direito previdenciário, isto porque o relator optou por fixar uma tese de repercussão geral que atacou outras frentes ainda em debate na comunidade jurídica, principalmente no âmbito familiarista, tais como as relacionadas às famílias simultâneas e às uniões poliafetivas.

Em vista disso, o ministro divergente circunscreveu-se aos limites do campo previdenciário, posicionando-se pela possibilidade do “[...] reconhecimento de efeitos *post mortem* previdenciários a uniões estáveis concomitantes, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva” (BRASIL, 2020, p. 9). Para tanto, valeu-se de analogia com a hipótese do casamento putativo disciplinado no artigo 1.561, do Código Civil brasileiro⁵, em que mesmo sendo nulo ou anulável, o casamento contraído de boa-fé produz seus efeitos jurídicos.

Na esteira desse entendimento, o ministro Edson Fachin propôs a seguinte tese: “É possível o reconhecimento de efeitos previdenciários póstumos a uniões estáveis concomitantes, desde que presente o requisito da boa-fé objetiva”. Embora a dificuldade de se estabelecer os contornos da boa-fé e da má-fé no âmbito dos relacionamentos existenciais (DIAS, 2021), o ministro divergente ressalta que, de acordo com os autos, não restou demonstrado a má-fé dos integrantes, portanto, sendo presumida a boa-fé, os efeitos jurídicos previdenciários deveriam ser estendidos as duas relações existentes.

⁵ Art. 1.561. Embora anulável ou mesmo nulo, se contraído de boa-fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos até o dia da sentença anulatória.

Importa assinalar que a tese proposta pelo ministro em nada contrariava o sistema normativo vigente, pois, além de prestigiar o instituto da boa-fé objetiva (art. 422, do Código Civil), em que pese suas limitações no campo familiarista, sobretudo pela dificuldade de aferição, a tese limita os efeitos do reconhecimento de uniões estáveis simultâneas à seara previdenciária, não contemplando, portanto, questões relativas ao direito das famílias e sucessões.

Embora entenda-se, conforme demonstrado, não haver óbice a extensão de todos os efeitos jurídicos às famílias constituídas em simultaneidade, a tese proposta pelo ministro divergente vai ao encontro do caso concreto e traz uma solução adequada para um problema específico. Para Ruzyk (2012), a teoria crítica do Direito Civil preconiza aquilo que emerge do caso concreto, afastando-se de conceituações abstratas e idealistas, construindo, assim, “[...] as bases para um Direito Civil inclusivo e que, por isso mesmo, rechaça o mito da neutralidade do Direito”, confluindo nas vertentes críticas que recusam o papel pretensamente neutro assumido pelo jurista na teoria e prática jurídica, um papel que presta à conservação e manutenção da ordem vigente.

Ademais, refere-se ao reconhecimento de uniões estáveis concomitantes, silenciando-se sobre a hipótese de uma união estável paralela a um casamento. Nisto também a tese é assertiva, tendo em vista que o caso em tela trata de duas uniões estáveis, situação sobre a qual não incide qualquer impedimento para o reconhecimento jurídico, nem mesmo para o campo das famílias e sucessões.

2.3 A tese para fins de repercussão geral: dever de fidelidade e monogamia

A discussão e deliberação a respeito da temática foi acirrada, foram seis votos contrários: o relator ministro Alexandre de Moraes, acompanhado pelos ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Dias Toffoli e Nunes Marques. E cinco favoráveis: abrindo a divergência o ministro Edson Fachin, sendo seguido pelos ministros Luis Roberto Barroso, Marco Aurélio de Mello, Cármen Lúcia e Rosa Weber.

A tese proposta pelo ministro Marco Aurélio: “é constitucional a divisão da pensão por morte entre duas pessoas que mantiveram, paralela e concomitantemente, relações equiparáveis à união estável com o mesmo indivíduo já falecido” restou vencida. A tese vencedora para fins de repercussão geral estipula que:

A preexistência de casamento ou de união estável de um dos conviventes, ressalvada a exceção do artigo 1723, § 1º, do Código Civil, impede o reconhecimento de novo vínculo referente ao mesmo período, inclusive para fins previdenciários, em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro (BRASIL, 2020, p. 11).

Dada a abrangência da tese fixada, para além da determinação relativa a impossibilidade de reconhecimento de novo vínculo concomitante, inclusive para efeitos previdenciários, importa investigar os fundamentos que alicerçam a decisão. Inclusive, aprovou o relator deixar explicitado tais fundamentos na própria tese, qual seja, “em virtude da consagração do dever de fidelidade e da monogamia pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro” (BRASIL, 2020, p. 11). Portanto, a tese está alicerçada em dois pilares, a monogamia e o dever de fidelidade.

Inicialmente, importa ressaltar que a monogamia não é princípio estruturante do direito das famílias, tampouco é princípio constitucional (SILVA, 2013; SANTIAGO, 2015; GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020). Sua previsão é infraconstitucional e diz respeito ao modelo familiar baseado no matrimônio, e não se aplica a união estável, que tem os mesmos direitos,

mas não os mesmos deveres e impedimentos, haja vista a natureza jurídica distinta (LÔBO, 2008a; SILVA, 2013; CAVALCANTI, 2016).

Tanto é que a proteção jurídica da união estável decorre do *caput* do artigo 226, da Constituição Federal de 1988: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Assim, goza de proteção por ser família, assim como a conjugal é família, a monoparental é família e tantas outras o são. Por força do princípio da pluralidade, a proteção do Estado se estende à família, e não ao casamento, como ocorreu na Constituição Federal de 1967, no artigo 167, que previa que: “a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.” (BRASIL, 1967).

Não foi em vão que o constituinte deslocou o conceito de família como entidade-matrimônio para instituição-social. A pluralidade e a diversidade são harmônicas com a igualdade, liberdade e dignidade humana, compondo um corpo coeso de princípios constitucionais. Assim, não há – em que pese utilizar a expressão “ordenamento jurídico-constitucional brasileiro” no seu texto – qualquer impedimento constitucional que justifique o não reconhecimento de famílias denominadas simultâneas, por força de impedimentos típicos do casamento, ou de famílias poli-afetivas. Bem como não há impedimentos ao reconhecimento de uniões estáveis concomitantes no âmbito infraconstitucional, tendo em vista a ausência de impedimento expresso.

À luz do princípio da igualdade, na dimensão formal, material e de reconhecimento (MIRANDA; TIROLI; ALVES, 2021), não se pode estipular tratamento diverso sem uma fundamentação que justifique tal tratamento. Na lição de Alexy (2017, p. 430), “se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório”. Preenchidos os mesmos requisitos da união estável, a família em situação de simultaneidade não pode ser afastada da tutela jurídica, a não ser que exista uma fundamentação argumentativa sólida que justifique tal discriminação.

Ademais, à luz da teoria crítica, importa ainda assinalar que, em uma perspectiva biológica, a monogamia não é tida como natural, nem para muitas espécies de animais, nem para o ser humano (BARASH; LIPTON, 2007), no máximo uma estratégia evolutiva restrita. No viés sociológico, pode ser concebida como uma construção que tem a finalidade precípua de garantir a perpetuação e manutenção do capital no seio da família por meio do controle da mulher (ENGELS, 2002). Uma engenharia social que representa o domínio do homem sobre a mulher e, respectivamente, sua prole. Portanto, a monogamia não é natural (biológico), mas é normal (social).

Não sendo a monogamia um princípio jurídico, mas um valor moral e não se podendo atribuir os mesmos impedimentos do matrimônio a arranjos familiares de natureza jurídica diversa, não resta corpo argumentativo que possa subsidiar tamanha discriminação. Ainda que se considerasse a aplicação do dever de fidelidade e da monogamia às uniões estáveis, não parece esses serem suficientes em face da dignidade humana, responsabilidade, igualdade, liberdade, solidariedade, afetividade, publicidade, comunhão plena de vida, continuidade e durabilidade que fundamentam as uniões estáveis.

Portanto, não cabe sustentar a possibilidade jurídica do reconhecimento das uniões estáveis que se encontram em situação de concomitância, ao contrário, o ônus deve recair sobre aqueles que argumentam o seu não reconhecimento (VECCHIATTI, 2014), pois se não haver um conjunto argumentativo sólido que subsidie a discriminação, o reconhecimento é tácito.

Em seu texto, Tavares da Silva (2021) menciona que a monogamia é amplamente aceita como valor social, portanto, deve ser observada. Nesse ponto, imperioso ressaltar que não se deve impor um valor coletivo hegemônico dominante a uma minoria que não compartilha do

mesmo valor. Para Santos (2000, p. 16-17), a crítica é “[...] subversiva na medida em que visa criar desfamiliarização em relação ao que está estabelecido e é convencionalmente aceito como normal”. À luz da teoria crítica, que visa desvelar a realidade posta, poderia se observar uma tentativa de imposição de um padrão dominante sobre uma diversidade dominada.

Ao invés de promover a inclusão e emancipação dos sujeitos em um ambiente democrático (WOLKMER, 2015b), o estandarte da monogamia, levantado e aguerridamente defendido, promove a marginalização dos sujeitos, como dito, sobretudo das mulheres, um verdadeiro encobrimento do outro (DUSSEL, 1993). Resulta, assim, no silenciamento e ocultação de uma realidade social que reclama proteção jurídica, e faz jus a tal proteção, pois não está alicerçada somente na afetividade, mas em todos os requisitos principiológicos e legais.

Nesse sentido, destaca-se que os autos não permitiram definir a união estável que era precedente, ambas foram reconhecidas judicialmente por juízes togados que, à luz da realidade social e das provas, constataram o preenchimento dos requisitos para declaração de união estável (art. 1.723). Não se trata de mancebia, adultério, traição ou outro adjetivo que se queira atribuir, são famílias, constitucionalmente tuteladas (art. 226, §3º).

Uma foi albergada em detrimento da outra por ter chego primeiro. No plano concreto, a decisão marginalizou uma família em face da outra, como se colocasse em uma pista de atletismo o homem e a mulher para disputarem, em uma espécie de ordália ou juízo divino: aquele que atravessasse primeiro a linha de chegada seria reconhecido como família ‘legítima’, a outra, mera mancebia.

Não parece ser esse o tratamento adequado a ser dispensado às famílias à luz da principiologia constitucional. Ademais, não é a previsão da norma infraconstitucional, que conforme citado, não inviabiliza o reconhecimento jurídico de duas uniões estáveis simultâneas. No ensinamento de Schreiber (2021), o impedimento é relativo ao reconhecimento de união estável concomitante ao casamento, e mesmo assim, havendo separação de fato, não há óbice, tendo em conta a natureza espontânea e informal das uniões estáveis, produto da vida social.

Conforme Cavalcanti (2016, p. 67), as uniões estáveis paralelas são uma “[...] realidade fática, devendo os casos existentes serem tratados pelo ordenamento jurídico.” Assim, “o Direito não pode permanecer desatento às mudanças sociais” (PADILHA, 2017, p. 125). Portanto, não pode ignorar a realidade social que se impõe, sobretudo no caso em tela, em que não há impedimentos próprios que pudessem justificar o não reconhecimento das duas uniões estáveis. Ademais, o não reconhecimento é um prêmio para aquele que constituiu união simultânea, pois não é responsabilizado pela família que constituiu (PEREIRA, 2020).

Além do mais, o dever de fidelidade sustentado pelo relator não tem mais relação com a realidade social. Posto que tenha sido formulado para cumprir, de acordo com o paradigma do matrimônio-patrimônio, a finalidade de subjugar a mulher por um lado (SILVA, 2013); e por outro, garantir a manutenção das riquezas no seio da unidade familiar por meio da sucessão aos filhos legítimos. O dever de fidelidade, apesar de estar positivado no Código Civil⁶, não tem relevância para a discussão contemporânea do campo familiarista. O casamento deve ser reconhecido como uma comunhão de afetos e companheirismo, e não um instrumento de controle e repressão sexual (LÔBO, 2008b).

Ademais, a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante não têm reconhecido a possibilidade de responsabilizar civilmente o cônjuge em face da inobservância desse dever (BRASIL, 2012; TIROLI; FURLAN, 2022). Portanto, infringir o dever de fidelidade ou de lealdade,

⁶ Artigo 1.566, inciso II, do Código Civil 2002: “São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca.”

previstos nos artigos 1.566 e 1.724 do Código Civil brasileiro, *per si*, não resulta no dever de indenizar o cônjuge ou companheiro. Até porque a fidelidade deveria ser um acordo comum entre os membros que compõem a família, e não uma imposição legal.

A aplicação do dever de fidelidade foi equivocada, bem como a fundamentação assentada na monogamia. Logo, além de expansiva, a tese fixada resta equivocada: primeiro por não condizer à questão que fora trazida à lume para ser apreciada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, qual seja, a previdenciária; segundo por se fundamentar em elementos jurídicos distintos do caso em tela, isto é, aplica preceitos que não correspondem a matéria analisada; e terceiro por ter como alicerce a monogamia e o dever de fidelidade, duas colunas frágeis, justamente por serem concentradas e fixadas no âmbito de um modelo de constituição familiar: o casamento, e não a união estável.

Enfim, o placar foi acirrado e pode ser revertido no futuro. Acredita-se que a tentativa de ‘solucionar o problema das famílias simultâneas’, sepultando de vez esse arranjo familiar, fez com que a tese fixada se expandisse demasiadamente. Entretanto, na consecução dessa finalidade, faliu-se crassamente ao eleger o caso paradigmático para esse fim. São duas uniões estáveis, dois relacionamentos plenos, indivíduos, expectativas, vivências, que, pela visão estreita e fechada dos julgadores, foram escolhidas para ser a legítima e o ilegítimo.

Em uma perspectiva democrática e emancipatória, o compromisso do julgador deve ser garantir que o direito seja instrumento da justiça. À luz do caso concreto e da realidade histórico-social, por vezes fazer justiça é aplicar o direito posto, por vezes não. Nesse caso analisado, interpretações expansivas, analogias descabidas e visões estreitas serviram a manutenção de um sistema jurídico fechado, que se agarra a suas velhas estruturas e ignora a realidade posta, e no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1.045.273/SE não houve justiça como decisão ajustada ao caso concreto, nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal não decidiu de maneira justa e acertada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A emergência de novos atores sociais anuncia a derrocada definitiva do sujeito de direito como entidade abstrata, um sujeito sem rosto. Novos tempos, novos agentes, novas exigências. Padrões pretensamente universais e respostas apriorísticas não dão conta da multiplicidade de situações que se revelam hodiernamente nas relações sociais.

O civilista deve estar atento aos movimentos da sociedade, não pode se encastelar e ignorar o destinatário do sistema normativo. A pluralidade e diversidade de realidades gera, necessariamente, instabilidades momentâneas devido a entrada e saída que o ordenamento jurídico vivencia, um sistema aberto e à serviço do sujeito. Logo, o papel do civilista, em uma perspectiva crítica, emancipatória e democrática, deve ser repensar as possibilidades de inclusão e tutela das realidades dentro da sistemática, e não rejeitar aprioristicamente com uma solução pronta baseada em estruturas que não são mais capazes de satisfazer à realização da pessoa humana.

Não basta descrever ou interpretar, o civilista deve ser capaz de construir. E no âmbito do direito das famílias, dada a particularidade e dinamicidade que permeia os relacionamentos existenciais, essa postura aberta, atenta e propositiva se faz ainda mais necessária para a construção de respostas adequadas à realidade histórico-social.

As uniões estáveis concomitantes, embora não sejam prática ou temática nova, exige, isso sim, uma nova interpretação. A monogamia, principal barreira levantada contra a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos às uniões simultâneas não é princípio estruturante do direito

das famílias. Tão somente um valor que está atrelado a um determinado arranjo familiar cuja origem, como norma, remota a uma congregação de líderes de uma determinada matriz religiosa, que, mesmo sendo majoritária, não pode ser absoluta. A laicização do Estado, exige, também, uma laicização dos valores que o Estado impõe a seus cidadãos.

As uniões estáveis são realidades concretas da sociedade. Assim, o Poder Judiciário correntemente é convocado a apreciar situações de fato que se apresentam em busca de acolhimento e tutela jurídica. Em tempo, cumpre ressaltar que não se trata de mancebia, adultério, relação casual ou eventual, traição ou qualquer outra palavra semanticamente alicerçada no moralismo que expressa essas realidades.

Não se está a tratar de uniões casuais, pois ‘amante não tem lar’. Estas não podem ser confundidas com as existentes em adultério eventual ou em concubinatos, às escondidas (RUZYK, 2005). Trata-se de uniões estáveis que cumprem os requisitos de publicidade, continuidade, convivência, estabilidade e intenção de constituição familiar (art. 1.723, CC), e que são regidas pelos princípios constitucionais de solidariedade, responsabilidade, igualdade, dignidade humana e liberdade, e não somente por afetividade, como insinua Tavares da Silva (2021), citando Rodrigues Junior (2018, p. 555) para quem “o ‘amor’ não pode ser o novo ‘deus’ laico”.

Além de equivocadamente confundir os conceitos de amor (contingencial que não tem amparo jurídico) com afetividade (princípio estruturante do direito das famílias), por certo, a afetividade, per si, não tem o condão de estabelecer vínculo familiar (PEREIRA, 2012), tanto é que se tem a distinção entre namoro e união estável. Entretanto, as uniões estáveis concomitantes são como todas as demais, com a distinção de que existe um valor impeditivo que se aplica a um modelo (casamento), que tem natureza solene, e não ao outro (união estável), que tem natureza social.

São, ao contrário desses adjetivos pejorativos, uniões existenciais fundamentadas sobre os alicerces estruturantes do direito das famílias, tais como a liberdade, a responsabilidade, a dignidade humana, a afetividade, a igualdade e a solidariedade, preenchendo, inclusive, os requisitos infraconstitucionais de publicidade, continuidade, convivência, estabilidade e intenção de constituição familiar (art. 1.723, CC).

Nesse sentido, em sede do Recurso Extraordinário (RE) n. 1.045.273/SE, à luz do caso concreto, duas uniões estáveis reconhecidas pelo Poder Judiciário disputavam o rateio de pensão por morte. O ministro relator não deu provimento ao recurso interposto pelo autor, denegando o rateio em face da consagração do princípio da monogamia e do dever de fidelidade no sistema jurídico brasileiro. Assim, estabeleceu tese com efeitos de repercussão geral para não conhecer união estável que seja concomitante a outro vínculo, mesmo que para fins de direito previdenciário.

O ministro divergente pontuou que, em face da boa-fé objetiva e da aplicação análoga do casamento putativo previsto no artigo 1.561, do Código Civil, é possível a atribuição de efeitos jurídicos póstumos a uniões estáveis simultâneas para fins previdenciários, desde que verificado o princípio da boa-fé objetiva. Por 6 votos contrários e 5 favoráveis a procedência do recurso, venceu a tese do ministro relator.

O pleno do Supremo Tribunal Federal, na esteira do voto do relator, rejeitou efeitos jurídicos a uniões estáveis assentadas na realidade social aplicando regras, analogias e princípios que não se aplicam ao caso em tela. O desfecho não contemplou uma solução adequada e justa, no sentido de cabimento, pois a fundamentação e a expansividade do voto do relator aglutinaram e suprimiram as peculiaridades das uniões estáveis, de modo a relegar sua natureza jurídica e

possibilidade de existência. Ressalta-se que o tratamento jurídico dispensado a essas modalidades de constituição familiar não pode ser assentado em paradigmas que não dizem respeito a sua natureza jurídica.

Mesmo sendo alvo de controvérsias, não somente quanto ao reconhecimento no mundo do Direito, mas também as repercussões jurídicas, a pluralidade de arranjos familiares está posta, mas não acabada, visto encontrar-se em processo constante de construção. Ninguém pode parar a primavera. No mundo monocromático, aos poucos, a vida social vai florescendo e, no embate jurídico, o mundo do Direito vai se colorindo, diversificando e tornando-se plural, multidimensional e democrático.

Ocorre que o paradigma que modulava e legitimava a família foi deslocado do eixo matrimônio, patrimônio e pátrio poder para o eixo eudemonista. Assim, os paladinos do sagrado e guardiões dos costumes agarram-se em poucas estruturas do velho mundo para se firmarem. Entradas elas, a monogamia, visto que já perderam em tantas frentes, como ocorreu com a libertação da mulher com a aprovação do divórcio, com o reconhecimento da legitimidade do filho advindo fora do casamento e com a possibilidade de uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

Por isso, não podem ver ruir o alicerce da monogamia, provavelmente o último sustentáculo do modelo que faz saudade a muitos, aqueles que amam o passado e que não veem que algo novo sempre vem. Assim, uma perspectiva crítica permite visualizar além das aparências e questionar o posto e acabado. O modelo dominante é aquele vencedor em determinado contexto histórico-social, se outrora fora diferente, em outras sociedades e culturas, parece evidente que pode ser agora.

Almeja-se, assim, um novo paradigma, guiado pelas promessas da Carta Fundamental de 1988, uma família alicerçada na afetividade, igualdade, dignidade humana, liberdade, diversidade e responsabilidade, conforme exige o contexto histórico-social em transformação.

O direito não pode pretender ser neutro, todo movimento do jurista vai no sentido de conversar ou transformar a realidade posta. Alinhado a axiologia e principiologia constitucional, pretende-se contribuir para um projeto emancipatório, democrático e inclusivo, aliado à realidade histórico-social, alargando, assim, as portas de entrada do mundo do Direito àqueles que historicamente foram renegados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de. **Ensino jurídico e sociedade: formação, trabalho e ação social**. São Paulo: Acadêmica, 1989.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito civil tende a desaparecer?. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 472, p. 21, fev. 1975.

BARASH, David; LIPTON, Judith Eve. **O mito da monogamia**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. **Pessoa humana e direitos humanos na Constituição Brasileira de 1988 a partir da perspectiva pós-colonial**. 2009. 350 p. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2009.

As famílias simultâneas no contexto jurídico-social brasileiro: análise crítica do Recurso Extraordinário n. 1.045.273/se com repercussão geral da matéria

BRASIL. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 ago. 2021.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 4 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 178.331 – SP (2012/0097754-0)**. Trata-se de agravo desafiando decisão que não admitiu recurso especial, este fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, interposto contra acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravante: VLS. Agravado: PFB. Relator: Min. Raul Araújo Filho, 26 de junho de 2012. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/deciso-es/toc.jsp>. Acesso em: 11 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Recurso Extraordinário n. 397762/BA**. Companheira e Concubina - Distinção. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. União Estável - Proteção do Estado. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. Pensão - Servidor Público - Mulher - Concubina - Direito. [...]. Recorrente: Estado da Bahia. Recorrido: Joana da Paixão Luz. Relator: Min. Marco Aurélio, 3 de setembro de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/se-arch/sjur87718/false>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1045273/SE**. Recurso extraordinário. repercussão geral. tema 529. constitucional. previdenciário. pensão por morte. rateio entre companheira e companheiro, de uniões estáveis concomitantes. Impossibilidade [...]. Recorrente: C. L. S. Recorrido: M. J. O. S. e E. S. S. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 21 de dezembro de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF começa a julgar recurso sobre reconhecimento de duas uniões estáveis para rateio de pensão**. Brasília: STF, 25 set. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=424625>. Acesso em: 5 abr. 2022.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981. Nota prévia.

CAVALCANTI, Camilla de Araujo. **Famílias pós-modernas: a tutela constitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2016.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do direito: uma aproximação macrofilosófica**. 5. ed. Curitiba: Bonijuris, 2019.

CORREAS, Oscar. **Teoría del derecho**. Barcelona: Bosch, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade: confissões de Frankfurt/Enrique Dussel**. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privado e do Estado**. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. *E-book*.

GIROUX, Henry. **Teoria crítica e resistência em educação**. Petrópolis: Vozes, 1986.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

LÔBO, Paulo. A concepção da união estável como ato-fato jurídico e suas repercussões processuais. *In: MADALENO, Rolf; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). Direito de família: processo, teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2008a. p. 101-1016.

MACHADO NETO, Antonio Luis. **Sociologia jurídica**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MENNA BARRETO, Ricardo de Macedo. Crítica do direito: perspectivas contemporâneas. **Estudios de Derecho**, Medellín, n. 171, p. 36-64, 2021.

MIAILLE, Michel. Reflexão crítica sobre o conhecimento jurídico: possibilidades e limites. *In: PLASTINO, Carlos Alberto (org.). Crítica do direito e do estado*. Rio de Janeiro: Graal, 1984. p. 31-57.

MIRANDA, Lara Caxico Martins; TIROLI, Luiz Gustavo; ALVES, Fernando de Brito. A ética da alteridade e a busca pela igualdade de reconhecimento em Emmanuel Lévinas. **Direito & Paz**, São Paulo, ano 15, n. 44, p. 37-52, 2021.

NARDELLA-DELLOVA, Pietro. Elementos para uma teoria crítica e constitucional aplicada ao direito civil. **Revista de Direito Civil**, Jundiá, v. 1, n. 1, p. 144-174, jan./jun. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PADILHA, Elisângela. **Novas estruturas familiares: por uma intervenção mínima do estado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PAIANO, Daniela Braga. **A família atual e as espécies de filiação: da possibilidade jurídica da multiparentalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEREIRA, Luiz Ismael. **Adorno e o direito: para uma crítica do capitalismo e do sujeito de direito**. São Paulo: Ideias e Letras, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. STF premia a irresponsabilidade ao negar rateio de pensão para união simultânea. **IBDFAM**, Belo Horizonte, 19 dez. 2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1616/STF+premia+a+irresponsabilidade+ao+negar+rateio+de+pens%C3%A3o+para+uni%C3%A3o+simult%C3%A2ne>. Acesso em: 10 maio 2021.

RIBEIRO, Raphael Rego Borges. O fracasso da constitucionalização do direito sucessório no Código Civil de 2002 e a necessidade de uma teoria crítica do direito das sucessões. **Civiltica.com**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 1-50, 2021.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Amor e direito civil: normatividade, direito e amor. *In: TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz; BASSET, Ursula Cristina (coord.). Família e pessoa: uma questão de princípios*. São Paulo: YK, 2018. p. 542-568.

As famílias simultâneas no contexto jurídico-social brasileiro: análise crítica do Recurso Extraordinário n. 1.045.273/se com repercussão geral da matéria

ROSSI, Amélia Sampaio; KOZICKI, Katya. A colonialidade do direito: constitucionalismo e direitos humanos como categorias modernas em desconstrução. **Revista Culturas Jurídicas**, Niterói, v. 8, n. 21, p. 23-50, 2021.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias simultâneas**: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e direito das famílias**: reconhecimento e consequências jurídicas. Curitiba: Juruá, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*.

SILVA, Marcos Alves da. **Da monogamia**: a sua superação como princípio estruturante do direito de família. Curitiba: Juruá, 2013.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. A tese de repercussão geral sobre a monogamia no casamento e na união estável. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 26, n. 8, p. 411-448, jan./mar. 2021.

TIROLI, Luiz Gustavo.; FURLAN, Alessandra Cristina. A responsabilidade civil por violação dos deveres jurídicos existenciais nas relações conjugais e convivenciais. *In*: BERTOLAZO, Ivana Nobre; NAKAYAMA, Juliana Kiyosen. **Contexto jurídico das novas famílias do século XXI**: em homenagem à Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira. Londrina: Thoth, 2022. v. 3, cap. 3.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. STF erra ao negar direito previdenciário a união paralela de boa-fé. **Jota**, São Paulo, 17 dez. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/stf-erra-ao-negar-direito-previdenciario-a-uniao-paralela-de-boa-fe-17122020>. Acesso em: 8 maio 2022.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015a.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

O ARGUMENTO DE INCLUSÃO REGIONAL COMO POLÍTICA DE INTERIORIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR E DO DESENVOLVIMENTO REGIONAL

Bruna Suely Nascimento Santos

Faculdade CERS, Pernambuco.

bruna.suely@gmail.com

Joedson Delgado

Universidade de Brasília (UnB), Brasília.

joedson.delgado@hotmail.com

Gabrielle Jacobi Kölling

Faculdade CERS, Pernambuco.

gabrielle.koll@gmail.com

Resumo: O trabalho se dedica a análise do Argumento de Inclusão Regional (AIR) no Sistema de Seleção Unificada (Sisu), como instrumento de desenvolvimento local, em especial para as regiões mais distantes das capitais estaduais. A pesquisa descritiva emprega análise documental do Ministério da Educação que seleciona candidatos às vagas das Instituições de Ensino Superior (IES) que utilizarão a nota do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem). Verificou-se que a interiorização das IES é um processo importante que contribui para a qualificação de profissionais e fomenta o desenvolvimento socioeconômico, urbanístico e cultural local. Conclui-se que o AIR é uma política pública que contribui para moldar certas dinâmicas socioeconômicas e urbanas, especialmente nas pequenas ou médias cidades do Brasil.

Palavras-Chave: Acesso ao ensino superior; Desenvolvimento local; Inclusão regional; Princípio da isonomia; Sistema de Seleção Unificada.

The argument of regional inclusion as a policy for interiorization of higher education and regional development

Abstract: The work is dedicated to the analysis of the Regional Inclusion Argument (ARI, in Portuguese the acronym: AIR) in the Unified Selection System (USS, in Portuguese the acronym: Sisu), as an instrument of local development, especially for regions further away from state capitals. The descriptive research uses document analysis from the Ministry of Education that selects candidates for vacancies in Institutions of Higher Education (IHE, in Portuguese the acronym: IES) who will use the score of the National High School Exam (NHSE, in Portuguese the acronym: Enem). It was found that the internalization of IHE is an important process that contributes to the qualification of professionals and fosters local socioeconomic, urban and cultural development. It is concluded that AIR is a public policy that contributes to shaping certain socioeconomic and urban dynamics, especially in small or medium-sized cities in Brazil.

Keywords: Access to higher education; Local development; Regional inclusion; Principle of isonomy; Unified Selection System.

INTRODUÇÃO

A educação é um direito social fundamental constitucionalmente assegurado, bem como é protegido por diversas normas em âmbito nacional e internacional. Deve ser assegurado de forma ampla, inclusive por meio de ações afirmativas do Estado, a fim de promover o acesso, a permanência e a conclusão do ensino.

Entre os anos de 2003 a 2014 houve um forte desenvolvimento de políticas públicas com fundamento no Plano Nacional de Educação e o programa de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais voltadas à interiorização das IES. Ocorreu a promoção do acesso democratizado à educação com a instalação de diversas IES em regiões mais afastadas dos polos metropolitanos.

Entretanto ainda persiste a necessidade pela implementação de mecanismos que permita o acesso ao ensino superior a determinados grupos, em especial estudantes do ensino público oriundos de cidades de pequeno a médio porte. Este texto contribui para o entendimento da inclusão social que concebe o cidadão como um sujeito de direito.

O Argumento de Inclusão Regional (AIR) no Sistema de Seleção Unificada (Sisu) é um critério de inclusão para que estudantes de cidades pequenas e médias no interior tenham melhores oportunidades de ingressar nas IES. O AIR consiste em uma bonificação na nota final do Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), que varia entre 10% e 20% da nota, para alunos da região.

Atualmente, visando uniformizar a aplicação do AIR no Sisu, há o Projeto de Lei n. 5.044/2020 (BRASIL, 2020), proposto pela deputada federal Natália Bonavides, segundo o qual os estudantes que cursarem o ensino médio, total ou parcialmente, em escolas regulares presenciais situadas nas localidades definidas por cada instituição, poderão ser beneficiados com essa bonificação.

O objetivo do presente trabalho é apresentar a importância de políticas públicas, orientadas pelo princípio da isonomia, voltadas a inclusão e desenvolvimento de cidades de pequeno e médio porte. Consoante essa perspectiva, indaga-se e busca-se uma resposta ao seguinte problema: De que modo uma política que estimula o acesso de estudantes das cidades pequenas e médias do interior ao ensino superior pode ser utilizada com a finalidade de desenvolvimento local?

Cuida-se de uma aposta no sucesso de uma sociedade multifacetada, visto que a IES ajuda a moldar certas dinâmicas socioeconômicas e urbanas. Esta pesquisa de caráter descritivo analítico utiliza a pesquisa bibliográfica jurisprudencial e documentos oficiais para melhor compreensão do assunto. Para essa finalidade, a pesquisa foi organizada em duas partes.

Na primeira, esclarece os conceitos do princípio da isonomia e as políticas afirmativas. Na sequência, aborda-se a implementação de políticas voltadas ao desenvolvimento regional e à interiorização da educação superior. Em seguida, discute-se a implementação de políticas voltadas ao desenvolvimento regional e à interiorização da educação superior. Por fim, evidencia-se o efeito da IES na cidade existe e reage à particularidade do ambiente de acolhimento no que diz respeito à missão de alavancagem sociourbana. Além disso, em alguns casos, a cidade e a IES desenvolvem-se no desconhecimento uma da outra após a instalação do campus na periferia por razões imperiosas de necessidade de espaço, sem qualquer abordagem deliberada em termos de urbanismo.

1 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AS POLÍTICAS AFIRMATIVAS

A dignidade humana relaciona-se diretamente com os direitos humanos. Qualquer pessoa que, em benefício próprio, age em violação dos direitos humanos de uma pessoa, age de forma que não reconhece sua dignidade. Os direitos humanos aplicam-se independentemente de legislação positiva. São "direitos genéricos".

Todo ser humano deve fazer valer seu direito à sua própria liberdade e bem-estar e exigir dos outros que respeitem esses direitos. Ao mesmo tempo, todos os atores têm os mesmos direitos genéricos, o direito à liberdade e ao bem-estar. Estes são direitos fundamentais ligados à ação humana, seja qual for.

