INCLUSÃO SOCIAL:

SERVIÇOS PÚBLICOS, POLÍTICAS PÚBLICAS, RELAÇÕES SOCIAIS, SAÚDE E BIODIVERSIDADE:

VOLUME 5

ORGANIZADORES

ILTON GARCIA DE SOUZA
GILBERTO GIACOIA
CLOVIS DERMARCHI

COORDENADORES

MARCELO ANTÔNIO THEODORO
SAMIA SAAD GALLOTTI BONAVIDES
TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR

AUTORES

ALLAN CÉSAR DE ARRUDA
BRUNNA RABELO SANTIAGO
CHRISTIANE RABELO BRITTO
DANIELLE REGINA BARTELLI VICENTINI
DÉBORA DOS SANTOS SILVA
FÁBIO SAGULA DE OLIVEIRA
FILIPE ANTÔNIO FABIANO LUQUEZ
GISELE CAVERSAN BELTRAMI MARCATO
GRAZIELLE OLIVEIRA ARAÚJO DO NASCIMENTO
ILTON GARCIA DA COSTA
ISABELA GIOVANA SCHWARZ SOARES DE NOVAES
IVANA NOBRE BERTOLAZO
JAIME DOMINGUES BRITO
JANAÍNNA DE OLIVEIRA SERRA
JORDANE MESQUITA DANTAS
LAÍSA FERNANDA CAMPIDELLI
LARISSA MEYER DE FIGUEIREDO
LEONARDO LEITE RISTOW
LETÍCIA GABRIELLA ALMEIDA
MARCO ANTÔNIO TURATTI JÚNIOR
MARCOS PAULO S. B. MERHEB
MARIA ELOIZA CRUZ
MARIZA FORDELLONE ROSA CRUZ
MATHEUS HENRIQUE DOS REIS MARTINS
MAYARA FERNANDA MORANDI RODRIGUES
PATRÍCIA MARTINS GARCIA
REGINA VERA VILLAS BÔAS
RICARDO HADDA
ROGÉRIO CANGUSSU DANTAS CACHICHI
ROGÉRIO PICCINO BRAGA
THAÍS CAROLINE LEME
THAYMINNE TEMÍSTOCLE BERGAMO
THIAGO CESAR GIAZZI
TIAGO DOMINGUES BRITO
VANESSA RUI FÁVERO

ORGANIZAÇÃO

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – UENP – EMITTE LUCEM TUAM

COORGANIZAÇÃO

unopar – BANDEIRANTES - PR

FEATI

PATROCÍNIO

FUNDAÇÃO ARAUCÁRIA – Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Paraná

COPEL

CO-PATROCÍNIO

REDIGE PRODUÇÃO EDITORIAL

FAPE – Faculdade de Presidente Epitácio

CAIXA

APOIO

JACAREZINHO - PR

OAB – JACAREZINHO - PR

ipda – Instituto Paranaense de Direito Administrativo

ORGANIZADORES

Ilton Garcia de Souza
Gilberto Giacoia
Clovis Dermarchi

COORDENADORES

Marcelo Antônio Theodoro
Samia Saad Gallotti Bonavides
Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior

AUTORES

Jaime Domingues Brito, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Tiago Domingues Brito, Jordane Mesquita Dantas, Gisele Caversan Beltrami Marcato, Thiago Cesar Giazzi, Mayara Fernanda Morandi Rodrigues, Patrícia Martins Garcia, Marcos Paulo S. B. Merheb, Ricardo Hadda, Danielle Regina Bartelli Vicentini, Ilton Garcia da Costa, Ivana Nobre Bertolazo, Thayminne Temístocle Bergamo, Fábio Sagula de Oliveira, Grazielle Oliveira Araújo do Nascimento, Christiane Rabelo Britto, Brunna Rabelo Santiago, Laísa Fernanda Campidelli, Leonardo Leite Ristow, Matheus Henrique dos Reis Martins, Maria Eloiza Cruz, Rogério Piccino Braga, Regina Vera Villas Bôas, Vanessa Rui Fávero, Janaínna de Oliveira Serra, Thaís Caroline Leme, Allan César de Arruda, Filipe Antônio Fabiano Luquez, Larissa Meyer de Figueiredo, Isabela Giovana Schwarz Soares de Novaes, Mariza Fordellone Rosa Cruz, Débora dos Santos Silva, Letícia Gabriella Almeida, Marco Antônio Turatti Júnior

INCLUSÃO SOCIAL: SERVIÇOS PÚBLICOS, POLÍTICAS PÚBLICAS, RELAÇÕES SOCIAIS, SAÚDE E BIODIVERSIDADE: SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016: VOLUME 5

1ª Edição
Bandeirantes/PR
Redige Produção Editorial

2016

2016 Ilton Garcia da Costa, Gilberto Giacoia, Clovis Dermarchi, organizadores
Direitos reservados de publicação
Redige Produção Editorial
Rua Prefeito José Mário Junqueira, n.º 149, Conj.08
Bandeirantes – PR CEP.
86.360-000

EDIÇÃO
ROGÉRIO PICCINO BRAGA

PROJETO GRÁFICO e DIAGRAMAÇÃO
SEMPREINOVE

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP) (CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO, SP, BRASIL)

Inclusão social [livro eletrônico] : serviços
públicos, políticas públicas, relações sociais,
saúde e biodiversidade : Simpósio ISO Certos
2016, volume 5 / organização Ilton Garcia da
Costa, Gilberto Giacoia, Clovis Dermarchi ;
coordenação Marcelo Antônio Theodoro, Samia Saad
Gallotti Bonavides, Teófilo Marcelo de Arêa
Leão Júnior. -- 1. ed. -- Bandeirantes : Redige
Produção Editorial, 2017.
1 Mb ; PDF

Vários autores.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-66668-16-2

1. Biodiversidade 2. Direito fundamental
3. Inclusão social 4. Políticas públicas 5. Relações
sociais 6. Saúde 7. Serviços públicos I. Costa, Ilton
Garcia da. II. Giacoia, Gilberto. III. Dermarchi,
Clovis. IV. Theodoro, Marcelo Antônio. V. Bonavides,
Samia Saad Gallotti. VI. Leão Júnior, Teófilo Marcelo
de Arêa.

17-01027 CDU-347.121

Todos os direitos autorais reservados e protegidos pela Lei 9.610, de 19.2.1998. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais é tipificada como crime no artigo 184 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940).

Os autores se responsabilizam pelo conteúdo de seus artigos, isentando a Editora e os organizadores da obra coletiva de eventuais responsabilidades oriundas da publicação

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

Conselho Científico

Prof. Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade - UFMT

Prof. Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza - UFMT

Prof. Dr. Clóvis Demarchi – Univali

Profª. Drª. Daniella Serra Castilhos - Univ. Portucalense.

Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr - Unicuritiba

Prof. Dr. Gilberto Giacoia - UENP

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS – UNIT

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP

Prof. Dr. Ivanaldo Santos - UERN

Prof. Dr. Jaime Domingues Brito - UENP

Prof. Dr. Lino Rampazzo - UNISAL

Prof. Dr. Marcelo Antonio Theodoro - UFMT

Prof. Dr. Marcio Pugliessi - PUC - SP

Prof. Dr. Paulo Nogueira da Costa – Univ. Coimbra

Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuzka - UFPR

Profª. Drª. Regina Célia Martinez - FMU - SP

Profª. Drª. Regina Vera Villas Boas - PUC –SP

Prof. Dr. Ricardo Rossetti - Metodista

Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - Dom Helder

Prof. Dr. Valter Foleto Santin - UENP

Profª. Drª. Viviane Coêlho de Séllos - Knoerr - Unicuritiba

Profª. Drª. Zélia Luiza Pierdoná - Mackenzie

CONSELHO EDITORIAL

Claudio José Amaral Bahia

Doutor em Direito do Estado - PUC-SP

Mestre em Direito - ITE-Bauru

Cristina Veloso de Castro

Pós-Doutorado em Direito e Saúde - Universidade de Messina, Itália

Doutora em Direito - ITE-Bauru

Doutora em Derecho Empresarial - Universidade de Extremadura

Fabiana Polican Ciena

Doutora em Direitos Humanos - USP

Mestre em Ciência Jurídica - Faculdade Estadual de Direto do Norte Pioneiro – FUNDINOPI

Fernando de Brito Alves

Doutor em Direito - ITE-Bauru

Mestre em Ciência Jurídica - Faculdade Estadual de Direto do Norte Pioneiro – FUNDINOPI

Flávio Luis de Oliveira

Doutor em Direito – UFPR

Mestre em Direito– UFPR

Rui Carvalho Piva

Pós-Doutorado em Direito e Saúde - Universidade de Messina, Itália

Doutor em Direito - PUC-SP

Mestre em Direito – PUC-SP

Vanessa De Biassio Mazzutti

Doutoranda em Direito – Universidade de Lisboa

Mestre em Ciência Jurídica - Faculdade Estadual de Direto do Norte Pioneiro – FUNDINOPI

SUMÁRIO

Apresentação..... 10

Prefácio..... 12

Carta de Jacarezinho..... 14

CAPÍTULO I

ABORTO NA PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN..... 16

Jaime Domingues Brito, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Tiago Domingues Brito

CAPÍTULO II

REPRODUÇÃO ASSISTIDA: UMA VISÃO PRINCIPIOLÓGICA NA BUSCA DE DECISÕES EQUÂNIMES E INCLUSIVA..... 32

Jordane Mesquita Dantas, Gisele Caversan Beltrami Marcato,

CAPÍTULO III

A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETEROLÓGICA FRENTE À COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ANONIMATO DO DOADOR E O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA..... 53

Thiago Cesar Giazzi, Mayara Fernanda Morandi Rodrigues, Patrícia Martins Garcia

CAPÍTULO IV

IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIOS..... 77

Marcos Paulo S. B. Merheb, Ricardo Haddad

CAPÍTULO V

DIREITO À EDUCAÇÃO HOSPITALAR: A INTEGRAÇÃO ENTRE EDUCAÇÃO E SAÚDE NA PROMOÇÃO DA INCLUSÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES HOSPITALIZADOS..... 100

Danielle Regina Bartelli Vicentini, Ilton Garcia da Costa, Ivana Nobre Bertolazo

CAPÍTULO VI

ASPECTOS TERAPÊUTICOS DA BIBLIOTERAPIA..... 118

Thayminne Temístocle Bergamo, Fábio Sagula de Oliveira

CAPÍTULO VII

A DOENÇA DOS INVISÍVEIS: A PRIVAÇÃO DAS LIBERDADES SUBSTANTIVAS NO ACESSO À SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA..... 148

Grazielle Oliveira Araújo do Nascimento, Christiane Rabelo Britto, Brunna Rabelo Santiago

CAPÍTULO VIII

A ATUAÇÃO DO ESTADO NO COMBATE À DESIGUALDADE: BUSCA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS..... 153

Laísa Fernanda Campidelli, Leonardo Leite Ristow, Matheus Henrique dos Reis Martins

CAPÍTULO IX

APLICABILIDADE JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA..... 168

Maria Eloiza Cruz, Rogério Piccino Braga

CAPÍTULO X

REALIDADES CONTEMPORÂNEAS DAS RELAÇÕES DE PODER: O DIREITO E A ARTE RECITADOS E ENTOADOS POR CORA CORALINA E CHICO BUARQUE DE HOLANDA..... 181

Regina Vera Villas Bôas

CAPÍTULO XI

AVANÇOS E DESAFIOS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL: INAMOVIBILIDADE E A "SÍNDROME DA RAINHA VERMELHA..... 196

Vanessa Rui Fávero, Janaínna de Oliveira serra

CAPÍTULO XII

O CADASTRO POSITIVO E OS SEUS BENEFÍCIOS AO CONSUMIDOR E FORNECEDOR..... 228

Thaís Caroline Leme, Allan César de Arruda

CAPÍTULO XIII

CENTRALIDADE DA PESSOA HUMANA VERSUS SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO..... 246

Filipe Antônio Faiano Luquez

CAPÍTULO XIV

CONTROLE POPULACIONAL DE CÃES, ATRAVÉS DA REALIZAÇÃO DE CASTRAÇÃO QUÍMICA DE MACHOS AVALIANDO-SE O CONTROLE DA DOR COM PROTOCOLO ANALGÉSICO DE DIPIRONA ASSOCIADA A DEXAMETASONA..... 266

Larissa Meyer de Figueiredo, Isabela Giovana Schwarz Soares de Novaes, Mariza Fordellone Rosa Cruz

CAPÍTULO XV

CONTROLE POPULACIONAL DE CÃES, BEM ESTAR ANIMAL E GUARDA RESPONSÁVEL, ATRAVÉS DE PARCERIAS PARA RALIZAÇÃO DE CASTRAÇÃO DE FÊMEAS A CUSTOS MÍNIMOS 271

Débora dos Santos Silva, Mariza Fodellone Rosa cruz, Larissa Meyer

CAPÍTULO XVI

O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO..... 278

Letícia Gabriella Almeida, Thiago César Giazzi, Marco Antônio Turatti Júnior

APRESENTAÇÃO

*Não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a academia para a sociedade.*Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

Depois de muitas reuniões no Grupo de pesquisa GPCERTOS e da interlocução interinstitucional com várias entidades, veio ao lume o *Simpósio Iso Certos 2016: Inclusão Social, nas fissuras do sistema, sociedade e integração*, tendo se realizado na Faculdade de Direito da UENP (dias 28 e 29 de julho) e na sede da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção de Jacarezinho (dia 30 de julho). O livro a que o leitor ora tem acesso é fruto desses intensos dias de muito trabalho acadêmico, nos quais tivemos aproximadamente 600 pessoas circulando pelo evento.

No primeiro dia do Simpósio, tivemos a belíssima demonstração de robótica, organizada por alunos do Instituto Federal do Paraná, sob a coordenação do prof. Douglas Alexandre Rodrigues. Os presentes puderam desfrutar, outrossim, da sublime apresentação musical do professor Nathan Barros Osipe. Mas não foi só. Didáticas e instigantes palestras de abertura foram levadas a efeito por intermédio dos palestrantes Dr. David José de Oliveira e Dr. Mário Sueki Sonomura, ambos da Receita Federal do Brasil. Foram tratados importantes tópicos sobre a destinação de imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas para finalidades assistenciais. As palestras despertaram muito interesse no público, que direcionaram muitas indagações aos conferencistas sobre temas práticos e atuais.

No segundo dia, contamos com 29 voluntários trabalharam arduamente na organização das mesas redondas simultâneas com 35 pessoas compartilhando conhecimentos na condição de palestrantes e debatedores. Com mais de uma centena de trabalhos submetidos, a maioria dos quais apresentados pelos autores, a propiciar plenamente o diálogo acadêmico acerca dos mais agudos problemas sociais, levando a sério a ideia de que não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a academia para a sociedade.

No último dia, além da participação especial do Juiz peruano Dr. Reyler Rodríguez Chávez, que nos legou belíssimo vídeo de saudação aos participantes do Iso Certos 2016, ainda os irmãos Ana Beatriz e André Luiz Leite fizeram belíssima apresentação musical aos presentes. Tivemos também célebre mesa redonda permeada por considerações relevantíssimas sobre a APAC como alternativa factível ao problema carcerário, sobretudo diante da APAC/JACAREZINHO já constituída na cidade sob a liderança do emérito Juiz de Direito Dr. Renato Garcia.

Digno de nota a título de um dos resultados concretos do evento foi a elaboração da "Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social", que se encontra publicada nesse volume, documento esse que no dia 8/8/2016 recebeu por aprovação unânime na Câmara Municipal de Jacarezinho a Moção de Apoio 1/2016, proposta pelo Vereador Valdir Pereira Maldonado. Aludida Carta, como bem se lê da Moção referida, constituiu um ato

concreto, um compromisso, um chamado, uma convocação para que todos da sociedade mobilizem-se em prol da inclusão social. Muitas temáticas foram tratadas, todas de fundamental importância: inclusão da vítima, do egresso do sistema carcerário, bem como da proteção da dignidade do preso; inclusão do idoso, da criança e do adolescente; inclusão da pessoa com deficiência; inclusão da pessoa em situação de pobreza extrema e à margem da proteção trabalhista; inclusão do negro, dos índios e quilombolas; inclusão da mulher e das pessoas homoafetivas; e inclusão dos refugiados. Todos os sete itens da Carta foram discutidos e aprovados nos grupos de trabalho do Simpósio no dia 29 e/ou na Plenária realizada na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção de Jacarezinho no dia 30, onde, ao término do evento, o texto final da Carta foi proclamado solenemente pelo Presidente da OAB, Dr. Jaziel Godinho de Morais. É importante no ponto que todos divulguem ao máximo esse relevante documento, a fim de que ele se espraie no tecido social sua força inclusiva, a lançar por diferentes lados e vieses um movimento social concretizador da inclusão na nossa e em todas as sociedades contemporâneas.

Por derradeiro, merece toda nossa admiração e nosso agradecimento pelo apoio a Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP/Grupo de Pesquisa GP CERTOS, a Universidade Norte do Paraná-Unopar/Bandeirantes e a Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti-Feati, sem os quais nada seria possível. Da mesma forma, é de registrar nossa gratidão à OAB/Subseção de Jacarezinho, bem como o reconhecimento imperioso do apoio da Diocese de Jacarezinho e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo-IPDA; e, por fim, àqueles que patrocinaram o evento, em especial à Fundação Araucária, à Companhia Paranaense de Energia-Copel, ao Sebrae, à Faculdade de Presidente Epitácio-Fape e à Caixa Econômica Federal.

À editora Redige, na pessoa do editor Prof. Dr. Rogerio Piccino Braga, fica o registro de nossa especial homenagem pelo esmero notável na publicação desse valioso material.

Cabe-nos, de em diante, persistir na senda da inclusão social. Apenas assim teremos uma sociedade mais justa, inclusiva e pacificadora.

Muito obrigado a todos e boa leitura!

Dr.Ilton Garcia da Costa, professor doutor da UENP, líder GP CERTOS, Coordenador Geral do Simpósio Iso Certos 2016

Dr. Jaziel Godinho de Morais, Presidente da OAB/Subseção Jacarezinho

Dr. Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Juiz Federal/Subseção Jacarezinho

Prefácio

Simpósio ISOCERTOS 2016

Inegável reconhecer, ao longo de toda evolução e progresso que foram experimentados pelo Direito, a importância de construções teóricas sólidas e dotadas de coerência e sustentação científica. Sem isso, o fenômeno jurídico correria um sério risco de não ser capaz de desempenhar a contento sua missão de protagonista no seio social, como instrumento de pacificação e distribuição da justiça.

Apesar disso, a mesma história que conduziu o Direito à sua autonomia epistemológica, dele vem exigindo mais. Não basta a robusta fundamentação teórica acerca da natureza jurídica de um sem número de institutos, quando milhões padecem por falta de cuidados básicos de saúde; é insuficiente a construção de todo um arcabouço de normas jurídicas diante de tantas crianças e adolescentes fora dos bancos escolares e caminhando a passos largos para a marginalização e ignorância; e de pouca valia são as discussões limitadas a uma nata acadêmica frente ao avanço vertiginoso da violência e intolerância contra idosos, mulheres, homossexuais e integrantes dos diversos grupos étnicos e religiosos que compõem o mosaico social brasileiro.

É preciso ir mais adiante, reforçando-se o papel fundamental do Direito na sociedade e fazendo dele o caminho para que se obtenha um dos maiores anseios atuais, por meio do qual todo o ideal constitucional de promoção da paz e da justiça, bem como de concretização dos direitos fundamentais possa, realmente, ser vivenciado: a efetiva promoção da inclusão social.

Nesse sentido, o Simpósio ISOCERTOS 2016, sensível a tal perspectiva, oportunizou profícua discussão a respeito do tema e, rompendo as bordas do ambiente acadêmico, expandiu o debate, com a parceria firmada com diversas instituições da sociedade para sua realização. Sem perder o devido rigor científico, procurou deixar um legado capaz de contribuir eficazmente na concretização da inclusão social, que se materializou nesta publicação e no belíssimo documento intitulado "Carta de Jacarezinho pela inclusão social", que conclama a todos a empreender esforços e adotar posturas destinadas a transformar a sociedade e o mundo em que vivemos.

Desse modo, a leitura das páginas da presente obra, mais do que proporcionar um enriquecimento intelectual sobre os diversos mecanismos de promoção da inclusão social, constitui verdadeira fonte de motivação para que todos que a leiam desejem, de fato, refletir e agir na conquista desse objetivo.

Mãos à obra!

Mércia Miranda Vasconcellos Cunha
Doutora em Direito pela UFPRCoordenadora do curso de Direito da FANORPIVanessa Padilha CatossiMestra em Ciência Jurídica pela UENPCoordenadora do curso de Direito da FANORPI

SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016: INCLUSÃO SOCIAL, NAS FISSURAS DO SISTEMA, SOCIEDADE E INTEGRAÇÃO

NOTA DE ESCLARECIMENTO SOBRE A CARTA DE JACAREZINHO PELA INCLUSÃO SOCIAL

Não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a academia para a sociedade.

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

O ***Simpósio Iso Certos 2016: Inclusão Social, nas fissuras do sistema, sociedade e integração***, concretizou-se em Jacarezinho entre os dias 28 a 30 de julho, sob a Coordenação-Geral do prof. Dr. Ilton Garcia da Costa e organizado pela Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP/Grupo de Pesquisa GP CERTOS, pela Universidade Norte do Paraná-Unopar/Bandeirantes e pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti-Feati em colaboração com outras entidades como OAB/Subseção de Jacarezinho, Diocese de Jacarezinho e Instituto Paranaense de Direito Administrativo-IPDA, bem como do patrocínio da Fundação Araucária, da Companhia Paranaense de Energia-Copel, da Editora Redige, do Sebrae, da Faculdade de Presidente Epitácio-Fape e da Caixa Econômica Federal.

A ***Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social*** constitui um ato concreto, um compromisso, um chamado, uma convocação para que todos da sociedade mobilizem-se em prol da inclusão social. Não representando a opinião particular de nenhuma instituição apoiadora do evento, todos os sete itens da Carta foram discutidos e democraticamente aprovados nos grupos de trabalho do Simpósio no dia 29 e/ou na Plenária realizada na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção de Jacarezinho no dia subsequente, onde, ao término do evento, o texto final da Carta foi proclamado solenemente pelo Presidente da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção Jacarezinho, Dr. Jaziel Godinho de Morais.

Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social

*Os participantes do **SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016**, reunidos na cidade de Jacarezinho, Paraná, Brasil, de 28 a 30 de julho de 2016, na Universidade Estadual Norte do Paraná e na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Jacarezinho, assumindo o dever de contribuir para inclusão social à guisa de especial obrigação de todos que pretendem conviver em democracia; reafirmando os ditames constitucionais para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, para erradicação da pobreza e da marginalização; considerando a fraternidade e a misericórdia especiais instrumentos para superação da intolerância e dos conflitos contemporâneos; tomando em conta que há de estar presente na agenda de compromissos assumidos pelo Estado brasileiro a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de quaisquer outras formas de discriminação; assumindo que a exclusão social é fator dificultador da paz e do bem-estar social; reconhecendo a existência do direito fundamental à inclusão social; tendo em mente que, fazendo parte da única família humana, constitui substrato mínimo a qualquer forma de organização social legítima o respeito pela diferença; **CONCLAMAM** todos a concretizar com coragem, divulgar com amor e estimular com firmeza as seguintes ações e boas práticas para justiça e inclusão social:*

***1.** Apoiar práticas que abram espaço às vítimas de delitos para se expressar quanto às suas necessidades em vista da completa reparação do dano causado, inclusive quanto à confiança e integridade psíquico-emocional. Sobremais, disseminar práticas sociais contrárias àquelas estigmatizantes dos egressos do sistema carcerário, a fim de que possam eles (re)integrar-se à sociedade. Da mesma forma, apoiar iniciativas que promovam o diálogo sobre o acesso à justiça criminal e a ressocialização dos presos por intermédio de métodos alternativos de solução de conflitos e ao sistema carcerário tradicional, respectivamente.*

***2.** Reafirmar a importância social da proteção especial do idoso, da criança e do adolescente na condição de elo de ligação atual entre passado e futuro da sociedade, tratando com urgência e prioridade as demandas sociais que lhes digam respeito.*

***3.** Admitir que não só a eliminação de barreiras arquitetônicas em logradouros, prédios e veículos de transporte coletivo, mas também o estabelecimento de políticas públicas de cotas para ingresso em cargos e empregos públicos, assistenciais e de incentivos fiscais constituem mecanismos de acessibilidade e inclusão social das pessoas com deficiência, atribuindo-lhes o equânime tratamento para garantir igualdade de oportunidades.*

4. *Apoiar melhor distribuição de riqueza em nosso País, notadamente em favor daqueles que vivem em situação de pobreza extrema. Apoiar a redução de tributos incidentes sobre a relação de trabalho como forma de estimular a criação de empregos sob proteção das leis trabalhistas, representativas de conquistas marcantes no processo de evolução social, econômica e jurídica do Brasil.*

5. *Apoiar políticas públicas lastreadas em ações afirmativas no combate à discriminação e na redução das desigualdades sociais em prejuízo das minorias como negros, índios e quilombolas, estimulando a preservação de culturas, tradições e crenças de todos os povos.*

6. *Promover, divulgar e apoiar práticas de inclusão da mulher e da pessoa homoafetiva com a finalidade de concretizar o princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, ambos amplamente garantidos pelo Estado de Direito Democrático Constitucional, propiciando maximizar o reconhecimento social e estatal dessas garantias, evitando as desigualdades reversas de gênero e permitindo a compreensão definitiva do humanismo do outro por toda a sociedade.*

7. *Reconhecer o caráter humanitário e social do problema dos refugiados no mundo, zelando para a devida inclusão destes nos países de asilo sem que tal inclusão implique violação ou diminuição de costumes, crenças e tradições que lhes sejam próprios. Repudiar ações de outros países tendentes à expulsão por motivo de raça, crença, nacionalidade, grupo social a que pertence ou opiniões políticas.*

CAPÍTULO I

ABORTO NA PERSPECTIVA DE RONALD DWORKIN

Jaime Domingues Brito[1]
Rogério Cangussu Dantas Cachichi[2]
Tiago Domingues Brito[3]

RESUMO: Menciona o estágio atual do debate sobre a legalização do aborto no brasil. A partir, de um lado, dos conceitos de vida, vida humana e de pessoa; e, de outro lado, dos conceitos de liberdade religiosa, privacidade, direito à autonomia procriadora, examina o tema do aborto na perspectiva de Ronald Dworkin consignada na obra *Domínio da vida*. A fim de empreender a análise sistematizada e crítica a respeito do aborto, Dworkin teoriza a partir do concreto. Uma filosofia de dentro para fora. Com essa metodologia o renomado autor examina perspectivas ultraconservadora, conservadora moderada e liberal a propósito do aborto. Ao final, o artigo apresenta rol articulado de conclusões.

PALAVRAS-CHAVE: Ética. Direito. Aborto. Dworkin.

INTRODUÇÃO

Atualidade do tema do aborto no brasil

O tema do aborto é sem dúvida polêmico. Não há como lançar alguma luz sobre ele sem o socorro dos direitos humanos fundamentais como a vida, as liberdades

[1] Mestre pela UENP e doutor em direito pela ITE. Advogado. Professor de ensino superior da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Endereço Eletrônico <jaimedbrito@hotmail.com>.
[2] Membro do Grupo de Pesquisas (GT) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP); GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (UENP); Direitos Fundamentais e a sistematização precedentalista vinculante no Brasil (UENP); e Lógica, tempo e linguagem natural (UEL); Especialista em Direito pela PUC/SP e licenciado em Filosofia pela UEL; Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR. Endereço Eletrônico: <cangussu@trf4.jus.br>.
[3] Advogado. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pelas Faculdades Integradas de Ourinhos, SP (FIO). Mestrando do Programa do Pós-graduação em Direito da Universidade Estadual de Direito do Norte do Paraná (UENP). Endereço Eletrônico < tiagodsbrito@hotmail.com>.

individuais, dentre as quais a de religião, além de fortes valores morais, religiosos e bioéticos.

O assunto também é atual. No proscênio nacional, a sociedade brasileira discute o tema do aborto, trazido à baila como ponto feraz em controvérsias na maioria dos debates do último pleito eleitoral para Presidência da República (2010). Poucos meses antes, o tema do aborto constara expressamente do Decreto Presidencial nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Diploma este que veiculou o terceiro Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH brasileiro e sofreu meses depois as alterações, inclusive quanto ao aborto, promovidas pelo Decreto Presidencial nº 7.177, de 12 de maio de 2010. A propósito, dada a polêmica ocasionada pela redação inicial do PNDH, esta foi alterada na forma abaixo consignada:

> Redação original (Decreto 7.037):
> ABORTO: ação programática "g" do objetivo estratégico III da Diretriz 9 do Eixo Orientador III: "Apoiar a aprovação do projeto de lei que descriminaliza o aborto, considerando a autonomia das mulheres para decidir sobre seus corpos."
> Redação alterada (Decreto 7.177[4]):
> ABORTO: ação programática "g" do objetivo estratégico III da Diretriz 9 do Eixo Orientador III: "Considerar o aborto como tema de saúde pública, com a garantia do acesso aos serviços de saúde." No Brasil, a legislação atual autoriza o aborto em certas circunstâncias, criminalizando-o nas demais. Segundo o Código Penal brasileiro vigente:
> Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento:
> Art.124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos.
> Aborto provocado por terceiro:
> Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos.
> Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. (...)
> Aborto lícito: necessário/ gravidez resultante de estupro:
> Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A título de conceitos fundamentais, traremos à baila dois deles: o conceito de vida (I) e o de liberdade (II). Dentro do primeiro, analisaremos temas como o início da vida, a dignidade como critério de distinção da vida humana, o conceito de pessoa humana[5]. Ao

[4] O Decreto nº 7.177, de 12/05/2010, que procedeu a algumas alterações no anexo do primeiro decreto (Decreto nº 7.037 em de 21/12/2009) foi produto das reações de alguns grupos da sociedade, notadamente religiosos contra a redação primitiva do PNDH-3.

[5] Giacoia aproxima a Justiça da dignidade da pessoa humana, anotando que "as forças sociais encontram-se em processo de contínua recomposição. É preciso que o pacto social acompanhe essa renovação. Dínamo

examinarmos o conceito de liberdade, tocaremos no ponto das limitações do poder estatal em relação às liberdades públicas dos cidadãos, especialmente no que toca à imposição estatal de interpretações morais sobre temas de cunho eminentemente religioso, a liberdade de credo e o direito à autonomia procriadora.

O objetivo aqui é apresentarmos alguma análise, sem pretensão de completude, da visão de Ronald Dworkin sobre o problema do aborto. Ao final, segue rol não exaustivo de conclusões.

1. O ABORTO NA CONCEPÇÃO DE RONALD DWORKIN

Dworkin analisa a questão do aborto à luz do sistema jurídico-político dos Estados Unidos. Os discursos são divergentes. As pessoas, segundo suas concepções sobre o aborto, poderiam enquadrar-se, na visão do filósofo, em:

- Ultraconservadores: admitem o aborto só para salvar a vida da mãe (I);
- Conservadores moderados: admitem o aborto também nos casos de estupro (II);
- Liberais: admitem o aborto também para evitar frustração da vida da criança(III) e para evitar a frustração da vida da mãe e de sua família (IV).

A fim de empreender a análise sistematizada e crítica a respeito do aborto, Dworkin teoriza a partir do concreto. *Uma filosofia de dentro para fora.* Essa é a primeira ponderação que se deve fazer quando se tem o intuito de apresentar a visão de Dworkin sobre a questão do aborto. A frase inicial já deixa claro que o objetivo de Dworkin não é

de um novo tempo, a atualização do contratualismo há que se ancorar na doutrina dos direitos humanos, ainda que considerada como nova religião civil, reescrevendo-se a história sob o signo da dignidade" (GIACÓIA, 2002, p.28). Por seu turno, Trannin, Costa e Pinto defendem a economia solidária como instrumento para inclusão social, com política pública para "minimizar as desigualdades favorecendo a inclusão social e a concretização dos direitos fundamentais sociais" (TRANNIN; COSTA; PINTO, 2015, p.130). Ademais, em especial pode ser destacado nessa busca de dignidade humana o direito à segurança pública como relacionado ao exercício do próprio direito da personalidade. Santin anota que "o direito à segurança pública enfeixa uma gama de direitos, pela sua característica de liberdade pública e até mesmo componente do direito da personalidade, por conter relações públicas e privadas, seja nas prestações estatais positivas e negativas como no respeito mútuo dos cidadãos à incolumidade e patrimônio alheios e na contribuição à preservação da ordem pública" (SANTIN, 2013, p.47).

elaborar uma teoria geral que daria as bases, como que as premissas, para solução dos casos particulares. Dworkin caminha do concreto para o abstrato, examinando questões abstratas quando necessário para dilucidar questões concretas. Ele mesmo declara:

> Quando raciocinamos de dentro para fora, as teorias são feitas sob encomenda, tendo em vista uma circunstância ou ocasião específica – sob medida, e não *prêt-à-porter*. As teorias feitas assim sob medida, e não as importadas ou vendidas por atacado, têm maiores probabilidades de sucesso no debate político. É possível que também sejam melhores para o meio acadêmico, mas esta já é uma outra história. (DWORKIN, 2009, p.39)

Interessa notar o mais cedo possível, que o tom da tese dworkiana sobre o aborto é eminentemente jurídica, embora conte com grande fundamentação moral, política, social etc. Tanto o é que o ponto nodal sobre o qual repousam suas inferências constitui na constitucionalidade ou não de os estados americanos proibirem ou dificultarem o direito ao aborto. Assunto esse já julgado em 1973 pela Suprema Corte no caso *Roe versus Wade* que, por maioria de votos (votação de sete a dois), decidiu:

- que a Constituição dos EUA garante à mulher *autonomia procriadora;*
- que, sob pena de inconstitucionalidade, os estados norte-americanos não podem proibir o aborto por nenhum motivo até os três meses de gestação;
- que, sob pena de inconstitucionalidade, os estados norte-americanos não podem proibir o aborto, mas podem *regulamentá-lo* do quarto ao sexto mês de gestação quando a saúde da mãe estiver em risco[6];
- que os estados norte-americanos podem *proibir* o aborto a partir do sexto mês de gestação.

Na visão de Dworkin:

> De um só golpe, em Washington, um tribunal de nove juízes que haviam sido nomeados e não eleitos para seus cargos, e que nem foram unânimes em sua decisão,

[6]A regulamentação, para Dworkin, não pode ser tal que inviabilize ou que torne muito caro ou dificultoso o procedimento do aborto. Segundo o filósofo: ...mesmo uma restrição que não torne o aborto praticamente impossível a ninguém, mas que o torne suficientemente caro ou difícil para impedir que uma mulher se decida a fazê-lo depois de refletir sobre o assunto, impõe um 'ônus indevido' se, em termos gerais, der a impressão de ter sido *concebido* de modo que tenha essa consequência. (DWORKIN, 2009, p. 242).

> mudara radicalmente as leis de quase todos os cinquenta estados norte-americanos." (2009, p.7).

1.1 O Conceito de Pessoa

Dworkin sustenta que Constituição americana não reconheceu o feto como pessoa e, portanto, não lhe atribuiu os direitos que ela prevê aos cidadãos. A partir daí Dworkin questiona se os Estados poderiam mediante lei declarar que o feto é uma pessoa e, a partir de então, determinar, na condição de pessoa, que o feto tivesse a possibilidade de usufruir dos direitos constitucionais. Na análise de Dworkin, que parte do princípio de supremacia da constituição, a lei não pode reduzir direitos dos cidadãos previstos pela Constituição; não pode fazê-lo quer suprimindo ou reduzindo tais direitos(I), quer multiplicando entes com iguais direitos a fim de concorrerem com pessoas genuinamente constitucionais(II).

Diz Dworkin que, desde a décima quarta emenda, a Constituição americana havia determinação constitucional para que os estados não negassem *igual proteção da lei às pessoas constitucionais*. Assim, se em alguma das muitas manifestações do Supremo Tribunal a propósito da questão do aborto, este Tribunal tivesse dito que o feto é uma pessoa constitucional, então a questão estaria solvida, o debate teria obtido um final. Nas palavras de Dworkin: “e tivesse decidido que o feto é, como poderíamos dizer, uma pessoa 'constitucional', tal decisão teria representado o fim do debate; a própria constituição determina que os estados devem proteger por igual todas as pessoas constitucionais" (DWORKIN, 2009, p. 151).

Infere-se da análise dos precedentes jurisprudenciais da Suprema Corte, destarte, que o feto não constitui pessoa constitucional na história das decisões judiciais americanas. Em outras palavras, os precedentes das Cortes dos Estados Unidos no passado nunca consideraram fetos pessoa constitucionais. Para Dworkin: “se o feto é uma pessoa constitucional, então os Estados não apenas podem proibir o aborto, mas *devem* proibi-lo em algumas circunstâncias" (DWORKIN, 2009, p.152, destaquei).

Sendo assim, sucede que os estados não podem erigir o feto na condição de pessoa para possibilitar que o feto, agora dotado de direitos inerentes a esta condição, concorra com àqueles que detenham os mesmos direitos, porém por força da própria Constituição.

Tal se dá porque "sem dúvida, os direitos constitucionais de qualquer pessoa são muito afetados por quem mais - ou pelo que mais- se considere ter os mesmos direitos, uma vez que estes concorrem ou conflitam com os direitos da pessoa em questão" (DWORKIN, 2009, p.158).

Tal significa, em resumo, que ao legislador infraconstitucional é vedado criar novas pessoas com a finalidade de lhes atribuir direitos que possam concorrer com os direitos previamente estabelecidos na constituição das pessoas originalmente constitucionais. Dworkin fornece-nos um exemplo muito elucidativo nesta passagem: "se um estado pudesse não apenas criar empresas como pessoas jurídicas, mas também, conceder-lhes o direito ao voto, poderia prejudicar o direito constitucional ao voto das pessoas comuns, pois o voto das empresas diminuiria o voto dos indivíduos"(DWORKIN, 2009, p.158). Conclui, portanto, Dworkin: "um estado norte-americano não tem o poder constitucional de declarar que o feto é uma pessoa ou de proteger seus interesses à custa dos direitos constitucionais de seus cidadãos" (DWORKIN, 2009, p.160)[7].

É de notar, portanto, que o conceito de pessoa para Dworkin se trata de um *conceito jurídico, não moral*. Justamente em razão disso, por pessoa deve ser considerado na linguagem de Dworkin um *plexo de direitos e deveres*. Nesta senda, é que se pode falar inclusive em pessoa jurídica, pessoa física. Como diz Dworkin:

> A declaração de que as empresas são pessoas é uma espécie de códigos para descrever uma complexa rede de direitos e deveres, e, enquanto os estados não usarem esse código para diminuir ou deturpar os direitos constitucionais, não poderá haver nenhuma objeção constitucional. (DWORKIN, 2009, p.157)

Como se verá a seguir, é premissa para todo raciocínio desenvolvido por Dworkin não considerar o feto como uma pessoa constitucional, segundo Dworkin:

> Se o feto fosse reconhecido pela constituição como uma pessoa com direitos - uma pessoa no sentido em que o afirma a cláusula de igual proteção ao declarar que as 'pessoas' devem ser tratadas como iguais-, então não haveria dúvida de que em quase todas as circunstâncias, os estados teriam uma razão inexorável para proibir o aborto - na verdade, ao menos em algumas circunstâncias deveriam proibir" (DWORKIN, 2009, p.162).

[7] Note-se, entretanto, que Dworkin não diz que os estados não podem declarar o feto como pessoa, podem fazê-lo, porém, *não como forma de atribuir a este feto direitos que concorram com as pessoas legitimamente constitucionais*.

Do que ficou escrito, observa-se que Dworkin não poderia assumir outra que não a concepção empírico-psicológica, porquanto esta, nas palavras de Bellino, é aquela que reconhece ao ente o predicado de pessoa a partir dos "atos, através dos quais se expressa a personalidade humana, como a racionalidade, a consciência, o ter prazer e dor, a determinação do ser pessoal" (BELLINO, 1997, p.124)[8].

Dworkin, de fato, não admite que fetos tenham interesses e direitos próprios como qualquer pessoa humana. Para alguns, com os quais não concorda Dworkin, "...o aborto é errado já em princípio por violar o direito de alguém a não ser morto, assim como matar um adulto é normalmente errado por violar seu direito a que não o matem" (DWORKIN, 2009, p.13). Essa concepção de que o feto tem interesses próprios foi rechaçada por Dworkin, sob o fundamento de que ele é *senciente*. Dworkin não concorda, pois, que "um minúsculo conjunto de células recém-implantadas no útero, ainda sem órgãos, cérebro ou sistema nervoso, já seja alguma coisa que tem interesses e direitos" (DWORKIN, 2009, p. 15)[9]. Eis, pois, a mais rematada demonstração de que Dworkin é adepto da noção empírico-psicológica de pessoa.

1.2 Conservadores e liberais: pontos convergentes

Dworkin demonstrará os pressupostos convergentes na base dos discursos anti e pró-aborto. O primeiro deles reside na constatação de que todos aqueles que discutem o aborto – *ainda que neguem isso* – o fazem a partir da perspectiva de que o aborto é moralmente condenável não porque o feto possua interesses próprios (o que Dworkin chamou de *fundamento derivativo*), senão porque a vida humana é sagrada (inviolável[10]),

[8]Diversa é a concepção ontológica "que faz o valor da pessoa provir não de seus atos, ou de algumas modalidades psicológica e empíricas, mas da própria estrutura ontológica do homem. Nesta perspectiva o valor da pessoa é contextual a seu ser" (BELLINO, 1997, p.124).

[9] Não seria de todo desprezível, ao revés quiçá bem aceitável, a concepção de interesses e direitos não pressupõe a consciência deles, tampouco a autoconsciência de seu portador.

[10] Comentando Dworkin, Dall'Agnol escreve: "Na verdade, ele [Dworkin] sugere que os termos 'inviolável' e 'santidade' possuem o mesmo sentido (1994, p.73). Quer dizer, quando alguém diz que a vida possui valor intrínseco, está querendo dizer que ela é inviolável, isto é, valiosa em si mesma" (2004, p.160, esclareci entre colchetes).

possui valor intrínseco e inato (*fundamento independente*). Em outras palavras, é pressuposto para o discurso pró e contra aborto que a vida humana é sagrada, não que o feto tenha interesses próprios.

Para Dworkin algumas coisas possuem valor intrínseco: "alguns fatos ou objetos são valiosos em si e por si próprios" (DWORKIN, 2009, p.97). A ideia de que algo possa ter valor em si e por si mesmo é extraída por Dworkin do senso comum:

> Muito do que pensamos sobre o conhecimento, a experiência, a arte e a natureza, por exemplo, pressupõe que, de diferentes maneiras, tais coisas sejam valiosas por si mesmas, e não apenas por sua utilidade ou pelo prazer ou satisfação que nos trazem. A ideia de valor intrínseco é um lugar-comum e ocupa posição central em nosso esquema comum de valores e opiniões. (DWORKIN, 2009, p. 97)

Assim, "uma coisa é intrinsecamente valiosa...se seu valor for *independente* daquilo que as pessoas apreciam, desejam ou necessitam, ou do que é bom para elas" (DWORKIN, 2009, p. 99).

Com efeito, "acreditamos ser *intrinsecamente* lamentável que a vida humana, uma vez iniciada, tenha um fim prematuro." (DWORKIN, 2009, p. 96). Linhas a frente prossegue o filósofo: "Pensamos o mesmo sobre o aborto: que às vezes é condenável não por violar os direitos de um feto ou prejudicar seus interesses, mas apesar de o feto não ter nenhum direito a ou interesses em serem violados" (DWORKIN, 2009, p. 96).

Dworkin, ao tempo que admite a existência de coisas intrinsecamente valiosas, não deixa de expor uma distinção entre elas: (I)coisas incrementalmente valiosas; (II)coisas não incrementalmente valiosas. Para Dworkin tal distinção é crucial: "Devemos chamar a atenção para uma nova e crucial distinção: aquela que se dá entre o que valorizamos incrementalmente – aquilo de que queremos mais, pouco importando o quando já tenhamos – e aquilo que só valorizamos quando já existe." (DWORKIN, 2009, p. 102).

Exemplo de algo incrementalmente valioso seria o conhecimento: quanto mais temos, mas queremos ter; de outro lado, a vida humana constitui modelo de algo não incrementalmente valioso. Vejamos o que diz Dworkin:

> Algumas coisas são valiosas não apenas intrinsecamente, mas também incrementalmente. Tendemos a tratar desse modo o conhecimento, por exemplo. Nossa cultura quer saber sobre arqueologia, cosmologia e galáxias a muitos milhões de anos-luz de distância – ainda que seja mais provável que muito pouco desse

> conhecimento possa ter alguma utilidade prática, e queremos saber o máximo possível sobre todas essas coisas. Não é assim, porém, que valorizamos a vida humana, que tratamos como sagrada e inviolável. (DWORKIN, 2009, p. 102)

Mas, então, qual seria o ponto de distinção entre o intrinsecamente valioso (sagrado) e o incrementalmente valioso? Dworkin responde: "O traço distintivo entre o sagrado e o incrementalmente valioso é o fato de o sagrado ser intrinsecamente valioso porque – e, portanto, apenas quando – existe" (DWORKIN, 2009, p. 102).

Se assim é, então "não é importante que existam mais pessoas. Mas, uma vez que uma vida humana tenha começado, é muito importante que floresça e não se perca" (DWORKIN, 2009, p. 102). Note-se, por conseguinte, que não considerar o feto como pessoa é realmente pressuposto para todo o edifício teórico de Dworkin.

Outro ponto em relação ao qual há consenso entre os que disputam a questão do aborto consiste na ideia de que deploramos o aborto pela frustração que ele acarreta, e não pela simples perda da vida humana. Essa ideia de frustração, para Dworkin, é a responsável pela conclusão de que, quer para conservadores quer para liberais, o aborto pode ser condenável. Noutros dizeres, não deploramos a perda da vida humana por aquilo que ela seria, mas pela perda do investimento criativo que nela se fez e pela frustração (quebra de expectativa) que advém do que ela haveria ser à vista desse investimento. Dizendo o mesmo de forma diversa, o que torna lastimável a perda de uma vida humana é a *frustração pela não ocorrência das expectativas de vida em vista do investimento nela efetuado*. É o que Dworkin chamou de *a métrica do desrespeito* (cf. DWORKIN, 2009, p. 117).

Daí a razão pela qual entendemos com Dworkin menos pior o aborto no primeiro trimestre do que no segundo; no segundo do que no terceiro. A ideia de frustração também visa melhor justificar opções morais de priorização: a vida da mãe à do feto; a do jovem à do velho.

Segundo Dworkin:

> Quão lamentável isso é, porém – o tamanho da frustração -, depende da fase da vida em que ocorre, pois a frustração é maior se a morte ocorrer depois que a pessoa tiver feito um investimento pessoal significativo em sua própria vida, e menor se ocorrer depois que algum investimento tiver sido substancialmente concretizado, ou tão substancialmente concretizado quanto poderia ter sido. (DWORKIN, 2009, p. 122)

Nesses termos encontramos, ainda, uma boa explicação para a utilização de contraceptivos, pois não existe frustração pela não concepção, já que nenhum investimento natural foi realizado. Como revela Dworkin: "...a ideia de que deploramos a frustração da vida, e não a sua mera ausência, parece ajustar-se bem a nossas convicções gerais sobre a vida, a morte e a tragédia" (DWORKIN, 2009, p. 123).

1.3 Conservadores e liberais: pontos divergentes

Dworkin estipula dois tipos de investimento criativo, a saber, (I)investimento biológico-natural; (II)investimento humano-pessoal. O primeiro liga-se ao desenvolvimento do ser humano sob o aspecto biológico, da união dos gametas para formação do ovo ou zigoto (primeira célula do novo indivíduo) até o nascimento, a partir do que o investimento biológico-natural mescla-se com o humano-pessoal, a promover o indivíduo adulto e assim avante até a morte.

Repise-se que a morte prematura causa frustração pela perda das expectativas geradas pelo investimento criativo até então feito naquele indivíduo. Divergem conservadores e liberais na medida em que enfatizam mais ou menos um tipo de investimento em detrimento do outro. Assim, conservadores: ênfase no investimento biológico-natural; liberais: ênfase no investimento humano-pessoal. Dworkin explica:

> A opinião conservadora radical tem por base a convicção de que a morte imediata é inevitavelmente uma frustração mais grave do que qualquer opção que adie a morte, mesmo ao custo de uma maior frustração em outros aspectos. Segundo a mesma hipótese, o ponto de vista liberal tem por base a convicção oposta: a de que em alguns casos, ao menos, a opção pela morte prematura minimiza a frustração da vida, não sendo, portanto, uma atenuação do princípio de que a vida humana é sagrada, mas sim a opção que mais respeita esse princípio. (DWORKIN, 2009, p. 125)

Destarte, a despeito de não se admitir que as posições conservadoras e liberais sejam puras ou extremas no sentido de optar só pelo investimento biológico-natural ou humano-criativo (DWORKIN, 2009, p. 129), é na preponderância de ora um ora outro que Dworkin pretende, com êxito, compreender a diversidade de opiniões sobre o aborto:

> Podemos entender melhor toda a diversidade de opiniões sobre o aborto, das mais conservadoras às mais liberais, se colocarmos cada opinião sobre a gravidade relativa das duas formas de frustração em uma escala que vai de um aposição extrema à outra – desde tratar qualquer frustração do investimento biológico como algo pior que qualquer frustração possível do investimento humano até – passando por pontos de vista mais moderados e complexos – a opinião de que frustrar o mero investimento

> biológico na vida humana praticamente não tem importância alguma, e que frustrar um investimento humano é sempre pior. (DWORKIN, 2009, p. 126).

1.4 A QUESTÃO CRUCIAL DA CONTROVÉRSIA CONSTITUCIONAL

Para Dworkin, em que pese pressupor que o feto não é uma pessoa constitucional, o problema nodal do caso *Roe versus Wade* reside no conflito entre o Poder Estatal e a liberdade dos indivíduos de controlar seu corpo quanto a procriação. Nas palavras do filósofo:

> A questão crucial da controvérsia constitucional não consistem em saber se o feto é ou não uma pessoa de acordo com o significado da Constituição; consiste, na verdade, em saber se os estados têm um poder legítimo de ditar o modo como os cidadãos devem respeitar o valor inerente à vida. (DWORKIN, 2009, p. 235)

Dworkin sustenta que o verdadeiro motivo pelo qual o aborto poderia ser tido – e é em certas circunstância - condenável moralmente consiste na violação do valor intrínseco da vida humana – que ele chama de sagrado, no sentido de inviolável. Defende Dworkin, então, que as concepções sobre a inviolabilidade da vida humana, sua sagração, são valores religiosos e morais que não podem ser impostos pelo Estado, sob pena de violação do devido processo legal em sentido substancial (violação da liberdade religiosa). Essa questão devem ficar necessariamente a cargo da consciência individual. Assim, parece evidente que o Estado não pode impor uma religião coletiva justamente porque a Constituição norte-americana garante a liberdade de religião. Em síntese, para Dworkin, se o feto não é uma pessoa constitucional, considerar o feto como pessoa implica uma concepção religiosa, moral. Na visão de Dworkin se o estado proibisse o aborto, ele estaria "impondo uma religião coletiva" (DWORKIN, 2009, p.226).

Das acepções do que se pode entender por privacidade[11], interessa-nos aqui, dada a utilidade, aquela que cuida do direito à soberania de decisões pessoais. Para Dworkin:

[11] Dworkin destaca três tipos de privacidade: territorial, de confidencialidade, de soberania no que tange a decisões pessoais: "A privacidade é, às vezes, territorial: as pessoas têm direito à privacidade em sentido territorial quando é legítimo que façam o que desejam em um espaço demarcado – dentro de suas próprias casas, por exemplo. Às vezes, a privacidade é uma questão de confidencialidade: dizemos que as pessoas podem manter suas convicções políticas na esfera privada, querendo com isso dizer que não precisam

"É absolutamente crucial, não apenas para os Estados Unidos, mas para qualquer nação que preze a liberdade, a questão de saber em que medida um governo pode legitimamente impor a seus cidadãos juízos coletivos sobre questões espirituais." (DWORKIN, 2009, p. 240).

Ademais, Dworkin traz à baila o princípio da autonomia da procriação. Uma mulher grávida tem o direito constitucional específico de controlar o uso de seu próprio corpo para reprodução? Com base nesse postulado, julgados da Suprema Corte americana declararam a impossibilidade de os estados proibirem venda de anticoncepcionais.O princípio da autonomia procriadora denota que as pessoas individualmente consideradas têm a liberdade de dispor do seu corpo para fins de procriação, o que inclui a utilização de contraceptivos, por exemplo. Para Dworkin "o direito da autonomia procriadora decorre de qualquer interpretação competente da cláusula de processo legal justa e das sentenças anteriores ao tribunal que o tenha aplicado" (DWORKIN, 2009, p.223).

Quer Dworkin significar que os precedentes das cortes norte-americanas a respeito do princípio da privacidade, do direito à contracepção e ao aborto são agrupadas de modo a propiciar um reconhecimento de um princípio maior de autonomia procriadora (DWORKIN, 2009, p. 220). Com efeito, o segundo passo da argumentação de Dworkin é reconhecer, portanto, que existe na Constituição um direito à liberdade de autonomia da procriação e que, se o feto não pode ser considerado uma pessoa constitucional, seu direito à vida não pode ser oponível a essa liberdade de autonomia de auto procriação pelo menos os seis meses de gestação, conforme precedente do caso *Roe versus Wade*.

