



ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

# REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

ANO 10 - VOL. 20

JULHO - DEZEMBRO 2021



**REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR  
DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO**

# REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

## Ficha catalográfica elaborada pela Escola Superior do Ministério Público

Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. São Paulo: ESMP, 2012-

ISSN: 2316-6959

Volume 20

2021

1. Direito – periódicos. I. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. CDU 34(815.6)(5)

Publicação semestral

© Todos os direitos reservados.

Os autores têm responsabilidade integral e individual pelo conteúdo de suas matérias publicadas neste periódico.

Editoração:

Escola Superior do Ministério Público de São Paulo

Rua 13 de Maio, 1259 – 3o andar – Bela Vista

01327-001 – São Paulo – SP – Brasil

Tel. (11) 3017-7781

esmp\_revista@mpsp.mp.br



## EXPEDIENTE

# REVISTA JURÍDICA DA ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

### Editora Responsável

**Mylene Comploier**, Doutora em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Assessora da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

### Editora Adjunta

**Ticiane Lorena Natale**, Mestre e Doutoranda em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e Servidora Pública do Ministério Público do Estado de São Paulo.

### Coordenador Editorial

**José Roberto Fumach Junior**, Mestre pela Université Panthéon-Assas, Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), Assessor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

### Conselho Editorial

**Alexandre Rocha Almeida de Moraes**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), da Faculdade Damásio de Jesus (SP) e das Faculdades Toledo de Ensino (Presidente Prudente-SP); **Antonio André David Medeiros**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMS); **Antonio Carlos Da Ponte**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Universidade Santa Cecília (UNISANTA); **Antonio Sérgio Cordeiro Piedade**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da

Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT), Promotor de Justiça do Ministério Público do Mato Grosso (MP-MT); **Bernadette Aubert**, Doutora pela Université de Poitiers (França), Professora da Université de Poitiers (França); **Michel Danti-Juan**, Doutor pela Université de Poitiers (França), Professor da Université de Poitiers (França); **Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto**, Doutor pela Universidade de Lisboa (Portugal), Professor da Universidade de Lisboa (Portugal); **Eduardo Augusto Salomão Cambi**, Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e Universidade Paranaense (UNIPAR); **Fernando de Brito Alves**, Doutor pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-SP), Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR) e das Faculdades Integradas de Durinhos (FID-SP); **Emerson Garcia**, Doutor pela Universidade de Lisboa, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro; **Fernando Reverendo Vidal Akaoui**, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor e Coordenador Pedagógico da Universidade Santa Cecília (UNI-SANTA), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo; **Gilberto Giacóia**, Doutor pela Universidade de São Paulo (USP), Professor da Universidade Estadual do Paraná (UENP-PR) e Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná (MP-PR); **Gregório Assagra de Almeida**, Pós-Doutor pela Syracuse University, New York, Estados Unidos, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais; **Hermes Zaneti Junior**, Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Torino, Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo e Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); **Jean Pradel**, Doutor pela Université de Montpellier (França), Professor da Université de Poitiers (França); **Luiz Fernando Kazmierczak**, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR); **Maria Teresa Giménez Candela**, Doutora pela Universidade de Navarra (Espanha), Professora da Universitat Autònoma de Barcelona (Espanha); **Pedro Henrique Demercian**, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP); **Samuel Rodriguez Ferrandéz**, Doutor pela Universidad Miguel Hernández de Elche e Professor da Universidad de Murcia (Espanha).

## **Pareceristas**

**Adrielle Betina Inácio Oliveira**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Alberto Camiña Moreira**, Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica

de São Paulo (PUC-SP); **Aline Antunes Gomes**, Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ - RS), Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí - SC); **Ana Lúcia Menezes Vieira**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Américo Bedê Freire Júnior**, Faculdade de Direito de Vitória (FDV), Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Doutor pela Faculdade de Direito de Vitória; **Ana Maria de Carvalho**, Ministério Público do Estado de Goiás (MP-GO), Mestre pela Universidade Federal de Goiás (UFG); **Ana Paula Marques Andrade**, Universidade do Estado de Mato Grosso (UNE- MAT), Mestre pela Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT); **André Luiz Pereira Spinieli**, Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Universidade Cândido Mendes (RJ), Mestre pela Universidade Estadual Paulista (UNESP); **Angelita Woltmann**, Universidade Franciscana (UFN-RS), Doutora pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); ); **Antonio Remédio**, Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Antonio Sergio Cordeiro Piedade**, Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT), Ministério Público do Mato Grosso (MP-MT), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Armando Albuquerque de Oliveira**, Centro Universitário João Pessoa (UNI- PÊ-PB), Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); **Arthur Antonio Tavares Moreira Barbosa**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; **Augusto Eduardo de Souza Rossini**, Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP), Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DPN-MJ), Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Bruno Baldinoti**, Centro Universitário Eurípides Soares de Marília (UNIVEM-SP), Mestre pelo Centro Universitário Eurípides Soares de Marília (UNIVEM-SP); **Carlos Alberto Pereira Leitão Junior**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Universidade de São Paulo (USP), Mestre pela Universidade de São Paulo (USP); **Celso Hiroshi Iocohama**, Universidade Paranaense (UNIPAR), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Cláudio José Langroiva Pereira**, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Clayton Gomes de Medeiros**, Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR), Mestre pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR); **Cristiano Pereira Moraes Garcia**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Faculdades de Atibaia, Faculdades de Campinas e Universidade São Francisco (USF), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Daniel Albuquerque de Abreu**, Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP-DF); Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG); **Daniela Regina Pellin**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS), Mestre pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Daniele Galvão de Sousa Santos**, Universidade de Coimbra (Portugal), Mestre pela Universidade Federal de Mato Grosso

(UFMT); **Denise Tatiane Girardon dos Santos**, Universidade de Cruz Alta (UNICRUZ-RS) e Faculdades Integradas Machados de Assis (FEMA-RS), Doutora pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Denison Melo de Aguiar**, Universidade do Estado do Amazonas (UEA-AM), Mestre pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA-AM); **Dulcely Silva Franco**, Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT), Mestre pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT); **Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann**, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Doutora pela Universidade Gama Filho; **Eduardo Augusto Salomão Cambi**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Universidade Paranaense (UNIPAR), Ministério Público do Estado do Paraná, Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); **Elizete Alves**, Centro Universitário Municipal de São José (USJ), Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Emerson Garcia**, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP-RJ), Doutor pela Universidade de Lisboa; **Fabiana Leonardi Campanella**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Felipe Barcarollo**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS), Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Felipe Chiarello de Souza Pinto**, Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP), Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP); **Fernando de Brito Alves**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR) e Faculdades Integradas de Ourinhos (FIO-SP), Doutor pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-SP); **Flávio Cardoso Pereira**, Escola Superior do Ministério Público do Estado de Goiás, Doutor pela Universidad de Salamanca (Espanha); **Flávio Eduardo Turessi**, Ministério Público de São Paulo e Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP); **Francieli Korquievicz Morbini**, Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR), Mestre pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR); **Frederico Eduardo Zenedin Glitz**, UniCuritiba (PR), Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); **Giácomo Tenório Farias**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC-RS); **Gianfranco Silva Caruso**, Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL-SP), Mestre pelo Centro Universitário Salesiano São Paulo (UNISAL-SP); **Gilberto Giacóia**, Universidade Estadual do Paraná (UENP-PR), Ministério Público do Estado do Paraná (MP-PR), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Gregório Almeida**, Ministério Público de Minas Gerais (MP-MG), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Gustavo Henrique de Andrade Cordeiro**, Centro Universitário Eurípides Soares de Marília (UNIVEM-SP), Mestre pelo Centro Universitário Eurípides Soares de Marília (UNIVEM-SP); **Jaceguara Dantas da Silva Passos**, Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul (MP-MS), Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Jacson Luiz Zilio**, Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC), Universidad de San Carlos de Guatemala, Ministério Público do Estado do Paraná (MP-PR), Doutor pela Universidade Pablo de Olavide (Espanha); **Jorge Renato dos Reis**, Universidade de Santa Cruz do Sul, Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos; **Karine**

**Grassi**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Universidade de Caxias do Sul (UCS-RS); **Luis Fernando de Moraes Manzano**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP) e Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Luiz Eduardo Dias Cardoso**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Luiz Fernando Kazmierczak**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro**, Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MP-MG), Escola Superior Dom Helder Câmara (ES-DHC-MG), Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais; **Lyza Anzanello de Azevedo**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Maria Angélica Albuquerque Moura de Oliveira**, Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN), Mestre pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB); **Maria Áurea Cecato**, Universidade Federal da Paraíba, Doutora pela Université de Paris II Panthéon-Assas; **Mariângela Tomé Lopes**, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Universidade São Judas Tadeu e Universidade Anhembi Morumbi, Doutora pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Marina Demaria Venâncio**, Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (Itália), Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Márcio Augusto Friggi De Carvalho**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Mário Sérgio Sobrinho**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Mônica Aguiar Silva**, Universidade Federal da Bahia (UFBA), Doutora pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); **Natanael Dantas Soares**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA - AM); **Neuro José Zambam**, Faculdade Metodista do Passo Fundo (RS), Faculdade Meridional - IMED, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; **Noa Piatã Bassfeld Gnata**, Universidade Federal do Paraná (UFPR), Doutor pela Universidade de São Paulo; **Octavio Luiz Motta Ferraz**, Warwick University (Reino Unido), Doutor em Direito pela University College London; **Orides Mezzaroba**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Paulo Ricardo Schier**, Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil - PR), Doutor pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); **Paulo Roberto Ribeiro Nalin**, Universidade Federal do Paraná, Doutor pela Universidade Federal do Paraná; **Rafael de Oliveira Costa**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); **Rafael Salatini Almeida**, Universidade Estadual Paulista (UNESP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Reinaldo Denis Viana Barbosa**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Renato de Sousa Marques Graveiro**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); **Renee do Ó Souza**, Ministério Público do Mato Grosso (MP-MS), Mestre pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB); **Reynaldo Mapelli Júnior**, Ministério

Público de São Paulo (MPSP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Ricardo Andrade Saadi**, Polícia Federal (PF-DF), Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; **Roberta Pappen da Silva**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS), Mestre pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS); **Roberto Barbosa Alves**, Ministério Público de São Paulo, Doutor pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha); **Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo**, Fundação Getúlio Vargas, Doutor pela Universidade de São Paulo; **Rodrigo Alessandro Sartoti**, Sociedade Educacional de Santa Catarina (UniSociesc-SC), Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); **Rodrigo Bertolozzi Maluf**, Universidade de São Paulo (USP), Mestre pela Universidade de São Paulo (USP); **Rodrigo de Andrade Figaro Caldeira**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Mestre pela Universidade de São Paulo (USP); **Samyra Haydêe Dal Farra Napolini**, Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP), Universidade de Marília (UNIMAR-SP), Faculdade de Direito de Sorocaba (FADI-SP), Doutora pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Sérgio Pereira Braga**, Universidade Nove de Julho (UNINOVE), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Silas Silva Santos**, Unoeste (SP), Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Tailson Pires Costa**, Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, Universidade Metropolitana de Santos e Universidade Católica de Santos, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP); **Tania Alves Martins**, Universidade de Itaúna (MG), Mestre pela Universidade de Itaúna; **Tatiane Gonçalves Mendes Faria**, Fundação Universidade de Itaúna (FUIT-MG), Mestre pela Fundação Universidade de Itaúna (FUIT-MG); **Tiago Cintra Essado**, Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Universidade de São Paulo (USP); **Valter Foletto Santin**, Fundação Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso (MT), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR); **Volnei Rosalen**, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Mestre pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP); **Vladimir Brega Filho**, Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP-PR), Ministério Público de São Paulo (MP-SP), Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; **Wilson Engelmann**, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - RS), Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - RS).

# CENTRO DE ESTUDOS E APERFEIÇOAMENTO FUNCIONAL ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO

## **Diretor**

Paulo Sérgio de Oliveira e Costa

## **Assessores/as**

José Roberto Fumach Junior  
Mirella de Carvalho Bauzys Monteiro  
Mylene Comploier  
Zenon Lotufo Tertius

## **Coordenação Editorial**

José Roberto Fumach Junior

## **Editoras**

**Editora Responsável** – Mylene Comploier

**Editora Adjunta** – Ticiane Lorena Natale

## **Revisão Ortográfica**

Renato de Souza Marques Graveiro  
Ticiane Lorena Natale

## **Diagramação**

Ticiane Lorena Natale

## **Arte**

Mariana de Paula Fioux Silva  
Ticiane Lorena Natale

## **Capa**

Cintya Eimy Kato

# SUMÁRIO *TABLE OF CONTENTS*

**LINHA EDITORIAL / EDITORIAL LINE**.....15

## **APRESENTAÇÃO / PRESENTATION**

Paulo Sérgio de Oliveira e Costa, Mylene Comploier e Ticiane Lorena Natale ..... 17

## **ARTIGOS / ARTICLES**

### **PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES**

*STRUCTURAL COLLECTIVE PROCESS IN PRACTICE AND GOVERNMENTAL HOUSING SERVICES FOR CHILDREN AND ADOLESCENTS*

Marcus Aurélio de Freitas Barros .....20

### **RETROCESSO SOCIAL NA DISPONIBILIZAÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL** *THE SOCIAL BACKGROUND IN THE DISTRIBUTION OF VACCINES AGAINST COVID-19 IN BRAZIL*

Motauri Ciocchetti de Souza, Ana Beatriz Ribeiro David Valery Mirra ..... 53

### **A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL**

*THE PROTECTION OF THE ATLANTIC FOREST AND THE PRINCIPLE OF NON-REGRESSION IN ENVIRONMENTAL LAW*

Marcelo Augusto Santana de Melo e Tainara Gomes Penedo ..... 87

### **O DIREITO DE FILHOS ADOTADOS CONHECEREM SUA ORIGEM BIOLÓGICA** *THE RIGHT OF ADOPTED CHILDREN TO KNOW THEIR BIOLOGICAL ORIGINS*

Mirella de Carvalho Bauzys Monteiro, Aline Arroxelas Galvão de Lima, Pedro de Mello Florentino ..... 122

**UM ENSAIO SOBRE O PODER NA MODERNIDADE: ANÁLISE SOBRE A LÓGICA CLASSISTA DO DIREITO À LUZ DE DIÁLOGOS PRESENTES NA OBRA - O PROCESSO - DE FRANZ KAFKA**

*AN ESSAY ABOUT MODERNITY POWER: ANALYZE ABOUT CLASSIST LOGIC FROM LAW BASED IN DIALOGUE FROM LITERARY WORK - THE PROCESS - OF FRANZ KAFKA*

Tiago de Souza Fuzari .....146

**OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA "MINHA CASA MINHA VIDA"**

*THE CHALLENGES TO ACCOMPLISH THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING IN THE PROGRAM "MINHA CASA MINHA VIDA"*

Thamyris Gabrielle Loureiro de Sousa e Silva e Fernando Ferreira dos Santos.....176

**O PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO: A EDIÇÃO DO DNA E SUAS IMPLICAÇÕES BIOÉTIICAS E LEGAIS**

*THE HUMAN GENETIC HERITAGE: DNA EDITING AND ITS BIOETHICAL AND LEGAL IMPLICATIONS*

Eudes Quintino de Oliveira.....214

## LINHA EDITORIAL

### *EDITORIAL LINE*

A Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo está aberta às mais variadas abordagens teóricas e metodológicas, priorizando textos interdisciplinares e análises críticas. Os artigos científicos devem tratar, de forma crítica, assuntos que, de preferência, abordem o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito; porém a Revista espera a participação de toda a comunidade acadêmica, não se restringindo a ser um veículo de comunicação apenas do Ministério Público.

No sentido de fomentar o aprofundamento das pesquisas nas linhas e teses do Ministério Público, a Revista busca abordar os seguintes temas, centralmente:

- I. Ministério Público: dirigida ao debate de temas institucionais, visa principalmente a pesquisar e refletir sobre o papel do Ministério Público no Estado Democrático de Direito.
- II. Ciências Criminais: tema que prevalece na atuação do Ministério Público, nesta linha pretende-se abordá-lo a partir do pluralismo de teorias que reflitam sobre o Direito e o Processo Penal, a Dogmática Penal e a Política Criminal.
- III. Tutelas Coletivas e Difusas: tema relevante na sociedade brasileira atual, merece espaço específico na Revista para o aprofundamento das questões relativas aos interesses transindividuais, difusos e coletivos.
- IV. Temas Interdisciplinares: não se esgotando nos temas penais, a Revista também possui essa seção que será dedicada a vários temas jurídicos, abordados inter e multidisciplinarmente, trazendo o enfoque da sociologia, teoria geral, história e ciências penais para o jurídico, bem como o das outras ciências jurídicas para o penal.

O aceite dos artigos restringir-se-á a aqueles oriundos de Mestres (titulação mínima), sendo que a contribuição de mestrandos e pesquisadores em geral será muito bem-vinda desde que em coautoria com um Mestre. Também se exige o ineditismo do artigo e o cumprimento das regras da ABNT adotadas pela Revista, sendo que as mesmas se encontram especificadas nas Diretrizes para os Autores.

## APRESENTAÇÃO

Enfim, chegamos ao número 20 da RJESMPSP! É com gratidão que publicamos esta edição, especialmente aos autores que prezam pela honestidade intelectual e ao conjunto dos pareceristas, sempre ciosos da seriedade dos artigos. De fato, se conhecimento é poder, o predicado da responsabilidade é fundamental não só em uma revista científica, mas em qualquer veículo de comunicação tendo em vista a quantidade de informações distorcidas ou sem base factual e teórica, além da desinformação trazida pelas *fake news* – tudo aquilo que limita ou evita a disseminação do conhecimento sério objetivamente adere a um projeto obscurantista de sociedade e, por consequência, autoritário.

Assim, ao longo de todos os seus volumes, ficou evidente para nós que esta publicação, bem como as demais publicações doutrinárias e informativas do Ministério Público do Estado de São Paulo, são instrumentos a serviço de pesquisadores(as) e operadores(as) do direito de todo o país (e até além de suas fronteiras!), pois se pautam em trazer conhecimento jurídico e reflexões críticas de forma séria e acessível no meio digital.

Este nosso novo número, como se vê em seu Sumário, está permeado da preocupação com a concretização dos direitos sociais, como fica expresso já nos seus dois primeiros artigos, “Processo coletivo estrutural na prática e os serviços de acolhimento para crianças e adolescentes” de Marcus Aurélio de Freitas Barros; e “Retrocesso social na disponibilização de vacinas contra a COVID-19 no Brasil” de Motauri Ciocchetti de Souza e Ana Beatriz Ribeiro David Valery Mirra, artigo esse escolhido como convidado, devido à importância do tema na – ainda em curso – pandemia global de coronavírus.

Adiante, contamos com a pesquisa “A proteção da Mata Atlântica e o princípio da proibição do retrocesso ambiental” de

Marcelo Augusto Santana de Melo e Tainara Gomes Penedo, contribuindo para o reforço da defesa jurídica desse bioma que é um dos mais ameaçados do país.

Em “Os desafios para a concretização do direito à moradia no âmbito do Programa ‘Minha Casa Minha Vida’” de Thamyris Gabrielle Loureiro de Sousa e Silva e de Fernando Ferreira dos Santos apresenta reflexões sobre esse programa habitacional aparentemente extinto, mas que tem influência central no programa federal contemporâneo, o que reforça a relevância da pesquisa.

Já na pesquisa “O direito de filhos adotados conhecerem sua origem biológica”, Mirella de Carvalho Bauzys Monteiro, Aline Arroxelas Galvão de Lima e Pedro de Mello Florentino explicitam o direito fundamental ao conhecimento da ascendência genética.

Este número se completa com duas pesquisas exploratórias de temas de grande discussão na atualidade: o primeiro reflete sobre o reforço do direito para a permanência da desigualdade social em “Um ensaio sobre o poder na Modernidade: análise sobre a lógica classista do Direito à luz de diálogos presentes na obra – O Processo – de Franz Kafka” de Tiago de Souza Fuzari; e em “O Patrimônio Genético Humano: A Edição do DNA e suas Implicações Bioéticas e Legais”, Eudes Quintino de Oliveira aborda o biodireito e as polêmicas em torno do avanço científico e seus impactos para os direitos humanos.

Desejamos a todas e todos uma boa leitura!

**Paulo Sérgio de Oliveira e Costa**

Diretor da Escola Superior do Ministério Público

**Mylene Comploier**

Editora Responsável

**Ticiane Lorena Natale**

Editora Adjunta



**PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS  
SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E  
ADOLESCENTES**

*STRUCTURAL COLLECTIVE PROCESS IN PRACTICE AND  
GOVERNMENTAL HOUSING SERVICES FOR CHILDREN AND  
ADOLESCENTS*

**MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS**

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2006). Doutorando pela Universidad del Paes Vasco/ES. Professor Adjunto II da UFRN. Professor das Pós-graduações da UFRN, Uni-RN, UnP e Esmarn. Promotor de Justiça de Terceira Entrância do Ministério Público Rio Grande do Norte. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Presidente do Colégio de Diretores e Centros de Aperfeiçoamento Funcional dos Ministérios Públicos do Brasil - CDEMP.

## RESUMO

Tendo como pano de fundo o estudo analítico de casos concretos, o presente trabalho tem por objetivo focar o processo coletivo estrutural e a negociação como meios aptos a permitir resultados sociais concretos diante da necessidade de reestruturação ou expansão dos serviços municipais de acolhimento para crianças e adolescentes no âmbito do Sistema Único de Assistência Social (SUAS).

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais; Processo coletivo estrutural; SUAS; Serviços de acolhimento institucional; Negociação.

## ABSTRACT

Against the background of the analytical study of concrete cases, the present work aims to focus on the collective structural process and negotiation as ways capable of allowing concrete social results in the face of the need to restructure or expand the governmental housing services for children and adolescents within the scope of the Unified Social Assistance System (USAS).

**Keywords:** Fundamental rights; Structural collective process; USAS; Governmental housing services; Negotiation.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Um olhar sobre demandas coletivas que envolvem a reestruturação de serviços de acolhimento institucional. 2.1. O problema da naturalização do excesso de prazo de acolhimento institucional (REsp 1.854.842/CE). 2.2. A pretensão coletiva de expansão dos serviços de acolhimento institucional (Proc. nº 0000257-66.2013.0001 da 1ª Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro). 3. Os problemas estruturais à luz do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). 4. A dinâmica do processo coletivo estrutural em cinco passos. 5. Conclusão. 6. Referências.

# PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS

## 1 INTRODUÇÃO

Merece atenta reflexão a importante e bastante citada advertência da educadora de crianças americana Pam Leo (2007): “*Criemos niños que no tengan que recuperarse de sus infancias*”.<sup>1</sup> Tal frase nos convida a pensar a importância do afeto e dos laços familiares e comunitários na infância, enfim, o valor do direito fundamental à convivência familiar e comunitária, notadamente diante de casos mais complexos onde é necessário se valer de serviços de acolhimento estatal, mobilizar a proteção social de alta complexidade no âmbito do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), em razão de tais crianças e adolescentes terem sido abandonados ou precisarem ser retirados de suas bases familiares.

Tal qual as famílias, o Estado tem um papel de realce a desempenhar para que seus cidadãos, por viverem em situação de mais absoluta falta de afeto na infância, não precisem se recuperar de uma primeira infância mal vivida, o que gera, sem sombra de dúvidas, danos para a estruturação da personalidade de pessoas em desenvolvimento, muito difíceis de serem superados ou que deixarão marcas indeléveis.

Do ponto de vista legislativo, a Constituição Federal (art. 227), o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (arts. 19 e ss.) e o marco legal da primeira infância (Lei nº 13.257/2016) são ótimas referências no sentido de que a efetivação de tal direito exige que se estruture toda uma política de atendimento, o que indica que não é suficiente lei: é preciso uma organização do Estado, através da implementação de políticas públicas.

---

<sup>1</sup> Para maiores informações sobre o trabalho da citada autora americana, conferir Leo (2007).

No Brasil, em grande medida, muitas políticas públicas necessárias à efetivação de direitos fundamentais já estão devidamente reguladas, permanecendo, contudo, o enorme desafio de torná-las realidade concreta: tirá-las do papel.

É o que acontece com as políticas socioassistenciais relativas ao direito à proteção social (assistência social), que estão devidamente organizadas por meio do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). No que se refere aos serviços de proteção social de alta complexidade, que é o que mais nos interessa, há previsão expressa de importantes serviços a serem prestados para crianças e adolescentes em situação de violação de direitos e sem referência familiar: os serviços de acolhimento institucional e em família acolhedora.

Infelizmente, existe um verdadeiro abismo entre a regulação da política pública socioassistencial e a estruturação e qualificação dos serviços públicos nessa área na prática da atuação executiva brasileira. Para se ter uma ideia, o serviço de acolhimento em família acolhedora ainda está longe de ser realidade no Brasil. Há estimativas de que apenas 5% (cinco por cento) das crianças acolhidas estão em situação de acolhimento familiar, diferente de outros países, em que esse índice chega a 50% (cinquenta por cento) (LIMA, 2019). Vive-se, portanto, hoje, o desafio de estruturar os serviços de acolhimento em família acolhedora.

Quanto aos serviços de acolhimento institucional, apesar de todos os estudos que chamam a atenção para os males da institucionalização por tempo excessivo, não é incomum que crianças e adolescentes passem todos esses estágios de seu desenvolvimento (infância e adolescência) institucionalizados, o que também indica a necessidade de aprofundar o tema na direção de um trabalho de reestruturação da forma de funcionamento dos serviços de acolhimento institucional no Brasil.

Parece sintomático que existam notórios problemas estruturais associados à forma como são executados os serviços de acolhimento de crianças e adolescentes

## **PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS**

no Brasil. Não se pode, por outro lado, perder de vista que problemas estruturais são um dado da realidade, uma imposição da prática, são inexoráveis e estão a desafiar o sistema de justiça pátrio, que precisa encontrar alternativas para interferir de modo construtivo na forma de funcionamento desses serviços, gerando impactos sociais significativos e fazendo cumprir a legislação específica que disciplina como tais serviços devem funcionar.

O presente trabalho, com o olhar em dois julgados emblemáticos sobre os serviços de acolhimento no Brasil e que servirão de ponto de partida para as reflexões, tem como objetivo, a partir da prática de processos coletivos estruturais, identificar caminhos para se alcançar a (re)estruturação de serviços de acolhimento de crianças e adolescentes, o que significa também contribuir para a implementação da política de assistência social no âmbito do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) brasileiro.

Dois questionamentos serão a base do presente trabalho: a) quais passos devem ser seguidos para, pela via do processo coletivo, (re)estruturar serviços socioassistenciais inadequados? b) qual o papel da negociação para a solução do problema estrutural?

Para alcançar os objetivos propostos, o trabalho começa por investigar os meandros de dois julgados emblemáticos, um do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e outro da Justiça Estadual do Rio de Janeiro, e, a partir das lições colhidas da prática, compreender a dinâmica do SUAS, a fim de atingir o objetivo central: identificar cinco passos para se conduzir processos coletivos estruturais no Brasil, com ênfase na solução negociada de problemas estruturais, de modo a alcançar resultados sociais significativos.

A metodologia utilizada é a da pesquisa jurisprudencial e bibliográfica para, com esteio na doutrina nacional e estrangeira, enfrentar os temas propostos.

Necessário, pois, sair da prática para a teoria, pois o tema dos processos estruturais é um dos que a teoria aprende muito mais com a prática do que o contrário.

## **2 UM OLHAR SOBRE DEMANDAS COLETIVAS QUE ENVOLVEM A REESTRUTURAÇÃO DE SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL**

A área da proteção de direitos de crianças e adolescentes é um excelente laboratório para o desenvolvimento da temática dos processos (ou procedimentos extrajudiciais) coletivos estruturais, pois é um campo fértil, no Brasil, para a identificação de problemas estruturais, que exigem medidas de alteração institucional voltadas à (re)estruturação do funcionamento de importantes estruturas ou políticas públicas. É exatamente o que ocorre com os serviços municipais de acolhimento institucional e em família acolhedora.

É sintomático que, na própria estruturação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), exista, no livro I, uma parte geral que elenca um amplo rol de direitos fundamentais voltados para a proteção dos infantes (arts. 1º a 85) e, na sequência, um livro II, que trata da parte especial e inicia com a necessidade de se criar uma política de atendimento (art. 86 e ss.). A mensagem é muito clara: a proteção dos direitos de crianças e adolescentes não prescinde de políticas públicas, de uma rede de proteção, de uma organização estatal, enfim, de uma bem estruturada política de atendimento.

A Resolução 113/2006 – CONANDA, por sua vez, trata da construção de um sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente (SGD), que, no eixo “promoção de direitos”, impõe um trabalho articulado, de forma que vários sistemas precisam funcionar (SUS, SUAS, SINASE, Sistema Educacional, Sistema de Justiça e Segurança Pública etc.).

## **PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS**

No presente trabalho, será colocado em evidência o funcionamento do SUAS, mais especificamente seus serviços de acolhimento de crianças e adolescentes que, como visto de relance acima, costumam não estar estruturados ou precisam ser reformulados, uma vez que são facilmente identificáveis problemas estruturais que não são fáceis de remediar.

Para enfrentar essa grave problemática, mister partir de dois julgados, um do Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>2</sup> e outro da Justiça Estadual do Rio de Janeiro, que podem iluminar nossas reflexões.

### **2.1 O problema da naturalização do excesso de prazo de acolhimento institucional (Resp 1.854.842/CE)**

Em 02 de junho de 2020, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) produziu importante julgado que toca em dois temas sensíveis para o estudioso do direito na atualidade: o processo coletivo estrutural e o controle judicial de políticas públicas diante de disputas de altíssima complexidade e conflituosidade.<sup>3</sup>

O acórdão que se traz à baila, proferido pela Terceira Turma do STJ, no REsp nº 1.854.842/CE, relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em 02.06.2020, DJe de 04.06.2020, merece o realce e a atenção devidos, pois toca de frente e de modo explícito no tormentoso problema dos litígios estruturais, tendo relação direta e inescindível com os serviços de acolhimento de âmbito municipal.

O objeto litigioso, como se colhe das 10 (dez) ações civis públicas, voltadas a atender situações individuais de crianças e adolescentes específicas E ajuizadas pelo Ministério Público do Ceará em face do Município de Fortaleza, reunidas para

---

<sup>2</sup> Para maiores informações sobre esse julgado, conferir Barros, 2020c.

<sup>3</sup> Trata-se do segundo julgado da Corte Superior sobre o processo estrutural. O primeiro foi: STJ – Segunda Turma, REsp 1.173.412/SP, Rel. Min. Og Fernandes, j. de 17.09.2019, DJe de 20.09.2019.

juízo conjunto por conexão, pode parecer, para um leitor mais apressado ou menos avisado, até um tanto singelo, pois trata de um pedido de aplicação direta de uma norma-regra com uma cláusula de abertura para situações excepcionais. Trata-se, na verdade, de um ledô engano, pois o problema do acolhimento, como se verá, é mais complexo e conflituoso.

O debate nas ações coletivas envolve a “simples” aplicação da atual redação do art. 19, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que é peremptório ao preceituar que a permanência de criança ou adolescente em programa de acolhimento institucional não poderá se prolongar por mais de 18 (dezoito) meses, ressalvados casos excepcionais de comprovada necessidade de superação desse teto, o que exige observância do interesse superior dos acolhidos e a devida fundamentação do juízo da infância e juventude.

Os pedidos deduzidos foram voltados para o encaminhamento imediato das crianças e/ou adolescentes para programa de acolhimento familiar, bem como reparação por danos morais pela institucionalização por período excessivo (superior ao teto legal).

Por detrás desse julgado, contudo, como foi percebido no julgamento, existe um grave problema de funcionamento da política pública de assistência social no Município de Fortaleza, que, indiscutivelmente, se estende à grande maioria dos municípios do Brasil, que precisará de um trabalho muito amplo e complexo para sua solução, diante de existir, na prática, uma situação de desconformidade sistêmica que precisa de alteração.

O problema é tão complexo que, no primeiro grau de jurisdição e no Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, ao argumento de que o problema era mais amplo e a responsabilidade não se circunscrevia ao Município de Fortaleza/CE, o Judiciário buscou se esquivar de enfrentar o grave problema, optando por promover

## **PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS**

o julgamento liminar de improcedência e o julgamento antecipado de mérito, a depender do estágio processual das ações civis públicas.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, no julgado ora analisado, deixou claro que, embora envolvendo problema complexo, o sistema de justiça não poderia deixar de enfrentar o tormentoso litígio, impondo o dever de, ainda que sem um aparato legal adequado, dar um tratamento estrutural ao problema pela via processual.

Não se pode olvidar, contudo, que o julgado, embora importante, limitou-se ao aspecto processual, anulando o processo desde a citação, tendo em vista a impossibilidade jurídica do julgamento liminar de improcedência e do julgamento antecipado de mérito, impondo um tratamento processual estrutural ao problema.

A dinâmica procedimental e a tutela de reestruturação ficarão, naturalmente, a cargo do juízo de piso. O que deve o sistema de justiça infanto-juvenil cearense fazer ao se deparar, na prática, com a necessidade de movimentar processo tão complexo?

Enfim, merece aceso debate a investigação do que o juízo da infância de juventude da comarca de Fortaleza/CE deve fazer quando tiver que, seguindo o acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), viabilizar um processo coletivo estrutural que tem por objeto enfrentar as falhas estruturais na dinâmica dos acolhimentos, familiar e institucional, de crianças e adolescentes no contexto do direito à convivência familiar.

Eis, portanto, o caso que merece ser debatido e TER apresentadas soluções práticas para o tratamento processual do problema estrutural. Embora importante, ainda há um longo caminho pela frente para a solução efetiva do litígio estrutural. É preciso, portanto, que se lance luzes que permitam indicar um caminho seguro para o sistema de justiça seguir e alcançar resultados sociais relevantes em processos desse jaez.

Antes de enfrentar a questão de fundo, mister ter em mente outro julgado sobre a temática do acolhimento institucional, que pode ajudar a conduzir as reflexões e permitir um exame mais prático do problema.

## **2.2 A pretensão coletiva de expansão dos serviços de acolhimento institucional (proc. nº 0000257-66.2013.0001 da 1ª Vara Da Infância E Juventude Do Rio De Janeiro)**

O segundo caso emblemático a ser referenciado é uma sentença da 1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca do Rio de Janeiro, que julgou duas ações civis públicas conexas que tratavam da temática do acolhimento institucional.

A primeira ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público em face do Município do Rio de Janeiro, no ano de 2013, envolvia pedido específico de expansão dos serviços de acolhimento institucional (criação de 258 vagas distribuídas em todas as regiões do município), uma vez que as entidades de acolhimento de crianças e adolescentes, governamentais e não-governamentais, têm se mostrado insuficientes e apresentado problemas de superlotação e inadequações que findam por comprometer a qualidade do atendimento e violam direitos.

A sentença de primeiro grau foi anulada pelo Tribunal de Justiça, em razão de ser necessário o julgamento conjunto com outra ação civil pública, de 2015, da Defensoria Pública, sobre o mesmo tema, a qual restou, na nova sentença, extinta por continência.

O interessante deste processo coletivo é que, com o retorno dos autos para o primeiro grau, foi percebida a necessidade de oferecer tratamento estrutural e solução dentro da lógica dos processos estruturais.

Sem fazer alusão à criação de 258 vagas, como foi postulado a partir da realidade que existia em 2013, já em 06 de outubro de 2020 a nova sentença

## **PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS**

determinou que o Município do Rio de Janeiro apresentasse: a) relatório diagnóstico do problema; b) um planejamento de reordenamento e expansão dos serviços de acolhimento institucional; e, c) a previsão orçamentária para 2020 e 2021, além da indicação das despesas que foram objeto de execução na Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2020.

Percebe-se, portanto, que ainda está presente um grande desafio, que nasce de uma necessidade de diálogo institucional na fase de cumprimento da sentença, a fim de que se possa acompanhar a efetiva implantação de um bom plano de reestruturação dos serviços de acolhimento institucional para crianças e adolescentes no município fluminense.

Diante de todo o exposto, é valioso colocar alguns pontos polêmicos dos importantes julgados em destaque, merecendo atenção uma compreensão mais profunda do problema estrutural (estruturas inadequadas de acolhimento) e seus reflexos nas políticas públicas municipais de assistência social (visão teórica), bem como identificar que caminhos seguir nos processos coletivos estruturais citados (visão prática), de forma a orientar tanto a fase de conhecimento como a de cumprimento da sentença, o que se fará a partir das próximas linhas.

### **3 O PROBLEMA ESTRUTURAL À LUZ DO SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL (SUAS)**

A grande verdade é que as disputas judiciais que serviram de base ao acórdão e sentença comentados evidenciam falhas estruturais no próprio funcionamento do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) no Município de Fortaleza e Rio de Janeiro, uma vez que é preciso avançar no programa de acolhimento familiar, além de, para re(estruturar) o acolhimento institucional, ser necessário um trabalho coordenado dos envolvidos com todo o fluxo do

acolhimento institucional, de modo a superar as falhas e a naturalização da institucionalização excessiva, o que viola o direito básico à convivência familiar.

A constatação do problema não é difícil. O detalhe importante, contudo, é perceber que se trata de um problema estrutural que, para sua solução, exige a investigação do litígio à luz da regulação do SUAS no Brasil. Trata-se, enfim, de um problema de (re)estruturação da política de assistência social.

O primeiro ponto a observar é que, em termos de normatização jurídica, o caso concreto envolve, de um lado, o direito à convivência familiar e comunitária,<sup>4</sup> previsto nos arts. 19 a 24 do ECA.

A proteção integral de crianças e adolescentes supõe a compreensão de que os laços familiares e comunitários são importantes bases para a estruturação da personalidade de pessoas em desenvolvimento. A convivência familiar é conceituada como um direito fundamental de toda pessoa humana de viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e de cuidado mútuos, configurando-se como um direito vital quando se tratar de pessoas em formação (crianças e adolescentes) (MACIEL, 2017, p. 151-152).

O grande detalhe é que referido direito, como tantos outros previstos pelo ECA, de outro lado, não se afirmam com a presença apenas da norma abstrata. Além da lei (ECA), faz-se mister uma política de atendimento, com ações envolvidas no âmbito das políticas públicas de assistência social (art. 87, I e II, do ECA).

A própria Lei nº 12.010/2009, que aperfeiçoou o direito à convivência familiar e sua sistemática, enfatizou a necessidade de implementação de políticas públicas

---

<sup>4</sup> Trata-se de direito protegido constitucionalmente, como se vê do art. 227 da CF/88: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à *convivência familiar e comunitária*, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (Grifos nossos).

## **PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS**

destinadas à orientação, apoio e promoção social da família de origem, restando claro que a prioridade é a manutenção do infante na família natural ou extensa, admitindo-se, somente se não for possível, a colocação em família substituta (art. 100, X, do ECA).

Inegável, ademais, os males da institucionalização por tempo prolongado e seus efeitos na (des)estruturação da personalidade do infante. A esse respeito, cumpre lembrar que, no Brasil, os acolhidos que excedem o tempo têm faixa etária entre 7 e 15 anos e a medida excepcional de segregação vem sendo imposta, muitas vezes, na contramão da medida mais desejável e que mais respeita o princípio da proteção integral, que é a reestruturação familiar (DOMINGOS, 2013, p. 258).

É preciso, portanto, entender como o Estado brasileiro se organizou para, através do SUAS, garantir os serviços de acolhimento institucional e os serviços de família acolhedora. A assistência social no Brasil, principalmente depois do advento da Lei nº 12.435/2011, que institui o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), supera os males do assistencialismo e se afirma como política de Estado voltada à garantia do direito à proteção social das pessoas que dela necessitarem.

Trata-se, portanto, de uma política institucionalizada,<sup>5</sup> que possui uma forte racionalidade, uma lógica de planejamento. Além disso, a política é obrigatória e despersonalizada, ou seja, independe da vontade da pessoa do governante de plantão. Trata-se de política pública juridicamente vinculante.

---

<sup>5</sup> Segundo já tive oportunidade de tecer explicações mais amiúde: “O SUAS já está suficientemente regulado. Não se pode esquecer, em momento algum, de que a Assistência Social foi afirmada como responsabilidade pública, em nível nacional, a partir da Constituição Federal de 1988 (arts. 203 e 204) e da Lei 8.742/1993 (Lei Orgânica da Assistência Social – Loas), e estruturada a partir da Política Nacional de Assistência Social (PNAS) de 2004 e da primeira Norma Operacional Básica do Sistema Único de Assistência Social (NOB/SUAS). Posteriormente, com a Lei 12.435/2011, o SUAS foi finalmente consagrado no plano legal, promovendo diversas alterações na LOAS, o que exigiu também a aprovação de uma nova NOB/SUAS” (BARROS, 2020, p. 462).

O SUAS é estabelecido como um sistema público não contributivo, fundado numa gestão descentralizada, compartilhada e participativa. Em relação aos seus serviços, a assistência social estrutura serviços de proteção social básica e de proteção social especial de média e alta complexidade. Os serviços de acolhimento, institucional e familiar, voltados para crianças e adolescentes, se localizam na proteção social de alta complexidade, que é prevista para os casos em que o indivíduo já se encontra sem referência familiar, ou mesmo necessita ser retirado do seu núcleo familiar (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2015, p. 256).

Existe, portanto, um sistema de proteção de direitos (SUAS) e toda uma organização do Estado para a implementação de políticas públicas de assistência social, que alcança os serviços de proteção social especial de alta complexidade.

Os casos concretos, contudo, evidenciam uma grave falha na prestação estatal dos serviços de acolhimento, pois, simplesmente, como é comum acontecer na grande maioria dos rincões do país, não fazem referência ou não indicam as falhas notáveis dos serviços de acolhimento familiar, de modo que a institucionalização passa a ser regra, não existindo, por outro lado, uma coordenação entre os atores da política e os atores judiciais (Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública), de modo que, cada um a seu tempo, agindo como ilhas, participam dos processos judiciais de acompanhamento dos acolhimentos sem muitas vezes perceber como seu trabalho impacta no funcionamento do sistema de proteção especial de alta complexidade e, por conseguinte, no excesso de prazo de institucionalização de crianças e adolescentes.

O que os julgados revelam, portanto, é a existência de um macroproblema que decorre de uma falha na estruturação do SUAS, que, na imensa maioria dos municípios, não se preocupa em pensar o problema da adequada expansão do acolhimento institucional (que sempre deve ser um serviço temporário, que respeite

## **PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS**

o teto de dezoito meses previsto no ECA), aliado à estruturação dos serviços de famílias acolhedoras.<sup>6</sup>

Quanto a estes últimos (serviços de família acolhedora), a marca registrada do acolhimento familiar é que a criança e o adolescente estarão sob os cuidados imediatos de uma família denominada família acolhedora, que é previamente cadastrada no respectivo programa. Trata-se de vocacionada função para a qual se exige preparo especial e desprendimento, com o intuito de oferecer o carinho e cuidados especiais ao assistido. Nesta medida protetiva, a criança e o adolescente não são recebidos como filhos, até porque não o são, tendo em vista que a situação instalada é provisória, existente tão somente para que, após determinado período, passada a situação de risco e suprido o déficit familiar, possam aquelas pessoas retornar ao seu grupo familiar de origem familiar (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2015, p. 145).

Os julgados revelam, portanto, a existência de graves problemas estruturais de difícil e complexa solução, em municípios diferentes, mas que se apresentam, ainda que muitas vezes invisibilizados, como triste realidade no Brasil.<sup>7</sup> Na feliz expressão de Didier Jr, Zaneti Jr. e Oliveira: “Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação) (DIDIER JR.; ZANETI JR.; OLIVEIRA, 2020, p. 49).

---

<sup>6</sup> O Serviço de Acolhimento em Família Acolhedora está inserido na Política Nacional de Assistência Social (PNAS, 2004), no Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PNFC, 2006) e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), alterado pela Lei 12.010/2009. Sua operacionalização está descrita nos documentos Orientações Técnicas: serviços de acolhimento para crianças e adolescentes (MDS, 2009) e Tipificação Nacional dos Serviços Socioassistenciais (MDS, 2009). (VALENTE, 2014, p. 290).

<sup>7</sup> Na verdade, não se há de negar que o funcionamento inadequado das instituições totais, como as unidades de acolhimento institucional são campo fértil para litígios estruturais. No mesmo sentido, Fiss (2008, p. 761).

A omissão quanto à estruturação ou avanços no programa de acolhimento familiar e a atuação isolada dos envolvidos com o acolhimento institucional e do sistema de justiça geraram uma situação consolidada, um estado amplo de desconformidade, cuja consequência mais evidente é a inadequação do serviço e o claro e constante desrespeito do prazo legal de institucionalização dos infantes. O excesso de prazo de acolhimento institucional tornou-se algo naturalizado no Brasil.

O problema estrutural (estado de desconformidade) se diferencia em face da causa do problema e de sua solução. O fato gerador do ilícito não é um ato isolado, mas sim o efetivo funcionamento de uma estrutura pública, sistema público ou política pública e a intervenção judicial, para uma solução adequada e construtiva, deve se pautar na necessidade de alcançar a ampla e positiva reestruturação do próprio funcionamento da política pública (BARROS, 2020a, p. 30). Exige-se, portanto, uma tutela de reestruturação.<sup>8</sup>

A amplitude do problema foi percebida pela relatora do acórdão do STJ (BRASIL, 2020), quando conclui que é preciso, a partir desses processos, que revelam as mais profundas e duras mazelas sociais e as mais sombrias faces dos excluídos, construir caminhos, pontes e soluções aptas a resolver o problema do acolhimento por período acima do máximo legal de todos os infantes de Fortaleza/CE, quiçá até mesmo fornecendo ao país um modelo eficiente de resolução desse sensível, importante e premente conflito.

Percebe-se, portanto, que os problemas estruturais são amplos, pois a efetiva solução do problema envolve, além da reestruturação da política pública no âmbito do Poder Executivo municipal, a revisão de todo o fluxo do acolhimento, o que depende de ações conjuntas de atores que atuam na retaguarda dos serviços e nos processos de acolhimento que tramitam no juízo da infância e juventude, tais

---

<sup>8</sup> Sobre a tutela de reestruturação como tutela do direito material, conferir Barros, (2021).

## **PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS**

como: Município, Estado (responsável pelo cofinanciamento da política), Ministério Público, Defensoria Pública, Poder Judiciário, entre outros, pois os tempos mortos no trâmite do processo nessas instituições, por exemplo, podem resultar no excesso de prazo de acolhimento institucional.

A solução a ser encontrada, portanto, deve partir de três premissas: a) a necessidade de que a solução observe as normas que regulam a política de assistência social, evitando decisões improvisadas, que desprestigiem a moldura normativa estabelecida no âmbito da democracia representativa; b) realização de um profícuo diálogo institucional com todos os órgãos que são partícipes da ampla garantia do direito à convivência familiar, encontrando soluções mais rentes à realidade dessas instituições e, portanto, exequíveis; c) garantir a participação de representantes de todos os grupos de interesses no processo, já que há grupos mais diretamente atingidos pelo problema, tais como: as crianças e adolescentes acolhidos, suas famílias em processo de restauração de vínculos familiares, os gestores, as equipes técnicas e os trabalhadores da proteção social especial de alta complexidade, entidades do terceiro setor envolvidas, os que possuem interface com os programas de colocação em família substituta etc.

Exige-se, portanto, que se corporifique um verdadeiro processo coletivo estrutural, devendo-se seguir alguns passos na prática, o que se pretende desenvolver com mais detalhes no ponto seguinte do presente trabalho.

### **4 A DINÂMICA DO PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL EM CINCO PASSOS**

De uma perspectiva mais prática, é possível pensar em cinco passos para lidar com um problema estrutural tão complexo na via processual: a) identificar, a partir do desenho da política, o problema estrutural; b) fazer um bom mapeamento do conflito e garantir a participação dos grupos atingidos; c) apostar num

procedimento flexível; d) focar num plano de (re)estruturação; e, e) negociar com qualidade e profissionalismo.

A grande verdade, é que, diante da crise social que se delineia, proveniente da necessidade de (re)estruturar uma política socioassistencial, ao menos no que se refere à proteção social de alta complexidade, é preciso apostar em soluções de conflitos sobre a eventual estruturação do SUAS de forma mais informal, com ampla participação dos grupos impactados pelo problema real, através de soluções que alcancem consensos emancipatórios sólidos, de forma mais horizontal, a partir de uma lógica ganha-ganha, de forma que se minimizem as dificuldades de implementação e se preserve o relacionamento para que se alcance êxito também em futuras negociações (BARROS, 2020b, p. 23-24).

Em termos gerais, poderiam ser elencadas duas sugestões: a) trabalhar a demanda como um problema estrutural, preocupando-se em fazer um adequado mapeamento do conflito e dos grupos mais diretamente atingidos, com foco nas causas do problema (causalidade estrutural); e, b) apostar em soluções negociadas e participativas, atuando o juiz, dentro da moldura normativa, como gestor de interesses dos grupos envolvidos, apostando em soluções flexíveis (decisões em cascata), num verdadeiro experimentalismo democrático na fase de implementação.

Uma pergunta, nessa linha de argumentação e numa perspectiva mais ampla e completa, se mostra pertinente: o que fazer na prática, que itinerário seguir para alcançar esses almejados consensos emancipatórios sólidos e, com isso, resolver mais adequadamente o descompasso entre o funcionamento atual do SUAS e as exigências concretas da política socioassistencial?

O primeiro passo, antes já anunciado, é, a partir do moldura normativa da política socioassistencial, verificar as verdadeiras causas do problema estrutural apresentado, que, muitas vezes, como se percebe facilmente, exige medidas mais profundas, amplas e graduais do que emitir simplesmente uma ordem genérica de

## **PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOlhIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS**

expansão de vagas de acolhimento institucional no Município do Rio de Janeiro ou encaminhamento de crianças e adolescentes para serviços de acolhimento familiar no Município de Fortaleza/CE, além de condenação em danos morais, como foram os pedidos originários expressados nas ações civis públicas que deram origem aos dois julgados.

Lembre-se que o problema estrutural decorre do modo como determinada estrutura (uma política pública, por exemplo) opera na sociedade, gerando determinadas consequências que se pretende modificar, através da alteração no modo de funcionamento de uma estrutura (pública ou privada) ou uma política pública. Nos casos apresentados, mister uma alteração profunda na política socioassistencial.

É preciso, em primeiro lugar, analisar o litígio em concreto (não sendo suficiente pensar o direito em abstrato) e, a partir daí, identificar a natureza estrutural do problema, os grupos sociais impactados e como eles se posicionam diante do problema. O citado passo é necessário para que se conheça, além de texto (desenho normativo da política pública),<sup>9</sup> o contexto (as condições reais do problema estrutural, bem como as verdadeiras causas que devem ser enfrentadas para uma solução sistêmica e consistente).

Perceba-se que, muitas vezes, é difícil, de início, formular o pedido ou definir o objeto litigioso, devendo-se, quase sempre, requerer a elaboração e implementação de um plano de reorganização institucional (VITORELLI, 2020, p. 241), como fez a sentença no Rio de Janeiro, sem esquecer, contudo, de ter o cuidado

---

<sup>9</sup> Só para se ter uma ideia, além do art. 19, §1º, do ECA, que estabelece que, como regra, a permanência de criança e adolescente em programa de acolhimento institucional não deve ultrapassar dezoito meses, deve-se levar em consideração o art. 34, §1º, do mesmo ECA, que aduz: “A inclusão de criança ou adolescente em programa de acolhimento familiar terá preferência a seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida, nos termos desta lei.”

de especificar alguns parâmetros para esse plano, sob pena de poder haver problemas na fase de implementação de um acordo ou decisão.