Assim, dignidade da pessoa humana pode ser entendida como um meta-princípio essencial que funciona de parâmetro para aplicação, interpretação e integração dos demais princípios e normas do ordenamento jurídico, ao passo que busca conciliar os princípios da igualdade e liberdade (GONÇALVES; MASCARENHAS, 2013). Sendo assim, casos iguais devem ser tratados igualmente e o tratamento diferenciado requer que uma diferença moralmente relevante possa ser apontada entre os casos.

A Constituição Federal, no caput de seu art. 5º, inscreve o princípio da isonomia como igualdade perante a lei (BRASIL, 1988). A Carta preza pela criação de mecanismos práticos que garantam que as particularidades de cada indivíduo sejam consideradas a fim de assegurar a eficiente e real garantia dos direitos dos cidadãos, especialmente os de proteção a justiça social, a ordem econômica e a ordem social.

Trata-se de recolocar no centro da análise democrática a capacidade política da isonomia. Assim, a compreensão da legislação deve se dar de tal forma que exista a isonomia material possibilitando uma aplicação mais justa das leis, como bem explanou Ruy Barbosa de Oliveira em seu famoso discurso "Oração aos Moços":

A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. (BARBOSA, 2017)

Dessa forma, não é vedado ao Estado a criação de mecanismos compensatórios para minimizar as diferenças entre os particulares a fim de alcançar a igualdade material plena e a proteger a dignidade da pessoa humana. Pelo contrário, mas recomendado que o faça quando essa medida se mostrar proporcional ao fim visado. Nesse sentido segue Celso Antônio Bandeira de Mello em seu voto na Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/DF:

O modelo institucional de ações afirmativas como instrumento de implementação de mecanismos compensatórios destinados a concretizar, no plano material, o direito das pessoas negras ajusta-se, precisamente, ao que dispõem esses instrumentos normativos, todos eles impregnados de inquestionável fundamentalidade. Na verdade, as políticas públicas têm, na prática das ações afirmativas, um poderoso e legítimo recurso impregnado de eficácia necessariamente temporária destinado a conferir efetividade e a dar sentido e consequência aos próprios objetivos de plena realização da igualdade material. (BRASIL, 2014)

Um Estado republicano, além de ter em seu próprio direito a isonomia (justiça jurídica igual para todos), permite reconhecer a importância desses instrumentos para a consagração deste princípio, conforme dispõe Celso de Mello que:

[...] a adoção de mecanismos compensatórios, fundados em políticas públicas de ação afirmativa, tem por explícita finalidade contribuir para a realização, no plano material, do princípio constitucional da igualdade, além de revelar extrema fidelidade à exigência, que é também constitucional, de viabilizar a promoção do bem-estar de

O argumento de inclusão regional como política de interiorização da educação superior e do desenvolvimento regional

todos, de erradicar a marginalização e de fazer respeitar o postulado da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2014)

É importante ainda salientar que a criação e aplicação de critérios discriminadores não é possível em toda e qualquer situação. Precisa existir relação direta entre a medida e a situação que visa equilibrar, caso contrário haverá ofensa ao preceito constitucional da isonomia.

As normas reguladoras da ação que podem ser deduzidas do discurso prático podem ser atribuídas a uma correção considerada mais ou menos análoga (isonômica) às condições estabelecidas no discurso teórico para atribuir um valor de verdade às afirmações empíricas constitutivas. Nesse sentido, as reivindicações normativas dependem da projeção de uma realidade social idealizada e em expansão, constituída por relações interpessoais legitimamente arranjadas, que podem atuar como um corretivo regulador da ação para qualquer interação social.

Observar apenas a literalidade do dispositivo constitucional seria ignorar a desigualdade demonstrada na realidade fática, o que acabaria por agravar a vulnerabilidade e marginalização de diversos grupos, contrariando não apenas o princípio da igualdade, como também o princípio da dignidade da pessoa humana. Tal entendimento consta da Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/ DF relativa à reserva de vagas para negros em concursos públicos:

Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos. (BRASIL, 2017)

É possível concluir que os tratamentos diferenciados podem ser plenamente possíveis e compatíveis com as normas constitucionais e que não se trata de privilégio a criação de políticas públicas voltadas a proteção e a integração de determinados grupos mais vulneráveis. Assim, é dever do Estado a aplicação de políticas públicas visando minimizar as desigualdades e a valorizar a dignidade da pessoa humana, o que pode ser efetivado por meio de mudanças e programas sociais que verdadeiramente produzam resultados.

2 A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS VOLTADAS AO DESENVOLVIMENTO REGIONAL E À INTERIORIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR

Nesta seção, são apresentados o conceito de desenvolvimento regional e o Argumento de Inclusão Regional, previsto no Projeto de Lei n. 5.044/2020 (BRASIL, 2020). Busca-se, também, discorrer brevemente quanto a importância do investimento voltado ao desenvolvimento local, abordando o Plano Nacional de Educação (PNE), o programa de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI) e o programa Mais Médicos.

O desenvolvimento regional no país é um processo intra e inter-regional que busca a redução das desigualdades econômicas e sociais com a promoção de investimentos, organização e aproveitamento de recursos locais. Vale salientar a definição de desenvolvimento regional apresentada por Gómez (2011) como um movimento com dimensões culturais, econômicas e sociais, que busca aumentar o bem-estar de uma sociedade, potencializar os recursos de um território pelos e para os grupos que o ocupam. Portanto, o desenvolvimento local é uma prática social baseado na participação e no consenso.

O programa de reestruturação e expansão das universidades federais, atendendo ao Plano Nacional de Educação, começou em 2003 e teve grande importância para a interiorização do ensino superior. Dados do Ministério da Educação (BRASIL, 2012) indicam a criação de 14 novas universidades federais e 126 campi e unidades universitárias durante os anos de 2003 a 2010.

O modelo de políticas públicas centradas no desenvolvimento regional – de redução das desigualdades sociais e regionais – tendem a reforçá-las à medida que parcelas da região se destacavam como áreas de sucesso e integração. Segundo Barbosa, Petterini e Ferreira (2014) é possível observar que o desenvolvimento dessa política seguiu três dimensões:

Na dimensão social, buscou-se atender aos Territórios da Cidadania e aos municípios populosos e com baixa renda per capita. Na dimensão geográfica, deu-se prioridade aos municípios do interior com população superior a 50 mil habitantes, e cujos estados apresentassem oferta de educação superior abaixo da média nacional. Por fim, na dimensão de desenvolvimento, priorizou-se municípios com Arranjos Produtivos Locais identificados e aqueles no entorno de grandes investimentos estruturantes. Neste sentido, o objetivo principal (implícito) da política de interiorização seria o de elevar a renda de cidades do interior em situação de desvantagem relativa, com redução das desigualdades entre estados e municípios, pela via do desenvolvimento socioeconômico potencialmente gerado pela universidade.

Delgado e Kölling (2021) entendem que a educação superior é um investimento em capital humano que promove ganhos de produtividade. Nos termos da teoria do capital humano, a promoção do acesso de alunos das cidades pequenas e médias do interior às IES, contribuiu para explicar o crescimento econômico e a formação da remuneração individual. Pressupõe que os indivíduos podem melhorar sua produtividade por meio de atos voluntários de investimento em educação ou treinamento.

As IES são centros de produção e conhecimento voltadas ao enriquecimento acadêmico, científico e social, intencionando a promoção de melhorias em todos os âmbitos da comunidade e os benefícios desse desenvolvimento podem ser percebidos incontinenti pela comunidade local:

Dessa forma, o incentivo à educação, principalmente superior, leva ao local de implantação um crescimento acelerado. Esse processo rápido ocorre pela necessidade de o meio se adequar à nova realidade local, resultando no desenvolvimento por conta do aumento da demanda de docentes, técnicos e discentes no local. Ao mesmo tempo, os egressos do ensino médio sem opções de educação superior em sua região tendem a migrar, muitas vezes em caráter definitivo, para locais onde a oferta é mais ampla e diversificada. A região abandonada perde a oportunidade de fixar profissionais altamente qualificados e os estudantes sem condições financeiras de migrar para regiões mais propícias perdem a oportunidade de se qualificar. (CASQUEIRO; IRFFI; SILVA, 2020)

As expectativas locais da criação de IES prendem-se sobretudo com as repercussões econômicas e com a animação da vida urbana tendo como pano de fundo o desenvolvimento de zonas urbanas em dificuldade no domínio do urbanismo e da prestação de serviços. No entanto, é fácil compreender o interesse da função universitária para as comunidades locais brasileiras.

A implantação de IES em regiões mais afastadas das capitais regionais possibilita a ampliação do acesso à educação superior a estudantes de cidades de pequeno e médio porte no interior, que muitas vezes são prejudicados por não possuírem recursos econômicos para migrar aos grandes centros urbanos. Logo, o benefício não se resume apenas aos estudantes dessas cidades, mas enriquece toda a região privilegiada com esses IES contribuindo para o seu desenvolvimento social e econômico, como se lê:

A política de interiorização do ensino superior produz, portanto, um forte impacto na sociedade. Seja nas cidades do interior, movimentando a economia, qualificando mão de obra, trazendo inovação e desenvolvendo atividades em diálogo com a realidade local, como pesquisas e projetos de extensão. Seja na redução das desigualdades regionais, objetivo fundamental da República brasileira, disposto no art. 3º, inciso III, da Constituição Federal. (BRASIL, 2020)

A implantação das IES e a relação deste estabelecimento com o contexto urbano e territorial servem de justificativa para o Projeto de Lei n. 5.044/2020 (BRASIL, 2020) da deputada federal Natália Bonavides. Sob esta perspectiva, Bizerril (2020) pontua:

As políticas de expansão da rede de universidades federais brasileiras contribuíram para a interiorização dos campi e suas consequências para a democratização do acesso ao ensino superior público a partir das seguintes ações: (i) a criação de novas universidades concebidas a partir de novas propostas de organização e estrutura acadêmica; (ii) a criação de novas universidades concebidas a partir do desmembramento de campi de universidades pré-existentes; (iii) o estímulo à criação de novos campi das universidades pré-existentes; (iv) a viabilização de diversos campi oriundos de processos de expansão anteriores e autônomos das universidades, que não puderam desenvolver - se integralmente como unidades acadêmicas em função da carência de recursos e de pessoal.

O AIR trata-se de um instrumento de política pública utilizado por algumas IES como, por exemplo, a Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), a Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), a Universidade Federal do Oeste da Bahia (UFOB) e a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

O surgimento de uma nova configuração institucional, claramente vinculada aos desenvolvimentos econômicos e tecnológicos, a concepção espacial da IES evoluirá consideravelmente. O desafio de incluir IES como vetor do planejamento regional permitirá o aumento do número de alunos e novas missões atribuídas à IES.

De uma situação de isolamento e marginalização, que caracterizou o espaço universitário até ao final dos anos 1970 passará para uma nova era em que a IES (espaço e sociedade) se encontra numa situação que lhe permite desempenhar um papel desenvolvimento econômico, cultural e social local. A IES gera empregos (in)diretamente, bem como provoca uma dinâmica econômica pela criação de um certo número de mercados comerciais, principalmente para a oferta de restaurantes universitários, sem esquecer os mercados gerados pela necessidade de material escolar e outras necessidades de estabelecimentos de ensino e trabalhos acadêmicos.

A localização desse espaço, muitas vezes ignorado nos projetos de desenvolvimento da cidade, sua forma urbana, suas interações com a cidade e sua escala espacial são parâmetros que se combinam para expressar e refletir essa representação. Portanto, o AIR é uma política de inclusão, voltada a democratização de acesso ao sistema educacional, a partir da implementação de acréscimo de percentual na pontuação geral obtida pelo estudante nos processos seletivos para ingresso em cursos de graduação em campus sediados no interior, por conseguinte:

[...] este projeto de lei tem como objetivo resguardar a política já implantada em diversas universidades federais e expandi-la para todo o Brasil, de forma a democratizar o acesso à educação superior e a reduzir as desigualdades regionais do país, garantindo a permanência de estudantes e futuros profissionais nas cidades do interior, e trazendo benefícios para as populações locais. (BRASIL, 2020)

O Projeto de Lei n. 5.044/2020 (BRASIL, 2020) visa, portanto, regulamentar o chamado AIR, o que possibilitaria, conseqüentemente, ampliar a política de interiorização e, potencialmente, auxiliar na retomada do crescimento econômico. De fato, a instalação de IES, demandada nas regiões pelas comunidades locais e após mais de uma década de massificação do ensino

superior, começa a descobrir a nível local as vantagens do ensino superior, referidas em termos de potencial socioeconómico, urbanístico e cultural.

É possível verificar também a necessidade de aplicação de medidas dessa natureza, voltadas a privilegiar regiões mais afastadas, para garantir a população de modo geral acesso a serviços essenciais. Com a massificação do ensino superior, a geografia das IES mudou, pois devem se adaptar tanto à evolução quantitativa da força de trabalho quanto às novas demandas em termos de formação.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), por exemplo, desde 2010, recomenda a ampliação do ensino superior na área de saúde em regiões rurais, periféricas e remotas como método para favorecer a fixação de profissionais nesses locais e minimizar as desigualdades estruturais (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2010):

É preciso também considerar uma forte desigualdade regional na distribuição de vagas de graduação e residência em Medicina, com as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste com uma desproporção de vagas enorme em relação ao Sul e Sudeste do país. E mesmo nestas duas últimas regiões, observa-se uma distribuição extremamente irregular dentro de seus territórios estaduais.

Neste sentido, junto à implantação de novos cursos de Medicina contemplando corregiões com dificuldade para provimento de médicos, deve estar associada também a abertura, na mesma proporção, de vagas de residência médica, principalmente na área de Medicina Geral de Família e Comunidade e mais duas outras áreas básicas (Clínica Médica, Pediatria, Ginecologia e Obstetrícia, Cirurgia Geral e Medicina Preventiva e Social). Estas medidas, oportunizadas a jovens destas localidades, potencializam a fixação de profissionais médicos. Além disso, hospitais conveniados vinculados ao SUS, que são campos de prática para estes cursos, podem pleitear a certificação como hospitais de ensino, política que contribui para incentivos financeiros a estes serviços. (COSTA et al., 2015)

As expectativas da OMS é gerar melhoria da saúde nos países em desenvolvimento derivam de três vertentes (CHANDRASEKHAR; GHOSH, 2001). A primeira é o seu papel como instrumento de educação continuada e aprendizagem ao longo da vida. A segunda é a sua utilização como mecanismo de entrega a locais pobres e remotos de uma ampla variedade de serviços, desde uma melhor educação em saúde pública até aconselhamento de emergência, incluindo aconselhamento sobre como lidar e mitigar as consequências de desastres naturais. A terceira fonte é seu uso potencial como mecanismo para aumentar a transparência e a eficiência da governança.

A falta de profissionais da área de saúde no país não é um tema novo, tendo sido amplamente debatido, em especial com a criação do Programa Mais Médicos (BRASIL, 2022). Esse programa surgiu do trabalho conjunto entre o Ministério da Saúde e o Ministério da Educação voltado a sanar a carência desses profissionais e melhorar o atendimento do Sistema Único de Saúde (SUS).

Esse programa, contudo, sofreu uma forte redução no seu contingente em razão das mudanças políticas implementadas no governo atual e os déficits na distribuição de profissionais na área de saúde ficou evidenciado em meio ao colapso do sistema de saúde nacional causado pela pandemia da Covid-19. Telles, Silva e Bastos (2019) conclui que o programa Mais Médicos atingiu o objetivo de atender municípios de alta vulnerabilidade social, onde não havia médicos ou o número era baixo, e que o programa poderia potencialmente reconstruir o conceito de atenção à saúde primária.

A presença da IES nas cidades de médio e pequeno porte implica em benefícios econômicos, culturais e demográficos para o território anfitrião. No entanto, para se tornarem protagonistas do desenvolvimento urbano, as IES brasileiras devem buscar melhorar seu ambiente, como

O argumento de inclusão regional como política de interiorização da educação superior e do desenvolvimento regional

já fizeram as universidades americanas e/ou europeias. Em um país em desenvolvimento, a IES deve realizar ações em seu distrito de integração.

Concepções divergentes da ação pública e dos atores do planejamento urbano devem ser alteradas para permitir que a universidade se envolva nas decisões de desenvolvimento urbano e mesmo territorial. Além disso, a produção educacional e científica da qualidade esperada para acompanhar o desenvolvimento econômico nem sempre acompanhou, assim como a interface orgânica entre IES e a indústria ainda é fraca e em algumas cidades nunca foi estabelecida.

Com efeito, mesmo nas grandes cidades, as relações contratuais entre os estabelecimentos universitários e o mundo exterior da economia, cultura ou outros são muito poucas relações de proximidade. A mistura de funções tem sido invocada como forma de melhorar as condições de vida universitária e aproximar a IES e a cidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível compreender a importância do debate sobre o tema e a ampliação de medidas voltadas ao desenvolvimento local para a diminuição da desigualdade intra e inter-regional, que se estende pelas mais diversas áreas, com ênfase a educação, economia e saúde. As expectativas locais da criação de IES prendem-se sobretudo com as repercussões econômicas e com a animação da vida urbana tendo como pano de fundo o desenvolvimento de zonas urbanas em dificuldade no domínio do urbanismo e da prestação de serviços.

A criação de políticas públicas visando minimizar as desigualdades regionais, em especial na esfera da interiorização do ensino permite que o IES esteja inserido na realidade urbana. Além disso, com um diagnóstico urbano que provavelmente começa a se misturar com as transformações das representações da IES a fim de propiciar a democratização de acesso ao sistema educacional e assegurar a proteção de direitos constitucionalmente protegidos.

O AIR no Sisu é um instrumento necessário para garantir o acesso à educação a estudantes provenientes de cidades de pequeno e médio porte, e, conseqüentemente possibilitar o desenvolvimento local. Se mostra também importante para a fixação de profissionais, especialmente, da área da saúde em regiões rurais, periféricas e remotas, uma vez que aumentaria as chances de ingresso de estudantes da própria região, seguindo parâmetros internacionais sobre a educação médica mundial.

É certo que a localização do espaço universitário nas cidades pequenas e médias do interior garantem a evolução do funcionamento da cidade se o desenvolvimento da IES conseguir sair do modelo centro-periferia e da gestão central do Estado. Assim, a transição de uma gestão mais horizontal para outro modo de funcionamento e territorialização da IES favorece o envolvimento dos atores locais e a cooperação de todos os parceiros. Este é o verdadeiro desafio e a pergunta respondida, e que pode testar o potencial e os limites do desenvolvimento das IES brasileiras.

No Brasil, diante dos múltiplos problemas vivenciados pelas cidades, parece mais importante abandonar, ainda que parcialmente, modelos importados de países desenvolvidos para inventar uma configuração específica da localidade. Além disso, os estudantes de hoje não são apenas consumidores de educação, mas sobretudo de serviços urbanos cuja identidade não é definida apenas por referência a uma determinada IES.

À luz de nossas observações deve-se projetar o AIR em conjunto com políticas voltadas à interiorização da educação superior. Com efeito, o aumento de profissionais das mais diversas

esferas em áreas carentes, bem como o desenvolvimento local, possibilitará a promoção de investimentos, organização e aproveitamento de recursos locais, contemplando as dimensões ambiental, cultural, econômica e social.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. **Memória e Informação**, v. 1, n. 1, jul. 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/20.500.11959/brapci/120381> Acesso em: 20 nov. 2021.

BARBOSA, Marcelo P., PETERINI, Francis, FERREIRA, Roberto T. **Avaliação do Impacto da Política de Interiorização das Universidades Federais sobre as Economias Municipais**. In: Encontro de Economia da Região Sul, 17., 2014, Maringá. Anais [...]. Maringá: UEM, 2014. Disponível em: https://www.anpec.org.br/encontro/2015/submissao/files_I/i12-6599011d2e3082ef34b038002f88e41c.pdf Acesso em: 27 nov. 2021.

BIZERRIL, Marcelo Ximenes Aguiar. O processo de expansão e interiorização das universidades federais brasileiras e seus desdobramentos. **Revista Tempos e Espaços em Educação**, vol. 13, n. 32, jan. 2020, p. 1-15. Disponível em: <https://doi.org/10.20952/revtee.v13i32.13456> Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30 jun. 2022

BRASIL. Ministério da Saúde. **Programa Mais Médicos**. Brasília. 2022. Disponível em: <http://maismedicos.gov.br/conheca-programa> Acesso em: 1º jul. 2022

BRASIL. Ministério da Educação. **Análise sobre a expansão das universidades federais 2003 a 2012**. Brasília. 2012. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/component/docman/?task=doc_download&gid=12386&Itemid= Acesso em: 27 nov. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 5044/2020**. Dispõe sobre o Argumento de Inclusão Regional no ingresso em instituições federais de educação superior e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?coodeor=1938743 Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 41/ DF**. Direito constitucional. Ação Direta de Constitucionalidade. Reserva de vagas para negros em concursos públicos. Constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Procedência do Pedido. Pleno. Relator: Min. Roberto Barroso, Julgado em: 08/06/2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/769838362/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-41-df-0000833-7020161000000> Acesso em: 20 nov. 2021.

CASQUEIRO, Mayara Lima; IRFFI, Guilherme; SILVA, Cristiano da Costa da. A expansão das Universidades Federais e os seus efeitos de curto prazo sobre os Indicadores Municipais. **Avaliação**: Revista de Avaliação da Educação Superior (Campinas), Sorocaba, v. 25, n. 1, jan. 2020, p. 155-177. Disponível em: http://educa.fcc.org.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-40772020000100155&lng=pt&nrm=iso Acesso em: 30 nov. 2021.

CHANDRASEKHAR, C. P.; GHOSH, Jayati. Information and communication technologies and health in low income countries: the potential and the constraints. **Bulletin of the World Health Organization**, v. 79, p. 850-855, 2001. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/bwho/2001.v79n9/850-855/en/> Acesso em: 1º jul. 2022.

O argumento de inclusão regional como política de interiorização da educação superior e do desenvolvimento regional

COSTA, Ana Maria et al. Mais (e melhores) Médicos. **Revista Tempus** – Actas de Saúde Coletiva, Brasília, vol. 9, n. 4, dez. 2015, p. 175-181. Disponível em: <https://doi.org/10.18569/tempus.v9i4.1810> Acesso em: 02 dez. 2021.

DELGADO, Joedson de Souza; KÖLLING, Gabrielle Koling. O avanço comunitário do ensino e da pesquisa para a universidade do amanhã. **Revista Direitos Culturais**, v. 16, n. 40, p. 307-320, 23 dez. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.20912/rdc.v16i40.639> Acesso em: 1º jul. 2022.

GÓMEZ, J. R. M. Crítica ao conceito de desenvolvimento. **Pegada - A Revista da Geografia do Trabalho**, [S. l.], v. 3, n. 1, 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.33026/peg.v3i1.798> Acesso em: 30 jun. 2022.

GONÇALVES, Rogério Magnus Varela; MASCARENHAS, Igor de Lucena. Análise acerca da compatibilidade da existência de feriados religiosos em um Estado laico. **Direito e Desenvolvimento**, v. 4, n. 7, p. 187-212, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.26843/direitoedesenvolvimento.v4i7.228> Acesso em: 30 jun. 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. atual. 8ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 2000.

TELLES, Helcimara; SILVA, Arthur Leandro Alves da; BASTOS, Camila. Programa mais médicos do brasil: a centralidade da relação médico-usuário para a satisfação com o programa. **Carderno CRH**, Salvador, v. 32, n. 85, p. 101-123, Jan./Abr. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.9771/ccrh.v32i85.23470> Acesso em: 1º jul. 2022.

WHO. World Health Organization. Increasing access to health workers in remote and rural areas through improved retention - **Global policy recommendations**. Geneva: WHO Press; 2010. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44369/1/9789241564014_eng.pdf Acesso em: 02 dez. 2021.

O DIREITO DE NÃO SABER E O PRIVILÉGIO TERAPÊUTICO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE IDOSO

Tagore Trajano de Almeida Silva

Universidade Católica de Salvador (UCSal), Bahia.
tagore.silva@pro.ucsal.br

Henrique Costa Princhak

Universidade Católica de Salvador (UCSal), Bahia.
henriqueprinchak@gmail.com

Resumo: O presente artigo analisa a possibilidade de exercício do direito de não saber e de aplicação do privilégio terapêutico em pacientes idosos. Com o objetivo de alcançar o objeto pretendido, examina-se a autonomia e a informação como elementos fundamentais da relação médico-paciente, perpassando por conceitos como autonomia, direito à informação do paciente e consentimento informado. Além disso, são analisadas quando e de que modo ocorrem as exceções ao dever de informar do médico, que seriam o privilégio terapêutico e o direito de não saber. Investiga-se também a vulnerabilidade do paciente idoso e são sugeridos parâmetros de orientação para aplicar o privilégio terapêutico e exercer o direito de não saber de modo adequado, em especial quando envolve pessoas idosas. Acrescenta-se que a pesquisa foi predominantemente bibliográfica e de natureza qualitativa, através da interpretação e avaliação do objeto pretendido, bem como, o método consistiu no hipotético-dedutivo, por meio do falseamento de hipóteses. Destaca-se que este consiste em um tema de indubitável relevância pois busca-se examinar institutos que visam assegurar a autonomia e o bem-estar de pacientes que se encontram em uma situação de maior vulnerabilidade.

Palavras-chave: Idoso; Autonomia; Informação; Privilégio Terapêutico; Vulnerabilidade.

The right not to know and the therapeutic privilege in the doctor-elderly patient relationship

Abstract: This article analyzes the possibility of exercising the right not to know and applying the therapeutic privilege to elderly patients. In order to achieve the intended object, autonomy and information are examined as fundamental elements of the doctor-patient relationship, passing through concepts such as autonomy, the patient's right to information and informed consent. In addition, when and how the therapeutic privilege and the right not to know occurs, as exceptions to the doctor's duty to inform, are analyzed, The vulnerability of elderly patients is also investigated and guidelines are suggested to apply the therapeutic privilege and exercise the right not to know properly, especially when it involves elderly people. It is added that research was predominantly bibliographic and qualitative in nature, through the interpretation and evaluation of the intended object, as well as the method consisted of the hypothetical-deductive, through the falsification of hypotheses. It is noteworthy that this is an issue of undoubted relevance as it seeks to examine institutes that aim to ensure the autonomy and well-being of patients who are in a situation of greater vulnerability.

Keywords: Elderly; Autonomy; Information; Therapeutic Privilege; Vulnerability.

INTRODUÇÃO

O processo de envelhecimento humano, embora seja um fenômeno natural e inerente a todos, é propício a ocorrência de certas doenças, como por exemplo, o Alzheimer, que acabam colocando as pessoas idosas em uma situação de maior fragilidade e dependência de cuidado do outro. Ademais, também incidem sobre os idosos, circunstâncias sociais, econômicas e culturais que podem ocasionar uma maior suscetibilidade em serem feridos.

Deste modo, o paciente idoso se encontra em uma condição de dupla vulnerabilidade, visto que além de sua vulnerabilidade pessoal, que ocorre pelo fato de ser idoso, também estaria vulnerável por ocupar a posição de paciente, que é assimétrica em sua relação com o médico, devido ao poder da técnica que o profissional possui.

Em razão desta dupla vulnerabilidade, os idosos podem vir a ter a sua autonomia reduzida durante o processo terapêutico. Isto é, a sua capacidade de autodeterminação acerca da própria saúde e vida, livre de interferências controladoras externas, pode estar limitada. Assim, cumpre ao médico assegurar o respeito à autonomia destes indivíduos, devendo considerar as suas vontades e garantir o seu direito de ser informado, que é um elemento fundamental da relação médico-paciente e pressuposto do próprio princípio da autonomia.

Contudo, embora a informação seja essencial, é importante evidenciar que existem situações em que este dever do médico em informar seria excepcionado. Dentre estas exceções, chamadas de limites do dever de informar, impende destacar as circunstâncias em que cabe a aplicação do privilégio terapêutico por julgamento do profissional e no exercício do direito de não saber do paciente. Todavia, ressalta-se que não existe no Brasil legislação específica e nem consenso da doutrina sobre estes institutos.

Assim, o presente artigo busca analisar a possibilidade do exercício do direito de não saber e da aplicação do privilégio terapêutico em pacientes idosos, tendo em vista que estes indivíduos estariam em uma situação de maior fragilidade. Este tema possui uma importância tanto para o Direito, como para a sociedade, pois procura-se investigar a aplicação de institutos que buscam assegurar, respectivamente, a autonomia – que nada mais é do que fundamento da dignidade humana no entendimento kantiano - e o bem-estar biopsicossocial do paciente. Convém adiantar que se entende pela possibilidade de ambos ocorrerem, desde que sejam observados alguns requisitos, como a presença da capacidade de discernimento do paciente.

Evidencia-se que a pesquisa utilizada para a construção do presente trabalho foi predominantemente bibliográfica, por meio de livros, artigos, periódicos e textos normativos. Além disso, a pesquisa possui natureza quantitativa, pois foi buscada a avaliação e interpretação do objetivo que se pretende investigar. Acrescenta-se que o método utilizado foi o hipotético-dedutivo, através do falseamento de hipóteses com o intuito de verificar a sua autenticidade.

Com a finalidade de alcançar o objeto pretendido, será analisado no segundo capítulo a autonomia e a informação como elementos fundamentais da relação médico-paciente, perpassando por conceitos como autonomia, direito à informação e consentimento informado. Já no terceiro capítulo serão examinadas quando - e de que forma - ocorrem as exceções ao dever de informar do médico, que seriam o privilégio terapêutico e o direito de não saber. Por fim, no quarto capítulo, investiga-se a possibilidade do exercício do direito de não saber e da aplicação do privilégio terapêutico em pacientes idosos, analisando conceitos como vulnerabilidade e sendo sugeridos parâmetros de orientação para estes institutos.

1 A AUTONOMIA E A INFORMAÇÃO COMO ELEMENTOS FUNDAMENTAIS DA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

Em uma análise semântica, autonomia significa a competência humana em "dar-se suas próprias leis". Entende-se "leis", em um sentido amplo, enquanto a totalidade de regras de conduta e de modos de conduzir-se no mundo, frente às coisas e aos outros sujeitos (SEGRE *et al* 2009, p. 03). Desta forma, a autonomia pode ser compreendida como a manifestação da subjetividade do indivíduo, na elaboração de leis que guiarão a vida do sujeito e que devem coexistir com as normas externas ditadas pelo Estado (TEIXEIRA, 2018, p. 95).

Para a filosofia, destaca-se o entendimento de Kant (2005, p. 67-96), que compreende a autonomia como o fundamento da dignidade da natureza humana, assim como, de toda a natureza racional. Seria baseada na vontade, que é dada pela razão e é concebida como a possibilidade do indivíduo se autodeterminar, devendo ser observado o imperativo categórico, que entende que o homem é fim em si mesmo. A vontade para ser própria deve ser antecedida pela liberdade, que é inerente a todos os seres racionais, pois os sujeitos devem considerar a si mesmos como capazes de agir, independentemente de influência estranhas.

Segundo a concepção kantiana, violar a autonomia seria infringir, de modo substancial, o próprio sujeito, pois a autonomia é considerada parte constitutiva da própria pessoa humana, que enquanto ser autônomo, escolheria suas normas, valores, projetos, tomaria suas decisões e agiria em consequência a elas (SEGRE *et al*, 2009, p. 05). Na noção kantiana de autonomia, a vontade seria determinada por motivos que deveriam ser levados de forma igual para todas as pessoas, ou seja, por máximas que seriam aprovadas pelo teste da universalização (HABERMAS, 2017, p. 12).

É relevante discutir o sentido de autonomia para a Bioética, ética aplicada à vida que busca responder dilemas morais e filosóficos no campo da saúde, através de uma reflexão teórica e prática (NEVES, 2009, p. 01). Observa-se que a autonomia é, muitas vezes, o ponto de partida para as reflexões da Bioética. Discussões sob temas como o consentimento informado, o direito de saber e o direito de não saber, o direito de viver e morrer, dentre outros, devem espelhar a esfera da liberdade que decorre da autonomia do sujeito (MOUREIRA, 2007, p. 116).

Para Tom L. Beauchamp e James F. Childress (2002, p. 137-155) a autonomia seria um dos princípios basilares da ética biomédica. Segundo os autores, a autonomia significa autogoverno. Logo, o agente autônomo seria aquele capaz de decidir-se livremente acerca de sua vida, independente de interferências controladoras por parte dos outros, e com a capacidade de agir intencionalmente, sem sofrer limitações que prejudiquem a deliberação com base em seus desejos e necessidades. Assim, é necessário que o agente autônomo seja respeitado, ou seja, que tenha o seu direito de fazer suas próprias escolhas resguardado.

Desta forma, para a Bioética, a autonomia se relaciona, de maneira direta, à necessidade de respeitar as decisões individuais no que dizem respeito aos procedimentos médicos e biocientíficos (ARAÚJO; SILVA, 2017, p. 723). Acrescenta-se que o respeito à autonomia não pode se limitar a atitudes passivas, ou seja, em simplesmente não invadir a autonomia do outro indivíduo, mas deve ir além, o que implica em uma ajuda mútua para o enfrentamento das insuficiências que estão presentes naquela situação em concreto e para a própria construção da autonomia da vontade dos sujeitos (ANJOS, 2006, p. 184).