De outro lado, versando sobre as limitações do estado diante dos direitos individuais, descreve Dworkin o sistema americano: "Os norte-americanos têm o direito constitucional de que o governo não infrinja certas liberdades pessoais quando atua de modo a garantir um valor intrínseco" (DWORKIN, 2009, p.220).Ora, se a mulher tem autonomia constitucional (liberdade pública negativa) para decidir sobre a procriação, então os estados apenas poderiam limitar tal liberdade por uma razão inexorável. A sagração (inviolabilidade) da vida humana seria uma razão inexorável para isso? Não, os

revelar em quem votaram. Às vezes, porém, a privacidade significa algo diferente de qualquer desses sentidos: significa soberania quanto a decisões pessoais" (DWORKIN, 2009, p. 74).

estados podem legislar para proteger valores intrínsecos (DWORKIN, 2009, p.209), *mas não sobre o aborto*, porque:

> Um estado não pode restringir a liberdade a fim de proteger tal valor [um valor intrínseco qualquer, inclusive o da vida humana] quando o efeito sobre um grupo de cidadãos for especialmente grave, quando a comunidade estiver seriamente dividida a respeito do que o respeito por esse valor exige e quando opiniões das pessoas sobre a natureza desse valor refletirem convicções essencialmente religiosas que são fundamentais para uma personalidade moral. (DWORKIN, 2009, p. 220, esclareci entre colchetes)

Segundo Dworkin, a primeira emenda à Constituição americana proíbe que o estado imponha aquilo que as pessoas deveriam pensar sobre o significado e o valor últimos da vida humana: "...a um estado não compete prescrever o que as pessoas deveriam pensar sobre o significado e o valor últimos da vida humana, sobre por que a vida tem importância intrínseca, sobre como esse valor é respeitado ou desonrado em diferentes circunstâncias" (DWORKIN, 2009, p. 230).Se o Estado tem o direito de decidir pela mãe abortar ou não abortar, então teríamos de admitir que esse mesmo Estado estaria livre para determinar o aborto caso concluísse que o nascimento da criança violaria a inviolabilidade da vida humana. Nas palavras de Dworkin:

> Seria intolerável que um estado exigisse o aborto para impedir o nascimento de uma criança deformada. (...) Contudo, a razão disso se aplica exatamente com a mesma força na direção contrária, pois nega a uma mulher grávida o direito de decidir por si mesma o que a santidade da vida exija que ela faça de sua própria gravidez. Um estado insulta com igual violência a dignidade de uma mulher grávida quando a força a fazer a escolha oposta. (DWORKIN, 2009, p.223)

Na visão de Dworkin, a conclusão que se pode sacar da posição da Suprema Corte é a de que existe um direito constitucional ao aborto nos Estados Unidos ao menos até a revogação da decisão no caso *Roe versus Wade* (DWORKIN, 2009, p. 241).

CONCLUSÃO

Do quanto restou escrito, cabe-nos, antes de pôr cobro à tarefa a que nos propusemos, apresentar em forma de enxuto rol este elenco de principais conclusões: as pessoas, de acordo com suas opiniões sobre o aborto, podem ser divididas em ultraconservadoras, conservadoras moderadas e liberais

1ª conclusão: Dworkin trabalha a partir da realidade concreta para, mediante generalização, elaborar uma teoria sob medida;

2ª conclusão: Aborto é a ocisão provocada ou espontânea da vida humana intrauterina;

3ª conclusão: O feto não é pessoa constitucional;

4ª conclusão: São pressuposto da argumentação de Dworkin que a proposição acima seja verdadeira no sistema jurídico norte-americano;

5ª conclusão: Os estados não podem, mediante legislação infraconstitucional, conceder ao feto o *status* de *pessoa* quando essa condição atingir direitos de pessoas genuinamente constitucionais;

6ª conclusão: A noção de Dworkin sobre pessoa é uma concepção jurídica vinculada à tradição empírico-psicológica;

7ª conclusão: O aborto seria moralmente condenável por conta da sagração da vida humana, independentemente de ser ou não pessoa o feto;

8ª conclusão: A vida humana possui valor intrínseco, mas não incremental;

9ª conclusão: Deploramos a perda da vida humana pela frustração das expectativas oriundas do investimento criativo nela efetuado;

10ª conclusão: Conservadores e liberais divergem na ênfase que dão ora no investimento biológico-natural (conservadores); ora no investimento humano-pessoal (liberais);

11ª conclusão: Ao indivíduo, não ao Estado, cabe a decisão a respeito de procriar ou não, incluindo o direito ao aborto, constitucional que é, já que albergado pelo devido processo legal substancial do qual se extrai o direito à privacidade, à liberdade de religião, à autonomia de procriar;

12ª conclusão: O Estado não pode impor coletivamente valores morais, quando estes são extremamente controvertidos e possam afetar gravemente a vida dos cidadãos.

Enfim, podemos salientar com Dall'Agnol que "o trabalho de Dworkin é importante não apenas porque trata de questões bioéticas a partir do valor intrínseco da

vida, mas também porque discute temas muito próximos ao principialismo tais como a autonomia e a beneficência" (2004, p.157). As questões tratadas por Dworkin, entretanto, mantêm-se controvertidas. O próprio Dall'Agnol põe em xeque a concepção dworkiana de valor intrínseco da vida, reputando-a "difícil de ser sustentada" (2004, p.164). Entrementes, a continuidade do debate, prenhe dessas e de outras críticas, das quais a relevância não se duvida, merece o devido e pormenorizado tratamento em sede apropriada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELLINO, Francesco. **Fundamento da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais**. Bauru,SP: Edusc, 1997.300p.

COSTA, Ilton Garcia da; TRANNIN, Alexandre Alberto; PINTO, Taís Caroline. **A política pública de economia solidária como instrumento para contribuir com a inclusão social por meio do direito fundamental ao trabalho.**In: COSTA, Ilton Garcia da; SANTIN, Valter Foleto (orgs.). Organizações sociais: efetivações e inclusão social. São Paulo: Verbatim, 2015.

Dall'Agnol, Darlei. **Bioética: princípios morais e aplicações.** Rio: DP&A, 2004.

DUTRA, Delamar José Volpato. **A teoria discursiva da aplicação do direito: o modelo de Habermas.** VERITAS. Porto Alegre v. 51 n. 1 Março 2006 p. 18-41.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais.**Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. téc. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

GIACOIA, Gilberto. **Justiça e Dignidade**. Argumenta (FUNDINOPI), Jacarezinho, v. 2, n.1, p. 11-31, 2002.

MINGATI, Vinícius Secafen; GOES, Winnicius Pereira de e COSTA, Ilton Garcia da. **O aborto do feto anencefálico e a questão constitucional**. Rev. bras. crescimento desenvolv. Hum. [Online]. 2012, vol.22, n.2, pp. 133-141. ISSN 0104-1282.

SANTIN, Valter Foleto. **Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço de prevenção e repressão ao crime.** 2. ed., São Paulo: Verbatim, 2013.

SINGER, Peter. **Ética Prática**: Trad. Jefferson Luis Camargo. 3º Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

CAPÍTULO II

REPRODUÇÃO ASSISTIDA: UMA VISÃO PRINCIPIOLÓGICA NA BUSCA DE DECISÕES EQUÂNIMES E INCLUSIVAS

Jordane Mesquita DANTAS[12]
Gisele Caversan Beltrami, MARCATO[13]

GT5 INCLUSÃO SOCIAL – Serviços e Políticas Públicas, Relações sociais, Bioética, Saúde privada e pública, Enfermagem, Medicina Veterinária, Alimentação, Regulação e resolução de conflitos.

RESUMO: O homem, através da ciência genética, passa a interferir de forma significativa na vida humana, ensejando soluções para as diversas anomalias genéticas causadoras da infertilidade e da esterilidade humana, gerando com isso diversas questões críticas de ordem moral e ética que impulsionaram a presente pesquisa. No que tange a esterilidade e a infertilidade, embora possuam denominações diferentes no campo da ciência médica, o presente trabalho visa tratá-las com uma denominação apenas, a infertilidade, propondo uma melhor compreensão jurídica do trabalho. O anseio pelos tratamentos da infertilidade impulsionou as pesquisas e os consequentes avanços tecnológicos, fazendo-se indispensável à presença do biodireito, que juntamente com a bioética, limitam e regulam as ações oriundas da ascensão científica e os seus reflexos na vida social, de modo a preservar direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna e mantendo a disciplina do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o presente trabalho visa fundamentar a utilização da reprodução assistida como mecanismo de solução para a infertilidade através de uma visão principiológica.

[12] Discente do 4º ano do curso de Direito do Centro Universitário "Antonio Eufrásio de Toledo" de Presidente Prudente. Jordanedantas@hotmail.com
[13] Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, na linha de pesquisa "Estado e Responsabilidade – questões críticas. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Professora de Direito Processual Civil e Prática Civil pela mesma Instituição de Ensino Superior.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução Humana. Princípio da dignidade humana. Princípio da igualdade. Princípio do planejamento familiar. Princípio da afetividade.

INTRODUÇÃO

A infertilidade e a busca pela sua cura são temas recorrentes na vida social, e como forma de solucionar essa impossibilidade de procriação, as pesquisas e técnicas científicas se debruçaram na presente temático ao longo dos tempos. Com os avanços tecnológicos várias técnicas de reprodução humana surgiram e com elas questões críticas envolvendo a ética e a moral, fazendo-se necessário uma regulamentação legal a respeito. É nesse aspecto que se pauta o presente trabalho.

Até o século XVII, em razão da cultura religiosa e patriarcal, quando um casal fosse incapaz de gerar filhos, a infertilidade era totalmente atribuída ao sexo feminino e geralmente relacionada a um castigo de Deus, pois, a mulher, ser inferior ao homem, era considerada impura de forma que apenas seria salva de seus pecados quando gerasse seus filhos.

A infertilidade masculina tampouco era conhecida, a impossibilidade de gerar filhos, por muitos anos, foi considerada uma maldição atribuída somente a mulher, fato desmascarado pelo estudante de medicina Johan Han Van Arnheim, em 1677, quando observou pela primeira vez um espermatozoide humano com o auxílio de um microscópio improvisado, mudando toda a estrutura do espermatozoide imaginada até então, concluindo que a infertilidade também poderia decorrer de anomalias masculinas.

A infertilidade feminina pode decorrer de diversos fatores, como é o caso da gravidez tardia ocasionada pela síndrome da mulher moderna que tem buscado pela ascensão profissional e pelo crescimento pessoal antes de pensar em formar uma família, ou ainda por fatores hormonais como a endometriose, a malformação do útero, os miomas uterinos, entre outros. Os homens por sua vez, podem ser acometidos de anomalias como a apernia, que significa a ausência de ejaculação, e a varicocele, dilatação das veias escrotais. Há ainda as hipóteses onde não é possível detectar a proveniência da anomalia, sendo a infertilidade atribuída ao casal, como é o caso da infertilidade sem causa aparente.

Importante destacar que a infertilidade e a esterilidade, de acordo com a ciência médica, são denominações diferentes, mas denotam um sentido semelhante. Esta se refere

aos casais que não podem nem mesmo gerar um filho, ou seja, são incapazes de iniciar um processo de gravidez, ou por disfunções hormonais, ou até mesmo pela esterilidade voluntária, causada pelo uso de métodos anticoncepcionais. Aquela se refere à hipótese de casais cuja capacidade de concepção é existente, entretanto, não possuem capacidade de desenvolver a gravidez de forma sadia, gerando um novo ser, onde o nascimento não será provável.

A incapacidade de gerar filhos não acarreta angústias apenas para o infértil, e sim ao casal que frustrados, veem o sonho de consolidar a família com a concepção de um herdeiro desaparecer, interrompendo outros variados sonhos e refletindo até mesmo em psicopatologias como a depressão e ansiedade. Surge a ciência em busca de tratamentos e técnicas que visem melhorar a qualidade de vida humana, dando aos inférteis a possibilidade de conceberem seus filhos através da inseminação artificial, da fertilização *in vitro*, entre outras.

Com avanço da ciência no todo, se fez necessária à criação de uma ciência jurídica derivada do direito público, que juntamente com a bioética, pudesse limitar e regular as ações oriundas da ascensão científica para que esta não interfira demasiadamente na vida social, evitando assim que a pessoa humana e, principalmente, seus direitos fundamentais sejam prejudicados.

Diante disso, levanta-se a seguinte problematização: Os princípios esculpidos no ordenamento jurídico brasileiro abalizam o uso da reprodução assistida de maneira ética, moral e atendendo aos ditames da Constituição Federal?

Nesse aspecto, a pesquisa objetiva analisar os princípios que possam fundamentar a prática da reprodução assistida de maneira eficaz e em consonância com os valores fundantes da Constituição Federal.

Justifica-se a presente pesquisa pelo reflexo social da temática esculpida nesse estudo, bem como pela atual importância do instituto do biodireito. O biodireito abrange assuntos como as técnicas de reprodução humana, a gestação substutiva, o transplante de órgãos e tecidos humanos e até mesmo as cirurgias de redesignação sexual. O biodireito é conexo ao direito constitucional, tenta junto a ele preservar os direitos e princípios fundamentais da pessoa humana, ao direito civil por meio das discussões acerca dos direitos do embrião e do nascituro, e ao direito penal trabalhando a respeito da ilegalidade de alguns atos e até mesmo punindo-os como no caso do aborto.

A importância do biodireito está expressa na Constituição Federal em seu Artigo 225, §1º, II, preceituando que ao Poder Público incube preservar e fiscalizar a integridade do patrimônio genético no país, garantindo assim o direito ao meio ambiente sadio e de qualidade.

As técnicas de reprodução humana assistida são os meios pelos quais casais heterossexuais inférteis, casais homossexuais e pessoas solteiras buscam para materializar o sonho da paternidade, devendo o Estado tomar todas as medidas possíveis e adequadas visando assegurar a ordem pública e a paz social, evitando que haja a violação de direitos e princípios fundamentais da pessoa humana.

Para o referido estudo, o caminho percorrido foi o da dedução. Onde a hipótese explicativa foi a da necessidade de previsão jurídica acerca das técnicas científicas de reprodução como forma de regulamentar uma prática científica que apresenta importante reflexos na vida social atual.

1. UMA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA EM BUSCA DE SOLUÇÕES EQUÂNIMES E INCLUSIVAS

De tudo o que foi exposto acerca da importância da regulamentação jurídica das técnicas de reprodução assistida, dado os reflexos sociais atuais, é de suma necessidade a análise dos princípios esculpidos no ordenamento jurídico brasileiro que vislumbram tais questões. Trata-se de previsões legais amplas e abrangentes que de forma flexível apresentam respostas aos mais variados problemas possíveis.

Os princípios cumprem fundamental função dentro de um ordenamento jurídico, devem ser utilizados pelos magistrados na formulação de sua convicção e aplicação de juízos de valores em casos de lacuna para a solução de casos difíceis.

Segundo Dworkin (2007, p.36) o princípio é um "padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade".

É nos princípios que se pode encontrar uma guisa norteadora para que se chegue a decisões vinculadas a moral, a ética e a equidade, afastando-se de decisões arbitrarias e discricionárias.

Nesse sentido Alexy (2007, p. 64) preleciona que:

> Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas. Princípios são, por conseguinte, mandados de otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus diferentes. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas. Estas são, além de regras, determinadas essencialmente por princípios em sentido contrário. As colisões de direitos fundamentais supra descritas devem, segundo a teoria dos princípios, ser designadas como colisões de princípios. O procedimento para a solução de colisão de princípios é a ponderação. Princípios e ponderação são dois lados do mesmo objeto. Um é o tipo teórico normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente um litígio sobre ponderação.

É possível, portanto, concluir que em casos mais delicados envolvendo valores éticos e moral será nos princípios que se encontrarão parâmetros de soluções justas.

A seguir analisam-se alguns desses princípios.

2 PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE HUMANA

O avanço tecnológico e científico acerca das reproduções humanas assistidas refletiu na necessidade de um balanceamento entre os benefícios por elas oferecidos e os danos que poderão vir a causar, controlando o avanço desenfreado da utilização de técnicas assistidas, que está deixando de ser omissa e se tornando parte fundamental do cotidiano.

Nesse diapasão, nota-se a importância dos princípios fundamentais que possuem como forte característica a proteção dos direitos e garantias do ser humano, buscando frear a inserção de procedimentos científicos na esfera individual do homem, pois, se assim não for, essa inserção exagerada da ciência fará com que nada mais possa ser feito, a não ser remediar futuros problemas.

A ciência genética deve estar simétrica à dignidade da pessoa humana, pois, é necessário que a pessoa seja vista como o foco principal dos procedimentos científicos, e não apenas como um meio pelo qual a ciência se utiliza a fim de obter um determinado resultado, de forma que a progressão científica busque sempre aprimorar a qualidade de vida humana.

A República Federativa do Brasil, como Estado Democrático de Direito, tem como um de seus principais fundamentos a dignidade da pessoa humana, disposto no Artigo 1º, inciso III, e regido pelas suas relações internacionais, expõe sobre a prevalência dos direitos humanos em seu Artigo 4º, inciso II.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, adotada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), dispõe em seu Artigo 4 sobre a dignidade da pessoa humana:

> Artigo 3 – Dignidade Humana e Direitos Humanos
> a) A dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser respeitados em sua totalidade.
> b) Os interesses e o bem-estar do indivíduo devem ter prioridade sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade.

A dignidade da pessoa humana é onipresente no cenário jurídico, trata-se de um direito indisponível, irrenunciável, intransmissível, absoluto e de efeito *erga omnes*. Além disso, a dignidade da pessoa humana é uma garantia vitalícia, acompanha a pessoa até o fim de sua vida.

Há certa discussão a respeito do caráter absoluto da dignidade da pessoa humana, já que não há no ordenamento jurídico brasileiro qualquer direito completamente absoluto, todo direito pode ser limitado se necessário, como é o caso do direito à vida, limitado pela pena de morte em caso de guerra declarada, descrito no Artigo 5º, inciso XLVII, "a" da Constituição Federal.

De acordo com o Artigo 5º da Carta Magna, todos brasileiros e estrangeiros residentes no país, terão como garantia a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, independentemente de raça, gênero ou opção sexual, todos são iguais perante a lei.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos diz ainda que indivíduo algum será discriminalizado por qualquer razão, deverá haver respeito pela diversidade cultural e pelo pluralismo, o que se não for respeitado, violará a dignidade da pessoa e os direitos humanos.

Embora a dignidade da pessoa humana seja aplicada ao ser sem qualquer distinção, ela também vem fundamentada nos Artigos 227 e 230 da Constituição Federal, tratando da dignidade da criança e do adolescente, e do idoso, respectivamente.

A proteção da dignidade da pessoa humana se inicia desde a concepção, vide Artigo 4º, inciso 1, do Pacto de San José da Costa Rica, e acompanha o ser durante seu nascimento, crescimento, até a sua morte.

Conforme diz Souza e Brauner (s/d. s.p.):

> Assim, o Direito à Vida constitui a fonte principal para todos os direitos percebidos pelo ser humano. Desde o direito de estar vivo e permanecer vivo, consistindo na prerrogativa que este venha a ser interrompido apenas pela morte espontânea e inevitável. Portanto, pode-se dizer que o direito à vida, está intimamente ligado ao conceito de dignidade, que deve igualmente ser reconhecida, respeitada e protegida.

A dignidade da pessoa humana é conhecida como um princípio "guarda-chuva", nele está inserido outros direitos fundamentais do ser, como os direitos à vida, à saúde, à existência, à integridade física, psíquica e moral, direito à privacidade, à honra, à imagem, ao nome e ao corpo.

Embora denominada como princípio, a dignidade da pessoa humana possui força normativa no ordenamento jurídico brasileiro, pois, é o valor soberano dos direitos fundamentais e devido a sua grande importância, é prevista na Carta Magna e possui valor de norma. A Constituição Federal prevê os princípios fundamentais como se fossem de natureza normativa, sendo assim, uma vez ligados esses princípios, forma-se a essência da Constituição.

É imprescindível que os profissionais da ciência genética saibam a importância de se observar os limites acerca da dignidade da pessoa humana no que diz respeito a vida e integridade da pessoa, carecendo primordialmente de cumprir os preceitos éticos orientados pela bioética, pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos e, pelo Conselho Federal de Medicina.

A Lei 11.105 de 24 de março de 2005 estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, e juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, traz em seu Artigo 6º a proibição da clonagem humana, do descarte indevido dos organismos geneticamente modificados, e da engenharia genética em célula germinal, zigoto e embrião humano, entre outros impedimentos. A proteção da lei não para por aí, em seu capitulo VIII trata dos crimes e das penas aplicadas em caso de violação das normas de uso do material genético modificado.

As proteções jurídicas do princípio da dignidade humana vêm também nos Artigos 5º, incisos III e XLI da Constituição Federal, que, respectivamente, proíbem o tratamento desumano ou degradante do ser e, caso haja qualquer discriminação atentatória dos direitos ou liberdades fundamentais, a lei punirá.

O Código Penal por sua vez tipifica a violação do princípio da dignidade da pessoa humana em seus Artigos 124 ao 127, que versam sobre o crime de aborto, reforçando que até mesmo a vida do nascituro deverá ser preservada.

A Constituição Federal dentre todas as proteções nela inserida, preceituada pela dignidade da pessoa, assegurou o direito à vida, proibindo qualquer procedimento que pudesse violar esse direito. Em conformidade a essa proteção, o Artigo 60, parágrafo §4º, inciso IV da Carta Magna, fundamenta que não será disposto de emenda qualquer projeto de lei que tenda a abolir os direitos e garantias individuais.

2.1 PRINCÍPIOS DA AUTONOMIA DA VONTADE

O princípio da autonomia da vontade resguarda o direito que todo ser capaz e livre de vícios de vontade tem sobre o domínio do seu corpo e da sua saúde. Relacionado a ele, o direito à privacidade e intimidade resguarda o ser da invasão social acerca de suas decisões individuais, garantindo a faculdade de reger-se conforme suas próprias convicções.

Em se tratando das técnicas de reprodução humana assistida, é necessário que junto à autonomia esteja ligado o princípio da informação, ou seja, para que o exercício da autonomia da vontade seja pleno, deve estar livre de qualquer tipo de coação, sendo imprescindível a informação clara e adequada, de forma que aquele que tiver seu direito cerceado em razão de influências externas, deverá receber proteção jurídica.

Do mesmo modo acima citado, também haverá proteção aos incapazes de exercer o direito da autonomia da vontade, seja por incapacidade jurídica, vide Artigo 3º do Código Civil, ou pela falta de autonomia, como no caso de o indivíduo possuir alguma deficiência mental.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos traz em seu Artigo 5º que: “Qualquer intervenção médica preventiva, diagnóstica e terapêutica só deve ser

realizada com o consentimento prévio, livre e esclarecida do indivíduo envolvido, baseado em informação adequada".

Em seus Artigos 5º e 7º, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, dispõe sobre como e qual a importância de ser respeitada a autonomia do indivíduo e, sobre a proteção especial que deverá ser dada aos indivíduos que não possuem capacidade para consentir, respectivamente.

De acordo com Borges e Oliveira (2000, p. 20):

O ser humano, por ser dotado de razão e consciência, deve ter sua autonomia respeitada. A essência desse direito é o consentimento esclarecido, que deve ser emitido antes de qualquer procedimento de natureza física ou psíquica sobre o organismo humano. O respeito pela autonomia conjuga-se com o princípio da dignidade humana. Autonomia não é individualismo, pois o ser humano vive em sociedade e deve se nortear com regras sociais, mas sim o respeito aos valores e às decisões de cada pessoa como componente dessa sociedade. Tendo em vista esses valores fundamentais, verifica-se que toda intervenção medica ou cirúrgica necessita do consentimento do paciente, certo que este, podendo dispor de sua consciência, tem o direito de proteger sua integridade e se autodeterminar de acordo com o seu entendimento e vontade.

O princípio da autonomia da vontade tutela de maneira reflexa a dignidade humana em ter respeitado seus valores, ideais e crenças. Algo invasivo como uma intervenção médica precisa respeitar tais valores e o consentimento esclarecido do paciente se mostra a efetivação de sua autonomia e de sua dignidade.

2.2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A dignidade da pessoa humana prevista pela Constituição Federal abarca, além de outros direitos fundamentais do ser, o princípio da igualdade, garantindo o respeito à diversidade e ao pluralismo cultural, social e étnico, atestando que nenhuma pessoa terá sua reputação, seu interesse e sua importância mitigados por qualquer razão.

O direito à igualdade, além da proteção constitucional, vem ainda resguardado pela democracia atual através de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, como

no Pacto de San José da Costa Rica e na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

O princípio da igualdade reflete em várias áreas do conhecimento jurídico, como por exemplo no direito tributário, declarando que não deverá existir tratamento desigual quanto a cobrança de tributos pela União, pelo Distrito Federal, pelos estados e também pelos municípios, ou como no caso do acesso à justiça que deverá ser igual a todos, aquele que teve seu corpo ou patrimônio indevidamente atingidos deverão ter acesso à justiça, não havendo distinções quanto a sua aplicação. O princípio ainda reflete no direito de família, incidindo na igualdade entre cônjuges, companheiros e filhos.

A Carta Magna em seu Artigo 3º trata dos objetivos fundamentais do governo e, preceituado pelo pleno funcionamento do princípio da igualdade, o inciso IV diz que a República Federativa do Brasil deverá: "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Ainda de acordo com o Artigo 3º, é função de o País edificar uma sociedade livre, justa e solidária, e buscar reprimir as desigualdades sociais, conforme exposto nos incisos I e III, respectivamente.

A busca pela igualdade não gera um dever apenas ao Estado, apesar de limitar as ações dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a ideia de igualdade também visa estabelecer um convívio social adequado, tende a educar a sociedade para que não parta dela injustiças e discriminações que possam além de violar o princípio da igualdade, causar uma intensa desarmonização social.

Independentemente do gênero, da cultura, da crença, da posição política, social ou econômica, da característica física, psíquica ou da opção sexual que o indivíduo adota, ele não poderá ser discriminalizado uma vez que a essência humana é a mesma, devendo ser respeitada as suas diferenças.

O Título II da Constituição Federal trata dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, expondo em seu artigo 5º, inciso I, a fundamentação constitucional do princípio da igualdade:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

É vedada no ordenamento jurídico brasileiro a criação de normas pela União, pelo Distrito Federal, pelos estados e municípios, que acarrete na discriminação entre os indivíduos sem que haja algum propósito convincente, vide Artigo 19, inciso III da Constituição Federal.

A existência de leis que conferem direitos e garantias a um determinado grupo não se enquadra na proibição citada acima, pois, são leis que não visam a discriminação dos indivíduos, e sim a discriminação de situações, segundo explica Araujo e Nunes (2013, p. 178):

Em primeiro lugar, deve-se ter presente que a função da lei consiste exatamente em discriminar situações, pois só dessa forma procedendo é que pode vir a regulamentá-las. Assim, quando estabelece a maioridade civil aos dezoito, discrimina os menores, sem, no entanto, incorrer em qualquer inconstitucionalidade.

A ideia de isonomia não está esculpida apenas na não discriminalização e na igualdade entre os indivíduos, ou seja, para que seja cumprido o princípio fundamental da igualdade, baseado na expressão aristotélica, é necessário que trate de forma igual os iguais e, desigualmente os desiguais, na medida em que que desigualam.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos diz que todos, sem exceção, devem ser beneficiados do mesmo padrão ético, médico e cientifico, devem ainda ser protegidos dos avanços científicos os vulneráveis, de forma que faça valer o real sentido do princípio da igualdade.

O biodireito e a sua concepção de justiça visam analisar a igualdade nos serviços de saúde, assegurando além de uma relação universal, uma relação justa. A interferência médica e cientifica será analisada conforme o grau de necessidade, ou seja, deve existir uma aplicação equitativa e justa dos serviços de saúde e dos recursos científicos conforme as necessidades particulares dos indivíduos.

A admissão das técnicas de reprodução assistida como modo de tratamento da infertilidade, marcada pelo avanço medicinal e da ciência genética, é uma importante

demonstração da aplicação do princípio da igualdade, pois, mesmo com a existência da possibilidade de adoção, prevista no Código Civil, a ciência entendeu ser necessária a utilização de outros meios que pudessem realizar o sonho da parentalidade, já que o instituto da adoção passou a não suprir mais os anseios de alguns inférteis.

O princípio da igualdade nem sempre foi pleno, está em constante evolução no ordenamento jurídico brasileiro, como traz o Artigo 226, parágrafo §5º da Constituição Federal, que passou a reconhecer o homem e a mulher como detentores dos direitos e deveres sobre a família, o que antigamente era algo imaginável, tratava-se de um poder destinado apenas aos homens.

A importância do princípio da igualdade inserida pela Carta Magna no direito de família ainda foi marcada pelo reconhecimento da união estável, das famílias monoparentais e da proibição de qualquer discriminação entre os filhos, independentemente de qual foi sua concepção, vide Artigos 226, parágrafo §3º e 4º, e Artigo 227, parágrafo §6º.

De acordo com Araujo e Nunes (2013, p. 181-182):

Na disciplina do princípio da igualdade, o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compreensão, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições.

O Princípio da igualdade, portanto, ao levar em consideração as diferenças que muitas vezes são o elemento justificador de exclusão, apresenta um viés inclusivo pretendendo igualar pelo tratamento diferente e de maneira reflexa incluir.

2.3 O PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O princípio do planejamento familiar, associado ao direito à liberdade e previsto pela Constituição Federal, sendo assim um direito fundamental, trata da livre convicção

do homem, da mulher, e do casal, não podendo o Estado ou terceiros interferirem, quanto às decisões acerca da criação, manutenção e extinção da entidade familiar.

Como todos os direitos fundamentais, trata-se de um princípio não absoluto, ou seja, há uma limitação quanto a sua aplicação, limitação essa encontrada como, por exemplo, no princípio da paternidade e/ou maternidade responsável.

Baseado em preceitos constitucionais, o direito ao planejamento familiar está diretamente relacionado à dignidade da pessoa humana, ao direito à vida, à igualdade e ao princípio da liberdade de expressão, consciência e crença. Além disso, a Constituição Federal garante em seu Artigo 226 uma proteção especial a família, que é a base da sociedade.

A ideia de planejamento familiar indica a regulamentação do casamento e das uniões, da finalidade reprodutiva dos homens e das mulheres, da infertilidade, das concepções, do desenvolvimento sadio do feto, da garantia dos direitos fundamentais da pessoa, do feto e da criança. Dentro dos limites do usufruto do princípio do planejamento familiar, não será permitido o controle estatal de natalidade, nem mesmo o casamento forçado, entre outros.

A Lei 9.263 de 1996, que rege o planejamento familiar quanto a fecundidade, destina-se a regular as ações de fecundidade e a prestar assistência à concepção e contracepção em respeito à vida, garantindo a integridade física e moral do indivíduo, bem como a integridade social.

A evolução cultural, não só em território nacional, mas como no mundo todo, refletiu em novos olhares para o direito ao planejamento familiar que, baseado na liberdade de escolha, juntamente aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, passaram a reconhecer as famílias monoparentais e as famílias homoafetivas, garantindo-lhes tanto a união estável, quanto o casamento.

De acordo com Rios (2002, p. 59):

De fato, desde o reconhecimento da dignidade constitucional de outras formas de vida comum, diversas da tradicional família legítima, até a igualdade de direitos e de deveres entre homem e mulher na sociedade conjugal, o regime jurídico da família hoje vigente operou uma ruptura com o paradigma institucional antes prevalente. Esse aspecto é muito importante, uma vez que em virtude dessa nova disciplina constitucional pode-se

conferir ao ordenamento jurídico a abertura e a mobilidade que a dinâmica social lhe exige, sem a fixidez de um modelo único que desconheça a pluralidade de estilos de vida de crenças e o pluralismo que caracterizam nossos dias. Nesse movimento pode-se vislumbrar, inclusive, o reconhecimento jurídico de comunidades familiares fundadas em relações homossexuais.

O indivíduo é livre para praticar seu direito ao planejamento familiar da forma que melhor entender, desde que obedeça aos limites do princípio, cabendo ao Estado a garantia aos recursos educacionais e científicos, com base nisso traz a Constituição Federal em seu Artigo 226, parágrafo §7º:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
>
> [...]
>
> §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

O direito ao planejamento familiar, no que diz respeito ao princípio da liberdade, enseja na faculdade que o indivíduo tem de escolher se irá casar e em caso positivo, quando e com quem irá casar. O direito ao planejamento também enseja na prerrogativa individual do indivíduo de optar por ter ou não filhos e por decidir como, quando e quantos filhos deseja ter.

Em busca de se encaixarem aos moldes da família tradicional caracterizada pelo enlace matrimonial e pela concepção de filhos, casais inférteis viam na parentalidade socioafetiva um modo de concretizarem o sonho da constituição familiar. Entretanto, a adoção passou a não suprir os anseios dos casais por um filho biológico, ou seja, satisfazia sim a imposição social de compor uma família tradicional, mas ainda existia uma necessidade intima da concepção de um filho biológico.

Princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a liberdade, o direito ao planejamento familiar e ao próprio corpo tratam implicitamente do direito a se submeter as técnicas de reprodução assistida como forma de tratamento aos

casos de infertilidade que além da impossibilidade de gerar filhos, gera uma espécie de tortura emocional.

Conforme Borges e Oliveira (2000, p. 16):

O sentimento de procriação é secular. Escreveu Gerar Vincent: "a humanidade quer se perpetuar, ainda não perdeu o medo de desaparecer". O instinto congênito da reprodução está no ser humano tanto como os animais, fato que destaca a relevância da capacidade de se reproduzir e provoca naqueles que não a possuem uma profunda infelicidade e inconformismo.

Em busca do exercício pleno do direito ao planejamento familiar, o Artigo 9º da Lei 9.263/96 fundamenta que serão oferecidas todas as técnicas e métodos científicos de concepção, desde que não exponha a vida e a saúde das pessoas, garantindo assim a liberdade de opção.

A Constituição Federal prevê a possibilidade de existência da entidade familiar monoparental no parágrafo §4º do Artigo 226, assegurando o direito ao planejamento familiar do indivíduo que assim optar. Insta salientar que embora o Estado permita a existência da família monoparental, não a está motivando, visa apenas o cumprimento dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e o direito à liberdade, protegendo a formação e a manutenção da família.

No que diz respeito as técnicas de reprodução humana assistida, não há de se falar na proibição ao uso das técnicas a favor de mulheres solteiras que almejam engravidar, uma vez que se lhes é permitida a adoção, não há cabimento na proibição dos métodos científicos. Ainda nessa linha de pensamento, como a Constituição Federal permite a família monoparental, sua proibição seria uma afronta ao princípio do planejamento familiar, a liberdade e a igualdade.

No Brasil, as técnicas de reprodução humana assistida, além da função social, possuem destino médico e visam primordialmente a manutenção da integridade física e da saúde humana, não são consideradas como meios alternativos para a concepção, tendo a sua utilização permitida apenas em última hipótese. A partir de então, começa a ser notado também o direito dos casais homossexuais acerca da utilização dos métodos de reprodução assistida, pois, visando garantir o direito ao planejamento familiar conforme

o princípio da igualdade, lhes faltam meios alternativos para obterem a parentalidade biológica.

2.4 O PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

O Código Civil de 1916 trazia a idealização da família tradicional, formada pela presença masculina e feminina que tinham os mesmos propósitos: casar e reproduzir para que se encaixassem e, além disso, agradassem a sociedade patriarcal. Tratavam-se de relações em que a ligação entre os membros da família deveria ser consanguínea, e a reprodução era uma obrigação social, a família apenas seria selada com o nascimento dos filhos.

A família passa a ser regida pela Constituição Federal de 1988, devendo ser protegida com base nas garantias dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e do planejamento familiar, mudando o entendimento do que era família até então. Surge a família real, fundada por laços afetivos, e não mais obrigatoriamente consanguíneos, expandindo as hipóteses de entidade familiar, abrangendo além da família tradicional papai, mamãe e filhos, surge a possibilidade da família monoparental e a homoafetiva.

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz a importância do afeto fundamentada em diversos Artigos do seu texto, demonstrando o quão necessário é que seja respeitado e garantido o princípio da afetividade quanto ao bem-estar das crianças e dos adolescentes.

A afetividade vem calcada no princípio da paternidade e/ou maternidade responsável. Para o desenvolvimento sadio da criança, esta deve estar envolta de atenção e amor, devendo também além de toda assistência educacional, social e afetiva, receber a assistência material correspondente a quantidade necessária para o atendimento de suas necessidades.

Diante a isso, e em respeito ao princípio do planejamento familiar, o Estado não proibirá individuo algum de procriar, sendo um direito facultativo de própria escolha do indivíduo. No entanto, aquele que optar pela reprodução deverá respeitar os princípios envoltos a parentalidade, de forma que cumpra com a sua função social, afetiva e econômica sobre a posição de paternidade/maternidade por ele assumida.

Conforme diz Ribeiro (2002, p.40):

O direito constitucional à intimidade do filho se consolida nesse momento: o filho tem direito à sua perfilhação biológica, tem direito a exigir o débito paternal, que é inalienável e não pode ser obstaculizado pelo legislador. A lei não pode proibir ou inviabilizar a investigação de paternidade de um filho gerado com sêmen de um fornecedor não correlacionado com sua mãe. E a solução constitucional não é o "aggiuttamento materno", em que a mãe renuncia à promoção de qualquer medida que vise a identificação do pai do seu filho. O direito de ter um pai biológico é inalienável e irrenunciável, razão para o sistema brasileiro valer-se um aforismo bastante apropriado: consenso não faz filho. Por essa razão, o Ministério Público tem o dever de investigar a paternidade das crianças registradas sem pai. Se consenso não faz o filho, também não desfaz o pai; ainda não há, materialmente, a hipótese de filho sem pai no nosso ordenamento jurídico.

Casais inférteis, antes da aplicação eficaz das técnicas de reprodução assistida no Brasil, buscavam na adoção uma forma de realizarem seus sonhos acerca da parentalidade. Embora não possuam laços consanguíneos, as famílias formadas pela adoção são formadas por laços afetivos, o que é devidamente permitido pela legislação como no Capítulo IV do Código Civil de 2002.

Não há razões logicas em permitir o instituto da adoção no Brasil sem que também permita o uso das técnicas de reprodução humana, já que as duas visam satisfazer o sonho da parentalidade através dos laços afetivos da melhor forma possível, visando sempre garantir a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos envolvidos.

CONCLUSÃO

As técnicas de reprodução humana deverão ser utilizadas de acordo com o respeito aos princípios fundamentais, toda e qualquer utilização que vise à banalização da pessoa humana serão vedadas.

É imprescindível que a ciência genética aja permanentemente produzindo os benefícios possivelmente alcançáveis.

Impossibilitar que uma pessoa infértil se submeta a quaisquer das técnicas de reprodução humana assistida sem que haja devida motivação, seria uma afronta aos princípios fundamentais constitucionais, tendo em vista que a política de saúde pública é universal, sendo inadmissível a restrição das técnicas a qualquer indivíduo infértil por qualquer que seja o motivo.

Em respeito aos direitos da afetividade e do planejamento familiar, todos os meios e técnicas de reprodução humana assistida serão válidas desde que não haja tipificação criminal ou proibições administrativas quanto a sua utilização.

O direito humano de se reproduzir conforme a sua convicção trata-se de um direito destinado ao homem, à mulher ou ao casal, não diferenciando a legislação quanto à proibição da oferta das técnicas de reprodução humana assistida aos casais homoafetivos e a mulher sozinha que deseja constituir família com a concepção de um filho, sendo assim um direito que preserva o princípio da igualdade, o da autonomia da vontade, entre outros.

Os casais homoafetivos e as mulheres solteiras, apoiados pelo pleno cumprimento do planejamento familiar, da igualdade e da liberdade, devem também ter o livre acesso tanto quanto a adoção, quanto as técnicas de reprodução assistida, desde que preencham os requisitos essenciais desses institutos. A constituição da família é uma decorrência da construção dos laços socioafetivos entre os indivíduos, ou seja, independe de seus laços consanguíneos para que uma família seja realmente considerada uma família sob os olhares da ciência jurídica.

Portanto, pugna-se no presente trabalho pela utilização de aplicação dos princípios como meio mais adequado para solução de conflitos e casos concretos que envolvam a utilização de técnicas de reprodução assistida, pois é neles que se encontram parâmetro para a produção de decisões justas e equânimes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**; trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ALFRADIQUE, Eliane. **Natureza Jurídica do Embrião – Vida – Dignidade e Proteção – Vida e Valor Absoluto.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5151&revista_caderno=6>. Acesso em: 09 mar. 2016.

ALVES, Sandrina Maria Araújo; OLIVEIRA, Clara Costa. **Reprodução Medicamente Assistida: Questões Bioéticas.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422014000100008&lang=pt>. Acesso em: 12 mar. 2016.

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Convenção Americana de Direitos humanos – Pacto de San José da Costa Rica.** San José: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 12 mar. 2016.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Verbatim, 2013.

BORGES JR, Edson; OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de. **Reprodução Assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a Ética e a Lei.** São Paulo: Gaia, 2000.

BRASIL. Código Civil (2002). **Código civil.** 4. ed. São Paulo: LEX, 2010.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

_____. **Lei 8.069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. **Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. **Lei 11.105 de 24 de março de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: 03 mar. 2016.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da Reprodução Humana Assistida.** São Paulo: SRS Editora, 2008.

DOMITH, Laira Carone Rachid; RACHID, Natalia Carone. **Da Monoparentalidade Programada Imposta Pelas "Produções Independentes" – Uma Análise Sob a Perspectiva do Biodireito.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14343&revista_caderno=6>. Acesso em: 10 mar. 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério;** tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais: o Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil.** Curitiba: Juruá, 2009.

LANIUS, Manuela; SOUZA, Edson Luis André de. **Reprodução Assistida: Os impasses do desejo.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-47142010000100004&lang=pt>. Acesso em: 09 mar. 2016.

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.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312014000100031&lang=pt>. Acesso em: 09 mar. 2016.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida.** Curitiba: Juruá, 2007.

MUNÕZ, Daniel Romero; FORTES, Paulo Antonio Carvalho. **O Princípio da Autonomia e o Consentimento Livre e Esclarecido.** Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIIautonomia.htm>. Acesso em: 09 mar. 2016.

RIBEIRO, Diaulas Costa. **Reprodução Medicamente Assistida: parentalidade contratual e biológica. Controvérsias e certificações.** In: DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha. Quem pode ter acesso as tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas no direito brasileiro. Brasília: Letras Livres, 2002. Pág. 33-49

RIOS, Roger Raupp. **Acesso às tecnologias reprodutivas e princípios constitucionais: igualdade, pluralismo, direito constitucional de família e orientação sexual no debate bioético brasileiro.** In: DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha. Quem pode ter acesso as tecnologias reprodutivas? Diferentes perspectivas no direito brasileiro. Brasília: Letras Livres, 2002. Pág. 51-72

SOUZA, David Silva de; BRAUNER, Maria Claudia Crespo. **Bioética e Biodireito: Desafios de Uma Nova Vida.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15037&revista_caderno=6>. Acesso em: 12 mar. 2016.

TRINDADE, Zeidi Araujo; ENUMO, Sônia Regina Fiorim. **Triste e Incompleta: Uma Visão Feminina da Mulher Infértil.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642002000200010&lang=pt>. Acesso em: 08 mar. 2016.

CAPÍTULO III

A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA FRENTE À COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ANONIMATO DO DOADOR E O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

Thiago Cesar GIAZZI[14]
Mayara Fernanda Morandi Rodrigues[15]
Patrícia Martins GARCIA[16]

RESUMO: Utilizando de método hipotético-dedutivo, fundado em análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial, o presente artigo aborda a reprodução humana assistida, as técnicas utilizadas e suas formas, sendo enfatizada a reprodução humana assistida heteróloga, uma vez que é a que causa maiores conflitos no mundo jurídico por utilizar-se de sêmen de um terceiro, estranho à relação do casal. Trata-se, ainda, da reprodução humana assistida heteróloga frente à colisão de direitos fundamentais, tais qual o direito ao anonimato do doador e o direito à identidade genética, que se equiparam ao direito da intimidade e ao direito da personalidade, mostrando a importância de cada um e como proceder para resolver o problema da colisão, uma vez que não há uma lei específica que regulamente afundo as técnicas de reprodução humana assistida heteróloga.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução Humana Assistida. Direitos Fundamentais. Colisão. Anonimato. Identidade Genética.

INTRODUÇÃO

A desenvoltura das inovações na área biomédica ocorridas nos últimos tempos tem proporcionado um grande poder de intervenção sobre o homem, especialmente no que se refere às técnicas de reprodução humana assistida, as quais consistem em um

[14] Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Especialista em Direito Civil e Processo Civil na Universidade Estadual de Londrina-PR. Professor Coordenador do curso de Direito da Faculdade Catuaí em Cambé-PR.

[15] Pós-Graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina – PR. Bacharel em Direito pela Faculdade Catuaí em Cambé-PR. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

[16] Graduanda do curso de Direito da Faculdade Catuaí em Cambé-PR. Estagiária do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na Vara de Família, Infância e Juventude da Comarca de Cambé-PR.

conjunto de técnicas que favorecem a fecundação com o objetivo de combater o problema que muitos casais sofrem que é a infertilidade ou esterilidade.

Neste mesmo sentido, em um aspecto mais específico, a Reprodução Humana Assistida Heteróloga incide em técnicas de fertilização, realizadas através de médicos especializados, com a finalidade de procriação, sem a contribuição genética de um dos cônjuges ou companheiro, ou seja, a procriação ocorre por meio de doação de sêmen de um terceiro, causando um grande impacto no ordenamento jurídico brasileiro.

Sendo assim, as técnicas utilizadas na Reprodução Assistida Heteróloga trazem consigo questões que desafiam a bioética e o biodireito na busca por soluções éticas e jurídicas que protejam a vida e a dignidade humana, possibilitando o surgimento da filiação para pessoas que não podem ter filhos pelos métodos convencionais, verificando-se a partir daí uma colisão entre os direitos fundamentais da personalidade e da intimidade, tendo em vista que por um lado se tem o direito à identidade genética e por outro lado se tem o direito ao sigilo do doador.

Diante disso, o objetivo geral do trabalho versará sobre a reprodução humana assistida heteróloga, quais os problemas que essa forma de inseminação poderá trazer tanto para o doador do sêmen utilizado para a inseminação, quanto para a criança concebida através desse método, tendo em vista o confronto ente dois direitos fundamentais.

1. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HETERÓLOGA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O atual Código Civil, em seu art. 1.597, prevê filiação de pessoas havidas por meio da reprodução humana assistida heteróloga, que é aquela em que se utiliza do sêmen de um terceiro estranho a relação de um casal na técnica de reprodução, vejamos:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

> V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. [17]

[17]BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 set. 2015.

Tartuce, ao abordar o tema, explica o inciso V do referido artigo da seguinte maneira:

> O inc. V traz a presunção de paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, ou seja, com material genético de terceiro, desde que haja prévia autorização do marido. A situação é do marido que autoriza a mulher a fazer uma inseminação artificial com material genético que não lhe pertence. Para que exista a presunção de paternidade, há a necessidade dessa prévia autorização, caso contrário, esta não existe. [18]

Fica evidente que o direito civil abrange a filiação por meio da técnica de reprodução humana heteróloga, no entanto, não se preocupou com as implicações jurídicas que tais técnicas poderiam causar.

Nesse sentido, Venosa aduz:

> Advirta-se, de plano, que o Código de 2002 não autoriza nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por um estatuto ou microssistema. Com esses dispositivos na lei passamos a ter, na realidade, mais dúvidas do que soluções, porque a problemática ficou absolutamente capenga, sem a ordenação devida, não só quanto às possibilidades de o casal optar pela fertilização assistida, como pelas consequências dessa filiação no direito hereditário. E urgente que tenhamos toda essa matéria regulada por diploma legal específico. Relegar temas tão importantes aos tribunais acarreta desnecessária instabilidade social. [19]

Sendo assim, a agravante ao problema das técnicas de reprodução humana heteróloga é a falta de uma legislação especifica que regulamente as técnicas de procriação humana assistida de uma forma abrangente, fixando limites e premissas básicas, buscando evitar uma colisão entre direitos fundamentais dos homens.

A maior problemática existente com este tipo de reprodução humana está no filho gerado por essa técnica querer conhecer a identidade de seu pai biológico, ou seja, aquele que doou o material genético, uma vez que, a identidade do mesmo é resguardada, conforme os ditames da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013. A partir daí, estaremos diante de uma colisão entre direitos fundamentais, quais sejam, o direito ao anonimato do doador e o direito a identidade genética.

---

[18]TARTUCE, Flávio. **Direito Civil.** 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 332.

[19]VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 13º ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 240.

Os direitos fundamentais são direitos constitucionalmente estabelecidos, inerentes aos seres humanos, os quais buscam garantir uma vida digna e dar uma maior proteção às pessoas, não podendo então um direito prevalecer um sobre o outro.

Assim sendo, o atual Código Civil reconhece a filiação de filhos havidos por meio de reprodução humana assistida heteróloga, no entanto tal prática ultrapassa os limites da bioética e do biodireito, uma vez que não existe uma legislação específica com a finalidade de proteger alguns direitos fundamentais do homem expostos, tais como o direito ao anonimato e o direito a identidade genética, havendo então uma colisão entre eles.

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS ATINENTES À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Vale ressaltar que os direitos fundamentais foram surgindo ao longo do tempo, passando por diversas transformações, de acordo com a necessidade dos seres humanos.

Bobbio explica:

> Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras cultuas. [20]

Neste sentido Novelino aduz:

> Os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos, conforme a demanda de cada época. A consagração progressiva e sequencia nos textos constitucionais deu origem às chamadas gerações de direitos fundamentais. Atualmente, tendo em conta que o surgimento de novas gerações não importa na extinção das anteriores, parte da doutrina tem optado pelo termo dimensão. [21]

Sendo assim, diante da evolução da sociedade e as transformações dos direitos fundamentais, tais direitos foram se aperfeiçoando e surgiram as gerações/dimensões dos direitos fundamentais, que se apresentaram com a finalidade de cumulação de direitos para a proteção dos seres humanos.

Quanto à dimensão dos direitos fundamentais Saleme alude que:

[20]BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.
[21]NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 403.

> As dimensões, por poderem Referem-se ao avanço das conquistas populares em termos de direitos obtidos em face dos governantes. A inadequação de se referir à geração e a propriedade do termo dimensão alude à possibilidade de cumulação de direitos; não são direitos que se excluem, na verdade somam-se aos anteriormente consagrados. sobrepor-se, são designações que mais de adequam ao contexto e permitem uma concepção mais abrangente.[22]

Para alguns autores as dimensões dos direitos fundamentais são identificadas em quatro gerações ou dimensões de direitos. Sendo a primeira dimensão aquela pertencente a liberdades (propriedade, liberdade, igualdade, etc.) e direitos políticos e de nacionalidade; a segunda de direitos sociais, previdenciários e de intervenção estatal na economia; a terceira trata-se dos direitos transindividuais ou coletivos na defesa do meio ambiente, dos direitos do consumidor, idoso e da infância e juventude, e a quarta refere-se aos avanços tecnológicos no campo da ciência humana.[23]

Mostra-se interessante para o trabalho identificar de forma mais precisa a quarta dimensão de direitos fundamentais, uma vez que aborda o tema da reprodução humana e os avanços tecnológicos.

Bobbio, quanto aos direitos de quarta geração/dimensão, alega que, tendo em vista a tecnologia avançada, onde a engenharia genética busca soluções plausíveis para problemas humanos, os direitos desta geração/dimensão tratam das manipulações do patrimônio genético, impondo limites biotecnológicos em busca da proteção aos direitos fundamentais dos seres humanos. [24]

Quanto à quarta dimensão Saleme aduz que:

> Atualmente se aponta para uma quarta ou ainda outras dimensões de direito que buscam equacionar os avanços tecnológicos e a ânsia humana em se autossuperar com valores morais, culturais e tecnológicos. Assim, há um redimensionamento humano a fim de se conquistar um novo espaço (cibernético globalizado), exigindo do direito uma nova construção de princípios, regras e valores que tenham a capacidade de compatibilizar os direitos consolidados ao longo desses mais de três séculos de história constitucional e as novas perspectivas que se apresentam à realidade humana. [25]

Os direitos fundamentais de quarta dimensão surgiram, consequentemente, com o intuito de preservação dos direitos fundamentais do homem em face de técnicas humanas

[22]SALEME, Edson Ricardo. **Direito Constitucional**. Barueri: Manole, 2011, p. 101.

[23]SALEME, loc. cit.
[24]BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.6.
[25]SALEME, Edson Ricardo, op. cit., p. 101-102.

de manipulações do patrimônio genético, buscando uma menor agressão dessas técnicas na vida das pessoas.

Conforme já visto, os direitos fundamentais são direitos constitucionalmente garantidos, que visam à proteção da pessoa humana, apresentando-se como garantias e direitos essenciais para a vida e dignidade.

Diante disso, ante das novas tecnologias no campo da biomedicina, com inovações na área da reprodução humana assistida, alguns direitos ligados a esta técnica começaram a ganhar força de proteção e estão diretamente ligados aos direitos fundamentais do homem, sendo os mais importantes e conflitantes o direito ao anonimato do doador, o direito à identidade genética e direito a dignidade da pessoa humana.

1.1.1 DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR

O direito ao anonimato do doador está expressamente previsto na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013, no item IV:

> IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES
> 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
> 4 - Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador. [26]

O anonimato está ligado ao sentido da intimidade do terceiro que doa seus sêmens para ajudar a casais que não podem ter filhos pelo método natural.