Por esta razão, como segundo passo a ser dado, antes mesmo de um eventual ajuizamento e para evitar atuações improvisadas e descontextualizadas do sistema de justiça, é preciso apostar num bom e preciso diagnóstico do problema estrutural.

O mapeamento do conflito,<sup>10</sup> que pode ser feito na fase pré-processual (preferível) ou processual, é fundamental para se entender o problema concreto e os níveis que se exigem de estruturabilidade da política pública empiricamente verificada. Tal constatação vai impactar na dinâmica processual.

O mapeamento do conflito passa, antes de tudo, pela compreensão de que se estará diante de verdadeiros litígios estruturais quando o problema concreto envolver falhas no funcionamento do SUAS, como nos exemplos citados. Na ementa do julgado do Superior Tribunal de Justiça, já analisado, há referência de que as dez ações civis públicas reunidas por conexão “[...]revelam conflitos de natureza complexa, plurifatorial e policêntrica, insuscetíveis de solução adequada pelo processo clássico e tradicional, de índole essencialmente adversarial e individual” (BRASIL, 2020).

Um bom diagnóstico é importante, portanto, pois o problema estrutural relativo aos serviços de acolhimento para crianças e adolescentes não nasce de um ato ilícito ou um fato danoso específico, mas de uma situação consolidada de desconformidade que vai se estabelecendo com o tempo, em razão, por exemplo,

---

<sup>10</sup> Segundo Soler (2014, p. 19): “*Entiendo por mapeo al análisis de una situación de conflicto realizado por una persona que pretende intervenir en él. El mapeo incluye un conjunto de reflexiones, descripciones y reconstrucciones conforme a las cuales el operador puede diseñar un plan de acción que responda a las cuestiones de ¿qué hacer?, ¿por qué?, ¿para qué? y ¿cuándo haberlo? De esta manera, al dibujar el mapa del conflicto el operador o analista (provisionalmente utilizaré los dos términos como sinónimos), puede empezar a conformar un itinerario para su intervención*”.

## **PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS**

de falhas no funcionamento de políticas públicas juridicamente vinculantes, como o SUAS.

Defende-se, portanto, que, para além do mapeamento de conflitos, é possível, de forma preventiva e estratégica, fazer um diagnóstico mais profundo do funcionamento da política socioassistencial, a fim de que, a partir daí, se possa mapear eventuais problemas estruturais e trabalhar na busca da reestruturação da situação.

É muito importante a identificação dos centros de interesse envolvidos no litígio, que são justamente os grupos sociais impactados mais diretamente pelo conflito social, que devem participar de sua solução. Mais do que isso. É preciso hierarquizar os grupos mais atingidos pelo conflito e garantir sua representatividade adequada.

Pensar em formas de participação desses grupos, que são os verdadeiros titulares do direito, é medida absolutamente indispensável para uma solução escoreta do problema estrutural, o que pode ser por várias formas: reuniões temáticas, consultas públicas e até audiências públicas. As dores dos grupos atingidos devem ser levadas em conta.

Tome-se, mais uma vez, o exemplo do acolhimento por tempo superior ao legal no Município de Fortaleza/CE. O direito à convivência familiar e comunitária não se resolve facilmente, pois exige novas rotinas de trabalho para equipes técnicas das unidades de acolhimento e todos os órgãos do sistema de justiça, devendo haver participação de todos que terão sua rotina alterada com um eventual novo fluxo para todo o serviço de proteção especial de alta complexidade para as crianças e os adolescentes do Município.

A instrução de um eventual procedimento extrajudicial (inquérito civil) ou processo judicial, por sua vez, deverá ser bifronte. Olhar para trás, no sentido de bem identificar o problema estrutural e, o que é mais complexo, se direcionar para o

futuro, buscando a construção gradual, a partir de um diálogo com a gestão e sociedade, de uma alteração na realidade atual de equívoco funcionamento da política, no afã de resolver o problema a partir de um plano de (re)estruturação e um regime de transição.

É preciso apostar, como terceiro passo, num procedimento flexível, que valorize o diálogo institucional (com outros poderes e instituições envolvidos) e um contraditório ampliado com a sociedade, notadamente com os grupos atingidos. Importante, no ponto, a flexibilização procedimental.

A alternativa que se indica para reflexão, tendo em vista a dimensão do problema e os fatores, por vezes imponderáveis, que devem ser levados em conta, já pode ser adotada por prévio acordo ou na audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, do CPC).

O que se propõe é que se mire, inicialmente como um possível negócio processual (art. 190, CPC) ou, em último caso, como decisão provisória de urgência, a colocação do problema na arena pública e a criação de um comitê interinstitucional (uma espécie menos burocratizada de Entidade de Infraestrutura Específica – EIE<sup>11</sup>), formada por representantes dos grupos atingidos, técnicos, gestores e representantes adequados do Judiciário, Ministério Público, OAB e Defensoria Pública, entre outros, para, a partir de um conhecimento mais profundo do problema (diagnóstico), apresentar um plano de superação que envolva, inclusive, um regime de transição, até a efetiva (re)estruturação.

O citado comitê interinstitucional, formado por representantes com capacidade técnica destacada, podem auxiliar na construção e implementação do plano.

---

<sup>11</sup> Para maiores informações sobre o tema das entidades de infraestrutura específica, consultar: Cabral; Zaneti Jr. (2019); Didier Jr; Zaneti Jr.; Oliveira (2020, p. 73).

## **PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS**

Perceba-se que se trata de um acordo ou solução instrumental, não sendo nada mais do que uma microinstitucionalidade (LORENZETTI, 2010, p. 186) que se cria para que sejam apresentadas soluções mais rentes à realidade e implementáveis, permitindo-se a intervenção continuada necessária para que o problema possa, progressivamente, ser solucionado tecnicamente.

Nem se diga que se trata de algo inédito ou sem qualquer teste de efetividade. Vale lembrar que no importante caso do direito a creches e pré-escola (ensino infantil) no Município de São Paulo, julgado pelo Tribunal de Justiça paulista (Apelação nº 0150735-64.2008.8.26.0002) foi determinado que fossem apresentados relatórios semestrais pelo Município para informar o atendimento a medidas voltadas, dentre outras, à criação de, no mínimo, 150.000 (cento e cinquenta mil) novas vagas em creches e pré-escolas para crianças de zero a cinco anos de idade.

Tais relatórios deveriam ser acessíveis à Coordenadoria da Infância e da Juventude do Judiciário, que ficou responsável por fornecer ao juízo, bimestralmente, informações sobre o cumprimento do julgado, além de articular com a sociedade civil e com outros órgãos do Tribunal, com a Defensoria Pública e com o Ministério Público, a forma de acompanhamento da execução da decisão (SANTOS, 2017, p. 560).

Essa microinstitucionalidade formada, por sua vez, permitiu uma dinâmica procedimental mais adequada e resolutiva, pois conseguiu, nos primeiros quatro anos, zerar as vagas de pré-escola e criar em torno de cem mil vagas de creches, estancando uma situação problemática que somente se aprofundava e anunciando uma boa perspectiva de dinâmica de implementação da decisão judicial.

O que se defende, portanto, é que se crie, diante da manifesta dificuldade de o Judiciário, por meio de decisões rígidas, reestruturar uma política pública, haja vista a falta de real capacidade institucional para lidar com decisões políticas, uma estrutura auxiliar para sugerir providências ou fiscalizar aquelas apresentadas a partir

do município, o que pode ser muito útil nos dois casos apresentados no presente trabalho.

Todo esse procedimento flexível permite aprofundar o quarto passo a ser dado, ainda que já tenha sido tocado de relance. O passo seguinte seria, a partir do mapeamento adequado do conflito, da instrução bifronte e do trabalho do comitê interinstitucional, construir um adequado plano de (re)estruturação e um regime de transição, tal qual previsto no art. 23 da LINDB, além da adoção de um modelo de experimentalismo democrático (tentativa e erro), avaliações periódicas e novas decisões, até a almejada reestruturação.

Em outras palavras, como a perspectiva é resolver o problema complexo para o futuro, o objetivo da atuação coletiva é alcançar uma primeira decisão ou acordo que, a partir do exame das causas do problema, tendo em conta um contraditório ampliado e um diálogo institucional, reconheça o estado de desconformidade e aponte qual seria o estado de coisas almejado (ex.: o funcionamento adequado de uma nova dinâmica da proteção social especial de alta complexidade). Além disso, a fim de que se estabeleça um modelo de experimentalismo democrático, com exame periódico e novas decisões (em cascata), deve ser definido um regime de transição até que se chegue ao estado de coisas ideal.

Para seguir esse itinerário procedimental e conseguir êxito no alcance da necessária tutela de reestruturação da política pública, o caminho sugerido (quinto e último passo) é o das soluções negociadas diretamente pelas partes ou mediadas pela autoridade judiciária, uma vez que a tendência de aprofundar o problema é grande caso o Judiciário se arvora na condição de querer, de forma solipsista, na solidão do seu gabinete, determinar medidas rígidas e específicas para a reestruturação do SUAS no âmbito municipal, uma vez que uma simples lembrança

## PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS

da teoria das capacidades institucionais é suficiente para revelar o risco que se corre com a simples substituição do Executivo pelo Judiciário.

É preciso que o sistema de justiça se paute, durante todo o trâmite do procedimento extrajudicial ou mesmo judicial, pelo paradigma da consensualidade ou até da cooperação, apostando no método da negociação, que supõe o empoderamento das partes, que resolvem diretamente o conflito, sem a intervenção de um terceiro.

Além disso, é imperioso que haja a aposta do sistema de justiça em intensa capacitação sobre negociação, a fim de que os negociadores possam, a partir do método de negociação integrativa,<sup>12</sup> desenvolvido pelo programa de negociação de Harvard, se pautar num procedimento negocial adequado e bem utilizar as técnicas de negociação. Não há mais espaço para negociações intuitivas, artesanais, sem técnica adequada.<sup>13</sup>

A esse respeito, vale lembrar a premissa levantada por Barros, no sentido de que “[...]a autocomposição em geral e a negociação em particular não são para amadores: exigem *técnica* e *atuação profissional*” (BARROS, 2020b, p. 8, grifos do autor). Vale acrescentar que tão importante quanto chegar a um acordo é ter uma pauta bem definida e seguir um procedimento negocial adequado, pois é isso que vai permitir que se alcance, além do acordo, a efetiva implementação do mesmo.

A negociação, portanto, um dos pontos de realce do presente estudo, precisa ser estudada com centralidade. Segundo Arlé (2018, p. 10), a negociação “[...] pode ser definida *como um processo técnico de comunicação entre as partes do*

---

<sup>12</sup> São características da negociação integrativa: é um método ganha-ganha, focado nos interesses, que se preocupa não somente com o resultado objetivo (o acordo), mas também com o resultado subjetivo (o relacionamento), além de apostar em soluções criativas e critérios objetivos para se chegar ao acordo (MORAES, 2016, p. 155).

<sup>13</sup> Para um maior aprofundamento do modelo de negociação integrativa de Havard, que ultrapassa os limites do presente trabalho, vale, por todos, consultar Fisher, Ury e Patton (2018).

*conflito, que, sem a intervenção de um terceiro, visam encontrar, conjuntamente, a melhor solução para resolvê-lo, sendo a negociação, assim, um processo direto de autocomposição.*" (grifos da autora).

Lembram, ademais, Lewicki, Saunders e Barry (2014, p. 66) que:

Em muitas negociações não deve haver um vencedor ou um perdedor – todas as partes podem sair vitoriosas. Em vez de pressuporem que negociações podem ser situações de ganha-perde, os negociadores devem buscar situações de ganha-ganha, e muitas vezes as encontram.

A negociação, como método de solução consensual de conflitos, também é chamada de resolução colaborativa ou mesmo de negociação direta (CABRAL; CUNHA, 2016, p. 479).

O mais importante a ser ressaltado, ainda que muitas vezes tergiversado, é que tal método pressupõe o manejo de um conjunto importante de técnicas de negociar, sendo necessária uma pauta bem definida a fim de que seja alcançada a sua finalidade última: a celebração do termo de acordo/compromisso.

No mais, ainda restam algumas indagações: a negociação tem previsão legal? O ordenamento jurídico brasileiro autoriza e estimula a negociação como método autocompositivo? É possível negociar sobre direitos indisponíveis?

Respalda-se a negociação, ainda que não diretamente, no CPC/2015, quando, em seu art. 3º, prioriza a solução consensual de conflitos, que deve ser estimulada por todos os atores do sistema de justiça, tanto no âmbito processual como fora dele. Também a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), ao tratar da criação das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública, abre importante espaço para a negociação como método de solução administrativa de conflitos. Tem-se, ainda, a Resolução nº 118/2014/CNMP, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à

## PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOlhIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS

Autocomposição no Ministério Público e dá outras providências, e que, em seu art. 8º, privilegiou a negociação no âmbito do *Parquet* brasileiro, além do art. 26 da LINDB.

Quanto à negociação sobre direitos coletivos, ainda que não se negue a indisponibilidade, para os legitimados coletivos, dos direitos que lhes cumpre tutelar, é amplamente possível a solução consensual pelas partes, pois, consoante lição de Gavronski (2016, p. 351): *"A negociação em tutela coletiva se volta, sempre, para a definição da interpretação do direito no caso concreto e das condições necessárias à sua efetividade, isto é, versará sobre a respectiva concretização."* (Grifos do autor). É possível que haja tanto negociação sobre o direito material quanto sobre o processo, como expressamente previsto no art. 190 do CPC atual.

A grande questão é saber como, na prática, deve se desenvolver a negociação, sobretudo quando for direcionada para litígios complexos (irradiados), como é o caso de problemas relativos à (re)estruturação dos serviços de acolhimento institucional, o que passa também pela análise dos serviços de acolhimento em família acolhedora.

Para tanto, cumpre aprofundar um pouco a temática. Em verdade, são identificáveis dois métodos básicos de negociação: a) o competitivo, posicional ou distributivo (objetiva maximizar vitórias sobre o outro numa lógica de ganha-perde);<sup>14</sup> e b) o colaborativo ou integrativo (visa a atender aos interesses dos envolvidos numa lógica de ganha-ganha), sendo sempre preferível o método colaborativo ou integrativo.

---

<sup>14</sup> Vale a ressalva de Weiss (2018 p. 13): "A negociação posicional não é de todo má. Pode ser rápida e eficiente. Requer pouca preparação além do conhecimento prévio de qual será a proposta inicial e quais concessões e ameaças se está disposto a fazer. E, por fim, passa sempre a impressão de se ter obtido algo, porque, se a outra parte cumpriu seu papel, também terá feito uma concessão."

É necessário, contudo, combinar os dois métodos, aplicando-se o chamado método de negociação situacional ou estratégica<sup>15</sup> e, sobretudo, saber aplicar as técnicas e a modalidade adequadas durante o curso do processo de negociação.

Para que se negocie com qualidade é fundamental lembrar que o processo negocial tem três fases:<sup>16</sup> a preparação, a sessão em si e a celebração do acordo/compromisso, bem como que, ao longo das mesmas, deve ser seguido o método de negociação de Havard, também chamado de método de negociação baseada em princípios (FISHER; URY; PATTON, 2018).

Na fase de preparação, além de aprimorar os conhecimentos teóricos e práticos sobre negociação (aquisição de competência), deve-se planejar e preparar a sessão, o que envolve um amplo conhecimento da realidade que deverá intervir, devendo estar calçado em estudos técnicos (diagnóstico), bem como partir para a identificação inicial de qual seria a melhor alternativa sem acordo (MASA), ou seja, o chamado plano B para saber até onde deve ir a negociação (aqui, calha a pergunta: o que eu farei se não celebrar o acordo?).

Na sessão, deve-se cuidar do momento do início do diálogo, para se estabelecer um *rapport* (conexão criada com a outra parte). Nesta fase, cumpre usar os princípios da negociação de Havard (FISHER; URY; PATTON, 2018): a) separar as pessoas dos problemas (as partes devem deixar as vaidades de lado e atacar o problema, não umas às outras); b) focar nos interesses e não nas posições (identificar se os interesses são coincidentes, diferentes ou opostos); c) gerar opções de ganhos

---

<sup>15</sup> O método que aplica a negociação integrativa combinada com a negociação competitiva é chamado método de negociação situacional ou estratégica (ARLÉ, 2017, p. 185).

<sup>16</sup> Segundo Helena Soleto Muñoz (2010, p. 34): "*Como estrutura básica en la negociación se pueden describir una fase preparatoria, una fase de inicio y programación de la negociación propiamente dicha y la consecución de acuerdos, seguida de la eventual monotorización del cumplimiento y la revisión de los acuerdos periódicamente.*"

## **PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS**

mútuos (a partir de um *brainstorming*); d) usar critérios objetivos em caso de interesses opostos (a negociação passa a ser competitiva).

Após análise das opções, critérios objetivos e propostas, é feita a comparação destas últimas com a melhor alternativa sem acordo (MASA) e, se o ajuste for o melhor, passa-se ao acordo e encerramento da sessão, seguindo-se a fase final de implementação e monitoramento das obrigações constantes no acordo.

Vê-se, portanto, que o processo de negociação exige uma técnica adequada, que normalmente não é estudada com o devido valor, inclusive, por litigantes e negociadores habituais no âmbito da tutela coletiva. É, contudo, um importante método a ser considerado na solução do problema dos serviços de acolhimento no Brasil, que deve estar no radar constante do sistema de justiça brasileiro.

### **5 CONCLUSÃO**

Possível concluir, enfim, que os julgados apresentados sobre a (re)estruturação dos serviços de acolhimento merecem atenta análise por envolver um problema estrutural complexo, que exige a reestruturação de parcela da política municipal de assistência social no que toca aos serviços de proteção social especial de alta complexidade, além de verdadeiros protocolos interinstitucionais para definir um fluxo coordenado entre todos os envolvidos nos programas e processos judiciais de acolhimento.

Os julgados tiveram o mérito de perceber que se tratava de litígio de natureza estrutural, bem como que o processo coletivo pode lidar com tais conflitos, ainda que envolva o controle de políticas públicas, exigindo-se, contudo, um processo judicial mais participativo e colaborativo.

Não respondem, contudo, ao porvir: o que deverá ser feito pelo juízo de piso para alcançar resultados sociais satisfatórios na (re)estruturação da política pública?

Como resposta a essa indagação, o trabalho sugere cinco passos práticos: a) identificar, a partir do desenho da política, o problema estrutural; b) fazer um bom mapeamento do conflito e garantir a participação dos grupos atingidos; c) apostar num procedimento flexível; d) focar num plano de (re)estruturação; e, e) negociar com qualidade e profissionalismo.

## 6 REFERÊNCIAS

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. *Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano O que são, afinal, negociação, mediação, conciliação e justiça restaurativa? *MPMG Jurídico Revista do Ministério Público de Minas Gerais: autocomposição*, Uberaba, MPMG, 2018.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas Barros. Diagnóstico e (re)estruturação da política de assistência social (SUAS): a atuação extrajudicial do Ministério Público e a pandemia da Covid-19. *In: CAMBI, Eduardo; GIACOIA, Gilberto; BONAVIDES, Samia Saad Gallotti (Org.). Covid 19 e Ministério Público*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Dos litígios aos processos coletivos estruturais: novos horizontes para a tutela coletiva brasileira*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020a.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Negociação em tutela coletiva: aspectos introdutórios relevantes*. Natal RN: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, 2020b. *E-book*.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. O STJ e os processos coletivos estruturais: do REsp 1.854.842/CE às políticas municipais de assistência social. *Empório do Direito*, 19 jul. 2020c. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-stj-e-os-processos-coletivos-estruturais-do-resp-1-854-842-ce-as-politicas-municipais-de-assistencia-social>. Acesso em: 23 mar. 2021.

## PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. Tutela (estrutural) do direito e o caso George Floyd: lições da corte constitucional colombiana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional (RDCI)*, v. 124, São Paulo, Revista dos Tribunais, mar-abr de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1854842 (2019/0160746-3 - 04/06/2020)*. Civil. Processual Civil. Ação Civil Pública. Acolhimento institucional de menor por período acima do teto legal. Danos Morais. Julgamento de liminar improcedência do pedido. Impossibilidade. Questão repetitiva que não foi objeto de precedente vinculante. (...). Disponível em: [ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201901607463&dt\\_publicacao=04/06/2020](http://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901607463&dt_publicacao=04/06/2020). Acesso em: 23 mar. 2021.

CABRAL, Antônio de Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): “mediação sem mediador”. *Revista de Processo RePro*, ano 41, v. 259, São Paulo, Revista dos Tribunais, set. 2016.

CABRAL, Antônio do Passo; ZANETI JR., Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as *claims resolution facilities* e sua aplicabilidade no Brasil. *Revista de Processo (RePro)*, São Paulo, v. 287, p. 445-483, jan. 2019.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. *Revista de Processo (RePro)*, v. 303, São Paulo, Revista dos Tribunais, maio de 2020.

DOMINGOS, Sergio. A família como garantia fundamental ao pleno desenvolvimento da criança. *Revista de Direito da Infância e da Juventude (RDIJ)*, Ano 1, vol. 1, jan-jul. de 2013.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR, Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. Autocomposição no novo CPC e nas ações coletivas. In: ZANETTI Jr. (Coord.). *Processo Coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2016.

LEO, Pam. *Connection parenting: parenting through connection instead of coercion, through love instead of fear*. 2. ed. Deadwood: Wyatt-Mackenzie Publishing, 2007.

LEWICKI, Roy J.; SAUNDERS, David M.; BARRY, Bruce. *Fundamentos de negociação*. Tradução de Félix Nonnenmacher. 5 ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

LIMA, Mariana. 47 mil crianças no Brasil vivem em instituições de acolhimento. *Observatório do Terceiro Setor*, 05 jul. 2019. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/carrossel/47-mil-criancas-no-brasil-vivem-em-instituicoes-de-acolhimento/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Justicia Colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito fundamental à convivência familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Novo Código de Processo Civil – O Ministério Público e os métodos autocompositivos de conflito – Negociação, Mediação e Conciliação. In: SILVA, Cláudio Barros; BRASIL, Luciano de Faria (Org.). *Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MUÑOZ, Helena Soletto. Negociar lo que vas a negociar: el proceso de negociación. *Revista Iuris: actualidad y práctica del derecho*, nº 154, La Ley, 2010.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069.90 comentado artigo por artigo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTOS, Heloísa Couto dos. Educação infantil – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Apelação nº 0150735-64-2008-8.26002 (caso creches) – Julgamento em 16 de dezembro de 2013. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coord.). *O processo para a solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Editora Juspodvm, 2017.

SOLER, Raúl Calvo. *Mapeo de conflictos: técnica para la exploración de los conflictos*. Barcelona: Editorial Gedisa, 2014.

**PROCESSO COLETIVO ESTRUTURAL NA PRÁTICA E OS SERVIÇOS DE ACOLHIMENTO PARA CRIANÇAS E ADOLESCENTES – MARCUS AURÉLIO DE FREITAS BARROS**

VALENTE, Jane. Acolhimento institucional: validando e atribuindo sentido às leis protetivas. *Revista de Direito da Infância e da Juventude (RDIJ)*, Ano 2, vol. 4, jul./dez. de 2014.

VITORELLI, Edilson. *Processo civil estrutural: teoria e prática*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

WEISS, Jeff. *Negociações eficazes*. Tradução de Roberto Grey. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

**Artigo recebido em: 05/10/2021**

**Artigo aprovado em: 30/12/2021**

# **O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL**

*THE SOCIAL BACKGROUND IN THE DISTRIBUTION OF  
VACCINES AGAINST COVID-19 IN BRAZIL*

## **MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA**

Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

## **ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA**

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Atualmente é voluntária na Defensoria Pública do Estado de São Paulo - Unidade da Fazenda Pública. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em direito público, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, direitos humanos, controle social das omissões estatais.

## RESUMO

O direito à saúde, de natureza fundamental, tem, como uma de suas premissas básicas, o viés preventivo. Muito embora sua construção estrutural, no bojo da Constituição da República de 1988, pareça trazer normas de natureza programática, toda ação pública voltada a sua efetividade material adere à natureza jusfundamental do direito, dentre elas destacando-se a vacinação, cujos planos e desdobros, uma vez traçados, não podem em nenhuma circunstância sofrer reversões, em face do princípio constitucional implícito da vedação de retrocesso. Essas as premissas sobre as quais se assenta o vertente estudo, notadamente tendo em conta o fornecimento de vacinas para o combate à disseminação do coronavírus.

**Palavras-chave:** Direito fundamental à saúde. Viés preventivo. Plano Nacional de Imunização. COVID-19. Vedação de retrocesso.

## ABSTRACT

*The fundamental right to health has, as one of its basic premises, a preventive bias. Although its structural construction, within the framework of the 1988 Constitution, seems to bring norms of a programmatic nature, any public action aimed at its material effectiveness adheres to the fundamental nature of the law, among which the vaccination, whose plans and developments, once drawn, they cannot under any circumstances undergo reversals, in view of the implicit constitutional principle of retrogression. These are the premises on which the study is based, notably taking into account the supply of vaccines to combat the spread of the coronavirus.*

**Keywords:** *Fundamental right to health. Preventive bias. National Immunization Plan. COVID-19. Reverse seal.*

## SUMÁRIO

Introdução. A eficácia dos direitos sociais na ordem jurídica brasileira. O princípio da vedação do retrocesso social. Dos deveres do Estado na concretização do direito à saúde. A imunização contra a COVID-19 e o princípio da vedação de retrocesso. Conclusão. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo investigar se o fornecimento de vacinas para a prevenção da pandemia do coronavírus pelo Estado brasileiro está em consonância com o regime jurídico-constitucional pátrio – mais especificamente, com o respeito à natureza fundamental do direito à saúde, à prevalência da adoção de medidas protetivas em tal seara e à observância do princípio da vedação do retrocesso social.

Para tanto, iremos nos debruçar sobre a eficácia dos direitos sociais, majoritariamente enunciados por normas de caráter programático. Como veremos, os direitos sociais, assim como os demais direitos fundamentais, são dotados de eficácia jurídica e social. O que os torna peculiares é justamente o fato de que a sua eficácia pode ser ampliada por meio da regulamentação infraconstitucional levada a cabo pelo legislador e pelo administrador público.

Em face de potencializar os mecanismos tendentes à obtenção de maior efetividade dos preceitos constitucionais assecuratórios de direitos fundamentais, indigitada regulamentação adere ao Texto Maior, adquirindo caráter jusfundamental, motivo por que sua reversão é suprimida da esfera de disponibilidade dos Poderes Legislativo e Executivo. Veremos, assim, que a vedação do retrocesso social é um princípio constitucional implícito, que decorre do arranjo protetor desenhado pelo constituinte para os direitos sociais.

Em vista disso, examinaremos alguns dispositivos normativos constitucionais, supralegais e legais referentes ao direito à saúde, a fim de identificar as obrigações estatais nessa seara, que vinculam a atuação do legislador e do administrador público. Verificaremos a grande ênfase dada pela Constituição Federal às ações sanitárias de caráter preventivo e o direito público subjetivo à imunização completa e tempestiva que daí decorre.

Por fim, analisaremos, à luz das informações contidas no Plano Nacional de Imunizações (PNI) e de algumas ações recentemente ajuizadas no Supremo Tribunal

## **O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA**

Federal sobre a distribuição de vacinas, o modo como o Estado brasileiro vem conduzindo as políticas públicas sanitárias, sobretudo as de caráter preventivo, na pandemia de COVID-19, concluindo pela ocorrência frequente de violação ao princípio da vedação do retrocesso social.

### **2 A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

Os direitos humanos, incluídos no gênero os fundamentais, são concebidos como aqueles que encontram escora no brocardo da dignidade da pessoa humana, protegendo os seres humanos em todas as suas dimensões, quais sejam, individual e política (direitos da liberdade), social e coletiva (direitos da igualdade) e de espécie humana (direitos da solidariedade).

Dado que o conteúdo dos direitos humanos abarca o dos direitos fundamentais, o que os distingue, enquanto gênero e espécie, é, essencialmente, o nível de positivação.

Deveras, os direitos fundamentais correspondem aqueles que se encontram positivados na senda constitucional, gozando de tutela jurídica reforçada no âmbito interno do Estado. Os direitos humanos, por sua vez, são mais abrangentes, abarcando além daqueles, os previstos em tratados, convenções e declarações internacionais (LIMA, 2019).

O direito à saúde, tema do presente trabalho, é, ao mesmo tempo, direito humano e fundamental, porquanto intimamente vinculado à dignidade humana em sua dimensão social, e positivado no ordenamento constitucional brasileiro, além de reconhecido em diversas declarações e tratados internacionais.

É, ainda, um direito da liberdade e da igualdade – isto é, um direito que protege os seres humanos em sua dimensão individual e social. Assim como os demais direitos sociais, consiste em um conjunto de faculdades e posições jurídicas que visam à garantia das condições materiais mínimas de sobrevivência digna. Tais posições

jurídicas podem ser opostas ao Estado, impondo-lhe deveres prestacionais ou de abstenção (RAMOS, 2017).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 6º, elencou alguns direitos sociais, como o direito à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho, à moradia, dentre outros. Muito embora seja possível identificar direitos sociais cujo exercício dependa da abstenção do Estado, como é o caso do direito de greve, o conteúdo dos direitos sociais é essencialmente prestacional.

Isso porque a superação de desigualdades fáticas e a concretização de condições materiais de sobrevivência depende, em regra, de uma atuação positiva por parte do Estado, que se realiza por meio da elaboração e implementação de políticas públicas. Verifica-se, assim, que essas políticas públicas são o instrumento de concretização dos direitos humanos e fundamentais de caráter social.

No Brasil, a atuação do Estado em matéria de direitos sociais é dever constitucional. Isso porque a Constituição de 1988, dirigente que é, prescreve, ainda que em termos genéricos, uma série de ações positivas a serem realizadas pelo Estado, com o fito de viabilizar as condições materiais de sobrevivência digna que devem estar ao alcance de todos.

As normas constitucionais relativas à concretização dos direitos sociais são, em sua maioria e tradicionalmente, denominadas pela doutrina como normas programáticas (SARLET, 2016). Isso porque não regulamentam diretamente o exercício dos direitos fundamentais em questão, limitando-se a traçar as diretrizes e objetivos a serem alcançados, transferindo para o legislador ordinário a tarefa de emprestar-lhes concretude.

Em razão desse caráter programático, surgiu importante discussão acerca da eficácia dessas normas constitucionais, o que impacta diretamente no tema em estudo. Afinal, discutir a aplicabilidade do princípio da vedação do retrocesso social implica, inevitavelmente, no exame dos limites à discricionariedade do Estado – e sobretudo do administrador público –, os quais são, no mais das vezes, definidos pela

## O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

Constituição Federal. Imperioso, assim, nos debruçarmos sobre a eficácia das normas constitucionais programáticas.

José Afonso da Silva (2003) define a eficácia de uma norma jurídica como a capacidade que tal norma possui de atingir os seus objetivos. Dita capacidade pode ser observada à luz de dois prismas distintos.

O primeiro deles seria o da *eficácia social* da norma, ou *efetividade*, que consiste na obediência e aplicação da norma prescrita pelo direito no plano dos fatos. O segundo seria o da *eficácia jurídica* da norma, que consistiria na aptidão para produção de efeitos jurídicos, em maior ou menor grau, ao regular, desde logo, as situações de ordem fática a que se destina.

Nesse passo, muito embora as noções de eficácia, aplicabilidade e efetividade sejam conexas, consistem em fenômenos diversos, de modo que se torna possível a uma norma constitucional possuir eficácia jurídica, mas ser destituída de eficácia social (ou efetividade). Entretanto, na medida em que a efetividade é a própria realização do direito, a eficácia jurídica da norma constitucional é seu pressuposto.

Observa-se, assim, que inexistem normas constitucionais destituídas de eficácia, na medida em que todas implicam, ao menos, na inovação da ordem jurídica<sup>1</sup>. Não se ignora que a extensão da eficácia e da aplicabilidade dessas normas variam; apenas destacamos que essa variação não tem o condão de tornar as normas de direitos sociais inaptas à produção de efeitos jurídicos.

Não à toa, Cristina Queiroz (2006) aponta que os direitos sociais não possuem natureza jurídica distinta das demais dimensões de direitos fundamentais. O que os distingue, em verdade, é a sua estrutura e projeção na ordem jurídico-constitucional (QUEIROZ, 2006).

Ingo W. Sarlet (2016), analisando especificamente o art. 5º, § 1º, da CF/88, chega a conclusão semelhante à da autora portuguesa. Para ele, a Constituição de 1988

---

<sup>1</sup> “[N]ão há norma constitucional destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos, importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem e a nova ordenação instaurada” (SILVA, 2003, p. 81).

desenhou um regime jurídico único dos direitos fundamentais, incidente sobre os direitos sociais, os quais são imediatamente aplicáveis. Neste sentido, a peculiaridade estaria no alcance da sua eficácia (SARLET, 2016), tanto jurídica quanto social, que pode ser ampliada, como veremos, por meio da elaboração e implementação da legislação infraconstitucional e das políticas públicas respectivas.

À luz do critério da aplicabilidade (eficácia jurídica), isto é, da extensão dos efeitos jurídicos que produzem, as normas constitucionais podem ser classificadas em normas *de eficácia plena, de eficácia contida, e de eficácia limitada*.

As normas de eficácia plena, também denominadas autoaplicáveis, são aquelas que contêm todos os requisitos e elementos necessários à sua incidência direta, isto é, aquelas que, uma vez ingressando no ordenamento jurídico, produzem ou podem produzir todos os seus efeitos jurídicos, prescindindo de regulamentação infralegal para tanto. São dispositivos cuja única condição de aplicabilidade é a existência de um aparato jurisdicional, uma vez que são, eles próprios, dotados de todos os elementos necessários à sua executoriedade (SILVA, 2003).

As normas de eficácia contida, por sua vez, também são autoaplicáveis, mas podem ter seu alcance jurídico restrito futuramente, em razão de integração promovida pela legislação infraconstitucional (SILVA, 2003).

A seu tempo, as normas de eficácia limitada são aquelas cujo âmbito de aplicabilidade é ampliado com a integração de normas infraconstitucionais. Neste sentido, diz-se que tais dispositivos constitucionais têm aplicabilidade indireta, uma vez que dependem de legislação infraconstitucional ou de outra providência para produzirem de forma plena todos os seus efeitos.

As normas constitucionais de eficácia limitada podem ser de princípio institutivo ou programáticas. As de princípio institutivo têm como função precípua esquematizar a organização, criação ou instituição das entidades ou órgãos estatais, traçando suas respectivas atribuições e relações (SILVA, 2003).

As normas de conteúdo programático, que nos interessam mais de perto, são enunciados de princípios, que determinam o sentido geral da ordem jurídica, vez que

## **O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA**

trazem consigo os fins e objetivos do próprio Estado. São normas que impõem limites à autonomia dos sujeitos, públicos ou privados, e ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados. Seu conteúdo revela o espírito próprio da Constituição, da ordem jurídica, econômica e social vigentes, vinculando a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como de todos aqueles que se encontrem submetidos àquele ordenamento jurídico, revogando, ainda, por inconstitucionalidade, quaisquer normas cujos conteúdos lhes sejam contrários (SILVA, 2003).

Por serem normas que se caracterizam, basicamente, pela enunciação de princípios e texto impreciso, têm eficácia limitada, por dependerem de legislação infraconstitucional ou outras providências para que tenham plena aplicabilidade, como é o caso de grande parte das normas que veiculam direitos sociais, a exemplo do direito à saúde.

Verifica-se, assim, que, em se tratando de normas de conteúdo programático, a atuação do legislador ordinário definirá a extensão de sua aplicabilidade, expandindo-a – tendo em vista que, na falta de norma integradora, estes dispositivos constitucionais têm sua aplicabilidade bastante restrita, porquanto atrelada apenas à posição de supremacia hierárquica que ocupam.

A propósito, observa-se a existência de certa margem de discricionariedade para a atuação do legislador e do administrador público, os quais, a partir daquela norma constitucional, e à vista dos seus objetivos, podem promover a sua regulamentação da forma como entenderem mais adequada, com base nos critérios de conveniência e oportunidade – regrados, porém, pela estrita observância do escopo protetivo definido ao direito pelo texto constitucional.

A existência desta margem de discricionariedade, à evidência, não se confunde com arbitrariedade. Não podem o legislador e o administrador público se absterem de promover a regulamentação e a implementação das políticas públicas correspondentes, ou fazê-lo de modo insuficiente e desalinhado com os princípios e diretrizes constitucionalmente traçados, sob pena de inviabilizar o exercício dos

direitos sociais e, conseqüentemente, a própria efetividade da Constituição (WEIS, 2014).

Observa-se, assim, que, a despeito das suas peculiaridades, as normas que veiculam direitos sociais não são destituídas de aplicabilidade. Dentre os efeitos jurídicos que produzem está, como visto, a limitação da margem de discricionariedade do legislador e do administrador público.

Digno de nota, nesse sentido, a existência de um dever prestacional, direcionado a todos os órgãos estatais, de atuarem visando à máxima eficácia e efetividade dos direitos sociais. A Constituição Federal, em seu art. 3º, III, prevê como um dos objetivos do Estado brasileiro a redução das desigualdades sociais e regionais. Deste modo, a implementação de direitos, sobretudo daqueles que figuram como instrumentos de promoção da igualdade, por meio da garantia de condições materiais de sobrevivência mínimas a todos, deve ser orientada pelo objetivo contido no art. 3º, III, da CF/88.

Nesse sentido, cabe destacar que não se ignora a existência de limites jurídicos e fáticos à concretização dos direitos sociais, como eventual necessidade de sopesamento com outros direitos fundamentais ou mesmo a inexistência de recursos suficientes para sua implementação integral imediata. Não obstante, a aplicabilidade das normas programáticas e o dever de atuação orientada para a redução das desigualdades demanda do Estado a implementação dos direitos sociais na maior medida possível, a fim de que, progressivamente, eles atinjam a máxima eficácia jurídica e efetividade.

Esse dever de implementação progressiva, direcionado sempre à ampliação das eficácias jurídica e social dos direitos sociais, é traduzido no princípio da vedação do retrocesso social, que passaremos a examinar de modo mais detido.

### **3 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL**

## O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

O princípio da vedação do retrocesso social pode ser definido, em linhas gerais, como a proibição de redução ou eliminação do grau de proteção jurídica já alcançado relativamente a um direito, por força de obrigações prestacionais instituídas no âmbito do Estado.

André de Carvalho Ramos (2017) identifica como fundamentos constitucionais do princípio da vedação do retrocesso social a dignidade da pessoa humana (art. 1, III, CF/88), a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF/88), a proteção constitucional ao direito adquirido (art. 5º, XXXVI, CF/88) e a previsão constitucional das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, CF/88).

Carlos Weis (2014), por sua vez, aponta como fundamentos constitucionais o incentivo à progressiva ampliação dos direitos fundamentais (art. 5º, § 2º e art. 7º, *caput*, CF/88), o compromisso com a progressiva redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, I e III e art. 170, *caput*, e incisos VII e VIII, CF/88) e a máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, CF/88).

Já Ingo W. Sarlet (2016), além da dignidade humana (art. 1º, III, CF/88), da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, CF/88) e das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, IV, CF/88), indica como fundamentos constitucionais do princípio da vedação do retrocesso os princípios da segurança jurídica (arts. 5º, *caput* e 6º, CF/88) e da proteção da confiança.

Ao que tudo indica, a doutrina não diverge quanto ao reconhecimento de que o princípio da vedação do retrocesso social consiste em uma garantia constitucional implícita. Também não diverge quanto aos seus fundamentos – ao menos não de modo significativo.

Isso porque, ao invocar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, a doutrina, em uníssono, reconhece não apenas a existência de um regime jurídico geral aplicável a todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, mas, principalmente, a existência de uma obrigação estatal de zelar pela efetividade desses direitos, isto é, pela sua eficácia social, viabilizando o respectivo exercício pelos seus titulares e, ao mesmo tempo, garantindo a eficácia normativa da CF/88.

Nesse sentido, observa-se que as fundamentações apresentadas pelos autores citados, baseadas nas cláusulas pétreas, na proteção constitucional ao direito adquirido e nos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, traduzem, a bem dizer, o compromisso do Estado com a estabilidade da ordem jurídica e, sobretudo, com a estabilidade da proteção conferida aos cidadãos. Indicam, ainda, que os direitos fundamentais, inclusive os de caráter social, são indisponíveis pelo Estado, que não pode decidir aniquilá-los ou restringir o seu âmbito de proteção, sob pena de caminhar em sentido antagônico ao traçado como diretriz de observância absoluta pela Constituição da República.

Deveras, se a eficácia jurídica dos direitos sociais é ampliada por meio da regulamentação infraconstitucional, as normas produzidas pelos Poderes Legislativo e Executivo tornam-se parte de um arcabouço normativo definido por Jorge Reis Novais (2004) como sendo de natureza material jusfundamental. Desse modo, as normas que regulamentam e concretizam os direitos sociais são retiradas da esfera de disponibilidade dos detentores de poder político (NOVAIS, 2004), passando a incorporar o patrimônio jurídico da cidadania (BARROSO, 2006).

O princípio da vedação do retrocesso social, nesse sentido, desempenha papel de proteção da situação normativa das regras infraconstitucionais integradoras, garantindo, por conseguinte, a vinculação dos poderes públicos à Constituição Federal, bem como a eficácia jurídica e a efetividade dos direitos sociais.

Reconhecer a vedação do retrocesso social como um princípio constitucional implícito não significa ignorar que a implementação e proteção integrais dos direitos sociais não pode ser feita cabalmente de forma imediata. Sabe-se que a viabilização das condições materiais necessárias à dignidade humana depende da elaboração e implementação de políticas públicas, de processos complexos que demandam tempo, recursos materiais e financeiros e, não raras vezes, negociações políticas. Isso, no entanto, não isenta o Estado do dever de atuar positivamente, na medida do possível, para concretizá-las.

## **O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA**

O art. 12, inciso 1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) – tratado de direitos humanos incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, segundo o Supremo Tribunal Federal, como norma supralegal – dispõe que os Estados signatários estão obrigados a adotar, até o máximo dos recursos disponíveis, as medidas que assegurem, progressivamente, o pleno exercício de todos os direitos por ele reconhecidos.

Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU – CDESC (1990), órgão responsável pela interpretação oficial do PIDESC, o dispositivo normativo supracitado impõe aos Estados signatários, como é o caso do Brasil, obrigações de resultado no que toca à efetiva implementação dos direitos sociais, notadamente a adoção de medidas concretas que visem à progressiva realização desses direitos humanos.

As obrigações de resultado referidas pelo CDESC pressupõem a impossibilidade de realização integral e imediata dos direitos sociais – tanto que permitem aos Estados que cumpram progressivamente tais deveres. Isso não significa, contudo, que os Estados estejam autorizados a se absterem de agir.

Em verdade, é exatamente pela necessidade de tempo para a integral concretização dos direitos sociais que os Estados devem agir desde já e sempre. A obrigação de resultado diz com a comprovação de uma atuação estatal eficaz e contínua, realizada sempre na direção do cumprimento das imposições advindas do PIDESC.

Nesse sentido, as medidas de caráter regressivo devem ser absolutamente excepcionais. Isso porque é dever do Estado garantir aos indivíduos as condições materiais mínimas para uma existência digna, sobretudo em tempos de graves restrições orçamentárias (CDESC, 1990). A adoção de medidas que reduzam ou eliminem a proteção social já alcançada, desta feita, é não só excepcional, como, para ser válida, depende da comprovação de que o Estado lançou mão de todos os recursos e medidas possíveis para manter o grau de proteção – via de regra já bastante deficitário – daquele direito, assim como da imprescindibilidade do advento restritivo.

Vale anotar, por oportuno, lição de Cristina Queiroz (2006), acerca da necessária distinção entre reversibilidade fática dos direitos sociais e retrocesso social. Para a autora, a reversibilidade fática dos direitos sociais se relaciona com a escassez dos meios necessários à realização da prestação positiva (QUEIROZ, 2006). Como exemplo, podemos citar a situação vivida mundialmente no início da pandemia de COVID-19, na qual todos os Estados estavam obrigados a resguardar de modo eficaz a saúde dos indivíduos, inclusive de modo preventivo, mas ainda não haviam sido desenvolvidas vacinas eficazes contra a doença. Nesse cenário, o cumprimento do dever estatal de proteção adequada da saúde restou prejudicado, ante a inexistência fática dos meios materiais que o viabilizariam.

O retrocesso social, por sua vez, se refere à redução do direito adquirido pelos indivíduos, amplamente considerado – lembrando, que, como vimos, as prestações positivas do Estado, uma vez realizadas, integram o patrimônio jurídico da cidadania, tornando-se direito adquirido dos indivíduos, sendo, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade do legislador e do administrador público.

A verificação da ocorrência de retrocesso social, nesta senda, depende da identificação de uma redução ou eliminação de determinada proteção específica conferida ao direito social em questão e, concomitantemente, da inexistência de medidas compensatórias ou substitutivas que igualmente resguardem aqueles que antes se viam amparados pelo instrumento protetivo retirado de cena (QUEIROZ, 2006). A título de exemplo, podemos pensar em um Estado que altera um sistema de vacinação em massa eficiente e centralizado, substituindo-o por um sistema descentralizado que, na prática, dificulta o acesso da população à vacina.

Não por acaso a autora portuguesa inclui em sua definição do princípio da vedação do retrocesso a ideia de alternativas e compensações: “[c]oncretamente, a ‘proibição do retrocesso social’ determina [...] que, uma vez consagradas legalmente as ‘prestações sociais’, o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações” (QUEIROZ, 2006, p. 69). Afinal, tais medidas apenas alteram as prestações estatais, mas não reduzem, na prática, o grau de proteção aos direitos

## O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

sociais, considerado todo o conjunto legislativo e de políticas públicas elaboradas e executadas pelo Estado.

André de Carvalho Ramos (2017), também atento à possibilidade de eventuais restrições fáticas à adequada implementação dos direitos sociais – embora não adote a distinção entre reversibilidade fática e retrocesso social trazida por Cristina Queiroz –, afirma que eventual redução normativa ou fática da proteção de um direito social depende (i) da existência de justificativa de natureza jusfundamental para tanto, (ii) de a diminuição realizada superar o crivo da proporcionalidade, e (iii) da preservação do núcleo essencial do direito envolvido (RAMOS, 2017) – ou seja, a tutela do direito social em questão não poderá ser eliminada por completo.

O Supremo Tribunal Federal, quando chamado a decidir, na arguição de descumprimento de preceito fundamental 45 (ADPF 45), sobre a possibilidade de redução da proteção de direito social em razão da superveniência de restrições orçamentárias – a chamada *reserva do possível* –, reconheceu a gradualidade do processo de concretização desses direitos, bem como seu inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado.

No entanto, entendeu o Tribunal que a restrição orçamentária em questão somente justificará redução na proteção de direitos sociais se sua origem não for artificial, isto é, se não decorrer de indevida manipulação do orçamento.

Em outra oportunidade, no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário n. 727.864, relatado pelo Ministro Celso de Mello, que cuidou, especificamente, sobre a concretização do direito social fundamental à saúde, restou assentado que o princípio da proibição do retrocesso é um parâmetro constitucional de validade dos atos e omissões estatais:

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese – de todo inócua na

espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. (BRASIL, 2014).

Sobre eventuais restrições orçamentárias e a concretização do direito à saúde, o Tribunal consignou, no mesmo acórdão, a impossibilidade de se premiar o administrador público que gerencia mal o orçamento, ou que deixa de dar à saúde a prioridade devida em face da Constituição Federal, com a sua desresponsabilização, acatando a alegação de reserva do possível, de um lado, e com a redução da proteção de um direito fundamental, de outro:

considerada a indiscutível primazia constitucional reconhecida à assistência à saúde, que a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de saúde pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a saúde dos cidadãos, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Estado, das normas inscritas nos arts. 196 e 197 da Constituição da República, que traduzem e impõem, ao próprio Estado, um inafastável dever de cumprimento obrigacional, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a direitos fundamentais da cidadania e que são, no contexto que ora se examina, o direito à saúde e o direito à vida. (BRASIL, 2014).

Observa-se, assim, que o STF, na mesma linha da doutrina, identifica no princípio da vedação do retrocesso social um limite à atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, vinculando-os à máxima realização dos direitos sociais e à manutenção do grau de proteção já alcançado. Bem por isso, à medida que os direitos sociais são concretizados, o dever estatal, que inicialmente era de ordem prestacional, converte-se em dever de abstenção.

Não por outro motivo o Tribunal considera que o retrocesso social traduz verdadeira dimensão negativa. É que, à medida em que o Estado cumpre com seu dever prestacional, de atuar positivamente, elaborando e implementando políticas

## **O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA**

públicas, ele passa a, progressivamente, ter o dever de se abster de praticar atos ou omissões que reduzam a proteção que a legislação e as políticas públicas implementadas garantem aos direitos sociais.

Daí o caráter relativo da liberdade de conformação do legislador e do administrador público no que toca à regulamentação desses direitos. Para o STF, o caráter programático das normas constitucionais que os veiculam, como é o caso da saúde, não autoriza as instituições públicas a fraudarem as justas expectativas da coletividade de que lhe serão garantidas as condições materiais mínimas de sobrevivência digna. E, se assim é, inexistente espaço amplo de discricionariedade para atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, ao menos naquilo que toca aos direitos sociais.

Atentando especificamente aos atos administrativos praticados pelo Poder Executivo, que nos interessam mais de perto, oportuno trazer à baila lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (1993). Para o autor, a discricionariedade é a margem de liberdade que a lei confere ao administrador público para que, dentro dos limites legais, promova a integração da norma jurídica segundo critérios subjetivos, buscando sempre os objetivos do ordenamento jurídico (MELLO, 1993).

Nesse sentido, não haveria ato propriamente discricionário, pois o administrador público estaria sempre vinculado ao menos à finalidade e à competência para prática do ato em questão (MELLO, 1993).

Possível verificar, desse modo, que quando se trata da implementação de direitos sociais, o administrador público tem sua margem de discricionariedade ainda mais limitada, devendo se conformar não apenas à finalidade e à competência que lhes são indicadas e conferidas pela lei, mas também ao princípio da vedação do retrocesso.

No processo gradual e progressivo de concretização dos direitos sociais, portanto, o administrador somente poderá optar por medidas que não importem na redução ou aniquilação da proteção a eles atualmente garantida.

Verifica-se, assim, que a ampliação da proteção legal e administrativa dos direitos sociais é inversamente proporcional à margem de discricionariedade do

administrador público. E não poderia ser diferente, afinal, quanto mais se amplia a eficácia jurídica e social desses direitos, mais o Estado se aproxima de seus objetivos – quais sejam, a máxima e efetiva concretização dos direitos sociais e da dignidade humana, além da redução das desigualdades. Não há, assim, motivo que legitime o Estado a caminhar em sentido reverso, afastando-se de seus objetivos, traçados, de forma imperativa, pela Constituição Federal.

Possível concluir, dessarte, que a vedação do retrocesso social é princípio implícito que reafirma o caráter normativo, vinculante e cogente dos direitos fundamentais em relação ao Estado, desempenhando papel importante na proteção e manutenção do arranjo constitucional brasileiro.

É em razão desse princípio que se identifica arcabouço normativo de natureza jusfundamental, que abarca todas as normas, constitucionais e infraconstitucionais, que visam à implementação desses direitos. Eventual inobservância desse arcabouço implica em violação constitucional, na medida em que reduz a eficácia jurídica e social do Texto Maior.