A autonomia não implica em uma imposição de vontade, mas, sim, na possibilidade de autodeterminação, isto é, de convivência de iguais liberdades - no reconhecimento, que é legítimo, de uma esfera de liberdades e não liberdades, que decorrem dos limites impostos pelo Direito (MOUREIRA, 2007, p. 116). Cabe destacar que autonomia em seu sentido para a ética

biomédica não se reduz apenas ao conceito de capacidade jurídico, mas pode-se argumentar que estaria intimamente ligada a noção de discernimento, isto é, à possibilidade de entendimento e de desejo da pessoa (MORAES; CASTRO, 2014, p. 809).

Apenas os critérios de capacidade trabalhados pelo Código Civil podem não ser suficientes para definir que um indivíduo é um agente autônomo, levando em consideração o significado desta expressão para a Bioética, tendo em vista que estes parâmetros do Código foram escolhidos sob o fundamento de proteger a segurança dos sujeitos em suas atividades negociais. Desta forma, apenas uma análise da capacidade jurídica não seria suficiente para percepção da real autonomia do indivíduo (AGUIAR, 2012, p. 88).

Vale ressaltar que a autonomia, enquanto manifestação da liberdade do sujeito, consiste em um meio para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, seria um atributo fundamental ao próprio desenvolvimento da existência plena do ser humano (AGUIAR; MEIRELES, 2018, p. 135).

Segundo Ingo Sarlet (2012, p. 73), a dignidade humana consiste na qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano e que o torna merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e, também, de sua comunidade. Assim, implica em um complexo de direitos e deveres fundamentais buscando garantir ao sujeito as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, bem como, promover a sua participação, de maneira ativa, em seu projeto existencial e da vida em comunhão com os demais seres humanos, em respeito as diversidades culturais e aos demais seres que compõem a rede da vida.

Observa-se que a pessoa humana ocupa uma posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto pela Constituição Federal de 1988. Isto é houve uma opção do Direito para que a pessoa humana se realize de acordo com os seus projetos de vida, ou seja, com os valores que o sujeito escolher serem mais relevantes para a condução da sua própria vida. A condição de liberdade do indivíduo enquanto ser humano é fundamental para que possa viver de maneira digna, devendo, então, ser respeitada a identidade de forma integral (TEIXEIRA, 2018, p. 77-79).

Embora o racionalismo proposto por Kant tenha contribuído significativamente para a proteger a esfera da individualidade, o significado de autonomia necessita ser reinventado, para harmonizar com a pluralidade de identidades presentes nas sociedades contemporâneas. Logo, deve-se compreender a autonomia partindo-se do reconhecimento do multiculturalismo, ou seja, das múltiplos projetos existenciais e das diferentes visões de mundo. Isto é, a concepção de que a autonomia consiste em um pressuposto jurídico essencial das relações sociais e para a construção do projeto existencial de cada sujeito (ARAÚJO; LINS-KUSTERER, 2020, p. 74-82).

Um pensamento contrário a perspectiva multicultural se opõe a evidente ascensão das liberdades individuais. Logo, a existência humana não pode ser concebida se condicionada à interferência estatal descabida e injustificada nas situações privadas que dizem respeito a realização da dignidade humana (ARAÚJO; SILVA, 2017, p. 723-728). Deste modo, harmonizar o princípio da autonomia com o princípio da alteridade consiste em um instrumento adequado para proporcionar uma tutela jurídica oportuna à dignidade existencial do ser humano nas situações que se relacionam ao bem jurídica vida, de maneira a serem contempladas as esferas tanto individuais, quanto as coletivas (AGUIAR; MEIRELES, 2018, p. 125).

A expressão alteridade, em seu sentido específico, foi formulada na segunda metade do século XX e consiste em uma aceção de natureza intrínseca e essencialmente ética, uma vez que a sua afirmação implica em um modo particular de agir. Inicialmente, a existência de outros para além do “eu” era sempre pensada a partir do “eu”. Este entendimento contradizia a própria

definição etimológica da alteridade que designa o “outro”, a característica de ser o outro, em um contexto de pluralidade ou “diversidade” (NEVES, 2017, p. 70-80).

Logo, a alteridade passa compreender a concepção do outro enquanto outro, remetendo a pluralidade de que emerge e preservando o outro enquanto tal, não permitindo que seja diluído e absorvido no “eu”. Ao mesmo tempo, também beneficia a relação entre o “eu” e o “outro” na simultaneidade entre os sujeitos. Assim, a alteridade, em sua especificidade, revela a eticidade da relação entre o eu e o outro em sua constituição recíproca (NEVES, 2017, p. 80).

A alteridade, cujo conteúdo se releva pela ideia do reconhecimento do outro e respeito às diferenças, evidencia o respeito ao princípio da autonomia e ao multiculturalismo. Ou seja, a alteridade remete à construção de uma ética pautada na responsabilidade social em torno das decisões existenciais dos indivíduos, com o objetivo de construir uma disciplina ético-jurídica baseado no pressuposto do multiculturalismo, revelado pela multiplicidade de identidades culturais e morais, mas sem desconsiderar as tutelas que são importantes e que necessitam serem preservadas (AGUIAR; MEIRELES, 2018, p. 125-126).

Em relação a interação entre médicos e paciente, o respeito ao princípio da autonomia, na prática, ensina a promoção de comportamentos autônomos dos indivíduos que necessitam de cuidados médicos. Deste modo, observa-se que a informação ocupa um papel essencial nesta relação (WANSSA, 2011, p. 111). Isto é, a informação pode ser entendida como um pressuposto da autonomia da relação entre médicos e pacientes. Contudo, é imprescindível que ambas as partes do processo terapêutico cumpram com o dever de informar para agirem autonomamente (ARAÚJO; FERNANDES, 2021, p. 156).

A informação seria, então, uma obrigação de natureza mútua que se destina ao médico e paciente, em decorrência do princípio da boa-fé, que deve estar presente em todas as relações contratuais (ARAÚJO, 2018, p. 18). Ou seja, assim como caberia ao médico informar de maneira adequada e suficiente para que o paciente tenha condições de expressar o seu consentimento livre e esclarecido – expressão máxima do princípio do respeito à autonomia – cumpre ao paciente fornecer todas as informações relevantes para que o profissional averigue as soluções mais adequadas ao procedimento terapêutico (ARAÚJO; FERNANDES, 2021, p. 156-159).

Ressalta-se que a ascensão e conquista da autonomia, ao longo da história, enquanto elemento essencial ao paciente, evidencia um recente protagonismo deste sujeito em sua interação com o médico. Todavia, a modificação da arte médica, no sentido de favorecimento da capacidade do sujeito decidir acerca do seu próprio corpo, não significa que seja negligenciada a importância dos profissionais de Medicina nesta relação, no que diz respeito na condução técnica do processo terapêutico (NILO; SILVA, 2019, p. 103-104). Deste modo, ressalta-se que também cabe ao paciente informar todas as informações pertinentes a sua saúde para que o médico possa proporcionar um melhor desfecho ao seu caso clínico.

Ademais, é observado que o consentimento informado é fundamental para haja a obtenção do consentimento livre e esclarecido (REQUIÃO, 2009, p. 1216). O consentimento informado consiste em um processo comunicativo que possui a finalidade de obter a autorização autônoma do paciente, através da transmissão de uma informação prévia, em quantidade e qualidade adequada. Este procedimento não se resume a uma simples assinatura de um termo formal, mas é um processo dialógico que possui o fito de dar ao paciente a oportunidade de intervir na tomada de decisões (POZÓN, 2015, p. 21).

É exigido durante o processo de consentimento informado: a competência e voluntariedade do indivíduo, bem como, a revelação da informação e o entendimento do sujeito acerca das

informações prestadas (REQUIÃO, 2009, p. 1216). Isto é, o consentimento do paciente pressupõe a informação prévia, pois é necessário que o sujeito capaz possua a sua disposição todos os dados relevantes para que possa decidir livremente. Antes do paciente consentir, cabe ao médico prestar informações sobre o prognóstico, o diagnóstico, objetivos, os riscos e benefícios. Deve ser esclarecida a condição clínica do paciente, assim como, os desconfortos que poderão ocorrer e as alternativas terapêuticas existente (FABBRO, 2009, p. 02-05).

Todavia, não cabe ao profissional da Medicina simplesmente informar sem estar atento a compreensão do seu destinatário: o paciente. A compreensão consiste em um elemento indispensável para que seja obtida a informação de forma adequada e, conseqüentemente, um consentimento verdadeiramente legítimo. Para que uma informação seja compreendida não basta a existência da capacidade do sujeito, mas que haja uma atenção para as situações individuais, considerando os múltiplos contextos de vida dos pacientes (ARAÚJO, 2018, p. 22).

A transmissão de informação precisa então ocorrer em uma linguagem acessível que possibilite o entendimento do que está sendo transmitido, tendo em vista que existe uma assimetria informacional entre paciente e médico. Essa assimetria ocorre em razão do poder técnico do profissional e para que possa ser mitigada, é necessário que haja a o elemento da compreensão. Assim, a informação não pode ser revestida em um discurso hermético e científico, em uma linguagem inacessível ao paciente, sendo necessário que o médico entregue a informação de uma maneira clara e compreensível (FABBRO, 2009, p. 05).

Assim, ressalta-se que tanto a autonomia, quanto a informação, consistem em elementos essenciais que devem ser assegurados e preservados na interação entre médicos e pacientes. Contudo, para que seja percebida a real autonomia do sujeito e mitigadas as desigualdades nas situações em concreto, a autonomia deve ser compreendida em uma perspectiva que considere o reconhecimento do multiculturalismo e que esteja em harmonia com o princípio da alteridade, enquanto a informação, como pressuposto da autonomia e obrigação de natureza mútua, deve envolver o elemento da compreensão.

2 OS LIMITES DO DEVER DE INFORMAR: O DIREITO DE NÃO SABER E O PRIVILÉGIO TERAPÊUTICO

Observa-se que a ciência médica vem sempre se desenvolvendo e evoluindo, superando paradigmas, uma vez que o desenvolvimento científico pressupõe uma sucessão de períodos que são ligados à tradição e que se caracterizam por rupturas não cumulativas de paradigmas. Entende-se paradigma como realizações científicas que seriam universalmente reconhecidas e que durante um certo período foram capazes de fornecer problemas e soluções que serviram de modelo para uma determinada comunidade de praticantes de uma ciência (KUHN, 1998, p. 13-255).

Desta forma, como o objetivo da ciência consiste em sempre superar paradigmas, percebe-se o avanço da Medicina, no que diz respeito ao surgimento de novas formas, técnicas e métodos de se tratar o paciente. Porém, deve-se evidenciar que isso não seria suficiente para que haja uma eficiência total no âmbito da relação médico-paciente, visto que é preciso respeitar outros direitos como o direito à informação, que consiste em um elemento fundamental desta relação.

Todavia, apesar da inegável relevância da informação na interação entre médicos e pacientes, percebe-se que este não é um direito absoluto. Existiriam situações que se enquadram como exceções, ou limites, ao dever de informar do profissional da Medicina. Dentre eles convém destacar o chamado direito de “não saber” e o privilégio terapêutico.

Embora ambos sejam exceções específicas ao dever de informação, o que cada uma destas situações busca resguardar seria diferente. Isto é, os bens jurídicos protegidos por estes institutos seriam distintos. Enquanto que o direito de não saber consiste em uma expressão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o privilégio terapêutico busca proteger o direito à integridade física e à saúde do sujeito, sendo uma situação que ocorre pela percepção do médico (PEREIRA, 2003, p. 286).

Cabe ressaltar que não existe no Brasil uma legislação específica sobre o tema, e nem um consenso doutrinário acerca do que consiste no direito de “não saber” e no privilégio terapêutico. Deste modo, percebe-se que os seus conceitos podem vir a se confundir e coincidir.

2.1 O direito de não saber como concretização do princípio da autonomia

Vale salientar que embora seja assegurado o direito à informação, nem todo o paciente possui o desejo de ser informado sobre todos os aspectos que envolvem a sua saúde (MACEDO, 2020, p. 250). Da mesma forma que o direito de saber, de ser informado, é legítimo, também seria o direito de “não saber”, ambos em decorrência do princípio do respeito à autonomia, uma vez que a autonomia envolve não apenas o direito de obtenção ao conhecimento ou à informação, mas também o direito ao pleno desconhecimento (VASCONCELOS; GARRAFA, 2017, p. 47).

Tendo em vista que o princípio do respeito à autonomia baseia-se na ideia de que um agente autônomo é aquele que realiza suas próprias escolhas, sem interferências controladoras, uma pessoa não deve ser forçada a receber informações que ela não deseja conhecer, porque isso significaria uma violação a este princípio da ética biomédica (DAVIES, 2020, p. 300).

Logo, o paciente, que de forma autônoma, decide não receber as informações, seja por confiar no profissional que o atende por muito tempo, isto é, na capacidade decisória do médico ou por outras questões internas, deve ter este direito respeitado, independente do motivo que o leva a não querer saber. Destaca-se que nestas circunstâncias é importante que o profissional tome o cuidado de obter por escrito as manifestações de vontade do paciente no sentido da renúncia a ser informado (BERGESTEIN, 2012, p. 141). Ou seja, os motivos que levaram ao paciente renunciar devem ser documentados pelo médico (POZÓN, 2015, p. 27).

Na renúncia, o paciente abdica o direito a um consentimento informado e libera o médico da obrigação de obtê-lo. Nestas situações, o indivíduo delega a autoridade de decisão ao profissional ou pede para não ser informado. Pode-se defender que houve a tomada de uma decisão pelo paciente: a decisão em não ser informado. A renúncia consiste em um direito válido do paciente, quando este entende a sua situação e abre mão do direito às informações. (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 185-187).

Ressalta-se que embora o paciente possua o direito de não ser informado, ainda nessas situações, é dever do profissional médico garantir que este indivíduo esteja ciente das consequências de não ser informado e que também tenha motivos para não querer receber informações. Demonstra-se, também a necessidade de se garantir que esta renúncia seja uma decisão fundamentada e razoável e não o resultado de sintomas psiquiátricos, como por exemplo, em pacientes com esquizofrenia que podem renunciar motivados por algum tipo de delírio ou falta de percepção. Neste sentido, observa-se que é necessário avaliar a capacidade de discernimento do paciente para que este possa renunciar uma informação de forma adequada (POZÓN, 2015, p. 27).

É observado que a renúncia pode ser expressa ou tácita. Todavia, em ambos os casos ela deve ser clara e inequívoca, exigindo-se uma “recusa informada” – que não seria sinônimo de

“recusa com plena informação” pois, caso contrário, haveria o risco do direito de não saber esvaziar o seu conteúdo. Entretanto, é necessário que o paciente, ao menos em um nível abstrato, possua informações básicas que o permitam ponderar de forma adequada sobre os riscos da falta de conhecimento. Ademais, é preciso que o indivíduo tenha ciência acerca da possibilidade de conhecer determinadas informações para que possa se autodeterminar no sentido de recusá-las (PEREIRA, 2003, p. 292).

Contudo, percebe-se que existem autores que defendem que o direito de não saber não pode ser presumido, mas deve ser “ativado” pela vontade explícita da pessoa. Nos casos em que o interesse em não saber parece claro, mas nenhuma escolha explícita foi feita, haveria a possibilidade de exercício do “privilégio terapêutico” por julgamento do profissional, que consiste em um instituto diferente. Seria necessário manifestação expressa da parte no sentido da renúncia, visto que uma das particularidades deste direito, consiste no fato de que depende quase inteiramente do percepções subjetivas do indivíduo (ANDORNO, 2004, p. 438).

Entretanto, vale evidenciar que apenas excepcionalmente pode haver a presunção de que o paciente quer exercer o direito de não saber. A renúncia tácita seria uma exceção. Ou seja, em regra, o médico não poderia presumir que o indivíduo não deseja conhecer as informações sobre a sua saúde. Porém, em determinadas circunstâncias, poderia haver essa presunção, com base na atitude e concepções vitais do paciente em outros campos ou manifestações expressas que foram feitas no passado e indiquem de modo claro que esta seria a vontade do sujeito (PEREIRA, 2003, p. 292).

Cabe evidenciar que assim como o direito à informação não é absoluto, o direito de não saber também não é. Logo, destaca-se que o direito de não saber poderia sofrer algumas limitações: seja para preservar o interesse do próprio paciente – por exemplo, informar sobre uma patologia grave para que sejam adotadas as medidas preventivas necessárias - e também para proteger terceiros, em prol de um interesse coletivo – por exemplo, informar acerca de uma doença infectocontagiosa para evitar a transmissão de terceiras pessoas ou familiares (PEREIRA, 2003, p. 293-294).

Caso o paciente manifeste sua vontade de não receber a informação, receberá os ônus decorrentes de sua conduta omissiva. Isto é, a renúncia não transfere ao médico ou terceiro este ônus. Deste modo, caso haja a concretização de um dano que poderia ter sido evitado se este paciente tivesse sido informado, não poderia haver responsabilização civil do profissional que não informou em razão de uma opção volitiva do próprio paciente (BERGESTEIN, 2012, p. 140-141).

O direito de não saber seria, então, um limite ao dever de informar, que é legítimo, em decorrência do princípio da autonomia. Assim, do mesmo modo que existe um direito a ser informado, também haveria um direito de renunciar esta informação. Em suma: a) por via de regra, a renúncia deve ser expressa e fundamentada, apenas excepcionalmente poderia ser tácita; b) ainda assim o paciente deve ser informado em nível abstrato sobre as consequências da renúncia e da possibilidade de ter o conhecimento; c) deve ser analisada a capacidade de discernimento do sujeito; d) este direito não é absoluto (existiriam exceções).

2.2 O privilégio terapêutico

Contar a verdade, durante o tratamento ou procedimento médico, pode ser visto como uma ferramenta imprescindível para possibilitar que o paciente exerça controle e decida sobre a sua vida e saúde, de maneira plena. Sendo assim, a verdade, embora muitas vezes possa vir ser

dolorosa, seria um instrumento que permite o empoderamento daquele sujeito. Por outro lado, em certas ocasiões, pode-se entender que transmitir a verdade pode algo traumatizante, capaz de enfraquecer a esperança do paciente e a vontade desta pessoa em viver (BLACKHALL *et al*, 2001, p. 59).

Para Kant (2005, p. 33-70) o indivíduo quando mente, ainda que com boas intenções, estaria utilizando o outro como meio para alcançar algo e não o considerando como fim em si mesmo. A mentira deve ser evitada não apenas pelo receio em ser descoberto e perder credibilidade, mas por ser considerada má em si mesma. É necessário ser verdadeiro por dever e não somente pelo medo de consequências prejudiciais, mas em observância do imperativo moral.

Como visto anteriormente, deve ser assegurado o direito de autodeterminação do paciente, ou seja, o respeito à autonomia deste indivíduo. A vontade deve ser qualificada pela liberdade e para isso deve ser baseada em uma informação prévia para que este sujeito possa decidir se submeter ou não a determinado procedimento ou tratamento, e assim legitimar a ação do profissional. Para isso, é imprescindível que a informação que venha a ser entregue ao paciente seja verdadeira (FABBRO, 2009, p. 02).

Mentir de modo indiscriminado, assim como é condenado pela perspectiva kantiana de defesa à verdade irrestrita, também não poderia ocorrer na relação médico-paciente pois deve prevalecer a veracidade das informações para proporcionar o fomento da confiança entre as partes. Contudo, excepcionalmente, seria possível, de maneira justificada, não entregar completamente a verdade, em prol de um benefício maior. É necessário para isso um motivo justo: a presença de um potencial dano na total transmissão da verdade. A análise da justeza do motivo consiste em responsabilidade do médico, em continuidade aos cuidados que são prestados ao paciente (VASCONCELOS; GARRAFA, 2017, p. 48).

Deste modo, destaca-se o chamado privilégio terapêutico, que é uma situação baseada na percepção do médico de que a divulgação de informações seria potencialmente prejudicial ao paciente, podendo ocasionar diversas consequências como ameaça a vida, serem tomadas decisões irracionais e transtornos psicológico (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 172-173).

Pode-se argumentar que mentir ou omitir informações que podem ser relevantes no processo decisório do paciente limita a autonomia do paciente, uma vez que a vontade do sujeito poderia vir a ser outra, caso tivesse pleno conhecimento acerca do que lhe está sendo privado (FABBRO, 2009, p. 05).

Para alguns autores, o privilégio terapêutico não seria eticamente justificável pois a informação é uma ferramenta poderosa para o empoderamento do paciente, assim, reter conscientemente a verdade de indivíduos autônomos os enfraqueceria e requer mais justificativas do que causa bem-estar para este sujeito. Isto é, a longo prazo poderia ocasionar mais danos do que benefícios. A possibilidade de reter informações de um paciente autônomo, só seria possível no caso excepcional de renúncia à informação por iniciativa do paciente (EDWIN, 2008, p. 161).

Apesar dos posicionamentos em sentido contrário, cabe ressaltar que o privilégio terapêutico seria, sim, possível. Todavia, destaca-se que este é essencialmente um instituto que possui um caráter excepcional. Apenas quando a transmissão integral da verdade for danosa, cabe ao médico analisar os riscos e benefícios do fornecimento da informação e decidir sobre a entrega ou a omissão. Nestas ocasiões, a informação deve ser resguardada do paciente e entregue ao representante legal do sujeito, com quem as decisões serão compartilhadas (VASCONCELOS; GARRAFA, 2017, p. 49).

Ou seja, a regra é do cumprimento do dever de informar. Todavia, quando a transmissão de informações ao paciente pode ocasionar uma piora a sua situação física ou psíquica, este dever

poderia ser excepcionado. Haveria então a possibilidade do médico se eximir do descumprimento do dever de informação nestas circunstâncias, sob o argumento de que prestar certos esclarecimentos que desencadeiem reações adversas no paciente atentaria contra o próprio fim da Medicina (OCHOA, 2006, p. 7).

Deve-se observar também se a decisão do médico em ocultar ou modificar as informações, possui o objetivo de proporcionar o bem-estar, ou seja, se o médico agiu com responsabilidade, visando o benefício do paciente, assim como, deve ser observada a natureza, a gravidade e confiabilidade das informações retidas. Falsificar ou ocultar informações com receio de uma previsível reação de tristeza, raiva ou desespero do paciente que poderia incomodar ou constranger o profissional, por não saber como responder, não poderia justificar o uso deste instituto, pois nessas circunstâncias, o médico estaria agindo apenas por interesse pessoal (RICHARD *et al*, 2010, p. 05).

Vale reforçar que o privilégio terapêutico não deve ser compreendido como um direito à mentira e nem deve ser utilizado de maneira irrestrita em todo e qualquer caso. É necessário que ocorra em situações excepcionais na qual a utilidade terapêutica da intervenção seja legítima, quando se está diante de um risco para a vida do paciente ou um grave dano à saúde física ou psíquica. No Direito Português, por exemplo, existem entendimentos doutrinários no sentido de que só haveria o privilégio para as intervenções terapêuticas, não se justificando para os demais procedimentos médicos, como por exemplo, a cirurgia estética pura, o que demonstra a excepcionalidade deste instituto de cunho paternalista que busca a proteção do enfermo (PEREIRA, 2003, p. 289-290).

Assim, ressalta-se que o privilégio terapêutico não pode substituir a vontade do paciente e nem ser utilizado de forma exclusivamente discricionária, sem a utilização de qualquer critério, sob risco de tornar a atuação do profissional médico arbitrária e contrapondo-se a toda evolução histórica atinente à autodeterminação do paciente. Deste modo, a sua aplicação deve ocorrer apenas em determinados casos (BERGESTEIN, 2012, p. 144-145).

Cabe acrescentar que diferentemente de outros ordenamentos jurídicos, como por exemplo, o português, em que há previsão expressa do privilégio terapêutico em seu Código Penal (PORTUGAL, 1995), no Brasil, não existe uma previsão deste instituto em uma lei específica. Entretanto, percebe-se que o Código de Ética Médica, ao prever o dever de informar do médico, em seu artigo 34, também estabelece uma exceção a vedação ao médico em deixar de cumprir com o dever de informar, nos casos em que “a comunicação direta possa lhe provocar danos, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal” (CFM, 2018).

Ademais, observa-se que alguns autores entendem o privilégio terapêutico como sinônimo do paternalismo. O paternalismo, originado dos fundamentos hipocráticos, pode ser compreendido como a ação do profissional sobre a vontade do agente autônomo que necessita de seus cuidados. Essa interferência seria justificada por razões como, por exemplo, o bem-estar do paciente e a necessidade desta intervenção durante o tratamento. Nestas situações, o médico age exclusivamente com base em sua vontade para o interesse daquele que está sendo tratado (MUÑOZ; FORTES, 1998, p. 61-62).

Ressalta-se que Muñoz e Fortes (1998, p. 61-62) defendem que para que o paternalismo seja ético, deve obedecer a determinadas premissas. Neste sentido, destacam-se os requisitos elaborados por Culver e Gert (1982, p. 207-208) que entendem que é necessário, para o paternalismo ser legítimo, haver a intenção de beneficiar outrem com a ação, e não a si próprio ou a terceiro. Além disso é preciso não violar uma regra moral e que não seja obtido o consentimento – previamente, posteriormente ou no momento em que o profissional realiza esta interferência – do sujeito o qual a sua ação se destina.

Pode-se definir, então, o privilégio terapêutico como uma omissão ou deturpação da verdade, ou de alguma parte dela, com o objetivo de não causar prejuízo ao paciente, que ocorre através de um julgamento feito pelo próprio médico. Todavia, é relevante destacar que este instituto deve ocorrer apenas em situações excepcionais, ou seja, apenas em casos em que há uma real probabilidade de causar dano ao sujeito e com o fito de assegurar o seu bem-estar.

3 O DIREITO DE NÃO SABER E O PRIVILÉGIO TERAPÊUTICO NA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE IDOSO

O envelhecimento consiste em um processo complexo, multifatorial e individual. Observa-se que o principal marco utilizado para caracterizar uma pessoa idosa, em termos práticos, é a idade cronológica. A Assembleia Organização das Nações Unidas, por exemplo, compreende que os sujeitos com 60 anos ou mais seriam considerados idosos, principalmente em países em desenvolvimento, como o Brasil - que adota este critério etário no Estatuto do Idoso (SCHWANKE; FEIJÓ, 2006, p. 85-86).

Todavia, deve se ter em mente que o processo de envelhecimento é caracterizado pela manifestação de diversos eventos biopsicossociais que ocorreriam ao longo do tempo. A idade cronológica não estaria diretamente relacionada à idade biopsicossocial, pois que este processo possui caráter individual, visto que cada pessoa idosa é única e portadora de diversas particularidades (SAQUETTO *et al*, 2013, p. 521).

Ademais, apenas o avanço na idade não é, e nem deve ser, sinônimo de adoecimento ou de aproximação à terminalidade da vida. Tanto a doença, como a morte, seriam condições próprias de todos os seres e em qualquer idade. Entretanto pode se observar que existem evidências científicas de que o envelhecimento humano torna o organismo mais propício ao surgimento a determinadas enfermidades (BURLÁ *et al*, 2014, p. 89).

Dentre elas vale evidenciar: a) a restrição dos movimentos corporais originadas por sequela de acidente vascular encefálico; b) artrose/artrite; e c) o declínio cognitivo, como por exemplo, devido a demência de Alzheimer. Estas enfermidades acabam sendo, muitas vezes, causas de dependência entre sujeitos idosos. No entanto, é importante reforçar que embora o envelhecimento se associe ao aumento de um risco de desenvolvimento de enfermidades, não deve ser considerado como doença por si mesmo (SCHWANKE; FEIJÓ, 2006, p. 86).

Assim, apesar de pessoas idosas serem agentes autônomos, percebe-se que, muitas vezes, em razão dessas enfermidades que são propensas a se desenvolverem por causa do próprio envelhecimento humano ou por outros motivos, como por exemplo, por questões socioeconômicas, estes sujeitos passam a ter a sua autonomia reduzida. Deste modo, demonstra-se necessário discutir sobre a possibilidade de aplicação do direito de não saber e do privilégio terapêutico como, respectivamente, exercício legítimo de suas vontades nas situações em concreto que envolvem a necessidade de cuidados médicos e como forma de proteção da saúde destes sujeitos.

3.1 A vulnerabilidade do paciente idoso

Ressalta-se que as pessoas idosas, diferentemente das crianças e adolescentes, seriam consideradas como capazes civilmente, possuindo, em tese, a sua autonomia expressamente garantida pelo próprio Código Civil. Todavia, cabe reforçar que ambos os grupos sociais podem vir a ter a sua autonomia limitada por estarem vulneráveis (AGUIAR, 2012, 100-101). Isto é,

existe a possibilidade de um sujeito, ainda que capaz para a maior parte dos atos da vida civil, ter sua autonomia reduzida por estar exposto a uma situação de vulnerabilidade (SILVA, 2016, p. 74).

Cabe ressaltar que a capacidade do indivíduo de se autogovernar, levando em consideração apenas o sentido jurídico, não seria suficiente para compreender a real autonomia do sujeito. É na esfera da vulnerabilidade, onde estariam presentes os motivos que poderiam impedir a total compreensão do indivíduo, que se deveria pensar na construção de um significado adequado para a autonomia e para a legitimidade do consentimento daquela pessoa (ARAÚJO; LINS-KUSTERER, 2020, p. 86).

A expressão vulnerabilidade, advém do latim *vulnus(eris)*, que significa ferida, podendo ser definida como a suscetibilidade ou potencialidade do indivíduo vir a ser ferido. Observa-se que a vulnerabilidade possui diversos sentidos para a Bioética, dentre eles: seria uma condição humana universal, em sua função nominal; uma característica particular de determinados indivíduos ou grupos de indivíduos, em sua função adjetiva; e também um princípio ético-universal (NEVES, 2006, p. 158-166).

Enquanto princípio ético, a vulnerabilidade exprime uma obrigação moral. Deste modo, exige uma proteção adequada aos indivíduos que estão vulneráveis no sentido adjetivo da palavra, através de uma ação positiva de acordo com as necessidades específicas de cada sujeito. Em sua função nominal, ou substantiva, descreve a realidade comum do homem. Isto é, é uma condição que constitui o ser humano que seria irredutível e inalienável, pois não poderia ser reduzida ou eliminada, ainda que haja um reforço da autonomia com o objetivo de mitigar os prejuízos que advém desta vulnerabilidade (NEVES, 2006, p. 165-169).

Já em sua função adjetiva, a vulnerabilidade seria uma característica particular, contingente e relativa que possui o fito de qualificar determinados grupos e pessoas. Embora em um primeiro momento a vulnerabilidade como característica tenha sido pensada apenas no âmbito da experimentação humana, o seu sentido foi expandido para abarcar as políticas de saúde e a assistência clínica (NEVES, 2006, p. 159-166).

Assim, verifica-se que alguns sujeitos ou grupos sociais estariam mais suscetíveis a sofrerem danos físicos ou psíquicos que outros, possuindo uma menor capacidade de defesa, por inúmeras razões. A exemplo de sujeitos em situação de vulnerabilidade, considerando seu sentido adjetivo, estariam as crianças, os adolescentes, as pessoas com deficiência e as pessoas idosas (PARANHOS *et al*, 2017, p. 935). Destaca-se que a vulnerabilidade do idoso decorre não apenas em razão do aspecto biológico, mas também devido ao aspecto social, que engloba situações culturais, econômicas e políticas (ALMEIDA, AGUIAR, 2011, p. 198).

Durante muito tempo, a pessoa idosa ocupava um *status* e poder social, que exigia da comunidade respeito e obediência, por sua experiência e sabedoria, que havia sido conquistada ao longo dos anos. Todavia, atualmente, percebe-se que a economia reduz a pessoa idosa a um indivíduo gerador de gastos previdenciários e a um obstáculo para os seus familiares. Ou seja, o envelhecimento populacional não acompanhou a valorização social do idoso: ao mesmo tempo que surgem diplomas normativos que dispõem sobre o respeito aos idosos, na prática, ocorre um descaso para com estes indivíduos, considerados como “pesos” para a sociedade (SAQUETTO *et al*, 2013, p. 519-523).

Ressalta-se que a pessoa idosa que necessita de um tratamento médico, se encontra em uma situação de dupla vulnerabilidade, pois além de fazer parte de um grupo social que constantemente sofre preconceitos e estigmas em razão da idade, também estaria vulnerável por se estar na condição de paciente no processo terapêutico (PARANHOS *et al*, 2017, p. 938).

Neste sentido, destaca-se a metáfora das capas de Florência Luna (2008, p. 10-13) que compreende que a conceituação de vulnerabilidade não deve ser pensada como “rótulo”, ou algo em preto e branco, mas deve partir da ideia de camadas de vulnerabilidades que coexistem em uma situação em concreto, sendo assim um conceito dinâmico e relacional. Identificar as múltiplas camadas que operam em um determinado caso, e remover – se possível - uma camada após a outra, possibilitaria uma maior facilidade na elaboração de estratégias para mitigar os aspectos negativos que uma situação de vulnerabilidade fomenta.

Os pacientes se encontram em uma maior situação de fragilidade em sua relação com os profissionais da Medicina. Estes indivíduos estariam mais vulneráveis em decorrência da enfermidade e em razão do poder da técnica, cujo médico seria detentor, que acaba ocasionando uma assimetria informacional nesta relação. Esta vulnerabilidade pode diminuir a habilidade do sujeito de tomar de decisões que dizem respeito à sua vida e saúde (SILVA, 2016, p. 74).