Nesse sentido, a quebra do sigilo estaria indo contra aos preceitos fundamentais estipulados na Constituição Federal de 1988, que garante aos seres humanos que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas".[27]

Donizetti, ao tratar do tema, alega que:

> No âmbito do Direito, os argumentos desfavoráveis ao anonimato do doador são de ordem constitucional, porquanto esteados no entendimento de que a imposição dessa obrigatoriedade atenta contra a Lei fundamental. Para essa corrente, a observância do anonimato do doador de gametas pelos "estabelecimentos" que cuidam da infertilidade, bem como para aqueles que fazem a doação do material, contraria o princípio da dignidade da pessoa

[26] BRASIL. **Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.013/2013**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf.>. Acesso em: 23 set. 2015.

[27] BRASIL. **Constituição Federal.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2015.

> humana, que, segundo eles, atinge tanto a criança, que nascerá com a utilização do material recebido, quanto o próprio doador. A dignidade da criança é lesionada quando é retirado o direito de ter acesso às suas origens, uma vez que ao privá-la desse conhecimento ela é quase que transportada para o mundo animal. Afinal, o que diferencia a reprodução dos seres humanos e dos animais é o conhecimento das origens e a vinculação que se estabelece com quem lhe concedeu. [28]

Tal direito gera diversas discussões, uma vez que a doutrina diverge bastante quanto ao tema no sentido da possibilidade da quebra do sigilo do doador em razão do esclarecimento da origem genética, sendo que tal possibilidade conflita-se com o direito à intimidade do doador.

Souza aborda em sua obra que alguns autores posicionam-se a favor do anonimato absoluto, alegando que se os doadores pudessem ser identificados cairia o número de doações, ressaltando ainda que os doadores não gostariam de correr o risco de ter alguém cobrando direitos decorrentes da paternidade. [29]

Sobre esse aspecto, Cahali cita Namba:

> No caso da reprodução assistida heteróloga, o (a)(s) doador (a)(es) do material genético sabe que ele será usado para gerar um ser, nada obstante, não assume o risco de ser pai e/ou mãe, ao contrário, em nenhum momento estabeleceu vínculo com o ser gerado e, provavelmente, não saberá quem será a pessoa que receberá o espermatozoide ou o óvulo para a concepção, não tem e não deseja nenhum contato com essa pessoa, num primeiro momento. O risco da paternidade/ou maternidade é de outrem, ou seja, quem recebe o material genético doado. Dessa maneira, o (a)(s) doador (a)(es) têm direito de ver resguardada sua intimidade; aliás, esta também um direito fundamental, segundo o art. 5º, X da CF/1988. [30]

Verifica-se que o anonimato do doador é importante para que as doações de sêmen possam continuar a existir, uma vez que a possibilidade de tal quebra faria com que estes colaboradores parassem de contribuir, uma vez que poderiam ter receio ao ser identificado, bem como ser cobrado de direitos ligados a paternidade.

Gama, na defesa do direito ao anonimato, aborda que:

> O anonimato dos pais naturais - na adoção – e na pessoa do doador – na reprodução assistida heteróloga – se mostram também necessários para

[28]DONIZETTI, Leila. **Filiação sócioafetiva e direito a identidade genética**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 120.

[29]SOUZA, Carlos Eduardo Silva. **O Direito Privado Contemporâneo e a família pós-moderna**. 1ª ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015, p. 125.

[30]NAMBA, Edison Tetsuzo apud CAHALI, Yussef Said. **Famílias e Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1404.

> permitir a plena e total integração da criança na sua família jurídica. Assim, os princípios do sigilo do procedimento (judicial ou médico) e do anonimato do doador têm como finalidades essenciais a tutela e a promoção do melhor interesse da criança ou adolescente, impedindo qualquer tratamento odioso no sentido da descriminação e estigma relativamente à pessoa adotada ou fruto de procriação assistida heteróloga. [31]

O autor busca não só a proteção do doador no âmbito de seu anonimato, mas visa também resguardar a criança concebida por esta técnica, protegendo-a de qualquer tipo de discriminação e estigma.

Leite justifica o anonimato do doador da seguinte maneira:

> Doação de gametas não gera ao seu autor nenhuma consequência parental relativamente à criança daí advinda. A doação é abandono a outrem, sem arrependimento sem possibilidade de retorno. É medida de generosidade, medida filantrópica. Essa consideração é o fundamento da exclusão de qualquer vínculo de filiação entre doador e a criança oriunda da procriação. É, igualmente, a justificação do princípio do anonimato. [32]

O autor defende o anonimato do doador, abordando ainda, que quando a quebra do sigilo é realizada, o mesmo poderá pedir reparação civil aos danos a ele causados, aduz que "o anonimato é a garantia da autonomia e do desenvolvimento normal da família assim fundada e também a proteção legal do desinteresse daquele que contribui na sua formação". [33]

Ainda, em sua obra, Leite complementa o anonimato defendendo que tal direito do doador não dissocia as estruturas naturais de parentesco, ou seja, não permite que a criança tenha um pai biológico e um pai socioafetivo. [34]

Evidente é que para o autor o que deve ser preservado o anonimato do doador, na busca da preservação da estrutura familiar, sendo que o natural é que uma criança tenha somente um pai, e não um pai biológico e um socioafetivo.

Para Brauner, o anonimato somente deve ser quebrado em casos médicos de caráter emergencial:

---

[31]GAMA, Guilherme Calmom. Nogueira da. **A Nova Filiação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 903.
[32]LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova de filiação.** Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 145.
[33]LEITE, Eduardo de Oliveira, loc. cit.
[34]LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 202.

> A identidade do doador só pode ser revelada em casos de critérios médicos emergenciais, como, por exemplo, nas situações em que a pessoa tenha necessidade de obter informações genéticas indispensáveis à sua saúde, ou quando da utilização de gametas com carga genética defeituosa. [35]

No mesmo sentido, Gama entende que:

> O anonimato das pessoas envolvidas deve ser mantido, mas devem ceder à pessoa que resultou da técnica concepcionista heteróloga, diante do reconhecimento pelo Direito brasileiro dos direitos fundamentais à identidade, à privacidade e à intimidade, podendo a pessoa ter acesso às informações sobre toda a sua história sob o prisma biológico para o resguardo de sua existência, com a proteção contra possíveis doenças hereditárias, sendo o único titular de interesse legítimo para descobrir suas origens. [36]

Goldhar manifesta-se em sentido contrário, alegando que o anonimato, no viés de direito a intimidade**,** por si só não se sustenta na ponderação com tantos outros direitos fundamentais**,** de modo que, normalmente este deverá ceder para dar lugar a outros direitos de maior relevo. [37]

Segundo entendimento de Krell:

> No tangente à especialidade da fecundação artificial heteróloga, o anonimato do doador pode ser quebrado, assim como o anonimato do pai biológico na adoção por ação de estado, que garanta ao filho o direito à personalidade e ao conhecimento da sua origem genética, para poder verificar doenças hereditárias e evitar impedimentos matrimoniais. [38]

Nota-se, portanto, que existem diversos entendimentos quanto ao anonimato do doador. Um dos entendimentos defende o anonimato absoluto, sendo que a identificação do doador poderia diminuir o número de doações, uma vez que os filhos poderiam cobrar futuramente direitos inerentes à filiação. Outro entendimento é de que só deve ser revelada a identidade em casos de doenças genéticas. E, por fim, a que defende que o anonimato deve ser quebrado no caso da pessoa concebida por esta técnica queira conhecer sua origem genética.

---

[35]BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 88.
[36]GAMA, Guilherme Calmom, op. cit., p. 803.
[37]GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. **O Direito à informação e ao conhecimento da origem genética.** Bahia: Jus Podivm, 2010, p. 284.
[38]KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e a filiação civil.** Curitiba: Juruá, 2011, p. 186.

1.1.2 DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

O direito a identidade genética não está previsto diretamente na Constituição Federal, no entanto surge como um bem jurídico fundamental, respondendo a um direito personalíssimo de cada ser humano.

Nesse sentido Petterle enuncia:

> Em que pese o direito fundamental à identidade genética não estar expressamente consagrado na atual Constituição Federal de 1988, seu reconhecimento e proteção podem ser deduzidos, ao menos de modo implícito, do sistema constitucional, notadamente a partir do direito à vida e, de modo especial, com base no princípio fundamental da dignidade humana, no âmbito de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. De tal sorte, o fio condutor aponta o norte da continuidade dessa investigação: a cláusula geral implícita de tutela das todas as manifestações essenciais da personalidade humana. [39]

Nesse mesmo sentido, o direito à identidade genética, segundo Fabriz:

> É um dos exemplos dessa nova gama de direitos que está diante do judiciário em busca de positivação, normatização e concretização na esfera do ordenamento Jurídico vigente, pois a identidade genética surge como um bem jurídico fundamental a ser tutelado constitucionalmente. Além de buscar a consagração dentro do ordenamento jurídico, é considerada uma expressão da dignidade humana. [40]

Baracho aduz que a identidade genética é considerada um bem jurídico constitucional. No plano da consagração constitucional da tutela deste bem, ocorre, uma identificação socialmente relevante, sendo que a identidade genética corresponde ao genoma de cada indivíduo e às bases biológicas da sua identidade.[41]

Nesse sentido o autor complementa:

---

[39] PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 89.

[40] FABRIZ, Daury Cesar**. Bioética e os Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 342.

[41] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: Bioética e direito.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8938-8937-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 set.2015.

> O conceito de identidade conduz à compreensão do seu sentido adequado, na relação entre identidade mesmidade, que conduz à identidade biológica, que se expressa na permanência do código genético do indivíduo. A identidade vem associada à ideia de integridade, que corresponde ao que é intangível, isto é, o que não pode ser tocado. A identidade pessoal é concebida dentro da relação um com o outro, no quadro de uma comunidade de sentido. A identidade genética é um substrato fundamental da identidade pessoal, que por sua vez é a expressão da dignidade do ser humano.[42]

Sobre o tema, Maria Christina de Almeida, enuncia:

> Toda pessoa necessita saber sua origem – trata-se de uma necessidade humana – e desenvolver sua personalidade a partir da paridade biológica, não se podendo identificar no sistema jurídico brasileiro da atualidade, quando prevê a possibilidade de revelação da origem genética, seja em nível constitucional ou em nível infraconstitucional, um abrigo seguro do anseio de permitir à pessoa a construção de sua própria identidade. [43]

O direito à identidade, como se vê, é um direito inerente a todos os seres humanos e condiz com sua personalidade, estando diretamente ligado aos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Sendo assim, "toda pessoa tem direito fundamental, na espécie direito da personalidade de vindicar sua origem biológica para que, identificando seus ascendentes genéticos, possa adotar medidas preventivas para prevenção a saúde e, a *fortiori*, da vida". [44]

Nessa acepção ensina Lôbo:

> O objeto da tutela do direito ao conhecimento da origem genética é assegurar o direito da personalidade, na espécie direito à vida, pois os dados da ciência atual apontam para necessidade de cada indivíduo saber a história de saúde de seus parentes biológicos próximos para prevenção da própria vida. [45]

---

[42]BARACHO, loc. cit.

[43]ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 127.

[44]LÔBO. Paulo Luiz Neto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 524.

[45]LÔBO. Paulo Luiz Neto, op. cit., p. 525.

Pertelle, nesse mesmo sentido, aborda em sua obra que:

> Quando a doutrina faz referência ao direito fundamental à identidade genética, busca salvaguardar a constituição individual, a identidade genética única e irrepetível de cada ser humano, justamente para evitar leituras reducionistas, notadamente à luz dos novos conhecimentos científicos. Aliás, somente uma proteção jurídica reforçada poderá evitar visões reducionistas do ser humano. [46]

Welter defende que:

> Não importa se a reprodução é natural ou medicamente assistida. Em qualquer caso, os filhos e os pais possuem o direito de investigar e, até mesmo, negar a paternidade biológica, como parte integrante de seus direitos de cidadania e dignidade da pessoa humana. Em caso de interesse do filho o anonimato deveria ser desocultado, uma vez que não participou do acordo entre os doadores e os receptores.[47]

Quanto à identificação da paternidade, alguns autores se mostram favoráveis ao direito da investigação em busca da verdade real da filiação.

Nesse sentido Silva, quanto ao direito ao conhecimento da identidade genética, aborda que:

> Nessa disciplina jurídica é importante ter claro que o conhecimento da ascendência biológica é um verdadeiro direito, não é um dever. Em outras palavras, ninguém pode ser obrigado a conhecer sua ascendência biológica, mas todos os filhos têm o direito de conhecê-la caso o queiram, pouco importando a natureza de seus vínculos familiares (adoção tradicional, recurso às técnicas de reprodução medicamente assistida etc.). [48]

Olga Krell aponta que:

> É dado à pessoa gerada artificialmente ingressar com ação de estado para assegurar o seu direito da personalidade ao conhecimento da origem genética, sem que isso altere a filiação já estabelecida. Ao mesmo tempo, não caberia ao filho o direito de ingressar com ação para contestar a paternidade originária de reprodução heteróloga, sendo esta, privativa do marido da mãe, assim como ocorre nos casos de reprodução natural. [49]

---

[46]PETTERLE, Selma Rodrigues, op. cit., p. 176-177.

[47]WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 231.

[48] SILVA. Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos.** Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document 1/>. Acesso em. 24 set. 2015.

[49]KRELL, Olga Jubert Gouveia, op. cit., p. 188.

Para Dias, o direito a identidade deve ser preservado, podendo o filho concebido investigar sua paternidade, vejamos:

> O só fato do doador do material genético ser conhecido não impede que ocorra o registro em nome de quem consentiu com o procedimento ele inseminação. Muito tem se questionado sobre a exigência do anonimato do doador, o que subtrai do filho o direito de conhecer sua ascendência genética. Assim, não há como negar a possibilidade de o fruto de reprodução assistida heteróloga propor ação investigatória de paternidade para a identificação da identidade genética, ainda que o acolhimento da ação não tenha efeitos registrais. [50]

O Estatuto da Criança e do

Adolescente pondera o tema em seu art. 27, estabelecendo que "o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça." [51]

Nesse sentido, Dias manifesta-se da seguinte forma:

> O direito de conhecer a origem genética, a própria ascendência familiar, trata-se de preceito fundamental, um direito ele personalidade: direito individual, personalíssimo, que é necessariamente o direito à filiação. Seu exercício não significa inserção em uma relação ele família. Uma coisa é vindicar a origem genética, outra é investigar a paternidade. [52]

Nota-se, portanto, que o direito ao reconhecimento da origem genética é um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, não podendo ser negado a pessoa concebida por meio de técnicas de reprodução humana assistida heteróloga, uma vez que negar-lhe este direito, seria negar-lhe suas origens, sua própria identidade, o que passaria a desrespeitar um preceito fundamental inerente ao homem no âmbito de sua vida.

2. A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR E O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

[50]DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 403.

[51] BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 24 set. 2015.

[52]DIAS, Maria Berenice, op. cit., p. 396.

O direito, diante das diversas inovações ocorridas no campo tecnológico da biomedicina, que passou a interferir de uma forma direta na vida dos seres humanos, de modo intenso e avassalador, tem encontrado complexos desafios para que possa desenvolver e atender as necessidades da sociedade de forma eficaz.

No campo da biomedicina o que tem gerado problemas éticos e jurídicos é a falta de uma legislação especifica que tenha por finalidade regulamentar as técnicas de reprodução humana assistida, causando assim uma instabilidade no âmbito constitucional, uma vez que há uma colisão entre direitos inerentes a pessoa humana, sendo eles o direito ao anonimato do doador e o direito à identidade genética.

Para Canotilho:

> De um modo geral, considera-se existir uma colisão de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. Aqui não estamos perante um cruzamento ou acumulação de direitos (como na concorrência de direitos), mas perante um «choque», um autêntico conflito de direitos. [53]

Nesse mesmo sentido, Carvalho aborda o tema da seguinte maneira no domínio dos direitos fundamentais, quando um direito fundamental afeta diretamente o âmbito de proteção de outro, dá-se a colisão de direitos. O conflito decorre do exercício de direitos individuais por diferentes titulares. [54]

Clève e Freire define a ser a colisão de direitos aduzindo que "estas ocorrem quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular impede ou embaraça o exercício de outro direito fundamental por parte de outro titular, sendo irrelevante a coincidência dos direitos envolvidos". [55]

Fica evidente que quando existirem dois titulares de um direito que ultrapassa o limite do direito de outro, estaremos diante de colisão de direitos.

No campo da reprodução humana assistida, há uma colisão entre direitos, direitos estes que são comparados a direitos fundamentais, sendo que o direito ao anonimato do doador está ligado ao direito fundamental da intimidade, e o direito à identidade genética,

[53]CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit., p. 643.
[54]CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** 14ªed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008, p. 335.
[55]CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. **Algumas notas sobre a colisão de direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 232-233.

ao direito fundamental da personalidade, que seguem como base o princípio da dignidade da pessoa humana. [56]

O direito ao anonimato fundamenta-se na proteção do doador do material genético, no sentido de proteger o seu direito à intimidade, que está previsto no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, bem como na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013, no item IV.

Já o direito à origem genética é um direito personalíssimo, irrenunciável e imprescritível, tendo em vista que é fundado no direito de personalidade, que garante que toda pessoa tem o direito de conhecer sua origem genética.

Fica evidente a colisão entre esses dois direitos fundamentais, tendo em vista que o filho concebido por tal técnica não pode ter conhecimento da identidade de seu pai biológico, e o doador do material genético tem resguardo de sua identidade, e isso vem gerando diversas discussões, uma vez que a doutrina diverge quanto ao tema no sentido da possibilidade da quebra do sigilo do doador em razão do esclarecimento da origem genética.

Essa colisão de direitos fundamentais, para que seja analisada é necessário que se pondere cada situação, devendo ser levado em conta qual delas é apta a dar maior proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o principal no momento da resolução de conflitos, tendo em vista que esse é o que deve prevalecer.

Segundo Petterle, a Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, princípio jurídico que visa proteger a pessoa humana na sua própria essência, confirmando-a como fundamento e fim da sociedade e do Estado brasileiro. [57]

Para Moraes, a dignidade da pessoa humana:

> É um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte

[56]CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; CAMARDA, Dayane Ferreira. **Intimidade versus origem genética: a ponderação de interesses aplicada à reprodução assistida heteróloga.** Disponível em: <http://www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/32427>. Acesso em: 24 set. 2015.

[57]PETTERLE, Selma Rodrigues, op. cit., p. 175-176.

> das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito á vida privada, à intimidade, à honra, à imagem entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. [58]

Nota-se que a dignidade da pessoa humana constitui fundamentos básicos de toda ordem constitucional que busca proteger os seres humanos em sua integralidade, garantindo a eles toda a proteção fundamental no âmbito da vida.

No campo da reprodução humana assistida, o direito a dignidade da pessoa humana serve de parâmetro para decidir conflitos existentes, bem como limitar todas as atuações neste campo.

A autora Ferraz ressalta que:

> A garantia constitucional da dignidade humana é a base de toda a Bioética, e, por conseguinte, o respeito à pessoa humana manifesta-se como limitador de qualquer legislação que venha a surgir sobre reprodução humana assistida e como limite à atuação do profissional, que não pode tratar a pessoa como meio para lucrar financeiramente, tampouco para obter resultados em uma pesquisa científica utilizando-a como cobaia, mas sim, tratá-la com qualidade e respeito. [59]

Sendo assim Sarlet justifica:

> A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos. [60]

[58]MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 129.

[59] FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas consequências nas relações de família.** Curitiba: Jaruá, 2009, p. 38.

[60]SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

Observa-se que no conflito de direitos fundamentais, no caso o direito a identidade genética e direito ao anonimato do doador, o princípio da dignidade da pessoa humana serve de parâmetro para decidir qual direito deve prevalecer, uma vez que se leva em conta o direito que menos fere a dignidade da pessoa humana.

Alguns autores, na busca de uma ponderação de direitos, abordam que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo um prevalecer sobre o outro em caso de necessidade e de acordo com o caso concreto.

Nesse sentido, Cavalcante Filho explica:

> Nenhum direito fundamental é absoluto. Com efeito, direito absoluto é uma contradição em termos. Mesmo os direitos fundamentais sendo básicos, não são absolutos, na medida em que podem ser relativizados. Primeiramente, porque podem entrar em conflito entre si – e, nesse caso, não se pode estabelecer a priori qual direito vai "ganhar" o conflito, pois essa questão só pode ser analisada tendo em vista o caso concreto. E, em segundo lugar, nenhum direito fundamental pode ser usado para a prática de ilícitos. Então – repita-se – nenhum direito fundamental é absoluto. [61]

Paulo Gustavo Gonet Branco ressalta dizendo que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Até o elementar direito á vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada. [62]

Nesse contexto, nas palavras de André Ramos Tavares:

> Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais. Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material. Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada 'princípio da

[61] CAVALCANTE FILHO. João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 24 set.15

[62] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 230 e 231.

> convivência das liberdades', quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais. [63]

Embora haja uma colisão entre direitos fundamentais no caso da reprodução humana assistida heteróloga, onde a criança concebida e o doador tem seu direito fundamental garantido, nota-se que o direito não pode abstrair-se de resolver o problema por falta de uma lei específica que regulamente o caso.

Nesse sentido, levando em conta que os direitos fundamentais possam ser relativizados de acordo com o caso concreto, os doutrinadores vêm manifestando-se no sentido de utilizar-se da ponderação e harmonização de direitos para resolver os problemas causados pela reprodução humana heteróloga, sempre levando em conta a dignidade da pessoa humana.

Sarlet aborda ainda que:

> No plano da eficácia dos direitos fundamentais assume lugar de destaque o princípio da proporcionalidade e da harmonização dos valores em jogo, sugerindo-se que o limite seja, também aqui, reconduzido ao principio fundamental do respeito e da proteção da dignidade da pessoa humana, fio condutor de toda a ordem constitucional, sem o qual ela própria acabaria por renunciar à sua humanidade, perdendo até mesmo a sua razão de ser. [64]

Nesse sentido, Cavalcante Filho aduz:

> Os direitos fundamentais podem entrar em conflito uns com os outros. Nesses casos de conflito, deve ser analisado o caso concreto, com base no critério da proporcionalidade (cedência recíproca), definir qual direito deve prevalecer. Mesmo assim, deve-se buscar uma solução "de consenso", que, com base na ponderação, dê a máxima efetividade possível aos dois direitos em conflito (não se deve sacrificar totalmente nenhum dos direitos em conflito). [65]

De acordo com Konrad Hesse:

> A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é,

[63] TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 528.

[64] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.470.

[65] CAVALCANTE FILHO. João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 24 set.15

> guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental. [66]

De uma forma mais específica ao tema, Vivian cita os ensinamentos de Ferraz:

> Consequentemente, não há como sustentar, assim, que o direito à origem genética deva prevalecer sobre o direito ao anonimato do doador, à exceção dos casos de doenças quando se discute também o direito à vida, sendo imprescindível, em caso de conflito, a realização da ponderação, valendo-se o julgador, de auxilio de pareceres elaborados por equipe interdisciplinar, de modo a atender ao bem comum e afastar o principio cuja aplicação seja menos adequada à situação. [67]

Analisando o exposto, percebe-se que na Constituição Federal vigente o direito à identidade genética e o direito à intimidade, possuem a mesma proteção uma vez que são paralelos a direitos fundamentais. No entanto, quando se trata de casos reprodução humana assistida heteróloga, observa-se que os mesmos direitos se contrapõem.

Diante da contraposição dos direitos do doador e da pessoa concebida pela técnica de reprodução humana heteróloga, o maior problema jurídico que está em pauta é a falta de uma legislação especifica que regulamente o tema, fixando limites éticos e jurídicos para o caso.

Nesse sentido, diante da omissão da legislação, existem algumas soluções apontadas para que haja respostas contundentes perante a colisão de direitos fundamentais do anonimato do doador e o direito a identidade genética, dentre elas está a analise do caso concreto de uma forma ponderada e proporcional, bem como sempre levar em conta a dignidade da pessoa humana, evitando assim que sejam causados prejuízos aos doadores e receptores.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade moderna assistiu nas últimas décadas a um progresso tecnológico jamais imaginado, com a divulgação de novos avanços científicos e tecnológicos no

[66]HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 256.

[67]FERRAZ, Ana Claudia Brandao de Barros Correia apud SOUZA, Vivian de. **Reprodução Humana Assistida e Família Monoparental**. Porto Alegre: Simplíssimo, 2010, p. 36.

campo da genética humana que causaram grande impacto no ordenamento jurídico brasileiro.

Diante das profundas mudanças sofridas, decorrentes das diversas formas de conhecimento humano e novas técnicas biotecnológicas implantadas, as quais foram apresentadas à sociedade de forma benéfica e ao menos tempo avassaladora, restou-se necessário o surgimento da Bioética e do Biodireito para cuidar dos interesses humanos, estabelecendo limites éticos e jurídicos entre os progressos médicos e biotecnológicos e os abusos contra o indivíduo e toda a espécie humana.

Nesse novo contexto, buscando uma solução para problemas de infertilidade e esterilidade, surgiram as técnicas de reprodução assistida, as quais consistem na intervenção humana com o intuito de auxiliar na procriação, satisfazendo, assim, o desejo de muitas pessoas de se alcançar a maternidade ou a paternidade.

Essas técnicas de reprodução humana assistida são divididas em homóloga, que é a que utiliza o sêmen e o óvulo pertencentes ao casal, e heteróloga, que utiliza espermatozoides de um doador, ou seja, um terceiro com relação ao casal que irá se submeter ao método.

A reprodução humana hetetóloga, por utilizar-se de sêmen de um terceiro doador, é a técnica mais conflitante no sistema jurídico, uma vez que as normas jurídicas estabelecidas não abordam o tema com propriedade, deixando vago o problema causado por este tipo de técnica.

A maior problemática existente com este tipo de reprodução está no filho gerado por essa técnica querer conhecer a identidade de seu pai biológico, ou seja, aquece que doou o material genético, uma vez que, a identidade do mesmo é resguardada, conforme os ditames da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013. A partir daí, estaremos diante de uma colisão entre direitos fundamentais, quais sejam, o direito ao anonimato do doador e o direito a identidade genética.

O direito ao anonimato do doador está ligado ao direito fundamental da intimidade, e o direito à identidade genética, ao direito fundamental da personalidade, que seguem como base o princípio da dignidade da pessoa humana.

Com o conflito desses dois direitos fundamentais, verifica-se que não podem ser simplesmente excluídos um em detrimento do outro, sendo que são direitos fundamentais e garantidos a todos.

Assim, o jurista deverá sempre analisar o caso concreto, utilizando-se da ponderação e harmonização de direitos e ver qual direito deverá prevalecer em cada caso e, analisando no caso concreto qual exclusão seria menos lesiva à dignidade da pessoa humana.

Diante disso, conclui-se que há a urgente necessidade de uma lei especifica que regulamente as técnicas de Reprodução humana assistida de uma forma precisa e eficaz, pois principalmente na análise do conflito dos direitos fundamentais, percebe-se que os dois direitos fundamentais são de extrema importância, e que caso um se sobreponha ao outro haverá o ferimento da dignidade da pessoa humana, maior princípio dos direitos humanos que deve ser respeitado e acima de tudo protegido diante de todos os demais direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Christina de. **DNA e estado de filiação à luz da dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **A identidade genética do ser humano. Bioconstituição: Bioética e direito.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/8938-8937-1-PB.pdf>. Acesso em: 23 set.2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 set. 2015.

_____. **Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 2.013/2013**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf.>. Acesso em: 23 set. 2015.

_____. **Constituição Federal.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2015.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 24 set. 2015.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direito, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; CAMARDA, Dayane Ferreira. **Intimidade versus origem genética: a ponderação de interesses aplicada à reprodução assistida heteróloga.** Disponível em: <http://www.antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/32427>. Acesso em: 24 set. 2015.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional.** 14ªed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2008.

CAVALCANTE FILHO. João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindadade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 24 set.15

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. **Algumas notas sobre a colisão de direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DONIZETTI, Leila. **Filiação sócioafetiva e direito a identidade genética**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

FABRIZ, Daury Cesar**. Bioética e os Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas consequências nas relações de família.** Curitiba: Jaruá, 2009.

GAMA, Guilherme Calmom. Nogueira da. **A Nova Filiação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. **O Direito à informação e ao conhecimento da origem genética.** Bahia: Jus Podivm, 2010.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **Reprodução humana assistida e a filiação civil.** Curitiba: Juruá, 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade. DNA como meio de prova de filiação.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LÔBO. Paulo Luiz Neto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004..

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NAMBA, Edison Tetsuzo apud CAHALI, Yussef Said. **Famílias e Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

PETTERLE, Selma Rodrigues. **O direito fundamental à identidade genética na Constituição brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SALEME, Edson Ricardo. **Direito Constitucional**. Barueri: Manole, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA. Reinaldo Pereira e. **Biodireito: a nova fronteira dos direitos humanos.** Disponível em: <www.revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document 1/>. Acesso em. 24 set. 2015.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva. **O Direito Privado Contemporâneo e a família pós-moderna**. 1ª ed. Porto Alegre: Revolução eBook, 2015.

SOUZA, Vivian de. **Reprodução Humana Assistida e Família Monoparental**. Porto Alegre: Simplíssimo, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil.** 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 13º ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

CAPÍTULO IV

EMBRIONÁRIAS (IN) CONSTITUCIONALIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO

Marcos Paulo S. B. Merheb[68]
Ricardo Haddad[69]

RESUMO: Os avanços acelerados da biologia molecular e da engenharia genética trouxeram consigo iminentes danos e riscos aos direitos fundamentais e aos interesses difusos, surgindo pretensões e demandas sociais não previstas no direito positivo, submetidas diariamente à tutela jurisdicional. Quando o tema envolve a vida há grandes discussões, de caráter espiritual, moral, social, científico, jurídico e de outras ordens de ideias e entendimentos. Este trabalho apresenta conceitos básicos sobre biodireito, bioética, questões ético-jurídicas relacionadas às pesquisas com células-tronco embrionárias, os direitos do nascituro, a constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, direito a vida e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tendo como escopo a conscientização dos acadêmicos e profissionais da relevância de se ter uma conduta ética, valorativa, principalmente quando se trata de acontecimentos que coloquem em risco direitos constitucionais fundamentais Foi utilizado o método dedutivo-lógico, com análises de doutrinas, legislações, jurisprudências, jornais, etc.

PALAVRAS-CHAVE: células tronco-embrionárias; direitos do nascituro, início da vida; pesquisas constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta noções básicas sobre os aspectos jurídicos com as células. Tais pesquisas trazem uma esperança de cura para diversas doenças consideradas pela medicina como incuráveis, todavia, estas pesquisas acarretam a destruição do embrião, e exatamente nesse ponto surgem dúvidas e questionamentos por parte dos teólogos, cientistas, operadores do direito, e da sociedade em geral, tema que envolve o mais importante bem do ser humano, ou seja, a vida.

[68] Professor de Direito da Faculdade Cristo Rei – Faccrei, e-mail: marcosmerheb@hotmail.com.
[69] Professor de Direito da Faculdade Cristo Rei – Faccrei, e-mail: richaddad@hotmail.com.

As novas tecnologias trazem consigo maiores danos e riscos aos direitos fundamentais e aos interesses difusos, surgindo pretensões e demandas sociais não previstas no direito positivo, submetidas diariamente à tutela jurisdicional.

A princípio, parece não haver nada em contrário. Porém, quando se analisam aspectos jurídicos, surgem protestos acirrados, pois para alguns a manipulação de embriões equivale a uma intromissão indevida num indivíduo extremamente jovem, que não tem condições de se defender, para outros não há que se falar em ofensa a direitos, pois só são permitidas pesquisas em embriões inviáveis e fecundados *in vitro*, dentre outras restrições.

Para entender a constitucionalidade, ou inconstitucionalidade, do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Biossegurança), segundo as normas nacionais vigentes que autoriza as pesquisas com células-tronco embrionárias, há a necessidade de concatenar ideias e conceitos sobre alguns temas correlacionados com o objeto do presente estudo.

1. ASPECTOS JURÍDICOS DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

O direito à vida é inviolável, ninguém poderá ser privado arbitrariamente de sua vida, portanto, condiciona os demais direitos da personalidade. No entanto, com os avanços tecnológicos nas ciências da vida surgiram grandes debates no que diz respeito aos juízos de valores, trazendo-os consigo uma reformulação de alguns conceitos clássicos como, por exemplo, o momento em que se dá a origem da vida.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, ninguém poderá ser privado arbitrariamente de sua vida, destarte, é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção.

A respeito do significado do termo constituição, ora apresentado, o professor Walter Ceneviva explica que:[70]

> O conteúdo que deriva do conceito objetivo de constituição reside em normas sobre a produção de normas, com a predeterminação do que as regras assim criadas não

[70]CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1989. p. 11.

> podem conter. Os direitos fundamentais (vida, liberdade, segurança e propriedade) determinam positivamente e condicionam negativamente o conteúdo das leis futuras, estabelecendo limites do exercício da autoridade, inclusive os fins dela. É a Constituição como organização da autoridade governante, através de emanação das normas legislativas, com caráter lindeiro e estrutural do ordenamento jurídico.

Norberto Bobbio adepto à corrente jusfilosófica chamada "escola analítica" ou "positivismo analítico", fazendo comentários sobre a construção escalonada do ordenamento em sua fascinante obra "Teoria do Ordenamento Jurídico", assim expõe:[71]

> Que seja unitário um ordenamento simples, isto é, um ordenamento jurídico em que todas as normas nascem de uma única fonte, é facilmente compreensível. Que seja unitário um ordenamento complexo deve ser explicado. Aceitamos aqui a teoria da construção escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen. Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores.

Dessa linha de raciocínio pode-se dizer que as normas inferiores são dependentes das superiores. As normas de um ordenamento são dispostas em ordem hierárquica. Daí a importância da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro, ela é a norma fundamental, a ponta da pirâmide normativa.

Portanto, toda norma ou lei infraconstitucional deverá sempre estar em consonância com os preceitos constitucionais, sendo assim, toda norma que coloque em risco um direito fundamental correrá o risco de ser considerada inconstitucional, em consequência será inválida.

Ressalte-se que a vida além de ser um direito fundamental protegido constitucionalmente, é condicionante a outros direitos, haja vista sua condição de pré-requisito dos demais direitos.

Por sua vez, Maria Helena Diniz entende que:[72]

> A vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorrem de um dever absoluto *erga omnes*, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer. Ainda que não houvesse tutela constitucional ao direito à vida, que, por ser decorrente de norma de direito natural, é deduzida da natureza do ser humano, legitimaria aquela imposição *erga omnes*, porque o direito natural é o fundamento do dever ser, ou melhor, do direito positivo, uma vez que se baseia num consenso, cuja expressão máxima é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, fruto concebido pela consciência coletiva da humanidade civilizada.

[71]BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento Jurídico.** 10 ed. Brasília: UNB, 1999. p. 48.
[72] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 17.

Como acentua Alexandre de Moraes:[73]

> O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos, A Constituição Federal, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.

José Cretella Junior disserta sobre o direito à vida sob a ótica da Constituição Brasileira de 1988:[74]

> Bastaria que se tivesse dito "o direito" ao invés de "a inviolabilidade do direito à vida". Se "vida é um direito" garantido pelo Estado, esse direito é inviolável, embora não "inviolado". Se eu digo que é 'inviolável' (a correspondência, a intimidade, a residência, o sigilo profissional), 'ipso facto', estou querendo dizer que se trata de rol de bens jurídicos dotados de inviolabilidade (inviolabilidade da correspondência, da intimidade, da residência, do sigilo profissional).

.

Não se pode olvidar que o direito à vida é o primeiro dos direitos invioláveis, assegurados pela Constituição. Daí pode se depreender que este direito se expressa em dois sentidos: o direito a continuar vivo, e o direito de subsistência, aquele, ligado à segurança física da pessoa humana, quanto a agentes humanos ou não, que possam ameaçar-lhe a existência; este, ligado ao direito de prover à própria existência, mediante trabalho honesto.

O direito à vida tem garantia constitucional intangível, por ser uma cláusula pétrea (art.5º), portanto, contra esse direito nem mesmo há o poder de emendar. Dessa forma está protegida por toda legislação que, explícita ou implicitamente, vier a contrariá-la, por força do art. 60, §4º, da Constituição Federal.

Nesse sentido, vale trazer à baila a lição de Maria Helena Diniz:[75]

> O art. 5º da norma constitucional tem eficácia positiva e negativa. Positiva, por ter incidência imediata e ser intangível, ou não emendável, visto que não pode ser modificado por processo normal de emenda. Possui eficácia negativa por vedar qualquer lei que lhe seja contrastante, daí sua força vinculante, paralisante total e imediata, permanecendo intangível, ou não emendável pelo poder constituinte derivado, exceto por meio de revolução ou de ato de novo poder constituinte originário, criando e instaurando uma novel ordem jurídica.

[73]MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 61.
[74]CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988. p. 182.
[75] DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 9.

Vale lembrar que no dia 10 de dezembro de 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo preâmbulo já dispõe que o *"reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo*". E no artigo 3º, expressamente apresenta que "*Todo o homem tem direito à vida, à liberdade à segurança pessoal"*.[76]

Assim, fica mais do que evidente a importância dos cuidados a serem tomados em qualquer intenção que envolva a palavra vida, pois conforme exposto toda a sociedade deve ser firme na defesa dos princípios éticos.

1.1 DIREITOS DO NASCITURO

O Código Civil de 2002 dispõe que a responsabilidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, todavia, põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (art. 2º, CC).

Com uma visão protecionista Maria Helena Diniz advoga que *"se não se pode recusar humanidade ao bárbaro, ao ser humano em coma profundo, com maior razão ao embrião e ao nascituro".* Por ser a vida humana um bem anterior ao direito pode-se inferir que não é uma concessão jurídico-estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma.[77]

O mestre Sílvio de Salvo Venosa entende que cada vez mais na sociedade avulta de importância a discussão acerca do direito ao próprio corpo, sobre a doação e o transplante de órgãos e tecidos, pesquisas com células-tronco, matéria que também pertence a essa classe de direitos da personalidade, nesse sentido apresenta que:[78]

> Esses direitos da personalidade ou personalíssimos relacionam-se com o Direito natural, constituindo o mínimo necessário do conteúdo da própria personalidade. Diferem dos direitos patrimoniais porque o sentido econômico desses direitos é

[76] **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 05 dez. 2015.
[77] DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 17.
[78] VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 61.

> absolutamente secundário e somente aflorará quando transgredidos: então será pedido substitutivo qual seja uma reparação pecuniária indenizatória, que nunca se colocará no mesmo patamar do direito violentado.

A respeito do início da personalidade da pessoa humana, o conspícuo mestre Salvo Venosa explica qual posição o ordenamento jurídico brasileiro adotou:[79]

> O ordenamento brasileiro poderia ter seguido a orientação do Código Francês que estabelece começar a personalidade com a concepção. Em nosso Código, contudo, predominou a teoria do nascimento com vida para ter início a personalidade. Verificamos o nascimento com vida por meio da respiração, se comprovar que a criança respirou, então houve nascimento com vida. Nesse campo, o Direito vale-se dos ensinamentos da Medicina. Nosso estatuto contentou-se, portanto, com o nascimento com vida. Não exige que a vida seja viável, como o Código napoleônico.

Na tradição romana para a aquisição da personalidade o nascituro teria que nascer com vida, e ser viável. Deveria ter figura humana, pois negava personalidade ao *"monstrum vel progitium",* ou seja, qualquer anomalia na criança, ainda que com vida lhe era negada a capacidade de sujeito de direitos, e foi assim no direito brasileiro até o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890.[80]

No direito romano para se ter personalidade completa, exigiam-se duas condições, uma natural: o nascimento perfeito, e uma condição civil: "*status*". José Cretella Júnior explica, de forma cristalina, o que vinha a ser "nascimento perfeito" para os romanos:[81]

> Nascimento perfeito é o nascimento idôneo para gerar consequências jurídicas, devendo para isso reunir 3 requisitos: nascimento com vida, revestir forma humana e apresentar viabilidade fetal, isto é, perfeição orgânica suficiente para continuar a viver. Status é a qualidade em virtude da qual o romano tem direitos: é a condição civil de capacidade.

Hodiernamente, a grande polêmica em torno do nascituro é justamente em relação ao momento que terá início a sua personalidade jurídica, ou seja, ser considerado uma pessoa de direitos.

O professor Flávio Tartuce esclarece:[82]

---

[79]VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 61.
[80] RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 32.
[81] CRETELLA, José Júnior. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense,1968. p. 60.
[82]DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Questões controvertidas no Novo Código Civil: parte geral**. São Paulo:Método, 2007. p. 48.

> Duas são as principais teorias no tocante ao início da personalidade jurídica do nascituro: a natalista e a concepcionista. Pela teoria natalista, o nascituro não poderia ser considerado pessoa, pois, o Código Civil exigiria o nascimento com vida e o nascituro teria mera expectativa de direitos. São adeptos dessa teoria Silvio Rodrigues, San Tiago Dantas, Caio Mario da Silva Pereira e Sílvio de Salvo Venosa. Pela teoria concepcionista, o nascituro é pessoa humana, tendo seus direitos resguardados pela lei. Seguem a teoria em questão: Rubens Limongi França, Giselda Hironaka, Francisco Amaral, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz

A primeira parte do art. 2º do Código Civil é clara ao adotar a doutrina natalista: "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida". O texto não deixa margem de dúvidas, é o nascimento com vida que dá início à personalidade, todavia a segunda parte do artigo põe a salvo os direitos do nascituro, daí o surgimento de parte da doutrina em advogar a teoria concepcionista.

A respeito César Fiúza acentua:[83]

> Grande parte de nossos civilistas advoga a tese natalista. Apesar da clareza do art. 2º, há quem entenda que o Direito Brasileiro, a partir de uma visão sistêmica, adota a tese concepcionista. Já no próprio art. 2º, o Código Civil se refere a direitos do nascituro. E são vários os direitos que se pode artibuir ao nascituro, começando pelo direito à vida e prosseguindo com os direitos ao estado de filho, à representação, à curatela, à adoção, à nomeação em testamento, à sucessão aberta etc. Ora é despiciendo dizer que, segundo a lógica tradicional de nosso sistema jurídico, direitos detêm apenas as pessoas. Sendo assim, muito embora, a primeira parte do art. 2º se refira ao nascimento com vida, o Direito Brasileiro, considerado em seu todo, adota a posição concepcionista.

A palavra latina *nascituros* refere-se àquele que está por nascer, o ente gerado ou concebido que tem existência no ventre materno. É o que está em vida intra-uterina, porém não nasceu ainda e, somente se vier a nascer com vida será considerada pessoa.[84]

O fato de o nascituro ter proteção legal, para os seguidores da corrente natalista, não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade. Esta só advém do nascimento com vida. Trata-se de uma expectativa de direito.

Nesse sentido:[85]

> "NASCITURO – Proteção de seu direito, na verdade proteção de expectativa, que se tornará direito, se ele nascer vivo. Venda feita pelos pais à irmã do nascituro. As

[83]FIUZA, César.**Direito Civil: curso completo**.Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 125.
[84]PEREIRA, Tânia da Silva.**Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 152.
[85]ob. cit.

> hipóteses previstas no Código Civil, relativas a direitos do nascituro, são exaustivas, não os equiparando em tudo ao já nascido" (STF, Recurso Extraordinário 99038, 2ª T., Rel. Min. Francisco Rezek, 18-10-83).

A doutrina majoritária adota a teoria natalista, considerando que os direitos deste são mera expectativa de direitos. Todavia, não é tão simples, em que pese que o nascituro não seja pessoa, não há discussão que tenha direito à vida, e não mera expectativa.[86]

Uma das mais respeitadas defensoras da teoria concepcionista, Silmara Chinelato e Almeida preleciona que:[87]

> Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro 'por este não ser pessoa'. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art. 1º). Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade.

Nesse sentido, com uma visão concepcionista, ainda que polêmica, necessário se faz apresentar o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *verbis*:[88]

> **EMENTA**: SEGURO-OBRIGATÓRIO. ACIDENTE. ABORTAMENTO. DIREITO À PERCEPÇÃO DA INDENIZAÇÃO. O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas à capacidade de exercícios de alguns direitos patrimoniais. Apelação que se dá provimento (5fls.) (Apelação Cível n. 70002027910, sexta câmara cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, julgado em 28/03/2001.

Para o ordenamento jurídico brasileiro atual, a personalidade civil é adquirida com o nascimento, todavia existem alguns requisitos a serem observados, conforme instrui o professor Washington de Barros Monteiro:[89]

---

[86]GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: parte geral**. 7 ed.São Paulo: Saraiva, 2006. p. 38.
[87]ob. cit.
[88]GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: parte geral**. 7 ed.São Paulo: Saraiva, 2006. p. 38.
[89]MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 39ed.São Paulo: Saraiva, 2003. p. 62.

> Não basta, contudo, o simples fato do nascimento. É necessário ainda que o recém-nascido haja dado sinais inequívocos de vida, evidenciada pela docimasia hidostática de Galeno, constitui sinal concludente de que a criança nasceu com vida.

A dignidade humana, um dos fundamentos do Brasil como Estado Democrático de Direito, pode ser definida como um conjunto de direitos e deveres que, agregados, vão compor o quadro de valores do ser humano.[90]

Com forte carga de abstração, a dignidade humana é conceito jurídico indeterminado, ou seja, *"é a vaguidade semântica existente em certa norma com a finalidade de que ela, a norma, permaneça, ao ser aplicada, sempre atual e correspondente aos anseios da sociedade nos vários momentos históricos em que a lei é interpretada e aplicada*" [91]. A pessoa é um bem a ser protegido pelo estado e a dignidade é o seu valor. Trata-se de princípio absoluto, que todo estatuto jurídico deve garantir.[92]

Pressupondo-se como condição primária a vida, a integridade física e psíquica, a liberdade, a igualdade e a segurança, a dignidade da pessoa humana é a base lógica dos direitos do homem. É fundamental, para a concretização da dignidade humana, a existência de condições mínimas materiais para a vida.[93]

O Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional na qual o Brasil é signatário, em seu artigo 4º, determina: "Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito está protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção".[94]

Em relação aos tratados internacionais sobre direitos humanos, do professor Fernando Capez, retira-se o seguinte entendimento:[95]

> Havia uma discussão doutrinária acerca da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos em nosso ordenamento jurídico, tendo por fundamento o art. 5º, §2º, da CF Acabando com essa celeuma, a EC n. 45/2004 passou a prever expressamente que os tratados e convenções internacionais serão equivalentes às emendas constitucionais, somente se preenchidos dois requisitos: (a) tratem de matéria relativa a direitos humanos + (b) sejam aprovados pelo Congresso Nacional, em dois turnos, pelo quórum de três quintos dos votos dos respectivos membros (duas

[90]**Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, ano 4m, n.14, jan./mar., 2005.
[91] ABREU, Frederico do Vale. **Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado.** Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6674. Acesso em: 05 dez. 2015.
[92]**Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, ano 4m, n.14, jan./mar., 2005.
[93]**Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, ano 4m, n.14, jan./mar., 2005.
[94] CAPEZ, Fernando. **Prisão civil: Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7708. Acesso em 15 nov. 2015.
[95]ob. cit.

> votações em cada Casa do Parlamento, com três quintos de quórum em cada votação). Obedecidos tais pressupostos, o tratado terá índole constitucional, podendo revogar norma constitucional anterior, desde que em benefício dos direitos humanos, e tornar-se imune a supressões ou reduções futuras, diante do que dispõe o art. 60, §4º, IV, da CF (as normas que tratam de direitos individuais não podem ser suprimidas, nem reduzidas nem mesmo por emenda constitucional, tornando-se cláusulas pétreas).

Destarte, a vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Havendo conflito entre dois direitos incidirá o princípio do primado do mais relevante.

Acerca dos direitos à vida humana, preleciona Carlos Alberto Bittar:

> A vida humana é amparada juridicamente desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozoide (CC, art. 4º, Projeto de CC, art. 2º, Lei nº 8.974/95 e CP, ats. 124 a 128). O direito à vida integra-se à pessoa até seu óbito, abrangendo o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência, mediante trabalho honesto (art. 7º da CF) ou prestação de alimentos (arts. 5º, LXVII, e 229), pouco importando que seja idosa (art. 230), nascituro, criança, adolescente (art.227), portadora de anomalias físicas ou psíquicas (arts. 203, IV, 227, § 1º, II), que esteja em coma ou que haja manutenção do estado vital por meio de processo mecânico.[96]

No que tange à tutela penal da vida humana, o famoso penalista alemão Claus Roxin veio a São Paulo em março de 2008, a convite do jurista Damásio de Jesus, para falar sobre o assunto. Especificamente em relação ao embrião teceu alguns comentários importantes: "*Permitir que o embrião seja produzido só para pesquisa é negar a característica de ele ser um fim em si mesmo, tratando-o como um objeto.'*'[97]

Por ser o embrião a formação da vida, valor jurídico mais elevado, deve ser protegido. *"Porém, é uma forma prévia, pouco desenvolvida de ser humano, e não deve gozar de uma proteção idêntica à do homem, ainda mais fora do corpo da mãe*". Para Roxin, embriões feitos para a reprodução, que não são aproveitados, deveriam ir para pesquisa, pois seriam destruídos de qualquer forma.[98]

Cezar Roberto Bitencourt, Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilha, Espanha, discorre sobre o valor da vida:[99]

---

[96]BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 92.

[97] ROXIN, Claus. **Cinco questões sobre tutela penal da vida humana**. Disponível em: http://www2.oabsp.org.br/asp/jornal/materias.asp?edicao=49&pagina=1021&tds=7&sub=0&sub2=0&pgNovo=67. Acesso em 15 nov. 2015.

[98]Ob. cit.

[99] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penas: parte especial**. 3 ed. São Paulo: Saraiva,2003. p. 156.

> Dentre os bens jurídicos de que o indivíduo é titular e para cuja proteção a ordem jurídica vai ao extremo de utilizar a própria repressão penal, a vida destaca-se como o mais valioso. A conservação da pessoa humana, que é a base de tudo, tem como condição primeira a vida, que, mais que um direito, é a condição básica de todo direito individual, porque sem ela não há personalidade, e sem esta não há que se cogitar de direito individual.

Na mesma obra, no capítulo que trata sobre o tipo penal "aborto" o autor tece alguns comentários sobre o feto ou embrião, *verbis:*[100]

> O produto da concepção – feto ou embrião – não é pessoa, embora tampouco seja mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, como alguns doutrinadores sustentam, pois tem vida própria e recebe tratamento autônomo de ordem jurídica. Comparativamente ao crime de homicídio, apresentam-se duas particularidades: uma em relação ao estágio da vida que se protege: relativamente ao objeto, não é a pessoa humana que se protege, mas a sua formação embrionária; que em relação ao aspecto temporal, somente a vida intrauterina, ou seja, desde a concepção até momentos antes do início do parto.

Nessa ótica, Rogério Greco expõe:[101]

> O delito de aborto encontra-se no Capítulo I do Título I do Código Penal, correspondente aos crimes contra a vida, razão pela qual, de acordo com a sua própria situação topográfica, o bem juridicamente protegido, de forma precípua, por meio dos três tipos penais incriminadores, é a vida humana em desenvolvimento: O objeto material do delito de aborto pode ser o óvulo fecundado, o embrião ou o feto. Razão pela qual o aborto poderá ser considerado ovular (se cometido até os dois primeiros meses de gravidez), embrionário (praticado no terceiro ou quarto mês de gravidez) e por último, fetal (quando o produto da concepção já atingiu os cinco meses de vida intrauterina e daí em diante).

Em resumo, o direito à vida por apresentar ubiquidade, haja vista à sua proteção jurídica em qualquer ramo do direito, deve ser protegida contra quem quer que seja, em respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF).

Hoje em dia, com os notórios avanços da biotecnologia, as questões que envolvem o nascituro tornaram-se mais complexas. Surgem vários questionamentos como, por exemplo: um óvulo fertilizado *in vitro* e não implantado no útero seria um nascituro?

---

[100]ob. cit.
[101]GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penas: parte geral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus,2007. p. 237.

Nessa Linha de pensamento a professora Silmara J.A. Chinelato e Almeida esclarece que:[102]

> Com ligações hauridas na Medicina e na Biologia, há de se ressalvar que, na fecundação in vitro, não se poderá falar em 'nascituro' enquanto o ovo (óvulo fertilizado in vitro) não tiver sido implantado na futura mãe, impondo-se, pois, o conceito de 'nascituro' sempre e apenas quando haja gravidez, seja ela resultado de fecundação in anima nobile (obtida naturalmente ou por inseminação artificial), seja de fecundação in vitro.

Conclui-se com o exposto supra que apesar de, sem dúvida alguma, haver vida humana em um óvulo fertilizado *in vitro*, esta estaria apenas concebida, mas não em formação, haja vista que, para isso, seria necessário o ambiente adequado, qual sejam o útero materno ou outro dispositivo tecnológico que o substitua. Portanto não se trata de nascituro, tampouco um feto que está por nascer.

1.2. DIREITO COMPARADO

Muitos países estão investindo em pesquisas com células-tronco embrionárias, entre eles Inglaterra, França, Israel e Estados Unidos, na Califórnia, por exemplo, o Governador Arnold Schwarzenegger, destinou US$ 3 bilhões para estudos com estes tipos de células, com isso, a prestigiosa Universidade de Harvard fundou um centro especializado em células-tronco embrionárias.[103]

[102]BELLING, Ruth Helena. **Em defesa das pesquisas com células-tronco embrionárias**. Disponível em: http://www.jornalorebate.com.br/site/index.php/EM-DEFESA-DA-PESQUISA-COM-CELULAS-TRONCO-EMBRIONARIAS.html. Acesso em 08 dez. 2015.
[103]BELLING, Ruth Helena. **Em defesa das pesquisas com células-tronco embrionárias**. Disponível em: http://www.jornalorebate.com.br/site/index.php/EM-DEFESA-DA-PESQUISA-COM-CELULAS-TRONCO-EMBRIONARIAS.html. Acesso em 08 out. 2015.