Nesse sentido, diz-se que o princípio da vedação do retrocesso social vincula a atuação do legislador e do administrador público, os quais deverão atentar não apenas ao programa fixado pelo constituinte, mas também para as diretrizes e objetivos que são adicionados por lei e demais atos regulamentares, bem como para as prestações sociais efetivamente realizadas.

Ao retirar a implementação dos direitos sociais do âmbito de disposição dos órgãos estatais, o princípio da vedação do retrocesso impede que direitos adquiridos sejam extirpados do patrimônio jurídico da cidadania dos indivíduos, reforçando a obrigação de resultado imediata imposta ao Estado, consistente na adoção de postura ativa, efetiva e constantemente orientada à satisfação de seus objetivos, sobretudo a redução das desigualdades e concretização da dignidade humana.

#### **4 DOS DEVERES DO ESTADO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

## **O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA**

O direito à saúde é enunciado como um direito fundamental no art. 6º da Constituição Federal, tendo sua densidade normativa mais bem pormenorizada no título referente à ordem social, notadamente nos arts. 196 a 200, CF/88.

A ordem social compreende o sistema de seguridade social (arts. 194 a 204, CF/88), a educação, cultura e desporto (arts. 205 a 217, CF/88), a ciência, tecnologia e inovação (arts. 218 a 219-B, CF/88), a comunicação social (arts. 220 a 223, CF/88), o meio ambiente (art. 225, CF/88), a família, criança, adolescente e idoso (arts. 226 a 230, CF/88) e os índios (arts. 231 a 232, CF/88). Segundo Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2015), a minúcia com a qual a Constituição trata desses direitos, regulamentando questões que, a rigor, ficariam a cargo da legislação infraconstitucional, revela um alto grau de desconfiança do constituinte nas instituições.

Trata-se de uma clara opção do constituinte de desenhar as bases das políticas públicas a serem implementadas, a fim de não as deixar dependentes da boa vontade dos legisladores e administradores públicos, reduzindo a discricionariedade destes sobre a matéria, e fortalecendo a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

No caso específico da saúde, possível observar que o constituinte não se limitou apenas à enunciação do direito e ao estabelecimento de diretrizes a serem seguidas pelos legisladores e administradores públicos para a sua implementação. Mais do que isso, ocupou-se de efetivamente desenhar a política pública de saúde brasileira, criando o Sistema Único de Saúde e fixando os seus objetivos (art. 198, CF/88), inclusive predeterminando, excepcionalmente, qual a porcentagem do orçamento dos entes políticos que deve ser destinada às políticas públicas na área (art. 198, §§ 1º a 3º, CF/88), estabelecendo algumas de suas atribuições (art. 200, CF/88), e autorizando, também, a participação complementar da iniciativa privada (art. 199, CF/88).

Tais normas, como se pode observar, criam plêiade de deveres e tarefas para o Estado, vinculando o legislador e o administrador público no momento de regulamentação do Sistema Único de Saúde e da prestação concreta da assistência na

área. De todo modo, como apontado no item anterior deste trabalho, em razão da constitucionalização dos direitos sociais e da vedação do retrocesso, princípio constitucional implícito, mesmo as normas programáticas traduzem obrigações de resultado imediatos, vinculando a atuação dos legisladores e administradores públicos.

É o caso, por exemplo, dos arts. 196 e 197, CF/88, os quais obrigam o Estado a elaborar e implementar políticas públicas de saúde, a serem executadas diretamente pelos órgãos estatais, em conformidade com os princípios do acesso universal e igualitário, para promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos.

Além de observar o programa de saúde veiculado por esses dispositivos constitucionais, por força do princípio da vedação do retrocesso social, os legisladores e administradores públicos têm o dever de se orientar pela máxima efetividade do direito à saúde. Sua obrigação é elaborar e implementar políticas públicas que ampliem a proteção dessa necessidade básica à manutenção da vida e da dignidade humanas, sendo vedadas, em princípio, quaisquer medidas, mesmo as de índole infraconstitucional, que reduzam ou extingam a proteção ao bem jurídico fundamental, já que os poderes constituídos, embora tenham competência para ampliar a eficácia e a efetividade dos direitos sociais, como visto, deles não podem dispor.

Tendo esse panorama em vista, passaremos agora ao exame dos deveres que o Estado brasileiro tem no que tange ao direito à saúde, dando especial enfoque às obrigações relativas à prevenção de doenças, que nos interessam mais de perto.

A saúde compõe o sistema de seguridade social (art. 194, *caput*, CF/88), que consiste em instrumento estatal especificamente voltado à proteção das necessidades sociais básicas, individuais e coletivas, por meio do qual o Estado se obriga “a garantir que nenhum de seus cidadãos fique sem ter satisfeitas suas necessidades sociais mínimas” (HORVATH JUNIOR, 2014, p. 123). É a partir do desenho desse sistema – em grande parte realizado pelo próprio constituinte, como apontamos – que o Estado brasileiro estabelece, visando ao bem-estar e a justiça sociais (art. 1º, III, e art. 3º, III, CF/88), a tutela de base, isto é, o mínimo social nacional.

## O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

O fato de a saúde compor o sistema de garantias do mínimo social nacional apenas reforça a impossibilidade de redução da amplitude da proteção conferida pelo Estado a esse direito. Afinal, essa proteção é o piso das prestações de saúde às quais os cidadãos têm direito. Vale destacar, nesse sentido, que o direito à saúde encontra estreita vinculação com o direito à vida, sendo condição indispensável à efetivação da dignidade humana. Como aduz Ingo W. Sarlet (2016), “a dignidade atribuída ao ser humano é essencialmente da pessoa humana viva” (SARLET, 2016, p. 624).

Nesse sentido, eventual redução do patamar mínimo de garantias da saúde implica, inevitavelmente, na redução da dignidade humana, o que é vedado ao Estado. Seus esforços, portanto, devem ser sempre no sentido de ampliar a proteção à saúde.

Não por outro motivo, entende-se que o reconhecimento de um direito subjetivo – individual ou coletivo – a prestações materiais no âmbito da saúde, passível de ser deduzido diretamente do Texto da Constituição, é corolário da própria previsão do direito à saúde como direito fundamental (SARLET, 2016).

Imperioso destacar, no ponto, que o art. 196 da CF/88 impõe ao Estado um claro dever de garantir saúde para todos, isto é, de respeitar o princípio do acesso universal e igualitário à saúde. O acesso universal significa que a condição humana é suficiente para que um indivíduo tenha direito à saúde e direito de acesso aos serviços e prestações a ela relativos. O acesso igualitário, por sua vez, decorre do direito à vida, igualmente garantido a todos os cidadãos, e diz respeito à necessidade de atendimento integral de todos, na medida de sua necessidade, sendo autorizadas discriminações positivas, a fim de garantir a quem tiver mais necessidades, maior acesso às prestações (HORVATH JUNIOR, 2014).

Ademais, o atendimento de saúde deverá ser integral (art. 198, II, CF/88), compreendendo tanto ações preventivas como curativas (art. 7º, II, Lei n. 8.080/90). Diferentemente da previdência e assistência sociais, os outros dois direitos que compõem o sistema de seguridade social, à saúde não se aplicam os princípios da seletividade e da distributividade. Em razão da previsão constitucional de atendimento integral, não cabe ao Estado selecionar prioridades, na medida em que ele se

comprometeu a reduzir os riscos e as complicações advindas das doenças (HORVATH JUNIOR, 2014).

A saúde é definida pelo Protocolo de San Salvador como o estado de completo bem-estar físico, social e mental, não se reduzindo, portanto, à mera ausência de dores e enfermidades. Nesse sentido, a garantia constitucional da *saúde para todos*, titularizada pelos indivíduos que estejam em território nacional, obriga o Estado a não apenas suprimir todos os obstáculos que impeçam a fruição, pelas pessoas, de completo bem-estar, mas também fomentar continuamente a melhoria da qualidade de vida dos cidadãos (HORVATH JUNIOR, 2014).

Não à toa, o constituinte predeterminou como uma das prioridades das prestações estatais de saúde, o desenvolvimento de atividades de caráter preventivo (art. 198, II, CF/88). Ao Estado cabe, por certo, agir para recuperar a saúde dos cidadãos e suprimir os obstáculos que se lhes apresentam e impedem que gozem de um estado de bem-estar completo. Mas não só: o Estado também está obrigado a promover e proteger a saúde dos indivíduos, a fim de evitar ou reduzir as chances de comprometimento de sua higidez e sua integridade pelos riscos impostos pela vida em sociedade (HORVATH JUNIOR, 2014).

Quando se fala, portanto, na garantia de saúde para todos, estamos a nos referir não apenas às ações de ordem curativa, mas também às ações de ordem preventiva. A prevenção é um dos pilares da garantia do mínimo social nacional e não pode ser negligenciada pelo Estado, mesmo tendo em conta que dela – e apenas dela – brota quadro de bem-estar físico e mental.

As ações preventivas ganham especial relevo quando examinamos a saúde sob a perspectiva coletiva, que se caracteriza pelo estabelecimento de marcos mínimos de defesa e fiscalização da saúde pública. Afinal, a garantia da dignidade humana e da vida depende de um adequado grau de proteção do bem-estar coletivo, de modo que os indivíduos não padeçam por doenças evitáveis ou morram prematuramente (ALVES, 2018). É dever do Estado, nesse sentido, garantir não apenas possibilidades adequadas

## **O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA**

de recuperação de enfermos, mas viabilizar as condições sanitárias necessárias e possíveis para impedir o adoecimento da população.

O Texto Constitucional, ao estabelecer em seu art. 200, exemplificativamente, as atividades a serem desenvolvidas pelo SUS, dá especial ênfase às ações preventivas. Dentre as providências ali citadas estão o controle e a fiscalização de procedimentos e produtos, bem como de alimentos, medicamentos e demais substâncias de interesse da saúde, execução de ações de vigilância sanitária, epidemiológica e de saneamento básico.

Observa-se assim que, preocupado com a possibilidade de os legisladores e administradores públicos se limitarem a concretizar o direito à saúde em sua dimensão curativa, o constituinte optou por vincular ao SUS uma série de ações de ordem preventiva, sublinhando, especialmente no art. 198, II, CF/88, o caráter prioritário de tais providências.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), firmado no âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos e incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro como norma supralegal, prevê, em seu art. 12, o direito dos indivíduos à saúde física e mental, bem como o dever dos Estados signatários, dentre eles o Brasil, de assegurar o pleno exercício desse direito, mediante prestações positivas, a exemplo da “prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças” (art. 12, inciso 2, “c”, PIDESC).

O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CDESC), responsável pela interpretação oficial do PIDESC, em seu Comentário Geral n. 14 (2000), no qual examinou o teor do art. 12 supramencionado, apontou que os Estados têm o dever específico e contínuo de caminhar de modo eficaz e célere em direção à concretização de todos os direitos previstos no Pacto, mencionando, como exemplo de descumprimento das obrigações dele decorrentes, a falha em viabilizar a vacinação contra as doenças locais mais infecciosas.

Além disso, o CDESC (2000) destacou que é vedado o retrocesso no que diz respeito às medidas relativas à concretização do direito à saúde. Eventual redução do grau de proteção desse direito depende da comprovação, pelo Estado, de que tomou todas as medidas possíveis para evitar a decisão mais drástica, bem como que, dentro do cenário considerado amplamente, continua a adimplir os termos do Pacto.

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Protocolo de San Salvador, adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (igualmente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro como norma supralegal), prevê, em seu art. 10, o direito dos indivíduos ao mais alto nível de bem-estar físico, mental e social, bem como o dever dos Estados signatários de disponibilizarem atendimento primário universal, total imunização contra doenças infecciosas e prevenção e tratamento das doenças endêmicas.

Na seara legislativa interna, além da Constituição Federal e da Lei 8.080/90 (Lei do SUS), que obrigam o Estado a atuar positivamente na prevenção de doenças, cabe citar a Lei 6.259/75, que organiza as ações de vigilância epidemiológica no País. De acordo com referida lei, cabe ao Ministério da Saúde a coordenação das ações relativas ao controle de doenças transmissíveis, cuja realização será feita pelo conjunto dos serviços de saúde habilitados (arts. 1º e 2º, Lei 6.259/75).

Seguindo a organização regionalizada e hierarquizada do SUS (arts. 198, CF/88; 4º e 7º, IX, da Lei 8.080/90), a vigilância epidemiológica é coordenada por órgão vinculado à União, ao qual incumbe organizar as informações necessárias à programação e à avaliação das medidas de controle de doenças, bem como elaborar o Programa Nacional de Imunizações – PNI (art. 3º, Lei 6.259/75).

O PNI é o programa que define as vacinações a serem aplicadas em território nacional, inclusive as de caráter obrigatório, devendo coordenar a execução das agendas de vacinação pelas secretarias estaduais e municipais de saúde (art. 4º, § 1º, Lei 6.259/75). Trata-se de programa anualmente atualizado, que tem como “principal pilar a disponibilização, a todos os cidadãos brasileiros, de todas as vacinas obrigatórias presentes no calendário da Organização Mundial de Saúde” (MELLO, 2020, p. 311),

## **O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA**

gerando, assim, um direito público subjetivo, titularizado por todos os cidadãos, a serem beneficiados com a cobertura vacinal (MELLO, 2020).

Possível observar, assim, que todo o arcabouço normativo brasileiro protege de forma ampla o direito à saúde, inclusive em sua dimensão coletiva e preventiva. A fim de garantir a execução de políticas públicas preventivas, tratou o constituinte de incluí-las dentre as atribuições do SUS, vinculando, por conseguinte, a regulamentação infraconstitucional e a execução das políticas públicas de saúde.

Nunca é demais recordar que a regulamentação e implementação de políticas públicas pelos legisladores e administradores públicos restringe progressivamente a sua própria discricionariedade. Isso porque o princípio da vedação do retrocesso social impede que haja redução ou eliminação da proteção de direitos fundamentais. Uma vez ampliada a eficácia jurídica e a efetividade dos direitos sociais, como é o caso da saúde, surge para o Estado, em relação àquilo que está atualmente garantido, um dever negativo, que consiste em se abster de atuar de modo a reduzir ou eliminar a sua proteção.

Assim, no momento em que teve início a pandemia de COVID-19, o Brasil possuía uma legislação e uma política pública de saúde bem estruturadas e bastante protetivas, que garantem aos brasileiros o direito à imunização tempestiva contra a doença.

### **5 A IMUNIZAÇÃO CONTRA A COVID-19 E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO**

A pandemia de COVID-19 vem exigindo uma série de variados esforços do Estado para que haja adequada proteção e preservação da vida e da saúde dos brasileiros. Por se tratar de doença altamente contagiosa, para a qual ainda não existe tratamento medicamentoso, a distribuição adequada das vacinas adquire um caráter especialmente fundamental na prevenção e na contenção da circulação do vírus em território nacional.

Em vista disso, e à luz de todo o exposto acerca do princípio da vedação do retrocesso social, bem como dos direitos dos cidadãos e deveres do Estado no que toca à saúde, sobretudo às ações de caráter preventivo, passaremos a analisar se as ações tomadas até agora no Brasil para a imunização coletiva estão em consonância com o estipulado pelo constituinte.

É de conhecimento comum a inexistência, no país e com disponibilidade imediata, da totalidade de doses necessárias à imunização de todos os cidadãos. Conquanto este fato impeça, na prática, que a vacinação se dê na velocidade ideal para mitigar os efeitos nocivos que a COVID-19 vem causando, não é apto a isentar o Estado brasileiro de atuar para garantir, progressivamente e na medida do possível, a vacinação de todos.

Analisando o Plano Nacional de Imunização apresentado pela União (BRASIL, 2021b), é possível verificar, por exemplo, que alguns dados que seriam fundamentais para o planejamento a longo prazo da vacinação não foram apresentados. No documento, são traçadas estimativas acerca da quantidade de doses necessárias à imunização de cada grupo etário ou prioritário, mas não é informado o número de doses efetivamente compradas, a previsão de entrega das remessas adquiridas, e nem mesmo a quantidade que será disponibilizada a cada Estado em cada período, ou o calendário unificado de vacinação.

Outrossim, não contribuem para a efetividade do direito à saúde políticas negacionistas, que levaram o Estado brasileiro a postergar, de forma injustificável, a celebração de contratos para a aquisição de insumos e de vacinas, tudo a tornar socialmente instável e incerta a efetiva imunização com a cobertura ampla que advém das normativas internacionais e internas acima delineadas.

Esse cenário, somado ao fato de que as vacinas que compõem o Plano Nacional de Imunização ou são produzidas no exterior, ou dependem de insumos ou materiais enviados por outros países ao Brasil, impede que se tenha um mínimo de segurança na execução do PNI.

## **O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA**

Tem sido corriqueiro o anúncio, pelas autoridades do Poder Executivo, de que em uma data específica será disponibilizado certo número de vacinas e, dias ou semanas depois, a informação retificada, revelando que a quantidade de doses à disposição da população é inferior à inicialmente noticiada (BARIFOUSE, 2021).

Além de tal prática importar na quebra da justa confiança que os cidadãos deveriam devotar às instituições públicas, um dos alicerces da existência do próprio Estado Democrático de Direito, ela também impacta negativamente na execução da vacinação. Isso porque, ao contarem com a disponibilização de novas doses, os agentes de saúde dão sequência às vacinações, muitas vezes liberando-as para novos grupos etários ou de prioridade. Assim, quando as novas doses não chegam, os administradores públicos se veem obrigados a suspender temporariamente a vacinação por completo, frustrando as legítimas expectativas sociais.

De se mencionar, ainda, a orientação dada por alguns administradores públicos aos seus agentes de saúde, no sentido de não guardarem a segunda dose da vacina para ser aplicada àqueles que já tomaram a primeira, contando com a posterior chegada de mais doses. Quando tais doses não são disponibilizadas, pessoas que já haviam tomado a primeira dose têm o seu acesso à vacinação integral obstruído (BARIFOUSE, 2021).

Vale destacar, nesse sentido, que o PNI é bastante claro quanto à necessidade de se aplicar a segunda dose. Segundo o documento, “a vacinação deverá respeitar os intervalos recomendados para cada fabricante para assegurar a melhor resposta imune”. Isso porque “atrasos em relação ao intervalo máximo recomendado para cada vacina devem ser evitados uma vez que não se pode assegurar a devida proteção do indivíduo até a administração da segunda dose” (BRASIL, 2021b, p. 35).

Não há dúvidas, portanto, de que, em matéria de imunização contra a COVID-19, o dever estatal de proteção à saúde de modo preventivo e integral se traduz sobretudo no fornecimento, aos cidadãos, das duas doses da vacina dentro do intervalo máximo recomendado pelos seus respectivos fabricantes.

Corroborar esse entendimento a decisão proferida pelo Ministro Ricardo Lewandowski do STF, na Medida Cautelar na Reclamação 46.965- RJ, na qual restou consignado que os administradores públicos não podem promover alterações nos planos de imunização se isso implicar no atraso para além do máximo recomendado pelos fabricantes de vacinas, da aplicação da segunda dose naqueles que já foram contemplados com a primeira. Segundo o Ministro, a não aplicação da segunda dose dentro do prazo esperado frustra a legítima confiança do administrado, além de configurar, em tese, improbidade administrativa.

Observa-se, assim, que, quando se anuncia a futura disponibilização de uma determinada quantidade de doses e isso não se concretiza, ou quando se atrasa a aplicação da segunda dose da vacina para além daquilo que os fabricantes recomendam, há evidente e inequívoco retrocesso social.

No primeiro caso, se não há a paralisação completa da vacinação, há no mínimo um atraso na disponibilização das doses para os grupos etários que ainda aguardam ser imunizados. Isso por si só representa um retrocesso, na medida em que frustra a confiança dos cidadãos nas instituições e órgãos estatais, confiança esta que é, como vimos, um dos fundamentos do princípio da vedação do retrocesso social.

No segundo caso, além da violação à proteção da confiança, a não aplicação da segunda dose dentro do limite máximo autorizado pelos fabricantes das vacinas fere o direito subjetivo individual à imunização completa do cidadão que já havia tomado a primeira dose. Fere, ainda, o direito da coletividade a ver reduzidas as chances de contaminação com o vírus e, portanto, a não padecer por doenças evitáveis.

Ao anunciar a disponibilização de uma determinada quantidade de vacinas, o Estado se obriga a fornecê-las à população, criando um novo patamar de mínimo social para os grupos que a elas teriam acesso. Quando isso não se concretiza, o Estado está fazendo retornar o grau de proteção à saúde daqueles grupos ao patamar anterior, bem como reduzindo a eficiência da própria política de imunização, cujo sucesso depende da rápida vacinação de cerca de 90% da população, segundo o PNI apresentado em janeiro pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2021a).

## **O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA**

Vale destacar aqui que não se tratam tais hipóteses de reversibilidade fática. Conforme já tivemos oportunidade de destacar, a reversibilidade fática se caracteriza pela inexistência de elemento fundamental à concretização de um direito social. No caso em análise, contudo, a indisponibilidade de vacinas se deve, como demonstramos, à gestão inadequada, por parte do Poder Executivo, dos bens materiais que tem disponíveis para promover a imunização da população.

Nesse sentido, de se recordar trecho do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Extraordinário n. 727864, já mencionado anteriormente, em que registrou:

a ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos do cidadão, a incapacidade de gerir os recursos públicos, a incompetência na adequada implementação da programação orçamentária em tema de saúde pública, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a saúde dos cidadãos, a inoperância funcional dos gestores públicos na concretização das imposições constitucionais estabelecidas em favor das pessoas carentes não podem nem devem representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, notadamente pelo Estado, das normas inscritas nos arts. 196 e 197 da Constituição da República, que traduzem e impõem, ao próprio Estado, um inafastável dever de cumprimento obrigacional, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a direitos fundamentais da cidadania e que são, no contexto que ora se examina, o direito à saúde e o direito à vida. (BRASIL, 2014).

Não foi por outro motivo que o Ministro Ricardo Lewandowski do STF, na Medida Cautelar na Reclamação 46.965- RJ, anotou a responsabilidade dos administradores públicos pelos problemas que ocorrerem na execução do programa de imunização.

Se no início da pandemia era possível falar na ocorrência de reversibilidade fática atrelada ao dever estatal de garantir o direito à saúde e, mais especificamente, à prevenção, em razão do fato de ainda não terem sido inventadas as vacinas contra a

COVID-19, agora que elas existem o Estado está obrigado a atuar de todas as formas possíveis para viabilizar a imunização de sua população em lapso temporal razoável.

E, se assim o é, quaisquer percalços que ocorram até que todos os cidadãos tenham tido acesso às vacinas devem ser presumidos como retrocesso social.

## 6 CONCLUSÃO

A vedação do retrocesso social é princípio constitucional implícito que impede que a proteção dos direitos sociais alcançada seja reduzida ou eliminada pelo Estado sem a adoção de medidas compensatórias. Vincula, por isso, a atuação do legislador e do administrador público, os quais, no momento de promover a integração das normas constitucionais, devem atentar não apenas para os objetivos e diretrizes constitucionais, mas também para toda a regulamentação infraconstitucional voltada à implementação de políticas públicas por eles mesmos traçadas.

É que, sendo as normas constitucionais de direitos sociais, como regra, programáticas, a atuação dos legisladores e administradores públicos acaba por ampliar a sua eficácia jurídica e a sua efetividade. Nesse sentido, essas normas integradoras dos comandos constitucionais compõem um arcabouço jurídico de natureza jusfundamental, que integra o patrimônio jurídico da cidadania dos indivíduos.

Desse modo, ao contrário do que se poderia pensar, o fato de o legislador e o administrador público ampliarem a eficácia jurídica e social dos direitos sociais não os autoriza a deles disporem, podendo vir a reduzir-lhes o alcance futuramente. Em verdade, em matéria de direitos sociais, a ampliação de sua proteção jurídica e de seu grau de concretização é inversamente proporcional à margem de discricionariedade dos Poderes Legislativos e Executivos.

Isso porque o dever estatal que antes consistia em um agir positivo, aos poucos, progressivamente, transmuta-se em um dever de abstenção relativamente àquilo que foi implementado por meio das prestações positivas.

## **O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA**

Reconhecer o princípio da vedação do retrocesso social e, portanto, a obrigação dos poderes constituídos de atuarem sempre orientados pela máxima efetividade dos direitos sociais, não significa ignorar que a implementação e proteção integrais dos direitos sociais não pode ser feita cabalmente de forma imediata. Importa, em verdade, no reconhecimento de que a regra deve ser a ampliação do grau de proteção dos direitos fundamentais, sendo a sua redução admitida apenas excepcionalmente.

Em matéria de direito à saúde, o Estado brasileiro está obrigado a garantir acesso universal e igualitário às políticas públicas sanitárias, devendo priorizar as ações preventivas. Dentre elas o constituinte elencou as ações de vigilância epidemiológica e o controle de doenças transmissíveis. A coordenação dessas ações fica a cargo do Ministério da Saúde, mas a sua execução é descentralizada, podendo ser realizada também por agentes sanitários dos Estados, Distrito Federal, Municípios e, mesmo, por funcionários de entidades privadas.

Como parte da função de coordenação das ações de vigilância epidemiológica, cabe ao Ministério da Saúde elaborar o Plano Nacional de Imunizações (PNI), que organiza o calendário de vacinação nacional, garantindo aos cidadãos brasileiros acesso a todas as vacinas obrigatórias.

Possível observar, assim, que quando teve início a pandemia de COVID-19, o Brasil já possuía uma legislação e uma política pública de saúde bem estruturadas e bastante protetivas, que garantiam, inclusive, o direito dos brasileiros à imunização completa e tempestiva contra a doença.

Conquanto a indisponibilidade imediata da totalidade de doses que devem ser aplicadas para que se garanta a imunização de toda a população brasileira seja, de fato, um problema a ser enfrentado pelo Estado, ele não o isenta da obrigação de atuar preventivamente contra a doença.

A implementação integral dos direitos sociais, como é o caso da saúde, demanda tempo e recursos, de modo que o que se exige do Estado é uma atuação contínua e progressiva, orientada pela máxima efetividade do direito fundamental em

questão. Assim, cabe ao Estado, na medida do possível, promover a vacinação dos brasileiros.

O que se tem observado, contudo, é que, mesmo considerado o quadro fático atual, o Estado tem falhado em garantir aos cidadãos esse direito à imunização completa. Isso porque, primeiramente, o PNI apresenta apenas estimativas sobre a quantidade de vacinas e insumos necessários à imunização dos habitantes do país. Não há, contudo, informações acerca do número de doses efetivamente compradas pela União e nem de que modo e em que quantidade serão distribuídas para os Estados e Municípios.

Ademais, tem sido corriqueiro o anúncio sobre a disponibilização de um determinado número de vacinas, que posteriormente não se concretiza, provocando, em muitos casos, a paralisação da vacinação e até mesmo a não aplicação da segunda dose dentro do prazo máximo estipulado pelo fabricante do fármaco em quem já recebeu a primeira.

Tais práticas implicam na redução da proteção do direito à saúde, na medida em que reduzem o impacto positivo que a prevenção pela via da vacinação provoca na diminuição da circulação do vírus, violam o direito ao atendimento de saúde universal e igualitário, e ainda ferem a confiança que os cidadãos depositam nas instituições estatais. Trata-se, a toda evidência, de um conjunto de práticas que provoca retrocesso social em matéria de imunização, que decorre, ao que tudo indica, da má gestão, pelos Poderes Executivos, dos recursos materiais e financeiros de que dispõem para atuarem preventivamente contra a pandemia.

Como consequência desse retrocesso social, podemos ter a responsabilização dos administradores públicos como incursos em improbidade administrativa, como apontou o STF no julgamento da Medida Cautelar na Reclamação 46.965- RJ, bem como a condenação das Fazendas Públicas, em processos judiciais, na obrigação de fazer consistente em fornecer tempestivamente as duas doses das vacinas, observando os parâmetros fixados no julgamento da ADPF 45, centralizando, por conseguinte, a coordenação da execução do PNI no STF, como já vem ocorrendo (confira-se, a

## O RETROCESSO SOCIAL NA DISTRIBUIÇÃO DE VACINAS CONTRA A COVID-19 NO BRASIL - MOTAURI CIOCCHETTI DE SOUZA e ANA BEATRIZ RIBEIRO DAVID VALERY MIRRA

propósito, o julgamento das ADIs 6.341-MC-Ref/DF, 6.343- MC-Ref/DF, 6.362/DF, 6.587/DF e 6.586/DF e da ADPF 754-MC-Ref/DF).

### REFERÊNCIAS

ALVES, Aline Jurca Zavaglia Vicente. Saúde de qualidade. *In*: BALERA, Wagner e SILVA, Roberta da (Org.). *Comentários aos objetivos de desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Verbatim, 2018.

BARIFOUSE, Rafael. Covid-19: os erros que levaram centenas de cidades a suspender vacinação por falta de 2ª dose. *BBC News Brasil*, São Paulo, 30 abr. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56952234>. Acesso em: 04 maio 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2a. Turma). *ARE 727864 AgR/PR*. Recurso Extraordinário Com Agravo (Lei Nº 12.322/2010) – custeio, pelo estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do sus atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública – dever estatal de assistência à saúde e de proteção à vida resultante de norma constitucional – obrigação jurídico-constitucional que se impõe aos estados [...]. Relator(a): Celso De Mello, julgado em 04 nov. 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7218726>. Acesso em: 04 maio 2021.

BRASIL. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Plano nacional de operacionalização da vacinação contra a Covid-19*. 4. ed. Ministério da Saúde: Brasília/DF, 2021a. Disponível em: [https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2021/janeiro/29/PlanoVacinaoCovid\\_ed4\\_15fev21\\_cgpmi\\_18h05.pdf](https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2021/janeiro/29/PlanoVacinaoCovid_ed4_15fev21_cgpmi_18h05.pdf). Acesso em: 04 maio 2021.

BRASIL. Secretaria de Vigilância em Saúde. *Plano nacional de operacionalização da vacinação contra a Covid-19*. 5. ed. Ministério da Saúde: Brasília/DF, 2021b. Disponível em: [https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2020/dezembro/16/plano\\_vacinacao\\_versao\\_eletronica-1.pdf](https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2020/dezembro/16/plano_vacinacao_versao_eletronica-1.pdf). Acesso em: 04 maio 2021.

CDESC. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Comentário Geral n. 3*, 1990. Disponível em:

<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html>, Acesso em: 13 maio 2021.

CDESC. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Observation Générale No. 14*, 2000. Disponível em: <https://www.right-to-education.org/fr/resource/comit-des-droits-conomiques-sociaux-et-culturels-observation-g-n-rale-no14-le-droit-au>. Acesso em: 13 maio 2021.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *Cidadania, direitos humanos e educação*. São Paulo: Almedina, 2019.

MELLO, Cecília. Expectativas sobre uma vacina contra o vírus da COVID-19: algumas reflexões jurídicas e sociais. *Revista dos Tribunais*, v. 1022/2020, p. 307-325, dez/2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios estruturais da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo W. Dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G. e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2003.

WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2014.

**Artigo recebido em: 06/09/2021**

**Artigo aprovado em: 26/12/2021**

**A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA  
PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL**

***THE PROTECTION OF THE ATLANTIC FOREST AND THE  
PRINCIPLE OF NON-REGRESSION IN ENVIRONMENTAL  
LAW***

**MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO**

Mestre e Doutorando em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Especialista em Direito Imobiliário pela Universidade de Córdoba, Espanha e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMINAS. Registrador imobiliário em Araçatuba-São Paulo.

**TAINARA GOMES PENEDO**

Mestre em Direito Internacional pela Universidade Católica de Santos - UNISANTOS. Doutoranda em Direitos Humanos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Advogada e professora universitária.

## RESUMO

O estudo versa sobre a especialidade da Lei Federal nº 11.428/2006 – Lei da Mata Atlântica – em face do Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012). A questão surgiu quando o Ministério do Meio Ambiente tentou aprovar uma normativa administrativa afastando a incidência da Lei da Mata Atlântica com relação ao Código Florestal. Adotou-se como método de pesquisa a revisão da literatura no intuito de analisar a aparente antinomia entre as leis federais e, principalmente, estudar mais profundamente o princípio da proibição do retrocesso ambiental que, após o surgir no Direito Ambiental francês, vem ganhando singular importância nos tribunais e doutrina no Brasil. Buscou-se, também, comparar o regime protetivo geral do Código Florestal e da Lei da Mata Atlântica que possui proteção intensa e integral em algumas hipóteses, justificada pela fragilidade e especialidade do bioma, de forma que não se pode afastar a necessidade de reparação do dano em caso de desmatamento.

**Palavras-chave:** Mata Atlântica; Proteção jurídica; Código Florestal de 2012; Princípio da proibição do retrocesso ambiental.

## **ABSTRACT**

*The study deals with the specialty of Federal Law 11.428 / 2006 - Law of the Atlantic Forest - in relation to the Forest Code (Federal Law 12.651/2012). The question arose when the Ministry of the Environment tried to approve an administrative regulation removing the incidence of the Atlantic Forest Law in relation to the Forest Code. The literature review was adopted as a research method in order to analyse the apparent antinomy between federal laws and, mainly, to study more deeply the principle of non-regression in environmental law, which, after appearing in French environmental law, has been gaining singular importance in courts and doctrine in Brazil. We also sought to compare the general protective regime (Forest Code) and the Atlantic Forest Law, which has intense and comprehensive protection in some cases, justified by the fragility and specialty of the biome, so that the need to repair the damage in case of deforestation.*

**Keywords:** *Atlantic Forest. Legal protection. 2012 Forest Code. Principle of non-regression in environmental law.*

## **A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL – MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO e TAINARA GOMES PENEDO**

“No que resta - ainda esplendor - da mata Atlântica

Apesar do declínio histórico, do massacre  
De formas latejantes de viço e beleza.  
Mostra o que ficou e amanhã - quem sabe?  
acabará

Na infinita desolação da terra assassinada.  
E pergunta: "Podemos deixar  
Que uma faixa imensa do Brasil se esterilize,  
Vire deserto, ossuário, tumba da natureza?"

Carlos Drummond de Andrade (A Câmara Viajante)

### **1 INTRODUÇÃO**

O Ministro do Meio Ambiente publicou, na data de 06/04/2020 (BRASIL, 2020a), o Despacho 4.410/2020, que aprovou nova nota e parecer emitidos pela Advocacia-Geral da União (BRASIL, 2019b) e alterou o entendimento consolidado anteriormente sobre a especialidade da Lei Federal nº 11.428/2006 – Lei da Mata Atlântica – em face do Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012).

Com a decisão, a orientação normativa do Ministério do Meio Ambiente seria de que devem ser aplicados os artigos 61-A e 61-B do Código Florestal de 2012, que trata das áreas consolidadas (desmatadas para uso agropastoril) para as hipóteses de floresta atlântica. Os referidos dispositivos permitem atividades agropecuárias em áreas de preservação permanente consolidadas até 22 de julho 07 de 2008.

O artigo 5º, da Lei Federal nº 11.428/2006, prevê e exige a manutenção do tratamento legal conferido ao estágio de sucessão de regeneração da vegetação anteriormente à promoção do seu corte ou supressão não autorizados e, conseqüentemente, inviabiliza a aplicação das exceções à proteção ambiental constantes do Código Florestal de 2012 e qualquer pretensão de consolidação de ocupação desses espaços protegidos.

Em razão da forte repercussão na imprensa e, após a propositura de diversas ações, inclusive ação civil pública pelo Ministério Público e associações de proteção do meio ambiente, no dia 04/06/2020 (BRASIL, 2020b), o Ministério do Meio Ambiente revogou a decisão anterior, fazendo com que as ações perdessem o objeto. Não obstante, a problemática suscitada precisa de desenvolvimento porque a proteção da floresta atlântica é de importância única para a ciência, porquanto remanescem poucos fragmentos desse bioma, que é único no planeta.

O objetivo deste estudo científico será analisar os pontos levados à discussão sobre a prevalência ou não da Lei da Mata Atlântica sobre o Código Florestal, analisando não somente aspectos interpretativos (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), mas também princípios de Direito Ambiental. A abrangência do estudo não residirá, assim, na hipótese discutida no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, mas em aspectos mais amplos e gerais da aplicação dos diferentes dispositivos legais à luz dos princípios ambientais contidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da existência de suposta antinomia jurídica entre as normas supracitadas.

## **2 CÓDIGO FLORESTAL DE 2012**

### **2.1 Regime protetivo geral**

A Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, conhecida como o Código Florestal, estabelece expressamente “normas gerais sobre a proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal” (artigo 1º-A).

Configura um regime de proteção genérico para as propriedades imobiliárias particulares de todo o Brasil. Dentre as mudanças com relação ao Código Florestal revogado (1965), o Cadastro Ambiental Rural (CAR) indubitavelmente é uma das

## **A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL – MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO e TAINARA GOMES PENEDO**

principais inovações, criado no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente – SINIMA, o qual tem a finalidade de criar uma matriz ambiental única em todo o território nacional.

É preciso ressaltar que o Código Florestal de 2012 configura uma lei geral que não esgota a proteção ambiental nas propriedades imobiliárias, não sendo considerado um código de defesa da biodiversidade e possuindo claramente uma perspectiva ambiental vinculada ao agronegócio (FIGUEIREDO, 2013, p. 38), o que demanda uma análise sistemática da proteção ambiental constante dos diversos diplomas legais existentes.

Uma das maiores características do cadastro ambiental, a qual tem sido alvo de inúmeras críticas de ambientalistas, tem a ver com a sua natureza jurídica. O cadastro tem caráter meramente declaratório<sup>1</sup> e permanente (artigo 6º do Decreto Federal nº 7.830/2012) sendo que, enquanto não houver manifestação do órgão ambiental com relação a eventuais pendências ou inconsistências nas informações declaradas, será considerada efetivada e escoreita a inscrição do imóvel no CAR para todos os efeitos legais (§ 2º do artigo 7º do Decreto Federal nº 7.830/2012). É fato que a análise ou validação do cadastro ambiental é o principal problema da nova legislação porque demanda, além do aparelhamento tecnológico, uma estrutura organizada de pessoal com capacitação técnica, levando o sistema ambiental brasileiro a um colapso inevitável.

O Código Florestal disciplina, especialmente, dois espaços territoriais especialmente protegidos, quais sejam, as áreas de preservação permanente e as reservas florestais legais, institutos que propositalmente não serão esmiuçados no âmbito deste estudo, sendo, contudo, importante traçar o regime de proteção

---

<sup>1</sup> O caráter autodeclaratório do Cadastro Ambiental Rural (CAR) foi considerado em estudo realizado na Universidade Federal do Mato Grosso do Sul como a principal fragilidade do Código Florestal de 2012, constando-se de que de setenta e cinco grandes propriedades na região de Rondonópolis (MT), quarenta e nove proprietários declararam possuir áreas preservadas maiores do que observado em imagens de satélites (VACCHIANO, 2017).

de cada um. Consideram-se de *preservação permanente*, segundo o Código Florestal, a área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas (artigo 3º, inciso II). São espaços ambientais, geralmente de localização fixa, e o regime de proteção ambiental é intenso, não se permitindo, com algumas exceções, a utilização.

A reserva legal (florestal), por sua vez, é o espaço ambientalmente protegido mais importante do Brasil, representando 170 milhões de hectares de vegetação nativa e que corresponde a um pouco mais de 20% do território nacional ou três vezes o Estado da Bahia, evidente, assim, que a maioria das florestas existentes no país encontra-se em terras particulares. O regime de proteção ambiental da reserva legal é atenuado em razão da necessidade de conciliar o instituto com o desenvolvimento econômico e a sustentabilidade (artigo 3º, III, do Código Florestal de 2012). A regra é que toda a propriedade imobiliária rural tenha a reserva florestal legal, que pode variar de acordo com a região do Brasil, entre 20 e 80% (artigo 12, da referida lei).

## **2.2 O conceito de áreas consolidadas e a sua repercussão jurídica**

Os artigos 61-A e 61-B do Código Florestal de 2012 tratam de um regime de exceção da proteção jurídica máxima das áreas de preservação permanente, permitindo a continuidade de atividades agrossilvipastoris (aquelas que compõem a agricultura, pecuária e silvicultura), de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008, estabelecendo, ainda, um limite de recomposição especial para propriedades de até dez módulos fiscais, preenchidos determinados requisitos.

O conceito de *área rural consolidada* é estabelecido pelo próprio Código Florestal de 2012, afirmando que são áreas rurais "com ocupação antrópica

## **A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL – MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO e TAINARA GOMES PENEDO**

preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris, admitida, neste último caso, a adoção do regime de pousio” (artigo 3º, inciso IV).

O que se pretendeu com os referidos artigos foi *legalizar* o descumprimento das normas ambientais decorrentes do Código Florestal de 1965 (MACHADO, 2014, p. 881). Os artigos 61-A e 61-B, do Código Florestal de 2012, afastam a aplicação do princípio da correção ou reparação pelo usuário, permitindo o uso de referidas áreas. Cabe registrar que o regime de exceção criado pelas chamadas áreas rurais consolidadas também se estende à reserva florestal legal (artigo 66), sendo que o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade do regime de exceção das áreas consolidadas, o que afasta qualquer discussão jurídico-constitucional.

### **3 MATA ATLÂNTICA**

#### **3.1 Importância biológica**

A Mata Atlântica é um dos biomas mais importantes encontrados no Brasil, que está presente tanto na região litorânea, como nos planaltos e serras do interior, do Rio Grande do Norte ao Rio Grande do Sul. Ao longo de toda a costa brasileira, a sua largura varia entre pequenas faixas e grandes extensões, atingindo em média 200 km de largura.

A floresta atlântica configura um bioma, que consiste em uma grande unidade biótica com um conjunto de vida vegetal característico e facilmente reconhecido. Um bioma é identificado basicamente pela sua formação vegetal predominante, mas, como os animais dependem das plantas, cada bioma sustenta uma fauna característica. Assim, um conjunto de enormes ecossistemas com “fisionomias vegetais semelhantes em função desses aspectos microclimáticas são denominados biomas” (LOPES; ROSSO, 2017, p. 349).

A floresta atlântica, em razão da sua localização predominantemente costeira, desde o período da colonização foi objeto de destruição a ferro e fogo em todos os ciclos econômicos por mais de 500 anos (DEAN, 1996, p. 225). A floresta atlântica, como a amazônica, é tropical – inclusive a umidade é um fator importante para o seu desenvolvimento – e é a cadeia costeira de montanhas (serra do mar) que atua como barreira contra o vapor de água que vem do oceano (LOPES; ROSSO, 2017, p. 364).

O explorador alemão Alexander von Humbolt (WULF, 2016) a descrevia como uma “floresta sobre uma floresta”. As copas das árvores mais altas tocam-se umas nas outras, formando uma massa de folhas e galhos que impedem a passagem do sol. Na parte mais baixa, nascem e crescem arbustos, bambus, as samambaias gigantes, líquens que toleram menos luz, formando os chamados sub-bosques. É característica da floresta atlântica o crescimento de diversos tipos de cipós, bromélias, orquídeas e gavinhas. Finalmente, é importante mencionar que o piso da floresta é coberto por forrações, protegido pelas folhas e outros vegetais que caem das árvores ao longo do ano e servem de alimento para muitos insetos, outros animais e principalmente aos fungos, que são os principais responsáveis pelo processo de decomposição da floresta, de forma que é possível dizer que a floresta se alimenta dela mesma (CÂMARA, 2004).

A Mata Atlântica é uma das áreas mais ricas em biodiversidade e mais ameaçadas do planeta e considerada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como patrimônio nacional (artigo 225, § 4º, CRFB/88). Em 1991, o Brasil aprovou junto à UNESCO, a agência do sistema da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, sua primeira *Reserva da Biosfera*,<sup>2</sup> a da Mata Atlântica, tendo a diplomação ocorrido em 1992 (UNESCO, 2020).

---

<sup>2</sup> Reserva da Biosfera é um modelo de gestão integrada, participativa e sustentável dos recursos naturais criado pela Organização das Nações Unidas. A palavra “biosfera” se

## **A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL – MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO e TAINARA GOMES PENEDO**

É fato incontroverso que a floresta atlântica está seriamente ameaçada.<sup>3</sup> O resultado dos estudos e pesquisas científicos é a perda quase total das florestas originais intactas e a contínua devastação e fragmentação dos remanescentes florestais existentes, o que coloca a Mata Atlântica em péssima posição de destaque, como um dos conjuntos de ecossistemas mais ameaçados de extinção do mundo. De uma área original superior a 1,3 milhão de km<sup>2</sup> distribuída ao longo de 17 Estados brasileiros, haveria, hoje, apenas 8,5% de remanescentes florestais acima de 100 hectares do que existia originalmente e, somados todos os fragmentos de floresta nativa acima de 3 hectares, restaria atualmente 13,1% (FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA, 2020).

### **3.2 A proteção jurídica da Mata Atlântica (Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006)**

A primeira preocupação jurídica com relação à floresta atlântica ocorreu na Carta Régia de Portugal de 1797, cujo reino estava preocupado com a utilização excessiva dos recursos das madeiras (CÂMARA, 2004, p. 38). O direito mudou muito nos últimos séculos, não cabendo no âmbito deste estudo esmiuçar sua evolução histórica, de forma que propositalmente iniciar-se-á com a proteção estabelecida na Carta maior.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 225, § 4º, declara que a Mata Atlântica é patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. Passados dois anos da

---

refere a todos os elementos naturais que fornecem e permitem a vida na Terra, como o solo, a água e a atmosfera. Uma Reserva da Biosfera pode ser entendida, dessa forma, como uma área especialmente eleita para conciliar a conservação ambiental e o desenvolvimento humano sustentável.

<sup>3</sup> Luiz Alberto David Araujo ensina que, infelizmente, “a sociedade moderna traz em si um grau de degradação ambiental elevadíssimo” (ARAUJO; JUNES JÚNIOR, 2012, p. 552).

promulgação da Carta Maior, foi publicado o Decreto Federal nº 99.547, de 25 de setembro de 1990, que, em seu artigo 1º, expressamente proibia “por prazo indeterminado, o corte e a respectiva exploração da vegetação nativa da Mata Atlântica. [...]”

Posteriormente, foi publicado o Decreto Federal nº 750, de 10 de fevereiro de 1993, que, com critérios mais científicos, estabeleceu a primeira proteção normativa da floresta atlântica, proibindo o corte, a exploração e a supressão de vegetação primária ou nos estágios avançado e médio de regeneração da Mata Atlântica (artigo 1º), sendo que a supressão e a exploração de vegetação secundária, em estágio inicial de regeneração, seria regulamentada pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA.

A Lei da Mata Atlântica (nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006) dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica e cria como princípio basilar o *tratamento diferenciado da floresta atlântica* com relação ao corte, supressão e exploração da vegetação primária ou secundária (artigo 8º). Nesse sentido, existiu uma inovação jurídico-ambiental no tratamento da floresta atlântica, modificando parcialmente o regime de utilização da propriedade disciplinado até então pelo Código Florestal (FIGUEIREDO, 2004, p. 367).

A Mata Atlântica, assim, em duas hipóteses merece tratamento diferenciado: quando é primária ou secundária, neste caso, em estágios avançado e médio de regeneração (artigo 11 da LMA). Configura um real pressuposto para se iniciar qualquer procedimento legal que vise à pretensão de supressão da floresta atlântica com referidas características (GAIO, 2018, p. 173).

A definição dessas espécies de vegetação deve ser conferida pelo Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA (artigo 4º), o que configura uma dependência técnico-científica, sendo que referida classificação não sofrerá qualquer alteração em razão de incêndio, desmatamento ou qualquer outro tipo de intervenção não autorizada ou licenciada (artigo 5º). Paulo Affonso Leme

## **A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL – MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO e TAINARA GOMES PENEDO**

Machado enfatiza que o desmatamento não desnatura o regime de proteção especial da floresta atlântica, aliás, de nada adiantaria a proteção jurídica especial se a mera supressão da vegetação afastasse a incidência da lei especial (MACHADO, 2014, p. 929).

A Resolução CONAMA nº 388, de 23 de fevereiro de 2007 (BRASIL, 2007), convalidou as resoluções anteriores que definem as vegetações primária e secundária nos estágios inicial, médio e avançado de regeneração. A resolução Conama nº 10, de 1º de outubro de 1993 (BRASIL, 1993), traz as definições básicas de vegetação primária e secundária ou em regeneração. Vegetação Primária consiste na vegetação de máxima expressão local, com grande diversidade biológica, sendo os efeitos das ações antrópicas mínimos, a ponto de não afetar significativamente suas características originais de estrutura e de espécies (artigo 2º, I). Vegetação Secundária ou em Regeneração pode ser entendida como a vegetação resultante dos processos naturais de sucessão, após supressão total ou parcial da vegetação primária por ações antrópicas (atuação humana) ou causas naturais, podendo ocorrer árvores remanescentes da vegetação primária (artigo 2º, II).

Em linhas gerais, a supressão de vegetação de Mata Atlântica é autorizada excepcionalmente e em apenas alguns casos. O primeiro deles é em casos de utilidade pública relativo a atividades de segurança nacional e proteção sanitária, obras essenciais de infraestrutura de interesse nacional destinadas aos serviços públicos de transporte, saneamento e energia, bem como em casos de interesse social, em atividades imprescindíveis à proteção da integridade da vegetação nativa, de manejo agroflorestal sustentável e demais obras, planos atividades ou projetos definidos em resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA.

A parte final do artigo 11 da Lei nº 11.428/2006 (BRASIL), mais precisamente em seu inciso II, inovou na proteção do Bioma Atlântico ao proibir qualquer tipo de intervenção se o proprietário não estiver cumprindo as

obrigações relativas à reserva legal florestal e área de preservação permanente, hoje constantes do Código Florestal de 2012 (Lei nº 12.651). A limitação à supressão em áreas rurais está explicitada de forma clara nos artigos 20 a 25 da LMA (BRASIL, 2006; BRASIL, 2015), dividindo as restrições de acordo com a natureza jurídica da floresta atlântica.

Assim, sendo a área de *vegetação primária* ou *secundária em estágio avançado de regeneração*, o corte e a supressão da vegetação “somente serão autorizados em caráter excepcional, quando necessários à realização de obras, projetos ou atividades de utilidade pública, pesquisas científicas e práticas preservacionistas” (artigos 20 e 21).

Sendo a vegetação de mata atlântica *secundária em estágio médio de regeneração*, a proteção será a mesma que nas hipóteses anteriores, incluindo a exceção, permitindo-se a supressão

quando necessários ao pequeno produtor rural e populações tradicionais para o exercício de atividades ou usos agrícolas, pecuários ou silviculturais imprescindíveis à sua subsistência e de sua família, ressalvadas as áreas de preservação permanente e, quando for o caso, após averbação da reserva legal. (BRASIL, 2015).

### 3.3 Natureza jurídica da Mata Atlântica

A cobertura florestal é considerada bem imóvel por expressa disposição constante do artigo 79, do Código Civil,<sup>4</sup> de forma que integra o direito de propriedade. A regra geral constante do Código Florestal é a de que, respeitadas as áreas de preservação permanente e reserva legal, o excedente florestal é passível de, mediante o respectivo licenciamento ambiental, ser suprimido ou desmatado. No entanto, sendo uma vegetação atlântica, referida floresta está

---

<sup>4</sup> Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

## **A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL – MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO e TAINARA GOMES PENEDO**

afetada fortemente e seu regime jurídico é de total preservação, isso nas hipóteses de existir vegetação atlântica primária ou secundária em estágios médio ou avançado, não podendo, assim, o proprietário usufruir regularmente do uso do imóvel, malgrado permaneça como dono.