Vale evidenciar que estar – enquanto característica – ou ser – enquanto condição – vulnerável, não significa que o sujeito não seja autônomo. Um indivíduo que está vulnerável pode ter a sua autonomia afetada, mas nunca afastada (AGUIAR, 2012, 101). Os sujeitos tradicionalmente vulneráveis, considerados dependentes, como os idosos, embora em determinadas situações não possam não ser capazes de exercer de maneira plena a autonomia, isto é, de exercerem a sua liberdade e exprimirem suas vontades, devem ter seus desejos e integridades respeitados (DINIZ; GUILHEM, 2002, p. 29)

Destaca-se que a atuação do profissional de Medicina deve levar em consideração as condições de vulnerabilidades presentes para que o consentimento do paciente se dê o mais autonomamente possível. Logo, quanto mais vulnerável o paciente, isto é, quanto mais grave a vulnerabilidade existente naquela situação em concreto, maior deve ser o cuidado do médico para resguardar a autonomia daquele indivíduo (SILVA, 2016, p. 79-83).

Assim sendo, demonstra-se imprescindível a necessidade da empatia, da alteridade e do reconhecimento do multiculturalismo estarem presentes no discurso médico e na linguagem utilizada pelo profissional de Medicina, para que haja o estabelecimento de uma comunicação adequada que leve em consideração as vulnerabilidades presentes na situação em concreto.

3.2 A possibilidade de exercício do direito de não saber e de aplicação do privilégio terapêutico em pacientes idosos

Deve-se compreender e reconhecer o processo de envelhecimento como uma fase natural do curso da vida, assim como todas as outras, que é inerente a todos os seres. As pessoas idosas também possuem as suas necessidades e desejos, que devem ser respeitadas e consideradas (FINEMAN, 2012, p. 140).

Valorizar o idoso e respeitar a sua autonomia é necessário, ainda que esta esteja limitada em certas situações. Atitudes na relação médico-paciente, como por exemplo, infantilizar este sujeito, ou agir como se este não fosse capaz de julgar o que é melhor para a sua vida, seriam repressíveis (ALMEIDA; AGUIAR, 2011, p. 205).

É preciso assegurar a autonomia do idoso e garantir o domínio de suas habilidades físicas, considerando-o como um sujeito que está inserido em sociedade e que possui vitalidade. Neste sentido, é preciso desenvolver uma maior consciência dos limites fisiológicos que decorrem do processo natural de envelhecimento, com o objetivo de evitar que seja retirado deste sujeito, o direito de direcionar a sua própria vida (SAQUETTO *et al*, 2013, 523).

Os idosos podem, e devem, ser administradores de suas vidas e de seu processo terapêutico, desde que estejam devidamente capacitados. É possível, inclusive, alcançar uma melhora nos resultados quando os pacientes idosos são incentivados a participar da tomada de decisões. O paciente idoso deve ser respeitado assim como qualquer outro indivíduo que precise de tratamento médico. Deste modo, deve ser assegurada a sua autodeterminação, levando em conta a sua vontade no processo terapêutico e o seu direito de ser informado de maneira adequada, compreensível e compatível com o seu estado especial de saúde (PARANHOS *et al*, 2017, p. 940-941).

Tendo em vista que deve ser assegurado o exercício da autonomia e o direito à informação do paciente idoso, pode-se defender que também seria possível os idosos exercerem o seu direito de não saber, ou seja, de renunciarem a transmissão de informações, uma vez que este direito ocorre em decorrência da própria autonomia do indivíduo.

Logo, o idoso necessita ter a sua opinião considerada nos casos em que optar por não ser informado, do mesmo modo que qualquer outro paciente que deseja exercer sua vontade autônoma de ter o pleno desconhecimento das informações médicas sobre sua saúde, salvo os casos que são uma exceção a este direito: quando for uma enfermidade grave para que seja adotadas medidas preventivas e em prol do interesse coletivo. Além disso, deve se observar a capacidade de discernimento deste indivíduo.

Todavia, em determinadas ocasiões, observa-se que o paciente idoso pode se encontrar na necessidade e dependência do cuidado do outro, em razão de suas fragilidades, o que pode conferir à família a responsabilidade sobre este paciente e o direito de decidir e consentir por este indivíduo. Seriam os casos em que é atestada a incompetência moral do paciente pelo médico e que se transfere a família o poder de decisão (MACEDO, 2020, p. 254-255).

Neste sentido, discute-se a possibilidade de a família decidir pelo idoso não saber uma determinada informação que poderia prejudicar a sua saúde ou se haveria a necessidade de pedir para o profissional de Medicina aplicar o instituto do privilégio terapêutico, ou seja, para que ele oculte a verdade, caso julgue que está irá gerar danos efetivos ao paciente, pois este instituto ocorre por percepção do médico.

Seria possível, sim, a família decidir pelo paciente não saber, mas apenas nas situações em que aquele paciente idoso esteja impossibilitado de exercer seu o inalienável direito de autonomia – como por exemplo, quando se encontra com a doença de Alzheimer - pois nestas situações, aqueles que o cuidam, como a família, assumem a responsabilidade de exercer este direito. Nestas circunstâncias, os seus familiares devem buscar ao máximo preservar a individualidade do paciente, transformando o cuidado na arte de prosseguir na construção do outro (BURLÁ *et al*, 2014, p. 91-92).

Haveria nestas situações um conflito entre os princípios da autonomia e da beneficência e da não-maleficência. O princípio da beneficência se constitui na obrigação moral de atuar sempre em benefício do outro e compreende o ato de fazer, ou promover, sempre o bem ao outro, assim como, a conduta de evitar e sanar males ou danos. Já o princípio da não-maleficência, determina a obrigação de não ocasionar danos intencionalmente e é associado na ética médica, à máxima hipocrática *Primum non nocere* – acima, ou antes, de tudo não ocasionar dano. Se limita, então, a abstenção intencional de executar ações que possam ocasionar danos (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 209-282).

Pode-se entender que apenas nas situações em concreto em que há uma limitação da autonomia do indivíduo, prevaleceria os princípios da beneficência e da não-maleficência, uma vez que, nesses casos, o sujeito não teria condições de manifestar sua vontade de maneira livre e

esclarecida. Porém, diante de um indivíduo que não possui sua autonomia reduzida, é este quem deve decidir o que é bom para o seu bem-estar e para sua qualidade de vida (MUÑOZ; FORTES, 1998, p. 61-62).

Há quem defenda que nos casos em que a família deseja ocultar determinada informação do paciente não seria o exercício do direito de não saber – pois esta situação ocorre pela percepção do paciente que deve aceitar a ocultação, com todas as suas faculdades - mas seria o caso de um “Pacto de Silêncio” (TORTOLERO, 2018, p. 230). O “Pacto do Silêncio” pode ser definido como um acordo implícito ou explícito, que ocorre por parte da família, amigos e/ou profissionais, para que sejam alteradas informações a este paciente com o objetivo de ocultar o seu diagnóstico, prognóstico e/ou gravidade da situação (BARBERO, 2006, p. 23).

Em relação a aplicação do privilégio terapêutico em pacientes idosos, ressalta-se que esta é sim possível. Contudo, deve-se lembrar que este instituto ocorre pela percepção do médico e deve ser sempre excepcional, com o objetivo de alcançar o melhor interesse deste paciente. Ou seja, deve ocorrer apenas nas situações em que a comunicação da verdade pode piorar efetivamente o quadro clínico deste sujeito (MONCUR; LOVELL, 2018, p. 27). A regra consiste em dizer a verdade. Contudo, em certas ocasiões os males de se dizer a verdade seriam tantos, que se impõe a existência de uma exceção: o privilégio terapêutico - que só poderia ser justificado como uma exceção imposta pelas circunstâncias (GRACIA, 1995, p. 5).

Deve-se partir do pressuposto que este consiste em um instrumento terapêutico. Logo, o profissional deve sempre pautar a sua atuação com base na realidade concreta daquele sujeito e nunca em suposições, levando sempre em consideração o nível de cognição do paciente (CAIAZZA; JAMES, 2015, p. 7). Ressalta-se, então, a importância de avaliar a capacidade de discernimento do paciente, de maneira individual, bem como, a necessidade de se documentar todas as informações e as ocultações e mentiras flagrantes que ocorreram no caso concreto (CULLEY *et al*, 2013 p. 36).

Uma avaliação do risco, se valendo de ferramentas como uma comunicação adequada, não só com o paciente, mas também com a família, é interessante para o médico verificar real a necessidade de valer-se deste instituto durante o processo terapêutico (MONCUR; LOVELL, 2018, p. 27). Há, inclusive, quem argumente que além da comunicação com a família, com o objetivo de orientar e apoiar o profissional, deve ser exigido também o consentimento destes familiares para que este instituto seja aplicado (CULLEY *et al*, 2013 p. 36).

Cabe salientar que transmitir um diagnóstico ou prognóstico negativo a um paciente que não deseja saber, é algo tão malicioso quanto a instituição do “Pacto de Silêncio” ou privilégio terapêutico para um paciente que deseja ser informado (BARBERO, 2006, p. 25). Assim, observa-se a necessidade de serem pensados parâmetros de orientação para a aplicação destes limites ao dever de informar, tendo em vista a ausência normativa e de consenso doutrinário sobre diretrizes de utilização destas exceções.

Uma forma de assegurar o direito de não saber dos pacientes e de exercer do privilégio terapêutico de maneira apropriada, seria a aplicação de protocolos de comunicação, principalmente, os que envolvem a transmissão de notícias difíceis, como forma de orientação para o profissional. Estes instrumentos devem proporcionar ao médico o entendimento acerca do que o paciente sabe e o quanto quer saber.

Neste sentido, cabe evidenciar o protocolo SPIKES, desenvolvido inicialmente para o âmbito da oncologia, mas que pode ser aplicado a toda e qualquer a comunicação de notícias difíceis. Este protocolo possui o objetivo de coletar as informações do paciente, transmitir as informações médicas, proporcionar suporte ao sujeito que necessita de cuidados e obter a sua

colaboração no desenvolvimento de uma estratégia ou plano de tratamento para o futuro. A segunda e a terceira etapa do protocolo SPIKES - *perception* (percepção) e *invitation* (convite) - consistem, respectivamente, na avaliação da percepção do paciente, por meio de perguntas abertas, e na obtenção do convite deste sujeito, ou seja, na identificação do quanto aquela pessoa deseja saber (BAILE *et al*, 2000, p. 1-7).

Deste modo, vale salientar que a utilização de protocolos, como o SPIKES, enquanto parâmetro de orientação, possibilitaria que a atuação do profissional médico ocorra de modo a garantir o exercício adequado direito de não saber do paciente e também para proporcionar a utilização do privilégio terapêutico de forma apropriada.

Todavia, embora a aplicação de protocolos seja importante para proporcionar uma boa comunicação e reduzir a assimetria informacional existente, é relevante destacar que a relação médico-paciente não se esgota através da criação e a aplicação de protocolos, em razão das subjetividades e particularidades envolvidas nos casos concretos (PRINCHAK; ALMEIDA, 2020, p. 36).

A interação do profissional com o enfermo supõe a oportunidade de crescimento mútuo, de ir além do estabelecido em um protocolo, uma vez que não existe um indivíduo igual ao outro, cada pessoa é um mundo e dentro de cada sujeito as mudanças das circunstâncias que afetam a saúde poderiam conduzir a novos rumos morais e clínicos. Uma comunicação adequada, baseada na empatia, deve estar sempre presente, pois consiste em ferramenta básica da relação médico-paciente (BARBERO, 2006, p. 26-27).

Assim, embora sejam sugeridos protocolos, como forma de orientar a conduta do médico na aplicação do privilégio terapêutico e para perceber quando se trata de uma situação legítima em que o desejo o exercício do direito de não saber pode ser exercido, estes não consistem nos únicos parâmetros de orientação. Independente da elaboração de diretrizes, a comunicação entre médicos e pacientes, ainda mais nas situações que envolvem pessoas idosas, deve ser sempre pautada no exercício constante da empatia e da alteridade para que o profissional possa identificar as reais necessidades do indivíduo que necessita de seu cuidado, e também reconhecer as diferenças existentes no caso concreto para mitigá-las.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Destaca-se que a autonomia e a informação consistem em elementos essenciais na relação entre médicos e pacientes. Deste modo, as decisões e escolhas individuais dos sujeitos, durante o processo terapêutico, devem ocorrer independentemente de interferências controladoras e serem respeitadas. Ademais, como pressuposto da autonomia, tanto o profissional, quanto o paciente, devem cumprir com o seu dever de informação para a obtenção do consentimento livre e esclarecido e para que seja proporcionada uma melhor solução possível ao caso concreto, tendo em vista que se trata de obrigação de natureza mútua.

Contudo, é perceptível que o direito à informação do paciente não é absoluto. Assim, em determinadas circunstâncias seria possível observar limites, ou exceções, ao dever de informar do médico, e dentre essas situações excepcionais cabe evidenciar o direito de não saber e o privilégio terapêutico.

O direito de não saber consiste em uma consequência do próprio princípio da autonomia, que envolve o direito ao pleno conhecimento e também ao pleno desconhecimento. Assim, seria legítimo o paciente decidir por renunciar o seu direito de ser informado. Todavia, ressalta-se que é necessário que seja feita uma análise da capacidade de discernimento deste sujeito, bem como,

que haja ao menos a informação em um nível abstrato. Também precisa que seja analisado se está enquadrado nas exceções da renúncia: doença grave que necessita da adoção de medidas preventivas ou que pode colocar em risco a saúde e/ou vida de terceiros.

Já o privilégio terapêutico, seria uma situação que ocorre por percepção do médico e que envolve a ocultação ou deturpação da verdade com o objetivo de alcançar o bem-estar do paciente. É importante evidenciar que este instituto deve ser utilizado com demasiada cautela, ou seja, apenas quando a transmissão total das informações puder ocasionar uma piora efetiva no estado de saúde do paciente, em razão de seu caráter excepcional. O nível de cognição do paciente também deve ser levado em consideração.

Entende-se pela possibilidade do exercício do direito de não saber por pacientes idosos, caso haja a capacidade de discernimento, tendo em vista que estes sujeitos devem ter a sua autonomia respeitada, assim como qualquer outro indivíduo que se encontre na condição de paciente. Nos casos em que a família que deseja ocultar determinada informação, acrescenta-se que é possível apenas quando o paciente idoso se encontra impossibilitado de exercer o seu direito à autodeterminação. Além disso, também haveria possibilidade da aplicação do privilégio terapêutico em pacientes idosos, mas somente de modo excepcional, quando contar a verdade for prejudicial à saúde deste indivíduo.

Em razão da ausência de leis específicas e de um consenso doutrinário acerca do assunto, sugere-se a adoção de protocolos de comunicação como parâmetros de orientação para que se aplique o privilégio terapêutico e se exerça o direito de não saber de modo adequado. Dentre estes protocolos, destaca-se o protocolo SPIKES, voltado para a comunicação de más-notícias. Todavia, deve-se observar que a simples utilização de protocolos, embora seja importante, não seria suficiente, em razão das especificidades existentes nos casos concretos. Assim, demonstra-se imprescindível que a empatia, a alteridade e o multiculturalismo estejam presentes na comunicação entre médicos e pacientes para que se possa aplicar e exercer estas exceções ao dever de informar adequadamente.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. 2002+10. Para além da capacidade: o impacto da vulnerabilidade em matéria de autonomia em questões de saúde. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. (Coord.) **Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 86-101.

AGUIAR, Mônica; MEIRELES, Ana Thereza. Autonomia e alteridade como fundamentos da construção do sentido de dignidade existencial diante do direito à vida. **Revista Brasileira do Direito Animal**, Salvador-BA, v. 13 n° 1, 2018 Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/26220>. Acesso em: 01 jun. 2021.

ALMEIDA, Aline Branco Amorim de; AGUIAR, Maria Geralda. O cuidado do enfermeiro ao idoso hospitalizado: uma abordagem bioética. **Revista Bioética**. Brasília, v. 19 , n. 1 , 2011. Disponível em <https://www.redalyc.org/pdf/3615/361533255013.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2021.

ANDORNO, R. The right not to know: an autonomy based approach. **Journal of Medical Ethics**. V. 30, n. 5, 2004. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1733927/pdf/v030p00435.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

ANJOS, Márcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. **Revista Brasileira de Bioética**. V. 2, n. 2, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7967>. Acesso em: 01 jun. 2021.

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles. A Informação na relação médico-paciente: o delineamento da obrigação mútua face ao argumento da vulnerabilidade. In: **Anais do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI**, 2018. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/Ods65m46/kz37jz13/kIL5YD8yCe3ObVLU.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles; FERNANDES, Lyellen Silva. Liberdade decisória do médico e compreensão pelo paciente: o dever recíproco de informação como pressuposto fundamental. **Cadernos Ibero Americanos de Direito Sanitário**. V. 10, n. 1, 2021. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/645>. Acesso em: 02 jun. de 2021.

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles; LINS-KUSTERER, Liliane. Pressupostos fundamentais da recusa a tratamento médico na assistência à saúde. **Revista da AGU**. Brasília, v. 19, n. 4, 2020. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-AGU_v.19_n.04.pdf. Acesso em: 02 jun. 2021.

ARAÚJO, Ana Thereza Meireles; SILVA, Mônica Neves Aguiar da. Prática médica e diretivas antecipadas de vontade: uma análise ético-jurídica da conformação harmônica entre os pressupostos autonomia e alteridade. **Revista Jurídica CESUMAR**. v. 17, n. 3, 2017. Disponível em <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5686>. Acesso em: 02 jun. 2021.

BAILE, Walter F., *et al.* SPIKES—A Six-Step Protocol for Delivering Bad News: Application to the Patient with Cancer. **The Oncologist**. v. 5, n. 4, 2000. Disponível em <https://theoncologist.onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1634/theoncologist.5-4-302>. Acesso em: 02 jun. 2021.

BARBERO, J. El derecho del paciente a la información: el arte de comunicar. **Anales Sis San Navarra**. Pamplona, v. 29, supl. 3, 2006. Disponível em: <https://pesquisa.bvsalud.org/enfermeria/resource/pt/ibc-052273>. Acesso em: 02 jun. 2021.

BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BERGSTEIN, Gilberto. **Os limites do dever de informação na relação médico paciente e sua prova**. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo (USP). 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-30042013-144339/pt-br.php>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BLACKHALL, Leslie J., *et al.* Bioethics in a different tongue: The case of truth-telling. **Journal of Urban Health**, v. 78, n. 1, 2001. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1093%2Fjurban%2F78.1.59>. Acesso em: 01 jun. 2021.

BURLÁ, Claudia, *et al.* Envelhecimento e doença de Alzheimer: reflexões sobre autonomia e o desafio do cuidado. **Revista Bioética**. Brasília, v. 22, n. 1, 2014. Disponível em: <https://www.re-dalyc.org/pdf/3615/361533264008.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

CAIAZZA, Roberta; JAMES, Ian Andrew. Re-defining the notion of the therapeutic lie: Person-centred lying. **Faculty of the Psychology of Older People (FPOP) Newsletter**. N. 130, 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/303767380_Re-defining_the_notion_of_the_therapeutic_lie_Person-centred_lying. Acesso em: 01 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução 2.217, de 27 de setembro de 2018. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

CULLEY, Helen, *et al.* Therapeutic lying in dementia care. **Nursing Standard**. V. 1, n. 35, 2013. Disponível em: <https://rcnpublishing.com/doi/abs/10.7748/ns2013.09.28.1.35.e7749>. Acesso em: 01 jun. 2021.

DAVIES, Ben. The right not to know and the obligation to know. **Journal of Medical Ethics**. V. 46, n. 5, 2020. Disponível em: <https://jme.bmj.com/content/46/5/300>. Acesso em: 01 jun. 2021.

DINIZ, Débora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**, Editora Brasiliense, São Paulo 2002.

EDWIN, Ama Kyerewa. Don't Lie but Don't Tell the Whole Truth: The Therapeutic Privilege - Is it Ever Justified?. **Ghana Medical Journal**. V. 42, n. 4, 2008. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2673833/pdf/GMJ4204-0156.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

FABBRO, Leonardo. Limitações Jurídicas à Autonomia do Paciente. **Revista Bioética**. Brasília, v. 7, n. 1, 2009. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/286/425. Acesso em: 01 jun. 2021.

FINEMAN, Martha Albertson. 'Elderly' as Vulnerable: Rethinking the Nature of Individual and Societal Responsibility. **Emory University School of Law Legal Studies Research Paper Series**. N. 12-224, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2088159. Acesso em: 01 jun. 2021.

GERT, Bernard; CULVER, Charles M. Paternalistic Behavior. In: COHEN, Marshall (coord.). **Medicine and Moral Philosophy: Philosophy and Public Affairs**. Princeton, New Jersey, 1982. Disponível em: <https://doi.org/10.1515/9781400853564>. Acesso em: 01 jun. 2021.

GRACIA, Diego. Ética Médica. In: ROZMAN C., FARRERAS, P. (coord.). **Medicina Interna**. Ed. 13, 1995.

HABERMAS, Jürguen. **A Ética da discussão e a questão da Verdade**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, LDA, 2007.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5 ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LUNA, Florencia. Vulnerabilidad: la metáfora de las capas. **Jurisprudencia Argentina**, IV, fascículo n. 1, 2008. Disponível em: http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacion/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F%5B1%5D._Vulnerabilidad_la_metáfora_de_las_capas.pdf. Acesso em: 02 jun. 2021.

MACEDO, Juliana Lopes de. A mentira terapêutica e o silenciamento do idoso e do morrer. 2020. **Sexualidad, salud y sociedad**. Rio de Janeiro, n. 35, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/SexualidadSaludySociedad/article/view/52904/35145>. Acesso em: 02 jun. 2021.

MONCUR, Thomas; LOVELL, Andy. The Therapeutic Lie: A reflective account illustrating the potential benefits when nursing an elderly confused patient. **Australian Nursing and Midwifery Journal**. V. 25, n. 7, 2018. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10034/620881>. Acesso em: 02 jun. 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de; CASTRO, Thamís Dalsenter Viveiros de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. **Pensar – Revista de Ciência Jurídica**. Fortaleza, v. 19, n. 3, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3433>. Acesso em: 02 jun. 2021.

MOUREIRA, Diogo Luna. O reconhecimento e a legitimação da autonomia privada aplicada ao biodireito. In: **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Manaus, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos>. Acesso em: 02 jun. 2021.

MUÑOZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido. In: COSTA, Sérgio I. Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Alteridade e deveres fundamentais: uma abordagem ética. **Revista Direitos Fundamentais e Alteridade**, v. 1, n. 1, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ucsal.br/index.php/direitosfundamentaisealteridade/article/view/429>. Acesso em: 02 jun. 2021.

NEVES, Maria do Céu Patrão. As Comissões de Ética Hospitalares e a Institucionalização de Bioética em Portugal. **Revista Bioética**. Brasília, v. 2, n. 1, 2009. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/427/495. Acesso em: 01 jun. 2021.

NEVES, Maria do Céu Patrão. Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição e princípio. **Revista Brasileira de Bioética**. V.2, n.2, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7966>. Acesso em: 01 jun. 2021.

NILO, Alessandro Timbó; SILVA, Monica Aguiar. A relação paciente-médico: por uma nomenclatura bioética. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**. V. 19, n. 35, 2019. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d80a/1283f3e9a412cf8191040ffdf0fcd982c7b7.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

OCHOA, Francisco Bernate. Deber de Información, Consentimiento Informado y Responsabilidad en el ejercicio de la actividad médica. In: **Ideas políticas filosofía y derecho: el maestro: liber amicorum en homenaje a Alirio Gómez Lobo**, 2006. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/deber-de-informaci%C3%B3n-consentimiento-informado-y-responsabilidad-en-el-ejercicio-de-la-activ>. Acesso em: 01 jun. 2021.

PARANHOS, Denise Gonçalves de Araújo Mello e, *et al.* Vulnerabilidade do paciente idoso à luz do princípio do cuidado centrado no paciente. **Saúde e Sociedade**. São Paulo, v. 26, n. 4, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/jats-Repo/4062/406264572007/406264572007.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2021.

PEREIRA, André Gonçalo Dias. **O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de direito civil**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal. 2003. Disponível em: <https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/89350>. Acesso em: 01 jun. 2021.

PRINCHAK, Henrique Costa; ALMEIDA, Marina Silva. A aplicabilidade das técnicas da Comunicação Não-Violenta como forma de prevenção de conflitos derivados da relação médico-

paciente. In: SADY, Gabriela; SILVA, Lucas Macedo; COLOSSI, Lizandra. **Diálogos sobre Advocacia Consensual em Direito Médico**. Editora Paginae, Salvador, 2020.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 48 de 1995. **Código Penal**. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230200/73473284/di-plomaExpandido>. Acesso em: 02 jun. 2021.

PÓZON, Sergio Ramos. Elementos necesarios al consentimiento informado en pacientes con esquizofrenia. **Revista Bioética**. Brasília, v. 23, n. 1, 2009. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361535344003>. Acesso em: 02 jun. 2021.

REQUIÃO, Maurício. Do principalismo aos princípios: a dignidade da pessoa humana como princípio bioético. In: **Anais do XVIII Encontro Nacional do CONPEDI**, 2009. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/anais/36/11_1373.pdf. Acesso em: 02 jun. 2021.

RICHARD, Claude, *et al.* Therapeutic privilege: between the ethics of lying and the practice of truth. **Journal of Medical Ethics**. V. 36, n.6, 2010. Disponível em: <https://jme.bmj.com/content/36/6/353>. Acesso em: 02 jun. 2021.

SAQUETTO, Micheli, *et al.* Aspectos bioéticos da autonomia do idoso. **Revista Bioética**. Brasília, v. 21, n. 3, 2013. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=361533263016>. Acesso em: 02 jun. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado – Editora, 2012.

SCHWANKE, Carla H. A.; FEIJÓ, Anamaria F. S. Cuidando de cuidadores de idosos. **Revista Bioética**. Brasília, v. 14, n. 1, 2006. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/9/12. Acesso em: 02 jun. 2021.

SEGRE, Marco, *et al.* Contexto Histórico, Semântico e Filosófico do Princípio de Autonomia. **Revista Bioética**. Brasília, v. 6, n. 1, 2009. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/321. Acesso em: 02 jun. 2021.

SILVA, Mônica Neves Aguiar da. O paradoxo entre a autonomia e a beneficência nas questões de saúde: quando o poder encontra a vulnerabilidade. **Revista de Biodireito e Direitos dos Animais**. Brasília, v. 2, n. 1, 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/273>. Acesso em: 02 jun. 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Autonomia existencial. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Belo Horizonte, v. 16, 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/232/214>. Acesso em: 02 jun. 2021.

TORTOLERO, Noelia Manjón. Conspiración de silencio: ¿ayuda o agonía? = Conspiracy of silence: aid or agony?. **Revista Española de Comunicación En Salud**. V. 9, n. 2, 2018. Disponível em: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/RECS/article/view/4294/3018>. Acesso em: 02 jun. 2021.

VASCONCELOS, Camila; GARRAFA, Volnei. Reflexões ético-legais sobre os desafios ao dever médico na assistência ao paciente vulnerável sociais. **Revista Latinoamericana de Bioética**. V. 17, n. 33, 2017. Disponível em: <https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rlbi/article/view/2782/2504>. Acesso em: 02 jun. 2021.

WANSSA, Maria do Carmo Demasi. Autonomia versus beneficência. **Revista Bioética**. Brasília, v. 19, n. 1, 2011. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/611. Acesso em: 02 jun. 2021.

O SETOR EMPRESARIAL BRASILEIRO E A AGENDA 2030: UM CAMINHO (IM)POSSÍVEL PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Bruno Oliveira

Universidade de Marília (Unimar), São Paulo.
bbastos.adv@gmail.com

Rui Miguel Zeferino Ferreira

Universidade Portucalense – Infante D. Henrique (UPT),
Portugal.
zeferino_ferreira@sapo.pt

Letícia de Souza Lopes Lugli

Universidade de Marília (Unimar), São Paulo.
leticialopes_@hotmail.com

Objetivo: O presente artigo pretende, num primeiro momento, interpretar os desafios que se colocam ao desenvolvimento sustentável, com o escopo de estabelecer uma análise da Agenda 2030 e dos ODSs, e, assim, investigar as ações do setor empresarial brasileiro em face desses objetivos.

Método: Investigação das ações do setor empresarial brasileiro em face desses objetivos, baseando-se em ações implementadas por empresas signatárias da Rede Brasil do Pacto Global. A metodologia utilizada foi a dedutiva e pesquisa de revisão bibliográfica.

Relevância/Originalidade: O alcance do desenvolvimento sustentável, em todas as suas dimensões, é um desafio planetário, e, para isso, a Agenda 2030 tem 17 objetivos e 169 metas a serem cumpridas até 2030

Resultados: Embora as ações decorrentes das iniciativas da ONU no Brasil, bem como as ações do setor privado ora analisado, estejam em andamento, ainda existe um caminho muito longo para atingir a sustentabilidade em toda sua dimensão.

Contribuições teóricas: Formação de um arcabouço teórico sólido para busca dos objetivos de implementação da Agenda 2030 no âmbito do setor privado.

Palavras-chave: Agenda 2030. Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. Pacto Global. ONU. Setor Privado.

The Brazilian business sector and the 2030 agenda: an (im)possible path to sustainable development

Objective: This article intends, at first, to interpret the challenges facing sustainable development, with the aim of establishing an analysis of the 2030 Agenda and the SDGs, and, thus, investigating the actions of the Brazilian business sector in the face of these objectives. .

Method: Investigation of the actions of the Brazilian business sector in the face of these objectives, based on actions implemented by signatory companies of the Brazil Network of the Global Compact. The methodology used was deductive and bibliographic review research.

Relevance/Originality: Achieving sustainable development, in all its dimensions, is a planetary challenge, and for that, the 2030 Agenda has 17 objectives and 169 targets to be met by 2030

Results: Although the actions resulting from the UN initiatives in Brazil, as well as the actions of the private sector analyzed here, are in progress, there is still a very long way to go to achieve sustainability in all its dimensions.

Theoretical contributions: Formation of a solid theoretical framework to pursue the goals of implementing the 2030 Agenda within the private sector.

Keywords: Agenda 2030. Sustainable Development Goals. Global Compact. UN. Private sector.

INTRODUÇÃO

A consciencialização da necessidade de tutelar o meio ambiente deu-se, num primeiro momento, com a criação da bomba nuclear, que foi lançada em Hiroshima durante a Segunda Guerra Mundial e, com isso, a humanidade teve a consciência do quanto o ser humano teria os meios e a possibilidade de extinguir toda vida do planeta.¹

Segundo um critério normativo e internacional, o meio ambiente, enquanto direito essencial ao cumprimento do princípio constitucional da dignidade humana, tem a sua origem com a Conferência das Nações Unidas sobre o ambiente humano, ocorrida em Estocolmo, no ano de 1972. Esta Conferência teve como objetivo estabelecer a cooperação entre os povos para a efetividade da proteção ambiental. Contudo, vinte anos depois, o problema continua por solucionar de uma forma adequado, pelo que na Conferência do Rio de Janeiro, houve a consagração e integração do princípio do desenvolvimento sustentável na denominada Declaração do Rio de Janeiro.

Atualmente, existem diversos documentos nacionais e internacionais que versam sobre a importância do equilíbrio ecológico, sobre a necessidade de integração (e não conciliação) entre ciências ecológicas e ciências econômicas, e ainda, sobre a ideia da necessidade imperativa de um país sustentável, enquanto elemento *sine qua non* para a efetividade do bem-estar social.

Um exemplo desses documentos internacionais é a Agenda 2030. O caminho para chegar até ela passou por diversos movimentos organizados pela ONU, quando se definiram metas que integraram a Agenda 21. Seguidamente, vieram os Objetivos do Milênio e, atualmente, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. A Agenda 2030 tem 17 objetivos gerais e 169 metas, que são adequadas à realidade de cada país. Essa adequação é referente às dimensões do desenvolvimento sustentável, ou seja, tendo em consideração o alinhamento dos problemas sociais, ambientais e econômicos de cada uma das nações subscritoras.

O cumprimento dessas metas e objetivos, para que sejam implementadas no país, não podem ficar unicamente a cargo dos órgãos públicos. Consequentemente, é fundamental que as organizações façam parte desse movimento de sustentabilidade. Isto é, que se atualizem, se inovem, se disponham, para além da obtenção de lucros econômicos, a exercer a uma função social. A autorregulação com o propósito de internalizar os ODSs nas empresas, torna-se imprescindível para a atualização e a eficiência das ações empresariais diante do objetivo planetário do desenvolvimento sustentável.

Sob um critério de investigação das ações empresariais brasileiras, face aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, o enfoque desta pesquisa será analisar, como as empresas brasileiras estão a internalizar os objetivos e as metas da Agenda 2030, a partir da compreensão dos desafios que se colocam ao desenvolvimento sustentável.

¹ SACHS, Ignacy. Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 48.

Para isso, a primeira secção apresenta as noções sobre os desafios do desenvolvimento nacional e a sustentabilidade. Sob um critério de construção de pensamento, a segunda secção abordará a Agenda 2030, com a intenção de demonstrar a relevância social das suas metas e objetivos perante a busca pela sustentabilidade, bem como, breves considerações sobre alguns eventos ambientais, organizados pela ONU. Após a abordagem dos temas propostos, que são fundamentais para alcançar a terceira secção, serão analisadas as ações, os planos e as estratégias de algumas empresas brasileiras perante os ODSs. E, por fim, far-se-ão as considerações finais.