A figura 3[104] apresenta como são as leis em outros países sobre pesquisas com embriões, demonstra que não é pacífico o entendimento da livre pesquisa com células-tronco embrionárias em nível supranacional, porém é notório que a maioria dos países desenvolvidos é favorável às pesquisas.

Figura 1 Quadro comparativo da legislação internacional

1.3. LEI DE BIOSSEGURANÇA

Insta salientar que o desenvolvimento e uso de biotecnologias oriundas da engenharia genética não são atividades proibidas por lei no Brasil, sendo regulamentadas desde 1995 (Lei nº 8.974/95).

[104] **International Society for Stem Cell Research**. Disponível em: http://www.jornalorebate.com.br/site/index.php/EM-DEFESA-DA-PESQUISA-COM-CELULAS-TRONCO-EMBRIONARIAS.html. Acesso em 25 out. 2015.

Procurando sanar os problemas de sistematização entre a Lei nº 8.974/95 que regulamentava os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo normas para o uso das técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados e as legislações do meio ambiente, saúde e agrotóxicos, o governo federal propôs a elaboração de uma nova lei, que reformulava o sistema de biossegurança tendo como escopo melhorar significativamente sua sistematização com as legislações supramencionadas.

No dia 24 de março de 2005, foi publicada a Lei Federal nº 11.105/2005, estabelecendo *"normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados"*, sendo criado o "Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS", reorganizando a "Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio" e dispondo sobre "a Política Nacional de Biossegurança – PNB", além de outras providências limitativas e reguladoras.[105]

Esta Lei regulamenta a pesquisa com células-tronco embrionárias humanas, aprovada por deputados e sancionada pelo presidente Lula Inácio Lula da Silva, autoriza, em seu artigo 5º, o uso em pesquisas científicas de embriões gerados em clínicas de fertilização *in vitro* e congelados há mais de três anos, a partir daquela data ou aqueles sem qualidade para serem implantados no útero, em pesquisas científicas, *verbis*:[106]

> Art. 5o É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
> I – sejam embriões inviáveis; ou
> II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.
> § 1o Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.
> § 2o Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.
> § 3o É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

[105] **Lei de Biossegurança nº11.105/2005**. Disponível em: http://www.dji.com.br/leis_ordinarias/2005-011105/2005-011105-01-07.htm. Acesso em 15 nov. 2015.
[106] ob. cit.

Por outro lado, a clonagem (terapêutica ou reprodutiva) foi vedada pelo artigo 6º, inciso IV, da mesma lei:

Essa técnica, chamada de fertilização *in vitro*, também conhecida por fecundação artificial, é um método de reprodução assistida, destinado a superar a infertilidade conjugal ou a dificuldade de gerar, pelo método natural, descendentes.

Na prática, retiram-se diversos óvulos para serem fecundados simultaneamente, evitando-se a necessidade de submeter a paciente a sucessivos procedimentos de estimulação da ovulação e aspiração folicular a cada tentativa de fecundação e desenvolvimento do embrião.[107]

Para o sucesso da técnica, tendo como referência a evolução da medicina em nosso país, ainda se faz necessária a coleta de óvulo em número superior a um, pois quanto maior o número de embriões formados e transferidos, maior será a probabilidade de sucesso. Quanto a esse fato, a Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, considerou que o número ideal de pré-embriões a serem transferidos não deve ser superior a quatro (inciso I, 6).[108]

Nesse sentido expõe César Fiúza, *verbis*:[109]

> A grande discussão da atualidade é o que fazer com os embriões excedentes. Em outras palavras, quando ocorre a fertilização in vitro, extra-uterina, vários óvulos são fertilizados e implantados, mas vários sobram. O que fazer com esses excedentes? Podem ser preservados em ambiente criogenado. Mas até quando? Para sempre? Qual o sentido dessa preservação eterna, se não se estaria dando àqueles embriões possibilidade de se desenvolver? São perguntas sem resposta, que devem ser estudadas com muita calma, sem radicalismo e preconceito. Há de se ter em mente que a ciência deve desenvolver-se. De nada adiantam proibições extremadas. O único resultado seriam a informalidade e a ilegalidade em que incorreriam as pesquisas científicas, que, de todo modo, não se deteria. A ciência deve ser deixada livre, ou seja, é a própria comunidade científica que, responsavelmente, reunida em conselhos de ética, deve traçar seus limites.

1.4 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

[107]VELASCO, Carolina Altoé. **Aspectos jurídicos do embrião e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/carolina_altoe_velasco.pdf. Acesso em 15 out. 2015.
[108]ob. cit.
[109]FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Partindo da premissa maior que a Carta Magna é a matriz do ordenamento jurídico, este é moldado naquela. Toda norma infraconstitucional deve observar as regras e os princípios inseridos na Constituição.

Acerca da inconstitucionalidade das leis, preleciona Walter Ceneviva:[110]

> Quando a perfeita coincidência inexistir, tem-se a inconstitucionalidade, cujo principal mecanismo de declaração é a ação direta de inconstitucionalidade. Através dela, as autoridades e as instituições indicadas no art. 103 da CF podem pedir ao Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público.

A Lei nº 9.868/99 dispõe sobre o procedimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade. As decisões são irrecorríveis, salvo embargos declaratórios (art. 26). Têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação ao Judiciário e órgãos do Poder Público (art. 28, parágrafo único), não podendo, após decisão do Supremo Tribunal Federal, haver qualquer decisão em contrário.

Para o ex Procurador Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, a Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança) não observa "*a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir o fundamento maior do Estado democrático de direito*".

No dia 30 de maio de 2005, Cláudio Fonteles, Procurador Geral da República, à época, ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, face o artigo 5° da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05) que permite o uso de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia, sob o argumento que tal dispositivo contraria a inviolabilidade do direito à vida humana previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal.

O relator do processo Ministro Carlos Ayres Britto, a pedido da Procuradoria Geral da República, determinou a realização de uma audiência pública no Supremo Tribunal Federal, com autoridades do mundo científico, no dia 20 de abril de 2007, para ser discutida a questão do início da vida humana.

[110]CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1989.

No dia 5 de março de 2008, a Suprema Corte iniciou o julgamento sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510. O relator Ministro Carlos Ayres Britto, entendeu ser improcedente o pedido formulado na ação. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito pediu vista dos autos, ficando suspensa a votação, todavia, a Ministra Ellen Gracie, presidente do Tribunal, antecipou seu voto, acompanhando o relator, manifestou-se pela improcedência do pedido.

Sobre o voto do Ministro Carlos Ayres Britto, o Memorial sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0, apresentou resumidamente a linha de raciocínio do relator:[111]

> O relator alegou em síntese, que a proteção constitucional do direito à vida não atinge o embrião humano fertilizado in vitro. Isso se deve ao silêncio da Constituição Federal sobre o início da vida humana ("silêncio de morte", segundo trocadilho formulado pelo ministro) e à afirmação contida no artigo 2º (primeira parte) do Código Civil de que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida". O nascituro então, conclui o ministro, não é pessoa, mas expectativa de pessoa. Não tem direitos, mas expectativa de direitos. A inviolabilidade do direito à vida só é garantia para o nativivo, ou seja, para aquele que nasceu com vida, pois só este é pessoa.

Sem personalidade e proteção jurídica, nada impede, segundo o ministro, que o embrião congelado seja usado para superar o incômodo alheio, em benefício da saúde e da ciência. O Ministro relator rebateu o argumento de que o artigo seria inconstitucional, devido à garantia constitucional do direito à vida, e de que o embrião já teria vida. *"Vida humana é o fenômeno que transcorre entre o nascimento e a morte cerebral. No embrião o que se tem é uma vida vegetativa que se antecipa ao cérebro*". Argumentou que há diferença entre o embrião congelado e do formado no útero da pessoa.

A Ministra Ellen Gracie foi categórica em seu voto. "*Não constato vício de inconstitucionalidade. Segundo acredito, o pré-embrião não acolhido no útero não se classifica como pessoa*".[112]

O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito votou pela "inconstitucionalidade parcial" do artigo 5º da Lei de Biossegurança, propondo modificações no artigo, Propôs

[111]LEMOS JUNIOR, Ivaldo; et al. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.510-0 Brasília: memorial**. Disponível em:http://www.providaanapolis.org.br/meadi3510.htm#_Toc195506761. Acesso em: 15 nov. 2015.
[112]Folha online. **Veja íntegra de votos dos ministros do STF sobre pesquisas com embriões**. Disponível em:http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u406900.shtml. Acesso em: 19 jun. 2015.

que as pesquisas com células-tronco embrionárias fossem feitas de uma forma que não destruísse o embrião:[113]

> O embrião é, desde a fecundação, mais presentemente, desde a união dos núcleos do óvulo e do espermatozoide, um indivíduo, um representante da espécie humana, que terá a mesma carga genética de um feto, de uma criança, de um adulto, de um velho.

A Ministra Cármen Lúcia votou a favor das pesquisas com células-tronco embrionárias:

> Sua utilização é uma forma de saber para a vida. Essa é a natureza da pesquisa cientifica com células-tronco embrionárias, que não afronta, mas busca ampliar a vida. [A pesquisa] não apenas não viola o direito à vida, antes torna-se parte da existência humana, porque vida não seria.

O Ministro Ricardo Lewandowski pediu restrições às pesquisas com células-tronco. Acompanhando a linha de pensamento do Ministro Carlos Alberto acolheu parcialmente a ação e pediu que a lei fosse modificada de forma que as pesquisas só fossem feitas com embriões inviáveis que não se dividiram espontaneamente.

O Ministro Eros Grau sugeriu que fossem feitas modificações na Lei de Biossegurança, o que imporia restrições à pesquisa. Para ele as células-tronco usadas nas pesquisas deveriam ser apenas aquelas obtidas a partir de óvulos que não se dividiram espontaneamente, que a pesquisa fosse previamente autorizada pelo Ministério da Saúde e que os óvulos fossem apenas aqueles provenientes de fertilização in vitro exclusivamente para a reprodução humana.

O Ministro Joaquim Barbosa pediu a improcedência da ação. Para o Ministro, a proibição das pesquisas com células embrionárias, nos termos da lei, "*significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e os benefícios que dele podem advir*".

O Ministro Cezar Peluso entendeu que as pesquisas não ofendem o direito à vida, haja vista que os embriões congelados não equivalem a pessoas. Porém, chamou atenção para a importância de que essas pesquisas sejam rigorosamente fiscalizadas, ressaltou a necessidade de o Congresso aprovar instrumentos legais para esse fim.

O Ministro Marco Aurélio Mello votou a favor das pesquisas científicas com células-tronco embrionárias.

---

[113]ob. cit.

> Aqui não se trata de questionar a gestante a ficar fisicamente conectada a outra, mas sim de definir o destino dos óvulos fecundados que fatalmente seriam destruídos e que podem e devem ser aproveitados na tentativa de progresso da humanidade.

O Ministro Celso de Mello entendeu que a lei aprovada pelo Congresso deu aos embriões que seriam descartados por ser inviável "uma destinação mais nobre". Todos esses embriões serão fadados ao lixo sanitário. No que tange às afirmações de que a lei contraria o direito à vida, foi preciso: *"Um ovo ou embrião que não pode ser implantado em útero não tem potencial de ser um ser humano".*

Gilmar Mendes fez ressalvas à legislação, por considerar que a norma brasileira possui deficiências. O Ministro foi taxativo ao dizer que *"causa perplexidade"* perceber que no Brasil esse tema seja regulamentado por apenas um artigo. Para ele a lei deixa de destinar um órgão central para a fiscalização das pesquisas, vinculado ao Ministério da Saúde.

Diante do exposto, infere-se que 06 (seis) dos 11 (onze) ministros do Supremo votaram pela manutenção do artigo 5º artigo da Lei de Biossegurança, que permite a utilização, em pesquisas, das células-tronco embrionárias fertilizadas *in vitro* que não foram utilizadas, com as ressalvas que os incisos do dispositivo impõem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certo é que, em que pese às guerras e os crimes, o século XX, trouxe melhoras para a vida, com as descobertas científicas em relação à saúde da espécie humana, valorizou-se o ser humano em seus direitos, todavia deixou um legado repleto de dilemas ético-jurídicas em razão de fatos como: avanço da biologia molecular e da engenharia genética; Projeto Genoma Humano, o incipiente mercado genético, dentre outros.

Sugere-se que haja uma adaptação do direito, devido ao estado atual dos inusitados progressos biotecnológicos. Com a questão da possibilidade da manipulação da vida, insurge, obviamente, uma programação de educação em bioética e biodireito para toda a sociedade, haja vista sua incipiência frente aos avanços supramencionados. Deverá

haver uma nova conduta ética para essa era biotecnológica do século XXI, com regras deontológicas de tomada de consciência de cada indivíduo ligado a cientista, visando sempre o respeito à dignidade da pessoa humana.

Conclui-se que, diante dos resultados da pesquisas de modo geral, a única garantia certa é que sem pesquisa nunca haverá tratamento, porém o grande desafio do século XXI será desenvolver controles aos exageros advindos das pesquisas científicas e pelo desequilíbrio do meio ambiente.

Não há como tirar conclusões definitivas sobre o potencial terapêutico das células-tronco, pois dependem de inúmeros fatores:

> 1. Com os dados atuais não é possível afirmar qual é o melhor entre os diferentes tipos de células-tronco identificados.
> 2. É necessário continuar as linhas de pesquisas nos dois tipos de células-tronco, embrionárias e adultas.
> 3. Por fim, são necessárias prudência, paciência e perseverança, além de rigor nos controles dessas pesquisas, sendo guias fundamentais para o progresso científico caminhar em harmonia com a dignidade da pessoa humana.

Pelo voto acirrado dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança, restou comprovado que está longe de haver um entendimento pacífico sobre o momento em que o ordenamento jurídico brasileiro considera o início da vida humana e o protege, e se as células-tronco embrionárias, assim como o nascituro, têm direitos, ou mera expectativas destes. Por enquanto a linha natalista continua mantida, destarte foram consideradas constitucionais as pesquisas com células-tronco embrionárias no país.

Por fim, a Carta Magna de 1988 estabeleceu, entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, demonstrando o reconhecimento de que o indivíduo há de se constituir a essência primordial da ordem jurídica. Trata-se do maior princípio fundante do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ABREU, Frederico do Vale. **Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado.** Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6674.

BELLING, Ruth Helena. **Em defesa das pesquisas com células-tronco embrionárias**. Disponível em: http://www.jornalorebate.com.br/site/index.php/EM-DEFESA-DA-PESQUISA-COM-CELULAS-TRONCO-EMBRIONARIAS.html.

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 1992.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penas: parte especial**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento Jurídico.** 10 ed. Brasília: UNB, 1999.

Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 4m, n.14, jan./mar., 2005.

Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 4m, n.14, jan./mar., 2005.

Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano 4m, n.14, jan./mar., 2005.

CAPEZ, Fernando. **Prisão civil: Pacto de São José da Costa Rica**. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7708.

CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1989.

CRETELLA, José Júnior. **Curso de Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense,1968.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. vol. I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. **Questões controvertidas no Novo Código Civil: parte geral**. São Paulo: Método, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil: parte geral**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penas: parte geral**. 8 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

LEMOS JUNIOR, Ivaldo; et al. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.510-0 Braília: memorial**. Disponível em: http://www.providaanapolis.org.br/meadi3510.htm#_Toc195506761.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral**. 39ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2000

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROXIN, Claus. **Cinco questões sobre tutela penal da vida humana**. Disponível em: http://www2.oabsp.org.br/asp/jornal/materias.asp?edicao=49&pagina=1021&tds=7&sub=0&sub2=0&pgNovo=67. Acesso em 15 nov. 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VELASCO, Carolina Altoé. **Aspectos jurídicos do embrião e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/campos/carolina_altoe_velasco.pdf.

Capítulo V

DIREITO À EDUCAÇÃO HOSPITALAR: A INTEGRAÇÃO ENTRE EDUCAÇÃO E SAÚDE NA PROMOÇÃO DA INCLUSÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES HOSPITALIZADOS

RIGHT TO EDUCATION IN THE HOSPITAL ENVIRONMENT: THE INTEGRATION BETWEEN EDUCATION AND HEALTH IN THE INCLUSION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS HOSPITALIZED

Danielle Regina Bartelli Vicentini[114]
Ilton Garcia da Costa[115]
Ivana Nobre Bertolazo [116]

RESUMO: Mesmo com todas as garantias constitucionais previstas nos artigos 205 a 214, o direito à educação, no Brasil, ainda se apresenta como uma promessa a muitos cidadãos. Diversas circunstâncias podem interferir na permanência escolar ou nas condições de construção do conhecimento, impedindo a frequência escolar, temporária ou permanente. É o caso dos educandos que se encontram hospitalizados, privados, muitas vezes, do convívio social e submetidos a longos tratamentos invasivos. Neste contexto, as classes hospitalares buscam oferecer a crianças/adolescentes, em período de internação, a valorização de seus direitos, a fim de promover-lhes além de acesso à saúde

[114]Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro do GPCERTOS – Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais da UENP. Graduada em Letras pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC/PR. Professora dos Cursos de Graduação em Direito e de Pós-Graduação (FACNOPAR). Advogada (OAB/PR).

[115]Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, Pós Doutorando pela Universidade de Coimbra. Professor do Programa de Doutorado, Mestrado e da Graduação em Direito da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, líder do Grupo de Pesquisa em Constitucional, Educacional, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS da UENP, Mestre em Administração pelo UNIBERO, Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB SP (2013 à 2015), Vice Presidente da Comissão de Estágio da OAB SP(2013 à 2015), membro da Comissão de Direito Constitucional e da Comissão de Direito e Liberdades Religiosas da OAB SP(2016à 2018), Avaliador Institucional e de Cursos pelo MEC - INEP. Especialista em Formação Profissional – Alemanha, Matemático, Advogado. E-mail: iltoncosta@uenp.edu.br e iltongarcia@gmail.com.

[116] Mestre em Ciência Jurídica (UENP). Especialista em Filosofia Política e Jurídica (UEL). Especialista em Metodologia de Ação Docente (UEL). Bacharel em Direito (UEL). Professora dos Cursos de Graduação em Direito e de Pós-Graduação (FACNOPAR). Professora no Curso de Pós-Graduação Latu Sensu de Direito Internacional e Econômico (UEL). Coordenadora e colaboradora em projetos de ensino e extensão (FACNOPAR). Advogada (OAB-PR). Autora de livros e artigos

e educação, a inclusão após a alta hospitalar. A metodologia utilizada na elaboração do presente artigo foi a interpretativa indutiva com base em bibliografia variada.

PALAVRAS-CHAVE: classes hospitalares, direito à educação, direito à saúde, direito fundamental, inclusão e humanização.

ABSTRACT: Even with all the constitutional guarantees provided in Articles 205-214, the right to education in Brazil still presents itself as only a promise to many citizens. Several circumstances can interfere with the permanency in school or with the conditions in which knowledge is acquired, preventing the attendance to school, temporary or permanent. This is the case of students who are hospitalized,deprived from social contact and subjected to long invasive treatments. In this context, hospital classes seek to provide the children / adolescents in hospital stay the valorization of their rights, in order to provide them not only access to health and education, but also social inclusion after hospital discharge. The method used in this work was inductive followed by an updatedliterature.

KEYWORDS: hospital classes, right to education, right to health, fundamental rights, inclusion and humanization

INTRODUÇÃO

O direito à educação, enquanto direito humano fundamental, não deve restringir-se apenas em garantir o acesso aos bancos escolares. A educação deve transcender o mero processo de ensino/aprendizagem, favorecendo, acima de tudo, o desenvolvimento da pessoa humana como um todo, levando-a a exercer sua cidadania.

Ademais, inquestionável que o direito à educação, enquanto norma constitucional, deve ser garantido a toda e qualquer pessoa, indiscriminadamente, servindo de base para a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Contudo, tal universalidade encontra diversas barreiras, sejam de ordem econômica, social ou mesmo física. É o caso de crianças/adolescentes que se encontram hospitalizados, impossibilitados de frequentar as salas de aula. Muitas vezes, devido ao longo tempo de tratamento a que são submetidos, o jovem abandona a escola e a escola acaba por abandoná-lo.

Nesse contexto, as classes hospitalares surgem em meio à constatação da necessidade de assegurar a crianças e adolescentes hospitalizados a continuidade do Direito à Educação. Ademais, a educação em ambiente hospitalar acaba por promover a

socialização e valorização da autoestima dos educandos, de forma que possibilite um enfrentamento menos traumático desse momento tão peculiar, que é a hospitalização.

A escola no hospital não se trata de uma escola propriamente dita, com suas edificações e estrutura física, mas sim uma escola com a amplitude que o processo educativo necessita. Uma escola que rompe com os limites arquitetônicos, não se prendendo a paredes ou locais específicos.

O atendimento educacional hospitalar deve estar vinculado aos sistemas de educação das Secretarias Estaduais e Municipais de Educação, como também às direções clínicas dos sistemas e serviços de saúde em que se localizam. De acordo com a legislação vigente, compete às Secretarias de Educação atender à solicitação dos hospitais para o serviço de atendimento pedagógico hospitalar, a contratação de professores, bem como a provisão de recursos financeiros e materiais.

A participação do educando em classe hospitalar faz com que este se perceba como membro do grupo e continue a se desenvolver, não apresentando tantos prejuízos acadêmicos e sociais quando retornar ao cotidiano escolar. Dessa forma, a prática da educação em ambiente hospitalar procura inserir a criança ou o adolescente enfermo novamente em seu meio educacional e principalmente social, bem como auxiliar na humanização do tratamento durante o período de internação.

1. A EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL: UM DIREITO DE TODOS

O Direito à Educação é um dos direitos fundamentais de segunda geração, também chamado de direito social, previsto em nossa Constituição Federal em seu artigo 6º. Mais adiante, no artigo 205, a educação é definida como "direito de todos e dever do Estado e da família", prosseguindo ainda que será "promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

O artigo 206 da CF/88 dispõe os princípios que devem nortear o ensino, dentre eles a igualdade de condições para o acesso e permanência, liberdade de aprender, ensinar, pesquisar, e divulgar o pensamento, a arte e o saber, pluralismo de ideias, gratuidade e gestão democrática. Já o artigo 208 estabelece o dever do Estado na prestação

educacional, bem como a forma de sua efetivação. Enquanto o artigo 214 afirma ainda, que as ações do Poder Público devem conduzir à universalização do atendimento escolar.

Dessa forma, o direito fundamental à educação exige prestações positivas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas por meio de normas constitucionais, a fim de possibilitarem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a concretizar a igualização de situações sociais.

> Uma das funções dos direitos fundamentais ultimamente mais acentuada pela doutrina (sobretudo a doutrina norte-americana) é a que se "pode chamar função de não discriminação". A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. (CANOTILHO, 1999, p. 385)

Na tentativa de construir um conceito de Direitos Fundamentais, poder-se-ia dizer que, inicialmente, seriam os interesses jurídicos previstos na Constituição, os quais o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas, ou seja, é o mínimo necessário para a existência da vida humana (BREGA FILHO, 2002, p. 66).

> Assim, o direito à educação, enquanto direito humano fundamental, tem sido tematizado por inúmeros documentos, movimentos e campanhas de afirmação e legitimação, uma vez que a educação não apenas se caracteriza como um direito da pessoa, mas também como seu elemento constitutivo. Por isso, está relacionado à construção de uma sociedade igualitária, mais justa e democrática, na medida em que é um direito inalienável de todos os seres humanos, devendo ser ofertado a toda e qualquer pessoa.
>
> Como é sabido, não é suficiente que a Constituição contemple um extenso rol de direitos fundamentais para que os mesmos sejam efetivados. É necessário que os poderes do Estado confiram aos cidadãos a proteção e a efetividade desses, a fim de se alcançar a proclamada sociedade livre, justa e solidária.
>
> No entendimento de Flávia Piovesan (2012, p. 438) com a Constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos e garantias fundamentais constituem os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Assim, ainda segundo a autora, se conjuga o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, particularmente das normas concernentes a direitos e garantias fundamentais que hão de alcançar a maior carga de efetividade possível, pois o princípio vem a consolidar o alcance interpretativo que se propõe relativamente aos parágrafos do art. 5º do Texto.
>
> Quando se fala em efetividade, o que se busca é a faculdade da norma em produzir um efeito real, ou seja, a capacidade de se produzir o objetivo que dela se espera. Há, portanto, uma diferenciação entre os conceitos de eficácia e efetividade. Valter Foleto Santin numa tentativa de classificação constitucional dispõe ser eficiência o gênero, enquanto eficiência em sentido estrito, eficácia e efetividade seriam suas espécies. Dessa forma, a eficiência seria o processo todo, desde o planejamento, a realização, o resultado final e as consequências da atuação administrativa. Em outras palavras, eficiência em sentido estrito seria o processo de atuação da atividade pública e os ingredientes e componentes do processo; eficácia seria o resultado, o produto final; efetividade seria a concretização do resultado (SANTIN, 2013, p. 89).

> Infelizmente, é notório que problemas como a efetividade dos direitos fundamentais sociais, como a educação, são próprias de países como o Brasil, onde o Estado não assegura o mínimo essencial ao desenvolvimento das pessoas.

Segundo José Afonso da Silva "A educação como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana e, por isso, tem que ser comum a todos. É essa concepção que a Constituição agasalha nos artigos 205 a 214, quando declara que ela é um direito de todos e dever do Estado" (2000, p. 711).

> Assim, é inquestionável a forte relação entre o princípio constitucional da dignidade humana e o direito à educação, não só por voltar-se à tutela da dignidade da pessoa, como também por preservar elementos culturais da personalidade e da identidade social. Isso, porque, a educação é capaz de fornecer os meios necessários para que o indivíduo reverta sua realidade e se prepare para um futuro mais promissor, convivendo entre iguais, tornando-se sujeito consciente de seus direitos e deveres.

Paulo Freire assim discute a questão em sua obra "Pedagogia da autonomia": "Fala-se exclusivamente do ensino de conteúdo, ensino lamentável quase sempre entendido como transferência do saber […]. Ensinar não é transferir conhecimento, mas criar possibilidades para a sua própria produção ou a sua construção" (1996, p. 19-21).

> Ademais, deve ser vista como um empreendimento coletivo, pois se baseia na transmissão de conhecimento técnico, aliado a valores éticos construídos pela sociedade em que o educando está inserido, a fim de proporcionar-lhe o crescimento intelectual e social, com a finalidade de formar o cidadão para ser membro ativo da sociedade, assegurando-lhe a interação paritária e, consequentemente, a sua inclusão social (GÖTTEMS, 2013, p.45).

Também pode ser explicada como "um processo contínuo de informação e de formação física e psíquica do ser humano para uma existência e coexistência: o individual que, ao mesmo tempo, é social" (GARCIA, 1988. p.59).

> Entretanto, mesmo com todo o amparo legal, o direito à educação no Brasil, em termos de garantia de acesso, permanência e qualidade de ensino ainda tem muito que progredir. Há, pois, um abismo entre o direito proclamado e o direito efetivamente desfrutado.

Estamos diante de uma triste realidade do ensino público, ante a escassez de recursos materiais e humanos voltados para uma educação de qualidade. Também faltam

estruturas de apoio à continuidade da criança e adolescente na escola, já previstas constitucionalmente, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Por vezes, essas estruturas de apoio dizem respeito aos profissionais ligados ao aparato educacional, mormente essenciais no trato com a comunidade, principalmente com a família dos educandos (CIENA, 2013, p.18).

Como bem retratou Rubem Alves (excerto do texto Educar): "A educação se divide em duas partes: educação das habilidades e educação das sensibilidades... Sem a educação das sensibilidades, todas as habilidades são tolas e sem sentido".

Assim, pensar no direito à educação deve ultrapassar a garantia constitucional de que o educando tenha o direito de frequentar os bancos escolares, devendo ser responsável também em fornecer elementos para a construção do pensamento humano, do senso crítico, da sociabilidade e outros valores.

À educação e ao ensino cabem o papel de permitir e viabilizar o desenvolvimento da pessoa, enquanto ser social, em sentido mais amplo, possibilitando o pleno desenvolvimento humano, a solidariedade, o preparo para a cidadania, ou seja, a justiça social (COSTA, 2010, p.48).

> A criação do atendimento educacional em ambientes hospitalares é fruto do reconhecimento formal, de que independentemente do tipo e período de internamento, esses alunos são sujeitos de direito e devem ter seus direitos respeitados

A classe hospitalar, como um atendimento da educação Especial, que visa responder às necessidades educacionais especiais da pessoa enferma (flexibilização de tempo e espaço, reconhecimento das potencialidades e das limitações decorrentes do estado de saúde, respeito ao ritmo e às condições de saúde, utilização de tecnologias assistivas), é uma forma de atendimento diferenciado que leva à inclusão de direitos e evita a exclusão social/escolar. (ASSIS, 2009. p.160)

Neste cenário, a classe hospitalar busca o atendimento educacional pautado nas potencialidades individuais da criança e do adolescente enfermos. Mais do que garantir o direito de acesso à educação, o atendimento educacional em ambiente hospitalar contribui para que a educação se transforme em "remédio" contra o sofrimento físico, emocional e social dos educandos que se encontram submetidos a longos tratamentos de saúde.

2. DO DIREITO DE ACESSO À EDUCAÇÃO EM AMBIENTE HOSPITALAR: ANÁLISE LEGISLATIVA

De acordo com dados analisados por Marcos Mazzota nos registros da Santa Casa da Misericórdia de São Paulo, o atendimento educacional em ambiente hospitalar teve início por volta de 1931, na gestão do Secretário de Educação Professor Lourenço Filho. As classes que se seguiram (1932, 1948, 1950 e 1969) foram denominadas de "classes hospitalares", configurando a modalidade "ensino hospitalar", onde cada professora apresentava uma programação de atendimento individualizado aos alunos que se encontravam hospitalizados. Em 1982 há registros de dez classes hospitalares em funcionamento no Hospital Central da Santa Casa da Misericórdia de São Paulo (MAZZOTA, 2011).

Durante muito tempo, o que se viu foram legislações espaçadas sobre o assunto, como o Decreto nº 1044/69, sobre o atendimento domiciliar com o acompanhamento da escola em caso de alunos que necessitam de tratamento especial, bem como a Lei nº 6.202/75, no caso da aluna gestante, garantindo a partir do oitavo mês de gestação e durante os três meses seguintes o regime de exercícios domiciliares.

A Constituição de 1988 afirmou ser a educação um direito de todos, preocupando-se com a questão da individualidade (arts. 205 a 214), ao estabelecer que será efetivada mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino "segundo a capacidade de cada um".

Com o advento da Lei nº 7.853/89, artigo 2º, inciso I, alínea "d", surge a obrigatoriedade de programas de Educação Especial em unidades hospitalares. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90, mais especificamente nos artigos 4º, 7º, 11º, 53º e 57º, procurou abordar a garantia e direitos para crianças e adolescentes que se encontravam em condições de hospitalização, mas de forma genérica.

Também nessa década, documentos como a Declaração Mundial de Educação para Todos (1990), a Declaração de Salamanca (1994) e a publicação pelo Ministério da Educação e do Desporto da Política Nacional de Educação Especial (1994) passam a influenciar a formulação das políticas públicas da educação hospitalar.

Dentre leis específicas sobre a questão, foi publicado em 17 de outubro de 1995 "Os Direitos da Criança e do Adolescente Hospitalizados", através do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), por meio da Resolução 41/95, no qual o artigo 9º aborda que estes têm "direito de desfrutar de alguma forma de recreação, programas de educação para a saúde, acompanhamento do curriculum escolar durante sua permanência hospitalar".

Em 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/96 – LDBEN - dispôs que, a fim de garantir o cumprimento da obrigatoriedade do ensino, o Poder Público deveria criar formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino (art. 5º, parágrafo 5º), podendo organizar-se de diferentes formas para garantir o processo de aprendizagem (art. 23). Dentre as circunstâncias que podem exigir formas alternativas de acesso e organização do ensino, estão as relativas à Educação Especial.

Em seu artigo 58º, a LDBEN esclarece que Educação Especial é modalidade da educação escolar oferecida na rede regular de ensino, sendo que, no parágrafo segundo do referido artigo, complementa assegurando que este serviço poderá se dar em outros ambientes caso não seja possível à integração do aluno nas classes comuns do ensino regular. Assim, deu início à formalização da ideia de educação fora do ambiente escolar, uma vez que para os educandos com necessidades educacionais especiais, os sistemas de ensino devem assegurar currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organizações específicas para atender às suas necessidades (art. 59).

Mas foi somente em 2001, que o Conselho Nacional de Educação instituiu as "Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica", por meio da Resolução nº 2, mais precisamente em seu artigo 13, onde se tratou da obrigatoriedade do sistema e utilizou-se a nomenclatura "classes hospitalares":

> Art. 13: Os sistemas de ensino, mediante ação integrada com os sistemas de saúde, devem organizar o atendimento educacional especializado a alunos impossibilitados de frequentar as aulas em razão de tratamento de saúde que implique internação hospitalar, atendimento ambulatorial ou permanência prolongada em domicílio.
> Parágrafo 1º: **As classes hospitalare**s e o atendimento em ambiente domiciliar devem dar continuidade ao processo de desenvolvimento e ao processo de aprendizagem de alunos matriculados em escolas da Educação Básica, contribuindo para seu retorno e reintegração ao grupo escolar, e desenvolver currículo flexibilizado com crianças, jovens e adultos não matriculados no sistema educacional local, facilitando seu posterior acesso à escola regular. (BRASIL, 2001, p. 39-40)

Com base nas legislações anteriores, a Secretaria de Educação Especial do MEC elaborou em 2002 um documento intitulado "Classe hospitalar e atendimento pedagógico domiciliar: estratégias e orientações", com o objetivo de estruturar ações políticas de organização do sistema de atendimento educacional em ambientes hospitalares e domiciliares, na perspectiva da Educação Inclusiva, atendendo a diversidade dos educandos. O referido documento esclarece que cabe aos estados e municípios adaptar a legislação nacional e traçar orientações específicas para cada rede de ensino.

> Cumpre às classes hospitalares e ao atendimento pedagógico domiciliar elaborar estratégias e orientações para possibilitar o acompanhamento pedagógico-educacional do processo de desenvolvimento e construção do conhecimento de crianças, jovens e adultos matriculados ou não nos sistemas de ensino regular, no âmbito da educação básica e que encontram-se impossibilitados de frequentar escola, temporária ou permanentemente, garantir a manutenção do vínculo com as escolas por meio de um currículo flexibilizado e/ou adaptado, favorecendo seu ingresso, retorno ou adequada integração ao seu grupo escolar correspondente, como parte do direito de atenção integral.(BRASIL, 2002, p.13)

Dessa forma, compete ao sistema educacional e serviços de saúde, oferecerem assessoramento permanente aos professores, bem como inseri-los na equipe de saúde que coordena o projeto, fornecendo-lhe acesso aos prontuários. Ademais, deve ser assegurado ao professor de classes hospitalares o direito ao adicional de periculosidade e de insalubridade, assim como ocorre com os profissionais de saúde, direito estes previstos na CLT (título II, capítulo V, seção XVIII) e na Lei 6.514/77.

Portanto, os sistemas de ensino, em ação integrada com os sistemas de saúde, devem organizar o atendimento a escolares hospitalizados para tratamento de saúde (Resolução nº 2, de 11/09/01,do CNE/CEB). A Declaração dos Direitos da Criança, da Organização Mundial de Saúde, assegura que: "a criança gozará de proteção especial e ser-lhe-ão proporcionadas e facilidades por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e de dignidade".

Em suma, é farta e clara a legislação a respeito do tema em comento. Apesar de um público numeroso, a modalidade ainda não é uma realidade em todo o território nacional. Falta a implementação de políticas públicas por parte dos Estados e Municípios, a fim de ampliar tal atendimento.

Para Valter Foleto Santin (2013, p. 34-35) as políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um "law

enforcement" (reforço para execução da lei), pois não são apenas atos meramente políticos ou de governo, os chamados atos de gestão. Em suas palavras "as políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos." Ainda dispõe o autor que a fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos. Assim, as políticas públicas correspondem ao planejamento e as obras e serviços caracterizam a execução material da função.

Complementando esse pensamento, interessante se faz a colocação de Fernando de Brito Alves ao dizer que as políticas públicas são aqui entendidas como o "Estado em ação". "Ação, não é, contudo, sinônimo de atividade. É uma ação sistemática e qualificada, de um determinado governo, com o objetivo específico de intervir em contextos sociais, específicos a fim de promover a inclusão" (2013, p. 213).

A criança/adolescente hospitalizado é, antes de mais nada, um cidadão, que como qualquer outro, tem direito ao atendimento de suas necessidades e interesses mesmo quando apresenta sua saúde debilitada. Contudo, há milhares de estudantes esquecidos em seus leitos hospitalares, a espera de políticas públicas eficazes, capazes de ultrapassar os manuais de direito.

3. A HUMANIZAÇÃO DO AMBIENTE HOSPITALAR E A BUSCA PELA INCLUSÃO DO EDUCANDO HOSPITALIZADO.

Como já apresentado, a escolarização desempenha um papel fundamental na formação do indivíduo, já que está diretamente relacionada à formação da personalidade e identidade social do educando.

Afirmar o direito da pessoa humana à educação é assumir uma responsabilidade que vai além da possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo. Significa garantir para toda criança o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual(PIAGET, 1988, p. 33 -34).

Muitas das vezes, devido ao longo tempo de tratamento, o distanciamento do processo de escolarização repercute fortemente na vida do indivíduo, levando-o ao

fracasso/ abandono da escola e exclusão social. No caso dos estudantes hospitalizados trava-se uma batalha entre a escola ou o tratamento, do qual muitas vezes, vence o segundo.

Em meio a este panorama, às classes hospitalares tem o propósito de favorecer o acesso à educação, promover a inclusão e contribuir para a humanização do atendimento hospitalar. Afinal, saúde e educação devem atuar com a finalidade de promover o desenvolvimento integral do educando hospitalizado.

A saúde e a educação, cuidando do paciente/aluno, devem estar unidas no levantamento de possibilidades e escolha das estratégias de intervenção e no compromisso com o desenvolvimento humano. Assim, fica estabelecida uma verdadeira parceria colaborativa, visto que saúde e educação trabalham juntas, compartilhando objetivos, responsabilidades, expectativas, frustrações e sucessos. Todos têm a ganhar com um trabalho colaborativo, porque ele tende a responder com maior qualidade às demandas da pessoa enferma e, quando da alta hospitalar, facilitar seu processo de (re)inclusão social/escolar. (ASSIS, 2009, p. 88)

As condições clínicas que exigem a referida educação em classes hospitalar são, principalmente, as dificuldades de locomoção; imobilização parcial ou total, repouso relativo ou absoluto; imposição de horários para a administração de medicamentos, procedimentos invasivos, bem como a necessidade de estar acamado ou requerer a utilização constante de equipamentos de suporte à vida.

Além de um espaço próprio para a classe hospitalar, as aulas podem desenvolver-se também em enfermarias, no leito ou quarto de isolamento, ou seja, tudo depende das restrições impostas ao educando devido a sua condição clínica ou em caso do tratamento assim solicitar.

Desta forma, a escola no hospital não se trata de uma escola propriamente dita, com suas edificações e estrutura física, mas sim uma escola com a amplitude que o processo educativo necessita. Uma escola que rompa com os limites arquitetônicos, não se prendendo a paredes ou locais específicos (AROSA; SCHILKE, 2007).

Existem resultados que demonstram como o trabalho das classes hospitalares contribui para a recuperação clínica dos estudantes, reduzindo o tempo de internação destes, bem como amenizando dores e desconfortos do tratamento. Esse é o resultado de uma pesquisa conduzida pela professora Izabel Cristina Silva Mouta, do Instituto Helena

Antipoff vinculado à Secretaria Municipal de Educação do Rio de Janeiro, a qual acompanhou 50 crianças por um mês em três hospitais diferentes da cidade e observou que o grupo que assistia às aulas teve níveis de estresse menores do que os que não passavam pelo atendimento (BIBIANO, 2009).

Não há dúvidas de que o hospital precisa proporcionar aos seus pacientes e familiares, um ambiente mais humanizado, sendo que as classes hospitalares ajudam nesse processo já que estas se preocupam em levar para os educandos mais integração entre todos, amenizando os traumas da internação, trazendo assim, novas perspectivas e esperança de cura.

A humanização deve resgatar o respeito à vida humana, abrangendo circunstâncias sociais, éticas, educacionais e psíquicas presentes em todo relacionamento humano. A prática da humanização requer uma atuação voltada para a multiplicidade humana, assumindo do profissional uma postura de acolhimento e solidariedade em relação ao outro.

Com a implantação do "Programa Nacional de Humanização da Assistência Hospitalar" (BRASIL, 2001), que envolveu o Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais e Municipais, bem como entidades civis, o Estado procurou buscar um cuidado digno, solidário e acolhedor à pessoa hospitalizada, respeitando a condição humana, como etapa fundamental da conquista da cidadania.

> Humanizar é aceitar esta necessidade de resgate e articulação dos aspectos subjetivos, indissociáveis dos aspectos físicos e biológicos. Mais do que isso, humanizar é adotar uma prática em que profissionais e usuários consideram o conjunto dos aspectos físicos, subjetivos e sociais que compõem o atendimento à saúde. Humanizar refere-se, portanto, à possibilidade de assumir uma postura ética de respeito ao outro, de acolhimento do desconhecido e de reconhecimento dos limites. (BRASIL, 2001, p. 52)

No âmbito educacional, a existência de atendimento escolar para os pacientes internados é fator importantíssimo na humanização hospitalar. Contudo, esse processo de humanização não deve ser confundido com o assistencialismo, ou seja, ajuda que causa dependência ou favor. É preciso que os profissionais da saúde e da educação revejam suas condutas, a fim de que auxiliem uma transformação muito maior, atuando em um processo dialógico, a fim de trabalhar educação, saúde, autoestima e a inclusão do educando.

A ideia de inclusão se fundamenta numa filosofia que reconhece e valoriza a diversidade, como característica inerente à constituição de qualquer sociedade. Partindo desse princípio e tendo como horizonte o cenário dos Direitos Humanos, sinaliza a necessidade de se garantir o acesso e a participação de todos, a todas as oportunidades, inclusive no campo educacional.

De acordo com o disposto pelo Conselho Nacional de Educação, Resolução nº 2/2001 em seu artigo 3º, a classe hospitalar é uma modalidade de ação da Educação Especial, baseada na perspectiva da Educação Inclusiva:

> Por educação especial, modalidade da educação escolar, entende-se um processo educacional definido por uma proposta pedagógica que assegure recursos e serviços educacionais especiais, organizados institucionalmente para apoiar, complementar, suplementar e, em alguns casos, substituir os serviços educacionais comuns, de modo a garantir a educação escolar e promover o desenvolvimento das potencialidades dos educandos que apresentem necessidades educacionais especiais, em todas as etapas e modalidades da educação básica.
> Parágrafo único. **Os sistemas de ensino devem constituir e fazer funcionar um setor responsável pela educação especial, dotado de recursos humanos, materiais e financeiros que viabilizem e deem sustentação ao processo de construção da educação inclusiva**. (Grifo nosso)

A Educação Inclusiva, no país, ganhou respaldo constitucional a partir da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, inciso IV, ao dispor sobre o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade qualquer outra forma de discriminação, assim como o disposto no artigo 206, inciso I, ao tratar de garantir a "igualdade de condições de acesso e permanência na escola".

> O apreço à diversidade é condição norteadora da educação inclusiva, pois é benéfica à escolarização de todas as pessoas, respeita os diferentes ritmos de aprendizagem e propõe outras práticas pedagógicas, o que acaba por exigir uma ruptura com o instituído em sociedade e nos sistemas de ensino convencionais.

A ideia de uma sociedade inclusiva se fundamenta numa filosofia que reconhece e valoriza a diversidade, como característica inerente a qualquer sociedade, por isso a necessidade de se garantir o acesso e a participação de todos, a todas as oportunidades, independentemente das peculiaridades de cada indivíduo (VICENTINI; COSTA, 2015, p. 92-93).

Nesse contexto, as limitações quanto ao deslocamento até a escola, ou seja, o fato desses educandos se encontrarem hospitalizados, não pode ser empecilho, ou mesmo desculpa, para o não cumprimento do dispositivo legal. O que realmente deve importar é a identificação das potencialidades desse aluno hospitalizado, culminando com a construção de alternativas para garantir condições favoráveis à construção do conhecimento, bem como do resgate social, para que se torne cidadão de iguais direitos.

> O escolar portador de enfermidade tem que reconstruir, após a alta hospitalar, grande parte da sua vida cotidiana, assumindo riscos que a maioria das crianças niveladas por idade não vivenciam. A inclusão na escola tradicional constitui uma dessas vivências que devem ser enfrentadas e reconquistadas pela criança oriunda de um período de hospitalização, pois a escola é vista dentro das representações da normalidade e a sua frequência denota o "status" de igualdade com as demais crianças. Há, portanto, uma necessidade, por parte deste aluno, de pertencer a um grupo social, de ser igual e aceito por este grupo. A obtenção do aceite social, reporta ao fortalecimento da auto imagem, galgando o desenvolvimento de expectativas e firmamentos de padrões éticos de compromisso com sua sociedade. (ORTIZ; FREITAS, 2002).

Em suma, trata-se de um atendimento educacional pautado nas potencialidades individuais do educando enfermo, contribuindo para a humanização do tratamento, bem como a inclusão social deste quando da alta hospitalar. Para crianças/ adolescentes hospitalizados, as classes hospitalares são um alento ante a debilidade física, verdadeira "injeção" de coragem, confiança e esperança para enfrentarem a batalha pela vida.

CONCLUSÃO

Independente da faixa etária, adoecer implica em sofrimentos físicos e/ou psicológicos, ante as incertezas do prognóstico. Vivenciar hospitalizações com seus procedimentos invasivos e dolorosos, ser privado do convívio familiar e escolar, bem como dos brinquedos e brincadeiras ao ar livre nem sempre são situações bem compreendidas por adolescentes e crianças. Muitas das vezes, devido ao longo tempo de tratamento, o jovem abandona a escola e a escola acaba por abandonar o jovem.

A educação dentro do contexto hospitalar é reconhecida pela área da saúde como um dos "remédios" que ajudam na recuperação do estudante enfermo. Sabe-se que mesmo em ambiente hospitalar, tanto a criança quanto o adolescente, continuam em pleno

processo de desenvolvimento, necessitando de uma educação comprometida não só com a sua formação acadêmica, mas também com sua autoestima e inclusão social.

De acordo com o paradigma da Educação Inclusiva, no qual todos têm direito à educação de qualidade e analisando as leis anteriormente citadas, tem-se que o trabalho das Classes Hospitalares é uma modalidade que se enquadra nos ideais da inclusão.

Assim, a participação do educando em classe hospitalar faz com que este se perceba como membro do grupo e continue a se desenvolver, não apresentando tantos prejuízos acadêmicos e sociais quando retornar ao cotidiano escolar.

> A humanização do ambiente hospitalar permite a organização alternativa dessa oferta de ensino, a fim de que sejam respeitados o direito à educação, saúde e ressocialização do aluno após a alta médica, além do inquestionável benefício terapêutico.
> Estamos falando de milhares de crianças e adolescentes em leitos hospitalares, vivenciando diariamente as "dores" da exclusão social, pois há deficiência na implantação de políticas públicas adequadas, a fim de que exista apoio técnico e financeiro para a implantação e efetivação de mais classes hospitalares pelo país.

Não há dúvidas de que o atendimento educacional hospitalar contribui para que a educação se transforme num eficiente "remédio" contra o sofrimento físico, emocional e social dos educandos hospitalizados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. ***Constituição e participação popular***. Curitiba: Juruá, 2013.

ALVES, Rubens**.** ***Educar***. Disponível em: <http://cadernodemensagens.net/node/774>. Acesso em 05 julho de 2016.

AROSA, Armando C.; SCHILKE, Ana Lucia. ***A escola no hospital: espaços de experiências emancipadoras*.** Niterói: Intertexto, 2007.

ASSIS, Walkíria. ***Classe hospitalar: um olhar pedagógico singular***. Phorte Editora, 2009.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO**. Câmara de educação Básica**. Resolução CNE/CEB 2/2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 de setembro de 2001. Seção 1E, p. 39-40. Disponível em: < http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf>. Acesso em: 04 de junho de 2016.

_____. Ministério da Educação**. *Classe hospitalar e atendimento pedagógico domiciliar: estratégias e orientações*.** / Secretaria de Educação Especial. – Brasília: MEC; SEESP, 2002, p.13.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Assistência à Saúde**. *Programa Nacional de Humanização da Assistência Hospitalar*.** Brasília: Ministério da Saúde. 60p.: il. (Série C. Projetos, Programas e Relatórios, n. 20) 2001.Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/pnhah01.pdf> Acesso em 10/01/2015.

BREGA FILHO, Vladimir. **D*ireitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BIBIANO, Bianca. **Ensino nas horas difíceis.** Publicado em *NOVA ESCOLA* Edição 220, Março 2009. Disponível em:< http://revistaescola.abril.com.br/politicas-publicas/ensino-horas-dificeis-427724.shtml>. Acesso em 04 de junho de 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. ***Direito constitucional e teoria da constituição*.** 3. Ed. Coimbra: Almeida, 1999. P. 385)

CIENA, Fabiana Polican. **DA EDUCAÇÃO À CIDADANIA**. *Revista Argumenta*, Jacarezinho - PR, n. 8, p. 125-150, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/100/100>. Acesso em: 26 Mai. 2014.

COSTA, Ilton Garcia da (2010). ***Constituição e educação: autonomia universitária e a presença do Estado nas instituições de ensino superior particulares*.** Tese Doutorado. Pontífica Universidade Católica (PUC/SP). São Paulo, 2010. Orientação: Prof. Dra. Maria Garcia.

FREIRE, Paulo. ***Pedagogia da autonomia*.** p. 19-21, 25 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996)

GARCIA, Maria. ***A nova lei de diretrizes e bases da educação nacional***. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo, n. 23, p. 59-64, abr-jun. 1988.

GÖTTEMS, Claudinei J.. **DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO**.*RevistaArgumenta*, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 43-62, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/213/212>. Acesso em: 11 Julho.2014.

MAZZOTA, Marcos J.S. ***Educação especial no Brasil:*** **história e políticas públicas.** 6. ed. São Paulo: Cortez, 2011

ORTIZ, Leodi Conceição Meireles; FREITAS, Soraia Napoleão. **Considerações acerca da inclusão escolar de crianças pós-hospitalizadas.** *Cadernos de Educação*. Edição 2002. Nº 20. Disponível em: <http://coralx.ufsm.br/revce/>. Acessado em 09 de junho de 2014.

PIAGET, Jean. ***Para onde vai a educação?*** 9 ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

PIOVESAN, Flávia**.** ***Direitos humanos e o direito constitucional internacional***. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva,2012.

SANTIN, Valter Foleto. ***Controle Judicial da Segurança Pública***. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

SILVA, José Afonso da**.** ***Curso de direito constitucional positivo***. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VICENTINI, Danielle Regina Bartelli; COSTA, Ilton Garcia da. **Direito à educação inclusiva- uma análise quanto ao acesso de alunos com deficiência na rede regular de ensino.** In: *Diálogos (Im)pertinentes – Responsabilidade e Função Social*, Instituto Memória, Curitiba, 2015.

Capítulo VI

ASPECTOS TERAPÊUTICOS DA BIBLIOTERAPIA[117]

BERGAMO, Thayminne Temístocle[118]
OLIVEIRA, Fábio Sagula de[119]

RESUMO: A prática terapêutica da biblioterapia é uma técnica antiga que se apresenta contemporaneamente como um recurso pouco explorado pelos profissionais da psicologia. O trabalho oferecido por essa terapia tem por finalidade de se utilizar da leitura e outras atividades lúdicas como coadjuvante no tratamento de pessoas acometidas a alguma doença física ou mental. É aplicada como educação e reabilitação em indivíduos em diversas faixas etárias, sendo acessível tanto ao terapeuta que optar por este instrumento quanto para paciente participante, porém à necessidade de uma cautela e preparação na escolha da literatura. Este estudo terá como objetivo descrever os benefícios da utilização da prática terapêutica da Biblioterapia, bem como demonstrar sua importância na exploração da virtude de ser clínica. Assim espera-se trazer bastantes subsídios, ajudando estudantes a conhecer melhor a prática, também possibilitando um aumento ao incentivo para maior exploração da área pelos profissionais já graduados, enriquecendo o campo de pesquisa sobre essa terapia e orientando pessoas interessadas em melhor entender o efeito que a leitura de textos literários pode trazer quando utilizados dentro de uma terapia. Por fim ficou perceptível a necessidade da ampliação de estudos na área, já que ainda é um instrumento não muito utilizado no campo da psicologia. Apresentamos, então alguns métodos possíveis de aplicabilidade da técnica e também percebe-se que a junção da biblioteconomia e da psicologia, principalmente no campo psicanalítico seria uma forma de incentivar o crescimento da técnica.A pesquisa foi desenvolvida através de uma coleta de material bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Biblioterapia, Terapia, Psicologia, Psicanálise, Biblioteconomia.