Os administrativistas foram os primeiros a estudar as limitações do direito de propriedade, e, utilizando os critérios e nomenclaturas de Hely Lopes Meirelles, *intervenção na propriedade privada* é “todo ato do Poder Público que compulsoriamente retira ou restringe direitos dominiais privados ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse públicos” (MEIRELLES, 1992, p. 505). Seguindo *intervenção na propriedade privada* como gênero, teria como espécies as desapropriações, as servidões administrativas, as requisições, as ocupações temporárias e as limitações administrativas.

Configura limitação administrativa a afetação de floresta de mata atlântica primária ou secundária em regeneração, não retirando, assim, a perda da propriedade. Não existe perda do direito de propriedade, mas sim uma restrição, não se podendo falar em desapropriação indireta (BRASIL, 2009). Desta forma, os efeitos da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006, caracterizam limitação administrativa, não subtraindo do proprietário os poderes inerentes ao domínio, motivo pelo qual não há que se falar em indenização.

Classificar a floresta atlântica simplesmente como limitação administrativa não mais é satisfatório com relação à evolução do direito, principalmente o ambiental. Maria Helena Diniz, ao analisar a natureza jurídica do meio ambiente ecologicamente equilibrado e hígido, enfatiza que, por ser bem de uso comum do povo (*res ommium*), não integra o patrimônio particular de qualquer pessoa física ou jurídica, sendo um bem de todos por ser essencial à sadia qualidade de vida. O Direito Ambiental possui a natureza jurídica de direito difuso, assumindo a feição de direito transindividual, tendo como titulares pessoas ligadas apenas por circunstâncias fáticas e podendo, portanto, ser

desfrutado por qualquer pessoa dentro das restrições impostas constitucionalmente (DINIZ, 2014b, p. 885).

Nas lições de Álvaro Luiz Valery Mirra, "o meio ambiente pertence, individualmente, a todos os indivíduos da coletividade e não integra, assim, o patrimônio do Estado. Para o Poder Público e -, logicamente, também para os particulares – o meio ambiente é sempre indisponível"" (MIRRA, 2002, p. 38). Com relação ao direito de propriedade, ocorre que as florestas e animais, protegidos expressamente no artigo 1.128, § 1º, do Código Civil, configuram uma categoria de bens pertencentes à sociedade como um todo (ALVIM NETTO, 2009, p. 218).

#### 4 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DE DIREITO AMBIENTAL

Larenz entendia os princípios como normas fundamentais para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem valores normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo normas de comportamento (LARENZ, 2009, p. 474). O aspecto funcional dos princípios é inquestionável, prestando relevante auxílio no *conhecimento* do ambiente jurídico, estabelecendo o que o sistema precisa para assim ser entendido, que são a coerência e a unidade, e transformando o acervo normativo com aspectos lógico e racional (MIRRA, 2011, p. 341).

O Direito Ambiental é rico em princípios, sendo certo que os elementares são chamados de *princípios estruturais*,<sup>5</sup> dentre os quais serão estudados, neste trabalho, o da proibição do retrocesso ambiental e o da correção ou reparação pelo usuário.

---

<sup>5</sup> Os princípios normalmente são confundidos com os objetivos ou finalidades do Direito Ambiental porque a diferença é sutil. Os princípios, ensina Andrés Betancor Rodríguez, "são regras sucintas que servem de fonte de inspiração da legislação, decisões judiciais e a atividades dos poderes públicos, inclusive iluminar a atividades dos particulares" (BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014, p. 245). Já os objetivos ou fins do Direito Ambiental são um resultado a se alcançar, mesmo que nunca se realizem.

#### **4.1 Princípio da proibição do retrocesso ambiental**

O princípio da proibição do retrocesso ambiental configura um direito fundamental do indivíduo e da coletividade. É a exteriorização da substância do Direito Ambiental que configura um direito humano intangível, que é a vida. Assim considerando, uma vez garantida pela legislação uma proteção ambiental relevante, ela se incorpora fundamentalmente a uma categoria de direitos que, com a proteção constitucional, não admite supressão, ou melhor, retrocesso.

É cediço que o direito à vida é consagrado no artigo 3º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, celebrada em 1948, no seio da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução 217 A III, e atribuível a todo ser humano (UNITED NATIONS, 1948).

Não bastasse, o artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consagra o direito à vida como fundamental, sendo reconhecido como um dos pilares dos demais direitos fundamentais (BRASIL, 1988). Dele emanam uma série de outros direitos, bem como vedações constitucionais, visando à sua proteção e garantia, e irradiando sobre diversos princípios, inclusive em matéria ambiental.

Nesse sentido, não é possível dissociar o direito à vida do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no artigo 225 da Constituição de 1988 como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, não só das gerações presentes, como das futuras.

O referido princípio é corolário de uma tendência de abrandamento da legislação ambiental em todo o mundo em face de diversas justificativas, como ameaças políticas de mitigar o rigor da norma de proteção e ameaças econômicas atribuindo à preservação o empecilho para o desenvolvimento, já que a magnitude das normas em matéria ambiental constitui, para muitos, um conjunto complexo indecifrável. É fato, também, que o aumento da população mundial

elevou a demanda por alimentos e, por consequência, a pressão, muito sentida no Brasil, para o aumento de terras de uso agropastoril em detrimento de florestas tropicais.

Nessa perspectiva, é inafastável o crescimento da tendência de mitigação da preservação ambiental já existente, o que levou, no Brasil, à criação de um grupo de juristas, especialistas no tema, em agosto de 2010, no seio da Comissão de Direito Ambiental da União Internacional para a Conservação da Natureza - UICN, cujo objetivo foi “compartilhar, na esfera universal, as experiências e os argumentos jurídicos capazes de frear as ameaças de retrocesso do Direito Ambiental” (SENADO, 2012). Nesse sentido, Michel Prieur enfatizou que

em nome da soberania dos parlamentos, o tempo do direito recusa a ideia de um direito adquirido sobre as leis: ‘o que uma lei pode fazer, outra lei pode desfazer’. Não estaria aí, na seara ambiental, uma porta aberta ao retrocesso do direito, capaz de prejudicar as gerações presentes e futuras? (apud SENADO, 2012).

José Joaquim Gomes Canotilho leciona que o núcleo essencial dos direitos sociais já efetivados deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que se traduzam na anulação ou revogação (CANOTILHO, 2016, p. 475).

O princípio do não retrocesso ambiental possui duas vertentes principais, nos ensinamentos de Éric Naim-Gesbert (2019, p. 37), em sua natureza, ou seja, se existir progresso que seja de forma sustentável e, em sua aplicação, de acordo com as informações científicas. O fator tempo é crucial para a formação e compreensão do princípio porque a verdade é capturada por determinado momento, estabelecendo-se, assim, um *ponto de equilíbrio temporal*.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possui vários dispositivos sobre a proteção do meio ambiente, conferindo uma hierarquia jurídica e, muito embora não constem expressamente dos direitos e garantias fundamentais, a doutrina brasileira considera que os direitos ligados ao meio

## **A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL – MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO e TAINARA GOMES PENEDO**

ambiente constituem, tanto no plano material como no plano formal, direitos fundamentais (MACHADO, 2004, p. 256). O princípio da proibição do retrocesso ambiental é um direito humano essencial porque a vida é irrenunciável (artigo 5º, *caput*, CRFB/88), lembrando, ainda, que, por integrar os direitos e garantias individuais, configura cláusula pétrea ou cláusula de intangibilidade constitucional (artigo 60, § 4º, CRFB/88). Esses direitos, assim, são considerados como direitos adquiridos (SENADO, 2012, p. 31).

Antonio Herman Benjamin leciona que “no plano dogmático, o princípio da proibição de retrocesso vem recebendo marcante atenção na esfera dos direitos humanos e direitos sociais”. Não obstante, atravessa-se o momento de transição de referidos direitos para a esfera ambiental (SENADO, 2012, p. 55).

Luís Roberto Barroso (2009, p. 152) enfatiza que está ganhando força na doutrina constitucional brasileira a ideia de proibição de retrocesso social, perfeitamente aplicável sob o ponto de vista da perspectiva ambiental:

Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição.

Referências ao princípio do não retrocesso ambiental na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 podem ser extraídas, além do direito à vida constante do artigo 5º, principalmente do artigo 225, o qual disciplina que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

No Brasil, a proibição do retrocesso ambiental vem sendo considerada princípio pela jurisprudência dos tribunais estaduais.<sup>6</sup> No entanto, é no Superior Tribunal de Justiça que o princípio da proibição do retrocesso ambiental vem ganhando força e contornos jurídicos definidos. Isso ocorreu, principalmente, em razão da aprovação do Código Florestal de 2012,<sup>7</sup> que mitigou a proteção ambiental estabelecida no Código Florestal revogado e fixou entendimento de que a declaração de constitucionalidade de vários dispositivos do novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012) pelo Supremo Tribunal Federal não inibe a análise da aplicação temporal do texto legal vigente no plano infraconstitucional, tarefa conferida ao Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020d).

---

<sup>6</sup>Lei que altera dispositivo da Lei que estabelece o Plano Diretor do Município de São Carlos, afastando a proibição de desdobros que resultem em lotes que não atendam à dimensão mínima prevista para a Zona de sua localização Ofensa aos princípios do planejamento, da impessoalidade e da proibição do retrocesso ambiental - Inexistência de participação de entidades comunitárias no processo legislativo e de estudos prévios de impacto urbanístico e ambiental - Incompatibilidade com os artigos 111, 180, caput, I, III e IV, e 181 §§ 1º e 2º, 191 e 192 da Constituição Estadual Ação procedente, com modulação (BRASIL, 2020e). Lei Complementar do Município de Franca, de iniciativa parlamentar, que disciplina matéria urbanística ambiental. Cerceamento à participação popular e comunitária durante o processo legiferante respectivo. Ofensa aos artigos 180, inciso II, e 191, ambos da Constituição do Estado de São Paulo. Inconstitucionalidade formal configurada. Inconstitucionalidade material também caracterizada, porquanto a inovação promovida pelo diploma normativo impugnado incrementou os riscos ao meio ambiente, bem assim à vida, saúde e segurança da população local. Infringência ao princípio de proibição do retrocesso ambiental. Violação aos artigos 192 e 193 da Constituição paulista. Ação procedente, com efeitos ex nunc (BRASIL, 2020c); Lei municipal que extirpou áreas de proteção ambiental definidas no plano diretor. proibição do retrocesso. ausência de consulta popular. ofensa a dispositivos constitucionais. O acesso ao meio ambiente sadio e ao crescimento sustentável, para essa e para as futuras gerações, é direito fundamental, de maneira que sobre ele incide o princípio da proibição do retrocesso ambiental (BRASIL, 2018c).

<sup>7</sup> Aliás, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, já alertavam que o advento do novo Código Florestal no Brasil despertará de forma intensa a discussão em nível nacional da aplicação do princípio do não retrocesso no Brasil, porque existiu flagrante diminuição de proteção ambiental em praticamente todas as hipóteses (SENADO, 2012, p. 190).

## **A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL – MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO e TAINARA GOMES PENEDO**

O Superior Tribunal de Justiça, assim, vem consagrando que situações consolidadas pelo decurso de tempo repelem a aplicação retroativa das disposições, menos protetivas, do novo Código Florestal, por entender que, em matéria ambiental, adota-se o princípio *tempus regit actum*, o qual impõe obediência à lei em vigor quando da ocorrência do fato (BRASIL, 2018b). Em outros julgados, no entanto, tem-se explicitamente decidido que é “inviável a aplicação da nova disciplina legal, em razão do princípio de proibição do retrocesso na preservação ambiental, uma vez que a norma mais moderna estabelece um padrão de proteção ambiental inferior ao existente anteriormente” (BRASIL, 2019a).

Não obstante, é preciso constatar que se trata de um princípio em evolução, mas é possível reconhecer que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 oferece claros e fortes indicativos de que o princípio do não retrocesso ambiental está implícito na mesma, comparando-se, ainda, que existem menos fundamentos na Constituição francesa, origem doutrinária do princípio. Édis Milaré leciona que existe uma tendência natural para a consolidação da proibição do retrocesso ambiental como princípio do Direito ambiental (MILARÉ, 2014, p. 280), enfatizando que a matriz principiológica é a defesa de um direito fundamental já consolidado ao longo do tempo, justificando a não retroatividade (MILARÉ, 2014, p. 278).

Com relação à proteção dos biomas, é notória e urgente a aplicação do princípio do não retrocesso ambiental, de forma que é inconcebível a redução do patamar de tutela jurídica dos biomas nacionais (que tem proteção constitucional), em época de veloz retração dos habitats naturais e com fartas comprovações científicas de que apresentam risco elevado e imediato à biodiversidade (SENADO, 2012, p. 66).

Finalmente, é preciso ressaltar que a proibição do retrocesso ambiental decorre da conexão inseparável que existe entre a Ciência e o Direito Ambiental. Não é a lei, por si, que irá precisar quando existe, ou não, retrocesso ambiental, o

que somente a Ciência, com sua verdade, poderá revelar. O caráter científico do Direito Ambiental faz com que exista um obstáculo na aplicação de uma lei que manifestamente é contrária ao equilíbrio ecológico e à preservação ambiental (NAIM-GESBERT, 2019, p. 35-36).

O Código Florestal de 2012 é norma indubitavelmente menos protetiva do que a Lei da Mata Atlântica, como se pode observar, não existindo melhor exemplo para a aplicação do princípio da proibição do retrocesso ambiental. Na possibilidade de aplicação da proteção geral ao bioma, as consequências seriam devastadoras porque a problemática não reside somente na aplicação dos artigos 61-A e 61-B, que trata das áreas consolidadas, mas no perigo do estabelecimento de proteção geral ambientalmente menor para a floresta atlântica em estágios primário e secundário, abrindo perigoso e danoso precedente para a manutenção tão somente das áreas de preservação permanente e reserva legais em propriedades com Mata Atlântica, o que reduziria o remanescente floresta em algumas regiões a tão somente 20% dos imóveis (artigo 12, da Lei nº 12.651/2012).

#### **4.2 Princípio da correção ou reparação pelo usuário**

A reparação do dano ao meio ambiente deverá ser a mais completa possível, corrigindo-se, primeiramente, sua causa ou origem. A responsabilidade para reparar o dano é, num primeiro momento, de quem é usuário por alguma forma dos recursos naturais. Os bens naturais ou ambientais, em especial os recursos naturais, constituem patrimônio da coletividade, “mesmo que, em alguns casos, possa incidir sobre eles um justo título de propriedade privada” (MILARÉ, 2014, p. 271).

O princípio tem gênese na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, no § 3º do artigo 225, determina que há obrigação de reparar os

## **A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL - MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO e TAINARA GOMES PENEDO**

danos causados em decorrência de condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente.

Sendo o meio ambiente bem de uso comum do povo, o usuário imediato tem o dever de reparar o dano, mesmo porque as obrigações decorrentes do meio ambiente são de natureza *propter rem* (§ 2º do artigo 2º, da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012).

A obrigação de correção ou reparação pelo usuário ou seu sucessor equivale a uma obrigação de fazer. O usuário direto do recurso ambiental degradado deve restaurar e minimizar o dano ambiental. O Código Florestal de 2012 prevê no artigo 41 os meios de recuperação da cobertura florestal necessária para as propriedades imobiliárias rurais.

A reparação pelo causador deve ocorrer, preferencialmente, no tempo mais rápido possível, melhor ainda que seja imediatamente, devendo este adotar todas as medidas possíveis para controlar, conter ou eliminar o dano ou contaminação, principalmente se a saúde humana estiver em risco. A reparação deverá considerar todos os meios existentes do ponto de vista tecnológico, notadamente com a utilização dos meios científicos reconhecidos (BETANCOR RODRÍGUEZ, 2014, p. 268). Finalmente, é preciso ressaltar que a reparação deve ser *integral do prejuízo* causado, conforme alerta Álvaro Luiz Valery Mirra, dado "que tem por objetivo propiciar a recomposição do meio ambiente, na medida do possível, no estado em que se encontrava antes da ocorrência do dano" (MIRRA, 2011, p. 356).

O Código Florestal de 2012, com relação à obrigação de reparação do passivo florestal, criou apenas duas regras de exceção. A primeira foi a permissão da continuidade de uso das áreas de preservação permanente com relação a atividades agrossilvipastoris, de ecoturismo e de turismo rural em áreas rurais consolidadas até 22 de julho de 2008 (artigo 61-A). A segunda exceção foi a permissão aos proprietários e possuidores dos imóveis rurais que, em 22 de julho de 2008, detinham até dez módulos fiscais e desenvolviam as mesmas atividades,

de ficarem desobrigados a recompor as áreas de preservação permanentes em algumas hipóteses (artigo 61-B, incisos II).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC nº 42 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADIs nº 4901, 4902, 4903 e 4937, por maioria de votos, declarou constitucionais, entre outros dispositivos do Código Florestal de 2012, os artigos 61-A e 61-B (BRASIL, 2018a). Não obstante, não foi objeto do julgamento, especificamente, a possibilidade de aplicação dos artigos 61-A e 61-B às áreas de bioma Mata Atlântica, tratando a matéria, assim, de forma genérica.

Assim, pelo princípio da correção ou reparação pelo usuário, em qualquer hipótese, havendo o passivo ambiental criado pela supressão de vegetação atlântica em estágios primário e secundário definidos em lei e pelo órgão técnico (CONAMA), deverá existir o reestabelecimento florestal.

## **5 ANTINOMIAS JURÍDICAS E CONSISTÊNCIA DO SISTEMA**

A consistência do sistema jurídico deve ser entendida, nas palavras de Ferraz Jr, como a “inocorrência ou a extirpação de antinomias, isto é, da presença simultânea de normas válidas que se excluem mutuamente” (FERRAZ JUNIOR, 2019, p. 166). O sistema jurídico, desse modo, resulta numa harmonização paradoxal, na medida em que se admitem lacunas e antinomias e, ao mesmo tempo, meios para o saneamento da incongruência. O sistema jurídico é aberto e incompleto, resultando em um fenômeno dinâmico e complexo e contendo dimensões normativa, fática e valorativa (DINIZ, 2014a, p. 321).

É notória a impossibilidade de o legislador ter conhecimento sobre todas as normas existentes no ordenamento jurídico, de forma que é plausível a existência não somente de lacunas, mas de antinomias, como se verá (DINIZ,

## A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL – MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO e TAINARA GOMES PENEDO

2017, p. 90). Surgindo uma antinomia<sup>8</sup> jurídica, esta requererá um procedimento lógico de correção, “pois sua solução é indispensável para que se mantenha a coerência do sistema jurídico” (DINIZ, 2019, p. 503).

Para Tércio Sampaio Ferraz Jr, *antinomia jurídica* é a

oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado (FERRAZ JUNIOR apud ISOLDI FILHO, 2007).

Por sua vez, Kelsen aduz que existe um conflito entre duas normas se o que uma fixa como devido é incompatível com aquilo que a outra estabelece como devido e, portanto, o cumprimento ou aplicação de uma norma envolve, necessariamente ou possivelmente, a violação da outra (KELSEN, 1986, p. 157).

No mesmo sentido, Tárek Moysés Moussallem ensina que a antinomia ocorre quando duas normas válidas tenham operadores deônticos opostos, modalizando a mesma conduta (MOUSSALEM, 2005, p. 191). Nesse aspecto, Kelsen não discorda de Tárek, afirmando que, para a existência de um conflito de normas, ou de uma antinomia, pressupõe-se que ambas as normas são válidas, isto é, que as duas normas possuam um vínculo relacional de pertencibilidade com o sistema (KELSEN, 1986, p. 159).

Kelsen esclarece que o conflito pode ser bilateral ou unilateral. Se o cumprimento ou aplicação de cada uma das normas envolve, necessariamente ou possivelmente, a violação da outra, estar-se-ia diante de um conflito bilateral. Por outro lado, se apenas o cumprimento ou aplicação de uma das normas

---

<sup>8</sup> O significado de *antinomia* constante do Dicionário Houaiss é muito interessante: “contradição entre duas proposições filosóficas igualmente críveis, lógicas ou coerentes, mas que chegam a conclusões diametralmente opostas, demonstrando os limites cognitivos ou as contradições inerentes ao intelecto humano” (HOUAISS, 2019, p. 280).

envolve uma violação da outra, fala-se em conflito unilateral. Além disso, o conflito poderia ser classificado como total, se uma norma impõe uma conduta determinada e a outra proíbe justamente esta conduta, ou parcial, em caso de o conteúdo de uma norma ser apenas em parte diferente do conteúdo da outra norma (KELSEN, 1986, p. 157).

Por fim, a antinomia poderia ser entendida como aparente ou real. Consoante Aurora Tomazini de Carvalho:

A primeira surge quando o conflito pode ser solucionado por critérios estabelecidos pelo próprio sistema [...]. A segunda aparece quando tais critérios não são suficientes para solucionar o conflito, devendo este ser resolvido por parâmetros ideológicos do aplicador (CARVALHO, 2009, p. 379).

Importante registrar que Bobbio leciona que tais critérios não servem para solucionar todas as antinomias, posto que existem, para ele, antinomias solúveis, que seriam as aparentes, e antinomias insolúveis, as quais consistiriam nas reais (BOBBIO, 1995, p. 92).

A respeito da solução das antinomias por parâmetros ideológicos do aplicador, Carvalho discorre:

Tal classificação é estabelecida de acordo com a forma de solução do conflito, porque apesar de as antinomias se destacarem no plano pragmático da comunicação jurídica, nenhuma delas persiste, concretamente, ao ato de aplicação. Para que uma norma incida sobre determinado suporte fático, o agente competente tem que dizer qual o direito aplicável e assim o faz, tomando uma posição, ou seja, preterindo uma significação em razão de todas as demais. Se, na construção de sentido dos textos jurídicos, o intérprete se depara com duas ou mais normas válidas, que fixam condutas incompatíveis, ele tem que optar por qual delas aplicar, utilizando-se, para tanto, dos critérios de hierarquia, cronologia, especialidade ou ideológicos, para estruturar suas significações. E, assim, os conflitos são resolvidos concretamente (CARVALHO, 2009, p. 379).

## **A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL – MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO e TAINARA GOMES PENEDO**

A grande questão é que, independentemente do conflito, as contradições entre normas consistem em problemas de interpretação e não alcançam o plano da validade, vigência e eficácia da norma (CARVALHO, 2009, p. 378), sendo certo que a solução para as antinomias não se dá por meio da revogação, porquanto a revogação não é função de uma das normas conflitantes. Antes, pelo contrário, é função específica da norma revogadora, ou melhor, do ato de fala deôntico que tenha, por efeito primeiro, a perda da aplicabilidade e, em momento posterior, a retirada da vigência e da validade (MOUSSALEM, 2005, p. 192).

Nessa linha de raciocínio, Gabriel Ivo explica que a antinomia não opera revogação porquanto “o conflito permanece e pode ter solução diversa quando uma situação similar for apreciada por outro aplicador do direito” (IVO, 2006, p. 180). Para que uma das normas pudesse ser revogada, seria necessário um ato de fala deôntico com função específica (CARVALHO, 2009, p. 382).

Fato é que, como problemas de interpretação, as antinomias são resolvidas através de critérios, quais sejam, o da hierarquia, o da cronologia e o da especialidade. Na dicção de Paulo de Barros Carvalho, esses critérios constituem orientações implantadas historicamente pelo ordenamento, como instrumentos de consagração do postulado da estruturação, pressuposto para aplicação de qualquer norma jurídica (CARVALHO, 2013, p. 224).

### **5.1 Critérios hierárquico, cronológico e da especialidade**

O critério hierárquico, fundado no princípio *lex superior derogat legi inferiori*, é aquele “baseado na superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre a outra. Num conflito entre normas de diferentes níveis, a de nível superior deve prevalecer em relação à de nível inferior”. A título de exemplo, as disposições constitucionais prevalecem sobre as infraconstitucionais e as legais sobre as infralegais, quando prescrevem condutas incompatíveis (CARVALHO, 2009, p. 381).

De outro modo, o critério cronológico, com fundamento no princípio *lex posterior derogat legi priori*, "refere-se ao tempo de existência da norma. Se houver contradição entre regras produzidas pelo mesmo órgão, a editada por último deve prevalecer sobre a editada anteriormente" (CARVALHO, 2009, p. 382). Noutros termos, esse critério tem como premissa a ideia de que a norma mais antiga é ultrapassada em relação à mais recente.

A Lei da Mata Atlântica (11.428), foi publicada em 22 de dezembro de 2006, enquanto o Código Florestal (12.651) data de 25 de maio de 2012. Assim, sendo posterior, merece análise sobre a revogação ou não do texto legal anterior.

O dispositivo legislativo é revogado – a teor do que dispõe o artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – quando é incompatível com a nova lei ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Ora, o novo Código Florestal não tratou totalmente da matéria, muito menos da proteção do bioma Mata Atlântica. No que diz respeito à incompatibilidade, também não se verifica sua incidência porque uma trata da proteção florestal em geral, enquanto a outra de espécie de vegetação (atlântica). A incompatibilidade deve ser formal, de tal maneira que a execução da nova lei seja "impossível sem destruir a antiga" (DINIZ, 2017, p. 88).

Finalmente, o critério da especialidade, calcado no princípio *lex specialis derogat legi generali*, "diz respeito à matéria regulada. De acordo com tal critério, a norma especial sobrepõe-se, no ato de aplicação, àquela que disciplina a mesma matéria em termos gerais" (CARVALHO, 2009, p. 383).

Dentre todos, segundo Carvalho, "o critério hierárquico serve como parâmetro para ordenação do sistema e solução de conflitos entre as significações construídas pelo intérprete, prevalecendo sobre qualquer outro em razão da hierarquia ser um axioma do ordenamento" (CARVALHO, 2009, p. 382). Apesar disso, fica a critério do intérprete adotar os critérios e utilizá-los como fundamento para as significações devidas, sendo certo que o seu uso depende da ideologia e dados culturais de cada um.

## **A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL – MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO e TAINARA GOMES PENEDO**

O Código Florestal de 2012 é, indubitavelmente, lei geral com relação à lei de proteção da Mata Atlântica, recebendo, inclusive, proteção constitucional especial. As intervenções na vegetação da Mata Atlântica devem se processar de maneira diferenciada (MILARÉ, 2014, p. 1352), em razão de sua fragilidade. A redação do artigo 1º, da Lei nº 11.428/2006, ao destacar que a tutela do bioma Mata Atlântica deve observar “o que estabelece essa Lei, bem como a legislação ambiental vigente, em especial a Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965”, evidencia por si só o “caráter de especialidade da Lei da Mata Atlântica e da sua relação de complementariedade quanto à legislação ambiental aplicável direta ou indiretamente no âmbito de abrangência do aludido bioma” (GAIO, 2018, p. 92).

Portanto, analisados os critérios normativos existentes, concluímos que estamos diante de uma *antinomia aparente*, ou seja, de mera resolução pelos critérios normativos existentes, de forma que o critério da especialidade, prevalecendo sobre o critério cronológico em razão de possuir origem constitucional, torna a aplicação da Lei da Mata Atlântica com caráter especial e prioritário.

### **6 CONCLUSÃO**

O bioma Mata Atlântica tem proteção jurídica especial em razão de sua fragilidade com relação aos demais. A vegetação decorrente do bioma da Mata Atlântica em estágio primário e secundário (estágios médio e final) de regeneração exerce juridicamente uma influência sensível no direito de propriedade, tendo sido criado como princípio basilar o *tratamento diferenciado da floresta atlântica* com relação ao corte, supressão e exploração da vegetação primária ou secundária.

A exegese realizada para a resolução do conflito das normas é de fácil aplicação pelos critérios constantes da Lei de Introdução às Normas do Direito

Brasileiro. O Código Florestal de 2012 é indubitavelmente lei geral com relação à lei de proteção da Mata Atlântica que possui proteção constitucional específica, configurando, assim, uma *antinomia aparente*, sendo a resolução encontrada nos critérios normativos existentes.

Ademais, o Código Florestal de 2012 é norma menos protetiva do que a Lei da Mata Atlântica, como se pode observar, de forma que não há exemplo mais pertinente para a aplicação do princípio da proibição do retrocesso ambiental. O princípio da proibição do retrocesso ambiental configura um direito fundamental do indivíduo e da coletividade. É a exteriorização da substância do Direito Ambiental, que resulta em um direito humano intangível, qual seja, a vida. Uma vez garantida pela legislação uma proteção ambiental relevante, ela se incorpora fundamentalmente a uma categoria de direitos que, com a proteção constitucional, não admite supressão, ou melhor, retroatividade.

O princípio da correção ou reparação pelo usuário tem gênese na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, no § 3º do artigo 225, determina a obrigação de reparar os danos causados em decorrência de condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente. O Código Florestal de 2012, com relação à obrigação de reparação do passivo florestal, criou apenas duas regras de exceção (artigos 61-A e 61-B), e elas não são aplicáveis quando a cobertura florestal devastada for do bioma da Mata Atlântica.

Do exposto, o presente trabalho, enfim, demonstra relevância teórica, social, política, ambiental e jurídica, buscando fomentar os debates acadêmicos e visando a contribuir para o enriquecimento das teorias existentes e as em desenvolvimento como o princípio da proibição do retrocesso ambiental. A relevância do debate é potencializada pela importância da Mata Atlântica e o seu papel fundamental na conservação da biodiversidade, já que consiste em um bioma sensível pela fragilidade e especial em razão de suas características únicas.

## **REFERÊNCIAS**

**A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL –  
MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO e TAINARA GOMES PENEDO**

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Vol. XI, Tomo I: livro introdutório ao direito das coisas e o direito civil. In: ARRUDA ALVIM, Thereza Alvim; CLÁPLIS, Alexandre Laizo (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2009.

ARAUJO, Luiz Alberto David; JUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional e a efetividade das normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Derecho Ambiental*. Madrid: La Ley Editores, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação de Tércio Sampaio Ferras Júnior. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Revisão Técnica de Cláudio de Cicco. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília-DF: Assembleia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Resolução CONAMA nº 10, de 1 de outubro de 1993*. Estabelece os parâmetros básicos para análise dos estágios de sucessão de Mata Atlântica. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=135>. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11428.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11428.htm). Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Resolução nº 388, de 23 de fevereiro de 2007*. Dispõe sobre a convalidação das Resoluções que definem a vegetação primária e secundária nos estágios inicial, médio e avançado de regeneração da Mata Atlântica para fins do disposto no art. 4º § 1º da Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res07/res38807.pdf>. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *REsp 901.319/SC*. Relator: Min. Eliana Calmon, 24 jun. 2009. Disponível em:  
[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=897908&num\\_registro=200701609179&data=20090803&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=897908&num_registro=200701609179&data=20090803&formato=PDF). Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça (2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente). *Apelação Cível nº 0002530-15-2010.8.26.0361*. Relator: Des. Paulo Alcides, 26 nov. 2015. Disponível em:  
<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9023885&cdForo=0>. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 42 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4901, 4902, 4903 e 493.7*. Relator: Min. Luiz Fux, 22 fev. 2018a. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750504737>. Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial nº 1.728.244 - SP (2018/0042299-5)*. Relator: Min. Herman Benjamin, 21 jun. 2018b. Disponível em:  
[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201800422995&dt\\_publicacao=08/03/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800422995&dt_publicacao=08/03/2019). Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70069265213*. Relator: Des. Ivan Leomar Bruxel, 08 out. 2018c. Disponível em:  
[https://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70069265213&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70069265213&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). *Recurso Especial nº 1.717.736 - SP (2018/0001351-2)*. Rel. Min. Francisco Falcão, 03 set. 2019a. Disponível em:  
[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201800013512&dt\\_publicacao=09/09/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800013512&dt_publicacao=09/09/2019). Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Mário Aurélio Caixeta. *Parecer nº 00115/2019/DECOR/CGU/AGU*, 06 dez. 2019b. Disponível em:  
[https://sapiens.agu.gov.br/valida\\_publico?id=349655080](https://sapiens.agu.gov.br/valida_publico?id=349655080). Acesso em: 21 set. 2020.

**A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL –  
MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO e TAINARA GOMES PENEDO**

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Ministro Ricardo Salles. *Despacho nº 4.410/2020*, 06 abr. 2020a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/despacho-n-4.410/2020-251289803>. Acesso em: 21 set. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Ministro Ricardo Salles. *Despacho nº 19.258/2020-MMA*, de 04 jun. 2020b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/despacho-n-19.258/2020-mma-260081499>. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Câmara Especial). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2265029-52.2018.8.26.0000*. Relator: Des. Geraldo Wohlers, São Paulo, 12 jun. 2020c. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12615336&cdForo=0>. Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *AgInt no Recurso Especial Nº 1.717.198 - SP 2017/0328419-8*. Relator: Min. Gurgel de Faria, 29 jun. 2020d. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201703284198&dt\\_publicacao=03/08/2020](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703284198&dt_publicacao=03/08/2020). Acesso em: 01 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Câmara Especial. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2078027-65.2020.8.26.0000*. Relator: Des. Moreira Viegas, São Paulo, 16 set. 2020e. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13972000&cdForo=0>. Acesso em: 01 out. 2020.

CÂMARA, Ibsen de Gusmão. *Breve história da conservação da Mata Atlântica*. Mata Atlântica: biodiversidade, ameaças e perspectivas. São Paulo: Fundação SOS Mata Atlântica /Belo Horizonte: Conservação Internacional, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito* (o Construtivismo Lógico-Semântico). 2009. 623f. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

DEAN, Warren. *A ferro e fogo: a história da devastação da Mata Atlântica brasileira*. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 10. edição. São Paulo: Saraiva, 2014a.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 9. edição. São Paulo: Saraiva, 2014b.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. 19. edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 27. edição. São Paulo: Saraiva, 2019.

DRUMMOND DE ANDRADE, Carlos. A câmara viajante. *Oceano de Letras*, 31 out. 2011. Disponível em: <https://nuhtaradahab.wordpress.com/2011/10/31/carlos-drummond-de-andrade-o-poeta-singrando-horizontes/>. Acesso em: 08 nov. 2020.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Antinomia. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, cit., p. 14 apud ISOLDI FILHO, Carlos A. da Silveira. Conflito real de normas e teoria funcional. *MPMJ*, jurídico, n. 10, ano 111, out.-dez. 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *A propriedade no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2004.

FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA. *Atlas dos Remanescentes Florestais da Mata Atlântica*. Relatório Técnico. Período 2017-2018. Disponível em: [https://www.sosma.org.br/wp-content/uploads/2019/05/Atlas-mata-atlantica\\_17-18.pdf](https://www.sosma.org.br/wp-content/uploads/2019/05/Atlas-mata-atlantica_17-18.pdf). Acesso em: 17 set. 2020.

GAIO, Alexandre. *Lei da Mata Atlântica Comentada*. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico Houaiss*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

IVO, Gabriel. *Norma jurídica produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.

**A PROTEÇÃO DA MATA ATLÂNTICA E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL –  
MARCELO AUGUSTO SANTANA DE MELO e TAINARA GOMES PENEDO**

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução e revisão de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Guilbenkian, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

LOPES, Sônia; ROSSO, Sergio. *Conecte live*. Bio 3. Parte 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Ação Civil Pública e reparação do Dano ao Meio Ambiente*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Princípios fundamentais do Direito Ambiental. In: MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme (Org.). *Direito Ambiental: fundamento do Direito Ambiental*. Coleção Doutrinas Essenciais, v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

NAIM-GESBERT, Éric. *Droit Général de L'environnement*. 3. ed. Paris: LexisNexis, 2019.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. *Novo código florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012*. Coordenação de Édis Milaré, Paulo Affonso Leme Machado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SENADO. Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle. *Colóquio Internacional sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Ambiental, em 29 de março de 2012*. Coordenação: Ministro e Professor Antonio Herman Benjamin. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/242559>. Acesso em: 01 out. 2020.

UNESCO - MAB Biosphere Reserves Directory. *Biosphere Reserve Information*.

Disponível em:

<http://www.unesco.org/mabdb/br/brdir/directory/biores.asp?mode=gen&code=BRA+01>. Acesso em: 18 set. 2020.

UNITED NATIONS. *Universal Declaration of Human Rights*. 1948. Disponível em:

<https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>. Acesso em: 08 nov. 2020.

VACCHIANO, Marcelo Caetano. *O impacto da Alteração da Legislação Ambiental (Novo Código Florestal) sobre as Políticas de Conservação da Natureza na Amazônia Legal: Estudo de Caso sobre a Conservação das Áreas de Preservação Permanente e Reserva Legal nas Grandes Propriedades Rurais do Município de Rondonópolis-MT*. 2017. Dissertação (Mestrado em Geografia) - Universidade Federal de Mato Grosso. Rondonópolis, 2017. Disponível em

<https://www1.ufmt.br/ufmt/unidade/userfiles/publicacoes/0614f70c1356a0ce59ed33526c0d6133.pdf>. Acesso em: 06 out. 2020.

WULF, Andrea. *A invenção da natureza: a vida e as descobertas de Alexander von Humboldt*. Tradução Renato Marques. 1. ed. São Paulo: Planeta, 2016. *E-book*.

**Artigo recebido em: 26/03/2021**

**Artigo aprovado em: 31/12/2021**

# O DIREITO DE FILHOS ADOTADOS CONHECEREM SUA ORIGEM BIOLÓGICA

## *THE RIGHT OF ADOPTED CHILDREN TO KNOW THEIR BIOLOGICAL ORIGINS*

MIRELLA DE CARVALHO BAUZYS MONTEIRO

Promotora de Justiça da Infância e da Juventude do Ministério Público de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Ex-coordenadora do Fórum Nacional dos Membros do Ministério Público da Infância e Adolescência (PROINFÂNCIA).

ALINE ARROXELAS GALVÃO DE LIMA

Promotora de Justiça da Infância e Juventude do Ministério Público de Pernambuco. Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco. Especialista em Direitos Humanos, Educação e Justiça Restaurativa pela Fundação Joaquim Nabuco/EIPP (2020). Integrante do grupo de trabalho nacional sobre proteção dos direitos das mulheres, crianças, adolescentes e idosos da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (MPF).

PEDRO DE MELLO FLORENTINO

Promotor de Justiça da Infância e da Juventude do Ministério Público de Goiás. Mestre em Democracia e Boa Governança pela Universidade de Salamanca (USAL/ES). Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Escola Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de Goiás (ESMEG). Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

## RESUMO

O ordenamento jurídico atual do Brasil prevê que a adoção, espécie de colocação em família substituta, tem como consequência a extinção dos vínculos com os pais e parentes biológicos. Porém, é preservado o direito personalíssimo ao adotado de conhecer a sua origem biológica. Este direito é importante para a formação da identidade e da personalidade, imprescindíveis para o exercício pleno de uma vida digna, bem como para a proteção contra adoções ilegítimas. Por fim, será reforçada a garantia deste direito, mesmo nos casos de entrega à adoção pela genitora biológica, em que pode ser feita opção pelo sigilo das informações, bem como nas hipóteses de "adoção à brasileira", para viabilizar o acesso aos prontuários da maternidade.

**Palavras-chave:** adoção; direito da criança e do adolescente; direito de conhecer origem biológica.

## ABSTRACT

The current Brazilian legal system provides that adoption, a kind of placement in a substitute family, results in the dissolution of ties with the biological parents and relatives. However, the right of the adopted to know their biological origin is preserved. This right is important for the formation of the person's identity and personality, indispensable for the full exercise of a dignified life, as well as for the protection against illegitimate adoptions. Finally, the guarantee of this right will be reinforced, even in cases that the biological mother gives her child for adoption, in which an option for the confidentiality of the information can be made, as well as in the hypotheses of "Brazilian adoption", to make possible the access to the maternity records.

**Keywords:** adoption; child and adolescent rights; right to know biological origins.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Histórico da adoção no ordenamento jurídico brasileiro em relação à manutenção do vínculo com a família de origem. 3. Direito de conhecer a própria origem. 4. Parto anônimo e o direito de conhecer a origem genética. 5. Considerações finais. Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

A adoção é uma espécie de colocação em família substituta, de acordo com o ordenamento vigente, que prevê a extinção do vínculo com a família biológica e formação de novo vínculo, no caso afetivo, que estabelecerá a relação de filiação.

Neste sentido, descreve Bordallo (2018), ao analisar os diferentes conceitos de adoção:

Todos os conceitos, porém, por mais diversos confluem para um ponto comum: a criação de vínculo jurídico de filiação. Ninguém discorda, portanto, de que a adoção confere a alguém o estado de filho. A esta modalidade de filiação dá-se o nome de parentesco civil, pois desvinculado do laço de consanguinidade, sendo parentesco constituído pela lei, que cria uma nova situação jurídica, uma nova relação de filiação.

A partir do Código Civil de 2002 (BRASIL), podem existir quatro espécies de filiação: as de origem biológica, as que resultam da adoção, da inseminação artificial heteróloga (técnica de reprodução assistida) e da posse de estado de filiação. Por isso, como no caso da adoção, objeto do presente estudo, nem sempre a parentalidade e a filiação terão origem biológica (LOBO, 2016). Desta forma, o filho adotado torna-se efetivamente um membro da família.

Porém, mesmo que o atual ordenamento preveja o rompimento de vínculo com a família biológica e a consequente ausência de relação de filiação com esta, a pessoa adotada ainda tem o direito legal de conhecer a sua origem genética, que passou a ser previsto expressamente no artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 (BRASIL, 1990)).

## 2 HISTÓRICO DA ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO EM RELAÇÃO À MANUTENÇÃO DO VÍNCULO COM A FAMÍLIA DE ORIGEM

## **O DIREITO DE FILHOS ADOTADOS CONHECEREM SUA ORIGEM BIOLÓGICA - MIRELLA DE CARVALHO BAUZYS MONTEIRO, ALINE ARROXELAS GALVÃO DE LIMA e PEDRO DE MELLO FLORENTINO**

Desde a época colonial até meados do século XX, o instituto da adoção no Brasil assumiu um caráter fortemente assistencialista e vinculado à herança histórica escravista e de patriarcalismo familiar (PINHEIRO, 2006, MORAES; FALEIROS, 2015).

No Código Civil de 1916 (BRASIL), em seus artigos art. 368 a 378, o filho adotado não era integrado totalmente na nova família, já que eram mantidos todos os direitos e deveres resultantes do parentesco natural, exceto o poder familiar, na época definido como pátrio poder. Esta era conhecida como adoção simples, havendo vínculo com ambas as famílias, tanto a de origem quanto a substituta.

A Lei 4.655/1965 (BRASIL) alterou essa situação, introduzindo uma nova modalidade de adoção, em que seriam extintos os vínculos com a família biológica e criado um vínculo de parentesco com os adotantes, a qual ficou conhecida como “legitimação adotiva”. A partir de então já era possível uma integração mais efetiva com a nova família:

As regras da legitimação adotiva só eram aplicadas para crianças de até 7 anos de idade, salvo se já vivessem na companhia dos adotantes, pois se baseava na ideia de que não houvesse nenhum resquício de lembrança da família biológica, pois desejava uma inclusão mais efetiva da criança na família adotiva (art. 1º e seus parágrafos). Era irrevogável, fazendo-se emitir uma nova certidão de nascimento, como se tratasse de registro tardio, e equiparava os filhos adotados àqueles naturais que, porventura, o casal viesse a conceber, salvo o direito sucessório. (BORDALLO, 2018)

O Código de Menores de 1979 (Lei n. 6.697/79 (BRASIL)) substituiu a legitimação adotiva pelo instituto da adoção plena, no qual a criança era completamente inserida na família dos adotantes, com desligamento total do vínculo com a família biológica, tanto que havia modificação do seu assento de nascimento. Era apenas aplicada aos menores de 7 anos de idade, mediante procedimento judicial.

Neste período, ainda vigorava a adoção simples, prevista no Código Civil de 1916 (BRASIL), em que eram mantidos os vínculos entre o adotado e a família de origem, aplicada aos menores de 18 anos (e maiores de 7), por meio de escritura pública.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), a adoção plena foi ampliada para todos os menores de 18 anos, não sendo mais possível a adoção simples para estas hipóteses. A adoção dos adultos continuava a ser regulamentada pelo Código Civil de 1.916 (BRASIL), viabilizada por meio de escritura pública.

Resta evidente que, a partir da guinada axiológica manejada pela Constituição Federal de 1988, a família passou a ser lastreada no princípio da afetividade, representando, como frisa Paulo Lôbo (2008, p. 7), “a consagração da família instrumental no lugar da família-instituição”, ainda que sob os princípios da responsabilidade parental e da prevalência da família, conforme a Constituição Federal, art. 226, §§ 5º, 7º e 8º e Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 100, IX e X (BRASIL, 1988; BRASIL, 1990). Essa mudança na estrutura central da entidade familiar representou, como não poderia deixar de ser, enorme alteração no instituto da adoção, que passou a contemplar não apenas a legitimação da filiação, mas a constituição de vínculos familiares irrevogáveis norteados pelo princípio do melhor interesse do adotando. Além disso, importante recordar que a Constituição Federal, em seu artigo 227, §6º, estabelece a igualdade entre os filhos, independente da origem, proibindo qualquer tipo de discriminação: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

Por fim, destaca-se que o Código Civil de 2002 (BRASIL) passou a dar o mesmo tratamento da adoção de crianças e adolescentes para os adultos, ou seja, somente possível por meio da via judicial.

Atualmente, conforme o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção extingue qualquer vínculo com pais e parentes biológicos, exceto os impedimentos matrimoniais. Assim, para evitar qualquer diferença de tratamento para aqueles que foram adotados, o Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê que será cancelado o registro original do adotado e realizado novo registro constando o nome dos adotantes como pais e de seus ascendentes, sendo que nenhuma

## **O DIREITO DE FILHOS ADOTADOS CONHECEREM SUA ORIGEM BIOLÓGICA - MIRELLA DE CARVALHO BAUZYS MONTEIRO, ALINE ARROXELAS GALVÃO DE LIMA e PEDRO DE MELLO FLORENTINO**

observação sobre a origem do ato constará das certidões do registro (art. 47, ECA) (BRASIL, 1990).

### **3 DIREITO DE CONHECER A PRÓPRIA ORIGEM**

A adoção plena deve, contudo, ser compreendida sob duas realidades: uma de que constrói um novo vínculo familiar para o futuro, que se pretende sólido, intocável e irreversível; e outra que desconstrói outro vínculo familiar, produto do passado, que consubstancia a origem do ser humano (BITTENCOURT, 2014, p. 98).

Ocorre que o adotado traz consigo uma história que a lei não consegue apagar. Mesmo com o rompimento do vínculo com a família biológica e cancelamento do registro de nascimento anterior, tal qual previsto no ordenamento jurídico atual, não é possível simplesmente ignorar a existência deste passado na vida de uma pessoa, tendo em vista que a origem genética faz parte da sua história:

Após formalizada a adoção, costuma-se dizer, metaforicamente, que o que ocorre é o renascimento do filho adotado no seio de uma outra família que não a biológica, sendo apagado todo o seu passado. Ora, como admitir-se que o passado de um homem simplesmente possa ser apagado em decorrência do ato de vontade de um terceiro? Apagar os registros legais do filho adotado é possível e é, de fato, o que se faz por determinação legal, mas não é possível apagar os registros de sua memória, seja ela consciente (histórica), seja ela inconsciente (genética) (SILVA, 2002, p. 247).

No mesmo sentido:

Parece importante, no entanto, considerar que, por mais radical e definitiva, a adoção não tem o poder de revogar o passado, a história e a identidade do adotado. Em que pese a igualdade incontestável de direitos e qualificações em relação aos filhos havidos biologicamente, isto não deve significar que a construção dos vínculos familiares deva-se dar sobre a negação da verdade. (BECKER, 2005).

O direito de conhecer a própria origem surge então como um importante aspecto na formação da identidade e da personalidade das crianças e adolescentes adotados. Mas não é só. Esse direito também representa um relevante instrumento

para reprimir o abuso de poder nos processos de adoção, principalmente ao se ponderar a desigualdade política e econômica que marcam as partes envolvidas na maioria desses processos.

A busca pelo esquecimento, facilitada pelo afastamento e desligamento total da família biológica, acabava por proteger processos de adoção ilegítimos, consumados de forma ilegal e fraudulenta. Nesse contexto, Fonseca (2021) observa que, logo depois da Segunda Guerra Mundial, a adoção plena era tida com um *avanço moral quase indiscutível, um gesto humanitário que beneficiava todos*. Contudo, a partir dos anos 70, os movimentos de direitos civis e descolonização começaram a demonstrar um lado obscuro desse processo, evidenciando-se a necessidade de medidas que preservassem a identidade das crianças adotadas:

Os povos indígenas no hemisfério norte passaram a denunciar o que consideravam o “roubo” sistemático de seus filhos – sequestrados em internatos longe de suas famílias ou mesmo adotados por casais brancos. Nos Estados Unidos, os afro-americanos se revoltaram contra a multiplicação de adoções transraciais, tal como pouco tempo depois, governos do hemisfério sul (Brasil, Índia, Guatemala, etc.) reagiriam contra a sangria de crianças saindo em adoção transnacional para pais adotivos no Norte global. Mas quem mais contribuiu para denunciar a extrema desigualdade política e econômica que permeava a grande maioria de processos de adoção foram as Abuelas de la Plaza de Mayo. A trágica experiência da ditadura argentina, com o sequestro sistemático de filhos de perseguidos políticos, deu origem a diversas cláusulas da Convenção dos Direitos da Criança em 1989 (Villalta; Gesteira, 2019) (FONSECA, 2021, p. 424).

Sendo assim, na Convenção sobre os Direitos da Criança nas Nações Unidas, de novembro de 1989, aparece a preocupação com o direito do conhecimento da sua origem, já que, em seu artigo 7º, 1, está estabelecido o direito de a criança conhecer seus pais e ser cuidada por eles. No artigo 8º, a Convenção estabelece o dever dos Estados Partes de preservar os dados relacionados à identidade da criança (nacionalidade, nome e relações familiares), devendo tomar providências imediatas caso alguma criança venha a ser privada ilegalmente desses dados (UNICEF, 2021).

## **O DIREITO DE FILHOS ADOTADOS CONHECEREM SUA ORIGEM BIOLÓGICA - MIRELLA DE CARVALHO BAUZYS MONTEIRO, ALINE ARROXELAS GALVÃO DE LIMA e PEDRO DE MELLO FLORENTINO**

Também na Convenção de Haia<sup>1</sup> essa questão mostra-se presente, pois o art. 16 prevê como uma das obrigações do Estado de origem a elaboração de relatório com informações completas sobre a identidade da criança (inclusive seu histórico médico pessoal e familiar).

Por outro lado, deve-se considerar que a crescente disponibilização tanto de recursos para determinação de origem genética (DNA) quanto de tecnologias de reprodução acrescenta novas camadas de complexidade ao debate (FORTIN, 2009), evidenciando de forma cada vez mais intensa como são intrincadas as representações e interrelações entre a parentalidade biológica e a socioafetiva.

O acesso à herança genética não apenas toca nas óbvias conexões biológicas (aqui incluído o direito a informações para tratamento de saúde, por exemplo), mas perpassa questões psicoemocionais e socioculturais dos envolvidos, além de impactar de maneira clara os processos de (auto)reconhecimento, criação de vínculos e construção da identidade das pessoas adotadas (DIVER, 2014).

No ordenamento jurídico brasileiro, o referido direito passou a ser expressamente reconhecido com a nova redação dada ao artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente pela Lei n. 12.010/09:

Art. 48. O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. (BRASIL, 2009).