Metodologicamente, justifica-se a escolha das empresas a serem analisadas no presente artigo, pelo facto de serem signatárias da Rede Brasil do Pacto Global, que criou a campanha “*O futuro que a gente quer*”, com intuito de provocar as empresas brasileiras a desenvolverem estratégias e se adequarem aos 10 princípios universais dos Direitos Humanos e os ODSs. O Pacto Global é uma ação das Nações Unidas desde 2000, sendo considerada uma das maiores iniciativas de sustentabilidade do mundo global.²

A metodologia utilizada neste trabalho foi a dedutiva, uma vez que se recorreu à pesquisa bibliográfica, aos estudos publicados, bem como à análise de plataformas *online* e de outros documentos, com o escopo de tratar do assunto proposto.

1 OS DESAFIOS DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL E A SUSTENTABILIDADE

Inicialmente, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como garantia da dignidade da pessoa humana, é reiterado como um direito humano e fundamental pelo art. 225 da Constituição Federal de 1988. Isto é, o direito ambiental passou a ser constitucional, tendo como principal função a preservação e a tutela do meio ambiente, para que as futuras gerações tenham a possibilidade de ter os mesmos direitos e disponibilidade sobre os recursos naturais atuais.³

O direito ao meio ambiente, assim como todo direito humano, é universal e vem ganhando cada vez mais espaço e proteção junto da Organização das Nações Unidas (ONU) – que “*caracteriza-se como um sistema de cooperação intergovernamental, que tem por objetivo a proteção dos direitos inerentes à pessoa humana*”⁴. Importa ressaltar que a partir das Conferências sobre o meio ambiente da ONU, deu-se a consciencialização da importância do desenvolvimento econômico ser empreendido e ocorrer de uma forma sustentável.⁵

Sendo assim, mundialmente a proteção conferida (e a conferir) aos recursos naturais implica o comprometimento entre setor público, privado e o terceiro setor. Esse comprometimento vem sendo construído através dos Pactos firmados entre as nações, com participação das organizações com ou sem fins lucrativos. Um exemplo desses acordos, que é objeto de estudo deste artigo, é a Agenda 2030, que será objeto de análise na próxima secção, e que se refere às metas locais e aos objetivos gerais sobre questões sociais, econômicas e ambientais.

² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Rede Brasil do Pacto Global**. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

³ O Conselho de Direitos Humanos da ONU, por meio da Resolução 48/14 reconhece como direito humano o meio ambiente saudável, limpo e sustentável. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/150667-meio-ambiente-saudavel-e-declarado-direito-humano-por-conselho-da-onu>. Acesso em: 13 out. 2021.

⁴ GUERRA, Sidney. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 90.

⁵ Dois importantes eventos são a Conferência de Estocolmo em 1972, e a Conferência do Rio de Janeiro em 1992.

A junção desses critérios conduz ao entendimento e à percepção sobre as dimensões do desenvolvimento sustentável, que corresponde a um preceito constitucional⁶, representativo de um “desafio planetário”⁷, que busca a consciencialização sobre a utilização ponderada e adequada dos recursos naturais, diante dos objetivos do desenvolvimento econômico. Assim, existe atualmente uma necessidade urgente de transformação de todos os setores, instituições e comportamentos, sob a égide de uma ideia de sustentabilidade, com o objetivo de se atingir a eficiência do bem-estar social.

A garantia do desenvolvimento nacional corresponde a um objetivo da República Federativa do Brasil, previsto no art. 3º da CF/88⁸. Os objetivos “*diversamente dos fundamentos (CF, art.1º) que são valores estruturantes do Estado brasileiro [...] consistem em algo exterior a ser perseguido na maior medida possível*”⁹, ou seja, demonstram algo quase inalcançável.

A Constituição Federal prevê, ao lado do desenvolvimento nacional, a construção de uma sociedade mais justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem-estar de todos, sem quaisquer formas de preconceito e discriminação, buscando concretude aos princípios da solidariedade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana.¹⁰

Sendo assim,

[...] não havendo inclusão dos direitos humanos nessas discussões, não há que se falar em desenvolvimento, pois sem esta garantia, sua essência não se consolida efetivamente, pois se não houver a de garantia de inclusão de direitos humanos e respeito ao meio ambiente estamos falando meramente em crescimento econômico, é fundamental que haja uma abordagem mais ampla e inclusiva.¹¹

Nesse contexto, Amartya Sen adverte que, “*uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Interno Bruto [...]. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além*”.¹²

Pensando no desenvolvimento sustentável, nas consequências das ações humanas frente à degradação ambiental promovida pelas atividades econômicas, os autores Juliane, Bruno e Sandro analisam a eficiência dos princípios ambientais - poluidor-pagador e poluidor-recebido em busca da sustentabilidade. Desta forma, estes autores reconhecem a importância punitiva do primeiro princípio, mas também, realçam a limitação dele, e concluem que o incentivo do segundo princípio é mais eficaz ao motivar a sociedade a ter atitudes sustentáveis, embora a sua aplicabilidade não tenha atingido ainda o seu melhor cenário.¹³

Neste sentido, referente aos princípios mencionados, os autores entendem que:

⁶ Sobre a constitucionalidade e o critério de direito fundamental do Princípio do Desenvolvimento Sustentável, vale a leitura do artigo: <https://doi.org/10.18623/rvd.v17i38.1875>.

⁷ SACHS, Ignacy. Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p. 58.

⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

⁹ NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016, p. 258.

¹⁰ Op. cit. p. 259.

¹¹ JULIO, Fabio Aparecido. OLIVEIRA, Bruno Bastos. Regulação Ambiental e Sustentabilidade: à luz do direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas. *CognitioJuris*.

¹² SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 28.

¹³ FAVA, Juliane Carvalho de Souza Fava; OLIVEIRA, Bruno Bastos de; GODOY, Sandro Marcos. Do poluidor-pagador ao protetor-recebido: mudança de paradigma ao desenvolvimento sustentável. *Cognitio Juris*. Ano X, Número 29, Junho 2020, p. 176-208. Disponível em: https://www.cognitiojuris.com/artigos/EDICAO_29.pdf. Acesso em: 01 nov. 2021.

Trata-se de uma clara mudança estratégica e que deve se operar não apenas em termos locais ou regionais, mas, sobretudo, em um contexto global e isto justamente porque é indispensável à observância dos objetivos centrais do desenvolvimento sustentável, relacionados principalmente à manutenção das necessidades das presentes e futuras gerações. *Perceba-se, também, que se altera a lógica de se internalizarem as externalidades negativas, idealizada pelo Princípio do Poluidor-Pagador, para se internalizarem as externalidades positivas* (grifo nosso).¹⁴

Corroborando o mesmo pensamento, Cardoso¹⁵, em sua tese de doutorado, reforça a ideia dos incentivos, prêmios e isenções fiscais, como instrumentos econômicos que maximizam o bem-estar social, uma vez que os indivíduos agem racionalmente, conforme aquilo que lhes trará benefícios. A autora, utilizando a Análise Econômica do Direito, entende que através dela as normas ambientais ganham eficácia e defende:

Esses exemplos de incentivos apontam para um novo modo de perceber a comunidade, supondo uma outra forma de solucionar problemas, dirigindo as condutas dos diversos agentes de modo que as escolhas que lhes são impostas pela escassez dos recursos sejam ponderadas e escolhidas em prol do bem comum, observadas as suas consequências. Por óbvio, sabe-se que o ser humano sempre procura aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais à menos satisfação, contudo, uma vez que os estímulos de ordem positiva têm o condão de atingir a maximização de bem-estar de todos (*equilibrium*), é por meio destes que a sociedade deveria pautar-se no século XXI.¹⁶

Relativamente ao papel do setor privado, também objeto de estudo deste trabalho, enquanto agente da ordem econômica e protagonista no desenvolvimento econômico e nacional, Mariana e Elisângela, além de mencionar as consequências dos avanços tecnológicos e problemas sociais da globalização, entendem que:

Na contemporaneidade as empresas não devem ser exclusivamente corporações interessadas tão somente no lucro, mas instituições sociais, e, conseqüentemente, há uma ligação entre sociedade e empresa, que tem por base o crescimento econômico aliado ao crescimento social. Esses alicerces, quando empregados de modo correto pelas empresas, auxiliam no desenvolvimento humano, alcançando de forma positiva o princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁷

As autoras, interpretando a função individual e social da empresa, onde a atividade empresarial sofre as limitações econômicas necessárias do Estado, retratam, também, a importância da solidariedade social, a qual engloba a construção de uma sociedade mais saudável e define o “*papel das empresas nas questões de sustentabilidade ambiental, econômica e social*”.¹⁸

Sendo assim, Mariana e Elisângela defendem que “*dentro do quadro do Estado Democrático de Direito, lastreado nas ideias de participação, solidariedade e dignidade, as empresas*

¹⁴ FAVA, Juliane Carvalho de Souza Fava; OLIVEIRA, Bruno Bastos de; GODOY, Sandro Marcos. Do poluidor-pagador ao protetor receptor: mudança de paradigma ao desenvolvimento sustentável. *Cognitio Juris*. Ano X, Número 29, Junho 2020, p. 176-208. Disponível em: https://www.cognitiojuris.com/artigos/EDICAO_29.pdf. Acesso em: 01 nov. 2021.

¹⁵ CARDOSO, Tatiane de Almeida Freitas. **Por uma tutela efetiva ao meio ambiente: a aplicação da law & economics para combater a tragédia dos bens comuns**. RDBU: Repositório Digital da Biblioteca da Unisinos, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/4610>. Acesso em: 10 out. 2021.

¹⁶ Op. cit. p. 110.

¹⁷ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. MEDEIROS, Elisângela Aparecida de. Função social e solidária da empresa: impactos na liberdade econômica versus benefícios no desenvolvimento nacional. Curitiba: Revista Jurídica, 2010, p. 112. Disponível em: 10.6084/m9.figshare.5184298. Acesso em: 12 out. 2021.

¹⁸ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. MEDEIROS, Elisângela Aparecida de. Função social e solidária da empresa: impactos na liberdade econômica versus benefícios no desenvolvimento nacional. Curitiba: Revista Jurídica, 2010, p. 112. Disponível em: 10.6084/m9.figshare.5184298. Acesso em: 12 out. 2021.

O setor empresarial brasileiro e a Agenda 2030: um caminho (im)possível para o desenvolvimento sustentável

*têm o compromisso de complementar às políticas do Estado*¹⁹, ou seja, a empresa tem responsabilidade social, “*que é um desdobramento da sua função solidária*”²⁰, e deve ser cumprida através de ações, projetos, políticas internas que tragam bem-estar social para a comunidade local.

Como anteriormente referido, as empresas precisam internalizar políticas voltadas para a qualidade do ambiente como um todo, a fim de “educar” os seus funcionários e a sua comunidade, com o objetivo de almejar a efetividade no bem-estar social, como também, visibilidade e destaque para o seu negócio.

Por último, é importante salientar que embora os desafios sociais e econômicos sejam grandes obstáculos no caminho da sustentabilidade, o Brasil possui diversos instrumentos legislativos, estabelecidos desde a promulgação da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – PNAMA²¹, “*que servem como instrumentos basilares para o enfrentamento desse desafio mundial que é conciliar o crescimento econômico ao desenvolvimento de forma sustentável, pois isso só se pode o efetivar respeitando os direitos humanos*”.²²

2 UM POSSÍVEL CAMINHO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: A AGENDA 2030 E ODSs

Antes de se traçarem considerações sobre a Agenda 2030, cabe ressaltar que a ONU, desde a década de 70 atua com bastante empenho, através de Conferências, reuniões, instrumentos, agendas e planos, na discussão de formas de alcançar o desenvolvimento sustentável. A partir desses movimentos a consciencialização ambiental veio à tona a necessidade de estabelecimento de objetivos e metas a serem alcançados de forma globalizante.

De acordo com o autor Paulo Affonso, a Declaração de Estocolmo, o Relatório de Brundtland, a Declaração do Rio de Janeiro, a Convenção da Diversidade Biológica, a Conferência de Copenhague sobre o Desenvolvimento Social, a Declaração de Nova Delhi, a Conferência Africana sobre recursos naturais, meio ambiente e desenvolvimento, a Conferência de Berlim e a Declaração do Rio + 20, entre outros, foram documentos que promoveram a construção dos critérios e avanços do desenvolvimento sustentável.²³

Entre esses, foi na Conferência do Rio de Janeiro em 1992 que surgiu a Agenda 21, “*a primeira carta de intenções para promover, em escala planetária, um novo padrão de desenvolvimento para o século XXI*”²⁴. E após a Rio +20, sucedeu-se uma iniciativa global para a construção de novos objetivos globais para o desenvolvimento sustentável, e assim, em 2015, surgiu a Agenda 2030 e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.²⁵

¹⁹ Op. cit. p. 119.

²⁰ Op. cit. p. 116.

²¹ BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**: Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

²² JULIO, Fabio Aparecido. OLIVEIRA, Bruno Bastos. Regulação Ambiental e Sustentabilidade: à luz do direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas. *CognitioJuris*.

²³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 73-84.

²⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). PNUD. **Transformando nosso mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: [file:///C:/Users/vini_/Downloads/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/vini_/Downloads/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016%20(4).pdf). Acesso em: 10 jul. 2021.

²⁵ Op. cit.

No hiato temporal entre essas duas conferências – Conferência do Rio de Janeiro de 1992 e a Rio +20 de 2012 - em 2000, a ONU com apoio de 191 Nações construiu as novas metas do milênio, que ficaram conhecidos como Objetivos do Desenvolvimento do Milênio (ODM's), composto por oito objetivos, que foram, atualmente, ampliados para os novos Objetivos pós-2015 – os ODSs.

Desta forma, o caminho encetado até à Agenda 2030 foi um processo progressivo, composto por pequenos passos, que representam um considerável crescimento, se equiparado ao momento anterior à criação da Agenda 21, por via de conquistas ambientais articuladas com o desenvolvimento econômico. Porém, atualmente muito mais do que metas, o mundo globalizado necessita de resultados mais rápidos e eficazes. Paulo Affonso entende que o desenvolvimento econômico “*não basta crescer, [...] é preciso saber se há razão para mudar, se há realmente bases para que esse desenvolvimento signifique uma melhoria*”²⁶. O desenvolvimento, sendo socialmente incluyente, ecologicamente sustentável e economicamente sustentado, deixa de ser somente números e passa a ser um instrumento fundamental para alcançar a pretendida dignidade da pessoa humana.²⁷

Assim sendo, a Agenda 2030 corresponde a um instrumento de extrema relevância social, uma vez que serve de “[...] *guia para as ações da comunidade internacional*”²⁸, como também, é “[...] *um plano de ação para todas as pessoas e o planeta que foi coletivamente criado para colocar o mundo em um caminho mais sustentável e resiliente até 2030*”.²⁹

A Agenda da ONU prevê o desenvolvimento sustentável em todas as suas dimensões, demonstrando que a proteção ambiental vai muito além da questão ecológica, como o trabalho digno e humano – demonstrando a importância de um meio ambiente de trabalho ser saudável, tanto do ponto de vista mental, como do ponto de vista físico, para os funcionários.

Para que a Agenda Global seja cumprida até 2030, foram propostos 17 objetivos, que são os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODSs), e para que sejam alcançados há a previsão de 169 metas distribuídas pelos ODSS. Cada país tem a missão de adequar essas metas à sua realidade ambiental, social e econômica e, bem assim, às suas concretas necessidades.

Assim sendo, a intenção deste ponto é abordar e não aprofundar o estudo sobre os ODSs, sob um critério de amostragem, daquilo que as empresas precisam trabalhar ou já estão a trabalhar nas suas estratégias, enquanto na última seção se irá explorar esses objetivos, por via de alguns exemplos das ações empresariais.

Os 17 objetivos estão presentes no documento “*Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*”, conhecido popularmente por Agenda 2030, e que são de caráter geral para todos os Estados, Governos e entidades-membros, que se comprometeram a cumprir as metas até o ano de 2030, de acordo com as realidades e as necessidades ambientais, sociais e econômicas de cada um.

Desta forma,

[...] em julho de 2012, a cidade do Rio de Janeiro sediou, entre os dias 13 e 22 de julho a Conferência das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável (Rio

²⁶ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 72.

²⁷ GODOY, Sandro Marcos. MACIEL, Lucas Pires. Do crescimento econômico ao desenvolvimento incluyente, sustentável e sustentado por meio de ferramentas tributárias. Novos Estudos Jurídicos, 2021. Disponível em: 10.14210/nej.v26n1.p180-205. Acesso em: 20 jun. 2021.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). PNUD. **Transformando nosso mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: file:///C:/Users/vini_/Downloads/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016%20(4).pdf. Acesso em: 10 jul. 2021.

²⁹ Op. cit.

+20), e que em referida conferência foi deliberado e estabelecido um programa internacional verdadeiramente ambicioso a que se deu o nome de Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), e que substituiu o anterior Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM). Referido programa, após três anos de deliberação pela comunidade internacional, foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 70/1, através do documento intitulado ‘Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável.’³⁰

Com características de um programa ambicioso, ousado e, em algumas situações, até mesmo inalcançável, os 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável orientam o que a sociedade, como um todo, deve fazer para atingir a erradicação da pobreza, o desenvolvimento econômico, social e ambiental até 2030 – grandes desafios para uma sociedade justa, solidária e inclusiva.

De acordo com a Agenda da ONU, o que os países precisam empreender para atingir as dimensões do desenvolvimento sustentável, são os seguintes objetivos:

Objetivo 1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, e em todos os lugares; Objetivo 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável; Objetivo 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; Objetivo 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; Objetivo 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas; Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e o saneamento para todos; Objetivo 7. Assegurar a todos o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia; Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos; Objetivo 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação; Objetivo 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles; Objetivo 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; Objetivo 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; Objetivo 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e os seus impactos; Objetivo 14. Conservar e usar sustentavelmente os oceanos, os mares e os recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; Objetivo 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade; Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.³¹

É fácil a compreensão de como os objetivos estão interligados, onde, automaticamente a efetividade de um gera a efetividade do outro. Como exemplo, os objetivos 1, 2 e 3, que tratam da erradicação da pobreza, da fome e da garantia da qualidade de vida. Outro fator interessante é como realmente em todos os objetivos há uma interação entre os fatores econômicos, ambientais e sociais.

Após a leitura de todos os objetivos, a ideia de sustentabilidade ultrapassa os critérios de uma mera proteção ambiental. Portanto, ser sustentável não é somente proteger o meio ambiente natural, mas antes, é ter escolhas responsáveis, é agir com altruísmo e compaixão, é colocar-se

³⁰ OLIVEIRA, Marcos Vinicius Xavier. O Direito ao Desenvolvimento e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS): O princípio da interdependência como parâmetro para a formulação e manutenção de políticas públicas. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, 9 (17), 14-30. Disponível em: <https://doi.org/10.16890/rstpr.a9.n17.p14>. Acesso em: 14 jul. 2021.

³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). PNUD. **Transformando nosso mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. p. 13. Disponível em: [file:///C:/Users/vini_/Downloads/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/vini_/Downloads/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016%20(4).pdf). Acesso em: 10 jul. 2021.

no lugar do outro e entender que ele tem os mesmos direitos que os seus. Mais, é ainda, não é achar que somente os entes governamentais e órgãos privados têm o dever de serem sustentáveis, mas sim a sociedade como um todo tem essa responsabilidade.

No Brasil, existem diversas agências representantes da ONU, que atuam no sentido de serem alcançados os ODSs, sendo que essa equipa é conhecida como UNTC (*United Nations Country Team*). A mesma abrange por exemplo, a CEPAL, a UNESCO, a PNUD, entre diversas agências especializadas em assuntos referentes a problemas sociais e de desenvolvimento humano do país. Em relação aos indicadores de metas da Agenda 2030, existem plataformas *online* administradas por esses órgãos representantes da ONU no Brasil ou por órgãos governamentais como o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada).

Há ainda plataformas específicas, tanto sobre orientações da Agenda 2030, administrada pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) e pelo IPEA, como para os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável organizada pelo IBGE e pela Secretaria Especial de Articulação Social – nessa última há indicadores sobre o nível de alcance das metas estabelecidas em: produzido; em análise/construção; sem dados e; não se aplicam ao Brasil.³²

Já na plataforma do IPEA³³ a previsão se difere, junto com a prescrição dos 17 ODS há a descrição da meta estipulada pelas Nações Unidas e a transformação e adequação desta pelos interesses e necessidades do Brasil, trazendo os indicadores.

Consequentemente, após a exposição sobre a importância social, econômica e ambiental da Agenda 2030, e se apoiando ainda nas plataformas digitais como base a esse estudo, a próxima seção abordará como funcionam essas metas na prática, por meio das empresas que serão analisadas.

3 AÇÕES SUSTENTÁVEIS DE EMPRESAS BRASILEIRAS SIGNATÁRIAS DA REDE BRASIL DO PACTO GLOBAL

Após a compreensão do que venham a ser os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, bem como o papel relevante da Agenda 2030 para a garantia da erradicação da pobreza, que hoje é o maior desafio do desenvolvimento sustentável e, entendendo a urgência para se atingir as metas até 2030, as empresas brasileiras passam a ser instrumento essencial para atingir esses objetivos.

Da maneira que foi mencionado na introdução deste artigo, como forma de demonstrar a prática do setor privado frente aos ODSs, serão investigadas as ações empresariais de empresas signatárias da Rede Brasil do Pacto Global. O Pacto Global (*UN Global Compact*) diz respeito a uma iniciativa voluntária organizada pela ONU destinado a desafiar as empresas do mundo inteiro a cumprirem os 10 Princípios Universais, como também a assumirem as responsabilidades dos ODSs por meio de “*ferramentas, treinamentos presenciais e online, e incentiva a troca de experiência e benchmarking entre seus integrantes*”³⁴

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

³³ BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

³⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Rede Brasil do Pacto Global. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

Vale salientar que a Rede Brasil do Pacto Global é a terceira maior rede do mundo, e conta com mais de 1.100 membros, tendo em torno de quarenta projetos atuantes com as empresas signatárias³⁵. Por isso, para esta seção utilizaremos tanto as ações específicas de algumas empresas, como também serão abordados alguns dos projetos da Rede Brasil.

Neste sentido,

[...] para que os ODS sejam alcançados, o setor privado desempenha um papel primordial, seja no alinhamento de suas atividades à agenda global de sustentabilidade, dados os recursos financeiros que têm em mãos e a capacidade de impactar a sociedade, ou pelo poder de influenciar seus públicos e, com isso, contribuir para direcionar comportamentos.³⁶

As empresas que não se adequarem às metas da Agenda 2030 poderão perder cada vez mais espaço no mercado, uma vez que os hábitos e as preocupações sociais mudaram, e cada vez mais os agentes econômicos têm consciência ambiental e procuram decidir as suas escolhas com eficiência. Em relação a isso uma pesquisa,

[...] feita com 20 mil adultos de Brasil, Índia, Reino Unido, Estados Unidos e Turquia pela consultoria Europanel aponta que 1/3 dos consumidores compra de empresas com impactos positivos, 21% consomem produtos de marcas aparentemente sustentáveis e, no Brasil, 85% sentem-se melhores quando compram produtos mais sustentáveis.³⁷

Desta forma, a plataforma virtual da Rede Brasil do Pacto Global, além de fornecer incentivos e, toda parte educativa para as empresas implementarem os ODSs, também, traz agregado a si programas como o Inova 2030, onde divulga as boas práticas das empresas signatárias como incentivos às outras empresas. Um exemplo de boas práticas que trabalha com os Objetivos 7 e 12, é o projeto “Cacausando” da Nestlé, onde transformam a casca do cacau (que representa 80% do fruto) em energia limpa na fabricação de briquetes, que consiste num substituto da lenha ou do carvão. A iniciativa além da diminuição e aproveitamento de resíduos, gera energia limpa e novos empregos.³⁸

Outro projeto interessante, é o “Liderança com ImPacto”, onde os presidentes (CEO) das empresas signatárias do Pacto direcionam, tanto a sua empresa, como todos os órgãos colaboradores a repensarem as suas estratégias e desenvolverem os ODSs. Existem critérios para as escolhas desses presidentes líderes, que atuam como porta-vozes dos ODSs que mais desenvolvem nas empresas. Como exemplo, cite-se o Presidente Arthur Grynbaum do Grupo Boticário e Porta Voz do ODS 12, que comanda sete marcas do grupo com um total de 12 mil colaboradores e que tem o maior programa de logística de embalagens do país. A iniciativa como porta-voz é garantir a sustentabilidade em todo processo dos produtos e, assim, incentivar novas empresas com essa proposta.³⁹

Atuando a favor de diversos ODSs, a empresa Klabin, que hoje é a maior produtora e exportadora de papel do Brasil, segundo a Rede Brasil, está a frente do projeto “ImPacto Net-zero”, que sensibiliza e auxilia as empresas, com sua experiência no assunto, sobre metas de

³⁵ Op. cit.

³⁶ Op. cit.

³⁷ Op. cit.

³⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Rede Brasil do Pacto Global**. Disponível em: <https://www.pactoglob.org.br/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

³⁹ Op. cit.

redução da emissão de gases de efeito estufa, com respaldo científico e conforme o Acordo de Paris.⁴⁰

A Rede Brasil reforça e incentiva, como forma de projeto, a iniciativa “ESG”, que além de serem totalmente ligados aos ODSs, vem sendo implementados pelas grandes empresas e “*é a indicação de solidez, custos mais baixos, melhor reputação e maior resiliência em meio às incertezas e vulnerabilidades*”⁴¹ empresariais. Segundo o “[...] *Climate Change and Sustainability Services*, da Ernest Young, as informações ESG são essenciais hoje para a tomada de decisões dos investidores”⁴².

Seguidamente, passando às considerações finais, a Plataforma da Rede Brasil é bem abrangente e um riquíssimo instrumento para a implementação dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável no setor privado. São diversos os projetos e com grandes empresas à frente dessa iniciativa, que manifestam uma forte intervenção com o objetivo de incentivar outras pequenas, médias e grandes empresas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo procurou compreender os desafios do desenvolvimento sustentável, tendo como instrumento de análise a Agenda 2030 e os ODSs, e como exemplo prático, as ações empresariais que têm como escopo a internalização desses objetivos. Além disso, apoiou-se na plataforma Rede Brasil do Pacto Global para encontrar exemplos dessas empresas.

Os problemas sociais que envolvem a erradicação da pobreza, conjuntamente com todos os critérios econômicos das falhas de mercado e falhas de governo presentes no país, embora sejam problemas anteriores, até mesmo à criação do termo desenvolvimento sustentável, vêm sendo discutidos com bastante veemência pela Organização das Nações Unidas, uma vez que dizem respeito ao problema do mínimo existencial para garantia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O conhecimento sobre o programa Rede Brasil do Pacto Global das Nações Unidas fez toda diferença para esta análise, uma vez que, a partir da plataforma virtual, se deu início ao conhecimento das estratégias pontuais das ações empresariais brasileiras em face aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

Assim sendo, após as considerações propostas, é indiscutível a importância do papel do setor privado para se atingir as metas da Agenda 2030. A influência que as empresas exercem na sociedade é de grande impacto e, como ressaltado, elas são um instrumento valioso para o desenvolvimento sustentável, seja através da utilização dos ODSs no seu negócio ou para influenciar e informar os consumidores a seu respeito.

Como proposto, a Agenda 2030 não tem caráter obrigatório, uma vez que funciona como um instrumento de *soft law*, mas funciona como uma iniciativa para que a sociedade entenda e reaja a esses problemas e, sendo assim, é praticamente impossível somente o setor privado ou público trabalharem para atingir as metas, uma vez que, restam apenas 8 anos e meio para o

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **ImPacto NetZero da Rede Brasil do Pacto Global**. Disponível em: <https://www.impactonetzero.com/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

⁴¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Rede Brasil do Pacto Global**. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/>. Acesso em: 13 jul. 2021

⁴² Op. cit.

O setor empresarial brasileiro e a Agenda 2030: um caminho (im)possível para o desenvolvimento sustentável

início do ano de 2030, e os indicadores precisam de ter um avanço considerável para cumprirem os ODSs.

Desta forma, é notável que no papel há metas, objetivos e planos suficientes para serem executados, e mesmo com todos os avanços alcançados, para a garantia do desenvolvimento social, econômico e sustentável, o Brasil tem ainda um longo caminho pela frente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**: Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm. Acesso em: 13 out. 2021.

CARDOSO, Tatiane de Almeida Freitas. **Por uma tutela efetiva ao meio ambiente: a aplicação da law & economics para combater a tragédia dos bens comuns**. RDBU: Repositório Digital da Biblioteca da Unisinos, 2016. Disponível em: <http://www.repositorio.je-suita.org.br/handle/UNISINOS/4610>. Acesso em: 10 out. 2021.

FAVA, Juliane Carvalho de Souza Fava; OLIVEIRA, Bruno Bastos de; GODOY, Sandro Marcos. Do poluidor-pagador ao protetor recebedor: mudança de paradigma ao desenvolvimento sustentável. **Cognitio Juris**. Ano X, Número 29, Junho 2020, p. 176-208. Disponível em: https://www.cognitiojuris.com/artigos/EDICAO_29.pdf. Acesso em: 01 nov. 2021.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

GODOY, Sandro Marcos; MACIEL, Lucas Pires. Do crescimento econômico ao desenvolvimento incluyente, sustentável e sustentado por meio de ferramentas tributárias. **Novos Estudos Jurídicos**, 2021. Disponível em: 10.14210/nej.v26n1.p180-205. Acesso em: 20 jun. 2021.

GUERRA, Sidney. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

JULIO, Fabio Aparecido; OLIVEIRA, Bruno Bastos. **Regulação Ambiental e Sustentabilidade: à luz do direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas**. CognitioJuris.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite; REZENDE, Elcio Nacur. **Meio Ambiente: um direito fundamental de segunda geração. Veredas do Direito – direito ambiental e desenvolvimento sustentável**, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.18623/rvd.v17i38.1875>. Acesso em: 09 jul. 2021.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; MEDEIROS, Elisângela Aparecida de. Função social e solidária da empresa: impactos na liberdade econômica versus benefícios no desenvolvimento nacional. Curitiba: Revista Jurídica, 2010. Disponível em: [10.6084/m9.figshare.5184298](https://doi.org/10.6084/m9.figshare.5184298). Acesso em: 12 out. 2021.

OLIVEIRA, Marcos Vinicius Xavier de. O Direito ao Desenvolvimento e os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS): O princípio da interdependência como parâmetro para a formulação e manutenção de políticas públicas. **Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão**, 9 (17), 14-30. Disponível em: <https://doi.org/10.16890/rstpr.a9.n17.p14>. Acesso em: 14 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). PNUD. **Transformando nosso mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: [file:///C:/Users/vini_/Downloads/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/vini_/Downloads/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016%20(4).pdf). Acesso em: 10 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **ImPacto NetZero da Rede Brasil do Pacto Global**. Disponível em: <https://www.impactonetzzero.com/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Plataforma Agenda 2030**. Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Rede Brasil do Pacto Global**. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/>. Acesso em: 13 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Nações Unidas Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/150667-meio-ambiente-saudavel-e-declarado-direito-humano-por-conselho-da-onu>. Acesso em: 13 out. 2021.

LAS POSIBILIDADES DE UTILIZAR LA EXPROPIACIÓN JUDICIAL PRIVADA POR POSESIÓN-TRABAJO EN EL CONTEXTO DE LAS POLÍTICAS DE REGULARIZACIÓN DEL SUELO URBANO: EL EJEMPLO DEL PLAN MAESTRO DEL MUNICIPIO DE RIO DE JANEIRO

Luiz Eduardo Barbosa Junior

Universidade de Marília (Unimar), São Paulo.
jr.luizeduardo@gmail.com

Rubén Miranda Gonçalves

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.
ruben.miranda@ulpgc.es

Valter Moura do Carmo

Universidade Federal do Tocantins (UFT), Tocantins.
vmcarmo86@gmail.com

Resumen: El objetivo del presente trabajo fue estudiar, a través de la investigación bibliográfica y documental, utilizando el procedimiento deductivo, las posibilidades de utilizar la expropiación judicial privada por posesión-trabajo para la política de regularización de suelo urbano, utilizando el Plan Maestro del Municipio de Río de Janeiro. La investigación condujo a entendimientos sobre el referido instituto, sus características, trámites y relación con la función social de la propiedad, así como sobre la posibilidad de pago de indemnizaciones por parte del Gobierno en acciones o políticas de vivienda. Se concluyó que el instituto podría ser utilizado en el contexto de las políticas de regularización de tierras en el Municipio de Río de Janeiro, incluso mediante el uso de recursos del Fondo Municipal de Desarrollo Urbano, excepto en los casos en que se ocupen áreas de riesgo ambiental.

Palabras clave: Expropiación judicial privada por posesión-trabajo. Regularización de tierras. Función social de la propiedad. Políticas de vivienda. Plan Maestro del Municipio de Río de Janeiro.

The possibilities of using private judicial expropriation by ownership-work in the context of urban property regularization policies: the example of the comprehensive planning of the Municipality of Rio de Janeiro

Abstract: The objective of this paper was to study the possibilities of using private judicial expropriation by ownership-work for the urban property regularization policy, through bibliographical and documental research, by using the deductive procedure and the Comprehensive Planning of the Municipality of Rio de Janeiro. The research led to understandings about this Institute, its characteristics, procedures and relation with the social function of the property, as well as about the possibility of indemnification payment by the Public Power, in housing initiatives or policies. It concludes that the institute could be used in the context of property regularization policies in the Municipality of Rio de Janeiro, including the use of resources from the

Las posibilidades de utilizar la expropiación judicial privada por posesión-trabajo en el contexto de las políticas de regularización del suelo urbano: el ejemplo del plan maestro del Municipio de Rio de Janeiro

Municipal Urban Development Fund, except in cases in which areas of environmental risk are occupied.