ABSTRACT: The therapy practice of bibliotherapy is an ancient technique that presents itself as a contemporaneity resource underexplored by professionals of psychology The work offered by this therapy has for purpose to use the reading and other recreational

[117]Este trabalho foi apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso em 2015, nas Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO/FEMM.

[118] Psicóloga - Graduada nas Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO/FEMM.

[119] Mestre, Docente do curso de Graduação em Psicologia/Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO/FEMM.

activities as an adjunct in the treatment of people affected by disease physical or mental. It is applied as education and rehabilitation in individuals at different ages, be accessible both to therapist what choose by this implement how much to participant patient, but necessity of a care and preparing at literature choice. This study will aim to describe the benefits of using the therapeutic practice of bibliotherapy and demonstrate its importance in the exploration of the virtue of being clinical. So, helping students to understand better the practice, also allowing an increase the incentive for further exploration of the area by professionals already graduated, enriching the field of research on this therapy and guiding people interested in understand better the effect that reading literary texts can bring, when used in therapy. Finally, it became apparent the need to expand studies in the area, as it is still an instrument not often used in the field of psychology.We present some possible methods of technical applicability and also it can be seen that the addition of library science and psychology, especially in the psychoanalytic field would be a way to encourage the technical growth. The survey was developed through a collection of bibliographic material.

KEYWORDS: Bibliotherapy, Therapy, Psychology**,** Psychoanalysis, Librarianship.

INTRODUÇÃO

O ser humano vive em uma busca constante de satisfação pessoal e quando este foco não é alcançado uma das maneiras de se chegar mais próximo e esclarecer este objetivo é optar por uma terapia. Na psicologia é essencial oferecer um atendimento de qualidade ao paciente que procura a clínica. Levando isso em consideração, segundo Cordioli e Giglio (2008) o psicólogo tem à disposição mais de quatrocentos tipos diferentes de terapias. Diante de tantas formas de execução deste atendimento, qual seria a melhor?

A terapia não é uma situação cotidiana comum, é um espaço onde revelamos nossos anseios, sofrimentos, pensamentos que podem ser censurados quando expostos às pessoas com conhecimentos empíricos. A sociedade como um todo muitas vezes oferece conselhos que acabam tornando a situação mais complicada do que era inicialmente, assim uma escuta treinada e o acolhimento de um profissional preparado para acolher as questões desse sujeito se apresenta como uma ótima escolha.

Visando isso Mezan (1996) apresenta a definição para o termo terapia, que é uma palavra empregada como cuidado e, além disso o autor diz ainda que o terapeuta precisa

buscar a melhora de seu paciente e não uma cura, salientando a importância que cada terapeuta deve dar para a técnica na qual acredita.

Seguindo essa mesma linha Cordioli e Giglio (2008) explicam a Teoria da Especificidade, que tem modelos que cada escola de pensamento da psicologia precisar seguir para que sua terapia se enquadre, e a Teoria de Fatores Inespecíficos, que considera que existem fatores comuns entre todas as psicoterapias e que o mais importante no atendimento é uma boa relação humana.

Esses autores também ressaltam que a terapia é aquela que se dedicará ao tratamento das doenças nervosas e mentais, porém não devemos se prender somente a essa definição, é necessários pensar a terapia como um espaço de promoção de saúde, sendo que a terapia só se efetiva ou funciona quando há entre terapeuta e paciente uma relação de confiança.

Por um lado alguém que se dispõe a ajudar e por outro alguém que confia que o método utilizado dá certo e ajudará em seu sofrimento; com isso o terapeuta só precisará escolher em qual das teorias se aprofundar.

Em meio a essa diversidade de métodos terapêuticos oferecidos no campo da psicologia, a biblioterapia está longe da maioria das escolhas e do conhecimento de muitos profissionais da área.

Biblioterapia tem como definição um termo advindo das palavras latinas, livro e tratamento. *Biblio* refere-se à raiz etimológica de palavras usadas para designar todo tipo de material bibliográfico ou de leitura; e *terapia* significa cura ou restabelecimento (FERREIRA, 2003). O trabalho oferecido por essa terapia tem por finalidade se utilizar da leitura e outras atividades lúdicas como coadjuvante no tratamento de pessoas acometidas por alguma doença física ou mental. É aplicada como educação e reabilitação em indivíduos em diversas faixas etárias.

Com isso nos vêm os questionamentos: o uso dessa prática é viável para a psicologia? Será que os pacientes submetidos a este tipo de terapia se adaptariam facilmente a essa prática pouco conhecida? Os resultados são os mesmos de outras terapias? A psicologia tem desenvolvido bem esta prática terapêutica?

Visando esta problemática, este trabalho teve o objetivo de enriquecer o campo estudado, descrevendo os benefícios da utilização da prática terapêutica da Biblioterapia dentro da psicologia e da psicanálise, bem como demonstrar sua importância na

exploração da virtude de ser terapêutica e tranquilizadora. Assim, acreditando na relevância dessa prática, ajudando estudantes universitários a conhecer melhor a prática e também aumentar o incentivo para maior exploração dessa terapia pelos profissionais já graduados na área da psicologia, enriquecendo o campo de pesquisa sobre essa terapia e orientando pessoas interessadas em melhor entender o efeito que a leitura de textos literários pode trazer quando utilizados dentro de uma terapia.

Assim, através da coleta de material bibliográfico trabalhamos primeiramente será apresentado os aspectos terapêuticos da literatura, sendo explicado o que é literatura e suas relações com a psicanálise, pensando em quão terapêutico este instrumento pode ser e como pode ser assimilado pelos sujeitos participantes, ainda mais quando utilizado dentro de um espaço com a proposta de ser terapêutico. A partir disso, em um segundo momento temos um breve contexto histórico do desenvolvimento da biblioterapia ao longo do tempo e apresentação de alguns trabalhos que ajudaram a fundamentar o campo científico da técnica. Por último, trazemos possíveis métodos de utilização da técnica na atualidade tanto dentro da psicologia, quanto mais exclusivamente na psicanálise, e ainda apresentamos a proposta de um trabalho interdisciplinar com a biblioteconomia.

1 ASPECTOS TERAPÊUTICOS DA LITERATURA

Estamos em contato com a literatura desde nossa infância, ouvimos histórias que acompanham nosso crescimento, vemos novos mundos serem criados todos os dias por mentes criativas, viajamos pelos lugares mais fantásticos, sofremos junto aos personagens e também nos alegramos com eles. Pensando nesses aspectos primeiramente podemos esclarecer sobre a literatura, que é considerada difícil de definir, já que pode ter diferentes significados dependendo de onde é colocada ou usada. Temos a definição do Pequeno dicionário da língua portuguesa (LUFT, 1987, p. 347) que nos traz a literatura como "Arte de produzir obras literárias" e "Conjunto de normas a que obedece a estruturação das obras de arte verbal".

Especificando melhor, a literatura pode significar algo escrito de forma simples, como um verso e uma prosa, pode também expressar grandes ideias em textos considerados de grande importância, como leis, momentos históricos, textos de mérito,

ou podem citar simples verbos. O interessante da literatura, é que pode ser considerada de forma muito ampla, muito abrangente, sendo definida até como neutra, como uma arte verbal; percebemos então que a literatura também pertence aos campos da arte, sendo expressa artisticamente através das palavras. A forma como a literatura se diferencia da pintura, escultura ou dos sons musicais contrasta com aquilo que até então conhecíamos como arte (DANZIGER; JOHNSON, 1974).

Em Read (1978) já nos traz aspectos indicativos de que a literatura também precisa ser vista como arte, pois a importância da arte na vida do ser humano é indispensável e as palavras e a música também devem compreender o campo das artes. Ele completa explicando que "a obra de arte é de certo modo liberação da personalidade; normalmente os nossos sentimentos estão inibidos ou reprimidos" (READ, 1978, p. 31), ressaltando que os artistas tentam transmitir a sensibilidade que os acometem. Sendo assim as palavras e os textos literários teriam essa mesma função: passar a quem lê algo para além do significado das palavras, uma experiência vista pelo olhar do outro.

A literatura infantil traz muitos aspectos dessa questão do outro já que, como será explicado mais adiante, a criança consegue literalmente se colocar no lugar da personagem, como num espelho e viver suas aventuras junto destes. Zilberrman (2003, p. 26) focada nessa área explana sobre a origem da literatura infantil, que anteriormente era muito ligada a pedagogia, porém agora há um distanciamento, atingindo o "estatuto de arte literária" e realmente se mostrando como verdadeiramente é e não como uma missão pedagógica, de apenas inserir a criança na prática da leitura ou de fazê-la ler corretamente, mas que tem o objetivo de permitir que ela se utilize desta oportunidade como uma função formadora. Com essa possibilidade a ficção mostra para essa criança uma forma de se ver no mundo, através da linguagem simbólica, um momento para conseguir encontrar significado para situações até então vivenciadas, ou também, não vivenciadas.

Foucault (1975) nos traz dois aspectos referentes a como a linguagem pode dizer muito além do que está escrito e, apesar de se referir mais especificamente as culturas indo-europeias, sua explicação é muito relevante. Dizendo que a linguagem não diz somente o que está escrito, que há outro sentido para além daquele que aparece em primeiro momento em nossa mente, mas temos também o significado "que está por baixo" (FOUCAULT, 1975, p. 14).

Podemos então refletir, que precisamos ter percepção para explorar o que a linguagem pode trazer e se aprofundar na forma como é descrita pela literatura, refletindo sobre o que as palavras podem realmente significar. Uma forma de explicar isso é descrita por Read (1978) dizendo que as obras de Shakespeare vão para além do que está escrito, mesmo com o realismo colocado por ele, sendo como algo que carrega e mostra sua sensibilidade, algo para além do que é somente lido. Esta descrição serve para exemplificar o quanto a literatura pode apresentar moldes de situações que vivenciamos cotidianamente, mostrando diversos significados, ensinando através das palavras, criando uma interpretação a partir do texto lido.

Indo um pouco além na discussão sobre a literatura, temos fatos na história que mostram essa influência, como por exemplo, os Terapeutas de Alexandria, que viviam no século um, estudados por Leloup (2007) e tinham como foco fundamental a hermenêutica, interpretando principalmente livros, entre estes o Livro das escrituras, da Natureza e do coração, dos sonhos e dos eventos da existência. Estes terapeutas tinham um objetivo de "desvelar o sentido orientador" (LELOUP, 2007, p. 9), já que interpretavam as escrituras como textos do inconsciente, focando no cuidar, já que acreditavam que a natureza era a responsável por curar, considerando também que não há uma separação do sujeito com o campo espiritual, que isso traria a plenitude do desenvolvimento do homem e até mesmo sua saúde. O interpretar, através da leitura, dá sentido à vida e nos torna livres. Estes, mesmo tendo uma noção diferenciada do que eram patologias e de muitos dos sintomas que afetavam a mente humana, consideravam na época que o estado doente do homem era provindo do espírito e da má relação do homem com a natureza, tratavam dessas doenças com as palavras, as utilizavam como um tratamento, um cuidar do ser.

A partir dessas questões já é possível perceber uma primeira ligação entre a literatura e a psicanálise, pois a leitura e o contato com os personagens das histórias por si só já são terapêuticas, promovem esse cuidado.

Essa questão do cuidado com o ser é trazido por Caldin (2010) como algo que também pode ser considerada por muitos como uma prestação de serviços, em que também são válidas outras formas de ter acesso a esse cuidado, para além do que é comum em nosso cotidiano, relações de como podemos produzir esse bem estar, sendo: "a sensação, a percepção, a imaginação, a memória, a linguagem, o raciocínio e a intuição

intelectual" alguns aspectos fundamentais para a criação desse sentimento de equilíbrio (CALDIN, 2010, p. 38).

Ferraz (2009), também pensando na expressão e significado que a palavra traz, diz que a literatura fala de assuntos muitas vezes taxados pela sociedade, explicando de forma mais acessível aspectos que são censurados pelos meios de comunicação, ou seja, trabalha os tabus, o que é proibido, mas mesmo assim desejado.

Isso é explicado por Freud ([1912-1914]/1996) em seu texto "Totem e tabu", em que relaciona a vida dos primitivos com as fantasias que criamos para nos protegermos do desejo. Este percebeu que não houve grandes mudanças entre a forma como os primitivos agiam diante de seus tabus e como a sociedade atual atua diante disso. Lembrando que o autor diz que nos utilizamos de nossos totens para nos protegermos, já que estão ligados a questões misteriosas, que não questionamos. Essas questões estão relacionadas ao inconsciente de cada sujeito, o que explicaremos mais adiante.

Por isso, podemos refletir que a psicanálise e a literatura trazem aspectos que fazem nós, seres humanos, repensarmos sobre a forma como vivemos e o que nos tornam saudáveis.

A partir daqui já podemos começar a pensar sobre a junção da literatura e psicanálise, que configura aspectos terapêuticos fundamentais para uma relação clínica, pois nos dias de hoje a procura por atendimentos terapêuticos psicológicos se dá por um momento de sofrimento pelo qual o sujeito está passando.

Para isso o terapeuta precisa estar preparado e bem fundamentado, entendendo como essa junção de terapia e psicanálise pode dar certo, passando confiança ao paciente no processo terapêutico, que é considerada por Cordioli e Giglio (2008) essencial para manutenção de vínculo e para se ter progresso na terapia. Pensando nisso o paciente perceberá que sua queixa será ouvida atentamente e trabalhada por um profissional que realmente entende essa combinação e que saiba relacionar a literatura utilizada com as situações de sofrimento trazidas pelo paciente, que saiba cuidar dessas situações.

2 A PSICANÁLISE E SUA RELAÇÃO COM A LITERATURA

É fundamental que expliquemos mesmo de forma breve, o que é a psicanálise. Segundo Atkinson et al. (2009) a Psicanálise surge no final do século XX, quando Freud,

baseando-se nos aspectos inconscientes das histéricas, cria sua teoria. A ideia de Freud era que nossos comportamentos, pensamentos, atitudes, desejos, impulsos, emoções e motivações, não são do campo da nossa consciência, saindo do inconsciente. Isso se dá pelo fato de que desejos não aceitos pela realidade da sociedade muitas vezes punidos ou proibidos são afastados de nossa percepção consciente, tornando-se parte de nosso inconsciente, mas ainda influenciando em nossas escolhas. Esses pensamentos seriam afastados principalmente na infância, pois é quando aprendemos sobre as regras e imposições da sociedade. Expressamos esses pensamentos inconscientes através de sonhos, erros de linguagem e alguns determinados comportamentos.

Freud usava o método da associação livre para trazer alguns desses conteúdos à consciência, em que o paciente ia falando qualquer coisa que viesse a cabeça, de modo livre, sem um tema ou proposta específica, só falava. Este propunha que além de todas as ações psicológicas terem uma causa, isso se daria principalmente por impulsos insatisfeitos e desejos inconscientes que surgiriam na fala do sujeito de forma inconsciente durante sua associação livre.

Atkinson et al. (2009) ainda nos explica que Freud desenvolveu um modelo estrutural para explicar melhor o comportamento humano através de sua personalidade sendo divididos em: id, ego e superego. Id é "a parte mais primitiva da personalidade e a partir da qual o ego e o superego se desenvolvem posteriormente" (ATKINSON, 2009, p. 477). O ser humano possui seus instintos de sobrevivência e aspectos psicológicos herdados, como o id é só pulsão, este procura a satisfação de qualquer jeito possível, de forma imediata, funcionando então pelo chamado princípio do prazer.

Depois temos o ego, explicado por Hall e Lindzel (1984) como um funcionamento que só existe, pois aquilo que temos dentro de nós, nossas atitudes e pensamentos precisam de um filtro para estar em contato com a realidade. Este se diferencia do id por poder fazer a distinção do que é a realidade subjetiva da mente, com as coisas reais que estão no mundo exterior. O ego trabalha em função do princípio da realidade, e só atenderá o que realmente tem necessidade, sendo permitido o que é de entendimento do mundo exterior. Utiliza-se da energia do id, nunca se tornando independente dele, fazendo então o intermédio entre as exigências instintivas do organismo e as condições de ambiente.

Por último temos o superego que é o responsável por determinar que tipos de ações são certas ou erradas. Atkinson et al. (2009) comentam que esta instância psíquica tem como base as regras, valores e costumes da sociedade. Aqui há mais uma busca por seguir essas regras, tentando ser perfeito, do que satisfazer impulsos.

Hall e Lindzel (1984) acrescentam que se terá uma ideia do que é ideal através das punições e gratificações que recebe por suas ações, quando então gratificado registrará em sua consciência o que seria o ideal de ego, algo correto que deve ser espelhado e seguido. Esse mecanismo de identificação do ideal de ego faria com que a criança percebesse quais seriam as formas adequadas de se viver, a partir daquilo que é apresentado por seus pais. Aqui a criança se identifica com suas figuras importantes, pessoas que podem oferecer um modelo de vida, de como se deve ser.

É preciso se atentar na diferença entre ego ideal de ideal de ego, já que ego ideal é a onipotência que o bebê acredita ter, sendo o momento em que a criança se sente realizada em relação à forma como ele e a mãe estão juntos, como que complementa-a e não precisa de mais nada. Já o ideal do ego, pelo contrário, como já explicado, é um conjunto de significado, nessa situação a criança descobre que existe mais um na relação, alguém com força suficiente para separar essa relação simbiótica que possui com a mãe, alguém que pode apresentar o mundo fora dessa relação, apresentar à criança a cultura. Explicando em outras palavras isso seria, o ideal de eu. Temos Hall e Lindzel (1984, p. 34) que dizem que a criança:

> Introjeta os imperativos morais dos pais, por meio dos investimentos originais, porque os vê como agentes da satisfação de necessidades. A criança investe ideais dos pais que se transformam em seu ideal de ego; ela investe suas proibições, que vão se transformar em sua consciência.

Com isso podemos fazer uma conexão entre a psicanálise e a literatura, onde o sujeito ou a criança que então entra em contato com as palavras, poderá se utilizar dos aspectos trazidos pela história como seu ideal de ego, algo que deve ser espelhado e reproduzido, algo que traz o ensinamento do que é bom e do que é ruim.

Outra forma de entender e explicar como se dá o lado terapêutico da literatura é trazido por Moreno (2010) que traz como exemplo a relação mãe/bebê para explicar que há identificações que movem o sujeito e fazem sentido para sua existência, essa forma se daria com os textos literários, mas ocorre inicialmente na nossa primeira relação objetal,

a relação mãe/ bebê. Nessa primeira relação o bebê copia a mãe para aprender mais sobre as suas próprias emoções, imita os comportamentos dela e se vê nela. Isso só acontece quando a criança dá significado a essa identificação, pois neste período a criança já pode passar a projetar suas questões em um objeto inanimado, possibilitando que um dia possa fazer isso com as histórias que lhe são contadas e futuramente com as que lê.

Temos também Bettelheim (2011) que traz em seu livro "A psicanálise dos contos de fada" aspectos terapêuticos da literatura com crianças, explicando que elas encontram significado nos contos de fadas que são passados de geração em geração. Diz ainda que nessa transmissão de histórias, os contos foram ficando cada vez mais refinados, o que possibilitou o garimpo de novos significados, revelar aspectos latentes e manifestos, isso ajudou os contos se tornarem mais acessíveis, atingindo todas as fases de maturação do ser humano, desde a mente em processo de educação e aprendizagem da criança, quanto a mente mais sofisticada do adulto. O autor fala que a personalidade de cada um ajuda na forma como as mensagens transmitidas pelo conto serão assimiladas, na consciência, na pré-consciência e no inconsciente.

Alice Bryan (apud SHRODES, 1949, p. 332), aponta que a literatura é terapêutica, e a define como biblioterapia quando o terapeuta prescreve textos, livros, materiais de leitura que trazem a saúde psíquica e a maturação do ser através da escolha de um tipo de leitura como, por exemplo, romances, poesias, peças, filosofia, ética, religião, arte, história e livros científicos, pensando na literatura ficcional como um meio de afetar o ajustamento total do indivíduo. Com isso o paciente poderia se achar em seu ser emocional e psicológico, este então refletiria sobre o conto e junto ao personagem perceberia que há mais de uma solução para suas problemáticas, colocando como num espelho as dificuldades que tem com as dificuldades encaradas dentro do conto. Seria uma troca com o outro.

Voltando a Bettelheim (2011), ele traz explicações relacionadas aos pensamentos descritos acima, explorando que através da leitura a criança se permite ir aos seus medos mais profundos, enfrentar suas lutas mais íntimas, já que o conto parece trazer soluções para as problemáticas que enfrenta no momento ou há muito tempo, porém não via formas para solucioná-las.

A criança só se permite a tal entrega e similaridade se estiver se identificando com o conto e projetando nele suas fantasias, tendo já a separação egóica da mãe. Segundo

Moreno (2010) a criança tem então a liberdade de viajar entre a realidade e a fantasia, tudo isso sendo produzido pela espontaneidade, que é a base da construção da personalidade.

Outra relação feita é a que Caldin (2010) apresenta quando diz que nós seres humanos sempre buscamos uma forma para nos prepararmos para viver e também para morrer, que nessa busca incessante e árdua acabamos por aprender muito com nossas próprias experiências, com as experiências do outro e com as ditas científicas.

Ferraz (2009) diz que ao compararmos teorias científicas com a ficção, por mais rigorosa que seja a forma que se desenvolva esse conhecimento, podemos associar que ambas se utilizam da palavra como forma de expressão, de montar discursos e criar realidades.

Para clarificar mais a conexão entre a literatura e a psicanálise temos um breve resumo feito por Caldin (2001, p. 32) que mostra o quanto essa relação já vem se mantendo e expandindo:

> A relação entre psique humana e literatura não é nova. Foi, inicialmente, alicerçada pelas emblemáticas observações psicanalíticas de Freud sobre a escrita como arte poética desde os gregos até alguns de seus representantes modernos como Shakespeare e Dostoiewski. Posterior-mente, recebeu uma análise de Jung, que viu em Goethe, Spitteler, Nietzche, Blake e Dante personalidades criativas e transformadoras do mundo.

Ao dedicarmos nosso olhar aos autores citados acima entendemos o quanto essa junção foi se desenvolvendo pelas mais diversas personalidades, mesmo que de forma não muito comentada, já que não era o foco de cada um, mas ainda assim explicada mesmo que de forma indireta a sua importância. Ainda é possível fazer outras relações:

> A teoria, por mais rigorosa que seja, tem um parentesco com a ficção: ambas são abstrações que têm em comum a palavra e a apropriação da linguagem como meios expressivos de criar discursos e de estruturar realidades. À guise de exemplo, James Joyce, escritor do século XX, encontrou na psicanálise uma nova forma de narrar. Descobriu em Freud um uso diferente de linguagem, fora de uma lógica linear, mais semelhante à associação livre. Joyce não buscou instrumentos para refinar o psiquismo de suas personagens com a Psicopatologia da vida cotidiana e nem com a interpretação dos sonhos, que, em seus escritos, ressoa a experiência de ter lido estas consagradas obras. Finnegans Wake e Ulysses indicam isso, não tanto pelas temáticas, mas sim pela dispersão do leitor, que flutua, afunda e nada em um mar de sentimentos que se multiplicam em ondas. A literatura mancomuna-se à psicanálise: fazem parte de uma irmandade cujo elo se concentra no devaneio e no afã de desentranhar os signos escondidos nas dobras da realidade e fantasia. (FERRAZ, 2009, p. 14-15).

Considerando todos os aspectos apresentados sobre a utilização da psicanálise e literatura, nos vem a percepção do quão terapêuticas podem ser, sendo então utilizadas em tratamentos psicológicos.

Na terapia, cabe ao psicólogo clínico definir quais tipos de recursos e meios realmente serão terapêuticos ao paciente, que possibilitem uma estimulação, desenvolvimento pessoal e que promovam ao paciente uma forma de redescobrir a si mesmo encontrando novas ações para algo que até então parecia estar estaguinado ou até mesmo piorando, chegando assim à melhora da saúde psíquica do sujeito.

É importante deixar claro que quem define o que realmente pode ser considerado literário dentro desse espaço terapêutico é o público leitor, que tendo acesso à oportunidade de estar em contato com os livros, pode libertar seus gostos, para dar uma significação para o texto escolhido. Essa escolha tem como objetivo trabalhar as questões do sujeito que está em busca de encontrar seu equilíbrio, isso é a Biblioterapia, aprender atrás da literatura escolhida e fazer emergir diversos sentimentos e aspectos que nos tornam humanos (CALDIN, 2010).

Assim, dentre as variadas técnicas disponíveis, utilizaremos a Biblioterapia que consiste basicamente no uso da literatura, que aqui também foi vinculada à psicanálise, para ajudar os pacientes a pensarem em novas estratégias através de diversas percepções que serão discutidas no próximo capítulo. Com isso se lança mão dessa técnica para resolução de problemas de ordem emocional, psíquica e social para então chegar na satisfação tão buscada pelos seres humanos.

3 BIBLIOTERAPIA

BREVE HISTÓRICO DA BIBLIOTERAPIA

A prática da biblioterapia já está presente no meio em que vivemos desde há muito séculos, como Ouaknin (1996, p. 27) alega que “A biblioterapia, uma novidade? Nem um pouco! Quanto mais longe retornarmos na História, mais encontraremos esta intuição da virtude terapêutica do livro e da narrativa”.

Podemos encontrar a importância que a leitura tem como terapia desde as bibliotecas faraônicas. No antigo Egito, o Faraó Rammsés II mandou gravar na fachada

de sua biblioteca “Remédios para a alma” (ALVES, 1982, p. 55). Todas as bibliotecas egípcias ficavam localizadas em templos denominados de “casas de vida” que eram considerados locais de desenvolvimento do conhecimento e da espiritualidade (MONTET, 1989, p. 67).

Entre os romanos do primeiro século podemos encontrar Aulus Cornelius Celsus que indicava a leitura e a discussão com processos terapêuticos.Com isso na cidade de São Galo a Abadia de São Gall, na idade média, tinha a inscrição: “Tesouros dos remédios da alma” nas portas de sua biblioteca.

Assim, com o decorrer do tempo, houve o desenvolvimento da biblioterapia nos Estados Unidos, que iniciou-se por volta de 1800, sendo Benjamim Rush um dos primeiros americanos a recomendar leitura para doentes mentais e como um apoio a psicoterapia, que atingia também pessoas portadoras de conflitos internos, melancolia, medos, manias e como ajuda para os idosos, descrevendo os benefícios da prática em seu livro "Medical inquiries and observations upon the diseases of the mind" (ALVES, 1982, p. 55).

Mais especificamente de 1802 a 1853, Benjamin fazia estas indicações com o propósito de atingir uma adaptação do indivíduo as suas novas necessidades, já que estes se viam hospitalizados e mostravam a necessidade de algum estímulo para sua melhora, assim, era proposta a leitura de livros que eram cuidadosamente selecionados. Visando esta proposta, este ainda faz algumas recomendações a esses ambientes de tratamento com o mesmo propósito das escolhas de livros citadas acima, promover uma melhora, um ambiente de recuperação (PEREIRA, 1996).

> Um estudo foi realizado por Benjamim Rush, numa conferência sobre a Construção e Administração de Hospitais, proferida em 10 de novembro de 1802, no qual lembra que para o divertimento e instrução dos pacientes de um hospital, uma pequena biblioteca deve, por todas as razões, ser parte do seu mobiliário. Recomendou também, dois tipos de leitura, aquelas que fornecem entretenimento, consistindo os livros de viagens, que ele considerava extremamente divertidos para os convalescentes e para pessoa confinadas por doenças crônicas, e, a que transmite saber, devendo versar sobre assuntos filosóficos, morais e religiosos. (PEREIRA, 1996, p. 31).

Com o seguimento dos estudos nesse contexto na década de 1930, de acordo com Hasse (2004, p. 31) “a Biblioterapia passou a ser um assunto de pesquisa científica, tendo

um papel importante a biblioterapeuta Emma T. Foremam que insistiu que a técnica fosse vista e estudada como ciência e não como arte".

A publicação de trabalhos relacionados com a terapia com livros a partir da década de 30 aumenta. Diversos outros autores tentaram esclarecer a definição do termo, mas somente o "Webster's Third Internacional Dictionary", em edição de 1961 apresenta a seguinte definição: "Uso de material de leitura selecionada, como adjuvante terapêutico em Medicina e Psicologia" e, além disso, "Guia na solução de problemas pessoais através de leitura dirigida" (RATTON, 1975, p. 199), sendo esta última definição adotada como oficial pela Associação para Bibliotecas de Hospitais e Instituições.

Nas décadas seguintes a biblioterapia continuou em constante evolução como especifica Seitz (2005, p. 92):

> Na década de setenta, muitos avanços foram alcançados no sentido de proporcionar uma base muito ampla para o desenvolvimento da biblioterapia como um campo a ser explorado por médico, psicólogos, bibliotecários, educadores e outros profissionais que se engajavam na busca de registrar os benefícios da mesma, quando aplicada a diferentes tipos de clientela. Já, as décadas de oitenta e noventa representaram um aprofundamento das questões teóricas até então consideradas discutíveis, surgindo a identificação de novos métodos e uma constante necessidade de pesquisas para assegurar cada vez mais suas aplicações e o delineamento de nova tendência.

2.1 A BIBLIOTERAPIA E SUAS DIVERSAS APLICAÇÕES

Com o desenvolvimento da técnica houve crescentes trabalhos a esse respeito podendo-se listar algumas atividades biblioterapêuticas contempladas em dissertações de mestrado, que mostram o quanto esta prática está se desenvolvendo. Mesmo que muitos psicólogos ainda não a utilizem por desconhecê-la, fica perceptível que está ganhando força e se desenvolvendo cada vez mais. Abaixo estão citados alguns autores e seus referidos trabalhos que ajudam a enriquecer este campo pouco explorado.

Pereira (1996) apresentou um estudo sobre as possibilidades de aplicação da biblioterapia em instituições de deficientes visuais, fazendo comparações entre a forma que a biblioterapia é trabalhada na psicologia e biblioteconomia, bem como fundamentando qual seria o verdadeiro papel do biblioterapeuta. Apontou a necessidade de uma educação inclusiva, já que uma porcentagem da população é portadora de

deficiências sensoriais, motoras ou mentais e esse número continua crescendo, sendo que cerca de 10% a 15% da população mundial é portadora de algum tipo de necessidade especial, do mesmo modo necessitam de um ensino diferenciado, visando que este possa acompanhar as etapas de desenvolvimento como qualquer pessoa. Uma proposta pode ser o aproveitamento de técnicas como a biblioterapia, tendo uma função para auxiliar em seu desenvolvimento. É apontado já desde o início que a biblioteca é um meio de disseminar informações e que ajuda a potencializar o conhecimento.

Temos então acesso aos direitos do deficiente visual que foram estabelecidos com a Lei nº 7.853, do ano 1989, e Pereira (1996) faz uma análise da legislação ao expor o que cada proposta que surgiu nos últimos anos defende e como isso pode integrar esses incapacitados, isso se daria com a criação de um estudo promovedor dessa participação como já dito acima, uma integração à sociedade.

Outra discussão trazida é a questão sobre como foram os primeiros movimentos relacionados à mudança dessa realidade. Todos relacionados a gerar uma fonte de renda para os cegos, ou seja, oferecer um local de trabalho de onde conseguissem retirar seus sustentos. Esse foco se deu pelo fato de não haver um espaço educacional que prepare esse cego para o mercado de trabalho, que permita que este seja aceito sem muitas dificuldades em grandes empresas e esteja apto a disputar com outras pessoas sem qualquer receio de não ser excluído por possuir uma deficiência, uma vez reabilitado, educado e profissionalizado, esse sujeito sem visão é recebido para participar, terá o espaço que merece. Pensando nisso, Pereira explica como seria esse espaço de diretos e com educação adequada de qualidade, utilizando-se de questionários que indicassem temas de interesse para os cegos a fim de utilizar leituras por eles indicadas com o objetivo de proporcionar à comunidade cega através da Biblioteca Pública, um maior conhecimento de Biblioterapia, no sentido de lhes oferecer subsídios para uma melhor solução de seus problemas e necessidades.

Caldin (2001) fala sobre como vários autores, incluindo Freud, que já direcionaram seu olhar para a literatura, perceberam nela aspectos terapêuticos. Explica através de outros autores a importância da biblioterapia no tratamento de seus problemas, ampliando a visão destes sobre como outros já passaram por aquela situação e como saíram dela, mesmo que de forma fictícia. Compreende que o indivíduo que lê se projeta na situação vivida pela personagem, entendendo como isso pode mudar seus

comportamentos e fatos que não estão como gostaria e realmente vive isso, como uma resposta, chamado pela autora de catarse.

Expõe ainda que a leitura traz uma liberdade ao sujeito que, ao selecionar o que realmente é importante para si, consegue estar preparado para situações que ainda nem chegaram a acontecer, mas que permeiam qualquer ser humano em seu dia a dia, como fica claro na afirmação "a linguagem metafórica conduz o homem para além de si mesmo; ele se torna outro, livre no pensamento e na ação" (CALDIN, 2001, p. 38).

Esta analisou vários projetos de leitura, com finalidade terapêutica, para crianças em hospitais de Santa Catarina e Rio Grande do Sul como meio de humanizar os procedimentos hospitalares, explicando a essência de aprender a aprender e, por último, ressaltou como a prática terapêutica da biblioterapia tem a capacidade de se estender interdisciplinarmente, por diversas áreas do conhecimento, todas focando na melhora deste sujeito e numa maior qualidade de vida.

Seitz (2005) começa seu texto falando da presença da literatura em nossas vidas, em como usamos esse conhecimento como base para enfrentarmos diferentes momentos de nossa vida. Com isso tomou como exemplo pacientes internados no hospital universitário para avaliar o quanto realmente essa prática teria efeito, descrevendo diversos casos com relatos dos próprios pacientes adultos internados em clínica médica deste hospital que por meio de leitura de revistas como fonte de lazer e informação, priorizavam momentos que até então tinham sido perdidos, como ter algum momento para seu próprio lazer, manter uma rotina um pouco diferenciada, sem se focar somente na internação.

Silva (2005) verificou através de diversos questionamentos a produção documental sobre biblioterapia no Brasil concluindo que, apesar de a biblioterapia ser um objeto de investigação pouco divulgado, existe uma produção documental significativa. Consistindo a prática biblioterapêutica numa atividade prioritariamente das áreas de biblioteconomia e da psicologia, alega a importância social que esta terapia pode proporcionar. Porém há uma valorização do setor de alguns autores específicos, assim tornando a prática um tanto limitada em suas atuações, já que se algum profissional deseja conhecer a biblioterapia terá muita dificuldade de encontrar livros disponíveis, pois ainda não é considerada como uma prática popular e que possa cada vez mais instigar novas produções para fundamentação em campos diferenciados.

Devido à diversidade alcançada pela biblioterapia podemos assim identificá-la como uma técnica multidisciplinar, abrangendo a Psicologia, a Medicina e a Biblioteconomia, entre diversas outras ciências, como um processo interativo, que resulta em uma integração bem sucedida de valores e ações. O conceito de leitura empregado neste processo interativo é amplo e inclui todo tipo de material, inclusive os não-convencionais.

Com isso podemos pensar que qualquer ser humano poderia fazer uso dessa técnica, em creches, escolas, orfanatos, centros comunitários, prisões, hospitais, casas de repouso, asilos. Não há restrições de idade, nem de público-alvo. Crianças, jovens, adultos, idosos, portadores de necessidades especiais, doentes crônicos, dependentes químicos – todos são merecedores dos efeitos benéficos da leitura (LUCAS; CALDIN; SILVA, 2006).

Como Pintos (2007) tem o objetivo de mostrar, a leitura é também um recurso para uma possível ajuda terapêutica em um caso clínico, valorizando as reflexões obtidas dos livros, cita que os recursos literários atuam entre ajudar a chegar a um possível restabelecimento e sarar. O restabelecimento é conduzido pelo terapeuta e o sarar é conduzido pelo próprio indivíduo, ambos se complementam para o equilíbrio da saúde física e psíquica. O terapeuta conhecendo o perfil de seu paciente procura relacionar a literatura com algo que leve o paciente a meditar sobre os fatos que estamos submetidos todos os dias, assim a biblioterapia constrói uma leitura impactante. Alguns pacientes do autor conseguiram transformar totalmente seu modo de vida ou pensamentos, indivíduos antes pessimistas passaram a ter pensamentos positivos, deixando de ser vítima para ser o autor principal de sua história.

Mas Pintos (2007) relembra que embora o livro seja uma técnica e um método poderoso não deve substituir uma terapia em si, pois é uma ferramenta de auxílio, assim como os testes quando utilizados.

Lucas, Caldin e Silva (2006) relatam que a biblioterapia possui componentes terapêuticos, como: a catarse, que seria um equilíbrio dos sentimentos, algo que modera exaltações; o humor, que seria uma busca pela transformação da dor em prazer, considerando que o riso é tão necessário quanto o pensar e o falar; a identificação, que é construída pelas identificações processadas ao longo da vida, podendo ser respaldadas nos modelos literários das narrativas ficcionais; a introjeção, que estabelece um processo

no qual o leitor/ouvinte joga para dentro os aspectos desejáveis das personagens ficcionais, vivenciando situações que na vida real não se sente apto a suportar e atribuindo qualidades do personagem da narrativa a si mesmo, absorvendo essas características como se fossem suas; a projeção, constituindo-se da atribuição ao personagem fictício de suas dores, fraquezas e conflitos, a fim de livrar-se momentaneamente de sentimentos que são angustiantes, com isso podendo lidar com os mesmos; e a introspecção, que de acordo com o dicionário de filosofia significa olhar para dentro da própria mente para ver o que se passa ou sente.

Com isso, fica em destaque a relevância do trabalho com livros na terapia e a importância de se conhecer terapias "antigas" que podem ter alta aceitabilidade neste mundo moderno. Pensando em quando os livros podem ser terapêuticos Shrodes (1949) diz sobre a relação entre a psicanálise e a literatura, que este instrumento se desenvolve dinamicamente da interação da personalidade do leitor e a literatura imaginativa, assim reproduzindo no leitor de forma consciente e produtiva suas emoções. Pensando nisso a autora indica a leitura de livros ficcionais acreditando que dessa forma aspectos internos possam mudar, efetivando a terapia. Aprofundou-se na teoria da catarse de Aristóteles e explorou a teoria psicanalítica de Freud para entender a reação dos leitores frente à leitura de ficções, já que a identificação com os aspectos de cada personagem poderia através dos determinantes inconscientes do comportamento ajudar nas angústias vivenciadas pelo sujeito.

2.2 APLICABILIDADE DA BIBLIOTERAPIA NA CONTEMPORANEIDADE

A psicologia é uma ciência que se apresenta de forma muito abrangente no espaço das relações humanas, atendendo desde a análise dos processos intrapessoais até relações interpessoais, desenvolvendo estudos nesse mesmo âmbito, assim tendo capacidade de compreender o comportamento humano individual e de grupo. Como o foco dela são as relações, também se faz presente nas instituições das mais diversas naturezas. Tem também o objetivo de realizar intervenções a partir da identificação dos fatores que determinam o sujeito e suas ações, considerando sua história pessoal, no meio familiar e no meio social, baseado no conhecimento teórico e técnico da psicologia (CFP, 1992).

Um campo de estudo vasto como este necessita de um método que realmente comprove seus resultados e sua aplicabilidade, já que trabalha com as relações do ser humano e um simples erro pode trazer consequências grandiosas. Assim, a psicologia e também os psicólogos que trabalham no campo psicanalítico podem se beneficiar com a escolha da Biblioterapia? Já chegaremos à resposta desta questão, primeiramente podemos apresentar algumas formas de desenvolver este instrumento e entender sua aplicabilidade.

A biblioteconomia é outra ciência que se utiliza dessa prática e que apresenta, como explicado por Pereira (1996, p.33), o seu método de uso a partir da biblioterapia, como "uma aplicação refinada de uma função normal de aconselhamento de leitura. Por sua vez, o serviço de leituras promove o desenvolvimento de outras funções bibliotecárias." E dita por Caldin (2010) como uma técnica que não taxa o ser, somente produzindo cuidado, sem qualquer julgamento do que seja normal ou não, tendo como aplicador da técnica um facilitador que não intervém no processo catártico, de identificação ou introspecção, este deixa que as emoções surjam, não construindo um saber em si, só possibilitando ao sujeito o uso de sua criatividade.

Alves (1982) diz que os médicos foram os primeiros a usar o livro como um instrumento terapêutico, porém sem o conhecimento necessário sobre o assunto. Com isso os bibliotecários ganharam espaço no campo correcional usando a biblioterapia, mas no hospital acabaram sendo subordinados aos médicos e psicólogos que viam o bibliotecário como alguém apto somente para a escolha da literatura a ser utilizada. Assim, aponta a necessidade de o bibliotecário ocupar esse espaço de praticante da biblioterapia nos mais diversos locais, já que sua formação os torna aptos para atuar nos mais diversos espaços de cuidado, não necessariamente nas bibliotecas. Comenta também que a literatura deve ser escolhida pelo participante dentre uma seleção apresentada pelo facilitador para início do processo e ainda completa:

> O conteúdo do livro é apresentado como uma experiência que pode trazer a recordação de um fato ao qual o leitor está preso. O conteúdo da leitura pode trazer a identificação entre o leitor e um personagem do texto apresentado. Esta experiência pode provocar também subitamente o "insight". (ALVES, 1982, p. 56)

Alves (1982) ainda propõe que a biblioterapia pode ser aplicada de diversas maneiras para além da já citada acima. “A leitura do material escolhido pode ser feita antes ou durante a reunião. O terapeuta pode ler alto ou o grupo poderá ler alto, junto ou individualmente” (ALVES, 1982, p. 56), com isso abre-se um espaço para discussão. Aqui ela se refere ao médico como coordenador, tratando do assunto de forma simples ou através do psicodrama, tendo uma abertura maior para diversos estilos, podendo ser realizado de forma isolada ou grupal.

Uma visão mais fenomenológica é apresentada por Caldin (2010) quando explica que a leitura é um ato e que está diretamente ligado ao corpo, que consegue acomodar o inconsciente, sendo beneficiada de sentidos ao eu psicofísico. Em sua escrita apresenta que o biblioteconomista está mais atuante dentro dos espaços, que este profissional conseguiu se firmar como um blioterapeuta, como Alves (1982) indicava ser necessário.

Neste mesmo texto Caldin (2010) deixa perceptível sua crítica à forma como a psicologia trabalha, alegando que esta ignora o reflexo das emoções no sujeito, que se utiliza de mensurações taxativas, já que se baseia no contexto do que deve ser considerado normal, colocando-se como alguém que necessita mostrar como determinadas coisas necessitam ser feitas, para serem corretas, interferindo significativamente no processo catártico. É importante deixar claro que essa afirmação é uma posição da autora diante do trabalho da psicologia e não sua definição.

Porém Caldin (2010), utiliza-se dos conceitos da psicologia para explicar alguns dos termos que usa em seu trabalho, visões freudianas sobre a catarse, a identificação, a projeção e a introjeção. Em alguns momentos aponta que a biblioterapia faz parte do campo das artes, tendo a necessidade de ser valorizada e reconhecida. Fala sobre como é importante que o biblioterapeuta se atente ao que está sendo aprendido com a utilização daquela literatura, não se importando com qualquer patologia em que o sujeito sofra, nem se, por exemplo, a criança se identificar com o vilão da história, mas que através do que está lendo ou ouvindo, haja uma saída da vivência cristalizada, fazendo com que o sujeito se sinta seduzido a conhecer novas situações, estando em contato com uma outra realidade, a que está sendo apresentada pelos personagens no espaço ficcional.

O biblioterapeuta pode trabalhar com grupos, fazendo a escolha das obras literárias a partir do gosto apresentado pelos participantes e também considera a personalidade de cada um para que tudo funcione bem. Descreve diversos trabalhos

realizados com este mesmo método, falando sobre a evolução significativa de seus participantes, tanto quando lêem o texto como quando o escutam. Por fim, conclui que a biblioterapia é uma temática que pode se estender infinitamente e que seu objetivo era para mostrar diversos pontos de vista sobre esse instrumento, afirmando o quanto é uma prática terapêutica e também em como os biblioteconomistas estão aptos a aplicar a técnica, acrescentando que seus estudos são baseados nos pensamentos de Merleau-Ponty.

Ainda esclarecendo sobre a crítica apresentada por Caldin (2010) a respeito da postura do psicólogo, é importante destacar que os profissionais da psicologia, sabem exatamente como manejar um espaço terapêutico, como citado no início deste capítulo, pois durante toda a graduação há um treinamento direcionado para este trabalho. Fazemos uso de técnicas para além da catarse, que é definida por Roudinesco e Plon (1997, p. 107) "chamam de método catártico o procedimento terapêutico pelo qual um sujeito consegue eliminar seus afetos patogênicos e então ab-reagi-los, revivendo os acontecimentos traumáticos a que eles estão ligados", sendo visto como base por muitos autores citados neste trabalho.

Ao contrário destes pode-se dizer, como apresentado no capítulo um deste texto, que a psicanálise por si só é método que proporciona a criação de um ambiente terapêutico ideal para o desenvolvimento da biblioterapia, já que temos aspectos importantes para oferecer ao sujeito, como uma escuta diferenciada e um espaço de tratamento da angústia dos indivíduos.

Ainda sobre a crítica aquela, sabemos que conforme descrito por Freud [1915-1916]/1996) o paciente tem a liberdade de continuar ou não o tratamento, bem como o próprio terapeuta tem esta escolha e que em nenhum momento o terapeuta terá o objetivo de limitar seu paciente ou então de aconselhá-lo a algo. Freud ainda nos expõe que a forma como o tratamento se desenvolve não está instituída e que depende de uma abertura inconsciente; que para o terapeuta realizar uma escuta correta deve, antes de tudo, deixar de lado qualquer preconceito que tenha, para então estar disponível a escutar os detalhes particulares de cada queixa trazida. Esse pensamento também pode ser utilizado para a escolha de uma história adequada à personalidade do paciente já que, como explicado acima, quando entramos em contato com as histórias ficcionais e percebemos naquelas personagens características que nos ensinam a enfrentar momentos comuns em nosso

cotidiano, entra em ação nosso ideal de ego e imediatamente assimilamos o texto lido como uma experiência que deve ser espelhada e reproduzida, algo que traz o ensinamento de como as coisas podem ser feitas, sem que seja necessário que realmente estejamos participando da vivência, somente aprendendo com ela.

Dentro da psicologia são apresentadas algumas formas de se utilizar da biblioterapia como instrumento. Um aspecto que pode ser considerado dentro do contexto psicanalítico e que foi ressaltado por Bettelheim (2011) é que as questões edípicas são trabalhadas em alguns contos. Assim, quando se está em contato com um sujeito que apresente conflitos edipianos, a utilização destes para se trabalhar essas questões seriam bem-vindas. Ou seja:

> Como os contos de fadas lidam de forma imaginativa com as proposições mais importantes sobre desenvolvimento em nossas vidas, não é de surpreender que muitos se centralizem de algum modo nas dificuldades edípicas. Mas até agora os contos de fadas que discutimos enfocaram os problemas da criança e não os dos pais. De fato, como a relação da criança com os pais está cheia de problemas, o mesmo ocorre com a relação dos pais com a criança, por isso muitos contos de fadas tocam também nos problemas edípicos deles. Enquanto a criança é encorajada a acreditar que poderá encontrar uma saída das dificuldades edípicas, os pais são advertidos das consequências desastrosas para eles se se deixam aprisionar por elas. (BETTELHEIM, 2011, p. 21).

2.3 OUTRAS PROPOSTAS TEÓRICO METODOLÓGICAS DA BIBLIOTERAPIA

Ainda temos uma escola de pensamento da psicologia chamada Logoterapia, que é apresentada por Pintos (2007) que se baseia nos estudos de Viktor Emil Frankl, que construiu suas ideias na questão do homem buscar um sentido para a vida, o que nos motiva a continuar vivendo. Este ressalta o lado sadio do sujeito em terapia para que fosse possível o enfrentamento do lado doentio, assim Frankl indicava o livro como um recurso terapêutico e defendia uma possível cura através da leitura.

Apresenta ainda que o terapeuta, dentro da relação terapêutica, precisa superar sua postura onipotente para que a relação terapêutica funcione bem, apontando para o sujeito como pode ser a melhor forma de descobrir a si mesmo, sendo o terapeuta preparado para construir um diagnóstico e achar que pode curar seu paciente. Partindo desse ponto de

vista, o terapeuta analisará qual é melhor ferramenta para trabalhar as questões deste sujeito, dependendo do caso e de cada paciente poderá se indicar a leitura como recurso uma vez que "cada história, cada linha reflete na maneira pessoal de encarar um valor ou uma atitude diante de situação concreta de vida." e ainda esclarece que "O leitor pode se aproximar de testemunho vivencial que estimule, promova e alente o indivíduo para a descoberta do sentido de vida." (PINTOS, 2007, p. 20). Com isso o leitor poderá criar um sentido para sua vida a partir do que percebe através dos personagens, ou seja, criando suas próprias respostas para suas questões. O autor ainda apresenta alguns exemplos de textos que poderiam ser utilizados na aplicação da biblioterapia.

Outro método para a escolha seria a partir da postura do terapeuta dentro do atendimento clínico que, segundo Ferreira (2003), é necessário um conhecimento aprofundado de como se dá a raiz psicológica do problema, usando seu trabalho com adolescentes como base. Acrescenta ainda que é necessário que este terapeuta tenha uma "compreensão do caminho que este problema particular é tratado na seleção do livro prescrito" e a "habilidade em formular hipóteses, que se refiram ao impacto que este material terá sobre a solução positiva do problema ou objetivo que se queira alcançar." (FERREIRA, 2003, p. 36). Como dito anteriormente há a necessidade do profissional da psicologia conhecer muito bem a biblioterapia e seu paciente, para que a técnica tenha o resultado esperado. Mesmo que a literatura já seja considerada terapêutica por si só, é essencial que o terapeuta tenha um objetivo traçado ao indicar um livro ao cliente ou permitir que este escolha, para ajudar seu paciente a alcançar os resultados que procura.

Uma outra proposta possível de se trabalhar com a biblioterapia seria dentro da arteterapia, da qual já relacionamos no primeiro capítulo e é explicada por Coqueiro, Vieira e Freitas (2010, p. 859):

> A arteterapia é um dispositivo terapêutico que absorve saberes das diversas áreas do conhecimento, constituindo-se como uma prática transdisciplinar, visando a resgatar o homem em sua integralidade através de processos de autoconhecimento e transformação. A Associação Brasileira de Arteterapia a define como um modo de trabalhar utilizando a linguagem artística como base da comunicação cliente-profissional. Sua essência seria a criação estética e a elaboração artística em prol da saúde. Como campo específico do conhecimento, a arteterapia firma-se nos Estados Unidos da América, em 1940, com o trabalho de Margareth Nauberg, conhecida como a "mãe" da arteterapia por estabelecer as fundamentações teóricas para seu desenvolvimento, além de demarcá-la como área do saber. A arteterapia recebeu influência de áreas do conhecimento como a Psicanálise Freudiana, que, no início do século XX, interessou-se pela arte como meio de manifestação do inconsciente através

> de imagens. Sigmund Freud observou que o artista pode simbolizar concretamente o inconsciente em sua produção, retratando conteúdo do psiquismo. Acerca disso, menciona-se seus estudos realizados sobre as obras de autores consagrados como Leonardo da Vinci e Michelangelo.

A ideia trazida pelos autores só confirma o que até o momento foi discutido, que a biblioterapia é uma técnica instrumental que realmente cumpre seu papel de ser terapêutica já que através da leitura se consegue trabalhar as problemáticas carregadas pelo sujeito e as que surgem durante o processo terapêutico, trabalhando diretamente com as questões inconscientes do sujeito, sendo um instrumento que permite a explorações destas questões e juntamente com o paciente construir possíveis hipóteses sobre qual seria a melhor maneira de chegar a uma solução das mesmas.

No vídeo Seixas (2012), é possível ver o trabalho da psicóloga Cristiana Seixas, que é pós-graduada em arteterapia e atua como biblioterapeuta. Seu método consiste no trabalho em grupo, o qual é realizado em uma sala onde se tem uma estante com diversos livros; durante a sessão do grupo é possível escolher um livro qualquer e ler frases, páginas, contos ou o livro na íntegra durante o decorrer do grupo; abre-se para discussão e os participantes falam sobre o que foi despertado em suas mentes, como se sentiram ao estar em contato com aquela leitura. Aqui também é apresentada uma forma de se trabalhar com a biblioterapia em grupos, proporcionando um espaço de aprendizagem e crescimento do eu.

Temos então algumas formas de se utilizar a técnica da biblioterapia dentro da psicologia e da psicanálise. Respondendo a questão que surgiu no início deste capítulo, o uso da técnica biblioterapêutica realmente traz benefícios para a área e vale destacar a relevância do trabalho com livros na terapia e a importância de se conhecer terapias "antigas" que podem ter alta aceitabilidade neste mundo moderno.

Uma aplicabilidade interessante nos dias de hoje seria o que é dito por Pearson (1962) que o trabalho com pessoas em sofrimento tem um grande desenvolvimento quando focado na leitura de livros como terapia, ressaltando a importância da participação tanto do biblioteconomista, quanto do psicólogo. O primeiro por ter um vasto conhecimento na área da literatura e por ter contato constante com livros dos mais variados tipos, o que possibilita saber escolher qual o tipo de leitura seria mais adequada para determinadas situações, bem como montar uma biblioteca com a literatura mais

acessível para crianças e com temáticas específicas. O segundo por estar preparado para entender a personalidade desse sujeito, ter uma escuta qualificada, saber de seus sofrimentos mais profundos, bem como a melhor forma desse sujeito poder assimilar melhor aquilo que está lendo ou que escuta através de narrações.