Para que tal direito seja efetivado, foi também previsto no artigo 47, § 8º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a necessidade de manutenção e conservação do processo relativo à adoção em arquivo, para a garantia do acesso pelo adotado a

---

<sup>1</sup> Relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, inserida no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999 (BRASIL).

qualquer tempo. Antes desta alteração legislativa, era resguardado o sigilo dos processos de adoção e, conseqüentemente, não era possível o acesso à identidade dos pais biológicos (AULER, 2021, p. 6).

Porém, nessa época, já havia entendimento jurisprudencial acerca da existência do direito em questão:

A lei determina o desaparecimento dos vínculos jurídicos com pais e parentes, mas, evidentemente, persistem os naturais, daí a ressalva quanto aos impedimentos matrimoniais. Possibilidade de existir, ainda, respeitável necessidade psicológica de se conhecerem os verdadeiros pais. (BRASIL, 2000).

O INTERESSE PROCESSUAL NA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DAQUELE QUE JÁ POSSUI PAI REGISTRAL SUBSISTE NA PRETENSÃO DE VER RECONHECIDA SUA IDENTIDADE GENÉTICA, OU SEJA, NO DIREITO FUNDAMENTAL AO RECONHECIMENTO PATERNO. (DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS, 2010).

ADOÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. POSSIBILIDADE. A par de o reconhecimento do estado de filiação ser direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, e a adoção irrevogável (arts. 27 e 48, ECA), há perfeita possibilidade de o filho adotivo investigar sua origem genética. Observância à Constituição Federal (ar. 227, par. 6º). O direito de conhecer a verdadeira identidade integra o conceito de dignidade da pessoa humana, sendo descabido impedir o exercício da ação pelo fato de o investigador ter um pai registral ou ter sido adotado. Inexistência da impossibilidade jurídica do pedido. Determinado o prosseguimento do processo com abertura da instrução. APELO PARCIALMENTE PROVIDO, POR MAIORIA. (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Isto porque, conforme Murillo Digiácomo e Ildeara Digiácomo (2020, p. 94), “o reconhecimento do estado de filiação (biológica) é um direito natural, inerente a todo ser humano, ao qual corresponde o dever do Estado (lato sensu) de assegurar seu exercício”.

Perlingieri (2008, p. 827) também se manifestou favoravelmente ao referido direito, ao analisar no direito italiano as hipóteses de inseminação artificial:

O menor tem o direito de conhecer as próprias origens não somente genéticas, mas culturais e sociais. O patrimônio genético – de acordo com a concepção pela qual a estrutura se adapta à função – não é

## **O DIREITO DE FILHOS ADOTADOS CONHECEREM SUA ORIGEM BIOLÓGICA - MIRELLA DE CARVALHO BAUZYS MONTEIRO, ALINE ARROXELAS GALVÃO DE LIMA e PEDRO DE MELLO FLORENTINO**

totalmente insensível no seu dever às condições de vida nas quais a pessoa opera. Conhecê-lo significa não apenas evitar o incesto, possibilitar a aplicação da proibição de núpcias entre parentes, mas, responsabilmente, estabelecer uma relação entre o titular do patrimônio genético e quem nasce.

A razão para a garantia do direito de conhecer sua ascendência genética, que não visa o reconhecimento do estado de filiação, como se verá mais adiante, é em decorrência da necessidade de o ser humano construir sua identidade, por meio do conhecimento da sua história. Conforme discorre Auler (2021, p. 4), “conhecer a própria história é relevante para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade, do autoconhecimento e, principalmente, da autoaceitação”.

Além disso, acrescenta:

Talvez a maior busca do homem seja aquela concernente a sua própria história. Essa inquietude, inerente ao ser humano, reflete-se, também, em esferas individuais, sob a forma de busca pelo conhecimento da própria origem e da própria história. A presente reflexão concerne ao direito, atinente a toda pessoa, de conhecer sua origem biológica (AULER, 2021, p. 4).

Por isso, transcreve-se o relato de Margaret Brown, que foi gerada por inseminação artificial, cujos gametas foram doados anonimamente, o que inviabilizou a identificação de seu genitor biológico:

Tenho um sonho recorrente: me vejo flutuando em meio à escuridão. Enquanto giro, cada vez mais rápido em uma região sem nome, fora do tempo, quase não terrenal. Fico angustiada e quero pôr os pés no chão. Mas não há nada sobre o que plantar os pés. Este é meu pesadelo: sou uma pessoa gerada por inseminação artificial com esperma de doador e nunca conhecerei metade da minha identidade [...]. Sinto raiva e confusão e me vem milhares de perguntas: de quem são os olhos que tenho? Quem pôs na cabeça de minha família a idéia de que minhas raízes biológicas não importavam? Não se pode negar a ninguém o direito de conhecer as suas origens biológicas. (ACIRRADA..., 1998).

Ressalta-se, portanto, que a necessidade da descoberta da ascendência genética independe de como é o relacionamento com os pais adotivos. Em outras palavras, a busca por informações dos pais biológicos não ocorre por eventual

insatisfação com o tratamento dado pelos pais adotivos, ou sentimento de ingratidão, mas pelo anseio interior de autoconhecimento e construção da sua própria identidade pessoal.

Tampouco se ampara na percepção cultural, referida por Alice Diver (2014), de que o parentesco socioafetivo seria uma forma menor de família, muito ao contrário. De acordo com a autora, essa estigmatização (e autoestigmatização de muitas pessoas adotadas) pode levar a uma relutância em requerer informações de nascimento biológico por medo de ofender os pais adotivos, o que pode “inibir ainda mais os processos de formação de identidade” (DIVER, 2014, p. 54), ao passo que quando essas pessoas buscam se apropriar do passado, permite-se o processo de luto<sup>2</sup>. Para Diver, a negativa de acesso aos dados da origem biológica pode “aprofundar a perda inicial, reforçar o estigma sociocultural e talvez mascarar um tratamento discriminatório e desigual”<sup>3</sup> (2014, p. 57).

Aliás, esta necessidade pode ser ainda mais intensa diante do fato de que muitas das crianças colocadas em famílias substitutas, ou seja, que foram adotadas, precisaram ser afastadas do convívio com a família de origem, por maus tratos, negligência ou por abandono, o que já causou traumas e dificuldades emocionais. Desta forma, a necessidade de conhecer sua origem genética é uma tentativa de tentar diminuir o sentimento de rejeição sofrido, podendo ser efetivamente diminuído, ao se vislumbrar que a família de fato tentou reassumir os cuidados com a criança ou que a entrega para adoção foi justamente um ato de demonstração de amor.

---

<sup>2</sup> Em tradução livre. No original: “Additionally, the self-stigmatizing actions of many adoptees (such as reluctance to request birth information through fear of causing offence to their adoptive parents) may further inhibit identity-formation processes. Where origin-deprived persons are however likely to ‘seek to recover a sense of agency over their own past...this often involves a kind of retrospective bereavement process’ over the loss of their genetic ties” (DIVER, 2014, p. 57).

<sup>3</sup> Em tradução livre. No original: “Kinship denials may compound the initial losses, reinforce inherent socio-cultural stigma and perhaps mask discriminatory and unequal treatment [...]” (DIVER, 2014, p. 57).

## **O DIREITO DE FILHOS ADOTADOS CONHECEREM SUA ORIGEM BIOLÓGICA - MIRELLA DE CARVALHO BAUZYS MONTEIRO, ALINE ARROXELAS GALVÃO DE LIMA e PEDRO DE MELLO FLORENTINO**

Portanto, observa-se que o direito de conhecer a origem biológica é de extrema importância para a garantia da identidade do indivíduo. Por isso, é classificado como direito da personalidade:

O direito à identidade, como direito da personalidade, tutela as características que diferenciam o indivíduo dos demais, tornando-o único. Essa unicidade, também chamada de individualidade, é o que permite a cada homem reconhecer o seu próprio valor como sujeito singular e irrepetível. Por representar um elemento que diz respeito à própria condição humana, a individualidade insere-se na proteção da personalidade (AULER, 2021, p. 3).

No mesmo sentido, Lôbo (2016) descreve que “os direitos da personalidade integram o núcleo intangível e indisponível da qualificação jurídica da pessoa, que destaca sua singularidade. [...] Entre eles, está o direito à identificação pessoal, incluindo a origem genética de cada pessoa”. Além disso, “tal direito encontra amparo no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito fundamental à vida, sendo portanto direito *personalíssimo* do adotado” (ISHIDA, 2015, p. 140).

De acordo com Lidia Weber e Cristina Lopes Pereira, as pesquisas atuais mostram que a necessidade da revelação da origem biológica da prole está bem disseminada na atualidade, mas consideram que os processos de revelação e compreensão da realidade, por parte dos adotados, “são complexos e devem ser abordados de forma sistemática e contínua em diferentes idades”, o que nem sempre é observado pelos genitores adotivos, “devido ao desconforto da família adotiva em lidar com a história da origem do filho” (2014, p. 363). Jane Fortin (2009) também aponta, no âmbito internacional, pesquisas que amparam a compreensão de que o conhecimento sobre a origem biológica permite que os adotados se posicionem no contexto social, assegurando a continuidade de sua biografia consistente com o passado<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> A autora também refere que o Comitê dos Direitos da Criança da ONU interpreta o direito ao conhecimento da origem biológica como direito humano resguardado pela Convenção dos Direitos da Criança, de 1989 (FORTIN, 2009).

Considerando o direito ao conhecimento da origem e do histórico de vida (art. 48 do ECA (BRASIL, 1990)), bem como o direito à preservação da identidade (art. 8º da Convenção dos Direitos da Criança (UNICEF, 2021)), o Tribunal de Justiça de São Paulo passou a disponibilizar, desde 2016, foto dos pais biológicos aos pais adotivos, os quais são preparados pelo setor técnico, durante o estágio de convivência, para a importância de disponibilizarem informações às crianças e adolescente adotados sobre o seu histórico de vida. Com o mesmo propósito, o Tribunal também passou a disponibilizar, quando solicitado pela família adotiva após consumado o processo de adoção, ou pelas próprias crianças e adolescentes adotados (art. 48, parágrafo único, do ECA), acesso não só ao processo de adoção, como também à demanda que resultou na perda do poder familiar dos genitores biológicos (MELO, 2016).

Importante ressaltar, contudo, que o conhecimento acerca da origem genética e do histórico de vida não têm, em qualquer hipótese, possibilidade de restabelecer os vínculos de filiação com a família de origem ou de gerar qualquer direito/dever decorrente, até mesmo porque a adoção é irrevogável (art. 39, §1º do ECA), como bem reforça Rossato, Lépore e Cunha (2018, p. 221):

a ação investigatória de ascendência genética não interfere no vínculo de filiação já estabelecido com os pais adotivos nem tem por condão restabelecer o poder familiar dos pais biológicos. Por meio dela, o infante apenas busca saber quem são seus pais biológicos. Não remanescerá, pois, qualquer obrigação de guarda, sustento ou educação para os pais biológicos.

Nesta mesma linha, Digiácomo e Digiácomo (2013, p. 56) discorrem:

O objetivo da norma não é “reverter” uma adoção já consumada (até porque esta é irrevogável), mas sim permitir que o adotado tenha conhecimento da identidade de seus pais biológicos e dos fatores que determinaram seu afastamento de sua família de origem e sua posterior adoção.

Da mesma forma, também não gerará o direito de convivência com os pais biológicos, o que poderá, contudo, ocorrer de maneira espontânea, dependendo das circunstâncias e vontade dos envolvidos.

#### **4 PARTO ANÔNIMO E O DIREITO DE CONHECER A ORIGEM GENÉTICA**

O direito ao parto anônimo permite que a genitora não assuma a maternidade de seu filho, o qual é entregue para adoção com a preservação do sigilo de seus dados. Essa possibilidade é amplamente aceita em outros países<sup>5</sup>, sob diferentes nomenclaturas, modalidades e com diferentes efeitos.

No Brasil, o instituto foi regulado pela Lei n. 13.509 (BRASIL, 2017), que acrescentou o artigo 19-A (especificamente nota-se seu §9º) ao Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990):

Art. 19-A. A gestante ou mãe que manifeste interesse em entregar seu filho para adoção, antes ou logo após o nascimento, será encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude.

§ 9º É garantido à mãe o direito ao sigilo sobre o nascimento, respeitado o disposto no art. 48 desta Lei.

A referida Lei também acrescentou o direito ao sigilo das informações dos pais que aderirem expressamente ao pedido de colocação em família substituta, conforme a nova redação do artigo 166, §3º, também do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Considera-se que a origem do parto anônimo ocorreu com a antiga “roda dos expostos”, que foi instituída por entidades religiosas para conferir um caráter mais humanista ao recolhimento de infantes abandonados em locais públicos, muitos dos quais eram “devorados por animais” (RIZZINI; PILOTTI, 2011, p. 19). Tais mecanismos, que funcionaram em localidades brasileiras até o século XX (RIZZINI; PILOTTI, 2011), permitiam que os infantes fossem recolhidos imediatamente após discreta entrega:

A origem da Roda dos Expostos ocorreu na Idade Média, por volta de 1198. Conforme Freitas (2008), tratava-se de um compartimento giratório instalado geralmente nas igrejas e hospitais onde a criança

---

<sup>5</sup> Como exemplos, indica-se o “*couchement sous X*” francês, cujas raízes remontam ao século XVI (BONNET, 1999), as chamadas “*safe haven laws*” americanas e o modelo “*baby hatches*”, atualmente utilizados em diversos países (BARTELS, 2012).

era abandonada do lado de fora, e a mãe, girando a estrutura em que a criança estava alojada, permitia que do outro lado da parede a criança fosse recepcionada sem que houvesse a identificação da genitora. Na Bahia, a Santa Casa de Misericórdia foi a primeira instituição do Brasil a ter uma Roda destinada para essa finalidade (WIBRANTZ; GOBBO, 2010, p. 164).

Para Rossato, Lépure e Cunha (2018, p. 116), o parto anônimo é instituto importante para evitar que ocorram situações de exposição ou aprofundamento de exposição de crianças a riscos:

De tempos em tempos são divulgadas notícias de mães que abandonam seus filhos à beira de lagoas, debaixo de árvores, dentro de caixas em vias públicas, em caçambas de recolhimento de entulho, enfim, em situações que evidenciam um comportamento desesperado de quem não quer exercer a maternidade, mas não sabe o que fazer com a criança.

Acredita-se que a preservação do anonimato é relevante para dar mais liberdade para a gestante procurar por assistência médica bem como manifestar expressamente o desejo de entregar o filho para adoção, por saber que não sofrerá consequências (sejam estas de natureza civis ou criminais) em decorrência de tal decisão (VILAR; MAFRA, 2021). Diante do preconceito social ainda enfrentado pelos papéis impostos ao sexo feminino (BADINTER, 1985; SAFFIOTI, 2013), constata-se que preocupação com o sigilo é um dado importante.

É de se frisar que a Lei 12.010/2009 já havia incluído no art. 13 (cujo *caput* trata da obrigação de notificação de casos suspeitos ou confirmados de maus tratos a crianças e adolescentes) a previsão (§1º) de que “gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude” (BRASIL, 2009). Posteriormente, a Lei 13.257 (BRASIL, 2016) adicionou a tal norma a expressão “sem constrangimento”. A inserção de tal previsão buscou expressamente “evitar que essa mulher se sinta ainda mais vitimizada do que protegida pela intervenção” (ARROXELAS, 2021).

Ademais, é considerada infração administrativa a não realização deste encaminhamento pelo profissional de saúde que toma conhecimento da intenção da

**O DIREITO DE FILHOS ADOTADOS CONHECEREM SUA ORIGEM BIOLÓGICA - MIRELLA DE CARVALHO  
BAUZYS MONTEIRO, ALINE ARROXELAS GALVÃO DE LIMA e PEDRO DE MELLO FLORENTINO**

genitora (conforme art. 258-B, ECA (BRASIL, 1990)). Objetiva-se evitar, principalmente, a ocorrência de entregas ilegais de crianças dentro dos estabelecimentos de saúde.

A questão que surge é: como compatibilizar o direito da gestante ao parto anônimo e o direito ao conhecimento da origem genética do que foi adotado?

Garantir o direito ao sigilo de dados da genitora que decide por entregar o filho para adoção, de maneira absoluta violaria de forma evidente o direito de o filho adotado conhecer a própria identidade genética.

Perlingieri (2008, p. 827), ao discorrer sobre a identificação dos doadores de gametas nas inseminações artificiais e o direito de saber a verdade (*favor veritatis*), no direito italiano, critica o anonimato, apontando que este:

Tampouco garante o *favor veritatis*, conquista fundamental de nosso ordenamento jurídico que se traduz em relação ao que nasceu no direito de conhecer, além do próprio patrimônio genético, também as próprias raízes culturais [...] Se no nosso ordenamento existe um *favor veritatis*, o anonimato representa uma escolha hipócrita e uma deviação em relação ao sistema introduzido pela reforma de 1975 e à interpretação da jurisprudência sucessiva que considerou prevalecente o *favor veritatis* sobre o *favor legitimatis*. (itálico no original).

Porém, o próprio § 9º do artigo 19-A prevê que o exercício do direito de anonimato pela genitora não será absoluto, ao trazer como ressalva justamente o artigo 48 do Estatuto (BRASIL, 1990), que garante ao adotado a obtenção de informações referentes à sua identidade genética, que pode ser imprescindível para o alcance da sua dignidade e desenvolvimento sadio.

Desta forma, ao prever expressamente a exceção ao sigilo na hipótese do artigo 48, nosso ordenamento jurídico deixa manifesto que sempre prevalecerá o direito do filho de conhecer sua origem biológica, em detrimento do direito do anonimato dos pais biológicos. Ou seja, o direito ao anonimato garantido no Estatuto da Criança e do Adolescente não é permanente e absoluto. Neste sentido:

[...] embora a gestante tenha o direito de não ser identificada, quando do cuidado de sua saúde, prevalece o princípio da proteção integral e absoluta da criança em ter identificados seus pais genéticos. O direito à gestação anônima é temporário, pois a mãe não tem o direito de

dispor do direito de o filho conhecer a sua carga genética. Em uma só palavra, a eventual lei a ser sancionada deverá esclarecer que o anonimato evitará que o nome da gestante se torne de conhecimento público, mas os dados pessoais deverão ser fornecidos mediante ordem judicial, para que o filho tenha o direito à sua condição humana tridimensional (WIBRANTZ; GOBBO, 2010).

Do mesmo modo, recentemente se posicionou o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em caso de “adoção à brasileira”, ou seja, em que foi realizado o registro civil do filho pelos adotantes como se fossem seus pais biológicos. O acórdão compatibilizou o direito do adotado com a estrita observância ao direito à privacidade, intimidade, honra e imagem das demais famílias a cujos documentos se conferiu acesso. No caso, permitiu-se à parte interessada consultar prontuários médicos guardados em determinado estabelecimento hospitalar, referentes a certo lapso temporal e relacionados com nascimentos de bebês de determinado sexo e grupo sanguíneo, visando a encontrar registro do seu parto e permitir sua identificação biológica:

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS Autora adotada “à brasileira” que pretende buscar a sua origem e identidade biológica Possibilidade - Princípio da dignidade da pessoa humana garantido constitucionalmente (art. 1º, inciso III, da CF), do qual deriva o direito ao estado de filiação e conhecimento da origem biológica (art. 48 da Lei no 8.069/90). Autora que deve observar, contudo, o direito à privacidade, intimidade e honra das famílias e parturientes (art. 5º, inciso X, da CF) - Sentença mantida. Recurso da Fazenda Estadual improvido. (SÃO PAULO, 2020).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção, na forma que está atualmente prevista no nosso ordenamento jurídico, pressupõe a extinção de vínculo do adotado com a família biológica. Porém, mesmo diante da ausência de relação de filiação e suas demais consequências, a pessoa adotada ainda tem o direito de conhecer a sua origem genética, o que passou a ser previsto expressamente no artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei

## **O DIREITO DE FILHOS ADOTADOS CONHECEREM SUA ORIGEM BIOLÓGICA - MIRELLA DE CARVALHO BAUZYS MONTEIRO, ALINE ARROXELAS GALVÃO DE LIMA e PEDRO DE MELLO FLORENTINO**

8.069/90), inclusive com possibilidade de acesso a tais informações antes mesmo da maioridade civil.

Isto porque não é possível ignorar a existência deste passado na vida de uma pessoa, tendo em vista que a origem genética faz parte da sua história.

A razão para a garantia do direito de conhecer sua ascendência genética, que não se confunde com o reconhecimento do estado de filiação, é decorrente da necessidade do ser humano em estabelecer sua identidade, por meio do conhecimento do seu histórico de vida, tratando-se, portanto, de direito da personalidade, baseado no princípio da dignidade humana.

Por fim, conclui-se que a possibilidade de anonimato para a gestante que manifestar o desejo de entregar o filho para adoção, prevista no artigo 19-A, § 9º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, não é permanente e absoluta, pois a ressalva do referido parágrafo demonstra que, no caso, há prevalência do direito do filho em conhecer sua origem biológica em detrimento do direito ao anonimato dos pais biológicos. Além disso, mesmo nos casos de "adoção à brasileira", em que não há um processo regular de adoção arquivado, é possível a busca pela identificação biológica por meio da autorização do acesso aos registros dos partos em maternidades.

Há, portanto, que se reconhecer o direito ao acesso às informações de origem biológica não como ato que venha a produzir qualquer efeito em detrimento da adoção perfeita e acabada (irrevogável), nem como gerador do direito (nem dever) de convivência; esta pode vir ou não a ser construída pelas partes após a descoberta biológica. Porém, garantir que a pessoa adotada tenha acesso a tais dados é, antes de mais nada, respeito à sua história e às possibilidades de criação de seu futuro de uma maneira mais digna.

### **REFERÊNCIAS**

ACIRRADA polêmica sobre "Bebês de Proveta". *Acidigital*, 1998. Disponível em: <https://www.acidigital.com/vida/probeta.htm>. Acesso em: 08 nov. 2021.

ARROXELAS, Aline. *Entrega voluntária de crianças para adoção no Brasil: das previsões legais à realidade dos procedimentos em Olinda/PE*. Artigo aceito para apresentação no XXI Congresso Nacional y XI Latinoamericano de Sociología Jurídica [SASJU, Argentina], 2021, ainda não publicado.

AULER, Juliana de Alencar. *Adoção e o direito à verdade sobre a própria origem*.

Disponível em:

<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/8467/1/Ado%C3%A7%C3%A3o%20e%20direito%20%C3%A0%20verdade%20sobre%20a%20pr%C3%B3pria%20origem.pdf>.

Acesso em: 05 de Nov. de 2021.

BADINTER, Elisabeth. *Um Amor Conquistado: o Mito do Amor Materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

BARTELS, Lorana. Safe Haven Laws, Baby Hatches and Anonymous Hospital Birth: Examining Infant Abandonment, Neonaticide and Infanticide in Australia. *Criminal Law Journal*, N. 36, pp. 19-37, 2012. Disponível em:

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2188712](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2188712). Acesso em: 10 set. 2021.

BECKER, Maria Josefina. Art. 47. In: CURY, Munir (coord.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BITTENCOURT, Ana Carolina Fuliaro. *Direito à origem e à identidade no contexto da adoção: a irrevogabilidade numa perspectiva crítica*. Orientadora: Eunice Aparecida de Jesus Prudente. 2014. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

BONNET, C. L'accouchement sous X. *Journal de Pédiatrie et de Puériculture*, v. 12, I. 6, 1999, p. 348-352. Disponível em:

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0987798399801765>. Acesso em: 10 set. 2021.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. E-book.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1916. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 8 nov. 2021.

**O DIREITO DE FILHOS ADOTADOS CONHECEREM SUA ORIGEM BIOLÓGICA - MIRELLA DE CARVALHO BAUZYS MONTEIRO, ALINE ARROXELAS GALVÃO DE LIMA e PEDRO DE MELLO FLORENTINO**

BRASIL. *Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965*. Dispõe sobre a legitimidade adotiva. Brasília (DF): Presidência da República, 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/l4655.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4655.htm). Acesso em: 8 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Institui o Código de Menores. Brasília (DF): Presidência da República, 1979. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6697-10-outubro-1979-365840-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 8 nov. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília (DF): Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 8 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília (DF): Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 8 nov. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999*. Promulga a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993. Brasília (DF): Presidência da República, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3087.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm). Acesso em: 8 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 127.541/RS*. Adoção. Investigação de paternidade. Possibilidade [...]. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro, 10 abr. 2000.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília (DF): Presidência da República, 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 8 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009*. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943; e dá outras providências. Brasília (DF): Presidência da República, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm). Acesso em: 8 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016*. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília (DF): Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm). Acesso em: 8 nov. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017*. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Brasília (DF): Presidência da República, 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13509.htm). Acesso em: 08 nov. 2021.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildéara Amorim. *Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado*. 8. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2020. Disponível em: [https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca\\_annotado\\_2020\\_8ed\\_mppr.pdf](https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/eca_annotado_2020_8ed_mppr.pdf). Acesso em: 10 set. 2021.

DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça (2. Turma). *Apelação Cível 52.493.098.070.005/DF*. O INTERESSE PROCESSUAL NA AÇÃO [...]. Relator: J. J. Costa Carvalho, 13 jan. 2010. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7386879/apelacao-ci-vel-apl-52493320098070005-df-0005249-3320098070005/inteiro-teor-102371136>. Acesso em: 8 nov. 2021.

DIVER, Alice. *A law of blood-ties - the 'right' to access genetic ancestry*. Basingstoke: Springer, 2014.

FONSECA, Cláudia. Cultivando proliferações indomáveis: considerações antropológicas sobre as políticas de proteção à infância. *Horiz. antropol.*, Porto Alegre, ano 27, n. 60, p. 419-451, maio/ago, 2021.

FORTIN, Jane. *Children's rights and the developing law*. 3. ed. Cambridge University Press: 2009.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

**O DIREITO DE FILHOS ADOTADOS CONHECEREM SUA ORIGEM BIOLÓGICA - MIRELLA DE CARVALHO  
BAUZYS MONTEIRO, ALINE ARROXELAS GALVÃO DE LIMA e PEDRO DE MELLO FLORENTINO**

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao conhecimento da origem genética difere do direito à filiação. 2016. *Consultor Jurídico*, 14 fev. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-14/processo-familiar-direito-conhecimento-origem-genetica-difere-filiacao>. Acesso em: 05 nov. 2021.

MELO, Eduardo Rezende. [Parecer indicando providências para uma melhor garantia do direito à identidade e desenvolvimento individual de crianças e adolescentes adotivas.]. *TJSP*, 21 set. 2016. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=78317> . Acesso em: 08 de nov. de 2021.

MORAES, Patrícia Jakeliny F. S.; FALEIROS, Vicente de Paula. *Adoção e devolução: resgatando histórias*. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na realidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PINHEIRO, Ângela. *Criança e adolescente no Brasil: porque o abismo entre a lei e a realidade*. Fortaleza: Editora UFC, 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (7. Câmara Cível). *Apelação Cível 70014442743/RS. ADOÇÃO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. POSSIBILIDADE. A par de o reconhecimento do estado de filiação ser direito personalíssimo [...]*. Relatora: Desa Maria Berenice Dias, 26 abr. 2006. Disponível em: [https://www.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=&num\\_processo=70014442743&codEmenta=7706337&temIntTeor=true](https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70014442743&codEmenta=7706337&temIntTeor=true). Acesso em: 08 nov. 2021.

RIZZINI, Irene; PILOTTI, Francisco. *A arte de governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 3. ed. 5. reimp. São Paulo: Cortez, 2011.

ROSSATO, Luciano Alves, LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanchez. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SAFFIOTI, Heleieth. *A mulher na sociedade de classes*. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação cível nº 1052388-05.2017.8.26.0053*, da 5ª Câmara de Direito Público. APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. Autora adotada “à brasileira” que pretende buscar a sua origem e identidade biológica. Possibilidade [...]. Apelante: Estado de São Paulo. Apelada: Anne Dorothee Slovic. Relatora: Maria Laura Tavares, 01 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3rM29nw>. Acesso em: 08 nov. 2021.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Acertos e desacertos em torno da verdade biológica. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. (coord.). *Grandes Temas da Atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

UNICEF. *Convenção sobre os Direitos da Criança*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 08 nov. 2021.

VILAR, Elaine Viana; MAFRA, Verônica Cecília Alves da Silva. Entrega responsável: intercâmbios possíveis entre gênero e infância. In: FIGUEIREDO, L. C. de B.; NERY, C. M.; TEIXEIRA, P. A. S. (org.). *Acolhendo mulheres: a entrega de crianças para adoção em Pernambuco*. 2. ed. Recife: Tribunal de Justiça de Pernambuco, 2021. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/documents/72348/1702483/Acolhendo+mulheres+-+Ago-2021.pdf/7e5d78f8-cee8-4ed4-0534-20ea7233260b>. Acesso em: 07 set. 2021.

WEBER, Lidia Natalia Dobrianskyj; PEREIRA, Cristina Lopes. Processo de revelação e busca pelas origens biológicas: perspectiva do filho por adoção. In: LADVOCAT, Cynthia; DIUANA, Solange. *Guia de adoção: no jurídico, no social, no psicológico e na família*. São Paulo: Roca, 2014.

WIBRANTZ, Carlize; GOBBO, Edenilza. Parto anônimo e a afronta ao conhecimento da origem genética. *Unoesc & Ciência – ACSA*, Joaçaba, v. 1, n. 2, p. 163-170, jul/dez 2010.

**Artigo recebido em: 05/11/2021**

**Artigo aprovado em: 16/12/2021**

**UM ENSAIO SOBRE O PODER NA MODERNIDADE:  
ANÁLISE SOBRE A LÓGICA CLASSISTA DO DIREITO À LUZ  
DE DIÁLOGOS PRESENTES NA OBRA - O PROCESSO - DE  
FRANZ KAFKA**

***AN ESSAY ABOUT MODERNITY POWER: ANALYZE ABOUT  
CLASSIST LOGIC FROM LAW BASED IN DIALOGUE FROM  
LITERARY WORK - THE PROCESS - OF FRANZ KAFKA***

**TIAGO DE SOUZA FUZARI**

Professor no Centro Universitário de Itajubá - FEPI. Mestre em Direito (área de concentração em Constitucionalismo e Democracia) pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM (2014 - 2016) com Bolsa CAPES. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM (2013).

## RESUMO

A presente pesquisa utiliza-se da obra *O Processo*, de Franz Kafka, como um elemento norteador e provocativo com vistas a suscitar uma crítica acerca da parcialidade do direito construído na modernidade constitucional. Deste modo, parte a investigação de uma contextualização temporal entre a obra literária e o direito construído na modernidade para, assim, voltar os olhos ao processo histórico de ruptura decorrente das revoluções burguesas que acabou por dissolver a estruturação do Antigo Regime e consolidar o poder político burguês. Ao se adentrar nestas forças, dá-se início à análise do processo de difusão do ideário burguês como um ideário universal e a sua influência na formação do direito para, então, chegar-se aos efeitos desta parcialidade travestida de neutralidade. Compreendidos os elementos historiográficos e sociais próprios deste processo de ruptura e formação moderna, o texto se dirige a uma análise de diálogos selecionados na sobredita obra, com vistas a observar a prevalência da parcialidade, do classismo e da reprodução do ideário burguês no direito e nas relações sociais, de modo a propiciar uma reflexão sobre a aparente neutralidade do Direito, do papel do Estado e da forma como a sociedade se organiza na contemporaneidade. A pesquisa construiu-se sob a metodologia histórico-crítica, sendo desenvolvida com base na técnica de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Estado Moderno; Direito e Parcialidade; Franz Kafka.

## ABSTRACT

This research based literary work *The Process* of Franz Kafka like a mechanism to provoke and guiding a critical the law partiality that have been built in the constitutional modernity. This investigation starts in a contextualization between literary work and the law that was built in the modernity, after comprehended this relationship, the investigation moves to the rupture process that happened in bourgeois revolutions that to finish the Old Regime and starts the bourgeois politic power. Understanding these processes, the analyze goes to comprehension to diffusion process of bourgeois ideal how a universal ideal and how this ideal has been influenced the law, its partiality and its false neutrality. It was surpassed that historically and social elements that ruptured with the Old Regime and formatted the constitutional modernity, the research starts an analyze of selected dialogues from literary work to observate the parciality, the classism and the bourgeois' ideology in

the law and in the society's relationship. That observation can make think about the false neutrality of law, about the role of state, and how the society organize the power, the social relationship and the law in the contemporaneity. This research was developed based a historical-critical methodology and based on the bibliographic research technique.

**Keywords:** Modern State; Law and Partiality; Franz Kafka.

## UM ENSAIO SOBRE O PODER NA MODERNIDADE: ANÁLISE SOBRE A LÓGICA CLASSISTA DO DIREITO À LUZ DE DIÁLOGOS PRESENTES NA OBRA - O PROCESSO - DE FRANZ KAFKA - TIAGO DE SOUZA FUZARI

### 1 INTRODUÇÃO

A presente crítica constrói-se utilizando como mote a obra literária “O Processo”, de Franz Kafka, a qual se insere em uma ambiência datada do início do século XX, período no qual fora publicada, e apresenta a trajetória de um sujeito nominado de Josef K., jovem, pertencente a um segmento social mais elevado e bancário, ocupando o cargo de procurador da instituição, que se vê envolvido em um processo na posição de réu. O enredo gira em torno do esforço do protagonista para compreender os meandros da justiça e do processo, necessários à sua defesa, e revela um contexto de arbitrariedade e violações.

Utilizando-se deste cenário trazido pela obra kafkaniana, a pesquisa volta seus olhos para as características do direito construído no contexto moderno constitucional, crítica esta pouco usual, quando se trata de construir uma relação entre a sobredita obra (bastante famosa no bancos acadêmicos) e o direito em si, pois o elemento patente ao curso de todo o enredo está justamente na ideia de arbitrariedade, de mazelas processuais – especialmente penais – e a posição do réu diante do poder punitivo do Estado.

Contudo, o esforço crítico trazido neste ensaio busca jogar luz sobre outro elemento que parece estar muito mais próximo do cotidiano jurídico moderno e que parece espreitar nas sombras da imagem oficial que delineiam a face e as características do direito erigido após os processos revolucionários burgueses. Direito este que deu origem, especialmente no contexto europeu ocidental, ao Estado moderno constitucionalizado.

O que se busca, assim, é observar, utilizando-se de características contextuais e – especialmente – de diálogos presentes na obra de Kafka, um condão classista e parcial do direito moderno, de modo que, a despeito de suas vestes de neutralidade e imparcialidade, a sua criação e exercício acabam por materializar valores e interesses de uma determinada classe ou grupamento social.

Esta crítica, portanto, justifica-se face a sua importância e atualidade em relação à busca pela elaboração de um olhar crítico ao direito que se constrói na contemporaneidade, de maneira que a observação em perspectiva histórica das forças e dos processos de criação do direito moderno permite ao indivíduo, imerso na ciência jurídica, entender os elementos extrínsecos do sistema (neste caso a parcialidade e neutralidade ostentada), e os elementos intrínsecos, os quais acabam por nortear o agir do Estado e da sociedade sem que os indivíduos se deem conta deles. Neste contexto, a obra literária aparece como o elemento chamariz de um olhar crítico para as características imersas sobre a face tangível desse direito.

A dinâmica deste texto parte da fixação do contexto temporal da obra *O Processo*, de modo a ser possível compreender as inter-relações que serão construídas com o direito que se constrói na modernidade, viabilizando, assim, a análise dos diálogos selecionados para a reflexão objeto da investigação. Ainda neste primeiro momento, é feita a crítica em perspectiva histórica do processo de ruptura levado a efeito pelas revoluções burguesas frente à estruturação do Antigo Regime, de modo a estabelecer o nascedouro da modernidade constitucional e as bases do poder burguês.

Superada a fase inicial em que se teve a consolidação do poder burguês – especialmente o poder político –, passa-se a um processo de crítica dos elementos e circunstâncias que fizeram nascer um direito parcial e classista, orientado segundo as premissas valorativas da classe burguesa, embora tenha se construído sob um discurso de imparcialidade e neutralidade. Neste caminho, investigam-se os processos intrínsecos à formação da face liberal do Estado moderno e a forma como o ideário de uma classe foi capaz de servir de base para o processo de ruptura com o Antigo Regime, a partir de uma perspectiva universal – como se de todas as classes fossem –, para então se chegar aos efeitos desta parcialidade travestida de neutralidade.

Por fim, chega-se ao elemento central da investigação, de modo que, a partir do recorte de uma série de diálogos apresentados pela obra de Kafka, pode-se observar que em um Estado, mesmo caracterizado como arbitrário pelo fato de se inserir em um momento histórico em que já se verifica a égide do ideário burguês,

## **UM ENSAIO SOBRE O PODER NA MODERNIDADE: ANÁLISE SOBRE A LÓGICA CLASSISTA DO DIREITO À LUZ DE DIÁLOGOS PRESENTES NA OBRA - O PROCESSO - DE FRANZ KAFKA - TIAGO DE SOUZA FUZARI**

absorve em seu direito e em suas relações sociais um viés classista. Tal perspectiva histórico-crítica dá-se a partir de três grandes frentes sob as quais os diálogos foram agrupados, sendo, inicialmente, observado o tratamento díspar que espera Josef K. face a sua posição social de destaque, enquanto procurador do banco e pertencente a uma família influente. Em segundo lugar, o impacto social que um processo causa no indivíduo, sendo capaz de deteriorar a sua imagem e a imagem de sua família. E, por fim, a importância do jogo de influências sobre o desfecho de um processo judicial.

A presente pesquisa constrói-se a partir do método histórico-crítico e se utiliza da técnica de pesquisa bibliográfica, de modo a articular a obra literária *O Processo*, de Franz Kafka, com obras próprias da Ciência Política, da Teoria Geral do Estado e do Direito.

### **2 AS BASES DA MODERNIDADE E O PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO DO PODER BURGUESES FRENTE AO ANTIGO REGIME**

Que espécies de homens eram estes? De que estavam falando? A que departamento oficial pertenciam? Entretanto K. vivia em um Estado constitucional em que reinava a paz, no qual todas as leis estavam em vigor, de modo que quem eram aqueles que se atreviam a invadir a sua casa? (KAFKA, 2001, p. 40).

Estas indagações trazidas por Josef K. demonstram sua surpresa e espanto, porém neste mesmo trecho é possível ver que o próprio protagonista da obra *O Processo* estabelece um alento para si mesmo, alento este que se firma na ideia de Estado constitucional, com leis vigentes e, portanto, uma segurança a ser esperada deste contexto, a qual pode ser materializada pelo reinado da paz.

Talvez o leitor sinta certo estranhamento ao ver o destaque dos sobreditos termos – Estado constitucional, leis em vigor e paz - especialmente pelo fato desta obra ser notabilizada por apresentar as feições de um Estado arbitrário, com um sistema de justiça inacessível ao cidadão, inquisitivo e que revela uma face com vestes totalitárias no ato de aplicação da justiça. Porém, a construção histórico-crítica

pretendida nesta investigação joga luz sobre outro elemento que parece caminhar ao largo da modernidade e, neste ponto, as expressões destacadas são de grande importância, pois servem de norte para se saber o contexto estrutural deste Estado que, ao menos do ponto de vista formal, apresenta-se a K. como temporalmente situado na modernidade constitucional, pós-revoluções burguesas.

Esta localização temporal e contextual se confirma com a observação do momento em que Franz Kafka produz sua obra, bem como a data de publicação original do livro, qual seja, 1925 (KAFKA, 2001), o que reafirma a compreensão de que se tem um desenho estatal e jurídico inserido no cenário do início do século XX. Ciente destas características e afastando os olhos daquilo que parece ser o mais pungente, sendo a crítica central da obra, é preciso jogar luz sobre o elemento que caminha ao longo do direito construído na modernidade constitucional.

Esta questão parece estar incrustada na forma como o direito moderno se constrói, especialmente levando em conta os núcleos de poder e interesses que estão por traz desta produção legislativa, sendo uma característica<sup>1</sup> tão própria destes tempos que, mesmo diante da apresentação de um Estado arbitrário – como o que é retratado na obra kafkaniana –, pelo simples fato de se tratar de um Estado inserido no contexto da modernidade pós revolucionário ocidental, esta característica continua a aparecer.

A característica à qual se faz referência é o fato de que o direito construído na modernidade pós-revolucionária apresenta-se como um direito parcial, ou seja, classista, no sentido de que atende e espelha a visão de mundo de um determinado grupamento social, promovendo assim diferentes tratamentos e diferentes acessos aos elementos de poder, embora se construa com um discurso de tratamento isonômico entre todos os indivíduos que compõem a sociedade.

---

<sup>1</sup> Importante destacar o uso do termo “característica” pois, como se demonstrará ao longo do texto, não se trata de um juízo valorativo, mas sim a busca de explicações para determinados fenômenos observáveis no direito construído na modernidade e o encontro de eventuais motivos da existência destes fenômenos no seu processo de formação a partir de uma análise historiográfica.

## UM ENSAIO SOBRE O PODER NA MODERNIDADE: ANÁLISE SOBRE A LÓGICA CLASSISTA DO DIREITO À LUZ DE DIÁLOGOS PRESENTES NA OBRA - O PROCESSO - DE FRANZ KAFKA - TIAGO DE SOUZA FUZARI

Para ser possível essa afirmação de que o direito construído na modernidade carrega em si uma visão parcial e classista, embora seja difundido com um viés universal, é preciso fazer um esforço historiográfico que remonta ao fim do medievo, de modo a se iniciar um percurso que caminhará até a contemporaneidade. Contudo, é preciso um alerta acerca da sucessão factual ora apresentada. Trata-se de uma visão global dos acontecimentos, especialmente trazidos sob a perspectiva europeia continental.

Assim, deve o leitor estar atento para o fato de que essas fases ou momentos destacados não ocorreram de maneira encapsulada como em um esquema didático, tampouco se deu ao mesmo tempo em todo o globo. Porém, o proveito que se tira dessa construção encontra-se justamente na possibilidade de nela enxergar as influências e pensamentos em voga, bem como permitirá olhar com maior nitidez a parcialidade ou visão classista que se pode depreender de algumas falas de Josef K.

Dando-se início ao percurso historiográfico, os séculos XIV e XV trouxeram o nascedouro daquilo que se tornaria a conformação moderna, devendo-se destacar a aliança do poderio econômico de um determinado grupamento social e os senhores feudais que se inseriam em um movimento de concentração de poder. Assim, o transcurso da baixa idade média viu firmar um novo grupamento social que se estabeleceu com importante influência, especialmente no campo econômico.

Este grupamento trata-se especificamente da chamada burguesia, que encontrou na atividade comercial o meio para estabelecer sua representatividade econômica no campo social e que, e justamente por meio dessa representatividade, conseguiu, em um processo de união com os velhos senhores feudais de descendência real<sup>2</sup>, ser parte do processo de reorganização das feições do Estado que ocorreu no

---

<sup>2</sup> Cumpre destacar que nem todos os senhores feudais detinham essa descendência real ou linhagem, sendo a essas linhagens familiares a que se refere o termo popularizado como - sangue azul- que ganhará corpo especialmente no contexto do absolutismo, com vistas a trazer a legitimidade teocrática necessária ao poder naquele contexto.

baixo medievo e abriu caminho para a entrada na modernidade. (SOARES, 2008, p. 77-78).

Em nossa análise historiográfica acerca da parcialidade do Direito é preciso destacar que, neste momento, essas relações entre burguesia ascendente e os núcleos de poder que compõem o medievo ainda se davam em uma ambiência fragmentada, em que a ideia de direito e justiça calcavam-se nos costumes, sendo o próprio conceito de ordenamento jurídico algo pulverizado nos vários núcleos de poder existentes. Há, portanto, um cenário fracionado nos chamados feudos, formando eles núcleos de poder esparsos ou poliarquias, que constituíam ambientes plurais no sentido de que os ordenamentos se pulverizavam nos feudos, corporações e comunas. (ALARCÓN, 2020, p.114).

Antes de prosseguir, pode parecer ao leitor que este cenário seja bastante heterogêneo, especialmente em relação ao ordenamento jurídico e ao direito que se construiu no período – de fato o é -, porém é preciso destacar que o medievo traz elementos de unidade, inclusive, sendo estes elementos que permitem classificá-lo, segundo alguns autores, como uma forma estatal<sup>3</sup>. Tais elementos consubstanciam-se no cristianismo que garante a visão de universalidade ao contexto social, o feudalismo como uma forma de administração e organização baseada na propriedade, ou detenção da terra e, por fim, um passado comum marcado pelas invasões bárbaras, fato este que impulsionou o surgimento de unidades políticas independentes (MORAIS, STRECK, 2014, p. 22).

Compreendido o panorama do medievo, é possível passar ao processo de consolidação do que viria a ser chamado de Estado moderno. Contudo, mais um alerta é importante. Este processo também não se deu de modo uniforme, havendo diferenças nas relações vistas no próprio contexto continental europeu. Mas, para este estudo, o que importa é o quadro geral em que se verifica um processo no qual as velhas forças feudais iniciaram um caminho de reafirmação e expansão de seu poder e, justamente neste processo, a força econômica burguesa apresenta um papel

---

<sup>3</sup> Assim chamado por alguns autores como Estado feudal ou Estado medieval.

## UM ENSAIO SOBRE O PODER NA MODERNIDADE: ANÁLISE SOBRE A LÓGICA CLASSISTA DO DIREITO À LUZ DE DIÁLOGOS PRESENTES NA OBRA - O PROCESSO - DE FRANZ KAFKA - TIAGO DE SOUZA FUZARI

importante, de modo a fazer com que o grupamento burguês galgue uma nova posição no cenário social.

Por meio de um processo de reforço do poder e expansão territorial promovido com base em uma aliança entre o que se denominará de nobreza (cujo poder, no momento, decorre justamente da posse da terra e eventuais laços que os remete às velhas famílias patrícias), dá-se início à formação das chamadas monarquias nacionais, fato este que marcou o surgimento do Estado moderno (SOARES, 2008, p. 76).

Surgido o termo Estado moderno neste caminho textual, é preciso situar o leitor no sentido de que tal termo refere-se a uma configuração, cujas faces ou fases destacáveis são o Absolutismo, o Estado Liberal e o Estado social, mas que tem como elemento característico a ruptura com a pluralidade de ordenamentos jurídicos própria do medievo (ALARCÓN, 2020, p. 117).

Assim, as primeiras monarquias nacionais caracterizam-se por promover uma expansão da esfera pública, de modo que o poder centralizado que alicerça o poder do Estado absoluto (primeira face moderna) afastou de vez o processo privado e pulverizado de poder e isso significa dizer que a pluralidade deu lugar à unidade, as poliarquias à monarquia, a fragmentação territorial ao território bem definido. Cria-se, portanto, novos mecanismos de integração, advindo dessas características a natureza nacional (SOARES, 2008, p. 78).

É exatamente pelas sobreditas modificações que se pode, especialmente no ramo da Teoria do Estado, dizer que Estado moderno tem como características a famosa tríade povo território e soberania. Começando pela soberania, caracteriza-se como o elemento formal de ordem política. Já o elemento material povo, cujo conceito é bastante variado ao longo da história, aparece tradicionalmente nos manuais de Teoria do Estado construído com base em vínculos demográficos, culturais e jurídico; O território, por fim, coloca-se como elemento material fundamental para delimitação do exercício do poder. (BONAVIDES, 2006, p. 70). Importante ainda mencionar que há autores que erigem um quarto elemento, a finalidade, que é controverso na doutrina

especialmente pelo seu caráter eminentemente político e de grande generalidade. (DALLARI, 2006, p. 103).

Sendo o objeto de análise a parcialidade do direito construído em âmbito moderno constitucional, é preciso voltar os olhos para este grupamento social que começou a ganhar destaque no contexto medieval por meio do comércio e entender como, no sucedâneo histórico que se seguiu, foi possível a consolidação de seu poder, para, assim, ser possível afirmar que o direito moderno constitucional construiu-se segundo a lógica e os interesses burgueses.

A formação das monarquias nacionais teve participação econômica significativa dos grupamentos burgueses, sendo que tal fato também lhes trouxe benefícios no sentido de construção de uma unidade de ordenamento jurídico, unidade de administração e consolidação de um mercado consumidor. Perceba-se aqui os reflexos dos célebres elementos característicos do Estado moderno: povo, território e soberania. O velho sistema econômico feudal foi substituído pela estrutura mercantilista, colocando o Estado – aqui em sua primeira face absolutista – como o grande agente financeiro, dotado de um aparato administrativo arrecadador tocado especialmente pela nobreza de que se circundava a base política real -, um ordenamento jurídico unificado – sob a égide do poder monárquico – e concentrando nesta figura estatal – encarnada pela figura monárquica – a soberania sobre o comércio, a guerra e a diplomacia (SOARES, 2008, p. 70-80).

A estrutura mercantilista fortaleceu sobremaneira o poder econômico burguês, garantindo seu mercado consumidor e eventuais alianças estatais proveitosas aos negócios (SOARES, 2008, p. 192), valendo-se a menção de que, neste momento, adentra-se o período da expansão marítima, intensificação comercial de especiarias, descobrimento de novas colônias, sendo portanto um momento de efervescência comercial e o resultado do entrelace econômico entre burguesia e nobreza no medievo.

Ocorre que, a despeito do estabelecimento de um mercado consumidor dentro de um território sem barreiras e de certa estabilidade do ordenamento jurídico,

## **UM ENSAIO SOBRE O PODER NA MODERNIDADE: ANÁLISE SOBRE A LÓGICA CLASSISTA DO DIREITO À LUZ DE DIÁLOGOS PRESENTES NA OBRA - O PROCESSO - DE FRANZ KAFKA - TIAGO DE SOUZA FUZARI**

quando comparado à pulverização de poder existente no medievo, passou a não ser suficiente para a burguesia que, juntamente o com crescimento do poder estatal moderno, viu crescer seu poderio econômico, de modo que a submissão ao poder monárquico, eventuais inconstâncias e intervenções imoderadas no âmbito jurídico e patrimonial (SOARES, 2008, p. 80) e uma cisão em grupos da sociedade e do poder político começaram a incomodá-la.

Tomando uma perspectiva meramente didática e, tendo por marco a Revolução Francesa, este é o ponto de chegada do primeiro capítulo. A partir desta construção historiográfica, coloca-se o leitor às portas das forças revolucionárias que puseram abaixo o Antigo Regime sob o afiado fio das guilhotinas. Como dito, tal marco temporal é exclusivamente didático e esta afirmação não prescinde de um fechamento das ideias, pois tal ponto de chegada simbolizado pela Revolução Francesa marca uma virada na própria construção do que Paulo Bonavides (2007, p. 30) definirá como a consolidação do poder burguês como grupo dominante, solapando, deste modo, as forças que estruturaram a organização do poder até então.

A sobredita explicação acerca deste marco didático dá-se por três motivos importantes, sendo o primeiro deles que este processo de consolidação do poder burguês não é algo que ocorreu a partir das revoluções burguesas. Ao contrário, estas marcaram justamente o ponto de chegada neste processo histórico que se desenrolou especialmente do baixo medievo em diante. Trata-se, portanto, de um processo longo, ocorrido de maneiras diversas, com intensidades diversas nos vários lugares. Porém, todos eles compartilharam a mesma base, qual seja, esta nova construção das estruturas de poder, na qual a classe burguesa passa a ter significativo destaque.