Keywords: Private Judicial Expropriation by Ownership-Work. Property Regularization. Social Function of the Property. Housing Policies. Comprehensive Planning of the Municipality of Rio de Janeiro.

INTRODUCCIÓN

La función social que, según la Constitución, condiciona el derecho de propiedad, ha llevado al surgimiento de varios institutos relacionados con la garantía de su funcionamiento para el bien común. Uno de estos institutos es la *expropiación judicial privada por posesión-trabajo*¹, que surgió del Código Civil de 2002.

En este sentido, el objetivo del presente trabajo fue estudiar, a través de una investigación bibliográfica y documental cualitativa, utilizando el método deductivo, las posibilidades de utilizar el instituto en el contexto de la política de regularización de tierras urbanas, utilizando como ejemplo el Plan Maestro de la Ciudad de Río de Janeiro.

La investigación se dividió en tres partes. En la primera se estudiaron la función social de la propiedad, el concepto de *propiedad funcionalizada* y la función social de la propiedad y la posesión. A continuación, se estudió la expropiación judicial privada por posesión de mano de obra, su historia, concepto, diferencias con otros institutos, entre otros aspectos. Al final se estudió la aplicabilidad de la expropiación judicial privada por posesión de mano de obra en la política de vivienda urbana, así como el Estatuto de la Ciudad y la competencia del Municipio para regular la política de vivienda urbana, así como su aplicabilidad en el contexto del Plan Maestro del Municipio de Río de Janeiro.

El presente estudio se justifica por la necesidad de aplicar la Constitución Federal de 1988, especialmente en lo que respecta a los derechos y garantías fundamentales, así como al cumplimiento del deber estatal de promover una vivienda digna para todas las personas.

1 LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD

La propiedad es uno de los primeros bienes jurídicos individuales reconocidos y protegidos por la ley. Hasta hace poco (en términos históricos), tenía un carácter casi absoluto y sólo puede ser retirada de su propietario en situaciones específicas. Sin embargo, hoy en día es un derecho condicionado especialmente a su función social.

El modelo griego de propiedad influyó posteriormente en la Europa continental, habiendo sido reproducido por el pueblo americano e impuesto a los franceses por la Revolución Francesa de 1789, situación que dio poder a la burguesía y al *establishment* político, económico y social, haciendo de la propiedad un derecho subjetivo de la persona humana (Cordero Quinzacara, 2008, p. 496).

Este acontecimiento se proyectó en el siglo XX, pero se basó en el individualismo jurídico, resultante de tres movimientos confluyentes: el derecho natural racionalista de los siglos

1 Traducción literal de desapropriação judicial privada por posse-trabalho.

XVI y XVII; la influencia de la visión económica de los fisiócratas; y las construcciones científicas francesas de los siglos XVII y XVIII (Cordero Quinzacara, 2008, p. 496).

El derecho subjetivo es una facultad atribuida a la "voluntad de imponer una o varias voluntades" en relación con algo que no está prohibido por la ley, lo que constituye en sí mismo una concepción subjetiva del derecho, que aparece como una "unidad o constelación subjetiva de derechos de todos los sujetos, personas privadas y estatales (Cordero Quinzacara, 2008, p. 496).

La propiedad, entonces, es una "facultad" o "poder" que un individuo tiene en relación con una cosa, un corolario de la libertad y un instrumento para su ejercicio. Por eso los grandes idealistas alemanes como Kant, Fichte y Hegel describieron la propiedad como una "esfera de acción libre" (Cordero Quinzacara, 2008, p. 496).

Sin embargo, tras el proceso de industrialización, el modo de vida en la ciudad experimentó cambios sustanciales, llegando a ser más complejo que en las zonas rurales como resultado del proceso de migración y la consiguiente concentración de las masas de población en espacios reducidos (Cordero Quinzacara, 2008, p. 503).

La proximidad entre las personas ha impactado los intereses de los propietarios de tierras vecinas, aumentando los límites impuestos a los derechos de propiedad por razones de coexistencia social (Cordero Quinzacara, 2008, p. 503). En este sentido, la urbanización fue un factor determinante para el reconocimiento de su función social.

La propiedad es lo que pertenece a alguien, abarcando todos los derechos que forman un patrimonio, es decir, todas las situaciones jurídicas que pueden medirse en términos monetarios, sobre las que un titular puede tener interferencias socioeconómicas, relacionadas con cosas tangibles e intangibles (Teizen Júnior, 2004, p. 63).

Sin embargo, se trata de una idea amplia, ya que no sólo se refiere a la dominación del titular de un derecho sobre un bien, sino también a las complejas relaciones jurídicas entre el titular de los derechos reales y los que no lo son. Se estructura en el deber general de abstención en relación con las facultades de propiedad (Teizen Júnior, 2004, p. 68).

Sin embargo, sólo es posible mediante el cumplimiento del deber del propietario de no frustrar los deseos colectivos, lo que otorga al bien su destino económico regular. Así pues, el derecho de propiedad está relacionado con tres principios: el bien común, la participación y la solidaridad (Teizen Júnior, 2004, p. 74).

El bien común se refiere a la voluntad general, y debe ser construido por todos, subordinando los bienes particulares a ella. La participación resulta de la contribución de todos, de lo que son y lo que tienen. La solidaridad, en cambio, nace de la percepción de que en la sociedad todos viven para los demás (Teizen Júnior, 2004, p. 84).

El propietario debe emplear la cosa para la satisfacción de las necesidades individuales y, en particular, de las suyas propias, empleándola en el desarrollo de su actividad física, intelectual y moral y en la "[...] satisfacción de las necesidades comunes de toda una colectividad nacional o de colectividades secundarias" (Teizen Júnior, 2004, p. 154).

Así, hoy en día está condicionada a exigencias relacionadas con el bien de todos los que conviven con el propietario, de manera que sus exigencias individualistas y egoístas quedan relegadas a un segundo plano, ya que no es posible proteger la propiedad sin que el propietario cumpla su función social.

1.1 La propiedad funcionalizada

El cambio interpretativo provocado por la constitucionalización de la función social de la propiedad ha llegado a modificar su concepto, que en la actualidad sigue estando condicionado por su funcionalidad, ya que, además del deber de no perjudicar los derechos de los demás, es necesario orientar al propietario hacia el bien común de la participación y la solidaridad.

La concepción liberal presentó la propiedad como un derecho individual, limitado por los derechos de los demás y el interés público, este derecho impone deberes negativos al Estado y a los demás individuos, para que no molesten o perjudiquen al titular del derecho real en el ejercicio de este (Pérez Álvarez, 2014, p. 21).

El propietario tiene obligaciones respecto a sus cosas y el deber de hacer un uso adecuado y beneficioso de las mismas en su comunidad, a través de las leyes que delimitan el contenido de la propiedad (Pérez Álvarez, 2014, p. 21). Así, incluso en el contexto de su definición liberal, la propiedad es por su propia naturaleza limitada.

La vida, la libertad y sobre todo la propiedad, desde el punto de vista económico, comenzaron a exigirse como garantías contractuales y legales, no como "[...] la intrusión en la autonomía privada" (Souza, 2008, p. 42). Esta función de garantía se ha intensificado con el reconocimiento constitucional de la función social de la propiedad.

La función social integra la esencia misma de la propiedad. Es, de hecho, la garantía de la protección legal de ese derecho. Así, la propiedad contiene, dentro de ella, la función social. Sin embargo, esto no hace que se reduzca a una función de propiedad, capaz de reducir los poderes del propietario (Oliveira, 2006, p. 242).

En el contexto de la propiedad *funcionalizada*, el alcance de los poderes del propietario se mide por su relación real con los no propietarios, de modo que la función social enriquece la propiedad dando al ejercicio de los poderes un valor que va más allá de la relación entre el propietario y la cosa (Oliveira, 2006, p. 242).

Se valora la utilidad individual y colectiva que proporciona el uso del bien, que ahora se dirige a un objetivo esbozado por el sistema jurídico. El concepto de propiedad no se completa sin considerar su función social, de modo que, históricamente, ni siquiera puede conceptualizarse sin ella (Oliveira, 2006, p. 243).

La función social contempla una actividad que tiende a lograr un objetivo homogeneizador, integrado en el ordenamiento jurídico, que califica la forma de apropiación de los bienes, en particular la producción, de modo que el propietario no puede ser considerado un privilegiado por la ley, sino un individuo que asume obligaciones (Oliveira, 2006, p. 243-244).

Para los intereses de los no propietarios, es de poca importancia la supresión de los poderes del propietario; es importante que el propietario haga uso del bien y desarrolle actividades de conformidad con el propósito protegido por el sistema jurídico. Así, "[...] no hay devaluación de la propiedad en la propiedad *funcionalizada*" (Oliveira, 2006, p. 272).

La función social da a la propiedad valores diferentes de los que sustentaban el concepto de propiedad absoluta, existente en el derecho romano y definido a finales del siglo XIX y principios del XX, precisamente por el valor que se da a los intereses de los no propietarios en la situación concreta de propiedad (Oliveira, 2006, p. 272).

La valoración de los intereses de los no propietarios en la situación real puede, en algunos casos, tener prioridad sobre los intereses de los propietarios. Esto, sin embargo, no implica la

simple supresión de los poderes inherentes al derecho de propiedad, entre otras cosas porque esta relación intensifica su papel en el ejercicio de sus poderes (Oliveira, 2006, p. 272).

Esto es así porque la función social impone obligaciones positivas al propietario, consistentes en el aumento "[...] de las actividades que conducen al logro de la finalidad prevista por el ordenamiento jurídico para el uso y la utilización del objeto de propiedad" (Oliveira, 2006, p. 272).

De esta manera, la función social, al componer el derecho de propiedad, no lo devalúa, sino que configura una medida de justicia, ya que el propietario tiene ahora el deber de compensar un privilegio que le ha sido conferido por el sistema jurídico, mediante su puesta en práctica, dirigida a los objetivos determinados por el sistema jurídico.

1.2 La función social de la propiedad en la Constitución

Por tratarse de un derecho fundamental, una característica tan relevante como su función social tendría que estar incluida en la Constitución, como de hecho ocurre, en varias de sus disposiciones. Sin embargo, inicialmente está en el Capítulo reservado a las garantías individuales, alcanzando el orden económico y las cuestiones urbanas.

El artículo 5, XXIII, determina que "[...] la propiedad servirá a su función social". El artículo 170, III, determina que el orden económico observará el principio de la función social de la propiedad. (BRASIL, 1988) Cabe señalar aquí que la propiedad debe cumplir con su función social, lo que demuestra que es una condición para su ejercicio.

Así pues, el poder judicial sólo puede proteger al propietario que demuestre haber cumplido el deber relacionado con la función social, de modo que la Constitución crea la carga de probar que ha otorgado a la propiedad esta función, para que pueda merecer protección judicial (Rocha, 2000, p. 711).

Esto se debe a que, para la Constitución, la propiedad no es sólo un conjunto de poderes individuales sobre los bienes que puede utilizar a su antojo, sino dentro de una dirección social. Así, la función social ha sido colocada, por la Constitución, en el contenido mismo del derecho de propiedad (Rocha, 2000, p. 711).

De los efectos adquiridos por el principio de la función social de la propiedad en el contexto del sistema jurídico nacional, sus efectos afectan incluso al dominio público, aunque es necesario armonizar este principio con otros, en particular los de interés público (Rocha, 2005, p. 711).

El cumplimiento de la función social de la propiedad es deber del propietario, y sólo él gozará de las garantías inherentes al derecho de propiedad, siempre que demuestre el cumplimiento de su función social (Rocha, 2000, p. 711). Así, el propietario del derecho de propiedad que no cumple su función social no puede defenderse en base a él.

El ejercicio de la propiedad está limitado por el interés social, incluido el derecho a la vivienda, "[...] inherente a cada uno, siendo inviolable en todo caso. Su inclusión como un derecho social en el texto constitucional tiene el objetivo de proteger a la sociedad, pero visto con el objetivo de proteger al individuo antes" (Souza, 2015, p. 89).

Así pues, uno de los principales derechos que deben protegerse por el funcionamiento de la propiedad es la vivienda, entre otras cosas porque la especulación inmobiliaria es un enorme

Las posibilidades de utilizar la expropiación judicial privada por posesión-trabajo en el contexto de las políticas de regularización del suelo urbano: el ejemplo del plan maestro del Municipio de Rio de Janeiro

obstáculo para la realización de esta garantía. En este sentido, es incluso necesario proteger la posesión si vuelve al funcionamiento de la propiedad.

1.3 La función social de la posesión

De acuerdo con el artículo 1.204 del Código Civil, la persona que puede ejercer al menos uno de los derechos inherentes a la propiedad está en posesión (BRASIL, 2002). Es evidente, en este diapasón, que el poseedor, incluso el que no es el propietario, no es inmune a la obediencia de un deber de funcionalizar la posesión.

La posesión de alguien sobre algo es el ejercicio de un derecho. Más aún, hasta que no se compruebe si el poseedor está en el ejercicio de facto de uno de los poderes inherentes al derecho de propiedad, es de hecho un propietario, merecedor de la tutela de la orden, ya que la situación no podría seguir siendo peligrosa (Torres; Moura, 2018, p. 1944).

La posesión merece una protección autónoma, que en la práctica elimina su vínculo con los derechos de propiedad, cuyo contenido sólo existe de forma dinámica si el titular puede ejercer directa o indirectamente actos posesivos (Torres; Moura, 2018, p. 1944). Cabe señalar que, en relación con su función social, la posesión, en relación con la propiedad, demuestra autonomía.

La función social de la propiedad y la posesión deriva de la "integración de los deberes con la propiedad". En el mismo sentido, busca "[...] armonizar los intereses individuales del titular de la posesión o propiedad con los intereses sociales y supraindividuales" (Lôbo, 2017, p. 118-122).

Su objetivo es "[...] la eliminación de los obstáculos a la emancipación de las personas que no son propietarias ni poseedoras de bienes, en particular mediante la reducción de las desigualdades sociales, cumpliendo el mandamiento constitucional de la justicia social" (Lôbo, 2017, p. 122). Así, el poseedor tiene el deber de volver a la realización del bien común, a través de su derecho de posesión.

La intervención del Estado en el ámbito económico exige la protección constitucional de los intereses públicos, incluso en lo que respecta a las relaciones jurídicas privadas. En este sentido, la funcionalización de los derechos de posesión y propiedad se encuentra dentro de los nuevos paradigmas constitucionales contemporáneos (Oliveira, 2006, p. 234).

Estos paradigmas se centran en la reorientación finalista y valorativa del ejercicio de la posesión y los derechos de propiedad para preservar los intereses de la comunidad sin negar necesariamente el papel de la iniciativa individual en el desarrollo social y económico de los pueblos (Oliveira, 2006, p. 236).

La función social integra el contenido de la posesión, que es un acto esencialmente finalista, ya que la apropiación de los bienes deriva de las necesidades humanas y de las relaciones sociales, lo que hace más relevantes los aspectos contingentes y procedimentales de la función social: es "[...] una de las formas de garantizar la efectividad de la ciudadanía" (Oliveira, 2006, p. 246).

Con base en el carácter fáctico de la posesión y la tutela constitucional de la función social, es posible proteger la posesión incluso contra el propietario, ya que la validez del título no depende sólo de su registro formal, sino también de la actividad que le da al inmueble un uso y utilidad social compatible con los principios constitucionales (Oliveira, 2006, p. 246).

Si no lo hace, a pesar de ser el propietario, no puede ser reconocido como poseedor, por lo que "[...] en la confrontación entre el derecho de propiedad y la posesión deben prevalecer los valores de la posesión, porque es a través de la posesión que la realidad fáctica materializa el funcionamiento de la propiedad y la apropiación de los bienes" (Oliveira, 2006, p. 260).

De este modo, todo poseedor que, por cualquier causa determinada o permitida por el ordenamiento jurídico, pretenda adquirir la propiedad de los bienes que posee, deberá ejercer su derecho de manera finalista, es decir, dirigida al bien común, incluso en el caso de la innovadora expropiación judicial privada por posesión-trabajo.

2 LA EXPROPIACIÓN JUDICIAL PRIVADA POR POSESIÓN-TRABAJO

La expropiación judicial privada por posesión laboral es un instituto *sui generis* en relación con la lógica del derecho de las cosas, que surgió con el Código Civil de 2002, mediante el cual un propietario, que viola la función social de la propiedad, puede ser privado de su derecho, a través de una indemnización.

Según el Art. 1.228 del Decreto, "[...] el propietario tiene la facultad de usar, gozar y disponer de la cosa, y el derecho de recuperarla del poder de quien la posea o tenga injustamente". Sin embargo, en los párrafos de la parte dispositiva se enumeran las excepciones a esas facultades (BRASIL, 2002).

El §4º determina la posibilidad de privación de la cosa, si la zona es extensa, la posesión es ininterrumpida y de buena fe, ha durado más de cinco años, por un número considerable de personas, que han realizado, "[...] juntos o por separado, obras y servicios considerados por el juez de interés social y económico correspondiente" (BRASIL, 2002).

El §5º de la disposición establece que "[...] el juez fijará la justa indemnización debida al propietario; pagado el precio, la sentencia tendrá valor de título de registro de la propiedad en nombre de los propietarios" (BRASIL, 2002). Por lo tanto, se trata de un caso de adquisición onerosa de bienes inmuebles.

La disposición resuelve la colisión entre el derecho de propiedad contenido en el caput y el principio de la función social de la propiedad, y el Código optó por privilegiar este último. Además, "[...] desde el punto de vista del interés público y del destino social de la propiedad, la solución judicial puede ser legitimada constitucionalmente" (Zavascki, 2002, p. 18).

Así, el Diploma trajo una forma peculiar e inédita de pérdida de bienes, orientada directamente al cumplimiento de su función social, colocada incluso por encima de los derechos de los propietarios que, sin embargo, recibirán una compensación que se establecerá judicialmente.

2.1 Antecedentes

La expropiación judicial privada por posesión laboral, a pesar de representar una novedad legislativa, que no tiene semejanza en el derecho nacional, se originó en una sentencia histórica, dictada por el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, relacionada con una ocupación irregular.

Las posibilidades de utilizar la expropiación judicial privada por posesión-trabajo en el contexto de las políticas de regularización del suelo urbano: el ejemplo del plan maestro del Municipio de Rio de Janeiro

El art. 1.228, §4º tiene un precedente judicial paradigmático, que es el conocido caso de Favela Pullman, especialmente en un voto emitido por el juez José Osório. Los dispositivos codificados en relación con el famoso juicio representan, sin embargo, incluso un paso atrás (Tartuce, 2017, p. 157-160).

Esto se debe a que dicho juez, al informar sobre el caso, mostró comprensión de que estaba muy adelantado a su tiempo, argumentando, incluso en el decenio de 1990, en el contexto de un Tribunal notoriamente conservador, con base directa en la Constitución de la República de 1988.

Cabe señalar que este caso ha sido desestimado durante mucho tiempo. Así, fue imposible tener acceso directo a los registros, incluso a la decisión histórica del juez José Osório, por lo que, para el presente estudio, fue necesario extraer las impresiones de Marinho Júnior (2018).

En la parte sur de la ciudad de São Paulo, una subdivisión abandonada, llamada Vila Andrade, comenzó a ser ocupada a mediados de los años 70. La invasión se extendió hasta formar la Favela Pullman. El 28 de diciembre de 1984, los propietarios de estos lotes presentaron una demanda contra la empresa (Marinho Júnior, 2018).

En su defensa, los acusados alegaron la usucapión y la realización de mejoras. Los expertos indicaron que el sitio había sido abandonado por los propietarios y posteriormente ocupado de manera irregular. El 6 de octubre de 1992, los acusados fueron condenados a desalojar el sitio (Marinho Júnior, 2018).

También se les ordenó que pagaran alquileres mensuales, desde la presentación de la demanda hasta la vacante real. La demanda de usucapión fue desestimada porque los demandados no supieron especificar la fecha de inicio de la prescripción. El recurso competente fue presentado y juzgado el 16 de diciembre de 1994 (Marinho Júnior, 2018).

La 8ª Sala Civil del Tribunal de Justicia de São Paulo confirmó el recurso por unanimidad, en el que el juez José Osório no aceptó la alegación de "usurpación social urbana", sino que se basó en la función social de la propiedad para emitir un voto emblemático (Marinho Júnior, 2018).

Afirmó que la favela tenía vida propia, con equipamientos urbanos, allí vivían miles de personas, en otra realidad urbana, con derechos civiles ejercidos naturalmente, con comercio presente, servicios, contratos, lo que demuestra que la adjudicación que debería haber existido allí sólo en los documentos (Marinho Júnior, 2018).

Cabe señalar que el juez José Osório se preocupaba por el mantenimiento de la comunidad. Independientemente de quién fuera el propietario de la tierra, mucho más importante, según la sentencia mencionada, era el hecho de que los propietarios daban al conjunto de propiedades un destino compatible con la función social de la propiedad.

2.2 Concepto

La expropiación judicial privada por el trabajo fue creada por el propio Miguel Reale, responsable de la redacción del Código Civil. Sin embargo, contemplaba el mandamiento constitucional relacionado con el condicionamiento del ejercicio de los derechos de propiedad a su función social.

Estas disposiciones contemplan un nuevo instrumento, destinado a la legalización de los innumerables núcleos irregulares de viviendas, basado en el art. 5, XXIII de la Constitución

Federal, "[...] que vincula la legitimidad del ejercicio de la propiedad al cumplimiento de su función social" (Tepedino; Azevedo, 2011, p. 258).

El legislador, aquí, optó por que la propiedad sea propiedad de quienes, dada la función social de la propiedad, desarrollaron actividades laborales y construyeron sus casas en terrenos que no les pertenecían (Tepedino; Azevedo, 2011, p. 263), lo que confirma que el poseedor debe ejercer también la función de propiedad.

Se trata de una enajenación obligatoria, del propietario al poseedor que cumpla los requisitos legales, situación que da lugar a un derecho potestativo para quienes detentan la posesión, aunque sea de forma irregular. Se trata de una "[...] nueva forma de pérdida de bienes inmuebles, por sentencia judicial" (Loureiro, 2013, p. 1197).

Por tratarse de un instituto nuevo, sin parangón en el ordenamiento jurídico nacional, sería posible plantear dudas sobre su constitucionalidad, a pesar de que está en muy clara consonancia con el requisito constitucional de cumplir la función social de la propiedad.

Sin embargo, el Enunciado 82, de la 1ª Jornada de Derecho Civil del Consejo de Justicia Federal, entendió que "[...] el modo de adquisición de bienes inmuebles previsto en los §§4º e 5º del art. 1228 del Código Penal" (BRASIL, 2002). Sin embargo, es necesario aclarar cualquier confusión conceptual con otras modalidades de adquisición.

2.3 Diferencias em relação a la usucapión y a la expropiación

Como resultado de sus requisitos, la expropiación judicial privada por trabajos de posesión puede confundirse con otros institutos. Debido a su nomenclatura y a la necesidad de compensación, puede parecer similar a la expropiación o la usucapión, lo que a su vez también presupone la aprobación de un estatuto de limitaciones en la adquisición de bienes.

Además, de acuerdo con la Constitución Federal, específicamente el art. 5, XXIV, "[...] la ley establecerá el procedimiento para la expropiación por necesidad o utilidad pública, o por interés social, mediante indemnización justa y previa en dinero, salvo en los casos previstos en la presente Constitución" (BRASIL, 1988).

Sin embargo, no es el instituto que se está estudiando. Además, la usucapión es una forma de adquisición originada en la propiedad, que tiene como requisito la posesión ininterrumpida de un bien mueble o inmueble, mientras que el instituto en cuestión sólo se aplica a los bienes inmuebles de gran extensión.

Además, no se confunde con el instituto mencionado, como resultado de la provisión de indemnización al propietario perjudicado. Tampoco se trata de una forma de expropiación, un acto privado de la Administración Pública, sometido a procedimientos de derecho administrativo, dependiente de una provisión presupuestaria (Tepedino; Azevedo, 2011, p. 261).

Además, no puede clasificarse como expropiación indirecta, "[...] porque el derecho de indemnización del propietario no presupone la participación directa o indirecta de la Administración en la ocupación irregular ininterrumpida del inmueble por los propietarios" (Tepedino; Azevedo, 2011, p. 261-262).

Una nueva forma de expropiación, que encarga al Estado el pago de una indemnización, entrañaría dificultades de procedimiento derivadas de la necesidad de integrarla en una relación procesal de la que no forma parte (Tepedino; Azevedo, 2011, p. 262). A pesar de las similitudes, por lo tanto, es un instituto diferente de la usucapión y la expropiación.

Las posibilidades de utilizar la expropiación judicial privada por posesión-trabajo en el contexto de las políticas de regularización del suelo urbano: el ejemplo del plan maestro del Municipio de Rio de Janeiro

Se trata de una "adquisición por acceso invertido de zonas ocupadas". No se trata, pues, de una expropiación, sino de un instituto de derecho público que tiene como requisito la declaración de utilidad o necesidad pública, que, sin embargo, puede ser ultimada por el Poder Judicial, que sustituirá a la Administración Pública (Lôbo, 2017, p. 122).

Así, su naturaleza privatizadora impide que el instituto de la expropiación judicial privada por posesión laboral sea definido simplemente como una especie de expropiación, junto con otros institutos, que son tratados, a su manera, por el derecho administrativo.

El juez no puede expropiar la propiedad, sino convertir el beneficio debido por los demandados (restituir la propiedad) en una alternativa (indemnizarla en efectivo), algo que no es nuevo en el sistema brasileño, que, por ejemplo, permite esta conversión en obligaciones de hacer y entregar la propiedad (Zavascki, 2002, p. 17).

La expropiación es un acto administrativo o, si así lo determina el juez, un acto jurisdiccional en el que se resuelve un conflicto de intereses, según la presencia o ausencia de los sujetos legales, de modo que el juez sólo puede expropiar si los interesados lo solicitan expresamente (Zavascki, 2002, p. 852).

Esto se debe a que la carga recae en la parte que adquirirá la propiedad y pagará el precio, comparándola así más con la usucapión que con la expropiación, como resultado de sus requisitos, con la única diferencia relacionada con la necesidad de pagar un precio, lo que resulta en una especie de usucapión onerosa (Zavascki, 2002, p. 852).

Así pues, el instituto podría compararse a la expropiación privada o a la costosa usucapión, lo que no le quita su carácter *sui generis* en relación con dichos institutos. Por si esto no fuera suficiente, hay diferencias sustanciales relacionadas con el cumplimiento de los requisitos para su concesión.

2.4 El concepto de la posesión de buena fe

La expropiación judicial privada por posesión por trabajo exige el cumplimiento de una serie de requisitos determinados por el Código Civil, casi todos ellos cargados de conceptos jurídicos indeterminados, cuyo cumplimiento debe ser realizado por el juez, en el contexto de cada caso concreto.

Los requisitos del instituto son: bienes inmuebles de "superficie extensa", objeto de la acción de reclamación; posesión ininterrumpida de buena fe, superior a cinco años, caracterizada por la realización de obras y servicios de interés social y económico pertinente; poseedores en número considerable (Zavascki, 2002, p. 16).

Por lo tanto, se basa en varios conceptos abiertos, de modo que su finalidad social debe ser bien comprendida, para adaptarse a las circunstancias de cada caso. Así pues, la interpretación teleológica del dispositivo debe presidir su aplicación, a fin de completar los conceptos abiertos y dar cabida a posibles variantes análogas (Zavascki, 2002, p. 16).

Corresponderá al juez determinar, en la práctica, los distintos conceptos abiertos de cuya realización depende la concesión del instituto. Sin embargo, lo más dudoso es el concepto de posesión *bona fide* utilizado por el dispositivo, que puede incluso llevar a la confusión con la usucapión.

Contrariamente a lo que ocurre en relación con el artículo 1255 del Código Civil, la justificación social de la persona que tomó posesión del inmueble tiene poca importancia, ya que

se señala que "[...] el valor patrimonial de las construcciones, obras y servicios realizados sobre el valor del terreno" (TEPEDINO; AZEVEDO, 2011, p. 263).

Se trata, pues, de dos usos diferentes del concepto de posesión de buena fe, uno por usucapión y otro por expropiación judicial privada por posesión-trabajo. En este caso, la buena fe se refiere al cumplimiento, por parte de los poseedores de la propiedad, de la función social de la misma.

La idea de función social llena el concepto de buena fe al confrontar la posesión (indirecta) de los propietarios, que nunca dieron destino a la propiedad, conducta que configura, frente a la inercia, la posesión antisocial, con la posesión (directa) de los ocupantes, haciendo que uno se dé cuenta de que le dieron un propósito social a la propiedad (Tartuce, 2017, p. 158).

Por lo tanto, la posesión de los ocupantes es mejor, de modo que puede considerarse como posesión de buena fe, al menos en comparación con los autores de la reclamación. Así, "[...] la buena conducta de estos reclusos sirve para convalidar una posesión inicialmente injusta y de mala fe por el acto de invasión" (Tartuce, 2017, p. 158).

Aquí, por lo tanto, la buena fe no se refiere a la creencia en la existencia de un derecho de propiedad, sino al hecho de que los poseedores dieron una función social a la propiedad, a diferencia de su propietario, por lo que no es el mismo concepto utilizado en la usucapión.

En este sentido, el Enunciado 309 de la IV Jornada de Derecho Civil del Consejo de Justicia Federal señaló que el concepto de posesión de buena fe del artículo 1255 del Código Civil "[...] no se aplica al instituto previsto en el §4º del art. 1.228" (BRASIL, 2006), demostrando las diferencias entre los institutos.

2.5 Procedimiento

La disposición en cuestión establece que la expropiación judicial privada por trabajos de posesión debe reclamarse como excepción en el contexto de una demanda, por ejemplo, para la recuperación de la posesión. Sin embargo, está claro que ésta es sólo una de las posibilidades de alegación del instituto.

El conflicto de intereses puede surgir no sólo en las reclamaciones, sino también en las posesiones prohibidas. No sería plausible negar el uso del instituto a los acusados (Zavascki, 2002, p. 16), entre otras cosas porque se trata de un instituto que cumple la función social de la propiedad establecida constitucionalmente.

Aunque se creó como una excepción sustancial, nada impide que este derecho se ejerza por la vía de la acción, no de la defensa, de modo que "[...] la inercia del propietario no puede impedir que los poseedores se anticipen a la presentación de la demanda y planteen la disposición obligatoria del bien poseído" (Loureiro, 2013, p. 1198).

El entendimiento contrario equivaldría a negar el derecho fundamental de acceso a la justicia, encarnado en la impasibilidad de la jurisdicción. Más que eso, el instituto puede ser usado para exceptuar cualquier acción que impida de nuevo la continuidad de la posesión de buena fe.

El Enunciado 496 de la Quinta Jornada de Derecho Civil estableció que "[...] el contenido de los §§4 y 5 del artículo 1.228 puede ser objeto de una acción autónoma, no restringiendo la defensa en las reclamaciones" (BRASIL, 2007), lo que corrobora que la excepción a la que se refiere el Código es meramente ejemplar.

2.6 La indemnización

Además de los requisitos de la posesión de buena fe y la duración de la posesión, es necesario, para la adquisición colectiva de la propiedad irregularmente ocupada mediante la expropiación judicial privada por posesión laboral, la indemnización que se pagará al propietario original de la propiedad, en una cantidad que se determinará judicialmente.

Una vez cumplidos los requisitos, el juez determinará la valoración del inmueble y fijará un plazo razonable para el pago del precio que, en el caso de posesión localizada, corresponderá al espacio ocupado o, en su defecto, se repartirá equitativamente entre todos ellos, "[...] estableciendo, previo pago del precio, un condominio entre ellos" (Loureiro, 2013, p. 1199).

Así pues, el pago de una indemnización es un requisito indispensable para la adquisición de la propiedad por medio de la expropiación judicial privada por posesión-trabajo, lo que la diferencia de la usucapión, compensando al propietario por las pérdidas materiales que ha sufrido.

La adquisición de la propiedad "[...] presupone el pago de un precio, correspondiente a la justa compensación fijada por el juez. Aunque la disposición no se expresa, no hay duda de que ese pago debe ser efectuado por los propietarios, demandados en la acción de reclamación" (Zavascki, 2002, p. 16).

La atribución del valor de la propiedad como indemnización es tarea del juez. Sin embargo, no es una tarea fácil, por lo que el juez puede nombrar a un experto para que evalúe el bien que, a su vez, debe tener en cuenta, por supuesto, las especificidades del caso concreto.

La atribución de valor a los bienes devaluados precisamente como resultado de una ocupación irregular es complicada. Obviamente, sin embargo, este precio no puede incluir las mejoras y construcciones realizadas por los propietarios (Tepedino; Azevedo, 2011, p. 264).

El Consejo de Justicia Federal, al estudiar el instituto, estableció varios entendimientos relacionados con la cuestión de la indemnización. El Enunciado 84 del Primer Día del Derecho Civil establece que la demanda de los demandados es "[...] ellos mismos responsables del pago de la indemnización" (BRASIL, 2002, n. p.).

La declaración 240 del Tercer Viaje determinó que: "La justa indemnización a que se refiere el §5 del art. 1.228 no tiene necesariamente como criterio de valor la evaluación técnica basada en el mercado inmobiliario, siendo los intereses compensatorios indebidos" (BRASIL, 2004).