Fossi e Guareschi (2004) falam sobre a equipe multidisciplinar no contexto hospitalar, mas a forma de trabalho serve para outros contextos para além deste, como no caso da equipe psicólogo e biblioteconomista. Apresentam o psicólogo como um papel importante para o funcionamento de vários profissionais com um mesmo propósito, já que será o responsável por mediar as relações de todos os trabalhadores envolvidos sabendo o papel de cada um dentro do espaço de trabalho. O objetivo desta equipe é de funcionar em prol de um foco, que no caso é o sujeito ou o grupo que necessita de cuidados, tendo uma visão sempre humanizada. Para que essa equipe consiga funcionar de forma adequada é necessária a construção de um vínculo com o paciente e colocar em discussão aspectos emocionais desse sujeito para que sejam entendidos e a melhor forma de trabalho, que no caso seria a biblioterapia.

Geralmente essa discussão ocorre quando o trabalho funciona de forma interdisciplinar, em que essa equipe realmente faz uma troca das conclusões que vão construindo juntamente com o desenvolvimento do caso. Essa proposta interdisciplinar também seria um funcionamento adequado para a junção que estamos propondo, apesar de que em alguns casos há um processo de hierarquização das funções, como no contexto hospitalar em que o médico acaba interferindo em todas as hipóteses formuladas (RIBARRY, 2003).

Outra possível forma de trabalho seria a transdisciplinaridade em que uma equipe formada por uma gama diversificada de profissionais trabalharia unida em formular um diagnóstico. Todos saberiam como cada área funciona e construiriam uma ideia que abarcasse todas essas concepções, não cada um dando sua opinião, mas realmente construindo o diagnóstico por ser uma equipe unificada, que acompanha junto as questões apresentadas por esse sujeito (RIBARRY, 2003).

Porém, nosso foco de início seria no funcionamento de troca de informações desses profissionais, no formato interdisciplinar em que o psicólogo e o biblioteconomista trabalhariam juntos para conseguir a evolução do paciente em suas angústias, trazendo

uma forma de acessibilidade aos seus conteúdos inconscientes e de então poder definir um rumo de tratamento dessas questões dentro da terapia ou do espaço terapêutico criado.

Um ponto importante para complementar a pesquisa seria ressaltar que nosso objetivo está focado no uso da literatura adequada para cada paciente e dentro desta perspectiva não se inclui o livro de autoajuda, já que no uso de contos, por exemplo, o paciente poderá elaborar suas questões, refletir as vivências do personagem no seu cotidiano, interpretar da sua forma cada texto apresentado. Isso porque nos livros classificados como autoajuda, muitas vezes já existe uma resposta pronta, como que apontando uma direção as escolhas do paciente, que não é o foco deste estudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A biblioterapia é um instrumento acessível ao terapeuta, pois estamos em contato com contos a todo o momento e conseguimos através deles aprender vivências de forma única e também trabalhar questões que estão em nosso inconsciente de forma terapêutica.

Mesmo que seja possível encontrar trabalhos de suma importância para a utilização da técnica, ainda falta a melhor exploração das variáveis que podem ocorrer na prática do instrumento, bem como a avaliação de profissionais já atuantes dentro do campo biblioterapia, já que alguns trabalhos se mostraram de difícil acesso e muitas vezes apresentando somente o contexto histórico da biblioterapia, mostrando a falta de exploração da área pelos profissionais.

Como citado no capítulo três, a junção do trabalho da psicologia ou mais especificamente da psicanálise com a biblioteconomia de forma interdisciplinar poderia gerar estudos fundamentais para um maior enriquecimento da área, já que os dois campos são os mais estudados da biblioterapia com aponta Silva (2005).

Sendo assim, a partir das questões de partida propostas no início deste trabalho e resultantes do estudo exploratório desenvolvido, conclui-se que a literatura e principalmente o uso do livro como um instrumento, tem uma função terapêutica. Com isso fica claro que a biblioterapia está cada dia mais presente em nosso cotidiano, porém se vê a necessidade do desenvolvimento de novas pesquisas no nosso meio científico que criem métodos de atuação mais aprofundados para o profissional da psicologia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, M. H. H. **A aplicação da biblioterapia no processo de reintegração social.Revista brasileira de Biblioteconomia e Documentação**, São Paulo, v. 15, n. 1/2, p. 54-61, jan./jun. 1982.

ATKINSON, R. L. et al. **Introdução à psicologia:** de Hilgard. 13. ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.

BETTELHEIM, B. **A Psicanálise dos contos de fadas**. Lisboa: Bertrand, 2011.

CALDIN, C. F. **Biblioterapia: um cuidado com o ser**. São Paulo: Porto das Ideias, 2010.

CALDIN, C. F. **A poética da voz e da letra na literatura infantil**: **leitura de alguns projetos de contar e ler para crianças**. 2001. 261 f. Dissertação (Mestrado em Literatura) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/eb/article/download/36/5200>. Acesso em: 24 fev. 2014.

C. F. P., 1992. **As Atribuições Profissionais do Psicólogo no Brasil**. Brasil, Disponível em: <http://site.cfp.org.br/wpcontent/uploads/2008/08/atr_prof_psicologo. pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

COQUEIRO, N. F.; VIEIRA, F. R. R.; FREITAS, Marta Maria Costa. **Arteterapia como dispositivo terapêutico em saúde mental.** Acta**,** Fortaleza, v. 6, n. 23, p.859-862, abr. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ape/v23n6/22.pdf>. Acesso em: 13 set. 2015.

CORDIOLI, A. V.; GIGLIO, L. **Como atuam as psicoterapias: os agentes de mudança e as principais técnicas de intervenções psicoterápicas.** In: CORDIOLI, A. V. (Org.). **Psicoterapias**: abordagens atuais. Porto Alegre: Artmed, 2008, p. 42-57.

DANZIGER, M. K.; JOHNSON W. S. **Introdução ao estudo crítico da literatura**. São Paulo: Cultrix, 1974. Trad. de Álvaro Cabral, com a colaboração de Catarina T. Feldmann. Disponível em: <www.ufrgs.br/proin/versao_1/textos/danziger.doc>. Acesso em: 14 abr. 2015.

FERRAZ, P. M. **Ensaios em psicanálise e literatura.** 2009. 60 f. Monografia (Especialização em Psicologia social e institucional) Curso de Psicologia, Instituto de Psicologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <www.ufrgs.br/ ppgpsi/producao-intelectual/.../dissertacoes-2009>. Acesso em: 14 abr. 2015.

FERREIRA, D. T. **Biblioterapia: uma prática para o desenvolvimento pessoal.Educação Temática Digital**, Campinas, SP, v. 4, n. 2, p. 35-47, jun. 2003.

FOSSI, L. B.; GUARESCHI, N. M. de F. **A psicologia hospitalar e as equipes multidisciplinares. Rev. SBPH**, Rio de Janeiro , v. 7, n. 1, jun. 2004. Disponível em; <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582004000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 set. 2015.

FOUCAULT, M. **Nietzsche, Freu, Marx.** Paris: Princípio, 1975.

FREUD, S. [1913-1914]. **Obras completas:Conferências Introdutórias sobre a psicanálise (parte I e II).** Vol. XV. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

FREUD, S. [1913-1914]. **Obras completas: Totem e tabu e outros trabalhos. Vol. XIII.** Rio de Janeiro: Imago, 1969.

HALL, C.; LINDZEL, G. **Teorias da personalidade.** São Paulo: Epu, 1984.

HASSE, M. **Biblioterapia como texto: análise interpretativa do processo biblioterapêutico.**158 f. 2004. Dissertação (Mestrado em Comunicação) Univer- sidade Tuiuti do Paraná, Curitiba. Disponível em:<http://tede.utp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=9>. Acesso em: 24 fev. 2014.

LELOUP, J. **Cuidar do ser**: **Fílon e os terapeutas de Alexandria.** 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

LUCAS, E. R. O.; CALDIN, C. F.; SILVA, P.V. P. da**. Bibiblioterapia para crianças em idade pré-escolar: um estudo de caso.**Perspect. ciênc. inf. Belo Horizonte, v. 11, n.

3, p. 398-415, set./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pci/v11n3/a08 v11n3.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2014.

LUFT, C. P. **Pequeno Dicionário da Língua Portuguesa.** 6. ed. Rio Grande do Sul: Scipione, 1987.

MEZAN, R. **Psicanálise e psicoterapias**. **Estud. av. [online]**, v.10, n. 27, p. 95-108, 1996. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-4014 1996000200005>. Acesso em: 24 fev. 2014.

MONTET, P. **O Egito no tempo de Ramsés (1300 AC. a 1100 AC.)**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

MORENO, J. L. **Psicodrama**. 13. ed. São Paulo: Cultrix, 2010.

OUAKNIN, M. **Biblioterapia**. Trad. de Nicolas Niymi Campanário. São Paulo: Loyola, 1996.

PEREIRA, M. M. G. **Biblioterapia: proposta de um programa de leitura para portadores de deficiência visual em bibliotecas públicas**. João Pessoa: Universitária, 1996.

PEARSON, J. S and the Clinical Psychologis.**Bibliotherapyt. Mental-ill Students,** Nova York, v. 11, n. 2, p.105-122, fev. 1962. Disponível em: <https://www.ideals.illinois.edu/bitstream/handle/2142/6062/librarytrendsv11i2i_opt.pdf?sequence=1>. Acesso em: 01 ago. 2015.

PINTOS, C. G. **A logoterapia em contos: o livro como recurso terapêutico**. São Paulo: Paulus, 2007.

RATTON, A. M. L. Biblioterapia. **Revista da Escola de Biblioteconomia da UFMG**. Belo Horizonte, v. 4, n. 2, p.198-214, set. 1975.

READ, H. **O sentido da arte.** São Paulo: Ibrasa, 1978.

ROUDINSCO, E.; PLON, M. **Dicionário de psicanálise.** Paris: Zahar, 1997.

RIBARRY, I. N. **Aproximações sobre a transdisciplinaridade: algumas linhas históricas, fundamentos e princípios aplicados ao trabalho de equipe.** Psicol. Reflex. Crit**.** [online]. 16, n.3, p. 483-490, 2003. Disponível em:<http://www.scielo.br/pdf/prc/v16n3/v16n3a07.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2015.

SEITZ, E. M. **Biblioterapia: uma experiência com pacientes internados em clínica médica.**Revista ACB, Campinas, v. 1, n. 1, p. 78-85, dez. 2005. Disponível em: <http://revista.acbsc.org.br/index.php/racb/article/view/452/568>. Acesso em: 29 set. 2012.

SEIXAS, C. **Biblioterapia**. Coordenação de Cristiane Seixas. Rio de Janeiro: Eunice Vasques, 2012. Vídeo. Duração 05:00 min. Son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LSptNyLwzww>. Acesso em: 10 set. 2015.

SILVA, A. M. da. **Características da produção documental sobre biblioterapia no Brasil**. 2005. 121 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

SHRODES, C. **Bibliotherapy:** a theoretical and clinical-experimental study**.** 1949. 344 f. Dissertation (Doctor of Philosophy in Education) University of Calif. Disponível em: <http://www.worldcat.org/title/bibliotherapy-a-theoretical-and-clinicalexperimental - study/oclc/10933726?referer=di&ht=edition>. Acesso em: 28 fev. 2015.

ZILBERMAN, R. **Literatura infantil na escola**. São Paulo: Global, 2003.

CAPÍTULO VII

A DOENÇA DOS INVISÍVEIS: A PRIVAÇÃO DAS LIBERDADES SUBSTANTIVAS NO ACESSO À SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA

Grazielle Oliveira Araújo do Nascimento[120]
Christiane Rabelo Britto[121]
Brunna Rabelo Santiago[122]

INTRODUÇÃO

Assegura-se a todos os cidadãos dignidade da pessoa humana. Entretanto, é perceptível que o direito essencial à saúde, por exemplo, não é garantido de forma universal. Artigos como o 6º (Dos Direitos Sociais)[123] e o 196 (saúde é direito de todos e dever do Estado)[124], presentes na Constituição Federal, fundamentam essa premissa. Em verdade, o presente trabalho tem como objetivo principal a análise do desrespeito ao direito fundamental da saúde pública no Brasil, e o seguinte objetivo específico: demonstrar que o descaso Estatal em relação ao acesso à saúde das pessoas marginalizadas acarreta em privação das liberdades substantivas[125].

120 Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). E-mail: grazinascimento@hotmail.com.br
121 Advogada. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Faculdade Anhanguera. E-mail: christianebritto@yahoo.com.br
122 Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). E-mail: brunnarsantiago@hotmail.com
[123]Art. 6º, CF:São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
[124]Art. 196, CF: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
[125]Ao conceituar liberdades substantivas, Amartya Sem afirma: "As liberdades substantivas incluem capacidades elementares como por exemplo ter condições de evitar privações como a fome, a subnutrição, a morbidez evitável e a morte prematura, bem como as liberdades associadas a saber ler e fazer cálculos aritméticos, ter participação política e liberdade de expressão etc.". (SEN, 2000, p. 52). Dessa forma, a privação de acesso à saúde pública por parte dos indivíduos que dependem da assistência governamental, pois não podem arcar com os custos de um acompanhamento médico privado, fere liberdades substantivas. Inclui-se nessas liberdades: a realização de exames periódicos (Saúde Preventiva), a disponibilização de medicamentos e tratamentos como também, a garantia de procedimentos cirúrgicos quando necessário.

Certamente, notícias comprovando o descaso na saúde já se tornaram fato comum. Falta de médicos, de leitos e de medicamentos são notas constantes em jornais e evidenciam que a crise existente no sistema público de saúde. Como órgão integrante de tal sistema, o Sistema Único de Saúde, por meio de seus princípios norteadores (universalidade, equidade e integralização), busca a satisfação do direito em pauta. Entretanto, apesar dessa busca, os cidadãos permanecem sem amparo, vivenciando uma situação de absoluto esquecimento e abandono nos hospitais públicos.

O Estado, assim como aduz a Constituição, assume o papel de garantidor do direito à saúde. Ao contrário do que deveria ocorrer, este não assiste devidamente os seus cidadãos, que acabam por tornarem-se invisíveis em meio ao caos presente na Saúde Pública brasileira. Há uma diferença gritante entre a saúde privada e pública, sendo aquela, um privilégio de poucos, dentre os quais, os próprios governantes. Portanto, tendo em vista que a nata estatal detém seu direito à saúde assegurado, o investimento no Sistema Público de Saúde não constitui medida prioritária.

A referida pesquisa caracteriza-se como teórico-bibliográfica, tendo em vista que se fundamenta na filosofia de Hanna Arendt, ao analisar o papel do Estado na concretização de direitos. Além disso, pauta-se, também, na obra do pesquisador Amartya Sem, buscando tratar das liberdades substantivas negadas no âmbito de uma saúde pública em crise.

Soma-se ao estudo teórico, a utilização do método qualitativo ao analisar os dados provenientes da Pesquisa Nacional de Saúde 2013, realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, onde se analisou o quantitativo de pessoas atendidas pelo SUS no lapso temporal de duas semanas anteriores à citada pesquisa.

DESENVOLVIMENTO

A situação da saúde pública brasileira apresenta dados alarmantes. De acordo com a Pesquisa Nacional de Saúde 2013[126], realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, aproximadamente 29.815 pessoas obtiveram atendimento médico, no serviço público de saúde, nas últimas duas semanas anteriores à pesquisa. Desse total, 12.916

[126]Dados dispostos na Pesquisa Nacional de Saúde 2013 – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/pns/2013_vol2/default_xls.shtm>.

(mais de 43% do total) classificou o atendimento de regular a muito ruim. Os dados demonstram que praticamente metade das pessoas abordadas durante a investigação qualiquantitativa não ficaram satisfeitas com o serviço público de saúde.

Cumpre ressaltar que a referida pesquisa é classificada como pesquisa de amostra, tendo em vista que se utilizou apenas de parte da população (pessoas efetivamente atendidas no SUS) durante lapso temporal específico (últimas duas semanas). Ou seja, os dados aqui analisados não abrangem as pessoas que não conseguiram ao menos o atendimento, ou ainda aquelas que não tiveram acesso à senha.

No lapso temporal de duas semanas, um grande número de pessoas foi atendido pelo SUS, o que demonstra a essencialidade da prestação desse serviço. Em contrapartida a esse fato, o Estado não investe como deveria na Saúde Pública. Afinal, a grande maioria dos governantes estatais integra a minoria privilegiada dos cidadãos com poder aquisitivo para arcar com o serviço particular de saúde. Essa exclusão da população de menor renda por parte do Estado resta explicitada nos dizeres da filósofa Hanna Arendt:

> [...] a transformação do Estado de instrumento da lei em instrumento da nação; a nação havia conquistado o Estado, e o interesse nacional chegou a ter prioridade sobre a lei muito antes da afirmação de Hitler de que "o direito é aquilo que é bom para o povo alemão". Mais uma vez, a linguagem da ralé era apenas a linguagem da opinião pública, expurgada da hipocrisia e do comedimento. (ARENDT, 2012, p. 379).

O trecho transcrito aborda a forma pela qual o Estado enxerga aqueles que estão à margem da sociedade. Dentro desse contexto de marginalização estão inseridos os cidadãos reféns da saúde pública brasileira em crise, tendo em vista que não podem arcar com o serviço de saúde privado.

Faz-se importante destacar, ainda, a posição do ente estatal de responsável pela garantia da saúde à população. Nas palavras do constitucionalista José Gomes Canotilho (1999, p. 384) é "direito de o particular obter, por meio do Estado, prestações de saúde, educação e segurança social". Conclui-se, portanto, que a saúde pública constitui responsabilidade do Governo e, como tal, deve ser reestrutura mediante políticas governamentais, visando atender às demandas da população.

Como tentativa de esclarecer a inércia do ente Estatal em relação à saúde pública, utiliza-se o princípio da reserva do possível, ou seja, justifica-se o injustificável a partir da "impossibilidade orçamentária". Todavia, em relação aos direitos humanos

fundamentais deve-se priorizar a análise de princípios como do mínimo existencial, visando garantir as condições mínimas da existência humana digna, e da vedação ao retrocesso social, objetivando a concretização das liberdades substantivas. Possivelmente, é válido lembrar que a maior parte da doutrina já analisa o conflito existente entre os citados princípios e confirma a ideia de uma ponderação entre estes. Nas palavras do autor Sidney Guerra (2013, p. 192): "mesmo com as limitações em torno da cláusula da reserva do possível, existe a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo essencial que constitui o mínimo vital". Dessa forma, comprovando-se a importância primordial dos direitos humanos fundamentais, em especial o direito à vida.

O descaso estatal em garantir o referido direito promove o caos na Saúde Pública, privando os excluídos de suas liberdades substantivas, traduzidas, neste caso, no direito à saúde de qualidade, ao atendimento médico digno e, consequentemente, à qualidade de vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade procura o benefício do direito fundamental à saúde, como também a concretização de suas liberdades substantivas, através do acesso ao Serviço Público de Saúde. Entretanto, a crise vivenciada no referido setor torna essa busca inviável, submetendo os cidadãos a uma condição de esquecimento.

Cumpre ressaltar que o problema aqui tratado ultrapassa as questões jurídicas, abrangendo um problema ainda maior, a desestruturação da Saúde Pública brasileira. Dessa forma, a interdisciplinaridade entre justiça e saúde defendida no presente estudo demonstra-se essencial para resolução desse impasse.

Os hospitais, postos e demais institutos públicos de saúde do país não estão possibilitando a concretização das liberdades substantivas dos cidadãos. Muitas pessoas chegam a óbito, tornando-se vítimas do descaso estatal e protagonistas da infeliz realidade que veda o direito à vida a todos aqueles que não possuem condições de arcar com o Setor Privado de Saúde.

Não há nada que justifique a falta de assistência medica e hospitalar às pessoas de baixa renda, nem a não incidência dos fundamentos constitucionais em suas vidas. Portanto, resta clara a imprescindibilidade de solucionar, por meio de uma atuação interdisciplinar, a crise da saúde pública brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, H. 2012. ***Origens do Totalitarismo*: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo; tradução Roberto Raposo**. São Paulo: Companhia das Letras.

CANOTILHO, J. J. G. 1999. ***Direito constitucional e teoria da constituição***. 3.ed. Coimbra: Almedina.

GUERRA, S. 2013. ***Direitos humanos*: curso elementar**. São Paulo: Saraiva.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. 2013**.** ***Pesquisa nacional de saúde 2013***[online]. [Acesso em 28 ago. 2015]. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/pns/2013_vol2/default_ods.shtm.

SEN, A. 2000. ***Desenvolvimento como Liberdade*.** São Paulo: Companhia das Letras.

Capítulo VIII

A ATUAÇÃO DO ESTADO NO COMBATE À DESIGUALDADE: BUSCA DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

Laísa Fernanda CAMPIDELLI[127]
Leonardo Leite RISTOW[128]
Matheus Henrique dos Reis MARTINS3[129]

RESUMO: O presente trabalho objetiva uma análise acerca dos desafios que o Estado deverá enfrentar para combater a desigualdade de forma eficaz, buscando garantir o direito à vida, à dignidade humana, à saúde, à educação e à inclusão social. Para tanto será realizado o estudo das principais políticas públicas adotadas ao longo da história com o intuito de concretizar a diminuição da pobreza, assim como serão analisados os paradigmas que servem de base para a atuação Estatal. Buscar-se-á demonstrar que o Estado necessita de novos mecanismos hábeis na promoção da justiça social, a qual se faz com a garantia de direitos mínimos a todos. Assim, diante da enorme desigualdade existente no país, faz-se necessário buscar medidas viáveis e exequíveis para terminar com a incompatível realidade da miséria e concretizar os preceitos descritos na Constituição Federal.

PALAVRAS CHAVES: Desigualdade; Justiça Social; Mínimo Existencial; Dignidade Humana; Atuação Estatal.

INTRODUÇÃO

Na sociedade brasileira existe uma grande desigualdade, criando um abismo entre as diferentes classes sociais, de forma que uma grande parcela da população passa a ser

[127] Graduanda em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bolsista PIBIC pela Fundação Araucária. Integrante do grupo de pesquisa GP CERTOS. E-mail: laisacampidelli@gmail.com
[128] Graduando em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bolsista PIBIC pela Fundação Araucária. Integrante do grupo de pesquisa Democracia e Direitos Fundamentais. E-mail: leo.ristow@hotmail.com
[129] Graduando em direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Bolsista PIBIC pela Fundação Araucária. Integrante do grupo de pesquisa GP CERTOS. Email: matheush_r@hotmail.com

tratada de forma discriminada, tendo seus direitos e garantias fundamentais prejudicados, ficando eles muitas vezes fora de seu alcance.

Devido à marginalização sofrida pelas classes mais humildes, é necessário que o estado atue para combater esses entraves, tentando pelos menos atenuar essa situação, com políticas públicas que visem à inclusão, para que o maior número possível de pessoas possa participar como membros ativos da sociedade.

Partindo disso, algumas medidas ganham destaque nesse combate estatal à desigualdade, como, por exemplo, garantir o devido acesso à justiça, para que se possa recorrer em face de abusos, atuando também para que no processo judicial exista a devida isonomia entre as partes, não deixando que pessoas mais abastadas financeiramente, ou que estejam melhor familiarizadas com o processo, gozem de vantagem indevida.

Outro meio eficaz de que o estado se vale para atuar na inclusão social é a educação, principalmente no que diz respeito aos investimentos no ensino público básico, que, apesar de todos seus defeitos e críticas, tem uma importância crucial no desenvolvimento tanto intelectual quanto social da população. Com destaque, quando falamos da educação, podemos destacar as medidas que visam incluir nessa esfera tanto a população idosa como a que possui algum tipo de deficiência, não as deixando à margem da sociedade, e sim lutando para que se sintam acolhidas por ela.

Todas essas políticas de inclusão estão relacionadas ao princípio do mínimo existencial, de modo que o objetivo do estado, ao empregá-las, é garantir que todos tenham uma existência digna, de acordo com os valores éticos, culturais e sociais de sua sociedade, não se preterindo nenhuma parcela da população em relação à outra.

Devido a esses fatores, a atuação do estado é necessária como um apaziguador social, garantindo a todos uma justa existência, tentando prover a todos iguais oportunidades de lutar por seus direitos, conquistados a tão duras penas.

1 O ACESSO À JUSTIÇACOMO COMBATE À DESIGUALDADE SOCIAL

Ter acesso à justiça é um critério básico para um indivíduo fazer valer seus direitos, sendo o fator principal quando se fala em combater as injustiças sociais, mas apenas dar à população a possibilidade de recorrer em juízo quando sofre alguma violação em seus direitos não é suficiente, pois existem inúmeros outros fatores que afetam o correr

do processo e acabam por excluir boa parte da população da possibilidade de realmente lutar por seus direitos. Portanto apenas o acesso formal à máquina judiciária não é suficiente, é preciso promover uma real igualdade judiciária a ambas as partes interessadas no processo, analisando os outros diversos fatores que afetam essa relação. Somente assim se pode dizer que a condição dos dois lados é realmente justa.

Os direitos só se realizam se for real a possibilidade de reclamá-los perante tribunais imparciais e independentes. Em outras palavras, o direito de acesso à justiça é o direito sem o qual nenhum dos demais se concretiza. Assim, a questão do acesso à justiça é primordial para a efetivação de direitos. Consequentemente, qualquer impedimento ao direito de acesso à justiça provoca limitações ou mesmo impossibilita a efetivação da cidadania como representação dos demais direitos consagrados pelo ordenamento jurídico. (HADDAD; DA SILVA, 2015, p. 148).

Diante disso, muitos levantam a ideia de que se fere a isonomia entre as partes do processo, mas deve-se lembrar que entre pessoas de classes sociais diferentes não há uma real isonomia, sendo necessária essa atuação por parte do estado para que pelo menos se diminua essa desigualdade.

Tal é a importância do poder judiciário para se garantir os direitos da população que, por vezes, ele tem uma atuação ativista, invadindo a esfera legislativa, garantindo direitos que não estão expressos de forma clara na letra fria da lei, ou mesmo inovando em matéria jurídica.

Um dos principais empecilhos que barra a população em geral, principalmente as de classes sociais mais humildes, de entrar em juízo na busca por seus direitos é no que se refere às custas processuais, pois tanto os honorários advocatícios quanto os próprios custos para dar andamento ao processo são demasiadamente altos. Porém, o próprio ordenamento jurídico confere uma solução para esse problema, isentando de custos aqueles que provarem não ter condições para tal, bastando que se obtenha uma declaração de hipossuficiência, também conhecida como declaração de pobreza, afirmando que não pode arcar com as custas do processo sem afetar o sustento de sua família, obtendo também por esse documento assistência jurídica gratuita, mediante a necessária comprovação da carência para se obter esse benefício.

Outro grande entrave ao acesso jurisdicional por parte da população é a falta de conhecimento quantos aos procedimentos processuais, ou mesmo sobre a tipificação dos

crimes, não sabendo como proceder para perseguir seus direitos ou mesmo sobre quais causas pode pleitear, deixando muitas vezes de lutar por determinados direitos simplesmente por não ter o conhecimento de que pode fazer tal coisa.

Encontra-se obstáculo também na falta de tempo, pois a população, em geral, passa a maior parte de seu tempo trabalhando por seu sustento, não sendo capaz de dar atenção ao andamento do processo, acabando assim por perder o interesse em prosseguir com ações judiciais, visto que, ao fim de um exaustivo dia de trabalho, o cansaço é o grande campeão.

A morosidade com que os processos são analisados também é um fator determinante para o real acesso à justiça, já que ações que poderiam em tese ser resolvidas de uma forma rápida, correm por anos a fio sem que se chegue a uma conclusão. Isso, no entanto, deve-se também ao fato de as instituições do poder judiciário atuarem muitas vezes de forma arcaica, valendo-se de procedimentos que deveriam ter sidos há muito superados para seu próprio melhor funcionamento, sendo necessária uma reformulação para que o procedimento se torne mais efetivo.

Uma possível solução quanto a essa lentidão do sistema judiciário é a popularização de meios de solução de conflitos extrajudiciais, que resolvem os conflitos antes que seja necessário acionar a máquina judiciária.

Esses defeitos quanto à atuação do judiciário acabam por instaurar um grande problema, a descrença quanto a sua atuação, gerando-se o pensamento de que a justiça só atua em favor dos possuidores de boa condição financeira, que só atua favorece os ricos, sendo algo fora do alcance da população comum, mas, apesar de todos os obstáculos, o acesso à ordem jurídica por parte da população é o instrumento de efetivação de todos os demais direitos, sendo relacionado diretamente com o princípio base do ordenamento jurídico, o da dignidade da pessoa humana, verdadeiro instrumento de luta social.

2 QUANTO À EVOLUÇÃO DA ATUAÇÃO DO ESTADO EM RELAÇÃO A TUTELA JURISDICIONAL

Percorreu-se um longo caminho para se chegar ao atual estado em que nossa esfera jurisdicional se encontra, com a tutela do estado sobre o processo, evoluindo desde as fases de autotutela e auto composição.

No passado, o meio de resolução de conflitos adotado oficialmente era a autotutela, em que o Estado deixava que as próprias partes interessadas resolvessem suas contendas, fazendo vigorar um verdadeiro direito do mais forte, porque, como era quase regra, os interessados de valiam de sua força, de suas artimanhas, ou mesmo de seu poderio econômico para assegurar seus direitos.

Este método produz uma solução egoísta e parcial do conflito, uma vez que essa é resultado tão somente da imposição da vontade de apenas um dos litigantes. Justamente por isso normalmente não é permitida nos ordenamentos jurídicos civilizados; pelo contrário, muitas vezes é tipificada como crime, como ocorre no Brasil, por exemplo (CP, art. 345). (TALAMINI; WAMBIER, 2014, p. 103).

Uma segunda corrente forma dessa tutela particular sobre o processo é a chamada auto composição, em que uma ou ambas as partes poderiam optar por fazer concessões quanto aos seus interesses para ver os conflitos resolvidos de forma mais rápida e eficiente.

Com o tempo, para se assegurar de que o resultado seja justo e os possuidores de características tidas como dominantes prevaleçam apenas por isso, a tutela do processo passou ao estado, que se encarrega de julgar e fornece os meios para que o processo caminhe, garantindo assim um resultado mais justo.

Esse processo, porém, muitas vezes se demonstra extremamente lento, o que está levando a cada vez mais o incentivo e popularização de métodos de solução de conflitos extrajudiciais, que estão previstos no próprio ordenamento jurídico e que funcionam como uma fase prejudicial do processo, em que, caso o conflito seja resolvido, não é necessário que se movimente a máquina estatal.

(...)a mediação pode ser conceituada como um mecanismo para a resolução de conflitos fundado no diálogo e a participação das partes envolvidas, que permitem que um terceiro pondere, sopese e redimensione o conflito, tornando-o reflexivo e promotor de pacificação dialógica. (GONÇALVES; MARTIN, 2013, p. 20).

Os métodos extrajudiciais de solução de conflitos são a conciliação, a mediação e arbitragem, sendo que, nos dois primeiros, um terceiro busca aproximar as partes,

propondo soluções e concessões mútuas, mas o poder de decisão ainda reside com os interessados, e já no terceiro, apesar de o poder de decisão caber aos árbitros, as partes têm poder de decidir quase todos os detalhes do processo, não perdendo assim a sua autonomia. Os métodos extrajudiciais são marcados por uma maior agilidade quanto a sua solução se comparados à atuação estatal, sendo um verdadeiro facilitador para a resolução dos conflitos.

3 O MÍNIMO EXISTENCIAL

A expressão "mínimo existencial", o qual, segundo a doutrina internacional, pressupõe a existência de condições mínimas de vida com dignidade, é amplamente utilizada no direito brasileiro para fundamentar políticas sociais e tem origem no direito alemão. A Lei n° 8.742/93 adota o termo "mínimos sociais", baseando-se na preferência do filósofo John Rawls em "A Theory of Justice". Embora as nomenclaturas sejam um pouco diferentes, o significado refere-se sempre ao direito ao mínimo para que todos possam nascer e viver com dignidade, podendo participar ativamente da vida social de seu Estado. Estas condições mínimas não devem ser uma faculdade do Estado, mas sim dever dele a concessão dessa garantia à pessoa.

Um dos mais importantes doutrinadores nacionais a respeito do assunto é Ricardo Lobo Torres, o qual dispõe:

Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados. (TORRES, 1999, p. 30).

Assim, podem-se imaginar as danosas consequências que advêm da falta de um mínimo oferecido pelo Estado aos que dele necessitam. Essa ausência geraria nas populações de baixa renda grande insegurança e preocupação com o futuro de seus filhos.

Importante ainda ressaltar que, segundo Torres, a fundamentação do mínimo existencial está nas "condições para o exercício da liberdade", mas não na mera ausência de constrição, e sim na liberdade real ou positiva. Desta forma, ele diferencia liberdade

de justiça para que a primeira fundamente o combate à miséria e à pobreza absoluta ao fornecer condições iniciais que proporcionem a superação da injustiça social. (TORRES, 1999, p. 30).

Neste contexto, o que se propõe são prestações positivas estatais de cunho assistencialista, apresenta o "status negativus" das imunidades fiscais, demonstrando que "o poder de imposição do Estado não pode invadir a esfera da liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência". (TORRES, 1999, p. 68).

Dispõe Torres a respeito dessas garantias:

As imunidades ou isenções, como limitações do poder de tributar, encontram nos direitos humanos o seu fundamento e devem garantir o mínimo existencial, que compreende os direitos dos pobres e idosos, as deduções familiares do imposto de renda, a cesta básica, as prestações gratuitas de saúde e educação e os demais direitos que possam garantir as condições da liberdade ou a igualdade de chances. (TORRES, 1999, p. 10).

No caso do Brasil, observa-se que por mais que o governo gere muito dinheiro por meio da sua tributação, a qual é uma das maiores do mundo, pouco dessa chega de fato a proporcionar uma vida digna a quem precisa, o que traz insegurança para todos os cidadãos brasileiros e dúvidas sobre os investimentos Estatais, que deveriam estar fornecendo bons frutos.

Neste ínterim, ao invés de o mínimo existencial ser um direito de todas as pessoas, acaba sendo individual, pois cada indivíduo muitas vezes precisa procurar o judiciário para satisfazer seu próprio direito, sem levar em consideração o impacto social que isso pode causar, uma vez que, evidentemente, o valor da concessão judicial há de ser tirado da verba pertencente à garantia do mínimo existencial de muitos, os quais não conhecem seus direitos e não possuem condições de lutar por eles.

Desta forma, Krell propõe uma solução mais justa através também da intervenção judicial, só que, ao invés de favorecer apenas um indivíduo, priorizaria todos de uma região mais necessitada, assim "nessas áreas, a prestação concreta de serviços públicos precários e insuficientes por parte de municípios, dos estados e da União deveria ser compelida e corrigida por parte dos tribunais". (KRELL, 2002. p. 56).

Outro fato importante a ser mencionado é a dificuldade encontrada para a efetivação do mínimo existencial, pois este varia muito dependendo da localidade, como dispõe a doutrina alemã:

O referido "padrão mínimo social" para sobrevivência incluirá sempre um atendimento básico e eficiente de saúde, o acesso à uma alimentação básica e vestimentas, à educação de primeiro grau e garantia de uma moradia; o conteúdo concreto desse mínimo, no entanto, variará de país para país. (KRELL, 2002. p.63).

Pode-se perceber que o mínimo em um Estado será diferente do suficiente em outro, uma vez que ele tem relação com a necessidade de recursos finitos para o fornecimento a demandas infinitas, em se tratando de quantidade.

Há eventos imprevistos, os quais podem alterar a especificidade do mínimo existencial, podendo advir de força maior ou causas fortuitas. Como o que surgiu no final do ano de 2015, em que houve o aumento inestimável da microcefalia, fazendo com que determinadas regiões carecessem de mais recursos que outras, pois sabe-se que para se efetivar a justiça social é preciso garantir um mínimo existencial a cada indivíduo, sendo evidente que a criança que nasce com microcefalia terá que ter mais condições dispostas pelo Estado para que se garanta seu desenvolvimento com a mínima qualidade de vida.

Quando o Estado não garante esse mínimo, dentro de suas especificidades que não podem ser delimitadas previamente, acontecerá inevitavelmente uma estagnação ou ainda um aumento da pobreza nas áreas que carecem desses recursos Estatais. Desta forma, "O Estado deve reservar aos miseráveis e desempregados um rendimento mínimo que lhes garanta a subsistência em condições compatíveis com a dignidade humana". (TORRES, 2009. p. 261).

Para que ocorra a efetivação do mínimo existencial por meio das políticas públicas, as quais garantiriam os direitos sociais e outros, pressupõe-se que parte da arrecadação Estatal seja destinada a esse fim. A reserva do possível é o meio pelo qual se garantem recursos econômicos para custear esse assistencialismo. Assim, para que seja realizada essa garantia de uma vida digna, depende-se do valor que o Estado dispõe para esse fim e que haja fiscalização para que, de fato, os recursos sejam utilizados da melhor forma e jamais desviados, o que na prática todos sabem que não está funcionando plenamente no Brasil.

Assim sendo, os argumentos Estatais de falta de recursos, de carência da reserva do possível, não podem ser fundamentos para privar o indivíduo de ter o mínimo. Observa-se que a grande arrecadação Estatal também faz com que essa tese seja injusta. Neste contexto, Canotilho dispõe a respeito desse posicionamento do Estado:

"Quais são no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (VorbehaltdesMoglichen) para traduzir a ideia de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob 'reserva dos cofres cheios' equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica" (CANOTILHO, 1998, p. 477).

Neste sentido se posicionam os tribunais em favor do respeito a garantias mínimas, como no Agravo Regimental de Recurso Extraordinário nº639337/SP, da relatoria do Min. Celso de Mello, publicado em 23/08/2011, o qual resta consignado que:

> (...)A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança.(...)

Assim, o Estado não pode se omitir das garantias mínimas aos indivíduos baseando-se em reserva do possível, pois não se pode permitir o retrocesso social em função dos preceitos constitucionais, devendo o poder público arcar com seu inadimplemento na falta de condições de vida digna as pessoas.

4 EDUCAÇÃO

O estado atua no sentido de diminuir as desigualdades sociais, ou, pelo menos, essa é uma de suas principais diretivas, e um meio encontrado para esse fim são os investimentos na área da educação, havendo vários programas nesse âmbito com o propósito de incluir as pessoas na sociedade.

Neste novo século, as sociedades atuais precisam se conscientizar cada vez mais da importância da educação como fator de desenvolvimento, acompanhando de perto a progressiva complexidade das formas de relação entre seus membros e a necessidade de agilização dos recursos materiais e humanos que se devem combinar para que se possa efetivar plenamente, através do processo educacional, a perfeita interação entre todos. (VELTRONI, 2010, p. 1).

A educação exerce um papel muito importante na sociedade, o do desenvolvimento intelectual, tanto individual como coletivo, mas no Brasil ela não é tratada com o devido respeito e vive constantemente em condições críticas, como falta de investimento e incentivo, tão necessários para que ela realmente atue como um instrumento de igualdade social, sendo seus profissionais pouco valorizados, com baixos salários e cargas horárias de trabalho exorbitantes.

5 DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

O direito à educação é regulado por meio de normas, leis e princípios e da relação dos alunos com seus professores, educadores e outros profissionais que trabalham no meio educacional. No Brasil, uma educação de qualidade não é devidamente acessível a uma parcela da população, ficando muitos brasileiros fora do sistema.

A realidade brasileira na educação é precária em ações que realmente mudem a sua dinâmica e otimizem a situação do ensino, principalmente o público, que é constante alvo de críticas, tendo os professores que recorrer frequentemente a greves para obter novos investimentos.

Também podemos citar o caso dos profissionais da educação, que são tratados com descaso, mal remunerados e não obtêm o apoio necessário do estado, nem dispõem

da devida estrutura para exercer sua profissão, fazendo com que o número de professores tenda a diminuir consideravelmente nos próximos anos.

Felizmente existem algumas políticas que visam mudar essa situação, podendo-se citar o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), com destaque o caput de seu artigo 4º, que diz:

> É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Desse modo, ainda há esperança de melhora da situação educacional, bastando, para isso, que o poder público continue a investir mais incisivamente, de modo a oferecer a todos uma educação de qualidade.

6 TENTATIVA DE INCLUSÃO A PARTIR DA EDUCAÇÃO

A educação é instrumento primeiro de inclusão social, atuando não só como um meio de crescimento intelectual, mas também como um dos primeiros agentes socializadores com que a criança tem contato.

Apesar desse importante papel social, porém, ela não é imune a críticas, como, por exemplo, o fato de cair sobre os profissionais dessa área a total responsabilidade sobre o sucesso, o fracasso e também o futuro dos jovens. Na verdade, o que se pode observar é uma carência muito grande de recursos, principalmente estruturais, de que são exemplos as salas de aula com quantidade de alunos maior do que podem suportar e também a ausência de uma atividade pedagógica adequada, visto que a atual está há muito ultrapassada, e carente de métodos modernos que já mostraram resultado em outras localidades.

O professor pouco pode fazer sozinho para mudar essa situação, muito menos se estiver mal preparado ou conviver com a falta de recursos, por isso se faz necessária uma atuação conjunta entre o profissional da educação e o estado, valendo-se também da participação familiar no ensino para que assim se crie um ambiente educacional propício ao desenvolvimento, tendo a educação sua verdadeira função atingida, como instrumento

de inclusão, não o contrário, de modo a elevar todos a um mesmo patamar ideal, podendo competir de forma justa por seus futuros.

7 INCLUSÃO DO IDOSO PELA EDUCAÇÃO

Iniciando-se a discussão sobre esse tema, pode-se falar que a constituição de 1988 dispõe que um dos objetivos do Estado Democrático de Direito é, além de assegurar o bem-estar social, garantir os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, a igualdade e a justiça.

Sendo assim, a lei assegura a "igualdade" como um valor supremo, incluindo nele também, consequentemente, a pessoa idosa na esfera educacional, sendo o termo idoso empregado, de acordo com o direito penal brasileiro, a pessoas com idade igual ou superior a 60 anos.

Outro instrumento que atua nesse âmbito é o artigo 3° da Constituição que lista os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre eles o de promover o bem de todos, sem preconceito quanto à idade.

O artigo 230 da carta magna também discorre sobre esse tema, declarando que é dever da família, da sociedade e do estado, amparar os idosos assegurando sua participação na comunidade.

Assim, nosso ordenamento jurídico, balizado que é pela constituição de 1988, garante a proteção dos direitos Fundamentais da Pessoa, seja ela idosa ou não e, por consequência, garante a dignidade da pessoa humana a todos indistintamente, tornando-se necessário, então, que a sociedade, brasileira efetivamente garanta aos seus membros idosos o exercício de todos os seus direitos. (VELTRONI, 2010, p.7)

Quando a educação entra na vida do idoso, ela ganha um novo sentido, dando a eles a oportunidade de se sentirem bem, de ser membros ativos na sociedade, visto que ainda há algo a aprender sempre. Assim sendo, a educação é um projeto contínuo, que pode se estender por toda a vida da pessoa.

8 INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA ESCOLA

Com a adoção das novas políticas sociais, a inclusão das pessoas com deficiência virou uma obrigação legal, pois desde sua tipificação na constituição, a educação é um benefício que deve chegar a todos, sem nenhum tipo de preconceito, enquanto que, antes, esses grupos minoritários eram excluídos da sociedade, mas podem agora nela se inserir por meio da educação.

A emenda constitucional brasileira na lei n°5.692/71 modificou algumas diretrizes da LDB de 1961, que, em seu artigo 9°, trata sobre as pessoas portadoras de deficiência, mas sem nenhuma especificação.

Com a constituição brasileira de 1988, afloram vários apontamentos sobre a diminuição da desigualdade, seja quanto a cor da pele, raça ou sexo. E em 1994, surgiu também um documento elaborado na conferência mundial de educação especial, afirmando de forma clara que os deficientes podem e devem incluir-se na sociedade como qualquer outra pessoa.

Já em janeiro de 2016, surgiu um avanço que atingirá mais de 45 milhões de pessoas que possuem algum grau de deficiência, pois entrou em vigor a lei brasileira de inclusão (LBI), também chamada de estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015), a qual estabelece que as pessoas com deficiência podem exercer os atos da vida social com condições iguais a todas as demais pessoas, sendo assim reafirmado o compromisso do estado para com elas, não as excluindo das relações sociais.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo discorrer sobre as políticas públicas que o Estado adota para combater as desigualdades sociais existentes em seu seio, analisando-as em suas particularidades e seus promotores, como, por exemplo, o judiciário, que atua para garantir uma real isonomia entre as partes do processo, sendo ele que possibilita lutar por todos os outros direitos que a pessoa humana têm.

A ideia do mínimo existencial, que engloba condições essenciais para a vida digna, as quais deveriam ser vistas como obrigação pelo Estado, mas isso não ocorre na realidade, pois o que vemos é um país com muitas desigualdades em todos os sentidos.

Outro meio de inclusão analisado é a educação, que mesmo com suas falhas e irregularidades, em geral muito evidentes, é um excelente método de inclusão, como é o caso dos idosos e dos deficientes que ganharam mais espaço na educação, que já deveriam ter antes, com leis e projetos voltados a eles.

Assim foram abordadas as ideias principais desses institutos e seus desdobramentos, bem como os meios a partir dos quais se valem para tal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no brasil**. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/87373/208502.pdf>. Acesso em: 12 de julho de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 15 de jul. de 2016.

_____. Ministério da Educação. **Documento Subsidiário à política de inclusão.** Secretaria de Educação Especial, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** Coimbra: Almedina, 1998.

GONÇALVES, Ana Carolina Piffer; MARTIN, **Andréia Garcia. As políticas públicas de acesso â justiça como instrumento de inclusão social.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e2521b89f813157a>. Acesso em: 12 de julho de 2016. cap. 8.

HADDAD, Emmanuel Gustavo; DA SILVA. **O acesso à justiça como instrumento de inclusão social.** In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira, AMARAL, Sérgio Tibiriça (Org.). Democracia, liberdade e justiça social. 1ª edi. Editora Boreal, SP: 2015.

KRELL, Andreas J**. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado".** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo**. Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. O Direito ao Mínimo Existencial. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

_____. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Vol III. Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodriguez. **Curso avançado de processo civil**. 14ª edi. Editora revista dos tribunais Ltda: 2014.

VELTRONI, Alexandre Lucas. **O direito à educação como condição da inclusão social do idoso no brasil.** In: HENRY, Atique; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Org.). Ensaios sobre os direitos fundamentais e inclusão social. 1ª edi. Editora Boreal – SP, 2010.

Capítulo IX

APLICABILIDADE JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

LEGAL APPLICABILITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

Maria Eloiza Cruz[130]
Rogério Piccino Braga[131]

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 tem como fundamento precípuo a dignidade humana, pautada nos valores do trabalho, da cidadania, de equidade e de democracia, de modo a assegurar a soberania da nação e garantir que os direitos de todos os cidadãos sejam assegurados e perpetuados. Nesse sentido, o presente estudo teve por intuito delimitar o conceito de direitos fundamentais e suas origens, concepção de pessoa com deficiência. Buscou-se ainda apontar, reconhecer e analisar os institutos normativos que tratam dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, abordando suas origens, sua sistematização em Tratados e Convenções Internacionais, na Constituição Federal de 1988, entre outras legislações atinentes ao tema. Os resultados levantados apontaram que o ordenamento jurídico brasileiro contempla e representa através de legislação específica a tutela e resguardo dos direitos das pessoas com deficiência, possui ainda outros dispositivos que tratam de delimitar e assegurar tais direitos. No entanto, mesmo com diversos institutos normativos no direito brasileiro, as pessoas com deficiência ainda perecem no que se refere à sua dignidade humana e sua inserção social, ao acesso ao mundo do trabalho, necessitam para tanto da implementação de políticas públicas efetivas e asseguravitas para consumar seu papel de cidadão pleno direitos e deveres. Constatou-se ainda a importância de toda sociedade civil, governantes, autoridades e familiares desse grupo de pessoas na luta pela garantia de seus direitos, pois, mais que leis e atos normativos, necessitam de ações, sobretudo necessitam de respeito, oportunidade, dignidade e amor.

[130] Acadêmica do Curso de Direito da Unopar/Bandeirantes
[131] Mestre e Doutorando em Direito, área de concentração em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino/ ITE, pós-graduação (especialização) em Direito Administrativo Municipal, Professor na Unopar/Bandeirantes, organizador da obra "Estudos da Teoria da Constituição", autor dos livros "Direito Fundamental à Inimputabilidade" e "Relações de Sujeição Especial no Direito Municipal", Advogado.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade Humana; Direitos Fundamentais; Pessoa com Deficiência; Igualdade; Justiça.

ABSTRACT: The Brazilian Federal Constitution of 1988 is based on human dignity, labor values, citizenship, fairness and democracy to assure Brazilian nation´s sovereignty as well as to ensure all citizens have their rights guaranteed and perpetuated. In this sense, the current study was aimed to define fundamental rights and its origins, focused on disabled people. It also attempted to recognize and evaluate normative institutes that deal with fundamental rights addressing its origins, systematization on international treaties and conventions, the Federal Constitution of 1988, among other laws relating the subject. The results suggest that the Brazilian legal system secures through specific legislation the guardianship and fundamental rights to all people with disabilities. Even though several normative institutes exist to assure the fundamental rights to any citizen, people with disabilities still suffer to be included in the social system or to be part of the workforce in the country. Therefore, the Brazilian legal system still needs an implementation of effective public policies in order to guarantee disabled people their social inclusion and the exercise of their full rights and duties. In addition, it was evidenced the importance of all society leaders, authorities and family on behalf of this group of people to guarantee their rights, because more than laws and regulations, people with disabilities need respect, opportunity, dignity and love.

KEYWORDS: Human Dignity, Fundamental Rights, People with Disabilities, Equality, Justice.

INTRODUÇÃO

A sociedade atual é constituída por um mosaico de diversidades, composto por diferentes grupos, que por sua vez é formado por diferentes pessoas, com características múltiplas que fazem com que cada ser humano seja único.Desse modo, ante a essa variada conjuntura de desiguais, a construção de um modelo de sociedade justa, solidária e sem desigualdades passa a ter planos de utopia e idealismo. Assim, faz-se necessário a implantação de institutos normativos efetivos e a implementação de políticas públicas asseguravas, que proporcionem às minorias o direito de igualdade e inclusão nos mais variados segmentos da sociedade.Nesse sentido, esse esboço ocupou-se da investigação acerca dos direitos das pessoas com deficiência e sua implementação no que tange à sua inclusão social. Trouxe como objetivo avaliar questões pertinentes à proteção e garantia

dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, bem como apontar as dificuldades enfrentadas na conquista e efetivação desses direitos previstos constitucionalmente.

Buscou-se como proposta uma análise sistemática da proteção dos direitos e garantias fundamentais atinentes à pessoa com deficiência, apontando alguns institutos que tutelam por estes direitos, apreciando onde tais dispositivos são encontrados no ordenamento jurídico, tendo como base a Constituição Federal Brasileira de 1988, as Declarações de Direito Internacional, as Convenções Internacionais, e dentre outras legislações referentes ao tema.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988, que é reconhecida como constituição cidadã, tem por finalidade extinguir todas as formas de preconceito, assegurando a pessoa com deficiência, o seu ingresso na vida social e no mercado de trabalho.

Apesar de toda sistematização jurídica existente, a legislação por si só não garante que as pessoas com deficiência tenham seus direitos preservados e assegurados, para tal, faz-se necessário à implementação de políticas públicas, ou seja, a implantação de normas compensatórias, previstas constitucionalmente, no sentido de buscar, garantir e implantar os direitos fundamentais individuais e coletivos da pessoa com deficiência. Em decorrência foram apresentadas definições que esclarecem e delimitam o conceito de direitos fundamentais; pessoa com deficiência. Bem como, proporcionou o reconhecimento de institutos e algumas normas jurídicas que asseguram e oportunizam as pessoas com deficiência o direito ao desenvolvimento e promoção de vida digna, inserção social e no mercado de trabalho, dentre outros direitos. Com efeito, os estudos abordaram a trajetória dos direitos das pessoas com deficiência, sua implementação jurídica, os institutos que tutelam os direitos desse grupo, buscou ainda uma análise sobre o processo de aquisição e acesso de seus direitos galgados pelas pessoas com deficiência.

1 CONCEITUANDO DIREITOS FUNDAMENTAIS E PESSOA COM DEFICIÊNCIA

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: ORIGEM E CONCEITOS

O Código de Hamurabi foi o primeiro código de leis escrito de que se têm notícias. Consta que seus escritos foram perpetuados por gravações em uma tela de basalto negro por volta do século XVIII A.C. Historiadores apontam que atualmente se encontra no museu do Louvre, em Paris.

Conforme Moraes: "a origem dos direitos individuais do homem pode ser apontada no antigo Egito e Mesopotâmia, no terceiro milênio a.C."[132]

Segundo o autor o Código de Hamurabi, talvez seja a primeira codificação de normas referentes à defesa de diretos comuns a todos os homens, tais sejam: o direito à vida, o direito de propriedade, a honra, a dignidade e a família, primando pela supremacia das leis em relação aos governantes. Alguns dispositivos do Código de Hamurabi são aderidos até os dias atuais, tem-se como exemplo a Teoria da imprevisão, a qual reconhecia como princípio fundamental a lei de talião: olho por olho, dente por dente. [133]

Posteriormente os princípios religiosos do cristianismo e com os ideais libertários da Revolução Francesa, que por consequência resultaram na Declaração Universal dos Direitos do Homem, datada e assinada no dia 10 de dezembro de 1948 em Paris.