A segunda questão a ser explicada encontra-se justamente no fato de que as revoluções burguesas inseriram-se em um processo de modificação de bases teóricas que legitimam o poder. Uma ruptura nestes moldes não prescinde de uma ruptura teórica de grande envergadura trazida em sua algibeira; assim, ao se olhar o processo da renascença em suas várias vertentes como as artes, ciências e filosofia, viu-se

também uma reconstrução das bases legitimadoras do poder, sufragando, assim, as velhas forças do Antigo Regime.

Por fim, a terceira explicação, diretamente ligada à anterior, cinge-se à ideia de que essa insatisfação da burguesia, às portas das revoluções, representava efetivamente uma busca pela consolidação de seu poder político, questão esta que, até então, não era algo a ela franqueado.

Isso pode ser depreendido de uma leitura um pouco mais atenta da descrição que Eric J. Hobsbawm (2010, p. 40-41) faz da Europa e dos poderes reinantes no contexto da década 1780, de modo que o pertencimento à classe dominante vinha exatamente do fato de se possuir propriedades, terras e laços familiares.

Assim, o recebimento de privilégios, o acesso aos mais altos postos do Estado e, portanto, o poder político concentrava-se justamente em torno do pertencimento do indivíduo a determinado grupamento na escala social – independentemente do poder econômico que este indivíduo possuísse – mantendo viva politicamente e de modo implícito a antiga ordem feudal. “Na maioria dos países da Europa ocidental, a ordem feudal implícita nessa maneira de pensar estava ainda muito viva politicamente, embora fossem cada vez mais defasados em termos econômicos” (HOBSBAWM, 2010, p. 40-41).

Representam, portanto, as revoluções burguesas o cominar de um processo que, visto em perspectiva pretérita, marcou a ascensão da classe burguesa, a qual se deu primeiramente no domínio dos processos econômicos (e viabilizou, em paralelo, a construção de uma base teórico-filosófica adequada à sua perspectiva de mundo) e, por fim, ao poder político, de modo a romper com as antigas forças que sustentavam a dinâmica de poder do Antigo Regime.

### **3 A MODERNIDADE CONSTITUCIONAL E A PARCIALIDADE DO IDEÁRIO BURGUESES IMERSA NO DIREITO**

## UM ENSAIO SOBRE O PODER NA MODERNIDADE: ANÁLISE SOBRE A LÓGICA CLASSISTA DO DIREITO À LUZ DE DIÁLOGOS PRESENTES NA OBRA - O PROCESSO - DE FRANZ KAFKA - TIAGO DE SOUZA FUZARI

Colocado o leitor às portas da ruptura trazida pelas revoluções burguesas, passa-se a uma análise mais detida acerca do direito construído no Estado moderno e os primados consagrados no contexto constitucional pós-revolucionário. Assim, ter-se-á neste ponto o objetivo de explorar quais são os elementos próprios destas circunstâncias que - sob a influência do ideário burguês - fizeram florescer um direito que, embora travestido de certo ar universalista, aparenta construir-se segundo determinados interesses. Tal compreensão levará o leitor ao desiderato final deste texto, qual seja, identificar, em certos diálogos travados por Josef K., este condão parcial que aparentemente se sustenta ao longo de toda a modernidade.

O mote revolucionário francês apresenta-se com um importante ponto de partida para se identificar o tipo de ruptura pretendida na passagem do Absolutismo para o Estado liberal. Assim, travados os embates de forças, construiu a burguesia a base teórica necessária para o processo de uma nova legitimidade do poder, de modo que o sujeito não poderia mais ser reconhecido e exercer poder político com base na sua pertença a determinados grupos sociais.

A velha fórmula, muitas vezes representada pela tríade “nobreza, clero e povo”, não dava mais conta de sustentar o próprio poder face as mudanças trazidas pelo pensamento iluminista e, justamente por isso, a ideia de liberdade e igualdade garantiria ao sujeito o reconhecimento como indivíduo – não mais como parte de um segmento-, sendo-lhe franqueado direitos que são garantidos e respeitados pela força estatal, pela força da norma instituída, e, agora, encarnada na figura de uma constituição (não mais na vontade soberana de um monarca).

Essa nova roupagem dada à legitimação do poder constitui-se na base teórica gestada desde as primeiras universidades burguesas e lapidada por todo o processo iluminista, sendo a base teórica sob a qual a burguesia promove o seu acesso ao poder político, poder este que até então estava restrito à nobreza. Volta-se, assim, à afirmação de Paulo Bonavides (2009, p. 30), no sentido de que a velha classe dominada, cujo poderio restringia-se ao mero poder econômico, agora se tornou classe

dominante, visto que conseguiu construir uma nova estrutura de legitimidade de poder capaz de lhe franquear o poder político.

Neste sentido:

[...] a feição absolutista do Estado moderno passaria a curvar-se diante do mercantilismo, a moeda única e a ascensão da burguesia. Esses novos determinantes econômicos e sociais provocaram as revoluções que dariam origem ao Estado Liberal. (ALARCÓN, 2020, p. 118).

O nascente Estado liberal, cunhado sob a tripartição de poder, o império da lei, a construção da vontade estatal por meio do parlamento, o absentéismo estatal no âmbito privado com grande e respeito às liberdades públicas e a propriedade viabilizaram uma súbita produção de riquezas. Ressalta-se que, no campo econômico, o velho modelo mercantilista – tão importante no processo de consolidação do poder econômico burguês, deu lugar à teoria smithiana, com a ideia de mercado concorrencial, mão invisível e especial abstenção estatal nas questões econômicas. Respondeu-se com tal absentéismo às antigas e incômodas ingerências monárquicas que muito perturbavam a burguesia no Antigo Regime (FERREIRA FILHO, 2009, p. 42).

O processo de cisão irrompeu-se em várias frentes (como se pôde verificar) e, juntamente com ele, o modelo liberal promoveu um desenvolvimento econômico vertiginoso associado a um progressivo e massivo processo de produção e de inovações tecnológicas constantes.

Porém, destaca Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009, p. 42-43) que, notadamente no século XIX, todo este crescimento em âmbito econômico manteve-se concentrado nas mãos da burguesia, agora burguesia industrial, sendo eles os detentores dos complexos fabris e quem efetivamente detinha o poder de contratar, demitir, comprar e vender, ficando as massas de trabalhadores submissas a este novo poder instaurado, que, além do poder econômico, detinha também o poder político, possuindo como único trunfo sua força de trabalho que, nesta lógica de absentéista, também se tornou produto.

O resultado do processo revolucionário acarretou, portanto, um crescimento, juntamente com o crescimento econômico das massas de trabalhadores que, agora, se

## UM ENSAIO SOBRE O PODER NA MODERNIDADE: ANÁLISE SOBRE A LÓGICA CLASSISTA DO DIREITO À LUZ DE DIÁLOGOS PRESENTES NA OBRA - O PROCESSO - DE FRANZ KAFKA - TIAGO DE SOUZA FUZARI

amontoavam ao em cidades fabris, ostentando condições de vida e de trabalho bastante deterioradas e, conforme destaca Pietro Jesús Lora Alarcón (2020, p. 120-121), ao lado do abrupto crescimento da economia e da produção de riquezas, viu-se a expansão das massas de trabalhadores as quais, ao contrário da burguesia que efetivamente alçou o poder econômico, não conseguia ter acesso à participação nas decisões estatais, sofrendo inclusive forte reação estatal diante de qualquer tentativa de organização. A exemplo, pode-se citar a Lei *Le Chapelier*, ao coibir e proibir organizações no âmbito das relações de trabalho.

O leitor, ao observar essas análises, pode pensar que há algo que parece não se encaixar, pois os livros de história mostram um processo de ruptura com o Antigo Regime inserido em um ambiente de revoltas, em um processo com participação dos médios e baixos grupamentos sociais, não sendo uma mera articulação da burguesia com vistas à concentração de poder restrita à própria burguesia.

De fato, esta participação caracterizou o processo revolucionário, estando todos esses vários grupos imergidos no pensamento iluminista que há tempos se gestava e se difundia. Contudo, há uma importante contradição no âmago deste processo, uma vez que as revoluções burguesas acabaram por generalizar o ideário de uma classe como se de todas as classes fosse, de modo a despertar nas massas a consciência de suas liberdades políticas. Porém, atingido o poder político que calcou o processo revolucionário e afastada a estrutura de poder que sustentava o Antigo Regime, não havia interesse de que esta universalidade transcendesse o campo formal (BONAVIDES, 2007, p. 30).

Percebe-se, portanto, que a face liberal do Estado moderno, embora tenha se estruturado de modo a atender justamente ao ideário burguês - neste ponto, ressalta-se algo já advertido em nota explicativa anterior - não se trata de um ato da classe burguesa tramado nos calabouços, mas sim de um processo liderado pela classe burguesa que difundiu seu ideário como universalista e que, atingido o objeto deste ideário no plano formal, pôs-se por satisfeita, de modo que o poder político almejado se atingiu, a conformação jurídica e política do Estado atendia a seus interesses e o

desenvolvimento econômico materializava-se a níveis nunca antes vistos. Aos olhos deste grupamento, seus interesses estavam atendidos e ponto final.

Mas ao se olhar para o direito ali construído e se voltando para os elementos semânticos do mote revolucionário burguês que serviu como pedra fundamental de sua construção, a ideia de liberdade, igualdade e fraternidade continuava a ser algo não atingível pelas massas de trabalhadores

Isso ocorria, pois tinha-se um mercado entregue àqueles que detinham capital e uma dinâmica de responsabilidade social<sup>4</sup> focada no próprio indivíduo, de modo que o absentismo estatal era visto como meio para que o indivíduo desenvolvesse todas as suas habilidades e capacidades sem que houvesse empecilhos, especialmente estatais (SOARES, 2008, p. 189). O resultado deste cenário foi uma estrutura política e jurídica que acabava por privilegiar a exploração e manter as classes trabalhadoras incapazes de acessar os direitos conquistados pelo modelo liberal, embora o discurso fosse de liberdade e igualdade a todos acessíveis.

A parcialidade do direito do direito burguês e a busca dos interesses que satisfaziam aquela classe foram ficando cada vez mais claros ao logo do tempo, tendo seu auge no final do século XIX. Neste sentido, destaca Pietro Jesús Lora Alarcón (2020, p. 121-122) que a falsa neutralidade do Estado burguês foi sendo paulatinamente desmascarada à medida que esse Estado resistia às reivindicações dos trabalhadores explorados, como é caso do direito à greve ou mesmo a já mencionada tentativa de organização coletivas dos trabalhadores.

Os níveis de tensão do fim do século XIX trouxeram uma série de modificações e rupturas, que deram origem aos movimentos socialistas (destacando-se a

---

<sup>4</sup> O termo responsabilidade social aqui está empregado fora de contexto, uma vez que neste período o conceito nem sequer existia. Contudo, o sentido objetivado por este autor dirige-se justamente à ideia de que a única responsabilidade existente era do próprio indivíduo consigo mesmo. Logo, o pensamento liberal clássico coloca sobre os ombros do indivíduo a responsabilidade sobre a sua própria sorte, desconsiderando a dimensão material necessária para que o indivíduo possa se desenvolver. Note-se que a consciência da necessidade desse conjunto de elementos materiais para que o indivíduo possa efetivamente se desenvolver propiciará um incremento do conceito de meritocracia a ser construído ao longo do século XX.

## UM ENSAIO SOBRE O PODER NA MODERNIDADE: ANÁLISE SOBRE A LÓGICA CLASSISTA DO DIREITO À LUZ DE DIÁLOGOS PRESENTES NA OBRA - O PROCESSO - DE FRANZ KAFKA - TIAGO DE SOUZA FUZARI

experiência soviética); ao modelo de Estado social no contexto capitalista (cuja base econômica pautou-se no pensamento keynesiano e, no âmbito jurídico, promoveu-se uma releitura do papel dos direitos fundamentais e do papel do próprio Estado); e, posteriormente, até mesmo aos movimentos fascistas (ALARCÓN, 2020, p. 121) alocados como a terceira via aos sobreditos caminhos, cujos efeitos nefastos o decorrer do século XX tratou de mostrar.

Ao se observar o contexto do Estado social e da parcialidade do direito, José Luis Bolzan de Moraes e Lênio Luiz Streck (2008, p. 76-77) destacam que, a despeito das modificações trazidas pelo modelo social na reformulação do direito (com especial papel do direitos sociais e da releitura constitucional do papel do Estado), não se tem propriamente um afastamento das estruturas erigidas após as revoluções, senão um mero reajuste que permitiu que as elites burguesas mantivessem seu poder e, diante de toda pressão social que ameaçava colapsar o modelo liberal capitalista, manter a estrutura de Estado. Foi esta estrutura apenas repaginada, pois afirmam os sobreditos autores que as próprias elites burguesas beneficiaram-se destas mudanças, de modo que, havendo novos deveres estatais, passaram elas a lucrar com as concessões públicas de serviços e obras, além de transferir ao Estado uma série de custos estruturais das atividades a serem por estas mesmas elites levadas a efeito.

Ao se caminhar para o final deste ponto da análise e tendo por objetivo central observar a parcialidade do direito construído na modernidade à luz dos diálogos da obra *O Processo*, cumpre trazer uma importante observação acerca do Direito Penal e sua parcialidade. O Direito Penal que se erigiu nesse contexto não deixou de beneficiar os interesses e bens jurídicos próprios da burguesia, de modo que, à luz do que se viu acerca da parcialidade do sistema como um todo, esta parcialidade se repete na própria estrutura do Direito Penal moderno.

Neste sentido, vale-se esta análise de elementos da teoria do *Labeling Approach*, e da Criminologia Radical para a reflexão. A começar pela escolha do que pode ou não ser considerado crime, tem-se um processo de seleção de comportamentos determinados e, obviamente, a exclusão de outros comportamentos,

de modo que isso ocorre segundo alguns interesses determinantes. Isso põe em xeque a ideia de neutralidade, visto que o processo de escolha seguirá determinado caráter ideológico vigente no contexto desta escolha.

Em síntese, a partir da conceituação de que se considera crime aquilo que a lei assim determina como tal, tem-se a seleção/escolha de comportamentos que serão considerados criminosos por aquela sociedade e, por conseguinte, a exclusão de outros comportamentos que não serão considerados criminosos, independentemente da sua danosidade social (pois este conceito de danosidade será algo construído). Neste passo, a roupagem de neutralidade incontroversa sobre a definição legal do que é crime - que a tradicional criminologia sustenta - não se verifica diante do elemento ideológico presente no processo de escolha (SANTOS, 1981, p. 8).

A título de exemplo, retorna-se ao contexto liberal, em que o ideário burguês imprimia grande valor à livre iniciativa e reinava o afã de ruptura com o Antigo Regime e as velhas heranças medievais. Acima, já fora mencionado que a criação das ligas e associações operárias foram rapidamente reprimidas, sendo que, no contexto francês, foram inclusive criminalizadas pelo Código Penal de 1810, com a criação do tipo penal de coligação. (ALARCÓN, 2020, p. 121).

Nota-se, portanto, que a própria escolha daquilo que é crime no contexto liberal segue justamente as premissas burguesas e, a despeito das modificações trazidas pelos processos de ruptura do final do século XIX, tais influências, seja no campo jurídico, seja no campo social, foram no máximo mitigadas, havendo, assim, uma parcialidade intrínseca ao direito posto e à estrutura estatal.

Tal situação reflete-se em muitas outras faces do Direito Penal, dando origem às chamadas cifras negras e douradas, além de um seu condão patrimonialista (e também do Direito Civil). Isto leva à conclusão de que se tem um sistema penal seletivo, o qual se impõe por meio de mecanismos de repressão e marginalização de grupos colocados em situação de marginalização do sistema e estabelecimento de grupos subalternos (BARATTA, 2002, p. 5), reproduzindo, com isso, uma lógica - no caso, a lógica burguesa - de modo velado, uma vez que tudo se apresenta sob um grande

## **UM ENSAIO SOBRE O PODER NA MODERNIDADE: ANÁLISE SOBRE A LÓGICA CLASSISTA DO DIREITO À LUZ DE DIÁLOGOS PRESENTES NA OBRA - O PROCESSO - DE FRANZ KAFKA - TIAGO DE SOUZA FUZARI**

espectro de neutralidade de conteúdo e imparcialidade de ação do Estado e seus agentes.

Construído este arcabouço teórico, caminha a análise para a sua fase final, de modo que esta seletividade poderá ser percebida em uma série de diálogos da obra *O Processo*, sendo possível verificar a existência de categorias de cidadãos. Categorias estas que operam sob uma lógica burguesa patrimonialista, na qual alguns indivíduos gozam de prestígio e maior acesso a privilégios e outros indivíduos são tratados como seres de menor importância ou, mesmo, não dignos de um tratamento igualitário. Estas análises não prescindem de alguns alertas, cuidados e observações que serão à frente pontuadas no contexto dos diálogos.

### **4 ENTRE A REALIDADE E A FICÇÃO, A PARCIALIDADE DO DIREITO MODERNO EXTRAÍDA DOS DIÁLOGOS DE JOSEF K.**

A obra “*O Processo*”, de Franz Kafka, retrata as amarguras de um sujeito nominado de Josef K. que, em um dado dia normal, foi surpreendido pela notícia de que figurava como acusado em um processo, sendo o deslinde da obra calcado em sua trajetória de defesa e os desafios impostos por um contexto arbitrário e uma justiça eivada por melindres, relações de difícil compreensão e jogos de influência.

A obra foi escrita em início do século XX e propicia uma série de interpretações, tanto em relação à administração da justiça em si como em relação ao poder estatal, além dos perigos da arbitrariedade, pois o protagonista luta, o tempo todo, contra um inimigo que não compreende bem – a justiça e o Estado –, sendo possível perceber a deterioração de sua vida e carreira até o momento final, no qual ele sofre a sua sentença sem nunca ter tido conhecimento efetivo do ato pelo qual estava sendo punido.

Este texto, porém, caminha, como já destacado no capítulo inicial, para um foco pouco intuitivo, quando comparadas as análises jurídicas que são comumente

realizadas sobre esta obra literária. Busca-se, a partir deste ponto, a identificação da existência de um direito parcial, ou classista, o qual atende e espelha a visão de mundo de um determinado grupamento social, promovendo assim diferentes tratamentos e diferentes acessos aos elementos de poder e configurando, a partir desses interesses, as relações sociais e o valor dado ao indivíduo inserido neste contexto.

Também já fora destacado inicialmente que tal análise, a despeito do enredo se passar em um contexto arbitrário, depreende-se de dois elementos-chave que permitem situar a dinâmica dos fatos narrados e das relações existentes na obra no contexto moderno pós-revolucionário. O primeiro deles é o momento em que a obra fora escrita, começo do século XX, e o segundo elemento é a fala abaixo retratada de Josef K.:

Que espécies de homens eram estes? De que estavam falando? A que departamento oficial pertenciam? Entretanto, K. vivia em um Estado constitucional em que reinava a paz, no qual todas as leis estavam em vigor, de modo que quem eram aqueles que se atreviam a invadir a sua casa? (KAFKA, 2001, p. 40, grifo nosso).

A fala destacada permite, como também já fora ressaltado no capítulo inicial desta análise, situar o leitor em um contexto pós-revolucionário, no qual, ao menos em tese, vive-se sob o império da lei e, por consequência, existe, ao menos no campo social, a influência do ideário burguês disseminado na sociedade. Vale destacar que, no processo histórico de afirmação da modernidade constitucional, muitos Estados Absolutistas resistiram à onda iluminista, a essa nova conformação estatal e de poder, travestindo-se de uma aura constitucionalizada.

Ou seja, deu-se ares de Estado constitucional a contextos que ainda mantinham certa concentração de poder, de modo a permitir que as velhas forças se perpetuassem mesmo diante da ascensão do ideário burguês. Nascia, assim, a figura dos déspotas esclarecidos, de modo que o velho monarca instituía uma constituição, direitos, limites ao poder do Estado, porém ainda havendo uma face arbitrária que pairava sobre o Estado com uma face constitucionalizada. Um bom exemplo disso é a

## UM ENSAIO SOBRE O PODER NA MODERNIDADE: ANÁLISE SOBRE A LÓGICA CLASSISTA DO DIREITO À LUZ DE DIÁLOGOS PRESENTES NA OBRA - O PROCESSO - DE FRANZ KAFKA - TIAGO DE SOUZA FUZARI

Constituição brasileira de 1824 e o convívio do Poder Moderador conjuntamente com os demais poderes.

Não se está a dizer que o enredo de “O Processo” ocorra sob um Absolutismo esclarecido. Não há elementos que deem a possibilidade de se afirmar tal situação. Porém, o que se depreende apenas é que se está em um contexto constitucionalizado – e isso permite situar a obra no tempo e no espaço – e que, à luz do exemplo acima, é possível a coexistência de um Estado arbitrário sob vestes constitucionais e sob a influência – em certo grau – do ideário burguês.

Feitas estas advertências necessárias e estabelecido o quadrante de observação que se utilizará, passa-se ao elemento nevrálgico desta análise, qual seja, a existência de um viés classista do direito e que poderá ser vista sob três grandes frentes nos diálogos abaixo selecionados.

Inicialmente, observa-se o tratamento díspar que espera Josef K. face a sua posição social de destaque, enquanto procurador do banco e pertencente a uma família influente. Em segundo lugar, o impacto social que um processo causa no indivíduo, sendo capaz de deteriorar a sua imagem e a imagem de sua família e, por fim, a importância do jogo de influências sobre o desfecho de um processo judicial.

Josef K. ostentava uma posição social de preponderância. Sendo ele jovem, já havia alçado uma posição de destaque no banco em que trabalhava e essa sua posição preponderante fica clara, especialmente, em momentos em que K. lida diretamente com a diretoria do banco, bem como pelo fato dele se relacionar com uma série de clientes, aparentemente comerciantes importantes.

Além disso, K. apresenta uma educação singular, e isso também fica evidenciado no momento em que ele é escalado pelo diretor do banco para acompanhar o cliente italiano em uma visita à cidade para apreciar obras de arte, haja vista o seu conhecimento sobre o assunto, além do fato de K. saber o idioma do ilustre cliente.

Tal posição social preponderante traz a Josef K. uma visão de si mesmo, dos fatos e das pessoas envolvidas na administração da justiça como uma aparente

superioridade que, a seus olhos, o coloca em um patamar diverso daqueles envolvidos com os negócios da justiça.

K. ficou calado e pôs-se a pensar: Deixar-me-ei intimidar pela conversa destes empregados inferiores, pois eles admitem que o são. De qualquer modo, estão falando de coisas que de maneira alguma compreendem. A segurança que ostentam apenas é possível devido à sua estupidez. Será bastante que eu fale algumas palavras com um representante da autoridade de condição igual à minha para que tudo se torne incomparavelmente mais claro que me atendo aos maiores discursos destes dois." (KAFKA, 2001, p. 42.)

Por óbvio que há certa indignação do protagonista por se julgar inocente. Porém, o juízo valorativo feito por K., especialmente ao final de seu pensamento, revela a sua real imagem frente àqueles indivíduos que, naquele momento, representavam a figura e a vontade estatal.

Percebe-se, portanto, que o próprio K. entende que aqueles seguranças que estavam ali em sua morada eram meros sujeitos inferiores, sendo que K. só deveria dar ouvidos a autoridades superiores, autoridades estas que estivessem em um patamar equivalente – seja social, seja em relação a poderes e influência – àquele ostentado pelo próprio K.

"Dois grosseiros guardas de polícia ocuparam a sala pegada à minha. Se eu fora um bandido perigoso, não se teriam podido tomar precauções maiores." (KAFKA, 2001, p. 75.) Interessante notar que, para além de um processo de parcialidade inerente à escolha do tipo penal, conforme tratado nos pontos iniciais desta análise crítica, há também um reflexo disso no campo social, de modo que quem ostenta uma posição social de maior poder parece se sentir em uma posição superior, inclusive a atos praticados pelo próprio Estado. Tal fato traduz-se em uma situação corriqueira, e até mesmo explorada em alguns estudos sobre tema, que se materializa na célebre frase: você sabe com quem está falando?

Percebe-se, portanto, que a despeito do discurso de imparcialidade e submissão geral dos indivíduos e do próprio Estado ao império da lei, aos olhos dos

## UM ENSAIO SOBRE O PODER NA MODERNIDADE: ANÁLISE SOBRE A LÓGICA CLASSISTA DO DIREITO À LUZ DE DIÁLOGOS PRESENTES NA OBRA - O PROCESSO - DE FRANZ KAFKA - TIAGO DE SOUZA FUZARI

vários indivíduos imersos nesta lógica classista parece haver pessoas que se submetem à lei e ao poder estatal e outras que se colocam imunes a ela.

Neste ponto, vale lembrar que há pouco foi destacado que o próprio K. alegou a submissão do Estado à constituição como forma de acalantar a sensação de insegurança: “Entretanto, K. vivia em um Estado constitucional, em que reinava a paz” (KAFKA, 2001, p. 40). Há aqui uma lógica dissidente entre submissão e proteção de interesses.

Esta dificuldade de submissão ao poder estatal e a seus representantes, para além de uma simples indignação com a injustiça sofrida, continua no trecho destacado a seguir, de modo que K. direciona grande importância em não se humilhar diante daqueles iriam fazer o interrogatório. Percebe-se que, ao mesmo tempo em que K. se vale do discurso de segurança e imparcialidade do sistema (à luz da submissão de todos à constituição) ele se recusa a vergar-se frente ao poder estatal, afinal, ele, na posição que ocupa, não deveria humilhar-se/colocar-se de modo submisso frente a seus interrogadores.

No mesmo trecho já se adentra o segundo elemento destacado para a construção desta crítica, qual seja, a pecha, o desvalor ostentado por aquele que responde a um processo. Valemo-nos, para tanto, dos estudos de Alessandro Baratta (2002), que destaca tal desvalor ao tratar da ideia de estigma associado a submissão a um processo penal. Segue o trecho: “[...] que desejava conservar o mais secretas possíveis, ao que lhe desse ajuda; por fim, não tinha o menor desejo de humilhar-se perante a comissão que presidia o seu processo, chegando com extrema pontualidade ao lugar indicado.” (KAFKA, 2001, p. 67.) (grifo nosso).

Ainda sobre a pecha de ser réu em um processo, interessante notar que há um contrassenso na própria ideia de estigmatização por meio do processo, especialmente se se voltarem os olhos a um contexto de efetivo respeito às odes constitucionais – situação que não é o caso de K. – pois o processo em si justamente se firmaria como mecanismo contrário a uma decisão abusiva.

O processo é (ou deveria ser) o caminho da segurança, da previsibilidade, da confiabilidade na correta aplicação da norma, não algo a ser temido. Porém, na contemporaneidade, tal estigma parece sobreviver especialmente nas falas que trazem a ideia de risco do processo, ou mesmo nesta carga socialmente negativa atribuída àquele que se vê envolvido em uma relação processual penal.

Ainda sobre este tema, a obra dá grande destaque no trecho abaixo, de modo a se verificar o quão danoso à imagem pode ser um processo à própria pessoa e a seus familiares:

– Josef! - Exclamou o tio, tentando livrar-se do braço de K. para poder deter-se. Mas K. não o soltou –; estás mudado! Sempre julgaste corretamente todas as coisas e precisamente agora vem a deixar-te essa faculdade. Queres porventura perder o processo? Sabes o que isso significaria? Significaria simplesmente ficar anulado, e também que todos os teus parentes fiquem anulados ou pelo menos humilhados até o chão. Josef, desperta! (KAFKA, 2001, p. 127.).

Por fim, chega-se à análise da questão das influências que determinadas pessoas têm, em razão de sua posição social e, guardadas as devidas proporções, pois a obra retrata um Estado arbitrário, parece haver na forma como K. e aqueles que o cercam percebem a justiça algo muito próprio de um cenário de privilégios, jogos de poder e grande parcialidade que, por vezes, são ostentados nas realidades constitucionais pós-revolucionárias, desde a face liberal até as mais avançadas sociedade democráticas contemporâneas. Neste sentido, destacam-se dois trechos, quais sejam, a carta de Erna ao Tio de K. e as explicações do advogado acerca da dinâmica processual a se enfrentar.

A ele, pessoalmente, teria gostado muitíssimo de ajudar o senhor procurador, pois este era na verdade um homem justo e bom, mas não sabia o que fazer, de modo que se limitava a desejar que intervissem no processo senhores de influência. (KAFKA, 2001, p. 123.)

O senhor tem de pensar – prosseguiu o advogado, com tom de quem explica algo perfeitamente óbvio e o faz, enfim considerando que a

## **UM ENSAIO SOBRE O PODER NA MODERNIDADE: ANÁLISE SOBRE A LÓGICA CLASSISTA DO DIREITO À LUZ DE DIÁLOGOS PRESENTES NA OBRA - O PROCESSO - DE FRANZ KAFKA - TIAGO DE SOUZA FUZARI**

explicação é supérflua e todo acessória - que as relações constituem uma grande vantagem para seus clientes, e isso em muitos sentidos; não é preciso que se esteja falando sempre. [...] o senhor chefe de despacho, como eu dizia, visita-me na qualidade de amigo. (KAFKA, 2001, p. 133-134.).

Obviamente, o cenário retratado por Franz Kafka em sua obra traz de modo exacerbado – até porque o cenário é justamente composto por uma figura estatal arbitrária -essas relações espúrias entre as forças sociais e a administração da justiça, de modo a retratar que somente àqueles capazes de exercerem determinada influência e capazes de manterem determinados contatos teriam chance de se defenderem com mínima efetividade diante do aparato judiciário.

Isso parece trazer à tona a parcialidade do Direito construído na modernidade, pois em uma ambiência cujas condutas são selecionadas e punidas de acordo com determinados interesses, em que a tutela de bens jurídicos é escolhida com base na dimensão valorativa da classe dominante e, por fim, numa sociedade na qual são criados grupos marginalizados e grupos capazes de se sobreporem ao próprio poder do Estado o resultado é um direito que, embora travista-se de uma imagem de neutralidade e igualdade, é parcial, classista e segregador.

Neste caminho, uma obra como “O Processo”, embora apresente as questões no enredo do texto de modo acentuado, justamente para ressaltar as características da arbitrariedade, serve de mote para uma reflexão sobre a própria realidade do Direito, do papel do Estado e da forma como a sociedade se organiza na contemporaneidade, pois quando diálogos como os acima selecionados encontram certa similaridade com a realidade vivida, há que se acender no leitor vozes acauteladoras sobre os rumos desta sociedade, bem como uma reflexão sobre as dissonâncias existentes entre a realidade e o mundo travestido que o âmbito jurídico constrói.

### **5 CONCLUSÃO**

O percurso textual iniciado com a contextualização temporal da obra “O Processo” permitiu perceber que, embora o autor retrate um cenário de arbitrariedade, no qual a justiça é administrada segundo uma série de forças alheias ao alcance do acusado (sendo inquisitorial e revelando a face autoritária daquele Estado), o autor dá pistas de que a consciência do protagonista Josef K. insere-se em um contexto no qual se reconhece a ideia de constituição e limites do Estado, de modo que o próprio protagonista, em trecho destacado no curso desta análise, apazigua sua inquietação relembando que se vive em um Estado constitucional no qual reinava a paz.

Tal situação permite inserir aquele Estado, independentemente de ser ele arbitrário ou não, no contexto moderno constitucional, sendo que o direito e a sociedade que nele se constroem foram influenciados pelo ideário burguês no que concerne à sua estruturação estatal e, por conseguinte, à feição do direito posto. Isso fica ainda mais evidente ao se observar que a obra fora publicada no início do século XX.

Apresentado tal cenário, passou-se a uma contextualização do pensamento burguês na modernidade e, para compreender o seu processo de ascensão, apresentou-se uma retomada historiográfica, de modo que é possível concluir que, desde o baixo medievo, a partir do entrelace entre o poder econômico da crescente burguesia e o poder real, tem-se um processo de participação do grupamento burguês na formação desse Estado. Contudo, neste primeiro momento, a sua participação ainda se cinge ao campo econômico, visto que as velhas estruturas de legitimação do poder encontravam-se vinculadas às premissas medievais calcadas na tradição e em elementos transcendentais, como a religião.

Todavia, o processo de revolução teórica, cuja gestação já havia começado desde o baixo medievo, trouxe o elemento de legitimação de poder necessário ao processo de ruptura que se estabeleceu com o advento das revoluções burguesas, calcando-se em premissas que reconheciam o indivíduo como tal, despia-se dos velhos laços tradicionais medievais e abria caminho, sob uma visão antropocêntrica, para uma estrutura de poder na qual a burguesia pôde alçar também o poder político.

## **UM ENSAIO SOBRE O PODER NA MODERNIDADE: ANÁLISE SOBRE A LÓGICA CLASSISTA DO DIREITO À LUZ DE DIÁLOGOS PRESENTES NA OBRA - O PROCESSO - DE FRANZ KAFKA - TIAGO DE SOUZA FUZARI**

Assim, desenhou-se a realidade pós-revolucionária e assim se fundou o mundo moderno constitucional. Sob os motes de igualdade e liberdade, nasceu o direito burguês, cuja neutralidade e imparcialidade permitiria a todos o acesso às esferas de poder, bem como um tratamento equânime – ainda que em abstenção – por parte do Estado.

Porém, esta receita mostrou que nem todos tinham o mesmo acesso e o mesmo tratamento perante este modelo estatal gestado nas guilhotinas revolucionárias, e esta conclusão é o ponto de partida para o mergulho na ficção kafkaniana. Estando inserido o protagonista e o Estado a que este protagonista se subordina no contexto moderno (ainda que com uma face claramente arbitrária, mas com vestes constitucionais). Não se pode olvidar que a herança estrutural acerca da forma de ver o mundo e, especialmente, da forma de ver o direito, traz em seu bojo o ideário burguês construído a partir da ruptura com o Antigo Regime.

Esta herança de parcialidade travestida de neutralidade vigente no seio social e nos meandros jurídicos fica clara nos diálogos apresentados no decorrer da obra e destacados neste estudo, nos quais pode-se constatar a existência de níveis de poder, de níveis de tratamento e até mesmo níveis de autorreconhecimento com superioridade ou inferioridade entre as personagens.

Isso, portanto, parece ser uma característica constante, em maior ou menor grau, ao longo da modernidade, inclusive em realidades autoritárias. Porém, o ponto de chegada e inquietação que a obra mote do presente estudo pode trazer no que se refere à parcialidade do direito e da atuação do Estado ao se observar a realidade contemporânea está justamente no encontro de similaridades entre os diálogos apresentados e as relações de forças que operam no cotidiano. Tal similaridade traz um alerta ao estudioso da ciência jurídica, pois não se está a criticar a existência dessa parcialidade, sendo esta característica da modernidade. O elemento de atenção encontra-se justamente em não se ter a percepção da existência desta parcialidade quando se tem uma neutralidade meramente travestida. É preciso jogar luz sobre isso.

## REFERÊNCIAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Ciência Política, Estado e Direito Público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade*. 4. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBSWAM, Eric. *A era das revoluções: 1789-1848*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

KAFKA, Franz. *O Processo*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2001.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia Radical*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado: paradigmas em face da globalização*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

**Artigo recebido em: 02/09/2021**

**Artigo aprovado em: 31/12/2021**

**OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À  
MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA,  
MINHA VIDA”**

***THE CHALLENGES TO ACCOMPLISH THE  
FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING IN THE PROGRAM  
“MINHA CASA, MINHA VIDA”***

**THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA**

Graduada em Direito pela UFPI. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário.

**FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

É doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco e possui mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1996). Professor da Universidade Federal do Piauí, tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: teoria dos princípios, direitos fundamentais, ponderação, dignidade humana, colisão de direitos e controle de constitucionalidade.

## RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de expor os desafios para concretização do direito fundamental à moradia, através da redução do déficit habitacional, no âmbito do antigo Programa “Minha Casa, Minha Vida”. Para tanto foi realizada uma pesquisa empírica buscando identificar os problemas apresentados pelo programa, bem como suas possíveis causas. A partir dos resultados da pesquisa, analisou-se a capacidade do PMCMV de combater o déficit habitacional e garantir a efetivação do direito à moradia.

**Palavras-chave:** Direito Constitucional; Direitos Sociais; Direito à moradia; Déficit habitacional; Minha Casa Minha Vida.

## ***ABSTRACT***

*The present work has the scope of exposing the challenges to accomplish the fundamental right to housing, through the reduction of the housing deficit, within the scope of the former “Minha Casa, Minha Vida” Program. For that, empirical research was conducted to identify the problems presented by the program, as well as its possible causes. From the results of the research, the PMCMV’s ability to combat the housing deficit and guarantee the right to housing was analyzed.*

**Keywords:** *Constitutional Law; Social rights; Right to housing; Housing deficit; Minha Casa Minha Vida.*

# **OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

## **1 INTRODUÇÃO**

O direito à moradia está expressamente previsto na Constituição Federal em seu art. 6º, em meio a outros direitos sociais indispensáveis a uma vida digna. Foi incluído na redação do dispositivo pela Emenda Constitucional nº 26 de 2000, além de ser mencionado em diversos outros dispositivos da Constituição, como o art. 23, IX que versa sobre a competência comum dos entes federados para construir moradias e melhorar as condições habitacionais.

Ainda que não estivesse expresso na Carta Magna, seria possível extraí-lo a partir da interpretação de princípios constitucionais basilares, como a dignidade da pessoa humana. À luz da Constituição, ninguém poderá ser privado de conseguir uma moradia, cabendo ao Estado promover tanto a defesa quanto a concretização desse direito.

A despeito do reconhecimento do direito à moradia como elemento indispensável a uma vida digna, ainda há muita dificuldade na sua efetivação. De acordo com um estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas, através de coleta de dados em Pesquisas Nacionais de Amostra Domiciliar do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o déficit habitacional no Brasil atingiu a marca de 7,7 milhões de domicílios no ano de 2015 (GONÇALVES, 2016).

A pesquisa analisa o período de 2009 a 2015, correspondente à implantação do programa “Minha Casa, Minha Vida” (PMCMV). Apesar da construção de 4,5 milhões de unidades habitacionais, o déficit geral aumentou 5,9%.

O PMCMV, criado em 2009, é um dos instrumentos utilizados pelo Estado para reduzir o déficit habitacional ao facilitar a aquisição de imóvel residencial à população de baixa renda com vistas a concretizar o direito fundamental à moradia. Muito embora tenha sido criado para facilitar o acesso a uma moradia digna à população carente, o programa não foi muito eficaz, devido a diversas barreiras encontradas em seus procedimentos.

Assim, surgem as seguintes questões: Como funcionava o programa “Minha Casa, Minha Vida”? Quais os principais desafios enfrentados pelas pessoas que ingressaram ou tentaram ingressar no programa? Este estudo objetiva expor quais eram esses obstáculos.

Para tanto, faz-se necessário demonstrar a importância do reconhecimento do direito à moradia como um direito fundamental; descobrir os problemas na sua concretização; e detectar as possíveis causas desses problemas.

A pesquisa se inicia com a definição do direito à moradia, bem como sua abrangência. Em seguida, aborda-se a importância do reconhecimento desse direito como fundamental, com foco nos instrumentos utilizados pelo Estado para garantir sua efetividade.

No tópico seguinte, a pesquisa aborda o PMCMV como instrumento de efetivação do direito à moradia. Continuando, procura-se explicar os conceitos adotados pelo programa, os requisitos para ser beneficiário e as definições e metas das modalidades do PMCMV. Por fim, a título de conhecimento, expõe-se algumas das principais críticas desferidas ao programa.

Finalmente, busca-se descobrir quais foram os problemas na sua concretização, através de estudo em casos concretos ocorridos no município de Teresina-PI, no ano de 2016. Enfim, é realizada uma análise completa dos dados obtidos no estudo de caso a fim de verificar as possíveis causas dos problemas que impedem o acesso de muitas pessoas a moradias dignas.

A construção do trabalho foi realizada mediante revisão bibliográfica sobre o tema, com pesquisa em repertório de jurisprudência e análise documental. Ademais, foram empreendidos estudos de casos concretos que demonstram os desafios enfrentados pelos cidadãos na busca da concretização do direito à moradia em meio ao antigo Programa Minha, Casa Minha Vida.

## **2 DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA**

**OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

A Constituição Federal trouxe incluído em seu título denominado Dos Direitos e Garantias Fundamentais os direitos sociais, pela primeira vez de forma conjunta e não de forma diluída em meio aos dispositivos que versam sobre a ordem social e econômica, como fizeram as Cartas anteriores.

Isso conferiu mais força às ações destinadas a promover sua concretização, haja vista que agora eles fazem parte do rol de direitos fundamentais sobrelevado pela Constituição.

A partir da teoria dos quatro status de Jellineck, pode-se extrair três espécies de direitos fundamentais: direitos de defesa, direitos à prestação e direitos de participação. Os primeiros são os utilizados pelo indivíduo face ao Estado e têm caráter negativo (pressupõem uma abstenção do Estado). Os segundos estão ligados à igualdade material e tem caráter positivo (atuação do Estado). Os terceiros garantem a participação do indivíduo na vida política e têm caráter positivo e negativo ao mesmo tempo (MENDES; BRANCO, 2015, p. 157).

Os direitos sociais identificam-se como direitos prestacionais em sentido estrito (MENDES; BRANCO, 2015, p. 161), pois demandam uma prestação material do Estado, uma atuação positiva, com vistas a atenuar as desigualdades de fato que existem na sociedade.

Conforme ensinam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Branco (2015, p. 631), “os direitos fundamentais contêm, além de uma proibição de intervenção, um postulado de proteção”. Assim, diz-se que não há apenas uma proibição de excesso, mas também uma proibição de proteção insuficiente.

Nesse sentido, pode-se afirmar, principalmente no âmbito dos direitos sociais, que o Estado tem o dever de tomar todas as providências necessárias para que seja garantida a efetividade dos direitos fundamentais. É nesse quadro que se insere o direito à moradia: um direito social fundamental e de natureza prestacionista.

O direito à moradia foi inserido expressamente entre os direitos sociais na Constituição brasileira apenas no ano de 2000. No entanto, mesmo antes de ser inserido no rol dos direitos sociais, já havia sido previsto em diversos outros dispositivos da Constituição, como o art. 23, IX, que versa sobre a competência comum dos entes federados para construir moradias e melhorar as condições habitacionais.

A despeito da demora no seu reconhecimento expresso pelo ordenamento jurídico brasileiro, o direito à moradia foi reconhecido e implantado como pressuposto para a dignidade da pessoa humana pela Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

Após a Declaração, inúmeros outros tratados internacionais de direitos humanos reafirmaram que é dever dos Estados promover o direito à moradia digna, como o Pacto de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Carta de Istambul, a Declaração Sobre Assentamentos Humanos de Vancouver e a Agenda 21.

Segundo Rangel e Silva (2009), o direito à moradia é complexo, vai além do direito de ter uma casa própria, envolve diretamente a qualidade de vida, dotada de condições adequadas de higiene e conforto que preservem a intimidade e a privacidade da família.

Para Afonso da Silva (2006, p. 314), significa ocupar um lugar para nele residir com ânimo de permanência na condição de recôndito para sua família. Já Sarlet (2008) ressalta a visão de independência desse direito, trata-o como direito autônomo que possui esfera de cobertura e fins próprios, o que não impossibilita a sua possível conexão com outros bens tidos fundamentais.

Nesta linha de entendimento, percebe-se que o direito à moradia está intrinsecamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que não se resume à estrutura física, devendo contemplar outros aspectos, como as condições adequadas de salubridade e comodidade, em um local onde

## **OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

a família possa permanecer sem riscos, de modo a garantir uma vida digna a todos que ali residem.

Quanto aos seus fundamentos, segundo Stefaniak (2010), pode-se destacar o princípio essencial à vida, a proteção da família e a função social da propriedade e da cidade, todos consagrados na Constituição. Mais importante que todos esses, conforme o entendimento do autor, é o princípio da dignidade da pessoa humana: verdadeiro núcleo e razão de ser o direito à moradia.

Argumenta o autor no sentido de que o direito à moradia vem a ser um instrumento de garantia da efetivação da dignidade humana, tendo em vista que sem as mínimas condições materiais que possibilitem o desenvolvimento do indivíduo e a consequente saída de sua condição de miséria não se pode materializar o exercício das suas liberdades fundamentais, e muito menos garantir a efetivação da dignidade da pessoa.

Nessa mesma linha, discorre Ingo Wolfgang Sarlet (2009): “onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas [...] não haverá espaço para dignidade da pessoa humana”.

Como se pode perceber, o direito à moradia é amplamente reconhecido tanto pela legislação nacional e internacional, quanto pela doutrina, porém a sua efetivação ainda é um grande desafio. As dificuldades em sua concretização se devem, principalmente, às desigualdades sociais, presentes em qualquer Estado.

O contraste presente na sociedade brasileira revela-se pelo espantoso índice de déficit habitacional, que, apesar das políticas públicas de incentivo a aquisição de imóveis, continua crescendo.

Neste estudo, adota-se o conceito de déficit habitacional elaborado pela Fundação João Pinheiro (2016, p. 18) em seus relatórios bienais, qual seja:

O conceito de déficit habitacional utilizado está ligado diretamente às deficiências do estoque de moradias. Engloba aquelas sem condições de serem habitadas em razão da precariedade das construções ou do desgaste da estrutura física

e que por isso devem ser repostas. Inclui ainda a necessidade de incremento do estoque, em função da coabitação familiar forçada (famílias que pretendem constituir um domicílio unifamiliar), dos moradores de baixa renda com dificuldades de pagar aluguel e dos que vivem em casas e apartamentos alugados com grande densidade. Inclui-se ainda nessa rubrica a moradia em imóveis e locais com fins não residenciais. O déficit habitacional pode ser entendido, portanto, como déficit por reposição de estoque e déficit por incremento de estoque.

Este conceito está em consonância com o conceito adotado para direito à moradia, de modo que se considera, para enquadramento no déficit habitacional, as famílias que residem em locais inapropriados ou desservidos das condições mínimas para o exercício da cidadania, e não apenas aquelas que possuem domicílio rústico<sup>1</sup>.

A Fundação João Pinheiro (FJP) é responsável por executar um estudo sobre o déficit habitacional e a inadequação de domicílios no Brasil a cada biênio, desde o ano de 1995, com base em dados levantados pelo IBGE. O relatório publicado em 2016 referia-se ao biênio 2013-2014.

Segundo esse estudo da FJP, o déficit em 2013 chegou à marca de 5,846 milhões de domicílios, dos quais 85,7% estão localizados na área urbana. Em 2014, houve um aumento do déficit habitacional, perfazendo um total de 6,068 milhões de unidades. Do número total, em 2013, 38,4% localiza-se na região Sudeste. Logo em seguida vem a região Nordeste, com 31,5% do total (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 29).

Nas unidades da Federação, os valores absolutos do déficit habitacional são expressivos em São Paulo, único estado cuja necessidade de novas unidades habitacionais ultrapassa um milhão de moradias. Em termos relativos ao total de

---

<sup>1</sup> Tradicionalmente, utilizando o conceito do IBGE, os domicílios rústicos são aqueles sem paredes de alvenaria ou madeira aparelhada. Em decorrência das suas condições de insalubridade, esse tipo de edificação proporciona desconforto e traz risco de contaminação por doenças.

**OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

domicílios, o déficit habitacional em São Paulo passou de 8,7%, em 2013, para 8,9%, em 2014 (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 30).

Maranhão é o estado que possui o maior déficit habitacional relativo do país. Em 2013, corresponde a 22,1% do total de domicílios e; em 2014, a 20,4% do estoque de domicílios. Apesar da redução de unidades de déficit entre os anos analisados, essa magnitude faz com que o estado permaneça como detentor de um dos maiores déficits em número absoluto do país (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 30).

No Piauí, observa-se uma significativa queda no índice. Em 2013 possuía um total de mais de 112 mil domicílios de déficit habitacional, atingindo 12,1 % do total, enquanto em 2014 esse número caiu para 9,2%. Isso fez com que o estado passasse da segunda para a nona posição com maior déficit na região Nordeste (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 31).

O estudo traz ainda uma análise do déficit habitacional segundo as faixas de renda média familiar mensal em termos de salário mínimo. Essa análise tem a finalidade de identificar e destacar os domicílios urbanos precários na faixa mais baixa de renda, principal alvo das políticas públicas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais. A pesquisa atingiu os seguintes resultados:

O déficit habitacional no Brasil está mais concentrado na faixa de renda de até três salários-mínimos. Em 2013, o déficit nessa faixa de renda corresponde a 83,4% do déficit habitacional urbano do país. Entre 2013 e 2014, houve um pequeno aumento de 0,5 ponto percentual, e o déficit da faixa até três salários-mínimos passou a representar, em 2014, 83,9% do total do déficit habitacional urbano. Nessa faixa de renda o percentual diminuiu nas regiões Norte e Nordeste. Sai de 79,6% e 89,9%, em 2013, para 79,5% e 88,2% respectivamente. Nas demais regiões – Sudeste, Sul e Centro-Oeste – há uma elevação do déficit habitacional na faixa de renda de até três salários-mínimos. Em 2013 era de 82,3%, 76,8% e 83,5% respectivamente e passa para 83,7%, 78,2% e 83,9% em 2014. (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 35).

Outro dado importante trazido pela FJP é o grande contingente de domicílios vagos.

Em 2013 o Brasil possui 7,230 milhões de imóveis vagos, 79% dos quais localizados em áreas urbanas e 21% em áreas rurais. Desse total, 6,249 milhões estão em condições de serem ocupados, 981 mil estão em construção ou reforma. Em 2014, os domicílios vagos somam 7,241 milhões de unidades, 6,354 milhões das quais em condições de serem ocupados e 886 mil em construção ou reforma. Já em 2014, 79% dos domicílios vagos estão na área urbana e 21% na área rural. (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2016, p. 39).

A contradição entre o número de domicílios vagos e o grande déficit habitacional é sempre fonte de questionamentos e reflexões. É demasiadamente complexo assimilar que o déficit estava no patamar de 6,068 milhões de domicílios, enquanto existiam 6,354 milhões imóveis vagos prontos para serem habitados.

Segundo o relatório em exame, esses imóveis vagos constituíam o estoque do mercado, pois representam as unidades prontas para serem habitadas. O problema encontra-se no fato de que o público-alvo desse mercado são famílias com renda média a alta, ao passo que o déficit está concentrado, majoritariamente, entre as famílias com renda baixa.

As famílias na faixa de renda mais baixa não encontram imóveis disponíveis no mercado que estejam adequados ao seu porte financeiro. Então, são forçadas a residir em locais inapropriados e acabam por ser marginalizadas. Daí se extrai que o problema do déficit habitacional não se resume à falta de moradias, pois existem mais domicílios vagos do que em déficit.

O verdadeiro problema se encontra na discrepância entre o poder aquisitivo das camadas da população, tendo em vista que a camada que detém o menor poder aquisitivo é também a camada com o maior índice de déficit habitacional. Portanto, pode-se afirmar que tal contradição nada mais é que um reflexo da imensa desigualdade social presente na sociedade brasileira.

## **OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

Foi com a finalidade de dirimir essa desigualdade e garantir a dignidade humana que o Estado criou alguns instrumentos em forma de políticas públicas ou adequação de seu ordenamento jurídico, de modo a incluir dispositivos que expressem a finalidade social de se permitir o acesso a moradias de qualidade para as famílias de baixa renda.

Os primeiros incentivos de acesso à moradia datam do primeiro governo de Vargas, com a construção dos conjuntos habitacionais. Entre as décadas de 1940 e 1960, a política habitacional consistia do sistema de crédito imobiliário pela Caixa Econômica Federal e pelos Institutos de Aposentadorias e Pensões ou por bancos imobiliários. Apenas em 1946 foi criada uma instituição para centralizar a política habitacional no Brasil: a Fundação da Casa Popular.