El Enunciado 241 de la III Jornada afirmó que "[...] la inscripción de la sentencia en una acción reivindicativa, que opera la transferencia de la propiedad a nombre de los propietarios, con base en el interés social (art. 1.228, §5º), está condicionada al pago de la respectiva indemnización, cuyo plazo será fijado por el juez" (BRASIL, 2004).

Cabe señalar, por lo tanto, que el pago de la indemnización establecida en los tribunales es un requisito esencial para la transferencia de la propiedad. No obstante, el instituto puede utilizarse como un instrumento eficaz de política urbana, especialmente en lo que respecta al logro de la función social de la propiedad.

2.7 La posibilidad de indemnización de equipamientos urbanos

Además de la propiedad privada, en el contexto de la expropiación judicial privada por posesión por trabajo, es posible que se indemnice la propiedad dominical que pueda componer el terreno, especialmente las que a veces son equipamiento urbano.

Si, según la Constitución, la propiedad se legitima por el cumplimiento de su función social, también debe ser posible que la propiedad dominical sea alcanzada por el instituto, entre otras cosas porque debe "[...] ser destinada a la satisfacción de los objetivos fundamentales de la República" (Tepedino; Azevedo, 2011, p. 265).

Su aplicación a los bienes dominicales no viola los artículos 183, §3º, y 191, párrafo único, de la Constitución, ya que el instituto no es exactamente una usucapión, ya que impone el pago de una indemnización a los que pierden sus bienes, incluidas las personas jurídicas de derecho público (Tepedino; Azevedo, 2011, p. 266).

Esta afirmación tiene sentido en el contexto de la creación del instituto, que vuelve a la regularización de las comunidades instaladas irregularmente, ya que hay bienes públicos que, a pesar de las irregularidades, empiezan a componerlo, por lo que su retirada comprometería incluso la dignidad de los residentes.

No tendría sentido, en nombre del derecho de propiedad, dejar de comprometer una obra pública ya realizada e incorporada a un fin comunitario, ya que el principio de función social, tomado en sentido amplio, "[...] debe privilegiarse frente al estricto interés privado del propietario" (Zavascki, 2002, p. 20).

Sin embargo, es evidente que los bienes de uso común o especial no podrían adquirirse de esta manera. Por lo tanto, sólo los bienes no afectados a un propósito público específico, llamados bienes dominicales, podrían ser objeto de compensación y adquisición por parte de la comunidad.

En este sentido, el Enunciado 304, de la IV Jornada de Derecho Civil, del Consejo de Justicia Federal, establece que la reclamación puede ocurrir en relación con los bienes dominicales (BRASIL, 2006), situación que ayuda en gran medida al mantenimiento de la comunidad ya consolidada en bienes de propiedad ajena.

3 LA APLICABILIDAD DA EXPROPIACIÓN JUDICIAL PRIVADA POR POSESIÓN-TRABAJO EN LA POLÍTICA DE VIVIENDA URBANA

Las ciudades representan obviamente las mayores concentraciones de personas, lo que conduce a la gigantesca apreciación del suelo urbano, lo que en última instancia da lugar a la especulación inmobiliaria, que a su vez erosiona la función social de la propiedad. Por eso la Constitución se ha preocupado por el desarrollo urbano.

En su artículo 182, la Constitución determina la creación de una política de desarrollo urbano, que será ejecutada por el Poder Público Municipal, de acuerdo con las directrices generales establecidas por la ley, con el objetivo de "[...] ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y garantizar el bienestar de sus habitantes" (BRASIL, 1988).

El párrafo 2 de la disposición establece que la propiedad urbana cumplirá esta función si cumple los requisitos de la ordenanza de la ciudad expresados en el plan maestro (BRASIL,

Las posibilidades de utilizar la expropiación judicial privada por posesión-trabajo en el contexto de las políticas de regularización del suelo urbano: el ejemplo del plan maestro del Municipio de Rio de Janeiro

1988). La ley que establece una vez más estos lineamientos generales es la Ley n° 10.257 de 2001, que instituyó el Estatuto de la Ciudad.

3.1 El Estatuto de la Ciudad y la competencia del Municipio para regular la política de vivienda urbana

La Ley n° 10.257 de 2001, a pesar de fijar pautas generales relacionadas con las políticas de desarrollo, dejó a los Municipios la mayor parte de la reglamentación específica de cada lugar, especialmente en lo que se refiere a los procedimientos relativos a la vivienda de las poblaciones urbanas.

De acuerdo con el Art. 8° del Estatuto de la Ciudad, después de cinco años de cobro progresivo del impuesto sobre la propiedad predial y territorial urbana - IPTU, sin el cumplimiento de la obligación de pago a plazos, construcción o uso, el Municipio podrá expropiar el inmueble, mediante el pago en títulos de deuda pública (BRASIL, 2001).

Según los párrafos 5 y 6 de la disposición, el inmueble puede ser utilizado mediante una concesión a un tercero, observando, sin embargo, el procedimiento de licitación, manteniendo, en relación con el comprador o el concesionario, la obligación de pago a plazos, construcción o utilización (BRASIL, 2001).

El Art. 42-A, III, determina que los planes maestros municipales procederán a "[...] la planificación de las acciones de intervención preventiva y la reasignación de la población de las zonas de riesgo de desastres" (BRASIL, 2001). Esto parece ser una competencia privada de los municipios. Sin embargo, no lo es en relación con la política de vivienda.

En un caso relacionado con la Favela da Rocinha, en el que el Estado había expropiado tierras para contener el avance de la comunidad, reasentar a los residentes retirados de las zonas de riesgo y permitir la construcción de puestos de salud y la mejora de la calidad de vida, se entendió la competencia cooperativa entre las entidades federadas (BRASIL, 2011).

Esta sentencia demuestra la importancia que la Constitución Federal otorga a la vivienda, un derecho que debe ser realizado por todas las esferas del gobierno. Sucede que los planes maestros municipales contienen disposiciones específicamente relacionadas con el tema, especialmente, sin embargo, en lo que respecta a las políticas de reubicación y reasentamiento.

3.2 El ejemplo del Plan Maestro de la Ciudad de Río de Janeiro

Aunque el Estatuto de la Ciudad trae disposiciones relacionadas con la vivienda, la competencia para regular las situaciones relacionadas con el suelo urbano es, enfáticamente, de los Municipios, en cooperación con el Estado y la Unión, incluso cuando se trata de políticas de regularización de tierras.

El Tribunal Superior de Justicia entiende que la competencia para regularizar los lotes clandestinos o irregulares es del Municipio, con base en la legislación urbanística local, por lo que le corresponde el cálculo de los costos y la promoción de las obras de infraestructura exigidas por la legislación (BRASIL, 2018).

Cabe señalar que las políticas de vivienda urbana, por ejemplo, en el Plan Maestro de la Municipalidad de Río de Janeiro, se ocupan específicamente de la regularización de tierras, lo que debe ocurrir mediante el instrumento jurídico apropiado para cada situación concreta.

El artículo 7 determina que, en el cumplimiento de la función social de la propiedad urbana, se utilizarán los instrumentos de regularización de los asentamientos urbanos, con el fin de "promover el acceso a la propiedad regular y a la regularización urbana y del suelo" (BRASIL, 2011).

El art. 144 determina que el Fondo Municipal de Desarrollo Urbano financiará los programas relacionados con la regularización de tierras, que es también una de las directrices de la política de vivienda y de la regularización urbana y de tierras, incluso en relación con los barrios marginales, de conformidad con sus arts. 201, I, 230 y 231, I y 234 (RIO DE JANEIRO, 2011).

Obsérvense aquí las posibilidades de utilizar el instituto de la expropiación judicial privada para la posesión laboral, que puede representar una alternativa saludable para la política de regularización de tierras, aunque la indemnización establecida judicialmente sea pagada por el Gobierno.

Esto se debe a que el Fondo Municipal de Desarrollo Urbano puede pagar la indemnización que se debe a los propietarios de los bienes inmuebles adquiridos mediante la expropiación judicial privada, en caso de que quienes la poseen no tengan las condiciones financieras para pagar dichas cantidades.

El Enunciado 308, de la IV Jornada, determinó que la justa indemnización debida al propietario, en el caso del artículo 1.228, §5º, puede ser apoyada por la Administración Pública en el contexto de las políticas de vivienda, en el caso de propietarios de bajos ingresos, "[...] siempre que haya habido intervención de estos últimos en el marco de la ley procesal" (BRASIL, 2006).

Teniendo en cuenta que el Plan Maestro Municipal mencionado prevé una política de regularización de tierras, especialmente en lo que respecta a las poblaciones necesitadas, es posible hacer esta financiación dentro de la política presupuestaria de la ciudad, sin incurrir, por ejemplo, en una violación de los impuestos.

El uso de dicho instituto puede, por lo tanto, hacer que una comunidad ya instalada se convierta en corresponsable de la regularización de tierras, ya que se convertirán en propietarios de los respectivos espacios que ocupan, excepto en los casos en que dicho proceso sea imposible, ya que se trata, por ejemplo, de una zona de riesgo ambiental.

El Tribunal Superior de Justicia ha sostenido que es posible regularizar la propiedad de la tierra de un área ocupada y adquirida por usucapión colectiva de una propiedad involucrada en la subdivisión, si el estudio técnico prueba la posibilidad de mejorar las condiciones ambientales, siempre y cuando no se trate de un área que implique riesgos para la población (BRASIL, 2015).

En este caso, existía la posibilidad de inundación de las zonas habitadas, debido a la proximidad de las napas freáticas, sumada a la falta de saneamiento básico, lo que hacía inviable la ocupación de la zona, determinando la necesidad de "reasentamiento de la población invasora" (BRASIL, 2015).

La hipótesis es que el Municipio debería tener programas dirigidos a la reubicación y reasentamiento de las personas que viven en zonas de riesgo o para las cuales la regularización de la tierra es imposible. Cabe señalar que el Plan Maestro de la Municipalidad de Río de Janeiro contiene disposiciones específicas para estas situaciones.

Las posibilidades de utilizar la expropiación judicial privada por posesión-trabajo en el contexto de las políticas de regularización del suelo urbano: el ejemplo del plan maestro del Municipio de Rio de Janeiro

El artículo 161, XIII, del Plan Director Municipal de Río de Janeiro establece que una de las directrices de la Política Ambiental es "[...] el reasentamiento de ocupaciones irregulares en unidades de conservación de la naturaleza y áreas de preservación permanente, cuando proceda" (RIO DE JANEIRO, 2011).

En el caso del reasentamiento de poblaciones de bajos ingresos procedentes de zonas de riesgo, el artículo 211, párrafo 1, establece que, en caso de necesidad de reubicación de edificios, las medidas de reasentamiento deben adoptarse en terrenos de la propia zona o, en caso de imposibilidad, en lugares cercanos (RIO DE JANEIRO, 2011).

En este último caso, los reasentamientos tendrán lugar en lugares con infraestructura, transporte público y equipo urbano. El párrafo 2 establece que "[...] el lote urbanizado contará con una unidad de vivienda y deberá cumplir con las normas técnicas para asegurar su expansión dentro de las normas de seguridad" (RIO DE JANEIRO, 2011).

Se demuestra, en este diapasón, que el Plan Maestro de la Ciudad de Río de Janeiro se preocupa inicialmente por el bienestar de la población de la ciudad, de modo que la propia regularización de las tierras depende de la habitabilidad de los lugares donde se reubicará y reasentará la gente.

Por lo tanto, se extrae que la expropiación judicial privada por posesión de mano de obra puede ser utilizada como un instrumento eficaz de la política de vivienda urbana, excepto en los casos en que la regularización de la tierra resulte imposible, y debe ser objeto de programas de reubicación y reasentamiento de la población.

CONCLUSIONES

La propiedad es un bien jurídico esencial que, hasta hace poco, sólo podía quitarse a su propietario en casos muy concretos, pero hoy en día está subordinada a la función social, encarnada en las exigencias relacionadas con el bien de todos. Así, las exigencias individualistas y egoístas del propietario quedan relegadas a un segundo plano.

La constitucionalización de la función social de la propiedad ha modificado su concepto, que está condicionado a su funcionalidad, para determinar que el propietario se guíe por el bien común, la participación y la solidaridad, configurando una medida de justicia, ante la cual el propietario debe compensar a la comunidad por el privilegio que le confiere la ordenanza.

La función social se encuentra en el capítulo reservado a los derechos fundamentales y en las partes dirigidas al orden económico y a las cuestiones urbanas, demostrando que condiciona el derecho de propiedad, así como la posibilidad de su defensa judicial. Este deber también se extiende a quien tiene la posesión de un bien.

El poseedor debe volver al logro del bien común. Así pues, toda adquisición de bienes basada en la posesión sólo puede tener lugar tras el cumplimiento de su función social. El mismo entendimiento se aplica a la expropiación judicial privada por posesión de mano de obra, un instituto sui generis que surgió con el Código Civil de 2002.

La disposición se refiere a una de las hipótesis en las que el propietario, que no cumple la función social de la propiedad, puede ser privado de su derecho, de forma indemnizada. Se trata de una forma costosa de adquisición de propiedades inmobiliarias peculiares y sin precedentes, guiada por el cumplimiento de la función constitucional.

El instituto no tiene ninguna similitud en la legislación nacional y se originó a partir de una sentencia del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, relacionada con la ocupación irregular que dio lugar a la Favela Pullman, de carácter innovador, que se produjo a través de argumentos directamente relacionados con la Constitución Federal.

El juez José Osório, en su voto, se preocupó por el mantenimiento de la comunidad, independientemente del derecho original de propiedad, de forma compatible con la función social de la propiedad. La nomenclatura, creada por el propio Miguel Reale, sin embargo, puede dar la impresión de su inconstitucionalidad que, sin embargo, no existe.

Además, podría confundirse con otros institutos, por ejemplo, con la expropiación o la usucapión. Esta confusión, sin embargo, no procede, dado que se trata de un instituto diferente, ya que la indemnización debe ser pagada, por regla general, por los poseedores, y el concepto de posesión bona fide es diferente al del empleado en la usucapión.

En este sentido, la buena fe exigida por el instituto no se refiere a la creencia en la existencia de un derecho de propiedad, sino al hecho de que los poseedores confirieron una función social a la propiedad. Según el Código Civil, debe reclamarse en una excepción sustancial, en el contexto de una acción de reclamación.

Sin embargo, se trata de una hipótesis meramente ilustrativa, ya que negar su alegación en una acción autónoma equivaldría a negar el derecho de acceso a la justicia. La cuantía de la indemnización debe ser fijada por el juez, mediante un dictamen pericial, y debe compensar al propietario por los daños materiales que haya sufrido.

También se puede indemnizar a los bienes dominicales que eventualmente conforman la propiedad, que ahora será equipamiento urbano. De esta manera, es posible que el instituto sea utilizado como un instrumento de política urbana, destinado, incluso, a facilitar los procesos de regularización de tierras en las ciudades.

En este sentido, la Constitución Federal determina que la política urbana será fijada por los Municipios, de acuerdo con las directrices generales establecidas por la ley. De esta manera, apareció la Ley n° 10.257 de 2001, que instituyó el Estatuto de la Ciudad que, a su vez, dejó a las Ciudades la mayor parte de la regulación específica de cada lugar.

Sin embargo, no se trata de la competencia privada de las ciudades, ya que, según entiende el Tribunal Superior de Justicia, el derecho a la vivienda debe ser realizado por todas las esferas de gobierno, en cooperación. Los planes maestros municipales, sin embargo, contienen disposiciones específicamente relacionadas con el tema.

Las políticas urbanas de habitación en el Plan Director de la Ciudad de Río de Janeiro están preocupadas por la regularización agraria, que se producirá mediante el instrumento jurídico adecuado a cada caso concreto, lo que corrobora las posibilidades de utilización de la expropiación judicial privada para trabajos de posesión.

El uso del instituto puede hacer que una comunidad ya instalada se convierta en responsable de la regularización de tierras, ya que los residentes se convertirán en propietarios de los espacios que ocupan, excepto en los casos en que este proceso sea imposible, por ejemplo, en los casos de ocupación de una zona de riesgo ambiental.

En estos casos, el Municipio contará con programas destinados a la reubicación y reasentamiento de los habitantes de las zonas o espacios de riesgo para los cuales la regularización de tierras es imposible. Para estos casos, el Plan Maestro de la Municipalidad de Río de Janeiro tiene disposiciones específicas.

Las posibilidades de utilizar la expropiación judicial privada por posesión-trabajo en el contexto de las políticas de regularización del suelo urbano: el ejemplo del plan maestro del Municipio de Rio de Janeiro

Así, se puede concluir que la expropiación judicial privada por posesión-trabajo puede ser utilizada como instrumento de la política de vivienda urbana, excepto en los casos en que la regularización de la tierra sea imposible, situaciones en las que se deben utilizar programas de reubicación y reasentamiento.

REFERENCIAS

- BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Consultado el: 10 dic. 2023.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. **Enunciado 82**. 2002. Disponible en: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/709>. Consultado el: 10 dic. 2023.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. I Jornada de Direito Civil. **Enunciado 84**. 2002. Disponible en: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/712>. Consultado el: 10 dic. 2023.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. III Jornada de Direito Civil. **Enunciado 240**. 2004. Disponible en: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/466>. Consultado el: 10 dic. 2023.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. III Jornada de Direito Civil. **Enunciado 241**. 2004. Disponible en: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/468>. Consultado el: 10 dic. 2023.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado 304**. 2006. Disponible en: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/299>. Consultado el: 10 dic. 2023.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado 308**. 2006. Disponible en: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/308>. Consultado el: 10 dic. 2023.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado 309**. 2006. Disponible en: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/310>. Consultado el: 10 dic. 2023.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado 496**. 2007. Disponible en: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/565>. Consultado el: 10 dic. 2023.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponible en: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Consultado el: 10 dic. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 10.257**. Regula los artículos 182 y 183 de la Constitución Federal, establece los lineamientos generales de la política urbana y dicta otras disposiciones. 2001. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm. Consultado el: 10 dic. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp: 1169567-RS**. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Publicado em: 16 abr. 2020. Disponible en: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/574630385/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-aresp-1169567-rs-2017-0235953-0/inteiro-teor-574630394>. Consultado el: 10 dic. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp: 539913-PR**. Relator: Ministro Raul Araújo, Publicado em: 09 abr. 2015. Disponible en: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/180096109/agravo-em-recurso-especial-aresp-539913-pr-2014-0158104-0>. Consultado el: 10 dic. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 27385-RJ**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Publicado em: 27 abr. 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19112369/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-27385-rj-2008-0164730-4-stj/relatorio-e-voto-19112371?ref=serp>. Consultado el: 10 dic. 2023.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. De la propiedad a las propiedades: la evolución de la concepción liberal de la propiedad. **Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso**, v. XXXI, p. 493-525, jul./dez., 2008. Disponível em: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n31/a14.pdf>. Consultado el: 26 dic. 2023.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: coisas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Arts. 1.196 a 1.510: coisas. *In*: PELUSO, Cezar. (coord.). **Código civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. Barueri: Manole, 2013. p. 1126-1610.

MARINHO JÚNIOR, Jânio Urbano. Pullman e Pinheirinho: reflexões a respeito da função social da propriedade e do instituto da desapropriação judicial privada por posse-trabalho. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 16 abr. 2018. Disponível em: www.conteudojuridico.com.br. Consultado el: 15 dic. 2023.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PÉREZ ÁLVAREZ, María Del Pilar. La función social de la propiedad privada. su protección jurídica. **Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid - RJUAM**, Madrid, n. 30, p. 17-47, jul./dic. 2014. Disponível em: <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5582/5998>. Consultado el: 26 dic. 2023.

RIO DE JANEIRO (Município). **Lei Complementar n. 111**. 2011. Disponível em: www.rio.rj.gov.br. Consultado el: 10 dic. 2023.

ROCHA, José de Albuquerque. Novas reflexões sobre a função social da propriedade. **Genesis: revista de direito processual civil**, n. 18, p. 711, ano 5, 2000.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **A função social da propriedade pública**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 3ª Vara Cível do Fórum Regional de Santo Amaro. **Processo número 926**. 1984. Disponível em: www.tjsp.jus.br. Consultado el: 15 dic. 2023.

SOUZA, Sergio Iglesias Nunes de. O direito humano da moradia após a Emenda Constitucional n. 26, de 2000 e sua análise com o direito de habitação no direito civil. **Revista Argumentum**, Marília, v. 16, p. 73-98, jan./dez., 2015. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/121/28>. Consultado el: 26 dic. 2023.

SOUZA, Sharon Cristine Ferreira de. Incentivos fiscais face à responsabilidade social da empresa diante dos novos moldes do Estado Regulador. **Estudos: Revista de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas da UNIMAR**, Marília, v. 12, n. 12, p. 39-56, 2008. Disponível em: http://www.unimar.br/biblioteca/publicacoes/2010/estudos_12.pdf. Consultado el: 26 dic. 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das coisas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Las posibilidades de utilizar la expropiación judicial privada por posesión-trabajo en el contexto de las políticas de regularización del suelo urbano: el ejemplo del plan maestro del Municipio de Rio de Janeiro

TEPEDINO, Gustavo; AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Comentários ao Código Civil**. v. 14: direito das coisas. São Paulo: Saraiva, 2011.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo; MOURA, Emerson Affonso da Costa. A vedação constitucional de usucapião dos bens públicos e a função social da propriedade: da mera detenção ao reconhecimento da posse funcionalizada pelos particulares. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1941-1965, jan./jun., 2018. Disponible en: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/36229>. Consultado el: 26 dic. 2023.

ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na Constituição e no projeto do Código Civil. *In*: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A reconstrução do direito privado**. São Paulo: RT, 2002. p. 843-861..

LENIÊNCIA ANTITRUSTE E O *PRIVATE ENFORCEMENT*: O PAPEL COLABORADOR DO CADE EM TEMPOS DE CONSENSUALIZAÇÃO

Igor da Silva Gomes

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará.
igorgomesadv12@gmail.com

Fábio Campelo Conrado de Holanda

Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Ceará.
fabiodeholanda@yahoo.com.br

Resumo: A complexidade crescente das infrações anticoncorrenciais exigiu a incorporação de novos mecanismos de investigação pelo *public enforcement*, levando à criação do programa de leniência brasileiro, regulamentado pela Lei Federal nº 12.529/2011 e pelo Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). A referida Lei também normatizou o *private enforcement*, permitindo a ação de reparação civil pelos prejudicados por danos concorrenciais. Na prática, observa-se que a persecução privada enfrenta resistência na pública, especialmente quanto à confidencialidade dos acordos de leniência. Contudo, o equilíbrio entre as formas de *enforcement* é essencial para um mercado equilibrado e competitivo. Utilizando o método dedutivo, foi realizada uma revisão bibliográfica na doutrina e na legislação pertinente, propondo-se caminhos para resolver esse dilema e aperfeiçoar a política de combate aos ilícitos antitruste. A pesquisa examinou o movimento de consensualização da Administração Pública e suas repercussões no direito concorrencial, analisando o papel colaborativo do CADE na diminuição do impasse. Em conclusão, constata-se que a par de uma transformação que teve início com a Resolução nº 21/2018/CADE e a Portaria nº 869/2019/CADE, é imprescindível que o Poder Judiciário se imiscua na peculiar realidade probatória dos ilícitos concorrenciais, com deferência ao posicionamento técnico da autarquia e também que seja fomentada uma cultura de fortalecimento do consumidor e demais entes privados prejudicados para a consecução de suas demandas, conjugando o equilíbrio das duas formas de *enforcement*.

Palavras-chave: Leniência Antitruste. Persecução Privada. Consensualização.

Antitrust leniency and private enforcement: the collaborative role of cade in times of consensualization.

Abstract: The increasing complexity of anti-competitive infractions required the incorporation of new investigation mechanisms by public enforcement, leading to the creation of the Brazilian leniency program, regulated by Federal Law nº. 12,529/2011 and by the Internal Regulations of the Administrative Council for the Defense of Competition (CADE). The aforementioned Law also regulated private enforcement, allowing civil reparation action by those harmed by competitive damages. In practice, it is observed that private prosecution faces resistance in public, especially regarding the confidentiality of leniency agreements. Using the deductive method, a bibliographical review of the relevant doctrine and legislation was carried out, proposing ways to resolve this dilemma and improve the policy to combat illicit antitrust. The research examined the consensualization movement in Public Administration and its repercussions on competition law, analyzing the collaborative role of CADE in reducing the impasse. In conclusion, it appears that alongside a transformation that began with Resolution No. 21/2018/CADE and Ordinance

No. 869/2019/CADE, it is essential that the Judiciary intervenes in the peculiar evidentiary reality of competitive offenses, with deference to the technical positioning of the authority and also that a culture of strengthening the consumer and other affected private entities is encouraged to achieve their demands, combining the balance of the two forms of enforcement.

Keywords: Antitrust Leniency. Private Persecution. Consensualization.

INTRODUÇÃO

Com o objetivo de debelar infrações à ordem econômica, o Estado se viu compelido a adotar um modelo colaborativo baseado na teoria dos jogos, com lastro em mecanismos negociais com (ou não) repercussão penal, ancorado em um processo administrativo fortemente instruído e contando com a colaboração de infratores. Tal arquitetura se mostrou como uma alternativa ao modelo tradicional de produção de provas, de alto custo, e que nem sempre se mostrava eficaz para reprimir tais infrações, notadamente diante da sofisticada conjuntura fática dos cartéis.

A par desta reflexão, tem-se que a redução do risco de impunidade (capaz de comprometer a credibilidade da concorrência em mercados relevantes no país) e a dificuldade de obtenção de evidências de conduta também se mostram como fatores catalizadores do fortalecimento dos acordos de leniência, hábeis ao enfrentamento da internacionalização de infrações à ordem econômica, ratificando uma tendência de consensualização no âmbito administrativo.

O acordo de leniência parte da premissa de um ajuste consensual de vontades, no qual tanto o Estado, quanto o particular colaborador, são beneficiados. O Estado é beneficiado com o recebimento de informações relevantes pelo colaborador sobre determinada prática ilícita, as quais não conseguiria obter de outro modo, enquanto o colaborador, por seu turno, é contemplado com a redução ou até mesmo a extinção das penalidades que lhe seriam aplicadas pela prática do ilícito confessado, conforme o caso posto e descrito na legislação. Os modelos para a implementação destes conceitos são vários no direito comparado.

No Brasil existem, atualmente, quatro subespécies desse acordo, encontrando uma delas previsão no direito antitruste (Lei Federal nº 12.529/2011 - que estrutura o Sistema Nacional de Defesa da Concorrência, especialmente com guarida nos seus artigos 86 e 87). Entre as características gerais deste acordo está a confidencialidade da sua proposta (apresentada por um possível infrator). Esse sigilo é assegurado ao colaborador como forma de garantir a privacidade dos dados e informações apresentadas, tais como segredos industriais, elementos comerciais, registros contábeis e mercantis das empresas envolvidas, assim como para salvaguardar a tramitação efetiva das investigações.

Nada obstante, a referida Lei de Defesa da Concorrência também assegurou o direito de ação por parte daqueles prejudicados com as infrações concorrenciais, possibilitando-lhes o ingresso em juízo para receberem indenização por perdas e danos sofridos (artigo 47). Essa persecução de natureza privada se alinha ao chamado *private enforcement*.

Ocorre que algumas das grandes dificuldades para o manejo e êxito dessas ações privadas de responsabilidade por danos concorrenciais são a sôfrega cultura reivindicatória por parte dos consumidores; a ausência de *expertise* de determinados juízos; o obscurantismo para a comprovação da realidade contrafactual; a dificuldade de acesso às evidências da conduta e de cálculo dos danos; elementos estes que são potencializados pela confidencialidade das informações levantadas em sede de acordo de leniência.

Diante disto, à luz dos mandamentos constitucionais, faz-se necessário analisar o impasse referente à possibilidade de se conjugar [ou não] o direito à confidencialidade do colaborador da

leniência com o direito de ação do particular lesado pelo ato ilícito concorrencial em ter seu dano reparado. Não se pode falar em direito absoluto na ordem constitucional brasileira, devendo-se, ainda, ter cautela na relativização das garantias do acordo para não enfraquecer o programa de leniência estruturado no âmbito do CADE e, assim, atrapalhar as investigações da persecução pública.

Nesse diapasão, surge um dilema referente ao tensionamento entre o *public e private enforcement* concorrencial, sendo este um desafio global de muitos ordenamentos jurídicos. Assim, sob o pretexto de a autoridade concorrencial brasileira realizar sua persecução pública (em benefício da sociedade), utilizando-se do programa de leniência, a persecução privada pode ser bastante dificultada. Desse modo, indaga-se como a atuação da autoridade concorrencial brasileira pode se alinhar ao movimento de consensualização da Administração Pública, diminuindo o tensionamento entre estas duas esferas de atuação?

É consensual que a função fundamental do *private enforcement*, especialmente na sua vertente de ações de indenização, é a de compensar as vítimas pelos danos que lhes foram causados por comportamentos anticoncorrenciais (perspetiva *ex post* à violação). Para além desta, uma parte considerável da doutrina, entende que o *private enforcement* tem, também, uma importante função de dissuasão (perspetiva *ex ante* à violação) dos comportamentos anticoncorrenciais, algo que contribui para um sistema jus-concorrencial efetivo.

Partindo do método dedutivo, objetiva-se, à luz de uma interpretação sistemática de mandamentos constitucionais e da legislação pátria, investigar maneiras de compatibilizar as duas formas de *enforcement*, de modo que, ao mesmo tempo em que se resguarde o exercício da persecução privada, não se obtenha, por efeito colateral, um enfraquecimento do programa de leniência devido ao desestímulo à colaboração diante das possíveis punições na esfera cível.

A pesquisa justifica-se pela urgência na construção de diálogos propositivos para novos dilemas oriundos do direito concorrencial, bem como pela relevante importância de fomentar e intensificar as discussões sobre o movimento de consensualização da Administração Pública, que requer a adoção de atitudes mais colaborativas por parte dos órgãos e entidades que a compõem.

O trabalho divide-se em duas seções. Primeiramente, apresenta-se um panorama geral do movimento de consensualização na Administração Pública brasileira, examinando suas implicações no direito concorrencial, com foco no programa de leniência antitruste, suas características e peculiaridades, para, em seguida, abordar a dinâmica do *private enforcement* e seu tensionamento a persecução pública. Na seção seguinte, discute-se o novo papel da autoridade concorrencial brasileira em tempos de consensualização na Administração Pública, destacando seu papel protagonista na redução do conflito entre as duas formas de persecução dos ilícitos concorrenciais, avaliando, ainda, a evolução normativa ocorrida nos últimos anos para a construção de uma cultura de defesa da concorrência no Brasil.

1 A CONSensualIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

O movimento de incorporação e transformação da Administração Pública por meio do consenso restou definido como consensualização (Marrara, 2015, p. 510). Esse movimento originou-se da inserção de institutos de direito privado ao direito público, amparados pelo surgimento de um novo modelo de Administração Pública Gerencial (Paula, 2005, p. 41).

Por meio da consensualização, diversos institutos foram disseminados na prática administrativa, a exemplo dos meios consensuais de resolução de conflitos, das Parcerias Público-Privadas, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos usuários de serviços públicos, entre outros, suscitando-se, inclusive, discussões sobre os atuais significados dos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público à luz dos mandamentos constitucionais (Nohara, 2010; Falcão e Fernandes, 2018; Fernandes e Maia, 2019).

O acordo de leniência antitruste faz parte desse movimento de transformação da Administração Pública brasileira pelo consenso. A importância do instituto tem grande relevo na persecução pública de delitos que envolvem uma atuação concertada de diversos sujeitos econômicos, na medida em que, pela própria essência e complexidade desses ilícitos, não seria possível, em tese, a obtenção de provas de materialidade e autoria sem a utilização de mecanismos consensuais que estimulem a colaboração probatória dos agentes envolvidos perante às autoridades públicas (Mendes e Fernandes, 2022, p.3).

A previsão legal desse instituto negocial na seara concorrencial não é algo recente no Brasil e tem função significativa no exercício do *public enforcement*. Com a alteração legislativa da Lei Federal nº 8.884/1994, decorrente da Lei Federal nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, a União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, foi autorizada a celebrar acordos de leniência. No ano de 2003, em sede de investigações do cartel dos vigilantes, a SDE celebrou o primeiro acordo de leniência do país, que teve sua validade reconhecida pelo CADE em 2007 (Mendes e Fernandes, 2022, p.3).

Mais adiante, com a entrada em vigor da Lei Federal nº 12.529/2011, responsável por estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), o instituto da leniência não foi apenas mantido, mas também ampliado. Através da nova Lei, o acordo passou a ser celebrado pela Superintendência Geral do CADE e seus efeitos na seara penal foram estendidos (artigos 86 e 87 da Lei Federal nº 12.529/2011).

A celebração do acordo de leniência poderá ter como consequências a extinção da ação punitiva da Administração Pública ou a redução das penalidades em um a dois terços, conforme o caso, tendo como requisitos a **1**) colaboração efetiva com as investigações, que resulte na elucidação do delito [materialidade]; e a **2**) individualização dos envolvidos [autoria] (art.86 da Lei Federal nº 12.529/2011).

Em outras palavras, os benefícios da celebração do acordo para o colaborador dependerão do momento de apresentação da proposta e de sua efetiva participação probatória na elucidação do ilícito concorrencial e de seus envolvidos. Conforme a Lei de Defesa da Concorrência, cumprido o acordo, o colaborador terá decretada a extinção da ação punitiva da Administração Pública em seu favor, caso tenha apresentado proposta em momento anterior ao conhecimento da infração pela Superintendência Geral. Caso contrário, seu bônus estará assegurado na redução do patamar de um a dois terços da penalidade prevista para o caso, assegurando-se que sua penalidade seja menor do que a dos demais envolvidos na infração, mesmo que estes últimos tenham celebrado o Termo de Compromisso de Cessação (TCC).