Este ato representou a primeira tentativa da humanidade de estabelecer parâmetros humanitários válidos universalmente para todos os homens, independentes de raça, sexo, poder, língua, crença etc., e foi adotada e proclamada pela Resolução n. 217 da Organização das Nações Unidas, e o Brasil, nesta mesma data, assinou esta declaração. Os Direitos Humanos são conquistas da civilização, uma sociedade é civilizada se seus Direitos Humanos são protegidos e respeitados.

Nesta perspectiva, tem-se que o texto constitucional brasileiro espelhou-se na tutela e garantia de direitos previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos, assegurando a todos os cidadãos, indistintamente o direito a igualdade de condições de desenvolvimento e dignidade.

Tendo como referencial as origens anteriormente descritas, tem-se que um conceito de direitos fundamentais segundo Moraes, podem ser definidos, como um conjunto de faculdades e instituições que concretizam as exigências de dignidade, da

[132] MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.6.
[133] Idem

liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas e estabelecidas de forma positivada pelos ordenamentos jurídicos nos âmbitos nacional e internacional.[134]

Nesta mesma perspectiva Marmelstein define os direitos fundamentais como normas jurídicas, fundamentadas pela ideia de dignidade humana e a delimitação do poder estatal, as quais devem ser positivadas no plano constitucional de um Estado Democrático de Direito, tendo assim a fundamentação e legitimidade do ordenamento jurídico pela sua importância axiológica.[135]

1.2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais foram se aprimorando e implementados paulatinamente após o fim da Segunda Guerra Mundial, pois suas origens advêm da crença de que a dignidade da pessoa humana é o precípuo que deve fundamentar e orientar todo e qualquer exercício de poder.

Neste escopo, em seu Título II, a Constituição Federal de 1988, estabeleceu que os Direitos e Garantias Fundamentais, são subdivididos em cinco capítulos:

I - Direitos individuais e coletivos: são os direitos ligados ao conceito de pessoa humana e à sua personalidade, tais como à vida, à igualdade, à dignidade, à segurança, à honra, à liberdade e à propriedade. Basicamente a Constituição Brasileira dispõe tais preceitos no artigo 5º e seus incisos;

II - Direitos sociais: o Estado Social de Direito deve garantir as liberdades positivas aos indivíduos, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes. Esses direitos são referentes à educação, saúde, trabalho, previdência social, lazer, segurança, proteção à maternidade e a infância e assistência aos desamparados. Sua finalidade é a melhoria das condições de vida dos menos favorecidos, concretizando assim, a igualdade social. Estão elencados a partir do artigo 6º;

III - Direitos de nacionalidade: nacionalidade, significa, o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo com que este indivíduo

[134] PÉREZ LUNO 1979 *apud* MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.43.

[135] MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.17.

se torne um componente do povo, capacitando-o a exigir sua proteção e em contra partida, o Estado sujeita-o a cumprir deveres impostos a todos;

IV - Direitos políticos: conjunto de regra que preceituam a forma de atualização da soberania popular, permitindo ao indivíduo, através de direitos públicos subjetivos, exercer sua cidadania, participando de forma ativa dos negócios políticos do Estado. Encontram-se elencados no artigo 14;

V - Direitos relacionados à existência, organização e a participação em partidos políticos. O texto constitucional traz regramentos sobre a regulamentação dos partidos políticos para a preservação do Estado Democrático de Direito, garantindo-lhes a autonomia e a liberdade, pois os considera como instrumentos necessários e importantes na preservação do Estado democrático de Direito. Encontram-se dispostos no artigo 17.

Em linhas gerais, Manoel Gonçalves Ferreira Filho[136], estabelece que os direitos fundamentais possam ser classificados como: direitos de liberdade, direitos de crédito, direitos de situação e direitos-garantia.

Defende o autor que os Direitos de Liberdade referem-se a liberdade de locomoção, fazer ou não fazer; os direitos de crédito por sua vez estabelecem o poder de reclamar alguma coisa; os direitos de situação dizem respeito aos poderes de exigir um objeto ou situação estabelecida, por exemplo, o direito à preservação do meio ambiente; e os direitos-garantia são poderes de exigir que não se façam determinadas coisas, por exemplo direito de não sofrer censura.

Outras classificações dos Direitos Fundamentais são reconhecidas, todavia, atenta-se para o que modernamente preceitua a doutrina a respeito da Constituição Federal de 1988 e os Direitos Fundamentais, sendo reconhecidos e classificados como: direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações.

Alexandre de Moraes[137] preconiza os *direitos fundamentais de primeira geração* como liberdades políticas, isto é, são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos, os quais tem sua origem institucional a partir da *Magna Charta*, referem-se, portanto, aos direitos civis e políticos.

[136] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

[137] MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Por sua vez, aos direitos fundamentais de segunda geração, reconhece o mesmo autor como direitos econômicos, sociais e culturais, relacionados ao trabalho, seguro social, subsistência, amparo à doença, à velhice, dentre outros.

Por conseguinte, *os direitos de terceira geração* são reconhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade, que tutelam pelo direito a um meio ambiente equilibrado, qualidade de vida, progresso e paz, autodeterminação dos povos.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[138] conclui que os direitos de "primeira geração referem-se aos direitos de liberdade; os de segunda, os direitos de igualdade; a terceira assim complementa o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade" (Direitos Humanos Fundamentais. 1995.p.57).

Os Direitos Fundamentais são identificados mundialmente, através de pactos, tratados, declarações e outros instrumentos de caráter internacional. Assim, tem-se que os Direitos Fundamentais nascem com o indivíduo. E por tal preceito preconiza a Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU-1948), que os direitos são proclamados, ou seja, eles pré existem a todas as instituições políticas e sociais, não podendo ser retirados ou restringidos pelas instituições governamentais, que por outro lado devem proteger tais direitos de qualquer ofensa.

Neste interim, tem-se que os direitos fundamentais têm como função reduzir a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, sem, contudo, desconsiderarem a subordinação do indivíduo perante o Estado, tendo como garantia de que eles operem dentro dos limites e ideais impostos pelo direito.

1.3 O CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Originalmente a concepção do termo "deficiente" advém da Declaração dos Direitos dos Deficientes[139], aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 9 de dezembro de 1975. Segundo o art. 1º da Resolução 3447, o termo "deficiente" designa toda pessoa em estado de incapacidade de prover por si mesma, no

[138] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo:Saraiva,1995

[139] BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.** Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>.Acesso em: 10 set.2015.

todo ou em parte, as necessidades de uma vida pessoal ou social normal, em consequência de uma deficiência congênita ou não, de suas faculdades físicas ou mentais.

Em 1980, a Organização Mundial da Saúde (OMS), designou ao termo deficiência como a perda ou anormalidade da estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica.

No ordenamento jurídico brasileiro, através do Decreto nº 3.298/99, estabelece em seu art. 3º, a distinção entre deficiência, deficiência permanente e incapacidade, tais sejam:

> "I - deficiência - toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano; II - deficiência permanente - aquela que ocorreu ou se estabilizou durante um período de tempo suficiente para não permitir recuperação ou ter probabilidade de que se altere, apesar de novos tratamentos; e III - incapacidade - uma redução efetiva e acentuada da capacidade de integração social, com necessidade de equipamentos, adaptações, meios ou recursos especiais para que a pessoa portadora de deficiência possa receber ou transmitir informações necessárias ao seu bem-estar pessoal e ao desempenho de função ou atividade a ser exercida."[140]

Por conseguinte, reconhece o art. 4º do mesmo dispositivo legal como pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:

> I – deficiência física – alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;
> II – deficiência auditiva – perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;
> III – deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60o; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;
> IV – deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como: a) comunicação; b) cuidado pessoal; c) habilidades sociais; d) utilização dos

[140] BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.** Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.

> recursos da comunidade; e) saúde e segurança; f) habilidades acadêmicas; g) lazer; e h) trabalho; e
> V – deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.[141]

Assim, a acepção do termo deficiência pode ser definida como uma limitação física, mental, sensorial ou múltipla, que impossibilite e incapacite no todo ou em parte, uma pessoa de desenvolver as atividades diárias da vida e do trabalho e, em razão dessa incapacitação, a pessoa tenha dificuldades de inserção e inclusão no meio social.

1.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIAS

Os dados de Organizações Internacionais revelam que hoje, no mundo, cerca de 600 milhões de pessoas possuem algum tipo de deficiência, ou seja, aproximadamente 10% da população mundial.

Os dados referentes ao IBGE de 2000 foram estimados que 24,5 milhões de brasileiros apresentam algum tipo de deficiência permanente.

Por muitos anos, essas pessoas sofreram preconceitos e foram apartadas da vida social, sendo recentemente seus direitos protegidos constitucionalmente.

Piovesan[142], descreve que a história constitucional brasileira revela que os institutos protetivos dos direitos das pessoas com deficiências tiveram sua origem a partir de 1978, através da Emenda Constitucional de 12/78, a qual primava pelos principais direitos das pessoas com deficiência relativos à educação, assistência, acessibilidade e reabilitação, proibindo a discriminação. Embora a previsão legal da garantia e oferta de direitos a esse grupo de pessoas, na prática, sua efetivação ficou comprometida pelo regime político que vigorava no país naquele período.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, cujo princípio e finalidade eminentemente social, impõe ao Estado e ao poder público o dever de implementar políticas públicas que minimizem as desigualdades sociais.

---

[141] BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.** Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>.Acesso em: 10 set.2015.

[142] PIOVESAN, Flávia- Temas de Direitos Humanos, 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Neste interim, Piovesan[143] menciona que a tutela jurídica atinente aos direitos das pessoas com deficiência encontra-se dispostos em sete artigos constitucionais, os quais têm em sua base estrutural os princípios da dignidade humana, cidadania, igualdade e democracia.

Afirma a autora, que a Constituição de 1988 estabeleceu novos instrumentos na garantia adicional de direitos fundamentais, que adquiriram o status de cláusula pétrea, sendo eles, "o instrumento de combate à omissão dos Poderes Públicos (mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade por omissão); e a consagração dos direitos coletivos difusos, com os instrumentos processuais próprios (constitucionalização da ação civil pública e, mandado de segurança coletivo), de forma a ampliar o alcance da tutela jurisdicional."

Neste escopo reconhecem-se, portanto, importantes avanços no plano normativo, no entanto, mesmo com toda previsão especificada no texto constitucional acerca dos direitos das pessoas com deficiência, seus instrumentos e garantias desses direitos, ainda se constituem como meta a ser alcançada.

Ante o exposto, reconhece-se que a Constituição Federal de 1988, pura e simplesmente, é um instrumento, não tendo, portanto, condições de ajustar a realidade social a seus regramentos. Para tanto, faz-se necessário a efetivação de sua força normativa, pelos diversos atores sociais, através de uma cidadania popular ativa, vigilante e combativa, bem como a atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Além da Constituição Federal Brasileira de 1988, outros institutos primam pela preservação e tutela dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, a saber: Declaração Internacional dos Direitos da Criança, dos Direitos do Deficiente Mental (1971), dos Direitos das Pessoas Deficientes (1975), da Convenção 159/83 da OIT, e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), os quais serão descritos posteriormente no decorrer do estudo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

[143] Idem.

Pelo todo exposto, o direito fundamental das pessoas com deficiência apresentou em seu histórico, tanto no aspecto do direito internacional quanto no direito interno, notório e evolutivo avanço, pois vários foram os institutos implementados com objetivo de assegurar igualdade de oportunidades e inclusão social das pessoas com deficiência.

O estudo apresentado possibilitou identificar a necessidade de implantação de políticas públicas efetivas, que assegurem que os dispositivos legais sejam implementados na prática, nos diferentes contextos sociais onde se encontram as pessoas com deficiência, de modo a ultrapassar as fronteiras utópicas, alcançando a real inclusão social das pessoas com deficiência.

Destarte, observou-se se que os direitos das pessoas com deficiência estão tutelados em diversos dispositivos jurídicos nos âmbitos nacional e internacional.

Diante de todas as mudanças sofridas, conquistou um escopo por meio de normas compensatórias, que em grande parte, tem sido capazes de assegurar às pessoas com deficiência, o acesso e garantia aos direitos fundamentais, estabelecendo assim, o ideal de justiça e igualdade de condições propostos pela Constituição Federal de 1988, mas que somente tem eficácia através da conscientização da sociedade, das famílias das pessoas com deficiências, para que sejam promovidas e asseguradas as condições necessárias para sua promoção enquanto pessoa, nos diferentes contextos.

Assim sendo, é mister que toda a sociedade, operadores do Direito, Ministério Público, famílias das pessoas com deficiências, associações, fundações, e a própria pessoa com deficiência, lutem e primem para que sejam assegurados seus direitos das pessoas com deficiência, de modo a promover uma sociedade livre, justa e igualitária.

Ante o exposto, considera-se que a efetividade desses direitos em sua totalidade, ainda demanda instrumentos e mecanismos jurídicos e legais com aplicabilidade direta que permitam a pessoa com deficiência garantir sua dignidade humana, bem como a ruptura de paradigmas e conscientização da sociedade brasileira para mudança de comportamentos discriminatórios contra a pessoa com deficiência.

Cumpre ainda destacar, que foi sancionada em julho de 2015 a Lei nº 13.146/2015, denominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), cuja proposta é assegurar às pessoas com deficiência condições de se desenvolverem com igualdade, de modo a promover, o exercício de sua cidadania,

garantia dos direitos e das liberdades fundamentais, alcançando assim sua inclusão social e dignidade humana.

Referido instrumento jurídico é considerado como um marco representativo nos avanços dos direitos das pessoas com deficiência, trazendo novos institutos e alterando outros que por muito tempo foram utilizados na tutela dos direitos dessas pessoas.

Em suma, vale salientar que tão importante quanto a conquista obtida por essa legislação, é o acompanhamento da efetivação prática dos direitos e garantias legais conquistados em decorrência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao público a que se destina.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.** Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 10 set.2015.

BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.** Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989.

BRASIL. **Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999.** Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 10 set.2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PÉREZ LUNO 1979 *apud* MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais.** 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PIOVESAN, Flávia- Temas de Direitos Humanos, 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Capítulo X

REALIDADES CONTEMPORÂNEAS DAS RELAÇÕES DE PODER: O DIREITO E A ARTE RECITADOS E ENTOADOS POR CORA CORALINA E CHICO BUARQUE DE HOLANDA

CONTEMPORARY REALITIES OF POWER RELATIONS: LAW AND ART RECITED AND SUNG BY CORA CORALINA AND THE CHICO BUARQUE DE HOLLANDA

Regina Vera Villas Bôas [144]

"No terreiro rústico da Fazenda Paraíso, nos anos da minha adolescência, Era certa e esperada aquela comunicação anual. A volta dos casais de João-de Barro, para levantar suas casinhas novas. Nos galhos do grande jenipapeiro (...). Nada mais expressivo do que o João-de Barro e sua companheira procurarem o ego d'água, amassarem o barro com o bico e, com as garrinhas, voarem com as pelotas e darem começo à casinha, orientada para o sul, trazendo de começo sua divisão interna, a camarinha do amor onde renovavam e defendiam sua espécie. Ao amanhecer do dia, eram os primeiros a dar as horas e partirem para o trabalho. Era aquela matinada. O sol dourando a serrania azul, distante. Tínhamos ali o nosso Universo. Vivia-se na Paz de deus. Eram essas coisas na fazenda Paraíso. Como todo paraíso, só valeu depois de perdido".

(Cora Coralina. As maravilhas da fazenda paraíso).[145]

RESUMO: O presente artigo tem como fontes inspiradoras realidades e reflexões que envolvem aspectos sócios jurídicos contemporâneos, enfocados a partir de relações de poder, apreciadas por vieses inter, multi e transdisciplinares, percorrendo diferentes campos do saber, nestes incluídos o jurídico, a arte e a literatura. Estabelece diálogos a

[144]Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos na Universidade de Coimbra. Doutora em Direito Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Doutora em Direito Civil, Mestre e Graduada pela PUC/SP. Professora e Pesquisadora nos Programas de Graduação e de Pós-graduação lato e stricto sensu na PUC/SP. Coordenadora do Projeto de Pesquisas "Direito, Complexidade e risco" e do Projeto "Fundamentos e efetividade da tutela dos Direitos", e integrante do Projeto de Pesquisas "Direito Minerário", todos na PUC/SP. Professora e Pesquisadora no Programa de Mestrado em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos no Centro Universitário Salesiano/SP, integrando o Grupo de Pesquisas "Minorias, discriminação e efetividade de direitos" e o Observatório de Violência nas Escolas (UNESCO/UNISAL). Avaliadora do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais.

[145]Vintém de cobre: meias confissões de Aninha - 10ª ed., SP: Global, 2013.

partir de versos e prosas selecionados, dos quais emergem reflexões sobre valores da essência humana, desafiados por ‘relações de Poder’ que, de um lado, efetivam relações jurídicas, de amizade e de amor, festejando o valor da liberdade, da felici9dade e da vida e, de outro concretizam relações de violência, afrontando a dignidade da pessoa humana. Entoa e recita versos e prosas, notadamente de Cora Coralina e de Chico Buarque de Holanda, para exaltar referidas ‘relações de poder’, trazendo à baila reflexões relevantes sobre a matéria.

ABSTRACT: This article is inspiring sources realities and reflections that involve social and legal aspects of contemporary, focused from power relations, appreciated by biases inter, multi and cross-disciplinary, covering different fields of knowledge, these included legal, art and literature. Establishes dialogue from selected prose and poetry, of which emerge reflections on values of human essence, challenged by 'power relations' that, on one side, actualize legal relations of friendship and love, celebrating the value of freedom, felici9dade and life and other relationships embody violence, affronting the dignity of the human person. Sings and recites verses and prose, especially Cora Coralina and Chico Buarque de Holanda, to exalt these power relations', bringing up relevant reflections on the matter.

PALAVRAS-CHAVE: relações de poder - diálogos das fontes - direito, arte e literatura - pessoas subjugadas - dignidade da condição humana.

KEYWORDS: power relations - the sources dialogues - law, art and literature - subjugated people - dignity of the human condition

1 FONTES DE INSPIRAÇÃO DOS DIÁLOGOS ENTRE AS RELAÇÕES DE PODER E AS REALIDADES DO MUNDO DO DIREITO E DAS ARTES

Muitos são os temas de interesse das disciplinas jurídicas e não jurídicas que merecem reflexões, hodiernamente. Falar, de um lado sobre sustentabilidade e perenidade das relações humanas e, de outro, sobre consequências danosas do hiperconsumismo, aumento das populações mundiais e escassez dos recursos naturais, conflitos entre pessoas que se afastam dos seus países à procura de abrigo e pessoas que recebem refugiados, impõem reflexões sobre conflitos que envolvem desde os valores da essência humana, manifestados na relação entre “ser, ter e estar”, vivida por cada pessoa, até relações de poder, que envolvem pessoas realizados e felizes na relação, ou as que vivem subjugadas a outras pessoas, muitas vezes, forçadas a abrirem mão da sua dignidade.

Os diálogos realizados entre as disciplinas, os cursos, as artes e as ciências, de maneira geral, ampliam e enriquecem o conhecimento, possibilitando verticalizadas reflexões e integração das realidades "meio ambiente, Ética humana e da natureza, relações de Poder e efetividade dos Direitos, o que ora é feito, a partir de diálogos – recitados e entoados - entre a Arte, o Direito e a Literatura.

A produção do presente texto, cujo tema se insere na temática "Direito, Arte e Literatura" tem início no honroso convite recebido da estimada Professora Doutora Ana Paula Sebe Filippo, para participar do "III Encontro de Direito e Arte: Relações de Poder" que ocorre no segundo semestre de 2016, na PUC/SP, do qual participam professores e alunos de vários cursos e disciplinas jurídicas, entre os quais os de Direito, Filosofia e Sociologia, concretizando diálogos verticalizados entre eles.

De maneira geral, as fontes inspiradoras dos textos jurídicos produzidos brotam, inicialmente, de realidades sócio jurídicas, as quais abrem caminho às ideias, que são entrelaçadas ao texto produzido, de maneira suave e lentamente, sendo que a produção ora apresentada se inspira na realidade vivida pelos pais da autora. Isso porque, o primeiro encontro de ambos, se deu em razão de relação de poder entre patrão e empregados de uma fazenda no interior de São Paulo. Dos encontros de trabalho ocorridos, mais tarde, nasceu uma relação de amizade entre as famílias e uma grande relação de amor entre os filhos, Geraldo Villas Bôas (com quase noventa e cinco anos de idade) e Margarida Simionato Villas Bôas (com quase noventa anos de idade), relação esta, serena, perene, respeitosa, digna, e plena de felicidade, a qual completou no dia 23 de setembro de 2016, setenta e dois de casamento, do qual resultou uma bela prole de cinco filhos, seis netos, oito bisnetos e três tataranetos – o mais velho Luiz, com 71 anos de vida, a mais nova Potira, com poucos dias de nascida. O casal ensinou e, continua a ensinar – a todos aqueles que desfrutam da sua amizade -, firmes e sólidas lições de ética humana e profissional, respeito à dignidade das pessoas e de todos os seres vivos, reconhecimento dos valores liberdade, igualdade e fraternidade, relevância da união da família e da amizade entre as famílias, o grande valor da saúde, da educação e do trabalho, e a necessidade de todos se manterem religados ao Criador.

Essa realidade revela a possibilidade de relações de pura amizade, de amor, de respeito e de casamento civil durarem uma vida inteira, brotando ou não de um vínculo jurídico de poder.

Mas, se de um outro lado, das relações de poder expostas pela vida real, pela leitura de livros, cartilhas, poemas, contos e filmes são extraídas incríveis relações de amor, de amizade, de trabalho digno, de respeito ao próximo, de ética humana e profissional, de outro lado, expõem-se relações de poder afrontosas, que extraem da pessoa, a sua dignidade, o que vem revelado, no presente artigo, por versos e prosas, reciclados e entoados por poetisas e compositores nacionais renomados.

Dessa maneira, são apresentados alguns versos e algumas prosas da poetisa e contista Cora Coralina, que sabe reverenciar muito bem os valores do homem e da natureza, instigando todos, pelos seus escritos claros e singelos, a refletir sobre as relações de poder entre pessoas.

Da mesma maneira, alguns versos são extraídos de letras de música reveladoras de relações de poder afrontosas à dignidade humana, instigantes de reflexões sobre a submissão da mulher ao homem nas relações de trabalho e na vida familiar, como é o caso, por exemplo, da letra extraída da música "Se eu fosse o seu patrão", de Chico Buarque de Holanda.

2 PROSAS E VERSOS CANTADOS E ENTOADOS REVELANDO RELAÇÕES DE PODER

A efetivação de diálogos interessantes e profícuos entre o direito, a arte e a literatura é transmitida nos versos e prosas escritos e recitados por Cora Coralina, os quais revelam algumas relações de poder, como a existente entre marido e mulher, filhos e pais, ricos e pobres, entre outras, todas elas vezes estimulando debates sócio jurídicos e reflexões sobre valores da essência humana, no contexto contemporâneo.

Nesse sentido, invoca-se a "oração do milho", que oferta um rico diálogo entre o grão de trigo e o grão de milho, revelando a fidalguia do primeiro em face da humildade do grão de milho, ou seja, o grão de trigo serve aos fidalgos, e o grão de milho serve aos humildes. Nesse diálogo, o "Senhor dos céus" é invocado para proteger a grandeza do grão de milho.

"Senhor, nada valho.

Sou a planta humilde dos quintais pequenos e das lavouras pobres.

Meu grão, perdido por acaso, nasce e cresce na terra descuidada.

Ponho folhas e haste, e se me ajudares Senhor, mesmo planta de acaso, solitária, dou espigas e devolvo em muitos grãos,

O grão perdido inicial, salvo por milagre, que a terra fecundou.

Sou a planta primária da lavoura.

Não me pertence a hierarquia tradicional do trigo.

E de mim, não se faz o pão alvo universal.

O Justo não me consagrou Pão da Vida,

Nem lugar me foi dado nos altares.

Sou apenas o alimento forte e substancial

Dos que trabalham a terra, onde não vinga o trigo nobre.

Sou de origem obscura e de ascendência pobre,

Alimento de rústicos e animais do jugo.

(...)

Fui o angu pesado e constante do escravo na exaustão do leito.

Sou a broa grosseira e modesta do pequeno sitiante.

Sou a farinha econômica do proletário.

Sou a polenta do imigrante e

A miga dos que começam a vida em terra estranha.

Alimento de porcos e do triste animal de carga.

O que me planta não levanta comércio, nem avantaja dinheiro.

Sou apenas a fartura generosa e despreocupada dos paióis.

Sou o cocho abastecido donde rumina o gado.

Sou o canto festivo dos galos na glória do dia que amanhece.

Sou o carcarejo alegre das poedeiras à volta dos seus ninhos.

Sou a pobreza vegetal, agradecida a Vós, Senhor, que me fizeste necessário e humilde.

A pujante "oração do milho" compara os grãos de alimentos, deixando transparecer, metaforicamente, uma suave relação que envolve um certo poder entre os mais nobres e fidalgos e os mais pobres e humildes. Ressalta a poetisa que o grão do milho está distante da tradicional nobreza do grão de trigo. Descreve que, no entanto, apesar da origem despretensiosa do grão de milho, em certas regiões do Brasil, sendo ele considerado o principal e mais nutritivo alimento do povo, tornou-se um alimento substancial à alimentação dos mais humildes. Lembra Cora que "na terra em que não enflora o nobre grão de trigo, o grão de milho pode ser tido como o alimento principal".

Outra nota interessante trazida nos versos de Cora Coralina sobre a importância desse grão de milho, alimento dos mais humildes, se refere à qualidade que lhe é atribuída de alimento vital dos animais: daqueles que auxiliam no plantio do próprio grão, e dos que servem de alimento aos trabalhadores e cultivadores deste grão. Recita Cora que "tal qual o fidalgo grão de trigo, grão-ouro-milho sustém a todos, sem fazer diferenciações".

Recita a poetisa, no mesmo sentido, marcando as diferenças dos grãos, reforçando o domínio do grão de trigo, mas ressaltando que o grão de milho é saudável, substancioso e necessário à saúde de quem o cultiva (o homem comum, humilde) e dos animais que participam do cultivo do grão, dele dependendo a subsistência de ambos: "Sou a planta primária da lavoura. Não me pertence a hierarquia tradicional do trigo. E de mim, não se faz o pão alvo universal" (...) a Vós, Senhor, que me fizeste necessário e humilde". Afirma, ainda, que o milho é alimento do mais simples, do singelo, daquele que participa da lavoura regional, dele extraindo a broa dourada, alimento de todos da região, distintamente do pão alvo universal (oriundo do grão de trigo).

Em outros versos recitados por Cora, pode-se extrair uma metafórica, mas natural relação de poder que surge entre os mais jovens e os mais idosos, notadamente na relação familiar. Em "semente fruto" a poetisa revela essa relação:

Um dia, houve.
Eu era jovem, cheia de sonhos. Rica de imensa pobreza que me limitava entre oito mulheres que me governavam.
E eu parti em busca do meu destino. Ninguém me estendeu a mão.
Ninguém me ajudou e todos me jogaram pedras. Despojada. Apedrejada. Sozinha e perdida nos caminhos incertos da vida.

E fui caminhando, caminhando... e me nasceram filhos.
E foram eles, frágeis e pequeninos, carecendo de cuidados,
crescendo devagarinho. E foram eles a rocha onde me amparei,
anteparo à tormenta que viera sobre mim.

Em outras palavras, Cora afirma que viveu sob o jugo de oito mulheres, que a governavam e marcavam o destino da sua vida, até que resolveu tomar as rédeas da vida em suas próprias mãos, saindo, daquela relação de poder em busca da realização do seu destino, da sua própria vida. Foi, então, que sofreu muito "sozinha e perdida nos caminhos incertos da vida", para, somente mais tarde, retomar o seu porto mais seguro, os seus filhos: "E foram eles a rocha onde me amparei, anteparo à tormenta que viera sobre mim".

Ao recitar o marcante poema "Das Pedras" a contista e poetisa estabelece uma relação metafórica de poder entre ela e o "seu próprio eu". Relação sofrida, marcada pela luta que travou na busca do direito à liberdade de realizar a sua própria existência, praticando os seus próprios valores, construindo os seus rumos, escrevendo os seus versos e prosas e lutando contra os preconceitos e as discriminações - arraigados em todas as pessoas e maculados nos sentimentos da própria poetisa - contra as mulheres que saiam de seus lares na busca de seus sonhos, na companhia de homens separados de suas (ex) esposas. Nos versos de " Das pedras" essa realidade da vida vem expressa com clareza:

Ajuntei todas as pedras que vieram sobre mim
Levantei uma escada muito alta e no alto subi
Teci um tapete floreado e no sonho me perdi
Uma estrada, um leito, uma casa, um companheiro
Tudo de pedra entre pedras cresceu a minha poesia
Minha vida...
Quebrando pedras e plantando flores.
Entre pedras que me esmagavam
Levantei a pedra rude dos meus versos.

E nos versos de "Assim vejo a Vida", Cora confirma a sua luta contra as contradições da vida, as quais não eram aceitas no seu íntimo feminino, mas acabavam sendo praticadas pela poetisa que, muitas vezes, abriu mão da sua vontade, do seu dom natural de pessoa, e exerceu uma escolha que não era a sua preferida, aceitando, assim, limitações algumas aturais das mulheres, daquela época. É o poder da sociedade invadindo, limitando e influenciando o poder pessoal de escolha da pessoa. Os versos de "Assim vejo a Vida" revelam essa realidade vivada pela contista

A vida tem duas faces: positiva e negativa
O passado foi duro, mas deixou o seu legado
Saber viver é a grande sabedoria.
Que eu possa dignificar minha condição de mulher,
Aceitar suas limitações e me fazer pedra de segurança
Dos valores que vão desmoronando.
Nasci em tempos rude.
Aceitei contradições lutas e pedras como lições de vida
E delas me sirvo.

Da mesma maneira que os versos de Cora Coralina designam relações de poder e convidam a plateia às reflexões – sociais, jurídicas, econômicas, ambientais, sociológicas, entre outras – também, as letras de músicas de compositores, como Chico Buarque de Holanda, trazem à baila reflexões da mesma natureza, a exemplo da letra:

"Se eu fosse ou teu patrão"
Eu te adivinhava e te cobiçava, e te arrematava em leilão
Te ferrava a boca, morena, se eu fosse o teu patrão
Aí, eu te cuidava como uma escrava, aí, eu não te dava perdão
Te rasgava a roupa, morena, se eu fosse o teu patrão
Eu te encarcerava, te acorrentava, te atava o pé do fogão
Não te dava sopa, morena, se eu fosse o teu patrão
Eu te encurralava, te dominava, te violava no chão

Te deixava rota, morena, se eu fosse o teu patrão
Quando tu quebrava, e tu desmontava, tu não prestava mais não, Eu comprava outra morena, se eu fosse o teu patrão.
Pois eu te pagava direito, soldo de cidadão
Punha uma medalha em teu peito, se eu fosse o teu patrão
O tempo passava sereno, e sem reclamação
Tu nem reparava, moreno, na tua maldição
E tu só pegava veneno, beijando a minha mão,
Ódio te brotava, moreno, ódio do teu irmão
Teu filho pegava gangrena, raiva, peste e sezão
Cólera na tua morena, e tu não chiava não
Eu te dava café pequeno, e manteiga no pão
Depois te afagava, moreno, como se afaga um cão
Eu sempre te dava esperança, dum futuro bão
Tu me idolatrava, criança, se eu fosse o teu patrão
Mas se tu cuspisse no prato, onde comeu feijão
Eu fechava o teu sindicato, se eu fosse o teu patrão.

E letra é muito expressiva para tratar da matéria aqui enfrentada, "relações de poder". Chico Buarque ao entoar a letra "Se eu fosse o teu patrão", em um primeiro momento traz à tona a relação da escravidão a que a mulher é submetida nos seus empregos, realizando tarefas cotidianas que a submetem, muitas vezes, a realidades indignas "te arrematava em leilão, te ferrava a boca, morena (...) Te rasgava a roupa, morena (...). Eu te encarcerava, te acorrentava, te atava o pé do fogão, não te dava sopa, morena, se eu fosse o teu patrão".

E, mais: "Eu te encurralava, te dominava, te violava no chão. Te deixava rota, morena (...). Quando tu quebrava, e tu desmontava, tu não prestava mais não, eu comprava outra morena, se eu fosse o teu patrão".

E no revide, as mulheres, iradas, magoadas e desprovidas de proteção, sonham com o dia da sua independência, da sua liberdade, submetendo o homem, também, ao seu jugo "(...)

eu te pagava direito, soldo de cidadão (....). O tempo passava sereno e sem reclamação, tu nem reparava na tua maldição. E tu só pegava veneno, beijando a minha mão (...). Eu te dava café pequeno, e manteiga no pão, depois te afagava, moreno, como se afaga um cão (...) tu me idolatrava, criança, se eu fosse o teu patrão".

E na letra de "Mulheres de Atenas", Chico Buarque entoa versos que revelam relações de poder entre homens e mulheres que, à época, se arraigaram com profundidade na essência feminina, transformando as mulheres em perfeitas escravas humanas dos homens, como se pode extrair dos versos que seguem, abaixo:

Mirem-se no exemplo, daquelas mulheres de Atenas
Vivem pros seus maridos, orgulho e raça de Atenas
Quando amadas, se perfumam, se banham com leite,
se arrumam. Suas melenas. Quando fustigadas não choram,
se ajoelham, pedem imploram. Mais duras penas. Cadenas.
Mirem-se no exemplo, daquelas mulheres de Atenas, sofrem
pros seus maridos. Poder e força de Atenas.

Mulheres subjugadas ao poder de seus homens. Trabalham muito, não reclamam, e somente pedem que sejam amadas, cobiçadas, queridas e que seus homens voltem sempre para elas. Tudo por Atenas: "Poder e força de Atenas". E continuam os versos de "Mulheres de Atenas"

Quando eles embarcam soldados, elas tecem longos bordados.
Mil quarentenas. E quando eles voltam, sedentos, querem
arrancar, violentos, carícias plenas, obscenas, mirem-se no
exemplo, daquelas mulheres de Atenas, despem-se pros
maridos, bravos guerreiros de Atenas. E, quando eles se
entopem de vinho, costumam buscar um carinho, de outras
falenas. Mas no fim da noite, aos pedaços, quase sempre
voltam pros braços de suas pequenas, Helenas. Mirem-se no
exemplo daquelas mulheres de Atenas. Geram pros seus

maridos, os novos filhos de Atenas.

A relação de submissão dessas mulheres aos homens de Atenas, ao ensejo do 'Poder e força de Atenas' é tão grande, que elas os esperam por longos e longos períodos, sustentando-se e aos seus filhos, sem medir esforços na esperança de que eles voltem e as tomem nos braços, sedentos de saudade e de amor. E é o que os homens fazem: voltam aos lares, após longo período de afastamento, e no lugar de darem carinhos às mulheres que os aguardam, "querem arrancar, violentos, carícias plenas, obscenas". Após, muitas bebidas, saem, novamente, os homens para as 'noitadas e, depois de divertirem com outras mulheres, voltam aos seus lares, pretendendo os cuidados de suas submissas mulheres.

E, por fim, as "Mulheres de Atenas" não mostram suas vontades, seus dons, seus defeitos, porque são perfeitos 'objetos' nas mãos de seus homens, pelo "Poder, força e orgulho de Atenas'. Mulheres sem sonhos e com muitos medos pressentem a perda de seus homens, por naufrágios, e vivem timidamente uma viuvez, muitas vezes, com fetos entranhados em seus ventres, deixados pelos seus homens que, cumprindo o vaticínio destas mulheres, não mais voltam dos mares revoltos.

Elas não têm gosto ou vontade, nem defeito, nem qualidade,
têm medo apenas. Não tem sonhos, só tem presságios: o seu
homem, mares, naufrágios. Lindas sirenas, morenas. Mirem-se
no exemplo, daquelas mulheres de Atenas, temem por seus
maridos. Heróis e amantes de Atenas. As jovens viúvas
marcadas e as gestantes abandonadas, não fazem cenas.
Vestem-se de negro, se encolhem, se conformam e se
recolhem, às suas novenas, serenas. Mirem-se no exemplo.
Daquelas mulheres de Atenas. Secam por seus maridos
Orgulho e raça de Atenas.

As ‘Mulheres de Atenas’ podem ser todas as mulheres subjugadas pelos homens, ou todos os seres humanos, que são submetidos ao jugo de outros, ou, ainda, os seres desprotegidos, como os animais, que deveriam ser tratados e respeitados pelo homem – único ser racional -, mas, ao contrário disso, são desprezados, maltratados e submetidos à situações de crueldade. As ‘Mulheres de Atenas’ não mostram suas vontades, seus dons, seus defeitos, porque pelo ‘Poder, força e orgulho de Atenas’ esquecem as suas próprias vontades, sendo humilhadas e submetidas a situações de indignidade, deixando de sonhar, de desenvolver os seus dons e de viver as suas vidas.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS: DIÁLOGOS DAS FONTES CONSAGRANDO A NECESSIDADE DE REFLEXÕES SOBRE RELAÇÕES DE PODER QUE EXORBITAM E ATINGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Das pequenas amostras trazidas para ilustrar o tema, objeto do presente artigo “Realidades contemporâneas das relações de Poder: o direito e a arte recitados e entoados por Cora Coralina e Chico Buarque de Holanda”, acredita-se que referidas ‘relações de Poder’ afrontam muito mais do que constroem.

O exemplo trazido sobre o fato concreto que se refere ao casamento perene e feliz, nascido de uma relação de Poder laboral, casamento este que perdura por mais de setenta e dois de idade, apesar de mostrar um contraponto das ‘relações de Poder’ comentadas, sob um certo prisma e de uma certa maneira referido exemplo, também, corrobora a argumentação de que as ‘relações de Poder’, que oprimem pessoas são nefastas à dignidade humana e à sociedade amostras importantes

A poetisa e contista Cora Coralina apresenta, por seus versos e prosas, realidades muito expressivas da sua vivência cotidiana que demonstram as fragilidades e as agressões que são frutos das ‘relações de poder’. Os poemas recitados por ela revelam algumas vezes de maneira serena, noutras vezes, de maneira mais rude, a ausência ou o afastamento da humanidade ou da humanização entre as pessoas, na medida em que as colocam sob o jugo de outras pessoas, que as exploram, humilham e exorbitam nas relações humanas que envolvem poderes de uns sobre os outros.

Lembra, Cora que todos devem prestar atenção, não só nos gritos das pessoas exploradas, mas também, nos gritos dos irracionais que denunciam, com os seus brados

altos, a falta de racionalidade dos homens, que os exploram e os maltratam, os submetendo a tratamentos cruéis, que vão contra a dignidade dos seres vivos, que compõe, juntamente com os homens os ecossistemas universais.

Da mesma maneira, as letras das músicas do compositor e cantor Chico Buarque de Holanda, acabam denunciando realidades agressivas, desrespeitosas e danosas vividas, notadamente, pelas mulheres que "amarradas nos pés dos fogões dos patrões", se calam, se humilham e são maltratadas e alijadas dos núcleos sociais de poderiam fazer parte.

O respeito aos valores da essência humana, vida e liberdade, devem continuar instigando verticalizadas e importantes reflexões, que promovam o resgate da humanidade nas pessoas que vivem na sociedade contemporâneas, que é plena de incertezas, poluições e desrespeito aos seres vivos da natureza.

Leonardo Boff, pela "Carta da Terra" provoca diálogos sobre o valor do planeta Terra, a degradação ambiental, a ética humana e da natureza e o valor dos bens ambientais. Ao se referir ao apequenamento dos valores da essência humana invoca outros valores, como a injustiça social e a efetividade dos direitos humanos, desafiando a consciência e a razão humana a lutar contra as violências enfrentadas pelo homem e pela natureza, notadamente nas relações de Poder que causam afrontas às dignidades humana e dos outros seres vivos do planeta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOFF, Leonardo. **Ética e eco espiritualidade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

_____**Saber cuidar: ética do humano - compaixão pela Terra**. 16ª.edição. Petrópolis: Vozes, 2002.

CORALINA, Cora**. Poemas dos becos de Goiás e estórias mais**, 23ª ed., São Paulo, Global, 2014.

_____. Vintém de Cobre – **Meias Confissões de Aninha** (ISBN 978-85-260-1888-4) 10ª ed., SP: Global, 2013.

_____. Melhores Poemas/Cora Coralina. **Seleção de Darcy França Denófrio**, SP:Global, 2004.

FLORES, Joaquín. Herrera, El Proceso **Cultural: materiales para la creatividad humana.** Sevilha: Aconcágua, 2005.

_____. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos: os direitos humanos como produtos culturais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LAFER, Celso**. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

HOLANDA, Chico Buarque**. Letra da Música "Se eu fosse o teu Patrão" e 'Mulheres de Atenas"**
https://br.search.yahoo.com/search;_ylt=AwrBTvmgPhJYO24AcQ7z6Qt.;_ylc=X1MDMjExNDcxMDAwMwRfcgMyBGZyA21jYWZlZQRncHJpZANXUThwMHFtclR1S0pMOVJvZHBfX0tBBG5fcnNsdAMwBG5fc3VnZwMwBG9yaWdpbgNici5zZWFyY2gueWFob28uY29tBHBvcwMwBHBxc3RyAwRwcXN0cmwDBHFzdHJsAzU2BHF1ZXJ5A3NlJTIwZXUlMjBmb3NzZSUyMG8lMjB0ZXUlMjBwYXRyJUMzJUEzbyUyMGVsYmElMjByYW1hbGhvBHRfc3RtcAMxNDc3NTkwNzEy?p=se+eu+fosse+o+teu+patrão+elba+ramalho&fr2=sb-top-br.search&fr=mcafee&type=C211BR105D20151109

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Sampaio Dória, ed. Ver. e modificada pelo autor, 14ª. RJ: Bertrand Brasil, 2010.

_____. **Introdução ao Pensamento Complexo.** Trad. Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. **"Um olhar transverso e difuso aos Direitos Humanos de terceira dimensão: a solidariedade concretizando o dever de respeito à ecologia e efetivando o postulado da dignidade da condição humana".** Revista de Direito Privado - Ed. Revista dos Tribunais – Ano 13 - nº 51 – Julho/Setembro – 2012 – Coordenação de Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery.

_____. **Violência Ética e socioambiental: macula dignidade da condição humana e desafia a proteção dos interesses difusos e coletivos, in Obra Coletiva" Direito e a Dignidade Humana: Aspectos éticos e socioambientais"** – Orgs: Consuelo Yoshida e

Lino Rampazzo, Campinas, SP: Editora Alínea, 2012 (Cap. 3º - p. 101 a 122) – ISBN 978-85-7516-599-7

_____. **Concretização dos postulados da Dignidade da Condição Humana e da Justiça** – Revista de Direito Privado – Ed. Rev. dos Tribunais, coord. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery, SP: Ed. RT. Ano 12, nº 47 – jul.-set/2011.

_____. Perfis dos Conceitos de bens Jurídicos. Edições Especiais. RT. 100 anos. Org. Ministro Gilmar Mendes e Rui Stoco. **Doutrinas Essenciais "Responsabilidade Civil, Penal, empresarial, Tributário, Ambiental, Consumidor, Constitucional, Obrigações e Contratos, Direito Penal Econômico, Família e Sucessões e Direitos Humanos"**, Vol. IV. Capítulo 4, 1ª Tiragem, 2011, Ano 100 Junho de 2011.

_____. **Visão difusa do Direito: vieses da sua complexidade através de um olhar sistêmico.** Tese de 2º Doutorado defendida na PUC/SP, 2009.

VILLAS BÔAS, Regina Vera, e VIDRIH, Gabriel Luis Bonora. O dever de recuperar a área degradada e a responsabilidade civil ambiental na mineração in Obra Coletiva **"Direito Ambiental no Século XXI: Efetividade e Desafios",** Coord. Cláudio Finkelstein e João Negrini Filho, Orgs: Lívia Gaigher Bósio Campello e Vanessa Hasson de Oliveira – RJ: Editora Clássica, 2012 (Cap. 8 p. 205 a 236) – ISBN 978-85-99651-54-4

Capítulo XI

AVANÇOS E DESAFIOS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL: INAMOVIBILIDADE E A "SÍDROME DA RAINHA VERMELHA"

Vanessa Rui Fávero[146]
Janaínna de Oliveira Serra[147]

RESUMO: No que tange à segurança pública nacional, assevera-se que os atuais modelos gestores convencionais não conseguem mais lidar de forma eficaz com a escalada da violência e do crime, de forma a impulsionarem a necessidade de transformações mais amplas na vida social contemporânea, para dar conta da complexidade e da fragmentação da realidade social da segurança pública brasileira. Para a adequada prestação de serviços de segurança pública, é necessária a eleição de uma política pública de segurança compromissada e eficaz que deve ser coerentemente realizada, com foco na efetiva pacificação social dos conflitos; de forma que o paradigma repressivo deve ser enfim deixado de lado; cindindo, dessa forma, com o intitulado "neofobismo jurídico" estatal no tocante à segurança pública nacional, uma vez que não basta à mera transmissão de uma falsa sensação de segurança à sociedade através de reinvestimentos no atual modelo gestor reativo-repressivo – com o aumento da repressão estatal –, sem examinar mais a fundo toda a problemática dos conflitos sociais, que deve, antes de tudo, analisar macro estruturalmente fatores como a política criminal até então adotada, o atual foco da prestação dos serviços de segurança pública postos a disposição da população e a sua efetividade para, dessa forma, – através de análises engajadas com a realidade social vigente, e, utilizando-se da pesquisa bibliográfica, bem como do método dedutivo-indutivo –, propor novos paradigmas gestores da segurança pública que

[146] Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Advogada. Docente do Curso de Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil da FACON- Faculdade de Conchas, polo presencial CENA Educacional – São José do Rio Preto/SP. Mediadora e conciliadora pela Escola Paulista da Magistratura - EPM. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Sociais. – e-mail: vanessa_vrf@hotmail.com
[147] Advogada. Pós – Graduanda em Direito do Estado pelas Faculdades Integradas de Ourinhos (Fio). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Integrante do Grupo de Pesquisa Democracia e Direitos Fundamentais – UENP.
Email: janainna.os@gmail.com

se coadunem com um modelo sustentável transpondo, assim, a constante sensação de inamovibilidade reinante na prestação do serviço de segurança pública no Brasil
PALAVRAS-CHAVE: serviço público de segurança, inamovibilidade; novos paradigmas via preventiva.

ABSTRACT: Regarding the national public security, it is stated that current conventional models managers can no longer deal effectively with the escalation of violence and crime in order to push forward the need for broader changes in contemporary social life, to account the complexity and fragmentation of social reality of Brazilian public security. For proper delivery of public security service, it is necessary for the election of a committed and effective public security policy that must be consistently held, focusing on effective social pacification of conflicts; so that the repressive paradigm should be finally left side; splitting thus entitled to the "legal aversion to change " state with regard to national public security, since not just the mere transmission of a false sense of security to society through reinvestment in the current model reactive-repressive manager - with increasing repression State - without detailed examination of the whole issue of social conflicts, which must first of all examine in a general way factors such as criminal policy so far adopted, the current focus of the provision of public safety services made available to the population and the its effectiveness to thus - through analysis engaged with current social reality, and, using the literature and the deductive-inductive method - propose new public safety managers paradigms managers paradigms that are consistent with a sustainable model of "law and policy" committed to an effective social pacification of conflicts

KEYWORDS: public security service, immovability; new paradigms; preventive way.

INTRODUÇÃO

Atualmente, é facilmente perceptível que os atuais modelos convencionais gestores da segurança pública nacional, classicamente consagrados, não conseguem mais lidar de forma eficaz com a escalada da violência e do crime; de forma a impulsionarem a necessidade de transformações mais amplas na vida social contemporânea, para dar conta da complexidade e da fragmentação da realidade social da segurança pública brasileira. Isso porque, ao direcionarem esforços para o tratamento da problemática da resolução de conflitos sociais – com a definição das prioridades na prestação dos serviços públicos a serem proporcionados nessa área –, o Estado insiste em investir no modelo reativo-repressivo convencional, quando este, há tempos, já se demonstra inadequado e fadado ao insucesso, uma vez que sobrecarrega, cada vez mais, o sistema penal brasileiro.

Assim, a ausência de atuação estatal em setores essenciais da sociedade para a contenção de conflitos sociais – que merecem primordial cautela em seu tratamento – acaba por acarretar, diante da ausência de atuação das demais formas de controle social, uma exacerbada utilização da tutela penal, que deveriam ocupar-se tão somente com os bens jurídicos essenciais e de especial fundamentalidade para a vida em sociedade, assumindo, deste modo, funções que não lhe deveriam caber.

Dado o exposto, podemos afirmar, dessa forma, que como pano de fundo da segurança pública brasileira nós nos depararíamos com um verdadeiro "Estado Jurídico Neófobo"; no qual se destacaria a baixa capacidade do Estado brasileiro em se adaptar às mudanças que ocorrem na sociedade – e as consequentes demandas na solução de seus conflitos –, resistindo às inovações e mantendo-se preso a paradigmas jurídicos que não têm como foco principal a pacificação desses conflitos sociais.

Portanto, o cenário no qual se desenvolve a pesquisa, ora em pauta, é a falência do atual sistema de segurança pública nacional, que mesmo com resultados concretos acerca disso, insiste no reinvestimento de verbas no atual modelo reativo-repressivo ao invés da adoção de novos paradigmas preventivos e multifuncionais, em uma insistente aversão a mudanças.

Neste contexto, interessante expressão passou a ser cunhada e inserida também no campo da política de segurança pública; consistente no intitulado "efeito Rainha Vermelha" – utilizada inicialmente pelo biólogo americano Leiggt Van Valen, para designar o princípio da "mudança zero" em que predador e presa se deslocariam na mesma velocidade – ilustrando o fato de que, no atual modelo gestor reativo-repressivo da segurança pública nacional, mesmo quando os esforços policiais são desenvolvidos em sua intensidade máxima, redunda em "lugar nenhum" devido à insistência no clássico modelo reativo-repressivo adotado, que há tempos já não vem mais surtindo os efeitos esperados.

Assim, averígua-se que o problema é que o Estado tenta solucionar, através de uma política penal – e não através de uma política criminal –, o problema da criminalidade; o que acaba refletindo na prestação do serviço público de segurança; e, partindo-se deste pressuposto, a pesquisa desenvolveu-se em três momentos.

Primeiramente, a pesquisa focou na prestação do serviço de segurança pública no Brasil, trazendo como pano de fundo para ambientação a intitulada "Síndrome da Rainha

Vermelha" e a insistência no modelo reativo-repressivo, que já não surte os efeitos esperados no tratamento da problemática dos conflitos sociais.

Em ato contínuo, em um segundo momento, analisou-se a importância da eleição de uma política de segurança pública adequada que, consequentemente, refletirá no correto direcionamento para a prestação de serviços públicos adequados às demandas sociais. E, por fim, tratou-se da apresentação de novos paradigmas de gestão da segurança pública – fora das 'lentes' de um "Estado Jurídico Neófobo" –, trazendo, como propostas viáveis, mecanismos alternativos a serem aliados à prestação dos serviços públicos que sejam eficazes no tratamento da realidade social fática pela via participativa e preventiva, em contraponto à repressiva, modelo atualmente adotado.

Entretanto, tal via preventiva é ainda considerado um desafio que requer inúmeros avanços na prestação do serviço público de segurança atual por implicar em prestações positivas, contribuições e esforços solidários que devem buscar neutralizar as situações de desequilíbrio e conflitos sociais através de medidas efetivas no enfrentamento das causas do problema.

Dessa forma, por meio de análises engajadas com a realidade social vigente, buscou-se – através da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo-indutivo –, a apreciação de que o objetivo último de uma eficaz política de prevenção ao delito, para a adequada prestação do serviço público de segurança, inicia-se pela implementação de direitos sociais básicos do cidadão, tais como saúde, educação de qualidade, trabalho, moradia digna, dentre outros; sem os quais, quaisquer outras medidas de política criminal eleitas pelo Estado como forma de contenção dos conflitos sociais, seriam apenas paliativas, sem encarar, de fato, a problemática a ser enfrentada; uma vez que, para construir uma cultura de paz é preciso mudar atitudes, crenças e comportamentos por parte de todos, buscando, assim, mecanismos alternativos mais amplos de desconstrução de conflitos, destinados a transformar padrões de comportamento e a estimular o convívio em um ambiente cooperativo, no qual, uma efetiva pacificação social possa se dar sem confronto em demasia e de modo não adversarial.

1. SERVIÇO DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL E A "SÍNDROME DA RAINHA VERMELHA"

Inicialmente cabe pontuar que serviços públicos são espécies de utilidade ou comodidade material que podem até serem fruíveis singularmente, mas que sempre buscarão satisfazer necessidades coletivas cujo Estado tem o dever de prestar ao assumir como tarefa sua, podendo a prestação deste serviço se dar de forma direta ou indireta, seguindo sempre o regime jurídico de direito público total ou parcialmente; o que também podemos averiguar ao adentrar nas entranhas da prestação do serviço de segurança no Brasil.

Maria Sylvia Zanela Di Pietro (2011, p.99), destaca que "Não é tarefa fácil definir o serviço público, pois a sua noção sofreu consideráveis transformações no decurso do tempo, quer no que diz respeito a seus elementos constitutivos, quer no que concerne a sua abrangência" e acaba o fazendo por exclusão, conceituando-o em sentido amplo e em sentido estrito.