Em 1964 é criado o Sistema Financeiro de Habitação (SFH) juntamente com o Banco Nacional de Habitação (BNH). A Lei nº 4.380/64 (BRASIL), que os instituiu, em seu art. 1º menciona expressamente o caráter social dos institutos. A saber:

Art. 1º O Governo Federal, através do Ministro de Planejamento, formulará a política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenando a ação dos órgãos públicos e orientando a iniciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda. (grifou-se)

Ademais, no art. 4º comanda que os recursos devem ser aplicados prioritariamente na construção de conjuntos habitacionais destinados à eliminação de aglomerações em condições subumanas de habitação. Já o art. 5º, em seu § 1º traz a seguinte regra acerca dos reajustes do financiamento no SFH: “O reajustamento será baseado em índice geral de preços mensalmente apurado ou adotado pelo Conselho Nacional de Economia que reflita adequadamente as variações no poder aquisitivo da moeda nacional” (BRASIL, 1964).

A partir de 1967, a economia brasileira foi alavancada pela indústria de bens duráveis e a construção civil deixou de ter a função de acelerador da economia. Isso fez com que o BNH reorientasse seus investimentos para as camadas com maior poder aquisitivo, desvirtuando a diretriz principal da lei que o instituiu. Em 1975, a renda mínima para obter um financiamento imobiliário no SFH foi fixada em cinco salários mínimos, o que acabou por excluir a população marginalizada do âmbito de incidência dos incentivos do BNH. Este foi extinto em 1986, por meio do Decreto nº 2.291 (BRASIL), e incorporado à Caixa Econômica Federal.

Surge então o Programa Nacional de Mutirões Comunitários, este com a finalidade de atender as famílias com renda mensal de até três salários mínimos. Inicialmente, o programa visava construir cerca de 550 mil unidades, mas por falta de uma política clara acabou fracassando.

Em 1990 – já na nova ordem constitucional e em meio à crise habitacional - foi criado o Plano de Ação Imediata para a Habitação, que previa a construção de 245 mil residências em apenas 180 dias. Contudo, em pouco tempo esse prazo foi prorrogado para dezoito meses e a meta reduzida para 210 mil imóveis.

Apenas no ano de 2000 o direito à moradia foi expressamente reconhecido no rol dos Direitos Sociais da Constituição e, com isso, tornou-se um direito com aplicabilidade imediata. Portanto, surgiu uma necessidade premente de se construir políticas públicas de habitação adequadas à realidade brasileira e que fossem eficazes.

Foi então criado o Projeto Moradia, que apresentou soluções concretas para o problema do déficit habitacional ao partir do conceito de moradia digna. Com o projeto, foi criado o Ministério das Cidades, o qual ficaria responsável por coordenar o Sistema Nacional de Habitação, também proposto pelo Projeto Moradia. Esse sistema consiste, primordialmente, na criação de

## **OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

fundos de habitação para subsidiar a aquisição da casa própria pelas famílias de baixa renda.

Isso foi o prelúdio do Plano Nacional de Habitação, que começou a ser efetivado em 2009 e traz como um dos seus principais instrumentos de combate ao déficit habitacional o Programa “Minha Casa, Minha Vida”, objeto deste estudo.

### **3 O PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA**

#### **3.1 Diretrizes Gerais**

O Programa “Minha Casa, Minha Vida” constituía-se de um complexo de políticas públicas, especialmente a Política de Habitação, desenvolvido como o principal instrumento do Estado para combater o déficit habitacional e garantir efetividade ao direito à moradia consagrado na Constituição Federal.

Foi instituído em 2009 pela Lei nº 11.977 (BRASIL), a qual traz as diretrizes gerais do programa e o regulamento dos principais subprogramas, além de dispor sobre os requisitos para ser beneficiário e demais peculiaridades.

Depois de sua publicação, a lei passou por incontáveis alterações que variam da definição e finalidade do programa até os limites de renda para participação em uma das faixas do programa.

Assim, segundo o art. 1º da referida lei, o programa tinha a finalidade de “criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias com renda mensal de até R\$ 4.650,00” (BRASIL, 2009).

Embora o dispositivo estipule o limite renda mensal familiar no valor de R\$ 4.650,00, esse valor foi alterado diversas vezes por portarias do Ministério das

Cidades que atualizavam constantemente o programa, com vistas a garantir a sua compatibilidade com a realidade da situação financeira das famílias que são o público-alvo do programa.

Buscava ainda ampliar e facilitar o acesso dos brasileiros ao programa, de modo que cada vez mais pessoas pudessem ser classificadas como beneficiárias do programa. Em tese, a medida garantia a efetividade do programa e, conseqüentemente, a concretização do direito fundamental à moradia. Em 2017, conforme a Portaria nº 528 (BRASIL) do Ministério das Cidades, o limite foi elevado para R\$ 9.000,00.

Antes de se aprofundar nas discussões acerca do PMCMV, mister se faz explanar alguns conceitos utilizados no presente trabalho. Para facilitar o entendimento e a análise dos institutos do PMCMV, os conceitos adotados aqui são aqueles expressos no § 1º do art. 1º da lei que o instituiu. Desse modo, considera-se:

- grupo familiar: unidade nuclear composta por um ou mais indivíduos que contribuem para o seu rendimento ou têm suas despesas por ela atendidas e abrange todas as espécies reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, incluindo-se nestas a família unipessoal;
- imóvel novo: unidade habitacional com até 180 dias de “habite-se”<sup>2</sup>, ou documento equivalente, expedido pelo órgão público municipal competente ou, nos casos de prazo superior, que não tenha sido habitada ou alienada;
- requalificação de imóveis urbanos: aquisição de imóveis conjugada com a execução de obras e serviços voltados à recuperação e

---

<sup>2</sup> Certidão expedida pela Prefeitura atestando que o imóvel está pronto para ser habitado e foi construído ou reformado conforme as exigências legais estabelecidas pelo município.

## **OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

ocupação para fins habitacionais, admitida ainda a execução de obras e serviços necessários à modificação de uso;

- agricultor familiar: silvicultores, aquicultores, pescadores, extrativistas, povos indígenas e integrantes de comunidades remanescentes de quilombos rurais;
- trabalhador rural: pessoa física que, em propriedade rural, presta serviços de natureza não eventual a empregador rural, sob a dependência deste e mediante salário.

A Portaria nº 267 do Ministério das Cidades (BRASIL, 2017) elenca expressamente as diretrizes gerais do programa, das quais pode-se citar como nucleares: a promoção da melhoria da qualidade de vida das famílias beneficiadas; a provisão habitacional em consonância com os planos diretores municipais, garantindo sustentabilidade social, econômica e ambiental; a criação de novos postos de trabalho formais, diretos e indiretos, por meio da cadeia produtiva do setor da construção civil.

Ademais, um dos objetivos principais do programa era a promoção de ações inclusivas, de caráter socioeducativo, voltadas para o fortalecimento da autonomia das famílias, sua inclusão produtiva e a participação cidadã, por intermédio do trabalho social, contribuindo para a sustentabilidade dos empreendimentos habitacionais.

O PMCMV compreendia diversos subprogramas, sendo os principais o Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU) e o Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR), instituídos pela mesma lei que estabeleceu o PMCMV.

Na primeira fase de implantação do programa, a sua principal estratégia para reduzir o déficit habitacional foi a construção de novas unidades habitacionais (UH), tendo como meta inicial a construção de um milhão de novas UH no período de 2009 a 2011.

Segundo Suyane Souza (2014, p. 44), para a implantação inicial do programa foi realizado, a nível nacional, um mapeamento das cidades que seriam

abrangidas, priorizando aquelas com mais de cem mil habitantes, considerando os fatores densidade populacional e déficit habitacional. Ainda conforme a autora:

Para a execução e gestão do programa foram desenvolvidas parcerias entre os diversos setores da União, como o Ministérios da Cidades, o Ministério da Fazenda e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e a Caixa Econômica Federal – possui ainda a participação ativa das unidades federativas e municípios brasileiros, sendo o programa efetivado em todas as unidades da Federação. Ademais, conta com a participação da sociedade civil representada pelos movimentos sociais, organizações não governamentais, associações, cooperativas e conselhos de controle social. (SOUZA, 2014, p. 45).

Nesse sentido, percebe-se que a participação ativa dos municípios era de fundamental importância para que o programa pudesse se desenvolver de modo eficiente, afinal eles são os entes federativos que melhor conhecem a questão urbana e habitacional de suas regiões. Dessa forma, podiam atuar em conjunto com a união para garantir a construção de moradias adequadas e bem localizadas, de modo a satisfazer a necessidade dos beneficiários do programa.

A lei que institui o PMCMV, em seu art. 3º, apresenta os requisitos gerais para a indicação dos beneficiários, quais sejam:

- a comprovação de que o interessado integra grupo familiar com renda mensal até R\$ 4.650,00;<sup>3</sup>
- o enquadramento em uma das faixas de renda definidas para cada modalidade;
- prioridade de atendimento às famílias residentes em áreas de risco, insalubres, que tenham sido desabrigadas ou que perderam a moradia em razão de qualquer desastre natural;

---

<sup>3</sup> Como dito anteriormente, não mais se aplica o limite congelado na lei, mas o limite estipulado na Portaria nº 528/2017 do Ministério das Cidades (BRASIL).

## **OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

- prioridade de atendimento às famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar; e
- prioridade de atendimento às famílias de que façam parte pessoas com deficiência.

Além disso, para ser beneficiário era necessário que o grupo familiar não possuísse casa própria nem financiamento em qualquer unidade da federação, ou que não tenha recebido benefício de natureza habitacional. Era preciso ainda que o candidato a uma unidade habitacional estivesse regularmente inscrito no CadÚnico – Cadastros Único Para Programas Sociais.

Analisando-se os requisitos gerais, percebe-se claramente a função primordialmente social do programa ao buscar atender as famílias que se encontravam em situações adversas e que não conseguiriam alcançar seu desenvolvimento sem uma ação positiva do Estado que o garantisse.

### **3.2 Subprogramas e seus requisitos e metas**

Até recentemente, o PMCMV era composto pelas modalidades de subprogramas PNHU e PNHR. O PNHU subdivide-se em MCMV-Entidades, MCMV abaixo de 50.000, MCMV – FAR (faixa I) e MCMV faixas 1,5, 2 e 3, cada um com suas diretrizes e requisitos específicos.

Segundo a cartilha Novas Regras do Programa “Minha Casa, Minha Vida” (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2017), o PNHR tinha como finalidade subsidiar a produção ou reforma de imóveis para agricultores familiares e trabalhadores rurais, por intermédio de operações de repasse de recursos do orçamento geral da União ou de financiamento habitacional com recursos do FGTS.

Podiam participar do programa agricultores familiares ou trabalhadores rurais cuja renda familiar anual bruta não ultrapasse o teto de R\$ 17.000,00. Conforme a cartilha, a meta do programa era construir trinta e cinco mil UH durante o ano de 2017.

Conforme a cartilha mencionada, o MCMV-Entidades tinha como objetivo tornar acessível a moradia a famílias organizadas sob a forma associativa por meio da construção de UH urbanas ou requalificação de imóveis urbanos. A meta de contratações do programa para 2017 era de trinta e cinco mil UH, distribuídas em todas as regiões do país de acordo com os índices de déficit habitacional urbano, apurados pela Fundação João Pinheiro, considerando os dados do IBGE (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2017, p. 3).

Ainda segundo a cartilha, esse subprograma intentava atender famílias cuja renda mensal bruta não ultrapasse o valor limite de R\$ 1.800,00, organizadas sob a forma associativa. Admitia-se para até 10% das famílias atendidas em cada empreendimento que a renda mensal bruta fosse de até R\$ 2.350,00.

Já o MCMV abaixo de 50.000 foi desenvolvido para contemplar municípios com população até 50 mil habitantes. Dessa forma, os municípios deviam inserir os candidatos no CadÚnico. A modalidade visava a beneficiar famílias com renda de até R\$ 1.600,00. Aqui, o valor máximo de cada imóvel é R\$ 35.000,00, devendo o beneficiário arcar com 120 prestações no valor de R\$ 25,00 ou 5% da renda bruta mensal da família.

Além dessas modalidades, existia o MCMV – FAR que objetivava tornar acessível a moradia para famílias com renda bruta mensal de até R\$ 1.800,00 por meio da construção de unidades habitacionais por empresas da construção civil. A meta estipulada para este subprograma era a construção de cem mil novas UH no corrente ano. (MINISTÉRIO DAS CIDADES, 2017, p. 5).

Por fim, o PNHU englobava ainda as faixas de renda 1,5; 2 e 3, que visavam a atender famílias que se enquadravam da seguinte forma:

- Faixa 1,5: limite de renda mensal de R\$ 2.600,00;
- Faixa 2: limite de renda mensal de R\$ 4.000,00;
- Faixa 3: limite de renda mensal de R\$ 9.000,00.

## **OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

Observa-se que os limites são maiores do que os estipulados expressamente em lei. No entanto, era necessário adequá-los aos parâmetros sociais, os quais mudam constantemente, para atender as necessidades reais das famílias da população brasileira. Assim, foi publicada pelo Ministério das Cidades a Portaria nº 528/2017 (BRASIL), que alterou as faixas de renda nos moldes explicitados acima.

As famílias que se enquadravam nas faixas 1,5 e 2 têm direito a subsídio do governo para a compra do imóvel, além de financiamento com taxa de juros abaixo da praticada no mercado. Já a faixa 3 previa o financiamento com recursos do FGTS com taxas abaixo do mercado. As famílias que se enquadravam em qualquer das faixas de renda deviam preencher todos os requisitos gerais já informados para participarem do programa.

Segundo a portaria citada, o governo intentava construir quarenta mil novas unidades habitacionais destinadas a atender a faixa 1,5. Já para as faixas 2 e 3 a meta era a construção de quatrocentas novas UH.

Por fim, observa-se que a meta do PMCMV em 2017, em todas as suas modalidades, era a construção de 610 mil unidades habitacionais, distribuídas de acordo os índices de déficit habitacional apurados em pesquisa realizada pela Fundação João Pinheiro.

### **3.3 Críticas ao PMCMV**

Desde que foi publicada oficialmente, a portaria que trouxe as alterações sofreu críticas de diversos segmentos da sociedade, inclusive integrantes do Senado, como, por exemplo, o senador José Pimentel, que publicou em sua página na internet (AGORA,..., 2017) que o PMCMV estava “sendo desvirtuado”. Muito embora não tenha sido alvo de juristas ou acadêmicos renomados, faz-se necessário trazer à baila os inconformismos de parte da população com as mudanças implementadas no programa.

As críticas seguem no sentido de que ao elevar o teto das faixas de renda, o programa se voltava prioritariamente para atender as necessidades de famílias com rendas mais altas. Os principais argumentos utilizados versavam sobre a disparidade no número de UH a ser construído em cada uma das modalidades do programa. As metas variam entre 35 mil no MCMV entidades e MCMV abaixo de 50.000, 40 mil na faixa 1,5, 100 mil na faixa 1 (FAR), e o número muito superior de 400 mil nas faixas 2 e 3.

Outro argumento muito citado dizia respeito ao próprio teto estipulado, afirmando que um grupo familiar com renda mensal de até R\$ 9.000,00 teria condições de adquirir um imóvel residencial no mercado comum sem precisar dos auxílios previstos no programa.

Por óbvio que não se deve generalizar. Ainda que R\$ 9.000,00 fosse um valor relativamente alto, é preciso verificar no caso concreto se aquela família estaria em condições de arcar com as taxas de financiamento do mercado imobiliário. Assim, por um lado era possível entender a insatisfação da população com as atuais regras do programa, afinal a diferença entre os limites de renda em cada modalidade e as metas para cada uma era evidente.

No entanto, deve-se reconhecer que mesmo para uma família com uma renda mediana, existiam muitas dificuldades para adquirir um imóvel, seja devido às taxas de juros elevadas, seja devido às condições dos financiamentos propostas pelos bancos.

Em nota publicada em 2014, a Rede Cidade e Moradia fazia duras críticas ao programa, dentre ela a mais relevante é a de que o PMCMV gerava exclusão ao atender primordialmente aos interesses do setor privado. Segundo a Rede, o PMCMV reproduzia um padrão de cidade segregada e sem urbanidade, já que seus empreendimentos são mal servidos por transporte, infraestrutura e ofertas de serviços urbanos. Já que eram as construtoras que definiam o projeto e sua localização, prevalecia "no Programa um padrão de produção com fortíssima

**OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

homogeneização das soluções de projeto arquitetônico e urbanístico e das técnicas construtivas” (AMORE; SHIMBO, 2015, p. 418).

Conforme a nota em estudo, os municípios se limitavam a aprovar os empreendimentos, flexibilizando as suas legislações de modo a permitir a construção deles em localizações com baixo custo, o que acabava por criar conjuntos segregados desprovidos dos serviços mínimos necessários para que se possa indicar que são moradias dignas.

O estudo da Rede indicou, ainda, que a maioria das famílias que adquiriam os imóveis nesses conjuntos habitacionais estavam enquadradas na faixa 1 (FAR), o que demonstrava que o PMCMV cumpria o objetivo de propiciar a aquisição de moradia às famílias de baixa renda.

Para a implantação do PNHU, o Estado devia observar requisitos importantes, como a localização do terreno em área urbana em conformidade com o plano diretor, o ajuste com o projeto ambiental, além do dever de existir ou o compromisso do poder público de implementar na área sistemas de educação, saúde, lazer e transporte público, conforme disposto no Art. 5º-A da Lei n. 11.977/2009 (BRASIL):

Art. 5º-A. Para a implantação de empreendimentos no âmbito do PNHU, deverão ser observados:

I - localização do terreno na malha urbana ou em área de expansão que atenda aos requisitos estabelecidos pelo Poder Executivo federal, observado o respectivo plano diretor, quando existente;

II - adequação ambiental do projeto;

III - infraestrutura básica que inclua vias de acesso, iluminação pública e solução de esgotamento sanitário e de drenagem de águas pluviais e permita ligações domiciliares de abastecimento de água e energia elétrica; e

IV - a existência ou compromisso do poder público local de instalação ou de ampliação dos equipamentos e serviços relacionados a educação, saúde, lazer e transporte público.

A lei, nesse dispositivo, reafirmava a importância de garantir à família beneficiária do programa condições de vida adequada, principalmente no que se

refere a uma mínima infraestrutura com acesso a escolas, lazer e a um sistema de saúde e de transporte adequados.

No entanto, verifica-se que não havia inserção dessas famílias no meio urbano adequado. Elas eram remanejadas para as margens das cidades, onde não desfrutam de serviços adequados e sofrem inúmeras dificuldades, desde a segurança à saúde, educação e transporte público, o qual é muitas vezes inexistente. Assim, é notável a crescente periferização das unidades habitacionais construídas, situação que contribui para a continuidade da exclusão social que atinge considerável parte da população.

#### **4 ANÁLISE DA EFETIVIDADE DO PMCMV**

Como demonstrado no primeiro tópico, a política habitacional brasileira tem a característica de ser inconstante. Talvez por isso, traga a marca de ser ineficaz. Variou ao longo dos anos tanto quanto os governos que estiveram à frente do executivo. Desse modo, pode-se afirmar que a política habitacional brasileira sempre foi uma política de governo, não uma política de Estado voltada a resolver um sério problema da sociedade, mas que busca atender aos interesses do governo ao qual está vinculada.

Em vez de procurar resolver o problema de maneira definitiva, os governos procuram uma solução rápida e quantitativa para apresentar resultados positivos em sua gestão. Assim, o déficit habitacional – problema social complexo que influi na qualidade de vida e, portanto, na própria dignidade humana dos indivíduos nessa situação – tem apenas um de seus aspectos levado em consideração quando da formulação da política habitacional.

Na época, a política habitacional nacional tinha o “Minha Casa, Minha Vida” em seu núcleo, como primordial instrumento de redução do déficit habitacional. Conforme exposto antes, a principal estratégia do PMCMV para

## **OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

atingir seus objetivos era a construção de novas unidades habitacionais, assim como na grande maioria dos projetos anteriores a ele.

Questiona-se por que, mesmo após inúmeros fracassos, a política habitacional insistia em tentar resolver a questão do déficit apenas com a construção de novas UH. A resposta talvez seja exatamente o que foi falado nos parágrafos anteriores: para apresentar resultados em larga escala das gestões que as instituíram.

Questiona-se, ainda, o motivo de a mera construção de imóveis ser visto pela população como uma solução adequada, mesmo quando se dava isolada da cidade, desprovida dos serviços essenciais mínimos para uma vida digna. Tal fato encontra fundamento, segundo Carvalho (2010), na cultura brasileira de uma sociedade que vivenciou longos períodos inflacionários, o que fez com que a casa se tornasse, além de um patrimônio, uma estabilidade em situações de crise.

E parecem ser estes os referenciais apropriados pelos formuladores das políticas habitacionais, não obstante as ênfases específicas ou combinadas de forte acento ideológico ou não, para fins eleitorais, com sentido ainda de dinamização do mercado. (SOUZA, 2014, p. 60).

Nesta esteira, entende-se que o próprio nome escolhido para o programa carregava um forte apelo ideológico.

Deste modo, parafraseando Carvalho (2010), o Minha Casa Minha Vida, representa um patrimônio (casa) e uma estabilidade em situações de crise (que podem acontecer ao longo da vida). Destarte, o nome escolhido para o programa habitacional possibilita reforçar o sonho da casa própria como conquista “da vida” de muitos brasileiros. (SOUZA, 2014, p. 60).

Neste cenário, o PMCMV ganhou importância e relevância por ser um facilitador de acesso à moradia pelas camadas mais pobres da população, desenvolvido em nível nacional e que produzia os resultados almejados pela

política habitacional em termos quantidade, haja vista as altas metas de cada uma de suas modalidades.

No entanto, apesar de se apresentar como o meio de se realizar o sonho da casa própria, o programa apresentava vários problemas que impediam inúmeras pessoas de atingir tal objetivo. A grande maioria desses problemas se encontrava nos procedimentos conduzidos pela Caixa Econômica Federal – CEF, designada pela Lei nº 11.977/2009 como gestora do programa.

Durante a elaboração do presente artigo, foi empreendida uma pesquisa com a finalidade de identificar os desafios enfrentados pelas famílias beneficiárias ou que buscavam ingressar no PMCMV. Para tanto, a autora se utilizou da sua experiência de estágio no setor jurídico da Caixa Econômica Federal para realizar um levantamento de dados nos processos judiciais cujos objetos estão relacionados ao PMCMV, nos quais a CEF figura como ré.

Tendo em vista a impossibilidade de se realizar uma pesquisa muito abrangente devido à insuficiência de recursos, a busca foi restringida apenas ao município de Teresina – PI, no ano de 2016. Assim, foram analisados todos os processos iniciados no ano de 2016.

Importante frisar que o foco deste estudo de caso é identificar os problemas apresentados pelo PMCMV, mas não analisar a resposta oferecida pelo judiciário. Portanto, as decisões judiciais não foram consideradas nos resultados, tendo em conta que não interessam à construção do trabalho em questão.

Superadas as considerações acerca dos procedimentos adotados durante a realização da pesquisa, adentra-se na apresentação do estudo propriamente dito, expondo os resultados do levantamento de dados e a análise destes.

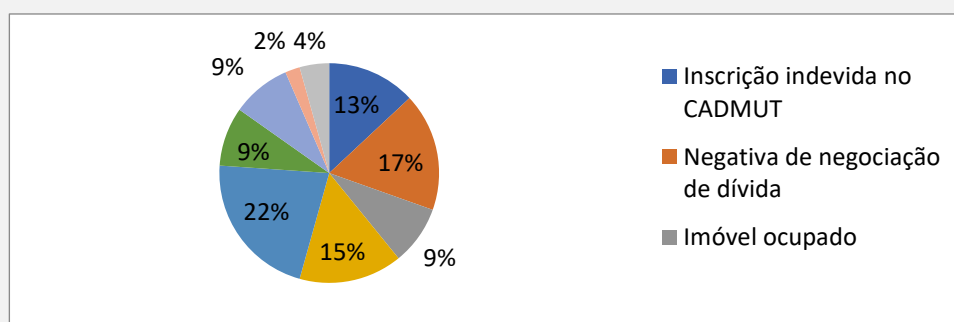
Durante o ano de 2016, quarenta e seis famílias buscaram o judiciário a fim de garantir a manutenção da seu status de beneficiário do PMCMV, ou mesmo o direito de ingressar no programa. Essas famílias preenchiam os

## OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS

requisitos estipulados em lei e portarias do Ministério das Cidades. No entanto, eram impedidas de usufruir das condições de financiamento e dos subsídios trazidos pelo PMCMV.

As queixas interpostas contra a CEF permitem identificar os obstáculos que se apresentavam aos grupos familiares em momentos diversos do longo processo que vai da inscrição no CadÚnico ao financiamento do imóvel, passando por vários órgãos. Além disso, surgem sérios problemas mesmo depois de o financiamento ter sido concretizado. O gráfico a seguir explicita quais foram os problemas identificados e demonstra a frequência em que eles se apresentam, ao relacionar a quantidade de famílias que se queixaram da mesma situação.

Gráfico 2: Relação entre o número de demandas e os problemas identificados no município de Teresina – PI em 2016.



Fontes: Dados básicos: Pesquisa empírica empreendida pela autora.

Elaborado pela autora do artigo.

Percebe-se que grande parte dos problemas advinha de procedimentos internos do agente financeiro e dos órgãos responsáveis por realizar os cadastros dos beneficiários. Isso demonstra falhas na execução e na gestão do programa, muitas vezes resultantes do apego demasiado aos regulamentos e rotinas, o que causa ineficiência à organização.

Para facilitar a análise, optou-se por agrupar os problemas da seguinte maneira:

Grupo 1 - falhas na execução do programa: inscrição indevida no CADMUT, erro cadastral, falta de notificação do resultado do sorteio e limite de renda;

Grupo 2 - problemas na estrutura ou entrega do imóvel: imóvel ocupado e vícios construtivos;

Grupo 3 - falhas do agente financeiro: negativa de negociação de dívida, cobrança indevida e encargos excessivos.

Iniciando-se a análise do grupo 1, nota-se com clareza que são problemas de fácil solução, haja vista que surgem de falhas operacionais nos procedimentos inerentes ao PMCMV. O grupo 1 engloba obstáculos enfrentados por 28% das famílias que promoveram ações judiciais no ano de 2016. Esse número revela um problema institucional cada vez presente no dia a dia do executivo: a lentidão e falta de preparo na operação da máquina pública.

Muitas dessas falhas eram meros entraves burocráticos ou advêm da falta preparação dos agentes públicos responsáveis por o operar o programa. Conforme expõe Medeiros (2015):

Há um excesso de burocracia que dificulta a execução dessa política habitacional e é necessário superar os entraves burocráticos que impedem a execução do projeto. Os agentes públicos têm dificuldades de executar o programa por falta de treinamento e por ausência de uma regulamentação mais esclarecedora. Exige-se do governo um aperfeiçoamento do programa para torná-lo mais eficaz, desburocratizando-o e tornando mais fácil o acesso aos recursos para implantação do projeto.

Várias das queixas apresentadas foram relacionadas ao CADMUT – Cadastro Nacional de Mutuários. O CADMUT é o cadastro para registro das informações dos contratos de financiamento habitacional, ativos e inativos, firmados no âmbito do SFH e dos programas habitacionais e sociais do governo

**OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

federal, conforme disposto na Lei nº 10.150, de 21/12/2000, na Portaria Conjunta do Ministério da Fazenda e da Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano nº 09, de 30/04/2003, e da Portaria nº 140 do Ministério das Cidades, de 05/03/2010.

A criação do CADMUT decorre do disposto na Lei nº 8.100, de 05/12/1990, cujo art. 3º determinava que o Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS quitaria somente um saldo devedor remanescente por mutuário ao final do contrato de financiamento habitacional, inclusive os já firmados no âmbito do SFH. Posteriormente, as informações dos financiamentos contratados nos programas habitacionais e sociais do governo federal também passaram a integrar o CADMUT.

Nos termos da Lei nº 8.100, de 05/12/1990, a CEF tem a competência de desenvolver, implantar e operar o CADMUT, que consiste basicamente no desenvolvimento de sistema, recebimento e tratamento das informações e disponibilização de informações aos agentes financeiros, seguradoras e outras instituições.

A finalidade do CADMUT é possibilitar a identificação de ocorrência de sinistro e de indício de multiplicidade de financiamentos contratados por um mesmo adquirente no âmbito do SFH ou nos programas habitacionais e sociais do governo federal, de modo a evitar a cobertura indevida pelo FCVS e a concessão de múltiplos subsídios habitacionais.

Em tese, o CADMUT não é um cadastro de restrição de crédito. O agente financeiro utiliza-se do CADMUT para averiguar se o proponente já possui contrato de financiamento habitacional que o apresente na condição de beneficiário de subsídio no âmbito do SFH ou de algum programa habitacional, condição que o impede de participar do PMCMV.

No entanto, o que tem se verificado na prática era a inscrição de pessoas que não possuíam financiamentos ou recebiam qualquer subsídio. Tratava-se de pessoas que se inscreveram para participar de programas habitacionais, mas não foram selecionadas por algum motivo. Portanto, resta claro que não são

mutuárias, razão pela qual não deveriam ter sido inscritas no CADMUT. Essa falha acaba por impedir que muitas famílias conseguissem ingressar no PMCMV.

Situação semelhante é vivenciada pelas famílias que tiveram o cadastro efetuado de forma errada nos órgãos responsáveis do município e não conseguiram realizar o financiamento junto à CEF, mesmo preenchendo todos os requisitos.

Outro problema enfrentado era a falta de notificação do resultado do sorteio dos empreendidos do PMCMV. Sempre que a prefeitura recebe recursos do PMCMV para a construção de unidades habitacionais, é aberto um período de inscrições para as famílias que se enquadram na faixa de renda adequada ao empreendimento em questão.

Após a análise das inscrições, aquelas que estiverem aptas são incluídas no sorteio. As famílias sorteadas são encaminhadas à CEF para formalização do contrato de financiamento e, assim, tornam-se proprietárias dos imóveis. No entanto, em muitos casos a família era sorteada, mas não recebia a notificação do resultado e acabava perdendo o direito por não se apresentar no período estipulado.

É cediço que o resultado dos sorteios é disponibilizado nas plataformas oficiais on-line do município, porém também é sabido que grande parte da população, principalmente de baixa renda, não possui acesso à internet, fato que impede esses indivíduos de acompanhar os resultados dos sorteios. Além disso, várias pessoas relataram em suas reclamações que, no momento do cadastro, foram informadas de que, caso fossem contempladas no sorteio, receberiam uma notificação escrita ou por telefone.

Assim, quando essa notificação não é enviada, essas famílias, além de perderem o prazo e não conseguirem o financiamento, não conseguiam se inscrever em novo sorteio pelo fato de terem sido contempladas.

## **OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

Quanto ao limite de renda, este tem sido seguido à risca pela CEF no momento da concessão dos financiamentos. Em alguns casos, o financiamento era negado apenas com a justificativa de que a renda familiar ultrapassa o limite estabelecido, mesmo quando o ultrapassa em um valor irrisório. Em um dos casos estudados, o financiamento foi negado porque a renda bruta da família somava R\$ 1.804,00 e o limite da faixa 1 é R\$ 1.800,00.

Obviamente, é necessário que haja um limite máximo para cada faixa de renda. No entanto, deve ser feita uma análise mais profunda em cada caso, de modo a impedir injustiças no âmbito de um programa desenvolvido para facilitar o acesso de famílias carentes a moradias de qualidade.

No grupo 2 estão incluídos os problemas relacionados ao imóvel em si. Em alguns relatos, foi verificado que uma das dificuldades enfrentadas estavam no momento de tomar posse do imóvel.

Por conta da demora na realização dos sorteios e demais procedimentos, os empreendimentos prontos para serem habitados ficam desocupados por muito tempo, o que acaba por atrair pessoas sem nenhum tipo de moradia, que invadem os imóveis do empreendimento e se recusam a sair. Isso impede que os verdadeiros donos dos imóveis tomem posse destes, muitas vezes sendo obrigados a buscar solução judicial.

Problema mais sério está relacionado à estrutura física dos imóveis. Quinze por cento das reclamações versam sobre problemas nas construções. Como dito em tópico anterior, os empreendimentos eram construídos em áreas isoladas, sem a devida preparação do terreno, de modo que em pouco tempo os imóveis apresentavam inúmeros vícios construtivos.

Várias pessoas relataram que em poucos meses apareceram rachaduras nas paredes e no piso, infiltrações, problemas no teto, dentre outros. Este problema demonstra que os empreendimentos são voltados para os interesses privados das construtoras, que definiam o projeto, sua localização e os materiais e métodos utilizados na sua execução.

Quanto aos problemas gerados pelo agente financeiro, grupo 3, observa-se que advém dos interesses do setor bancário em obter lucro. Aparentemente, o caráter social do PMCMV era deixado de lado durante o prazo do financiamento. São efetuadas cobranças indevidas. A carga de juros cresce em descompasso com a renda das famílias e a CEF se negava a renegociar as dívidas dos mutuários.

No tocante aos juros, Adriana Borghi Monteiro elaborou um interessante estudo acerca da capitalização de juros no PMCMV. Segundo a autora, ao instituir a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, a nova redação da Lei 4.380/64 (BRASIL) permitia a capitalização mensal de juros, ou seja, acréscimos ao capital ao final de cada mês, o que fazia com que os mutuários se encontrassem em desvantagem exagerada frente ao agente financeiro.

A capitalização de juros sobre juros, proibida pela Lei de Usura desde 1933 – Decreto-Lei 22.623 – art. 4º, aliada à crescente oferta para aquisição da casa própria a partir do Programa Minha Casa Minha Vida, que tem atraído milhares de consumidores, crentes na possibilidade da realização do antigo sonho da moradia própria para baixa renda, e também à falta de transparência na contratação, certamente levará esses mesmos consumidores ao superendividamento, que tanto o sistema nacional de defesa do consumidor vem trabalhando para combater e evitar, nos últimos tempos. (MONTEIRO, 2009).

Dentre as situações presentes no grupo 3, a que causa mais espanto é a negativa de negociação de dívida, representando 17% das queixas. Como a finalidade do PMCMV era proporcionar o acesso de famílias de baixa renda a moradias, estranha-se que fosse tão difícil aos beneficiários do projeto manter esse status.

É notório que pessoas identificadas como de baixa renda, geralmente, não possuem qualificação profissional e, portanto, laboram em empregos que não garantem estabilidade e possuem grande rotatividade. Não raramente, trabalham em condições precárias e irregulares.

## **OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

O que acontece com frequência nesses tipos de trabalho é a constante troca de empregados, o que faz com que muitas pessoas percam a capacidade de cumprir suas obrigações pecuniárias. Assim, muitas vezes os beneficiários do PMCMV perdiam o emprego e não conseguiam adimplir as prestações até que conseguissem voltar a trabalhar.

Nesses casos, quando conseguiam um novo emprego e estabilizam as dívidas, procuravam a CEF com o intuito de negociar seu débito de alguma forma e manter o imóvel conquistado. No entanto, esta se negava a avaliar as propostas enviadas pelos mutuários, ou a elaborar uma proposta para possibilitar a quitação da dívida e a continuidade do financiamento.

Segundo a Lei 11.977/2009 (BRASIL)<sup>4</sup>, o atraso no pagamento superior a noventa dias poderia acarretar o vencimento antecipado da dívida, obrigando o mutuário a pagar as prestações vencidas e as que se vencerem até a data do pagamento, incluídos os encargos contratuais e legais e os tributos, além das contribuições condominiais que recaem sobre o imóvel. Nesse caso, o beneficiário era intimado a realizar o pagamento em até quinze dias, caso contrário a propriedade do imóvel era consolidada em nome do fundo que concedeu o subsídio.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Art. 7º-B. Acarretam o vencimento antecipado da dívida decorrente de contrato de compra e venda com cláusula de alienação fiduciária em garantia firmado, no âmbito do PMCMV, com o FAR:

III - o atraso superior a noventa dias no pagamento das obrigações objeto de contrato firmado, no âmbito do PMCMV, com o FAR, incluindo os encargos contratuais e os encargos legais, inclusive os tributos e as contribuições condominiais que recaírem sobre o imóvel. (BRASIL, 2009).

<sup>5</sup> Art. 7º-C. Vencida antecipadamente a dívida, o FAR, na condição de credor fiduciário, munido de certidão comprobatória de processo administrativo que ateste a ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 7º-B desta Lei, deverá requerer, ao oficial do registro de imóveis competente, que intime o beneficiário, ou seu representante legal ou procurador regularmente constituído, para satisfazer, no prazo previsto no § 1º do art. 26 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, a integralidade da dívida, compreendendo a devolução da subvenção devidamente corrigida nos termos do art. 7º desta Lei.

Quando a propriedade era consolidada em nome do fundo, cabia ao gestor do fundo – CEF – realizar um leilão para alienar o imóvel ou promover a sua reinclusão no respectivo programa habitacional, destinando-o a aquisição por um outro beneficiário. No MCMV – FAR, o leilão estava dispensado e era dever do gestor do fundo promover destinação do imóvel a outro beneficiário.<sup>6</sup>

Percebe-se, então, uma grave contrariedade na própria lei: ora, se o objetivo era facilitar a aquisição de moradia pela população de baixa renda, seria razoável prever uma forma de negociação de dívidas ou, pelo menos, um prazo maior para o pagamento. O que ocorria, na verdade, é a prática do banco de se valer dos dispositivos da lei para não negociar os débitos dos beneficiários e optar por levar o imóvel a leilão, garantindo o seu lucro.

Por fim, resta claro que o PMCMV apresentou problemas sérios que, por vezes, desviavam sua finalidade e faziam com que ele se voltasse precipuamente para atender aos interesses do setor privado, seja o bancário ou o da construção civil. Isso pode fazer com que o programa, a despeito de seus resultados, acabe sendo mais um fracasso na história da política habitacional brasileira.

## 5 CONCLUSÃO

---

§ 1º Decorrido o prazo de que trata o caput deste artigo sem o pagamento da dívida antecipadamente vencida, o contrato será reputado automaticamente resolvido de pleno direito, e o oficial do registro de imóveis competente, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade fiduciária em nome do FAR, respeitada a Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

<sup>6</sup> Art. 6º-A. As operações realizadas com recursos advindos da integralização de cotas no FAR e recursos transferidos ao FDS, conforme previsto no inciso II do **caput** do art. 2º, são limitadas a famílias com renda mensal de até R\$ 1.395,00 (mil trezentos e noventa e cinco reais), e condicionadas a:...

§ 9º Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, em virtude do não pagamento da dívida pelo beneficiário, o FAR e o FDS, na qualidade de credores fiduciários, ficam dispensados de levar o imóvel a leilão, devendo promover sua reinclusão no respectivo programa habitacional, destinando-o à aquisição por beneficiário a ser indicado conforme as políticas habitacionais e regras que estiverem vigentes. (BRASIL, 2009).

## **OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

O direito à moradia, como direito social de natureza prestacionista, demanda uma ação positiva do Estado para que seja efetivado, com vistas a atenuar as desigualdades que de fato existem na sociedade. É um direito complexo que envolve diretamente a qualidade de vida das pessoas. Por isso, consigna-se que está intrinsecamente relacionado à dignidade da pessoa humana.

A efetivação do direito à moradia vem sem um desafio enfrentado por todos governos desde a era Vargas. Um dos principais objetivos dos governos populistas é a melhoria da qualidade de vida da população através da concessão de incentivos para aquisição de imóveis residenciais, tentando dirimir o grande déficit habitacional que assola o país desde o êxodo rural.

Dentre os inúmeros projetos da inconstante política habitacional, encontra-se o Programa “Minha Casa, Minha Vida”, objeto deste estudo, cuja principal estratégia para reduzir o déficit habitacional era a construção de moradias destinadas às famílias de baixa renda. O programa apresentou resultados animadores em termos de números, porém trouxe muitos problemas que prejudicam a consecução dos seus objetivos.

Conforme demonstrado no desenvolvimento do artigo, o direito à moradia não se resume ao direito de adquirir uma casa, mas traz em si a prerrogativa de garantir o exercício da cidadania. É o direito a uma moradia digna e adequada. Da mesma forma, o problema do déficit habitacional não é apenas a quantidade de famílias sem residência própria, mas os imóveis em condições precárias e localidades desprovidas dos serviços mínimos essenciais a uma vida digna.

Portanto, para a efetivação do direito à moradia através da redução do déficit habitacional não basta a simples construção de novas unidades habitacionais. É necessário que estas UH sejam construídas de forma adequada e de modo a propiciar aos seus residentes o acesso aos serviços básicos de educação, saúde, transporte, lazer e segurança. Do contrário, apenas se estaria

tirando as famílias de uma periferia e realocando-as em outra igualmente marginalizada.

Extraí-se das críticas apresentadas ao PMCMV que não é possível resolver o problema do déficit habitacional do Brasil apenas com números. Não basta construir novas casas. É preciso que se propicie o exercício da cidadania. Afinal, um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana.

A partir da análise dos problemas identificados no âmbito do programa, conclui-se que, apesar de ser o principal instrumento do Estado de combate ao déficit habitacional, o PMCMV não conseguia concretizar o direito à moradia devido a diversos fatores, entre eles os entraves burocráticos, que eram verdadeiros óbices à consecução dos objetivos do projeto.

Dos resultados obtidos na pesquisa, infere-se que o maior imbróglio do programa foi o desvio de sua finalidade precípua, visto que às vezes buscava atender de forma mais diligente os interesses do setor privado – agentes financeiros e construção civil. Dessa forma, pode vir a ser mais um fracasso na história da política habitacional nacional.

É certo que, desde sua implantação, possibilitou a muitas famílias realizar o sonho da casa própria, mas não se pode negar que ainda precisasse de ajustes. O programa deveria ser um instrumento de redução das desigualdades sociais, e não uma afirmação delas.

Por todo o exposto, fica claro que ainda existem muitos desafios para a concretização do direito à moradia, de modo a reduzir substancialmente as desigualdades sociais na sociedade brasileira. Porém, o PMCMV teve a possibilidade de ser o programa habitacional mais eficiente da história, desde que sua execução tenha sido no sentido de cumprir sua finalidade.

## **6 REFERÊNCIAS**

## **OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

AGORA, Minha Casa, Minha Vida prioriza rendas mais altas. *José Pimentel*, 08 fev. 2017. Disponível em: <http://www.josepimentel.com.br/noticia/agora-minha-casa-minha-vida-prioriza-rendas-mais-altas>. Acesso em: 07 out. 2017.

AMORE, Caio Santo; SHIMBO, Lúcia Zanin; RUFINO, Maria Beatriz Cruz (Org.). *Minha casa... e a cidade?* Avaliação do programa minha casa minha vida em seis estados brasileiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015.

BRASIL. *Lei nº 4.380, de 21 de ago. de 1964*. Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4380.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4380.htm). Acesso em: 07 out. 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.291, de 21 de nov. de 1986*. Extingue o Banco Nacional da Habitação - BNH, e dá outras Providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2291.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2291.htm). Acesso em: 07 out. 2017.

BRASIL. *Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm). Acesso em: 07 out. 2017.

BRASIL. *Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009*. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm). Acesso em: 07 out. 2017.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social. *Portaria nº 528, de 26 de dezembro de 2017*. Brasília/DF: Gabinete do Ministro, 2017. Disponível em: [https://www.in.gov.br/materia/-/asset\\_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/1430531/do1-2017-12-28-portaria-n-528-de-26-de-dezembro-de-2017-1430527](https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/1430531/do1-2017-12-28-portaria-n-528-de-26-de-dezembro-de-2017-1430527). Acesso em: 07 out. 2017.

CARVALHO, Sonia Nahas de. Cidades e políticas de habitação. *In*: BEANINGER, Rosana (Org.). *População e cidades: Subsídios para o planejamento e para as políticas sociais*. Brasília: UNFPA, 2010, p. 137 - 152.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. Déficit habitacional no Brasil 2013-2014. Belo Horizonte: FJP, 2016.

GONÇALVES, Robson. *Cenários para a demanda habitacional no Brasil*. Encontro nacional da indústria da construção. Brasília – DF, FGV projetos, 2016. 07 out. 2017.

MEDEIROS, Maria Tereza de Brito; MEDEIROS, Ana Rosa de Brito. Efetivação dos direitos fundamentais através das políticas públicas: direito à moradia e o programa “Minha casa, Minha vida”. *Jus Navigandi*, mar. 2015. Disponível em: [https://jus.com.br/artigos/37536/efetivacao-dos-direitos-fundamentais-atraves-das-politicas-publicas-direito-a-moradia-e-o-programa-minha-casa-minha-vida#\\_ftn21](https://jus.com.br/artigos/37536/efetivacao-dos-direitos-fundamentais-atraves-das-politicas-publicas-direito-a-moradia-e-o-programa-minha-casa-minha-vida#_ftn21). Acesso em: 10 jul 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINISTÉRIO DAS CIDADES. Secretaria Nacional de Habitação. Novas Regras do Programa Minha Casa Minha Vida. Poder 360, 2017. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2017/06/cartilha-mcmv.pdf>. Acesso em:

MONTEIRO. Adriana Borghi Fernandes. *A capitalização de juros e a Lei 11.977/09 – Programa Minha Casa, Minha Vida*. São Paulo, ESMP, 2009. Disponível em: <https://docplayer.com.br/12666153-A-capitalizacao-de-juros-e-a-lei-11-977-09-programa-minha-casa-minha-vida.html>. Acesso em: 10 nov. de 2017.

RANGEL, Helano Márcio Vieira; SILVA, Jacilene Vieira da. O direito fundamental à moradia como mínimo existencial. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p. 57-78, julho-dezembro de 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Supremo Tribunal Federal, o direito à moradia e a discussão em torno da penhora do imóvel do fiador. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). *20 anos de Constituição cidadã*. São Paulo: Método, 2008, p. 41-66.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. 7 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Suyane Gurgel. *O Programa Minha Casa Minha Vida: uma análise acerca do direito à moradia e à cidade*. Monografia (Graduação em Serviço Social) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal – RN, 2014.

STEFANIAK, João Luiz. A efetividade do direito humano e fundamental à moradia. *Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 8, n. 8, 2010.

**OS DESAFIOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À MORADIA NO ÂMBITO DO PROGRAMA “MINHA CASA, MINHA VIDA” - THAMYRIS GABRIELLE LOUREIRO DE SOUSA E SILVA E FERNANDO FERREIRA DOS SANTOS**

**O PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO: A EDIÇÃO DO  
DNA E SUAS IMPLICAÇÕES BIOÉTICAS E LEGAIS**

***THE HUMAN GENETIC HERITAGE: DNA EDITING AND  
ITS BIODETHICAL AND LEGAL IMPLICATIONS***

**EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA**

Promotor de justiça aposentado/SP, Mestre em Direito Público pela Universidade de Franca, Doutor e Pós-doutor em Ciências da Saúde pela Faculdade de Medicina de São José do Rio Preto; Advogado e Reitor da UNORP.

## RESUMO

O trabalho em questão visa abordar o tema da edição genética e suas implicações bioéticas e legais, bem como os desafios da evolução das pesquisas que envolvem o genoma humano alinhados ao respeito à dignidade, à liberdade e aos direitos humanos. A importância dessa investigação reside na relevância do tema para certos grupos da sociedade e governo e também para o posicionamento do país frente à comunidade internacional. O objetivo deste estudo é a compreensão do tema, bem como a discussão de pontos relevantes que nos ajudem a refletir soluções mais apropriadas, sempre visando atingir a finalidade maior, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Para isso foi utilizado o método de pesquisa e revisão de literatura. E a conclusão, sem a menor pretensão de esgotar o assunto, se sustenta no tripé: necessidade da preservação do patrimônio genético, princípios bioéticos e autonomia da vontade.

**Palavras-Chave:** Edição Genética; Ética e Bioética; Direitos Humanos; Patrimônio Genético; Preservação do Patrimônio Genético.

## ABSTRACT

*The work in question aims to address the issue of genetic editing and its bioethical and legal implications, as well as the challenges of the evolution of research involving the human genome in line with respect for dignity, freedom and human rights. The importance of this investigation resides in the relevance of the theme for groups of the society and government and for the position of the country within the international community. The objective of this study is to understand the theme, as well as to discuss relevant points that help us to reflect more appropriate solutions, always aiming to achieve the greatest purpose, namely, the dignity of the human person. For this we use the literature search and review method. And our conclusion, without the slightest intention of exhausting the subject, is based on the tripod: the need to preserve the genetic heritage, bioethical principles and autonomy of the will.*

**Keywords:** Genetic Edition; Ethics and Bioethics; Human rights; Genetic Heritage; Preservation of Genetic Heritage.

## SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Documentos universais de proteção ao genoma. 2.1. A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos. 3. Patrimônio genético. 3.1. Células tronco. 3.2. Ácido desoxirribonucleico. 3.3. Reprodução humana assistida. 3.4. Manipulação embrionária. 3.5. Aconselhamento genético. 3.6. Eugenia. 4. Projeto "DNA do Brasil". 5.

Decifração do genoma do idoso. 6. Legislação brasileira a respeito do genoma. 7. Conclusão. Referências.

## **1 INTRODUÇÃO**

De uma maneira bem simplificada, o genoma humano é o conjunto de genes que compõem o *homo sapiens*. Trata-se de um código que contém todas as informações sobre o funcionamento e desenvolvimento do organismo humano, estando presente em todas as células do corpo.

Por sua vez, genes são regiões ativadas, produtoras de proteínas, presentes no DNA. Este, a fim de ser compactado, condensado, para caber no núcleo das células, se enrola nas histonas, principais proteínas presentes no nucleossomo, sendo esta forma por nós conhecida como cromossomos.

O corpo humano possui 23 pares de cromossomos, que carregam milhares de genes.

Assim, o maior desafio sempre foi o de decifrar e mapear esse código. Tentávamos essa decifração desde 1954, quando o físico George Gamow (1904-1968) postulou que

ele deveria empregar combinações de três nucleotídeos, pois esses agrupamentos seriam suficientes para codificar todos os vinte tipos de aminoácidos utilizados na síntese proteica. A proposta de Gamow foi demonstrada por um experimento conduzido por dois biólogos – o inglês Francis Crick (1916-2004) e o sul-africano Sydney Benner (1927-). (BORGES, 2008).

Em 27/06/2000, foi veiculada, no *site* da Folha de São Paulo, a notícia de que o genoma humano havia sido mapeado e sua sequência estabelecida pela primeira vez na história da humanidade. Esse anúncio havia sido feito no dia anterior pelo então presidente norte-americano Bill Clinton, pelo primeiro-ministro Tony Blair, da Inglaterra, e pelos representantes dos grupos do consórcio público internacional Projeto Genoma Humano, composto pelos 6 países europeus, inicialmente envolvidos no projeto, comandados por Francis Collins, do NIH, nos Estados Unidos, e pela empresa norte americana Celera Genomics, dirigida pelo cientista J. Craig Venter. O magnífico feito foi comparado com a invenção da roda, do antibiótico e, até mesmo,

com a chegada do homem à lua, tendo dito Bill Clinton, na oportunidade, que esse era o mapa mais importante já produzido pela humanidade (DÁVILA, 2000).<sup>2</sup>

Posteriormente, em abril de 2003, foi noticiado pelo jornal português Público que os cientistas do Projeto Genoma Humano (PGH), anunciaram a decifração de 99,99 por cento do genoma humano (PROJECTO..., 2003).<sup>3</sup>

A decifração do genoma humano foi o marco maior da ciência médica, tendo em vista que, a partir daí, a humanidade estaria apta a curar doenças já existentes, como Alzheimer, Parkinson, diversos tipos de câncer, bem como, prevenir doenças por meio do conhecimento do mapa genético do indivíduo e do conhecimento de suas fragilidades ou predisposições, ou ainda, corrigir genes e mutações responsáveis por doenças hereditárias em embriões ou, quem sabe, irmos ainda além.