O agente econômico para figurar como colaborador deve ser o primeiro a se qualificar¹, confessando sua participação e, a partir de então, em regra, cessando completamente seu envolvimento na infração, de modo a contribuir plenamente com as investigações. Neste sentido, o programa de leniência brasileiro adota o *marker system*, em que se enumeram por ordem de apresentação da proposta, os agentes infratores interessados em realizar o acordo de leniência,

¹ Regra do “*first come, first serve*”, adotada, em regra, pela Lei Federal nº 12.529/2011.

sendo apenas o primeiro, que cumpra todos os requisitos, o beneficiado com a celebração (Fernandes e Lemos, 2021, p.85).

Entretanto, deve-se destacar que a celebração do acordo com o primeiro a se manifestar não impede que outros infratores envolvidos na arquitetura criminoso venham a demonstrar interesse em colaborar com o CADE, podendo também ser beneficiados com a celebração do TCC, previsto no artigo 85 da Lei Federal 12.529/2011.

É importante destacar que a Superintendência Geral do CADE não está obrigada a aceitar a proposta de acordo de leniência apresentada, pois, caso detenha de outros meios de obtenção de prova, poderá agir unilateralmente no exercício do seu poder de polícia administrativa (Marra, 2015, p.513).

Por conseguinte, o Regimento Interno do CADE (RICADE) disciplina, de forma minuciosa, os detalhes para apresentação da proposta de acordo pelo agente econômico. Conforme artigos 201 e 202 do RICADE, a proposição poderá ser realizada de forma oral ou escrita, recebendo ambas tratamento sigiloso e acesso somente às pessoas autorizadas pela Superintendência Geral. O proponente deve fazer constar em sua proposta, entre outras coisas, **1)** qualificação completa e detalhada da infração; **2)** identificação dos outros sujeitos ativos do ilícito; **3)** área geográfica e produtos ou serviços afetados e a duração estimada da infração noticiada; **4)** outras possíveis propostas de acordos de leniência por ventura existentes em jurisdição diversa. (artigo 202, I, do RICADE).

Embora a confissão da participação no ilícito concorrencial seja um requisito para celebração do acordo de leniência, conforme artigo 86, §10, da Lei Federal nº 12.529/2011, caso a proposta seja rejeitada, tal confissão não implicará no reconhecimento da ilicitude da conduta analisada. Assim, não haverá qualquer divulgação das informações apresentadas, bem como todos os documentos serão devolvidos ao proponente pela Superintendência Geral, não permanecendo ela com qualquer cópia ou vindo a fazer uso deles para qualquer fim, conforme artigo 206 do RICADE.

Além da possibilidade de rejeição da proposta, o Regimento Interno do CADE assegura também ao proponente a possibilidade de desistência voluntária da proposição até o momento anterior a assinatura do instrumento, o que não exime o CADE de, por meios próprios e no exercício de sua função repressiva, investigar a prática anticoncorrencial, contudo sem utilizar qualquer elemento informativo conhecido por meio da proposta desistente.

Cumpridas as exigências legais, a Superintendência Geral celebrará o acordo de leniência com o agente econômico, mantendo sua identidade e os respectivos autos com tratamento de acesso restrito até o julgamento do processo pelo Tribunal Administrativo do CADE (artigos 207 e 208 do RICADE).

O tratamento de acesso restrito ao acordo de leniência não ilide que os demais investigados pela prática do ilícito concorrencial possam acessar todos os documentos referentes ao acordo, bem como demais informações produzidas na investigação, para fins estritamente relacionados com o exercício do direito ao contraditório e a ampla defesa (artigo 208, §2º, do RICADE).

Todavia, o Regimento Interno do CADE proíbe expressamente a divulgação, seja total ou parcial, do acordo de leniência e de qualquer informação relacionada a ele a pessoas físicas ou jurídicas, sujeitando os infratores à responsabilização administrativa, civil e penal.

De mais a mais, de tudo quanto foi explicitado até aqui, percebe-se que, entre outras coisas, o legislador ordinário buscou incentivar o fortalecimento do programa de leniência antitruste

brasileiro, por meio do estabelecimento de uma **1)** corrida para ser o primeiro a colaborar, garantindo maiores benefícios; **2)** previsão da confissão não ser utilizada contra o proponente, caso a proposta seja rejeitada ou haja desistência; e **3)** garantia do sigilo das informações prestadas, entre as quais aquelas sensíveis a atividade empresarial, segredos industriais, etc. Tudo isso ressalta a importância do instituto para a eficiência do *public enforcement* desenvolvido pelo CADE no Brasil.

Entretanto, a legislação também resguardou o *private enforcement*, ao disciplinar no artigo 47 da Lei Federal nº 12.529/2011 (LDC) o direito de ação por responsabilidade civil pelos danos concorrenciais a todo aquele que tenha sido prejudicado pela infração à ordem econômica, gerando um tensionamento entre as duas modalidades de persecução dos ilícitos concorrenciais. Em outras palavras:

Trata-se do *enforcement* privado, onde os prejudicados - sejam eles direta ou indiretamente - buscam o Judiciário para recompensar os prejuízos causados por infrações contra a ordem econômica. Ações de indenização que outrora não eram sequer cogitadas, hoje começam a tornar-se ferramentas para o ressarcimento de danos sofridos por condutas anticompetitivas. Essa vertente está ganhando "musculatura" para reforçar o antitruste no Brasil (Gaban e Santos, 2011).

A intenção normativa ao disciplinar a possibilidade do *private enforcement* na Lei de Defesa da Concorrência foi garantir que, na esfera cível, os particulares, por si ou por seus representantes, possam pleitear o direito de reparação pelos danos causados pelo ato ilícito concorrencial. Dessa forma, não apenas o ente público buscará sancionar o agente econômico por uma conduta que lesione a livre concorrência, mas também os prejudicados, na esfera do direito do consumidor, poderão exercer seu direito.

Deve-se enfatizar que o legislador não vinculou o exercício do direito de ação à prévia atuação administrativa do CADE. Assim, o interessado prejudicado pode recorrer judicialmente independentemente de constatação do ilícito pela autoridade concorrencial, o que ratifica a independência das instâncias, de modo que o *public and private enforcement* podem ocorrer de maneiras e momentos distintos (Coelho, 2016a, p.127).

Claro que, na prática, mostra-se extremamente oneroso ao consumidor individualmente considerado, prescindir do veredicto final do CADE (lastreado por sua habitual robustez instrutória) para manejar sua ação de reparação de danos. Logo, percebe-se que a relação entre direito da concorrência e do consumidor é indiscutível, tanto é que parte da doutrina defende que o consumidor é linha mestra das políticas concorrenciais, como pontua e ratifica Coelho (2016b, p.249). A Constituição Federal de 1988, mais especificamente em seu artigo 170, apresenta como princípios da ordem econômica, entre outros, a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Para arrematar tal relação, Cravo (2013, p.55) esclarece que, inclusive, no Brasil, foram realizados estudos com o intuito de criar uma única agência para defesa da concorrência e do consumidor, instituindo um sistema unificado em substituição ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), contudo, decidiu-se pelo fortalecimento do CADE, que, por meio da Lei Federal nº 12.529/2011, absorveu diversas competências, tornando-se, de fato, a autoridade nacional na defesa da concorrência.

Nesse prisma, por mais que o CADE tenha atuação direta na defesa da concorrência em todo território nacional, não se pode negar, à luz dos princípios constitucionais, as repercussões reflexas de sua atuação em benefício da defesa do consumidor, tanto é que, quando se fala em acordo de leniência como instrumento de auxílio na persecução pública por ele exercida, não há extensão dos efeitos para esfera cível, na qual resta sob a incumbência dos particulares ou dos legitimados previstos no artigo 82 da Lei Federal nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) o exercício da persecução privada na defesa do direito do consumidor.

A título de esclarecimento, explicam Ragazzo e Oliveira (2023, p.18) que os prejudicados, conforme entabulado no artigo 47 da LDC devem ser traduzidos como aqueles que “sofrem impactos em virtude de condutas anticompetitivas, devendo estar configurados: (i) a ocorrência de uma conduta competitiva; (ii) o prejuízo ao reclamante; e (iii) a relação causal entre o dano e o prejuízo”. Dessarte, preenchidos os requisitos, cabe ao prejudicado o ajuizamento de ação cível para a reparação dos danos sofridos pelo agente econômico infrator.

Como dito anteriormente, diversas são as dificuldades para o exercício do *private enforcement*, entre as principais, destacam-se **1)** ausência de uma cultura concorrencial de reinvidicação de danos pelos consumidores; **2)** dificuldades quanto ao ônus da prova, face ao acesso limitado às evidências da conduta; **3)** dificuldades de quantificação do dano concorrencial (Coelho, 2016a; Ragazzo e Oliveira, 2023).

Em relação às dificuldades decorrentes da identificação do marco temporal para a prescrição, convém pontuar para a contribuição trazida pela recente Lei 14.470, de 16 de novembro de 2022; e pelo julgamento da 4ª Turma do STJ, no REsp. nº 1971.316/SP, ao fazer a separação dos marcos temporais das ações que sejam derivadas de decisão condenatória do Cade (ações *follow-on*) e das que não há decisão condenatória do Cade (*stand-alone actions*).

Do mesmo modo, no tocante à prescrição do direito de ação dos prejudicados previstos no artigo 47 da aludida Lei, passou a ser disciplinada em 05 (cinco) anos, iniciando sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito, bem como não correndo durante o curso do inquérito ou do processo administrativo no âmbito do CADE (Brasil, 2022).

A alteração legislativa prevista nos artigos 46-A e 47-A da Lei de Defesa da Concorrência contribuiu diretamente com a diminuição de duas dificuldades inerentes ao exercício do *private enforcement*, quais sejam: **1)** dúvidas quanto ao prazo prescricional, que gerava incidência de regras previstas no Código Civil Brasileiro; e **2)** dificuldades de acesso à produção probatória.

Encontrar alternativas para resolver essas dificuldades deve ser missão de múltiplos atores na ordem jurídica, uma vez que o exercício da persecução privada é fundamental não apenas no âmbito do direito do consumidor, mas também da concorrência. A ascensão de uma cultura reivindicatória de danos concorrenciais pelos consumidores contribui, de forma indireta, para desincentivar o cometimento dessa modalidade de ilícito, na medida em que se amplia a possibilidade de punição em distintas esferas de responsabilidade (Coelho, 2016a, p.130).

2 O PAPEL COLABORATIVO DO CADE NA ATENUAÇÃO DO TENSIONAMENTO ENTRE O PUBLIC AND PRIVATE ENFORCEMENT

A defesa da concorrência pelo CADE em âmbito nacional é expressão maior do *public enforcement*. A utilização de mecanismos consensuais como o acordo de leniência para essa modalidade de persecução é de grande relevância, principalmente em ilícitos que envolvem diversos atores com concerto de vontades e atividades complexas, conforme já mencionado.

Todavia, o exercício do *private enforcement* também deve ser considerado de extrema importância para a defesa da concorrência, em paralelo com a defesa do consumidor. O CADE, por mais que seja uma autarquia federal, com atuação em todo território nacional, detém de recursos humanos e materiais limitados, o que restringe sua capacidade de detecção de ilícitos

concorrenciais em toda geografia pátria, fazendo-o depender, em muita das vezes, do programa de leniência e de denúncias através do Clique Denúncia².

Nesse raciocínio, por mais a Lei busque ofertar diversos benefícios para a prática do acordo de leniência, entre eles o sigilo das propostas, como forma de potencializar o programa e incentivar as delações, o CADE deve buscar ressignificar sua atuação, na medida em que necessita compreender o particular[consumidor] e os demais legitimados, que compõem a sistemática do *private enforcement*, como aliados e peças fundamentais para a defesa da concorrência na atual realidade, pois, “no desempenho do *public enforcement*, a atividade da autoridade antitruste é complementada pelo *private enforcement*” (Carrá e Lemos, 2024, p.126).

Para além de entender pela relativização da confidencialidade dos acordos de leniência como forma de capitanear a produção probatória nas ações civis de reponsabilidade por danos concorrenciais, o CADE necessita fortalecer sua política de advocacia da concorrência, na medida em que a disseminação de uma cultura de defesa da concorrência em paralelo com a do consumidor é fundamental para a ampliação não apenas da responsabilização dos ilícitos concorrenciais, mas, primeiramente, para sua detecção, tendo em vista a expansão constante da complexidade dos ilícitos concorrenciais.

Nesse sentido, deve-se considerar que o *private enforcement*, ao buscar a reparação judicial dos danos concorrenciais, estimula uma cultura de liberdade de concorrência. Isso ocorre na medida em que propaga entre os agentes econômicos do mercado a necessidade de respeito às regras antitruste, pois, caso contrário, poderão sofrer não apenas a persecução pública, mas também a privada. (Carrá e Lemos, 2024, p.127). A persecução privada, por essa vertente, atua como instrumento de controle social e autorregulação do direito concorrencial.

Antes de se discutir modificações que possam enfraquecer um programa de leniência, é necessário considerar alternativas para fortalecer as formas de identificação, reconhecimento e detecção de práticas anticoncorrenciais. Conforme Craveiro (2021, p.239-240), a efetividade do programa de leniência como mecanismo de detecção, investigação e punição de ilícitos anticoncorrenciais, diante dos resultados obtidos ao longo dos anos, encontra-se demonstrada, todavia, face ao surgimento de estruturas criminosas cada vez mais complexas, é imperiosa a adoção de novas técnicas e meios de detecção complementares à leniência.

A promulgação da Lei Federal nº 14.470/2022 trouxe uma evolução significativa na redução do tensionamento entre as duas formas de persecução dos ilícitos concorrenciais. Com a referida lei, o colaborador da leniência passou a ser responsável, no âmbito civil, pelo ressarcimento simples dos danos causados, além de ter sido afastada a responsabilidade solidária, respondendo este apenas pelos danos que causou.

A referida alteração legislativa garantiu o fortalecimento do *public enforcement* por dois motivos. O primeiro diz respeito ao enrijecimento da repressão aos ilícitos concorrenciais devido à possibilidade de punição, na esfera cível, por meio da *private enforcement*, dos coautores da infração anticoncorrencial, não beneficiados com a leniência ou com o TCC, com a restituição em dobro dos danos causados, aproximando-se da experiência oriunda do direito antitruste americano (Carrá e Lemos, 2024, p.131). Em segundo lugar, fortaleceu a persecução pelo fato de excluir os colaboradores do acordo de leniência, que ficaram responsáveis pela restituição simples, não causando impacto significativo na atratividade do programa.

² https://www.gov.br/cade/pt-br/canais_atendimento/cliq-denuncia.

A referida previsão passa também a alinhar-se, em parte, com a experiência europeia, na qual, conforme a Diretiva 2014/104/EU, o colaborador da leniência responde apenas subsidiariamente pelos danos causados pelo ilícito anticoncorrencial, sendo acionado para responder na proporção do dano que causou, quando os prejudicados não conseguirem obter a reparação integral dos demais infratores (Gondim, 2016, p.355).

Esse é um passo bastante importante, pois, o receio de condenações desproporcionais nas ações civis de reparação por danos antitruste são limitadores da eficácia na celebração dos acordos de leniência (Cauffman, 2011, p.183). Complementa-se que:

Although leniency and damages actions thus, at least to a certain extent, serve the same purpose of increasing compliance with the competition rules, it has been argued that an increasing number of damages actions may undermine leniency programmes. (Cauffman, 2011, p.183).

Nada obstante, o *private enforcement* também foi fortalecido com a modificação legislativa, pois o artigo 47-A da Lei de Defesa da Concorrência passou a disciplinar que a decisão do plenário do Tribunal do CADE estaria apta a fundamentar a concessão de tutela de evidência nos processos de responsabilidade civil por danos concorrenciais.

De mais a mais, vislumbra-se que para que a modificação legislativa contribua efetivamente para a redução do tensionamento entre as duas formas de persecução, a ela deve ser somada uma nova postura do CADE, baseada na aplicação colaborativa da Resolução nº 21/2018 e Portaria nº 869/2019, que tratam dos procedimentos de publicização (ou não) dos documentos produzidos no âmbito dos procedimentos administrativos dos órgãos, já que o acordo de leniência é instrumento imprescindível à persecução pública e detém entre suas características da confidencialidade, ao mesmo tempo em que as informações nele produzidas também são fundamentais para a persecução privada.

Com efeito, é preciso esclarecer que não se deve confundir a consensualidade aqui tratada como sinônimo daquela intrínseca às relações privadas, mas aquela decorrente da interpretação da Administração Pública sobre o que é, na visão consensual da coletividade, dentro do contexto histórico atual, o interesse público primário (Nohara, 2010, p.127), partindo daí para se compreender o modo como a autoridade pública concorrenciais (CADE) deve traduzir esse interesse público na defesa da concorrência e, assim, orientar sua atuação em conformidade.

Desta forma, ao compreender que as duas searas de *enforcement* se complementam e caminham para um único horizonte, o CADE deve buscar compreender que não é apenas por meio do fortalecimento do programa de leniência que se atingirá o patamar ideal de livre iniciativa e concorrência, mas também através de sua atividade complementar de cooperação com o *private enforcement* que os resultados serão mais bem-sucedidos.

No ano de 2018, o CADE editou a Resolução nº 21, responsável por regulamentar o acesso aos documentos e às informações constantes dos procedimentos administrativos sancionadores sob sua competência. Entre os motivos que levaram à confecção do referido ato administrativo está a discussão em torno do dilema sobre a confidencialidade do acordo de leniência e a necessidade de produção probatória nas ações civis de reparação por danos concorrenciais, ou seja, o limiar do tensionamento entre o *public and private enforcement*.

A referida resolução, de certa forma, caminhou no sentido de inserir no cenário concorrenciais uma postura colaborativa e mediadora, ao buscar instituir formas de conciliar ambas as formas de persecução. De início, ela disciplinou que todos os documentos e informações constantes nos processos administrativos sancionadores por infrações à ordem econômica, inclusive os decorrentes do programa de leniência, são, em regra, públicos, todavia, a divulgação deverá ocorrer em fase processual adequada, de modo a não atrapalhar as investigações em curso e a

preservar a política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica, mais notadamente os acordos de leniência e TCCs (CADE, 2018).

Por conseguinte, no tocante ao programa de leniência, a referida resolução regulamentou a confidencialidade prevista no artigo 86, §9º, da Lei de Defesa da Concorrência, preservando-a durante as fases de negociação, celebração e instrução processual. Dessa forma, apenas excepcionalmente algum interessado poderia requerer a disponibilização de documentos e/ou informações produzidos no âmbito do acordo.

A análise de eventual requerimento de concessão de acesso excepcional às informações constante do acordo de leniência em fases de negociação ou celebração deverão observar os requisitos previstos no parágrafo único do artigo 3º da Resolução nº 21/2018/CADE, entre eles **A)** a legitimidade do requerente; **B)** os fatos e fundamentos que amparam seu pedido; bem como **C)** a razoabilidade, proporcionalidade e a necessária preservação da investigação (CADE, 2018).

Deste modo, o ato normativo buscou proteger a privacidade do colaborador, fortalecendo o programa de leniência, ao mesmo tempo em que não olvidou de preservar o direito do particular, no exercício de sua persecução privada, de solicitar acesso às informações constantes no acordo em construção.

Igualmente, a Portaria nº 869, de 01 de novembro de 2019, do CADE, responsável por tratar dos procedimentos previstos na Resolução nº 21/2018/CADE, normatizou o procedimento de solicitação de acesso às informações e documentos confidenciais produzidos no âmbito da leniência, antes da decisão final do plenário do Tribunal do CADE. A Portaria estabeleceu que o pedido deve ser direcionado à Presidência do CADE e, excetuadas as hipóteses de acesso aos documentos por expressa determinação legal ou decisão judicial específica, a autoridade concorrencial notificará os interessados para serem ouvidos previamente sobre a necessidade de manutenção do sigilo dos documentos, ou seja, oportunizará o direito de defesa do colaborador em contra-argumentar as razões do peticionante inicial (CADE, 2019).

A decisão de acesso excepcional aos documentos e informações produzidas na fase de negociação, celebração ou instrução processual de um acordo de leniência será proferida pelo Plenário do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, devendo expressamente indicar quais serão compartilhados, bem como a forma de disponibilização (artigos 9º e 10 da Portaria nº 869/2019/CADE).

Ademais, é importante esclarecer que, no momento da prolação de decisão final de homologação do acordo de leniência, a publicização do processo ocorrerá em consonância com o que for sugerido pelo conselheiro relator, responsável por apresentar uma proposta de publicização de quais documentos e informações serão levados a público, e julgado pelos demais conselheiros do plenário do tribunal (artigo 2º da Portaria nº 869/2019/CADE).

Nessa linha de raciocínio, embasado pelos atos normativos apresentados, à luz dos princípios constitucionais, cabe ao CADE orientar sua atuação, tendo em vista a previsão de aplicação de conceitos subjetivos previstos na normatividade, a exemplo de razoabilidade e proporcionalidade, para a consecução finalística do direito concorrencial pátrio. Neste momento, diante de um tensionamento entre o *public* e o *private enforcement*, a postura consensual do CADE deve contribuir para a diminuição das diferenças, de modo a buscar resguardar o colaborador da leniência, garantindo o sigilo de informações e documentos importantes ao exercício da sua prática comercial, ao mesmo tempo em que incentiva a colaboração do prejudicado pela infração anticoncorrencial, na medida em que decide sobre o acesso aos documentos da leniência, para o exercício da persecução privada.

A edição da Resolução nº 21/2018/CADE e da Portaria nº 869/2019/CADE demonstram uma postura inicial consensual do CADE ao passo em que, ao resguardar o *public enforcement*, regulamentando o acesso aos documentos e informações produzidas em sede de acordo de leniência, também buscou prever o fomento as ações civis de reparação por danos concorrenciais.

O artigo 12 da Resolução nº 21/2018/CADE estabelece que a Superintendência-Geral e o plenário do tribunal do CADE podem considerar, durante as negociações do Termo de Cessação de Conduta (TCC), como circunstância atenuante para o cálculo da contribuição pecuniária ou de outra penalidade prevista na Lei, o ressarcimento extrajudicial ou judicial comprovado, em sede de ações civis de reparação de danos concorrenciais. O dispositivo, ao mesmo tempo em que incentiva a colaboração delatatória por outros coautores do ilícito anticoncorrencial, dando maior robustez a produção probatória da persecução pública, também fomenta a composição consensual do conflito civil por tais agentes infratores.

Por seu turno, o artigo 19 da Portaria nº 869/2019/CADE, trata da disponibilização, em sítio virtual próprio do CADE, da listagem de processos julgados com os documentos e informações publicizadas, após a decisão do plenário do tribunal administrativo, objetivando o acesso e disseminação da cultura de responsabilização civil por danos concorrenciais, na proporção em que reduz a dificuldade de acesso à evidência probatórias do ilícito antitruste. Além do mais, esse fomento ao *private enforcement* pelo CADE passou a ser percebido em diversos momentos, principalmente em casos vultuosos, conforme se observa abaixo.

O CADE busca, especialmente em casos de grande relevância, estimular o ingresso de ações reparatórias no Brasil. Um exemplo é o Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, conhecido como cartel dos gases. O Conselheiro-Relator do caso, Fernando Furlan, em seu voto, asseverou que “a multa imposta pelo Conselho não repara os danos patrimoniais e morais causados a pessoas específicas” e “a indenização por tais danos deve ser engendrada pelas vias judiciais cabíveis” (Coelho, 2016a, p.130).

Essa atitude de incentivo do CADE ao *private enforcement* parte da compreensão que as duas formas de persecução se complementam e buscam um único horizonte, pois o consumidor também é beneficiário direto da existência de um mercado concorrenciaismente sadio. Para Carrá e Lemos (2024 p.134), “o ideal seria que ambos os *enforcements* caminhassem juntos e atuassem de forma complementar, de forma a garantir a máxima efetividade na proteção da concorrência”, todavia, mesmo com os avanços legislativos demonstrados, essa ainda não é uma realidade pulsante no cenário concorrenciais brasileiro.

Finalmente, arremata-se que um caminho viável para atingimento desse ideal de alinhamento entre as modalidades de persecução é através da (re)definição da atuação da autoridade concorrenciais brasileira, fundamentando-se em valores e princípios inerentes ao movimento de consensualização da Administração Pública. Isso implica adotar uma postura colaborativa que busca uma melhor compreensão do que consensualmente se anseia por interesse público dentro da sistemática do direito concorrenciais na atual arquitetura social contemporânea.

CONCLUSÕES

Diante de todos os argumentos dissertados ao longo do trabalho, percebe-se que o movimento de consensualização da Administração Pública incorporou diversos institutos de direito privado ao direito público, a exemplo da conciliação, mediação e do acordo de leniência. Este último demonstrou-se fundamental para o exercício da persecução pública no direito concorrenciais, pois se apresentou como uma alternativa investigativa eficiente para a elucidação de ilícitos antitruste complexos, em que há um concerto de vontade de múltiplos agentes econômicos.

Outrossim, constatou-se, aparentemente, que o programa de leniência encontra resistência no exercício do direito de persecução privada, previsto no artigo 47 da Lei de Defesa da Concorrência, na medida em que, ao prevê a confidencialidade dos documentos e informações produzidas em seu âmbito, dificultando a produção probatória das ações civis de reparação pelos danos concorrenciais.

Todavia, à luz da análise da Resolução nº 21/2018/CADE e da Portaria nº 869/2019/CADE, verificou-se que a alegação não se sustenta, caminhando o CADE, numa postura colaborativa, para reduzir o tensionamento entre as duas formas de persecução. Isso foi observado a partir da regulamentação, nos referidos atos normativos, da fase processual em que os documentos e informações seriam disponibilizados, utilizando-se, para tanto, da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como da preservação da restrição de acesso àqueles indispensáveis ao exercício da prática comercial.

Outrossim, observou-se que a alteração legislativa decorrente da Lei Federal nº 14.470/2022 também colaborou com a diminuição do tensionamento entre o *public and private enforcement*, ao instituir hipóteses de incentivo aos acordos de leniência e Termos de Cessação de Conduta (TCC), bem como ao prevê a possibilidade de concessão de tutelas de evidência e do prazo prescricional quinquenal nas ações civis de reparação de danos concorrenciais.

A atuação do CADE, por meio de seus atos normativos, e do legislador ordinário, ao realizar modificações significativas na Lei de Defesa da Concorrência, ratificam o posicionamento da doutrina exposto ao longo deste trabalho no sentido de que o alinhamento e fortalecimento paralelo das duas formas de *enforcement* constitui o caminho ideal para a construção de uma cultura nacional de defesa da concorrência.

Portanto, o CADE, como detentor exclusivo do *status* de autoridade concursal brasileira, desempenha papel crucial no fomento, direcionamento e edificação dessa cultura. Para isso, deve utilizar os valores e princípios inerentes ao movimento de consensualização da Administração Pública, reformulando sua atuação de forma colaborativa para lograr êxito na redução do conflito entre as duas formas de *enforcement*.

REFERÊNCIAS

BARROS, Leonel Moraes. **A interação entre *enforcement* público e privado no direito concursal brasileiro**. [Dissertação de Mestrado]. Universidade Federal de Minas Gerais, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/handle/1843/44523>. Acesso em: 12 jul. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 19 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.470, de 16 de novembro de 2022**. Altera a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Presidência da República: Brasília, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14470.htm#art1. Acesso em: 14 jul. 2024.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara; LEMOS, Livia Oliveira. O *private enforcement* como paradigma de controle social da concorrência: sua potencialidade no ordenamento jurídico brasileiro após a Lei nº 14.470/2022. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, Brasília, DF, v. 61, n. 241, p. 117-138, jan./mar. 2024. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/61/241/ril_v61_n241_p117. Acesso em: 15 jul. 2024.

CAUFFMAN, Caroline. **The Interaction of Leniency Programmes and Actions for Damages**. Maastricht Faculty of Law Working Paper nº 2011/34, p.181-220. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1941692>. Acesso em: 14 jul. 2024.

COELHO, Gustavo Flausino. A REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS CONCORRENCIAIS: DESAFIOS NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA. **Revista do IBRAC**, v. 22, n. 1, 2016a. Disponível em: <https://revista.ibrac.org.br/index.php/revista/article/view/124/119>. Acesso em: 13 jul. 2024.

COELHO, Larissa Thomaz. ATUAÇÃO DO CADE E DO PODER JUDICIÁRIO NA QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA EM RAZÃO DE ILÍCITOS CONCORRENCIAIS NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR: UMA ANÁLISE DAS DECISÕES NÃO COINCIDENTES. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, v.2, n.1, p. 245-264, jan/jun, 2016b. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgrc/article/view/698/691>. Acesso em: 13 jul. 2024.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018**. Disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, relativos à articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil [e dá outras providências].CADE: Brasília, 2018. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/handle/1/2785>. Acesso em: 14 jul. 2024.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Portaria CADE nº 869, de 1 de novembro de 2019**. Dispõe sobre os procedimentos para disponibilização de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos [e dá outras providências].CADE: Brasília, 2019. Disponível em: <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/5009>. Acesso em: 14 jul. 2024.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Regimento Interno do CADE**. Aprovado pela Resolução nº 32, de 2 de fevereiro de 2021, publicada no Diário Oficial da União de 8 de fevereiro de 2021, Seção 1, p.87. CADE: Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/regimento-interno>. Acesso em: 18 jun. 2024.

CRAVEIRO, Priscilla. Uma régua na leniência antitruste: as taxas de sucesso e de declaração de cumprimento como medidas de efetividade do Programa de Leniência do Cade. **Revista do IBRAC**, n. 1, p. 219–246, 2023. Disponível em: <https://revista.ibrac.org.br/index.php/revista/article/view/65>. Acesso em: 14 jul. 2024.

CRAVO, Daniela Copetti. Venda casada: é necessária a dúplice repressão? **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 01, maio, 2013, p.52-70. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/46>. Acesso em: 13 jul. 2024.

FALCÃO, Ana Gêssica Carneiro; FERNANDES, André Dias. Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional brasileiro e a parceria público-privada. **Duc In Altum - Cadernos de Direito**, v. 10, n. 21, 2018. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/article/download>. Acesso em: 26 jun. 2024.

FERNANDES, André Dias; MAIA, Cinthia Meneses. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos usuários de serviços públicos prestados por concessionárias de energia elétrica. **Revista Jurídica da UNI7**, v. 16, p. 97-117, 2019. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/916>. Acesso em: 26 jun. 2024.

FERNANDES, André Dias; LEMOS, Livia Oliveira. O Direito Antitruste brasileiro e a participação do Ministério Público no Acordo de Leniência. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 23, n. 126, p. 75-101, mar./abr. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3Tii9t8>. Acesso em: 27 jun. 2024.

GABAN, Eduardo Molan; SANTOS, Bruno Droghetti Magalhães. **Reparação de danos no Direito Antitruste brasileiro**. [Migalhas]. 2011. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/140915/reparacao-de-danos-no-direito-antitruste-brasileiro>. Acesso em: 13 jul. 2024.

GOMES, Igor da Silva. A justiça criminal negocial e a lei nº 13.964/2019: uma análise do instituto do acordo de não persecução penal aplicado ao ordenamento jurídico brasileiro durante a pandemia da covid19. *In*: FIGUEIREDO, Carla Pedrosa de; FONTGALLAND, Isabel Lauseanne. (Org.). **Direito, economia e sociedade**, v. 2, p. 137-167, Campina Grande: Amplla, 2023. Disponível em: <https://ampllaeditora.com.br/publicacoes/6135/>. Acesso em: 13 jun. 2024.

GONDIM, Cláudia Gama. As fragilidades do Programa de Leniência brasileiro em comparação ao adotado na União Europeia. **Revista do IBRAC**, v. 22, n. 2, p. 344–373, 2023. Disponível em: <https://revista.ibrac.org.br/index.php/revista/article/view/145>. Acesso em: 14 jul. 2024.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro: modalidades, regime jurídico e problemas emergentes. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 2, n. 2, p. 509-527, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/99195>. Acesso em: 13 jun. 2024.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, Victor Oliveira. Acordos de leniência e regimes sancionadores múltiplos: pontos de partida para uma integração constitucional. *In*: DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro (Org.). Inovações no sistema de justiça: meios alternativos de resolução de conflitos e sistema de justiça multiportas - Estudos em homenagem a Múcio Vilar Ribeiro Dantas. **Boletim Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, v. 27, 2022.

NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões Críticas acerca da Tentativa de Desconstrução do Sentido da Supremacia do Interesse Público no Direito Administrativo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito**. São Paulo: Atlas, 2010, cap.5, p. 120-154.

PAULA, Ana Paula Paes de. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. **RAE - Revista de Administração de Empresas**, FGV, vol. 45, núm. 1, p. 36-49, jan-mar, 2005. Disponível em: <https://hml-bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rae/article/view/37088>. Acesso em: 12 jul. 2024.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; OLIVEIRA, Isabel Cristina Veloso de. **Ações de reparação de danos concorrenciais no Brasil: obstáculos e sugestões**. [livro eletrônico]. FGV DIREITO, Rio de Janeiro, 2023. Disponível em: <https://repositorio.fgv.br/items/48d7801b-55cf-4100-ac03-88d77b491f90>. Acesso em: 13 jun. 2024..