Atualmente, mediante a descoberta da técnica CRISPR-Cas (*Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*; sendo "Cas" o nome da proteína associada) pelas pesquisadoras Emmanuelle Charpentier, francesa, e Jennifer Doudna, estadunidense, – vencedoras do Prêmio Nobel de Química 2020 –, é possível a edição de genoma, ferramenta ainda mais eficiente que as anteriores. Dessa forma, os cientistas estão cada vez mais próximos destas aplicações na medicina.

Em 2015, mais precisamente em abril, foi noticiado que cientistas teriam utilizado essa técnica em embriões humanos e que cientistas chineses realizaram experimento usando a edição CRISPR-Cas para alterar embriões humanos, afetando a linha germinal. Essa notícia colocou em alerta a comunidade científica. Um grupo de 18 proeminentes cientistas e especialistas em direito e ética publicou uma carta pedindo uma moratória sobre alguns usos da tecnologia. A partir de então, cientistas e especialistas têm dividido opiniões a esse respeito, tendo dito a própria Emmanuelle Charpentier: *"Personally, I don't think it is acceptable to manipulate the human germline*

## **O PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO: A EDIÇÃO DO DNA E SUAS IMPLICAÇÕES BIOÉTICAS E LEGAIS - EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA**

*for the purpose of changing some genetic traits that will be transmitted over generations”<sup>1</sup> (RUSSEL, 2015)<sup>4</sup>.*

O grande problema é que isso poderia modificar genomas humanos, com efeitos imprevisíveis para as futuras gerações, para o meio ambiente e para a espécie humana.

Em 2018, o biólogo He Jiankui, pesquisador da universidade chinesa SUSTech, revelou a edição de gene em embriões humanos, objetivando que os bebês experimentados não expressassem um receptor para o vírus HIV. Essa pesquisa foi altamente criticada por sua afronta à ética e pela violação às leis de seu país, causando intensa inquietação no mundo científico.

Como leciona Oliveira Junior (2018b),

toda pesquisa que envolve o ser humano deve ser precedida de avaliação de um comitê de ética, órgão multidisciplinar com a incumbência de analisar a proposta do estudo científico, verificar sua conveniência, vislumbrar os possíveis benefícios, atentar para os riscos que poderão advir e provocar danos aos colaboradores voluntários, que deverão ofertar consentimento livre e esclarecido, documento que representa sua adesão à pesquisa. A avaliação do comitê, desta forma, carrega fundamentação ética e também legal.<sup>5</sup>

## **2 DOCUMENTOS UNIVERSAIS DE PROTEÇÃO AO GENOMA**

Objetivando regular esse assunto, diversas declarações têm sido promulgadas no Brasil e em outros países.

Não pretendendo tratar histórica ou cronologicamente o assunto, nem tendo a pretensão de esgotá-lo, o Código de Nuremberg, de 1947, – criado após os julgamentos de Nuremberg pelo Tribunal Militar Internacional, diga-se, um tribunal de exceção – que, diante das atrocidades cometidas e experimentações médicas de toda natureza, principalmente nos campos de concentração nazistas, estabelecia princípios

---

<sup>1</sup> “Pessoalmente, eu não acho que é aceitável manipular a linha germinal humana com o propósito de mudar alguns traços genéticos que serão transmitidos ao longo de gerações” (livre tradução deste autor).

básicos que legitimavam os experimentos médicos, inicialmente em número de seis e, posteriormente, adicionado de mais quatro, resultando em 10 princípios básicos que mencionam, entre outras coisas, o consentimento informado já no seu princípio inaugural.

Em 1948, a Declaração de Genebra revisou os preceitos morais do Juramento de Hipócrates e, posteriormente, em 1964, a Declaração de Helsinque sintetizou os princípios do Juramento de Hipócrates e da Declaração de Genebra.

Ainda podem ser citados o Relatório Belmont (1978), a Declaração de Inuyama (1990), as Diretrizes Internacionais para Pesquisas Médicas da OMS (1982), a Declaração de Valência sobre Ética e o Projeto Genoma Humano (1990), a Conferência do CIOMS para a Ética e Pesquisas em seres humanos (1993), a Declaração de Bilbao sobre o Direito ante o Projeto Genoma Humano (1993), que alertavam para os riscos da utilização das informações genéticas em prejuízo da própria humanidade.

Por ora a pretensão é destacar a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997, por sua relevância.

## **2.1 A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos**

Trata-se de um documento abrangente, científica e politicamente, que agrega princípios e valores, trazendo reflexões éticas.

O seu esboço foi redigido pelo Comitê Internacional de Bioética e, consensualmente, adotado pelo Comitê de Especialistas Governamentais, tendo sido apresentado na 29ª sessão da Conferência Geral da Unesco realizada de 21 de outubro a 12 de novembro de 1997.

O texto é composto por 25 artigos, divididos em 7 títulos e já em seu artigo primeiro apresenta informação importantíssima que irá nortear todos os trabalhos a respeito do genoma humano, que é a afirmação de que o genoma constitui "patrimônio de humanidade".

## **O PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO: A EDIÇÃO DO DNA E SUAS IMPLICAÇÕES BIOÉTIICAS E LEGAIS - EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA**

Assim, reafirmando sempre em primeiro lugar e como princípio fundamental a dignidade humana, o documento repele qualquer tentativa atentatória a este princípio, tais como clonagem de seres humanos, eugenia ou qualquer outro procedimento que coloque em risco a espécie humana ou que possa, conseqüentemente, causar a sua extinção.

Sendo o genoma a unidade fundamental de todo ser vivo, responsável por sua singularidade, qualquer procedimento deve avaliar, com rigor, o risco/benefício envolvido. E, importante ressaltar, sempre mediante o consentimento prévio, livre e esclarecido.

Outro ponto bastante relevante é a proteção trazida frente à discriminação de um indivíduo com base em suas características genéticas, que violam seus direitos humanos, liberdades fundamentais e a sua dignidade.

Posto isso, o documento expressa a importância da liberdade da pesquisa, da necessidade do conhecimento científico e social envolvendo o assunto genoma humano e, ainda, afirma o dever das ciências integradas de buscarem o alívio do sofrimento e a melhoria da saúde dos indivíduos e da humanidade.

Nesta linha de pensamento, condição indispensável é o alinhamento das pesquisas científicas com equipes multidisciplinares que possam avaliar as questões éticas, sociais, econômicas e legais, para que se atinja a finalidade maior: o bem-estar dos indivíduos e da humanidade, respeitando a dignidade, a liberdade e os direitos humanos.

A todo momento o documento frisa a importância dos Estados em tomar as providências necessárias, implementar ações, organizar medidas, estabelecer comitês, fiscalizar e assegurar o respeito aos princípios estabelecidos na Declaração, bem como a cooperação internacional, inclusive com os países em desenvolvimento.

### **3 PATRIMÔNIO GENÉTICO**

#### **3.1 Células tronco**

As células-tronco são células indiferenciadas ou com baixo grau de diferenciação, encontradas em tecidos embrionário e extraembrionário. Podem permanecer em estado quiescente até a fase adulta, através da autorreplicação, ou diferenciar-se em diversos tecidos, a partir da expressão de determinados genes, e exercer funções específicas. Muitos estudos vêm sendo direcionados para a utilização dessas células na terapia de várias doenças, e os resultados obtidos até então são bastante promissores, o que faz muitos autores acreditarem que as células-tronco representam a terapia do futuro, podendo significar a cura de determinadas doenças, tais como diabetes, cardiopatias, câncer e mal de Alzheimer. (SOUZA; LIMA; REIS; RAMALHO; SANTOS, 2003).<sup>6</sup>

Em interessante artigo publicado na Revista de Saúde Pública (DINIZ; AVELINO, 2008), os autores analisaram, comparativamente, uma amostra de 25 países que possuíam normatizações sobre o tema células-tronco embrionárias e os classificaram, segundo seu grau de regulação, em três categorias, abaixo descritas:

- (a) Países que permitem pesquisa embrionária – apenas com linhagens importadas;
- (b) Países que permitem pesquisa embrionária – com linhagens nacionais e importadas.
- (c) Países que não permitem pesquisa embrionária em hipótese nenhuma.

O Brasil se enquadra no segundo grupo. A pesquisa com células-tronco embrionárias, no Brasil, carece de uma lei específica, estando disciplinada pela Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, também conhecida como Lei de Biossegurança. Essa Lei regulamenta o art. 225, § 1º, incs. II, IV e V, da Constituição Federal.

Em análise da Lei, em seu artigo 5º, verifica-se que o Brasil é um país que permite a pesquisa e a terapia com células-tronco, porém, com restrições e, preferencialmente, em embriões inviáveis.

E, assim, logo surge a seguinte pergunta: o que são embriões inviáveis?

Esta questão está respondida no Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005, que regulamenta os dispositivos da Lei supra e, assim como ela, regulamenta o art. 225, § 1º, II, IV e V, da CF, que assim o define em seu art. 3º, inc. XIII:

## O PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO: A EDIÇÃO DO DNA E SUAS IMPLICAÇÕES BIOÉTIICAS E LEGAIS - EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA

embriões inviáveis: aqueles com alterações genéticas comprovadas por diagnóstico pré-implantacional, conforme normas específicas estabelecidas pelo Ministério da Saúde, que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem após período superior a vinte e quatro horas a partir da fertilização *in vitro*, ou com alterações morfológicas que comprometam o pleno desenvolvimento do embrião.

Moore e Persaud (2008) definem a clivagem como uma série de divisões celulares mitóticas do zigoto que resultam na formação das primeiras células embrionárias – os blastômeros.<sup>7</sup>

É de se notar, então, que os embriões que tiveram seu desenvolvimento interrompido por ausência espontânea de clivagem serão descartados, pois sequer servirão para a pesquisa, tendo perdido sua capacidade de gerar vida. Já os embriões com alterações genéticas incompatíveis com a implantação, estes sim, servirão à pesquisa e serão congelados.

Uma particularidade da Lei brasileira n.º 11.105/2005 foi determinar que a pesquisa deva ser preferencialmente conduzida com embriões inviáveis. Nenhum dos 25 países analisados estabelece a diferenciação legal entre embriões congelados viáveis e inviáveis para a pesquisa científica, exceto, com outros termos, o art. 9º da Lei 32/2006 de Portugal. (DINIZ; AVELINO, 2008).

A Lei 11.105/2005 ainda permite a pesquisa em embriões congelados há 3 anos ou mais. É importante ressaltar a necessidade do consentimento dos genitores. Ela proíbe a engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano e a clonagem humana, entre outras proibições. Do art. 24 ao 29, da Lei supra, estão listados os crimes e as respectivas penas.

Em 2005, precisamente em maio, o Procurador Geral da República (PGR) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn 3.510) impugnando o art. 5º da Lei de Biossegurança com o fundamento de que a vida humana se inicia a partir da fecundação, assim, no embrião *in vitro* já existe vida.

Durante sua tramitação, foram deferidas as participações de algumas entidades como *amicus curiae*, além de realizações de audiências públicas, ouvindo-se especialistas, cientistas e representantes de entidades.

O julgamento ocorreu no dia 29/05/2008, com a relatoria do Ministro Ayres Britto e, por maioria, os Ministros concluíram pela improcedência do pedido e a declaração de constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança.

Note-se que, embora não seja pacífica a doutrina e a jurisprudência quanto ao momento do início da vida, relevante observar que o Pacto de San José da Costa Rica (CONFERÊNCIA..., 1969), em seu art. 4º, reconhece o início da vida no momento da concepção.

### **3.2 Ácido desoxirribonucleico**

O DNA (deoxyribonucleic acid) foi observado pela primeira vez em 1869. Segundo Sanders e Bowman, o DNA é a molécula hereditária nos gametas dos organismos de reprodução sexuada e, nos organismos de reprodução assexuada, o DNA é a molécula hereditária que assegura células idênticas nas sucessivas gerações.

Ainda segundo os dois autores, com a identificação do DNA, compreender sua estrutura era essencial para duas questões fundamentais: (1) como o DNA poderia portar o conjunto de informações genéticas presentes nos genomas de animais e plantas e (2) como a molécula se replicava.

Simplificadamente, a sequência de DNA forma os cromossomos e, conforme já falamos linhas acima, o DNA contém os genes que são regiões ativadas, produtoras de proteínas.

Com a identificação do DNA, o próximo passo seria descobrir a sua estrutura.

Assim, no início de 1950, o norte-americano James Watson e o britânico Francis Crick, iniciaram um trabalho em conjunto, publicado em 1953, que descrevia estruturalmente o DNA.

## O PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO: A EDIÇÃO DO DNA E SUAS IMPLICAÇÕES BIOÉTIICAS E LEGAIS - EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA

Isso foi tão revolucionário que rendeu aos pesquisadores, em 1962, o Prêmio Nobel de Fisiologia e Medicina, juntamente com o colega Maurice Wilkins. Watson, Crick e Wilkins ficaram mundialmente famosos. Mais recentemente, entretanto, veio à tona a contribuição decisiva que a pesquisadora Rosalind Franklin deu para a descoberta que lhes rendeu o Prêmio Nobel e pela qual ela não foi reconhecida em vida. (CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA, 2021). 10

*"We wish to suggest a structure for the salt of deoxyribose nucleic acid (D.N.A.). This structure has novel features which are of considerable biological interest."*<sup>2</sup> (WATSON; CRICK, 1953). Watson e Crick descreveram o DNA como uma dupla hélice, antiparalela, para a direita, formada por fosfatos de açúcar e unida por bases nitrogenadas. Por antiparalela entendem-se duas fitas correndo lado a lado, porém, apontado para direções opostas.

As bases nitrogenadas são (a) adenina, (b) timina, (c) citosina e (d) guanina, que se combinam duas a duas, sendo adenina sempre pareando com a timina, por meio de duas ligações de hidrogênio e citosina sempre com guanina, por meio de três ligações de hidrogênio.

### 3.3 Reprodução humana assistida

No dia 26/07/1978, a primeira página do Jornal Folha de S. Paulo estampa a seguinte notícia: "É menina o 1º bebê de proveta", e continua:

O primeiro 'bebê de proveta' nasceu ontem à noite no Hospital Geral de Oldham, Inglaterra. A mãe é a Sra. Lesley Brown, de 30 anos. O bebê foi o primeiro do mundo a nascer depois de ter sido 'concebido' fora do útero, numa técnica pioneira destinada às mulheres incapazes de conceber normalmente.

---

<sup>2</sup> "Queremos sugerir uma estrutura para o sal de ácido desoxirribonucleico (DNA). Essa estrutura tem novas características que são de considerável interesse biológico." (livre tradução deste autor).

E continua dando informações sobre o sexo, peso e estado de saúde da mãe e da criança.

A criança, uma menina, recebeu o nome de Louise Brown e seu nascimento foi um marco importantíssimo, pois a partir daí começaram a se desenvolver técnicas de reprodução assistida (TRA), conforme trataremos mais adiante.

Juntamente com as novas técnicas vieram as questões éticas e morais.

Até o presente momento, a medicina, o direito, a bioética e outras disciplinas, inclusive religiões diversas, debatem a controversa questão sobre o exato momento em que a vida começa. É intrigante e inquietante a questão sobre o embrião ser ou não uma vida humana.

Em 1983, foi desenvolvida a técnica de criopreservação de embriões, iniciando-se mais uma infinidade de possibilidades, inclusive tornando viável a reprodução após a morte.

Em um procedimento de reprodução assistida podem ser viáveis vários embriões que ficarão congelados (criopreservados). Se o casal resolve não ter mais filhos, esses embriões poderão (1) permanecer criopreservados, (2) serem doados para pesquisa, (3) serem doados a outros casais ou (4) serem descartados.

Mas, segundo Leite e Henriques (2014), citando Sabbatini (1998), muitos casais abandonam os embriões e

[...] em 1996 foi realizada na Inglaterra a maior destruição de embriões abandonados até então. O evento foi considerado genocídio pela Igreja católica e suscitou um debate mundial sobre o tema envolvendo a comunidade científica, civil, religiosa e política.

No Brasil, país de maioria católica, a reprodução assistida é possível para casais casados, pessoas solteiras e casais homoafetivos. Também a reprodução *post mortem* é permitida.

E, a esse respeito, a igreja católica foi a primeira instituição religiosa a se manifestar sobre o assunto, declarando que os procedimentos de reprodução assistida não são recomendáveis.

## O PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO: A EDIÇÃO DO DNA E SUAS IMPLICAÇÕES BIOÉTIICAS E LEGAIS - EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA

Assim, em 22 de janeiro de 1987 foi publicada pela Congregação para a Doutrina da Fé a instrução *Donum vitae*, sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação. Essa instrução afirma que a pessoa humana é mais que um monte de tecidos e que o homem é formado à imagem e semelhança de Deus, constituído de corpo e alma e, portanto, intervir sobre o corpo humano atinge a pessoa e não somente seu corpo.

*Una primera conclusión se puede extraer de tales principios: cualquier intervención sobre el cuerpo humano no alcanza únicamente los tejidos, órganos y funciones; afecta también, y a diversos niveles, a la persona misma.*<sup>3</sup> (PAOLO PP. VI.).

O documento reconhece o embrião como pessoa humana desde sua concepção, ou o primeiro instante de sua existência. *“El ser humano ha de ser respetado — como persona — desde el primer instante de su existencia”. [...] “Jamás llegará a ser humano si no lo ha sido desde entonces”.*

O documento ainda critica técnicas de fecundação heteróloga e homóloga, por serem contrárias à ética. Sobre as práticas homólogas, a Encíclica *Humanae vitae* ensina:

*[...] è fondata sulla connessione inscindibile, che Dio ha voluto e che l'uomo non può rompere di sua iniziativa, tra i due significati dell'atto coniugale: il significato unitivo e il significato procreativo. Infatti, per la sua intima struttura, l'atto coniugale, mentre unisce con profondissimo vincolo gli sposi, li rende atti alla generazione di nuove vite, secondo leggi iscritte nell'essere stesso dell'uomo e della donna.* (PAOLO PP. VI, 1968)<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> “Uma primeira conclusão pode ser tirada de tais princípios: qualquer intervenção no corpo humano não atinge apenas os tecidos, órgãos e funções; também afeta, e em diferentes níveis, a própria pessoa.” (livre tradução deste autor).

<sup>4</sup> “[...] baseia-se na conexão inseparável que Deus queria e que o homem não pode quebrar por sua própria iniciativa, entre os dois significados do ato conjugal: o significado unitivo e o significado procriador. De fato, devido à sua estrutura íntima, o ato conjugal, enquanto une os cônjuges a um vínculo profundo, os torna adequados para a geração de novas vidas, de acordo com leis inscritas no próprio ser do homem e da mulher” (livre tradução deste autor).

Ainda a esse respeito:

*La inseminación artificial homóloga dentro del matrimonio no se puede admitir, salvo en el caso en que el medio técnico no sustituya al acto conyugal, sino que sea una facilitación y una ayuda para que aquél alcance su finalidad natural.* (RATZINGER; BOVONE, 1987).<sup>5</sup>

Por fim, condena a maternidade substitutiva e a inseminação *post mortem*.

Em 08 de setembro de 2008, a mesma Congregação editou a instrução *Dignitas personae* a fim de atualizar as orientações, em razão dos novos conhecimentos científicos e práticas tecnológicas, e estabelecer critérios éticos e morais.

Voltando à técnica, nos casos de alterações nos gametas masculinos, pode-se optar pelo doador de esperma. Nos casos em que as dificuldades são da mulher, pode ser utilizado, conforme o caso, o óvulo de uma doadora ou, ainda, o útero em substituição (barriga de aluguel). E, em casos de problemas com ambos, ainda poderão ser utilizados embriões.

Configurações familiares interessantes podem surgir, como por exemplo:

1) Criança nascida de um casal homoafetivo feminino em que uma mulher doa o oócito, recorrendo-se a um banco de esperma para a fecundação, sendo o embrião obtido, transferido para o útero de sua parceira, que funcionará como útero em substituição, tendo a criança duas mães, uma biológica e outra que a gerou.

2) Criança nascida de um casal infértil, cujo oócito é de uma doadora e o sêmen de um doador. O embrião será implantado em um casal e, estes, serão os pais geradores. Essa criança terá assim, duas mães e dois pais, os biológicos e os que a geraram.

3) Criança de um casal infértil em que a mulher tenha problemas anatômicos, não podendo gerar. O casal poderá recorrer a um doador de sêmen e uma doadora de oócito. Recorrendo ainda a um útero em substituição, como por exemplo, a mãe do

---

<sup>5</sup> "A inseminação artificial homóloga dentro do casamento não pode ser admitida, exceto no caso em que o meio técnico não substitui o ato conjugal, mas é uma facilitação e um auxílio para que atinja seu propósito natural" (livre tradução deste autor).

## O PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO: A EDIÇÃO DO DNA E SUAS IMPLICAÇÕES BIOÉTICAS E LEGAIS - EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA

marido, a avó. Essa criança terá então, pais biológicos, pais que geraram (no caso, os avós) e pais afetivos.

Relevante ressaltar, nesta oportunidade, a importância da cedente temporária de útero que, na realidade, guardadas as proporções, age como doadora de órgãos e seu papel assume uma dimensão transcendente da sua própria natureza para proporcionar a mais nobre ação humanitária. Nesta peculiar situação, mesmo não sendo mãe, exerce duplamente tal missão: suporta a gravidez alheia e com abnegação extremada após o parto, entrega a criança, renunciando, desta forma, a própria maternidade. (OLIVEIRA JUNIOR, 2019).

Como se observa acima, poderão se formar várias configurações familiares.

Neste ponto é de se mencionar a importância do diagnóstico genético pré-implantacional (PGD) e o Screening genético pré-implantacional (PGS), métodos recentes.

Ambos são estudos pré-implantacionais que visam evitar doenças cromossômicas e genéticas e, ainda, otimizar os resultados das reproduções assistidas, evitando, por exemplo, abortos de causas genéticas que antes não eram detectados.

Já foi objeto de comentário em páginas anteriores cromossomos e genes e como eles se relacionam. Assim, quando problemas genéticos ocorrem, utiliza-se o PGD. Logo, quando as alterações são cromossômicas, o método utilizado é o PGS.

Ainda, as técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas para a tipagem do sistema HLA do embrião, com a finalidade de selecionar embriões HLA-compatíveis com o irmão afetado por alguma doença que necessite de transplante de células-tronco.

No Brasil, até hoje, não existe nenhuma legislação específica a respeito da reprodução assistida. Assim, ela está prevista na Resolução 2.294, do Conselho Federal de Medicina, publicada em 27 de maio de 2021, que adota as normas éticas para sua utilização, observados princípios éticos e bioéticos. Tal Resolução revoga a anterior (Res. CFM nº 2.168/2017) e amplia suas considerações. Traz princípios gerais, dentre

eles a idade limite para as candidatas à gestação por técnicas de RA, que é de 50 anos, suportando exceções.

Importantíssimo observar que o consentimento livre e esclarecido é trazido pela Resolução como procedimento obrigatório para todos os pacientes submetidos à técnica. E isso consiste em detalhar toda a técnica e suas circunstâncias, os resultados obtidos naquela unidade, bem como informações de caráter biológico, jurídico e ético. O consentimento estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir da discussão em torno da técnica, em documento elaborado em formulário especial.

A Resolução traz uma proibição em seu item 5, que é a de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica, exceto para evitar doenças relacionadas.

Proíbe, ainda, a fecundação de oócitos humanos com finalidade diversa da procriação. E frisa que são proibidos os procedimentos de redução embrionária.

A técnica pode ser utilizada, conforme já dissemos acima, em pessoas capazes, devidamente esclarecidas quanto aos procedimentos, podendo ser pessoa solteira, em relacionamento homoafetivo, sendo permitida, em casais homoafetivos femininos, a gestação compartilhada.

Quanto à doação, o regramento deontológico diz que esta não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, devendo ser voluntária. Os doadores não poderão ter sua identidade conhecida e nem conhecer a identidade dos receptores, sendo uma exceção a esse sigilo, situações médicas especiais, em que informações sobre os doadores poderão ser fornecidas, exclusivamente para médicos, preservando-se sua identidade civil.

Interessante observar que em seu item 6 – IV DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES –, a Resolução 2.294/2021, do CFM, prevê que na região em que se localiza a unidade de tratamento, o registro dos nascimentos evitará que um doador ou doadora tenham produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes, sendo que um mesmo doador ou doadora poderão contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora.

Sobre a gestação em substituição, a resolução afirma que a cedente temporária de útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau, sendo que os casos diversos estarão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM). Por fim, assim como a doação, também a cessão temporária de útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

### **3.4 Manipulação embrionária**

Que tal “encomendar” um filho?

Atualmente já é viável a possibilidade de editar uma sequência de genes e isso é algo revolucionário e inquietante.

Há a possibilidade de evitar certas doenças no indivíduo e, possivelmente, nas futuras gerações, mas e se algo der errado? Nas palavras do Dr. Marcelo Araújo - professor de Filosofia na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e professor de Filosofia do Direito na UFRJ -, podem ocorrer mutações *off-targets*, realizando alterações em sequências do genoma que deveriam permanecer intactas.

As consequências desse tipo de mutação “fora do alvo” comprometeriam a saúde do indivíduo, podendo sair da esfera individual e alcançar seus descendentes, as futuras gerações e a humanidade.

Segundo o filósofo, em entrevista concedida à IHU On-Line (Instituto Humanitas Unisinos), “é por essa razão que, até agora, em todas as pesquisas com o uso de CRISPR-Cas9 em células embrionárias, foi de antemão veementemente descartada a intenção de se implantar o embrião em útero”.<sup>18</sup>

Para que nada saia do controle, existem os comitês de ética e a Lei de Biossegurança, que proíbem, em algumas situações, a engenharia genética em embriões humanos.

Recentemente, pesquisadores americanos obtiveram significativo sucesso quando conseguiram eliminar uma doença hereditária em

embriões criados por meio de fertilização in vitro, corrigindo a mutação do DNA responsável pela doença. Fato que foi noticiado mundialmente e fincará o marco de novas pesquisas no campo da engenharia genética. (OLIVEIRA JUNIOR, 2017)

Atualmente, admite-se o procedimento corretivo, conforme inscrito no art. 13º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina: Convenção Sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina:

Uma intervenção que tenha por objeto modificar o genoma humano não pode ser levada a efeito senão por razões preventivas, de diagnóstico ou terapêuticas e somente se não tiver por finalidade introduzir uma modificação no genoma da descendência. (CONSELHO DA EUROPA, 1997).

Mas a pergunta é: até quando o homem resistirá ao impulso de escolher o sexo, a cor dos olhos, as aptidões e outras características idealizadas para os seus embriões encomendados?

### **3.5 Aconselhamento genético**

Mas, o que se poderia chamar de "limiar de modernidade biológica" de uma sociedade se situa no momento em que a espécie entra como algo em jogo em suas próprias estratégias políticas. O homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão. (FOUCAULT, 1988, p.134).

O termo Aconselhamento Genético surgiu nos Estados Unidos, quando o médico Sheldon Reed, na década de 40, passou a atender famílias com doenças genéticas.

Com o passar dos anos, o aconselhamento genético tornou-se uma atividade de saúde pública, abrangendo o planejamento familiar e de reprodução, o pós-nascimento e o diagnóstico.

## O PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO: A EDIÇÃO DO DNA E SUAS IMPLICAÇÕES BIOÉTIICAS E LEGAIS - EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA

Atualmente, a medicina é capaz de intervir em algumas doenças hereditárias ou genéticas. Em muitos casos há a possibilidade da identificação da anomalia, mas não há tratamento. Em outros, é possível prevenir sua ocorrência ou ainda melhorar a qualidade de vida e sobrevivência de quem é portador.

Podemos ter o aconselhamento genético prospectivo, quando se trata de aconselhamento para a prevenção do aparecimento de determinada doença genética, em indivíduos com risco aumentado para sua ocorrência; ou, o aconselhamento retrospectivo, quando, na família, já existe uma pessoa afetada.

A ética é um tema importantíssimo quando se trata do aconselhamento genético, pois inúmeras questões e possibilidades estão envolvidas. Questões relacionadas às escolhas individuais, como por exemplo, o fato de uma pessoa não querer saber o diagnóstico, caso tenha uma doença para a qual não exista terapia; questões relacionadas à saúde pública, como depressões e suicídios ligados a esse tipo de informação ou, ainda, confidencialidade, discriminações, entre outras.

[...] a quem cabe a informação genética? Como garantir a confidencialidade e a privacidade dessa informação? O que fazer diante de um diagnóstico de doença genética no feto? Como informar o plano de saúde? Qual o impacto do diagnóstico nas relações afetivas e de trabalho? Ainda não há respostas satisfatórias para grande parte dessas perguntas e, infelizmente, o médico geneticista ou sua equipe também não são capazes de responder a elas antecipadamente. (GUEDES; DINIZ, 2009).

Neste diapasão, vem à tona a seguinte questão: não estaríamos praticando uma eugenia disfarçada, com outros nomes, escolhendo quem poderá nascer e quem não terá a mesma sorte?

Leciona Oliveira Junior (2018a), a respeito da iniciativa do Ministério da Saúde, no âmbito do SUS, de criar programa de saúde que possibilite o aconselhamento genético em casais que carregam riscos genéticos hereditários:

[...] dependendo da formatação do programa, poderá trazer à tona a questão da eugenia, tão combatida no campo bioético, sendo que

algumas vezes já se levantaram para reprovar a proposta com esta conotação. A eugenia, compreendida como a utilização de métodos de seleção artificial do material reprodutivo com a finalidade do melhoramento da espécie humana, presente em grande parte do nazismo, é conduta repudiada mundialmente.

### 3.6 Eugenia

A bioética combate e repudia fortemente a eugenia. A ideia de eugenia está intimamente correlacionada ao nazismo. Porém, essa ideia é, na verdade, anterior. Segundo Gonçalves (2006), “a ideia de eugenia nasceu na Inglaterra, prosperou nos EUA e teve seu ponto alto na Alemanha nazista. Com nova roupagem e outros nomes, ela sobrevive até hoje”.

Nas palavras de Darwin (1809-1882):

Devemos, portanto, suportar o efeito, indubitavelmente mau, do fato de que os fracos sobrevivem e propagam o próprio gênero, mas pelo menos se deveria deter a sua ação constante, impedindo os membros mais débeis e inferiores de se casarem livremente com os sadios. (BULCÃO NETO, 2006).

Lembra-nos ainda Gonçalves (2006) que Galton (1822-1911) – criador do termo eugenia e primo de Darwin – tinha a proposta de esterilizar os humanos fracos de corpo e mente, e de raças inferiores.

As propostas de Galton ficaram conhecidas como “eugenia positiva”. Nos EUA, porém, elas foram modificadas, na direção da chamada “eugenia negativa”, de eliminação das futuras gerações de “geneticamente incapazes” – enfermos, racialmente indesejados e economicamente empobrecidos –, por meio de proibição marital, esterilização compulsória, eutanásia passiva e, em última análise, extermínio.

Jasanoff e Hurlbut (2018) ensinam:

*Free enquiry, the lifeblood of science, does not mean untrammelled freedom to do anything. Society's unwritten contract with science guarantees scientific autonomy in exchange for a research enterprise*

## O PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO: A EDIÇÃO DO DNA E SUAS IMPLICAÇÕES BIOÉTIICAS E LEGAIS - EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA

*that is in the service of, and calibrated to, society's diverse conceptions of the good. As the dark histories of eugenics and abusive research on human subjects remind us, it is at our peril that we leave the human future to be adjudicated in biotechnology's own 'ecclesiastical courts'. It is time to invite in voices and concerns that are currently inaudible to those in centres of biological innovation, and to draw on the full richness of humanity's moral imagination. An international, interdisciplinary observatory would be an important step in this direction.*<sup>6</sup>

Importante revisitar o passado não tão distante, com um olhar observador e crítico para que se veja frente à nova eugenia, uma preocupação muito atual.

A eugenia pode facilmente se ocultar sob o rótulo de "genética humana".

Em interessante artigo intitulado "Diagnóstico genético pré-implantação (DGPI): uma eugenia mascarada?", os autores afirmam que o DGPI é uma técnica que não pode ser facilmente identificada como maléfica ou benéfica para a sociedade. No entanto, chamam atenção para a ideia de que a técnica é definida de duas formas para os pesquisadores. São elas a eugenia positiva e a eugenia negativa.

Quando nos referimos à seleção propriamente dita, sem nenhuma espécie de limitação à mesma, tratamos de uma eugenia positiva, que, de fato, seleciona os genes, desejados pelos pais, para aquele embrião. Por outro lado, a eugenia negativa trata de modificações genéticas com fins terapêuticos, ou seja, na eugenia negativa existem critérios para estabelecer limites na seleção desses genes. O objetivo é impossibilitar a transferência de genes portadores de doenças, ou a criação dos 'bebês medicamentos'. (ELER; RAMOS; OLIVEIRA, 2019).

Concluem os autores, muito oportunamente que "A simples disponibilidade de uma tecnologia não legitima todas as suas formas de utilização [...]".

---

<sup>6</sup> "A investigação livre, a essência da ciência, não significa liberdade desimpedida para fazer qualquer coisa. O contrato não-escrito da sociedade com a ciência garante autonomia científica em troca de um empreendimento de pesquisa que está a serviço das diversas concepções da sociedade sobre o bem e as ajusta a elas. Como as histórias sombrias da eugenia e da pesquisa abusiva sobre seres humanos nos lembram, é nosso risco deixarmos o futuro humano a ser adjudicado nas 'cortes eclesiásticas' da própria biotecnologia. É hora de convidar vozes e preocupações que atualmente são inaudíveis para aqueles em centros de inovação biológica, e para aproveitar toda a riqueza da imaginação moral da humanidade. Um observatório interdisciplinar internacional seria um passo importante nessa direção." (livre tradução minha).

Os atos de intervenção na vida pré-natal têm que ser reconduzidos a uma realidade comunicativa e não instrumental. Entendimento em sentido contrário implicará em uma visão mercadológica dos seres oriundos do processo de fertilização in vitro que, como produtos, poderão ser fabricados, barateados, pesquisados, destruídos, enfim reificados sem qualquer reflexão ética mais profunda. (ELER; RAMOS; OLIVEIRA, 2019).

#### **4 PROJETO “DNA DO BRASIL”**

O Brasil, apesar dos poucos recursos destinados à pesquisa, revela de forma inequívoca uma vocação direcionada à realização de estudos científicos relevantes e compatíveis com os apresentados por renomadas instituições. Basta ver que, no momento pandêmico, por volta de 150 estudos envolvendo vacinas contra o coronavírus foram encaminhados para receber a avaliação da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – CONEP.

Após a decifração do genoma humano, tema minuciosamente debatido no presente trabalho, novos horizontes se abriram para a humanidade no sentido de renovar a esperança universal de encontrar novos dividendos de saúde para o ser humano, tanto no sentido de encontrar medicamentos para extirpar doenças, como para a manutenção da vida humana com a desejada qualidade de vida recomendada pela dignidade prevista constitucionalmente.

Assim é que, até o presente, após o referido sequenciamento, muitos genes considerados defeituosos foram localizados para combater doenças de origem genética. E os próximos passos caminham para buscar mais dados e informações a respeito do Alzheimer, síndrome de Down e mal de Parkinson, dentre muitas outras moléstias, justamente para quebrar a linha sucessória e possibilitar a erradicação definitiva.

Nessa linha de pensamento, foi lançado o projeto “DNA do Brasil”, liderado pela geneticista Lygia Veiga Pereira, da Universidade de São Paulo, com a finalidade de conhecer o genoma da população, representada por cerca de 15 mil brasileiros

## **O PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO: A EDIÇÃO DO DNA E SUAS IMPLICAÇÕES BIOÉTIICAS E LEGAIS - EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA**

participantes voluntários, na faixa de 35 a 74 anos de idade (RUPRECHT; SPONCHIATO, 2020).

Pelo que se conhece até o presente, a população brasileira não é resultado de uma única origem. A sua formação histórica dá conta que é fruto de uma miscigenação exacerbada. Na extensa dimensão territorial são encontrados desde povos indígenas, africanos, portugueses, italianos, espanhóis, alemães, além de outros imigrantes europeus, asiáticos e orientais, formando uma integração genética e cultural que merece ser explorada. Uma verdadeira Torre de Babel genética.

Com tal formatação, o objetivo da pesquisa, como sói acontecer nos países que aderiram rapidamente à iniciativa, é conhecer os fatores genéticos do povo brasileiro para compreender as doenças mais prevalentes e atuar preventivamente, formando uma verdadeira arquitetura do genoma pátrio, onde serão encontrados indicadores clínicos que detectarão os prováveis grupos de risco e as recomendadas ações que devem ser tomadas para combatê-los. A leitura do DNA, desta forma, irá oferecer condições para garimpar informações importantes para que seja feito o reconhecimento do código genético da população e, a partir desse marco, possa ser feita a prevenção contra as doenças com predisposição genética localizada.

O projeto, desta forma, por se tratar de uma inovação, que certamente renderá inúmeros benefícios para a saúde da população, desempenhará importante tarefa e entregará ao Estado novas leituras para desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, tendo como prioridade a realização de ações preventivas estruturadas no genoma da nação. É uma verdadeira ponte ligando harmoniosamente o passado a um futuro promissor carregando as melhores práticas para a *ars curandi*.

### **5 DECIFRAÇÃO DO GENOMA DO IDOSO**

Ainda sem a necessária revisão por pares para a publicação em revista científica, mas com os dados coletados disponíveis ao público, cientistas da USP, liderados pela geneticista Mayana Zatz, concluíram relevante pesquisa realizada

durante 10 anos a respeito do sequenciamento genético de 1.171 idosos - com a faixa etária média de 71 anos - para entender o envelhecimento saudável e desenvolver técnicas mais precisas na medicina, possibilitando o diagnóstico de várias doenças, dentre elas as consideradas raras. Representa, sem dúvida, além do demonstrativo de competência e comprometimento de nossos pesquisadores, um avanço considerável para a medicina, que terá um campo mais abrangente para diagnósticos das doenças mais comuns, canalizando-as para o acesso à medicina de precisão. A repercussão maior da pesquisa foi a identificação de dois milhões de variantes genéticas não descritas em bancos genômicos internacionais, que reúnem 76 milhões.

“O patrimônio genético, como o próprio nome diz”, enfatiza Oliveira Júnior,

é a somatória das conquistas do homem, no plano físico, psíquico e cultural, que o acompanha através de seus registros biológicos, faz parte de sua história e evolução e, como tal, merece a proteção legal. É o relato e o retrato da raça humana, desde o homem de Neandertal. Passa a ser objeto de tutela pessoal e estatal e qualquer ofensa a ele é desrespeito à própria humanidade. A proteção desloca-se da individualidade do ser humano já formado, com personalidade própria, para aquele que ainda vem a ser, com personalidade jurídica.

O homem passa a ser o epicentro das atenções do próprio homem e não mais sua cobaia ou seu lobo. Não caminhará cegamente para transformar o corpo humano em linha de montagem e sim de buscar os mecanismos valiosos para lhe dar sustentação de saúde, bem-estar, equilíbrio e felicidade.

O objetivo da pesquisa é conhecer os fatores genéticos do idoso brasileiro para compreender as doenças mais prevalentes e atuar preventivamente, formando uma verdadeira arquitetura do genoma pátrio, onde serão encontrados indicadores clínicos que detectarão os prováveis grupos de risco e as recomendadas ações que devem ser tomadas para combatê-los. A leitura do DNA, desta forma, irá oferecer condições para garimpar informações importantes para que seja feito o reconhecimento do código genético da população idosa e, a partir desse marco, fazer a prevenção contra as doenças com predisposição genética localizada.

## **6 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA A RESPEITO DO GENOMA**

Desde 2007 tramita no Brasil a proposta legislativa nº 478 (PL 478), o Estatuto do Nascituro, de autoria dos deputados federais Luiz Carlos Bassuma e Miguel Martini. A proposta considera, por exemplo, o aborto crime hediondo e o proíbe em todos os casos. Note-se que a PL 478 traz temas muito complexos e ainda deve ser bastante discutida.

Ainda, importantíssima a Resolução nº 466 de 12 de dezembro de 2012, do Conselho Nacional de Saúde, do Ministério da Saúde, que em suas disposições preliminares afirma:

A presente Resolução incorpora, sob a ótica do indivíduo e das coletividades, referenciais da bioética, tais como, autonomia, não maleficência, beneficência, justiça e equidade, dentre outros, e visa a assegurar os direitos e deveres que dizem respeito aos participantes da pesquisa, à comunidade científica e ao Estado. (BRASIL, 2012).

Tratando da reprodução assistida, a Resolução CFM nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina revoga a Resolução nº 2.168/2017 e adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

Isso posto, relevante questão se nos apresenta: em que aspectos a proposta legislativa nº 478 modificaria as regras do genoma humano? O projeto conta com 31 artigos e é absolutamente contrário ao aborto, em todas as hipóteses, representando um claro retrocesso em relação ao sistema jurídico atualmente vigente, notadamente em casos de violência sexual, que passa a ser ilegal. No projeto, a presença da mulher é opaca e seus direitos ficam ainda mais restritos. Ademais, condena o uso da pílula do dia seguinte e as pesquisas com células tronco.

A ONU acompanha o projeto e é contrária à sua aprovação pela redução da liberdade da mulher e o risco do aumento do número de abortos ilegais.

## 7 CONCLUSÃO

Caminhando a ciência, naturalmente, muito mais rápido que o direito, o desafio deste e das equipes multidisciplinares é acompanhá-la muito de perto.

Como foi dito, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos estampam, logo em seu início, a importância do genoma humano, afirmando que este constitui um patrimônio da humanidade.

Sociedade, governo e comunidade internacional devem se unir para preservar o patrimônio genético da humanidade, sob pena de, até mesmo, vê-la extinta.

E mais. Necessário se faz ainda, tendo como prioridade maior a dignidade da pessoa humana, a aplicação dos princípios da bioética, quais sejam: autonomia, beneficência e isonomia, entendidos, respectivamente, como (a) o poder de tomar decisões, sem interferências; (b) ação correta a ser feita, não fazendo mal ao próximo, ao contrário, fazendo o bem e (c) igualdade de tratamento a todas as pessoas participantes da sociedade para que não corramos o risco de uma eugenia disfarçada sob o nome de genética humana.

A ciência da Bioética recebe com os braços abertos tamanha iniciativa científica que irá trazer inúmeros dividendos de saúde para a humanidade, além de traduzir com ênfase a realização da dignidade da pessoa humana, apregoada constitucionalmente. Na ponderação da ciência da vida, fulcrada no princípio da beneficência, toda ação humana, invasiva ou não, e que tenha por objetivo elevar a potencialidade do *bene facere* e afastar o *primum non nocere*, será considerada oportuna, necessária e conveniente, observando que o estudo envolvendo as tratativas do genoma humano transcende, e em muito, as pesquisas tradicionais. É a era de se buscar nas células mais recônditas do ser humano a realidade e os segredos da vida.

## REFERÊNCIAS

## O PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO: A EDIÇÃO DO DNA E SUAS IMPLICAÇÕES BIOÉTIICAS E LEGAIS - EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA

BORGES, Jerry Carvalho. Vida é informação. *Revista Ciência Hoje*, 12 set. 2008. Disponível em: <http://cienciahoje.org.br/coluna/vida-e-informacao>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. *Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: [https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466\\_12\\_12\\_2012.html](https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html). Acesso em: 01 nov. 2021.

BULCÃO NETO, Manuel Soares. *Sombras do Iluminismo*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2006.

CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica. *PGE*, San José, 22 nov. 1969. Ratificada pelo Brasil em 25/09/1992. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 01 nov. 2021.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenção para proteção dos direitos do homem e da dignidade do ser humano face às aplicações da biologia e da medicina*. Convenção sobre os direitos do homem e da biomedicina. DHNet, 04 abr. 1997. Disponível: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/principaisinstrumentos/16.htm>. Acesso em: 01 nov. 2021.

CONSELHO DE INFORMAÇÕES SOBRE BIOTECNOLOGIA. *Você sabe o que é DNA?* Descubra o que há em comum entre você e tantos outros seres vivos. Disponível em: <https://cib.org.br/o-que-e-dna/>. Acesso em: 01 nov. 2021.

DÁVILA, Sérgio. Sequência de DNA abre caminho para novos diagnósticos e tratamentos: anunciada decifração do código genético da espécie. *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 jun. 2000. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe2706200001.htm>. Acesso em: 01 nov. 2021.

DINIZ, Debora; AVELINO, Daniel. Cenário internacional da pesquisa em células-tronco embrionárias. *Revista Saúde Pública*, v. 43, n. 3, p. 541-547, 2009. Disponível em: [https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0034-89102009000300019&script=sci\\_arttext&tlng=es](https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0034-89102009000300019&script=sci_arttext&tlng=es). Acesso em: 01 nov. 2021.

É MENINA o 1º bebê de proveta. *Folha De São Paulo*, ano 57, n. 18.011, 26 jul. 1978. Disponível em: <https://acervo.folha.com.br/leitor.do?numero=6653&anchor=4324800&origem=busca>. Acesso em: 01 nov. 2021.

FACHIN, Patrícia. A edição genética de embriões humanos é revolucionária e perturbadora. Entrevista especial com Marcelo de Araújo. *Instituto Humanitas Unisinos*, São Leopoldo, 09 ago. 2017. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/570434-a-edicao-genetica-de-embrioes-humanos-e-revolucionaria-e-perturbadora-entrevista-especial-com-marcelo-de-araujo>. Acesso em: 01 nov. 2021.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. Tradução Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. 13. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988. Acesso em: 01 nov. 2021.

GONÇALVES, Antonio Baptista. A eugenia de Hitler e o racismo da ciência. *Migalhas*, 07 ago. 2006. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI26157,21048-A+eugenia+de+Hitler+e+o+racismo+da+ciencia>. Acesso em: 01 nov. 2021.

GONÇALVES ELER, Kalline Carvalho; MIRANDA RAMOS, Kessia Priscila; DE OLIVEIRA, Marco Tulio Pires. Diagnóstico genético pré-implantação (DGPI): uma eugenia mascarada?. *Revista Iberoamericana de Bioética*, [s.l.], n. 9, p. 1-15, feb. 2019. Disponível em: <https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/8842>. Acesso em: 01 nov. 2021.

GUEDES, Cristiano; DINIZ, Debora. A Ética na História do Aconselhamento Genético: um desafio à educação médica. *Revista Brasileira de Educação Médica*, v. 33, n. 2, p. 247-252, 2009. Disponível em: <http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/EticaHistoriaAconselhamento.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.

JASANOFF, Sheila; HURLBUT, J. Benjamin. A global observatory for gene editing. *Nature*, v. 555, p. 435-437, 21 mar. 2018. Disponível em: [https://www.nature.com.br/articles/d41586-018-03270-w?mc\\_cid=d9f0ddd816&mc\\_eid=822a149de0](https://www.nature.com.br/articles/d41586-018-03270-w?mc_cid=d9f0ddd816&mc_eid=822a149de0). Acesso em: 01 nov. 2021.

LEITE, Tatiana Henriques; HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda. Bioética em reprodução humana assistida: influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, 2014, v. 24, n. 01, p. 31-47. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312014000100003>. ISSN 1809-4481. Acesso em: 01 nov. 2021.

MOORE, Keith L; PERSAUD, T. V. N. *Embriologia clínica*. 8. ed. Tradução: Andrea Monte Alto Costa et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

## O PATRIMÔNIO GENÉTICO HUMANO: A EDIÇÃO DO DNA E SUAS IMPLICAÇÕES BIOÉTIICAS E LEGAIS - EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA

PAOLO PP. VI. Lettera Enciclica del Sommo Pontefice. *Humanae Vitae*. *Vatican*, 25 jul. 1968. Disponível em: [http://w2.vatican.va/content/paul-vi/it/encyclicals/documents/hf\\_p-vi\\_enc\\_25071968\\_humanae-vitae.html](http://w2.vatican.va/content/paul-vi/it/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae.html). Acesso em: 01 nov. 2021.

PROJECTO genoma humano: cientistas anunciam descodificação completa do genoma humano. *Jornal Público*, Porto, 14 abr. 2003. Disponível em: <https://www.publico.pt/2003/04/14/ciencia/noticia/cientistas-anunciam-descodificacao-completa-do-genoma-humano-470001>. Acesso em: 01 nov. 2021.

RUSSELL, Greg. The National. Edinburgh University expert calls for approval of embryo work. *The National*, Glasgow, 10 set. 2015. Disponível em: <https://www.thenational.scot/news/14899469.edinburgh-university-expert-calls-for-approval-of-embryo-work/>. Acesso em: 01 nov. 2021.

SOUZA, Verônica Ferreira de; LIMA, Leonardo Muniz Carvalho; REIS, Silvia Regina de Almeida; RAMALHO, Luciana Maria Pedreira; SANTOS, Jean Nunes. Células-tronco: uma breve revisão. *Revista de Ciências Médicas e Biológicas*, v. 2, n. 2, 2003. Disponível em: <https://rigs.ufba.br/index.php/cmbio/article/view/4292>. Acesso em: 01 nov. 2021.

RATZINGER, Joseph.; BOVONE, Alberto. Congregación para la doctrina de la fe. Instrucción *Donum Vitae*: sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación. *Vatican*, 22 fev. 1987. Disponível em: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19870222\\_respect-for-human-life\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html). Acesso em: 01 nov. 2021.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino. A Ética, a Bioética e os Procedimentos com Células-Tronco. *Reblampa*, v. 19, n. 2, p. 105-109, 2006.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino. O embrião perfeito. *Migalhas*, 27 ago. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264335,71043-O+embriao+perfeito>. Acesso em: 01 nov. 2021.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino. Aconselhamento genético e eugenia. *Migalhas*, 18 mar. 2018a. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276474,101048-Aconselhamento+genetico+e+eugenia>. Acesso em: 01 nov. 2021.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino. Edição genética humana. *Migalhas*, 09 dez. 2018b. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI292555,61044-Edicao+genetica+humana>. Acesso em: 01 nov. 2021.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino. A maternidade e a lei. *Migalhas*, 12 maio 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI302072,101048-A+maternidade+e+a+lei>. Acesso em: 01 nov. 2021.

WATSON, J.D.; CRICK, F.H.C. Molecular structure of nucleic acids - A structure for deoxyribose nucleic acid. *Nature*, 171, p. 737-738, 1953. Disponível em: [https://scholar.google.com/scholar\\_lookup?title=Molecular+structure+of+nucleic+acids&author=Watson+JD&author=Crick+FHC&publication\\_year=1953&journal=Nature&volume=171&pages=737-738](https://scholar.google.com/scholar_lookup?title=Molecular+structure+of+nucleic+acids&author=Watson+JD&author=Crick+FHC&publication_year=1953&journal=Nature&volume=171&pages=737-738). Acesso em: 01 nov. 2021.

**Artigo recebido em: 11/11/2021**

**Artigo aprovado em: 17/02/2022**