Assim a citada autora assevera que "Restrito são os conceitos que confinam o serviço público entre as atividades exercidas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional; e, além disso, o consideram como uma atividade administrativa, perfeitamente distinta do poder de polícia do Estado" (PIETRO, 2011, p.100)

Nesta árdua tarefa, por sua vez, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo, temos um conceito com delimitações mais acentuadas:

> Serviço púbico é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada a satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes , sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como público no sistema normativo. (MELLO, 2010, p. 679)

Já adentrando, de fato, na seara da segurança pública nacional, para ambientar mais pontualmente a prestação do serviço público de segurança; no que tange às características do serviço de segurança pública, em si, Valter FoletoSantin preleciona que:

> O fornecimento do serviço de segurança pública é um serviço primário, essencial, de relevância pública, de uso comum (*utiuniversi*), em caráter geral, beneficiando todos os cidadãos e a população fixa ou flutuante. Visa tutelar a segurança da população, em face da necessidade do Estado de garantir a defesa da vida, saúde e patrimônio do cidadão, bens jurídicos ameaçados pela prática do delito (art. 144, *caput*¸CF). O bem jurídico imediato tutelado é a segurança

> pública; o mediato é a ordem pública, o cidadão e o patrimônio. (SANTIN, 2013, p. 71)

Assim, dentro dessa seara de análise trazida, outro conceito de fundamental importância, que se mostra essencial para uma eficaz compreensão do conceito do serviço público de segurança trazido, é a expressão "ordem pública". Assim, nas palavras de De Plácido da Silva, temos que, ordem pública:

> É a situação e o estado de legalidade normal , em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos a respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto. Não se confunde com a ordem jurídica, embora seja uma consequência desta e tenha sua existência formal justamente desta derivada. (SILVA, 1999, p.577)

Agrega-se ainda a tal conceituação o fato de que, nessa seara, para Álvaro Lazzarini (2000, p.09), não é a ordem pública que está a integrar o vasto conceito de segurança pública – valor comunitário – pois, o que ocorre é que a segurança individual e a comunitária, situam-se dentro do conceito maior do que seja a ordem pública. Vejamos:

> A noção de ordem pública, em verdade, é mais fácil de ser sentida que definida e resulta, no dizer de Salvat, citado em acórdão do Supremo Tribunal Federal, de um conjunto de princípios de ordem superior, políticos, econômicos, morais e algumas vezes religiosos, aos quais uma sociedade considera extremamente vinculada à existência e conservação da organização social estabelecida. A oca, portanto, obedece a um critério contingente, histórico e nacional. (LAZZARINI, 2000, p. 177)

Partindo, dessa forma, do pressuposto de que a segurança pública – e por conseguinte a prestação desse serviço público –, está inserido em um conceito maior, qual seja, o de ordem pública, mais uma vez torna-se essencial recorrermos a fixação de uma eficiente conceituação de segurança pública; e De Plácido Silva muito bem o faz ao esmiuçar que segurança pública, em suas palavras consiste:

> [...] no afastamento, por meio de organizações próprias, de todo o perigo, ou de todo mal que possa afetar a ordem pública, em prejuízo da vida, da liberdade o do direito de propriedade do cidadão. A segurança pública assim, limita as liberdades individuais, veda, não pode ir além da liberdade assegurada aos demais, oferecendo-a. É de competência da União organizar e manter os seus órgão e instituições e a compete também legislar sobre a matéria. É dever do Estado e responsabilidade de todos. Exerce-se para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. (SILVA, 1999, p.740)

Assim, temos que a prestação de tal serviço público será estatal quando a segurança pública é, de fato, prestada pelo Estado, cumprindo a sua obrigação constitucional, e será privado quando exercido pelo povo, em auxílio ao Poder Público e na segurança privada, tendo o Estado o dever de realizar a atividade e o povo tem o direito de participar do serviço na busca por maior sensação de segurança, que seja.

Ainda neste diapasão, o serviço de segurança pública, pode ser primário quando desempenhado pelo Estado ou secundário quando na atuação privada; sendo obrigatório quando fornecido pelo Estado; bem como integral, quando executado inteiramente por este ente estatal.

Por fim, será o serviço de segurança pública considerado eficiente quando for desempenhado a contento, apresentando bons resultados na função de segurança pública individual e coletiva, no controle da criminalidade e na transmissão de sensação de segurança à população; e, em contrapartida será ineficiente quando o resultado for inadequado, insatisfatório, irregular, deficiente, descontínuo e de baixa qualidade, não sendo apto a proporcionar a necessária sensação de segurança ao povo para a vida tranquila em sociedade..

Em uma compilação dessas características, Valter FoletoSantin traz, de forma sistemática, uma classificação dos serviços de segurança pública, subdividindo-o em estatal ou privado; principal ou secundário; obrigatório ou facultativo; integral ou parcial; eficiente ou ineficiente. Vejamos:

> O serviço de segurança pública é principal quando desempenhado pelo Estado; secundário na atuação privada. É obrigatório quando fornecido pelo Estado, facultativo se exercido pelo particular. É integral quando executado inteiramente; parcial quando não prestado completamente. É eficiente quando desempenhado a contento, com um bom resultado na função de segurança pública, no controle da criminalidade e na transmissão de sensação de segurança à população. Ineficiente quando o resultado é inadequado, insatisfatório, descontínuo e de baixa qualidade, não apto a proporcionar sensação de segurança ao povo para a vida tranqüila em sociedade. (SANTIN, 2013, p. 71)

Diante da realidade social vigente, hoje já é facilmente perceptível que a ausência de atuação estatal em setores essenciais da sociedade para a contenção de conflitos sociais – que merecem primordial cautela em seu tratamento – acaba por acarretar, diante da ausência de atuação da demais formas de controle social, uma exacerbada utilização do

Direito Penal, que deveria tutelar apenas bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade, que acaba por assumir, dessa forma, funções que não lhe deveriam caber para atender aos anseios da sociedade que clama por paz social.

Neste contexto, Valter Foleto Santin, afirma com razão que "O Estado é o agente principal pelo serviço de segurança pública, utilizando-se dos órgãos policiais para o desempenho da sua incumbência funcional." (SANTIN, 2013, p. 78) e a prestação do serviço público de segurança passa a estar intimamente ligada com a política criminal a ser adotada.

A política criminal, em si, consagrou-se como uma ciência que cria medidas de combate à violência, tanto pela prevenção, quanto pela repressão e que através de decisões políticas desenvolve meios e técnicas para diminuir e controlar os "desvios" da sociedade, tendo, também e essencialmente, o papel de analisar a realidade social, os delitos e os desvios sociais para propor medidas eficazes em seu tratamento.[148]

Assim, diante de uma sociedade que vê no sistema penal uma importantíssima forma de controle social – atribuindo-lhe, em alguns momentos, até mesmo maior relevância do que deveria possuir – essencial demonstra-se a importância da tomada de decisões políticas que direcionarão o modo de atuação das mais diversas formas de composição dos conflitos sociais. Tais decisões quando eleitas de forma engajada com a realidade social, podem fazer parte de uma política criminal consistente e eficaz no tratamento da problemática social a que se destina tutelar.

Segundo Valter Foleto Santin (2005, p. 209) "A criminalidade não é estática, fato que pressupõe a necessidade de dinamismo na fixação e alteração da política de segurança pública e no seu plano de ação, para a efetiva prestação de serviço de prevenção e combate das práticas delituosas"; o que demonstra a necessidade da adoção de medidas interdisciplinares no tratamento da problemática a ser enfrentada.

Dessa forma, para que a eleição de uma política criminal ocorra de forma eficaz no tratamento das demandas sociais existentes em nossa sociedade, demonstra-se essencial uma análise engajada com a realidade social fática, partindo inicialmente de políticas públicas fortes e consistentes, que busquem efetivar um sistema penal coerente,

[148] A política criminal, segundo Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, guia as decisões tomadas pelo poder político, bem como proporciona argumentos para criticar essas decisões, cumprindo, portanto, a função de guia e de crítica. (2004, p.129).

garantidor dos direitos humanos e promovedor dos valores essenciais da humanidade; e para que consigamos atingir de forma eficaz toda a sistemática penal, imprescindível faz-se que iniciemos pensando em políticas públicas que antecedam a prática da infração penal, gênese do sistema, garantindo condições existenciais mínimas de uma vida digna a todos.

Ademais, é entendimento de Bismael B. de Moraes que "A prevenção é um bem para todos, enquanto a repressão é conveniente para alguns" (MORAES, 2000, p.89). Tal apontamento é uma forma de alertar sobre a facilidade de se privilegiar a repressão em detrimento da prevenção; uma vez que a primeira se mostra mais atraente aos olhos imediatistas de quem quer resultados aparentes.

Nesta seara, temos interessante expressão intitulada de "efeito Rainha Vermelha" que foi criada pelo biólogo americano Leiggt Van Valen, inicialmente para designar o princípio da "mudança zero", e posteriormente adaptado no campo da segurança pública por Marcos Rolim como a "síndrome da Rainha Vermelha", que ilustraria o fato de que, mesmo quando os esforços policiais são desenvolvidos em sua intensidade máxima, redundam em lugar nenhumdevido ao modelo reativo adotado.

Trazendo a baila tal cenário selecionado para ambientar o tratamento da prestação do serviço de segurança pública; ele se utiliza de uma famosa passagem de Alice no País das Maravilhas para cunhar tal expressão. Vejamos:

> Uma passagem bastante conhecida de através do espelho, de *Lewis Carroll*, relata o episódio do encontro de Alice com a Rainha Vermelha em um cenário bucólico que evoca a imagem de um imenso tabuleiro de xadrez a céu aberto. Essa passagem deu origem ao que Richard Dawkins (em *O relojoeiro cego*), a expressão "efeito Rainha Vermelha", cunhado pelo biólogo americano Leigh van Valen para designar o princípio de "mudança zero" na taxa de êxito alcançado independentemente do progresso evolutivo, por exemplo quando o predador e a presa evoluem na mesma proporção e ritmo de tal forma que os melhoramentos alcançados por um e por outro se "anulam"." (ROLIN, 2006, p.37)

Dessa forma, Marcos Rolim ao se aproveitar dessa sugestão para cunhar a expressão "Síndrome da Rainha Vermelha" emprega seus reflexos também na seara da segurança pública nacional e demonstra ser terreno fértil para os estudos desse serviço público, ao qual apregoa-se a necessidade de desvinculação do modelo clássico reativo já a tanto tempo utilizado para a adoção de novos paradigmas eficazes no tratamento da problemática social vigente.

Almejando novos paradigmas, este mesmo autor propõe direcionar os holofotes para a prevenção e exprime que:

> A intervenção racional das forças policiais, em parceria com entidades da sociedade civil, pode alterar várias das condições que são preditivas do crime e da violência. Por conta disso, o ponto central desse novo modelo deve ser a prevenção.(ROLIN, 2006, p.65)

Marco A. Florêncio Filho ao deparar-se com tal sistemática observa que "O problema é que o Estado tenta solucionar, através de uma política penal, e não de uma política criminal, o problema da criminalidade, levando a cabo um aumento na quantidade de pena e de crimes" (2007, p. 168); de forma que acaba se utilizando cada vez mais do direito penal na resolução de situações que seriam facilmente solucionadas por outros ramos do direito; acreditando que através do recrudescimento do sistema e pela positivação de normas penais irá tratar do fenômeno criminal.

Ao recorrermos aos ensinamentos de Cesare Beccaria, temos que em sua clássica obra *Do delito e das penas*,este, já prelecionava, há muito tempo atrás, a importância do escopo preventivo a ser encampado por toda boa legislação – o que também se estende à eleição de um serviço público de segurança eficiente –, de forma que, há séculos, o ilustre autor já lecionava que:

> Todo legislador sábio deve, antes de mais nada, procurar impedir o mal do que repará-lo; pois uma boa legislação não é mais do que a arte de propiciar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-lo de todos os pesares que se lhes possam causar. (BECCARIA, 1999, p. 131).

Dessa forma, não só a atividade legislativa, mas também a eleição de uma política de segurança pública compromissada e eficaz deve ser coerentemente realizada; e o paradigma repressivo deve ser enfim deixado de lado, cindindo com a neofobia do Estado, pois não basta a mera transmissão de uma falsa sensação de segurança à sociedade, sem examinar mais a fundo a problemática que deve, antes de tudo, buscar solucionar de forma efetiva a gênese dos conflitos sociais em questão.

Por melhor que demonstre ser o tratamento do direito penal na contenção da criminalidade, não é com leis que se reprime o crime. O crime é uma ato humano que não deixa de estar relacionado com acontecimentos de ordem política, econômica e social,

devendo assim a criminalidade ser enfrentada através de uma política criminal bem definida, que procure enfrentar o problema sem passionalismos.

Afirma Virgílio Luiz Donnici, que "para a manutenção da ordem pública não basta o cumprimento da lei, e ela tem valor extraordinário como fator de equilíbrio social quando efetiva, mas, acima de tudo, uma política de defesa social" (DONNICI, 1976, p. 241), de forma que não basta a positivação de normas jurídicas penais, que embora de fundamental importância para a coesão social quando efetivas, não se sustentam sozinha se desalijada de uma política de defesa social engajada com a realidade social – e efetivada através da prestação de serviços públicos adequados – que a dê sustentação e eficácia.

2. ELEIÇÃO DE UMA POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA ADEQUADA

Em se tratando da prestação do serviço público de segurança, não há como este ocorrer desvinculado de uma política de segurança pública adequada e, neste contexto, Carlos Alberto Baptista muito bem expõe a fragmentariedade do sistema de gestão dos delitos através da supervalorização da legislação penal eleita como mecanismo eficaz para fazer frente ao fenômeno criminal. Vejamos:

> Como num corpo humano, se um órgão não desempenha inteiramente a função para a qual se destina, acaba por sobrecarregar outros que, inevitavelmente, esfalfados, entram em crise e se não tratados como um todo que são, morrem aos poucos. Não é mais possível tratar o corpo da segurança pública apenas sintomaticamente. (2007, p.143)

Ao afirmar que "não é mais possível tratar o corpo da segurança pública apenas sintomaticamente", Baptista quer chamar atenção para a opção repressiva enveredada pelo Estado, que por meio do sistema penal remedeia as manifestações de conflito social. Expõe assim que o Estado acaba optando por cuidar dos sintomas manifestados através do delito, e faz isso depositando, de pronto, nas costas da atividade policial a obrigação de responsabilizar-se pela contenção do delito, o que acaba por desencadear a movimentação da estrutura de toda a máquina judicial, sem antes buscar alternativas em outras formas de controle social que visem atingir o problema em suas causas.

Delineia-se, assim, o insucesso do modelo reativo de gestão da segurança pública nacional e sua consequente ineficácia no tratamento da problemática crescente dos conflitos sociais.

No tocante à formulação de uma política de segurança pública com aferição da eficiência dos serviços policiais e de segurança, temos como órgão responsável pela articulação e coordenação da política de segurança nacional o CONASP:

> O CONASP encarregado de estabelecer diretrizes, elaborar normas e articular a coordenação da política nacional de segurança pública, desenvolve estudos e ações visando aumentar a eficiência dos serviços policiais e de segurança. (SANTIN, 2013, p. 66)

A título de esclarecimento, a CONASP é um órgão subordinado ao Ministério da Justiça, sendo diretor das Secretarias de Segurança Pública dos Estados

Neste contexto, não se deve jamais perder de vista que se as demais formas de controle social não agem os órgãos encarregados pela gestão da segurança pública nacional, e, de forma correlata, o direito penal – que deveria tutelar apenas bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade, funcionando como *ultima ratio* –, acaba inflando frente à sua função dando lugar certo a um sistema penal simbólico e punitivista, o que acaba por desencadear a vigente hipertrofia legislativa; como uma das formas de controle social frente à atual crise das instituições sociais, devido à carência de políticas públicas que o coloque freios, o que, sem dúvida alguma, acaba, consequentemente, influindo na prestação dos serviços públicos de segurança.

Na atual dinâmica de atuação de nosso sistema penal e da política de segurança pública brasileira, temos a erronia utilização da função legislativa do Estado, através da elaboração de leis penais desenfreadamente, utilizando-se do recrudescimento do sistema penal como alternativa viável para solucionar o problema com a disseminação apenas de uma maior "sensação" de segurança, quando assim não deveria ocorrer. Vejamos:

> Assim, o Direito Penal passa a ser utilizado como instrumento de crueldade e vingança, que surge no seio da sociedade quando diante de casos atrozes, clama por uma punição simbólica para aquele infrator. Criam-se estereótipos de criminalidade, o que reforça a ideia de recrudescimento das estruturas repressivas como forma de vender a sensação de segurança promovida pelo Estado. (KAZMIERCZAK, 2010, p.70)

Levando-se em conta o caráter instrumental da violência e da criminalidade aparente que se faz presente cotidianamente nos noticiários para toda a sociedade, podemos visualizar nos anseios sociais as expectativas depositadas em um direito penal que clama por uma legislação repressiva e penalizadora, expressão máxima da utilização daquela intitulada "violência institucional legitimada" do sistema penal vigente, que tem privilegiado ações repressivas em detrimento da prevenção através de políticas públicas engajadas com a realidade social vigente.

Tendo em vista esse contexto, Eugenio RaúlZaffaroni e Edmundo Oliveira ao tratarem de criminologia e de política criminal constatam tal fato e trazem a tona quatro pertinentes apontamentos, dividindo a crítica ao direito penal em quatro ordens: a) a do exercício real da repressão, abrangendo o processo de criminalização secundária, mais amplo, e que implica na opressão do dominante sobre o oprimido; b) a criminalização primária, representada pela legislação repressiva ou penal; c) o discurso jurídico-penal ou ideológico; e, d) a propaganda do sistema penal, que se apresenta pela opinião pública (ZAFFARONI, OLIVEIRA 2010, p. 07-08).

Dentro dessas quatro ordens de crítica ao direito penal trazida por Zaffaroni, importante delimitar, como principal foco para maiores reflexões, exatamente, o viés da criminalização primária conduzida por uma legislação eminentemente repressiva diante do clamor social, que vem reforçar o imediatismo do nosso país no tratamento da criminalidade aparente, em que se discutem os efeitos da violência sem analisar as suas causas. Em decorrência disso, acaba-se sempre, consequentemente, chegando à discussão de como reprimir, mas não no como prevenir, sendo essa uma tática que acaba por desviar o foco das reais causas do problema.

Ao tratar do "princípio da intervenção" mínima que deve ser encampada pelo direito penal, César Roberto Bitencourt traz a baila também o fenômeno da inflação legislativa, que leva ao descrédito do direito penal:

> Os legisladores contemporâneos – tanto de primeiro como de terceiro mundo – tem abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame ao descrédito não só do Direito Penal, mas a sanção criminal, que acaba perdendo sua força intimidativa diante da "inflação legislativa" reinante nos ordenamentos positivos. (2009, p. 14).

Evidencia-se com frequência que a mudança na seara normativa, dissociada dos demais aparelhos de contenção da criminalidade e desalijado de uma eficiente prestação

de serviços públicos de segurança com qualidade, não só se mostra insuficiente como por vezes é irrelevante, mostrando-se a sociedade na maioria das vezes a ela indiferente, uma vez que tal medida legislativa vem desacompanhada de todo o aparato que lhe daria sustentação.

Para Jean Cruet em sua obra *A vida do Direito e a Inutilidade das Leis,* o Estado ao legislar exerce apenas mais uma forma de operar da sociedade; e, ao tratar do desempenho de sua função legislativa, pontua o autor a necessidade de amadurecimento do remedeio para o objeto que se pretende tutelar. Vejamos:

> Sem dúvida o legislador tem o firme proposito de innovar, e, em cada uma das suas leis, julga as mais das vezes fazer de criador. Olhando, porém, de mais perto, percebe-se que a machina de fabricar leis gira no vacuo e não produz nada, quando não tem para moer o bom grão das ideias feitas e dos usos recebidos, quando não tem ao menos para amassar a materia prima d'uma concepção vigorosamente enraizada no espirito publico ou d'uma instituição largamente esboçada na prática. (CRUET, 1908, p. 165)

Ademais, no desempenho de sua função política, sua atividade deve ser direcionada prioritariamente a efetivar as reais necessidades da população, e, os detentores do poder de criar leis devem possuir uma aguçada percepção das necessidades sociais; utilizando-se de tal aparato normativo somente quando for realmente necessária a tipificação penal das condutas.

Encontramo-nos, dessa forma, em um sistema incoerente e a beira da ruína, uma vez que clama-se pelo recrudescimento da instituições penalizadoras e estas não possuem sequer espaço físico para alojar seus detentos; cria-se tipos penais incriminadores visando o encarceramento dos atores sociais desviantes do sistema, e, ao mesmo tempo, medidas despenalizadoras substitutiva às penas privativas de liberdade pois o sistema carcerário brasileiro já encontra-se superlotado e não tem estrutura para articular as atuais demandas existentes por encarceramento.

Além de carecer de validade social, uma proliferação legislativa desenfreada acaba também pondo em xeque a efetividade da possível aplicação da sanção contrariando o caráter intimidativo que a imposição de pena deveria exercer, uma vez que normas penais são produzidas para atender aos clamores sociais pelo recrudescimento do sistema, sem preocupar-se com a eficácia de sua aplicação.

Neste sentido, já prelecionava sabiamente o Cesare Beccaria que "Proibir uma grande quantidade de ações diferentes não é prevenir os delitos que delas possam nascer, mas criar outros novos; é definir arbitrariamente a virtude e o vício, que nos são apresentados como eternos e imutáveis." (BECCARIA, 1999, p. 131), uma vez que, dessa forma, seleciona-se bens jurídicos a serem penalmente tutelados, que poderiam ser melhor geridos por outros formas de controle social, o que lhe traria mais coerência no enfrentamento do problema, sempre atento à realidade social.

Vale ainda relembrar que, como trazido por Virgílio Luiz Donnici:

> A planificação da defesa social obriga, necessariamente, ao exame e a reforma da legislação penal de cada país, que deve estar atento às realidades sociais. Na sociedade moderna não mais é admissível a imposição de simples imposição de sanções penais cada vez mais severas, em que pese os clamores da opinião pública exigindo medidas contra o aumento da criminalidade. (DONNICI, 1976, p. 94-95).

A certeza de punição é um desestímulo a prática do crime, entretanto, não importa o agravo da pena se não há efetividade na sua manipulação – uma vez que nos encontramos diante da elaboração de leis para simplesmente atender aos clamores sociais – pois não se resolve o problema do delito com a elaboração de leis. Se ora cria-se normas visando o encarceramento, diante dos clamores sócias por braços fortes do Estado, e posteriormente, não havendo estrutura institucional de penitenciárias para suprir tal demanda, cria-se também medidas cautelares substitutivas da prisão – fazendo com que os próprios criminosos saibam que pequenos crimes ficarão sujeitos apenas a medidas mais brandas – fica claro o descrédito na certeza da punição, pondo-se em xeque a efetividade do ordenamento jurídico penal.

Ao nos reportarmos mais uma vez ao clássico *Do delito e das penas*, deparamo-nos com a seguinte orientação:

> Quereis prevenir os delitos? Fazei com que as leis sejam claras, simples e que toda a força da nação se concentre em defendê-las e nenhuma parte dela seja empregada para destruí-las. Fazei com que as leis favoreçam menos as classes dos homens do que os próprios homens. (BECCARIA, 1999, p. 131).

A proliferação desenfreada de normas penais com o intuito de controlar os conflitos sociais não se sustenta, pois acaba por desencadear a sucessão – e até mesmo o

choque – de leis, acarretando em um ordenamento jurídico truncado e desalijado do mínimo de condição de efetivação das respectivas normas criadas.

Alerta Luiz Luisi que "a partir da segunda década do século XIX, as normas penais incriminadoras cresceram desmedidamente, a ponto de chamar a atenção de penalistas de diversas épocas" (2003, p. 40). Esse mesmo autor, ainda relata que Franz Von Listz, em 1896, já enfatizava que a legislação de seu tempo fazia um "uso excessivo da arma da pena"; e, traz também que Francesco Canelutti já falava em sua época, de "inflação legislativa", fazendo a comparação de que seus efeitos seriam parecidos ao da inflação monetária – já que ocorreria uma desvalorização das leis penais com relação a sua eficácia preventiva geral –, chegando também a fazer menção a Carlos Enrico Parielo que falava em "crescimento patológico da legislação penal". (LUISI, 2003, p. 41- 45)

E mais, Luiz Flávio Gomes e Antonio García-Pablos de Molina, reportando-se às sábias lições do Marques de Beccaria, trazem a baila:

> Não faltava razões, portanto a Beccaria quando sustentava já em 1764 que o decisivo não é a gravidade das penas, senão a rapidez (imediatidade) com que são aplicadas; não o rigor ou a severidade do castigo, senão a sua certeza e infalibilidade: que todos saibam e comprovem – incluindo o infrator potencial, dizia o autor – que o cometimento do delito implica, inevitavelmente na pronta imposição do castigo. (MOLINA, GOMES, 2008, p.361).

Assim temos de que nada adianta uma série interminável de leis penais que se sucedem – e que às vezes até mesmo se indispõem umas com as outras – se elas não demonstram-se infalíveis no momento de sua aplicação. O caráter preventivo[149] que pode ser auferido do sistema penal, desempenhado pelas leis que cominem penas mais atrozes aos delitos, diante dos clamores sociais, está exatamente na sua pronta aplicação após o devido processo legal, incutindo a intimidação aos potenciais infratores que se veriam desestimulados a praticarem infrações diante da certeza da pena. Temos assim, segundo Cesar Beccaria que "Quanto mais a pena for rápida e próxima do delito, tanto mais justa e útil ela será." (1999, p. 79).

[149]A respeito do caráter preventivo desempenhado pela pena, esclarece Beccaria que "[...] a presteza da pena é mais útil porque, quanto mais curto o tempo que decorre entre o delito e a pena, tanto mais estreita e durável no espírito humano é a associação dessas duas ideias, *delito* e *pena*; de tal modo que imprescindivelmente se consideram um como causa e a outra como efeito necessário e indefectível." (BECCARIA, 1997, p. 80)

Isto posto, não sejamos céticos a ponto de negar a potencial contribuição na prevenção do delito que o sistema penal, através da cominação de pena aos delitos, pode trazer ao controle social.

Conforme aduzem Antônio Garcia-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, "Nenhuma política criminal realista pode prescindir da pena; porém, tampouco cabe denegrir a política de prevenção, convertendo-a em mera política penal" (2008, p. 368), pois a utilização mais intensa do direito penal na eleição de uma política criminal não implica, necessariamente em menos crimes. Um equilíbrio entre políticas públicas basilares que atuem já nas causas do problema social é de fundamental importância, e, estas serão ainda mais efetivas se aliadas à intimidação desempenhada por uma legislação penal sólida consistente e compromissada com a realidade social.

Visível fica que o problema é complexo e que necessário faz-se uma solução conjunta de medidas eficazes em todos os âmbitos, devendo o sistema buscar operar como uma máquina que precisa de todas as suas engrenagens para funcionar com precisão. Dessa forma, a solução do problema estaria nas mãos de todos os âmbitos do poder, em que o cumprimento de políticas públicas destinadas à implementação de funções sociais do Estado, mostra-se como importante primeiro passo para que se efetive a prestação de serviços públicos eficientes e efetivos para a gestão de qualidade da segurança pública nacional.

Não há como esperar que o problema da segurança pública fosse solucionado pela criação de novos tipos penais, pela repressão através da atuação policial, ou pela atuação do sistema penal como um todo, pois tais medidas não se sustentam sozinha.

Qualquer medida proposta deve estar sempre amparada por políticas públicas que a antecedam, pois uma política de segurança só tem efetividade diante de uma verdadeira política social interna bem definida que caminhe no mesmo ritmo das aspirações sociais. Tais medidas devem visar sempre menores intervenções do sistema penal quando se fizerem cabíveis outras medidas de políticas sociais eficientes no tratamento do problema, pois, mais uma vez volta-se a reafirmar que, o direito penal deve ser resguardado como *ultima ratio*, no tratamento dos conflitos sociais, dada a sua subsidiariedade em relação aos demais ramos do ordenamento jurídico.

Nas palavras de Eros Roberto Grau:

> O Estado social legitima-se, antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, programa de ação; [...] essas políticas, contudo, não se reduzem à categoria das políticas econômicas; englobam, de modo mais amplo, todo o conjunto de atuações estatais no campo social (políticas sociais). A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social (1996, p.22).

Dentro desse conjunto de atuações estatais no campo social deveriam estar inseridos programas de ação nos mais variados setores sociais atuando de forma conjunta e integrada na missão da pacificação social. Entretanto, ao quedar-se omisso o Estado na missão de propiciar direitos básicos ao cidadão no campo social, acaba ele por depositar no sistema penal o remedeio dessa inércia; não destinando recursos, nem gerindo de forma adequada a prestação do serviço pública de segurança nacional, o que deságua na prestação de serviços públicos inadequados à realidade social vigente do atual sistema penal repressivo brasileiro.

3. A SEGURANÇA PÚBLICA FORA DAS LENTES DE UM "ESTADO JURÍDICO NEÓFOBO": PROPOSTAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS EFICAZES NO TRATAMENTO DA REALIDADE SOCIAL FÁTICA

Temos assim que, diante dessa atuação fragmentária exposta, mesmo na ausência de um modelo de gestão eficiente para a prestação do serviço público de segurança ofertado pelo Estado (que deposita no sistema penal repressivo toda a responsabilidade de garanti-la sem um arcabouço de políticas públicas que o dê sustentação), este continua insistindo nas mesmas ferramentas de outrora, demonstrando uma certa aversão a mudanças, ainda que isso demonstre ser extremamente necessário e positivo para o aperfeiçoamento da prestação do serviço público de segurança.

Neste diapasão, fica perceptível, até mesmo, o reinvestimento de mais recursos em repressão através do atual modelo reativo/repressivo utilizado, sem qualquer melhoria de resultados, o que não auxilia no aperfeiçoamento da prestação do serviço público de segurança, que mantêm os mesmos resultados práticos, tal qual se encontra, ainda que se destinem mais investimentos nele; sendo necessário, dessa forma, análises compromissadas afastadas de sensacionalismos que apregoam um sistema penal mais forte, pautado no aumento da repressão, como tábua de salvação. Vejamos:

> Destacamos que a segurança pública é, em realidade, um tema que merece os mais sérios e escolados apontamentos, não se podendo e nem se devendo admitir que venham certos "pesquisadores de plantão", os ditos "psicólogos", pois são estes que, mesmo não possuindo qualquer tipo de conhecimento sobre a matéria que se atrevem a dar certos pontapés, vêm, e ofertam os seus palpites, todos, em geral, ao acaso, cultivando, em muitas vezes, apenas o sensacionalismo e o seu poder de aparecer nos meios de comunicação de massa, o que faz com que os órgãos responsáveis pela Segurança Pública se vejam envolvidos em certas e determinadas situações inusitadas, que são as criadas por essas ditas pessoas. Vê-se que elas não se preocupam, de modo algum, com as repercussões de suas manifestações, como regra, todas inglórias. (BOTELHO, 2011, p. 185-186)

Nesse contexto, podemos notar uma falha científica na utilização do direito penal, que acaba por refletir em uma ideologia[150] desviante do sistema penal de supervalorização da repressão conduzida pela errônea eleição do direito penal como importante meio de pacificação social – quando deveria ter apenas aplicação subsidiária –, sem perceber que tal escolha apenas mitiga o problema sem encará-lo de fato. Loïc Wacquant, ao deparar-se com tal problemática aponta essa falha ideológica do sistema penal:

> O erro científico e cívico mais grave consiste, aqui, em crer e fazer as pessoas acreditarem – como apregoa o discurso da hiper-segurança que, hoje em dia, satura os campos políticos e midiáticos – que a gestão policial e carcerária é o remédio ótimo, o caminho real para a restauração da ordem sócio-moral na cidade, senão o único meio de garantir a 'segurança' pública, e que não dispomos de nenhuma outra alternativa para conter os problemas sociais. (WACQUANT, 2007, p. 22-23)

Fica, com tudo isso, bastante visível a eleição política pela via da repressão, frente à prevenção do delito, preferindo-se abafar os 'sintomas' do problema o mais rápido possível, quando através da prevenção o problema poderia ser atacado em suas causas.

Winfried Hassemer com propriedade, acerca da interrelação que deve ocorrer entre todos os setores responsáveis pela pacificação social, afirma ainda que:

[150]Ideologia, de uma forma simples, é compreendida como "sistema de atitudes integradas de um grupo social – ideologia enquanto sistema de ideias relacionadas com a ação" (WOLKMER, 2000, p. 95), sendo o referido 'caráter ideológico e repressivo do sistema penal brasileiro' verificado em relação às expectativas depositadas no sistema punitivo estatal como mordaz instrumento de controle social punitivo institucionalizado no anseio da sensação de maior segurança que um sistema punitivo forte e perspicaz possa a trazer, esperando-se, consequentemente ações por parte das instituições do sistema penal nesse sentido. Reafirma-se, nesse contexto, que isso ocorre devido ao referido caráter ideológico que permeia o sentir e o pensar de parte considerável da sociedade que conclama essa forma repressiva de agir do sistema penal.

> Política de segurança pública não equivale à política policial, mas compreende também à política criminal que por sua vez, compreende não apenas ao ponto de vista da efetividade policial, mas também as garantias penais e constitucionais; o que mesmo assim é muito pouco.
> [...], política pública sem consideração para com a juventude, a mão de obra, a moradia, os problemas sociais e a educação, converte-se num espetáculo sem esperança e sem fim previsível. Portanto, uma política de segurança só faz sentido no contexto de uma verdadeira política interna bem definida, sincronizada e coordenada. (HASSEMER, 1994, p. 32)

O sistema de segurança pública brasileiro tem se mostrado fragmentário. Além da não utilização das demais formas de controle social antes de se recorrer ao sistema penal, temos, dentro do próprio sistema, a verificação da mesma fragmentariedade quando observamos que cada corporação atua de forma independente e não tem qualquer ligação funcional com as outras, o que, além de as distanciarem, acaba, por vezes, criando animosidades e concorrência; ao invés de contribuírem cm o aperfeiçoamento da prestação dos serviços públicos de segurança.

> Dessa forma, seria conveniente que aqueles "críticos de plantão" quando forem oferecer as suas manifestações noticiosas, devam se preocupar com a realidade dos fatos e com os resultados efetivos manifestados pelas Instituições Policiais, até para evitar danos irreparáveis àquelas, noticiando o fato verídico sem distorções e sem demagogia, o que contribuiria para o aperfeiçoamento do sistema de Segurança Pública. (BOTELHO, 2011, p. 186)

Por todo o exposto, é inegável que o valor da segurança pública tem ganhado especial destaque na atualidade devido aos níveis alarmantes de violência e criminalidade que afetam a ordem pública e a convivência social pacífica. Assim, nota-se facilmente elevada demanda social por uma atuação mais eficiente e eficaz dos mecanismos de proteção estatal na consecução de um serviço público adequado para a consolidação do correto gerenciamento a adoção de uma política de segurança pública adequada, da qual é possível extrair a necessidade de melhorias no nível de segurança pública decorrentes do próprio medo coletivo da violência, que é apontado como um dos fatores de legitimação para o aumento da repressão do Estado.

Tal sistemática leva a corroborar que o tema segurança pública, tradicionalmente relegado a segundo plano, merece ganhar espaço e importância no cenário jurídico, conforme assevera Valter Foleto Santin (2013, p.09) – devido aos crescentes apelos da sociedade assombrada pelos problemas causados em decorrência do descontrole da

criminalidade – tornando indispensáveis as atenções dos estudiosos para essa importante área de atuação do Estado.

Segundo Azor Lopes da Silva Júnior (2014, p. 108), não é de agora que sustenta-se a necessidade de uma revisão de paradigmas na área de segurança pública que possibilite encarar os conflitos sociais por uma ótica transdisciplinar, capaz de orientar sua solução ou condução com o auxílio de outras ciências que não só a jurídica; mas os paradigmas que permeiam a ordem burocrática estatal, notadamente os de natureza jurídica, fazem a estrutura estatal permeável, quando não reativa, às propostas de mudança: um Estado Jurídico Neófobo, segundo ele. (SILVA JÚNIOR, 2014, p. 108)

Assim, primordial demonstra ser a realização de uma análise acerca da atual conjuntura de resposta aos conflitos sociais e criminais dadas de forma privativa pelo judiciário, via de regra tardiamente e pautada em legislações que não mais atendem às expectativas dos cidadãos envolvidos em conflitos sociais; podendo estas acarretarem, inclusive, o agravamento de situações simples, pois a descrença na eficiência do Estado tem levado pessoas a aplicarem suas próprias justiças.

Isso porque a segurança pública e por derivação a "sensação de segurança", é um direito constitucional de cada cidadão, logo, é dever do Estado prover essa necessidade bem como buscar mecanismos que atinjam essa meta, saindo assim do comodismo e insatisfações atuais, para que novos caminhos sejam trilhados.

Tamanho tem sido a sua repercussão que segurança pública ganhou também *status* de bem coletivo, merecendo especial atenção no texto constitucional, e, Valter FoletoSantin (2005, p. 208-216) retrata ainda as características de direito ou interesse difuso da segurança pública. Conforme previsto no artigo 144 da Constituição Federal "a Segurança Pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos", sendo delegada aos estados-membros esta incumbência, por meio de suas polícias.

No tocante às mudanças necessárias para o aperfeiçoamento do atual sistema, Marcos Rolim, traz interessante metáfora para evidenciar o modelo reativo-repressivo de gestão da segurança pública adotado:

> Uma metáfora apresentada por Sherman talvez sintetize bem o significado da mudança necessária. Para ele, a polícia estaria desenvolvendo um trabalho seguindo um atendimento de emergência ("modelo hospitalar"). Ocorre que este modelo é inapropriado para o controle do crime. Os hospitais são organizações reativas que esperam os doentes. Eles existem para curar doentes, não para controlar a doença. Já as agências públicas de saúde não recebem

> pacientes, mas buscam controlar e acabar com as doenças. Sendo assim, a gestão do trabalho policial deveria estar preocupada com a análise do crime, sua cadeia de causalidade e as tendências epidemiológicas emergentes. (ROLIN, 2006, p.65-66)

Assim, para ilustrar o modelo reativo de policiamento, a metáfora utilizada por Sherman comparando o modelo reativo de policiamento com o atendimento hospitalar emergencial evidencia que tal modelo é visivelmente inapropriado para o controle do crime. Em tal metáfora, temos o fato de que hospitais são organizações reativas; constituindo-se em instituições que apenas esperam os doentes chegarem até ela; existindo para tratar da cura dos doentes depois de doentes, e não para controlar a doença.

Da mesma forma, ocorre com a gestão do trabalho policial que deveria estar preocupada com a análise do crime, sua cadeia de causalidade e as tendências epidemiológicas emergentes; e não é assim que está estruturado o modelo de gestão para a prestação dos serviço público de segurança, que ocorre justamente da forma contrária.

Como proposta viável complementar e alternativa a essa dinâmica atual pouco eficiente, dentre os instrumentos metodológicos desenvolvidos para a prevenção da violência e a construção de uma cultura de paz, destaca-se, por exemplo, a mediação de conflitos, que deve ser entendida como um mecanismo mais amplo de desconstrução de conflitos, destinado a transformar padrões de comportamento e a estimular o convívio em um ambiente cooperativo, no qual os conflitos possam ser tratados sem confronto e de modo não adversarial.

Para construir uma cultura de paz é preciso mudar de atitudes, crenças e comportamentos, reconhecendo no conflito um trampolim para o desenvolvimento, buscando, nem sempre, a sua eliminação, mas sim, modos criativos, não violentos e multifuncionais de resolvê-los. Por meio dessa técnica, as partes direta e indiretamente envolvidas no conflito tem a oportunidade de refletir sobre o contexto dos seus problemas, de compreender as diferentes perspectivas e, ainda, de construir em comunhão uma solução que possa garantir, para o futuro, a pacificação social.

> A mediação comunitária surge como uma fomentadora do respeito, participação e cultura de paz. Tudo isso se daria mediante técnicas e procedimentos operativos informais (desinstitucionalizados), em favor de uma Justiça que pretende resolver o conflito, dar satisfação à vítima e à comunidade, pacificar as relações sociais interpessoais e gerais danificadas pelo delito e melhorar o clima social: sem vencedores nem vencidos, sem

> humilhar nem submeter o infrator às "iras da lei", nem apelar à "força vitoriosa do Direito". (MENDONÇA 2006, p. 36)

Nesta perspectiva, a intenção da presente pesquisa é demonstrar que os atuais modelos convencionais não conseguem mais lidar de forma eficaz com a escalada da violência e do crime e não mais atendem aos anseios sociais, de forma a impulsionarem a necessidade de transformações mais amplas na vida social contemporânea, principalmente nas diferentes formas dos indivíduos se organizarem, governarem a si mesmos e aos outros para dar conta da complexidade e da fragmentação da realidade social da segurança pública brasileira; o que guarda estreita correlação com a sistemática global da obra de Fernando de Brito Alves (2013) ao tratar de Constituição e Participação Popular.

Isso porque, com a disseminação de tal prática temos o reforço da cultura de paz, através do estímulo ao diálogo e da solução pacífica dos casos em disputa, o que é extremamente benéfico para a pacificação social, como um todo, em suas várias vertentes.

Gianpaolo Poggio Smanio e Humberto Barrinuevo Fabretti novamente trazem a baila a ideia de intervenção penal mínima como importante mecanismo de racionalização do sistema. Vejamos:

> A ideia da intervenção mínima pode, em uma primeira leitura, sugerir que o Estado Democrático de Direito interesse apenas a redução pura e simples da incriminação da apenação. Isso, entretanto não é verdade. Uma intervenção repressiva orientada pela ideologia do Estado Democrático de Direito importa na redução da incriminação e da apenação ao estritamente necessário. A utilização do Direito Punitivo deve ser sempre limitada e orientada pelos objetivos de realização de interesses sociais maiores (2010, p. 161).

Dessa forma, deve o sistema punitivo do Estado ser orientado pela realização de interesses sociais maiores, respaldando-se em políticas públicas fortes, eficazes, bem definidas e passíveis de efetivação. Não se soluciona a problemática do delito através da criação de leis; pois a mudança na seara normativa, dissociada dos demais aparelhos de contenção da criminalidade, é irrelevante, e até mesmo a própria sociedade, na maioria das vezes, se mostra indiferente a ela, pois a elaboração desenfreada de leis penais, como já trazido anteriormente, acarreta uma espécie de "inflação legislativa", que ocasiona a desvalorização das leis penais, uma vez que perde o seu sentido coercitivo de *ultima ratio*. Nas palavras de Carlos Alberto Baptista temos que:

> Para a alteração da atual crise de insegurança social não se faz necessária a criação de novos organismos ou estruturas sociais. Inicialmente, o processo cultural comprometido com os ideais de poder, controle e alienação deve ser deixado de lado, fazendo com que se ponha em prática o que só se vê na teoria: políticas públicas fortes, com objetivos definidos e, acima de tudo, passíveis de efetivação. Caso contrário, o empenho não ultrapassará a retórica dos discursos. (BAPTISTA, 2007, p. 126)

Dessa forma, conforme preleciona Fernando Galvão "se o Direito Penal deve restringir sua interferência ao mínimo necessário, a força punitiva da intervenção deve ser bem orientada para produzir os melhores resultados possíveis." (GALVÃO, 2007, p. 76-77). O problema da criminalidade deve ser enfrentado com uma política criminal bem definida, séria, que busque, antes de tudo, encarar toda a problemática criminal sem passionalismos.

O homem vive e sofre as influências do meio social em que está inserido; e as leis penais, por si só, não são suficientes para reprimir o crime. Assim, sendo o crime um ato humano que possui relações com a ordem econômica, política e social vigente; visível fica que, a mudança na seara normativa e executiva, conduzida por mais repressão, dissociada dos demais aparelhos de contenção da criminalidade certamente se demonstrará inócua; ficando visível que tal mecanismo de produção exacerbada de uma normatização penal mais severa, bem como a prestação de serviços públicos de segurança com foco primordial voltado para a via reativo-repressiva, não funciona como fator inibidor da prática de infrações penais.

Outra metáfora também bastante interessante com relação aos modelos de gestão da segurança pública majoritariamente utilizados na modernidade é a que explora o esforço de "nadar contra a correnteza o tempo todo, o que demanda um esforço descomunal, quando o ideal seria ter foco em propostas menos desgastantes e mais eficazes no tratamento da problemática em pauta.

> Quando pensamos no papel desempenhado pelas polícias no mundo moderno, o maior desafio é o de superar um modelo pelo qual os policiais se obrigam a "nadar" todo o tempo, normalmente com resultados muito limitados porque, quando são avisados, isso é sinal de que "as crianças já estão afogadas". As propostas em favor do policiamento comunitário (PC) e do policiamento orientado para a solução de problemas (Posp) partem do pressuposto de que é preciso procurar o que está acontecendo antes daquele ponto da "correnteza". (ROLIN, 206, p. 67)

A tendência mais moderna, voltada para a pacificação de conflitos é a possibilidade de se encarar os conflitos sociais por uma ótica transdisciplinar que vai além dos liames convencionais já tanto tempo eleitos para gerirem a prestação do serviço de segurança pública nacional, buscando desonerar e melhor operacionalizar tanto o sistema quanto a atual e vigente sistemática de prestação dos serviços públicos relacionados a segurança pública, sendo capaz de orientar a sua solução ou condução com o auxílio de outras ciências que não só a jurídica.

Entretanto, como já relatado, segundo Azor Lopes da Silva Júnior (2014, p.108) os paradigmas que permeiam a ordem burocrática estatal – os de natureza jurídica, inclusive –, tornam a estrutura estatal bastante fragilizada, quando não até mesmo reativa, às propostas de mudança, o que tal autor designa como as bases deum "Estado Jurídico neófobo". E repete-se, novamente, que não é de agora que se sustenta a necessidade de uma revisão de paradigmas na área de segurança pública que possibilite encarar os conflitos sociais por uma ótica transdisciplinar, capaz de orientar sua solução ou condução com o auxílio de outras ciências que não só a jurídica (SILVA JÚNIOR, 2014, p. 108).

Em suas palavras "os paradigmas que permeiam a ordem burocrática estatal, notadamente os de natureza jurídica, fazem a estrutura estatal permeável, quando não reativa, às propostas de mudança: um Estado jurídico neófobo". (SILVA JÚNIOR, 2014, p. 108) – que tem uma espécie de aversão a mudanças, e, na maioria das vezes insiste em não evoluir na adoção de novos paradigmas.

E é partindo deste pressuposto e seguindo nesta linha de raciocínio, que surgem estudos direcionados para práticas tais como as de polícia comunitária; policiamento orientado a solução de problemas que são os POSP's, o de uma justiça restaurativa, entre outras, em contraponto com o modelo convencional de uma justiça criminal

A prevenção no âmbito de tarefas específicas de policiamento pode ser realizada com sucessotambém através de estratégias corretas de policiamento que abrem debate para matizes como o policiamento comunitário, dentre outras técnicas, e daí a defesa dos CONSEGs (Conselhos Comunitários de Segurança), como uma alternativa viável para a melhoria da prestação dos serviços públicos de segurança, uma vez que possibilita e a alia a participação popular para uma adequada e satisfatória forma de resolução de conflitos. Vejamos:

> A filosofia de policiamento comunitário parte da premissa de que a identificação e a solução dos problemas relacionados à violência numa dada localidade devem ser compartilhadas com a população. Sua implementação, portanto, requer uma mudança do paradigma secularmente adotado pelas polícias militares, que valoriza o enfrentamento no lugar da prevenção e da 'produção policial', traduzida em prisões e apreensões, no lugar da mediação de conflitos e da adoção de formas adequadas de resolução dos problemas. É importante refletir também de que forma a participação popular está sendo interpretada e vivenciada nos conselhos de segurança sob a ótica dos policiais, num contexto onde, como ressaltado acima, o discurso e a ideologia ainda vigente sobre o trabalho policial valoriza mais "pessoas presas" e "coisas apreendidas", em detrimento do diagnóstico e da resolução adequada dos problemas cotidianos que geram insegurança, em conjunto com a população. (MORAES, 2009, p.20)

Tais conselhos, na gestão para uma melhor prestação do serviço público de segurança representa interessantíssimo reflexo de um novo paradigma de democratização na segurança pública brasileira e este encontra fundamento e vem estampados no Programa Nacional de Direitos Humanos 3 – PNDH-3/2009, que trazem a democratização e a modernização do sistema de segurança pública, aliada a participação popular (Decreto 7.037/09, Eixo Diretor IV, diretrizes 11 a 16).

Em busca de novos paradigmas, Eduardo Cambi (2011, p.115) traz à baila o combate e a negação de direitos por critérios meramente formais; tecendo críticas aos métodos de coerção e restrição de direitos e apregoando a valorização do conteúdo em detrimento do apego excessivo a forma em uma teoria crítica do processo, o que também pode contribuir sobremaneira com o proposto sistema multiportas em consonância com o direito pós moderno apregoado. Assim temos que:

> [...] o direito pós-moderno combate a negação de direitos por critérios meramente formais, privilegiando o conteúdo em detrimento do apego excessivo a forma. Critica os métodos de coerção e restrição de acesso a direitos, baseado no império do rito, do procedimento, do acesso condicionado pela burocracia, que fazem com que o direito seja acessível tão somente àqueles que sobrevivem às armadilhas e as artimanhas criadas pelo sistema jurídico. (CAMBI, 2011, p.115-116)

Dessa forma, alinhados a toda essa demanda de necessidade do estabelecimento de novos paradigmas gestores da segurança pública, os conselhos comunitários de segurança pública destinam-se exatamente, em última estância, a transformar a realidade da tomada de decisões políticas aliando a participação popular nos rumos das decisões a serem tomadas no campo da segurança pública, de forma que estas passem a atender as

reais expectativas da população e atue de forma integrada com a realidade da população atendendo aos anseios sociais vigente – o que certamente contribui positivamente na prestação do serviço público de segurança, ao vencer suas "síndromes" e o seu neofobismo, em insistir em modelos gestores perceptivelmente inviáveis para a obtenção de melhores resultados.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Delineia-se, dessa forma, o insucesso do atual modelo reativo de gestão da segurança pública nacional e sua consequente ineficácia no tratamento da problemática crescente dos conflitos sociais, panorama no qual se deu a análise da política pública de segurança brasileira, tendo buscado, dessa forma, ambientar a prestação de tal serviço público para posterior posicionamento acerca da sua ineficiência; chegando, enfim, auma proposta que aliasse mais qualidade à prestação do serviço de segurança publica, com foco prioritário na efetiva pacificação social de conflitos.

Com isso, sustenta-se, por todo o exposto, a necessidade de uma revisão de paradigmas na área de segurança pública que possibilite encarar os conflitos sociais por uma ótica transdisciplinar.

Ao afirmar que "não é mais possível tratar o corpo da segurança pública apenas sintomaticamente", evidentemente chama-se a atenção para a falha da opção reativo-repressiva enveredada pelo Estado, que ao sobrecarregar seu sistema penal repressivo, apenas remedeia as manifestações de conflito social, sem encará-las de fato. Visualiza-se, assim, que o Estado acaba, na maioria das vezes, optando por cuidar apenas dos sintomas manifestados através do delito – e faz isso depositando, de pronto, nas costas da atividade policial repressiva a obrigação de responsabilizar-se pela contenção do delito – , o que acaba por desencadear a movimentação de toda a estrutura clássica da máquina judicial, sem antes buscar alternativas em outras formas de controle social que visem atingir o problema em suas causas e raízes.

Constatada tal neofobia jurídica estatal no tocante ao modelo gestor da segurança pública nacional, temos ainda que qualquer mudança – ou insistência no reinvestimento de verbas públicas em paradigmas repressivos – desalijada de uma eficiente prestação de serviços públicos de segurança com qualidade e dissociada de alterações nos demais

aparelhos de contenção da criminalidade, não só se mostra insuficiente como por vezes é irrelevante;o que faz com que a sociedade se mostre, na maioria das vezes, indiferente a elas, uma vez que tais medidas vem desacompanhada de todo o aparato que lhe daria sustentação para uma efetiva pacificação social.

A proliferação do discurso repressivo, que faz com que muitas expectativas da sociedade civil recaiam sobre o sistema penal, é, na maioria das vezes, conduzida pelos campos político e midiático, demonstrando a falta de interesse em, de fato, enfrentar o problema em suas causas. Não há dúvidas de que é politicamente mais atraente reprimir prontamente o crime praticado – como forma de demonstrar atitude no combate ao delito –, quando na verdade, dever-se-ia optar por sua prevenção, que, entretanto, não atrai holofotes por surtir efeitos apenas a médio e longo prazo, quando atualmente vige a política do imediatismo.

Tal alternativa que se apresenta pela via preventiva – considerada um desafio que requer inúmeros avanços na prestação do serviço público de segurança atual – é uma tarefa muito mais árdua que a primeira, pois implicam em prestações positivas, contribuições e esforços solidários que devem buscar neutralizar as situações de desequilíbrio e conflitos sociais através de medidas efetivas no enfrentamento das causas do problema.

Como trazido no decorrer de toda a pesquisa, não é de agora que sustenta-se a necessidade de uma revisão de paradigmas na área de segurança pública que possibilite encarar os conflitos sociais de forma a melhor operacionalizar o sistema, tratando transdisciplinarmente da gestão do sistema penal brasileiro, de forma que este seja capaz de orientar sua condução com o auxílio de outras ciências que não só a jurídica; aliando, também, outros paradigmas que permeiam a ordem burocrática estatal, e, buscando, assim, enxergar novas propostas de mudança que cindam com o neofobismo do Estado no tocante à segurança pública.

Isso porque encontramo-nos em um sistema incoerente e a beira da ruína, uma vez que clama-se pelo recrudescimento da instituições penalizadoras e estas não possuem sequer espaço físico para alojar seus detentos; cria-se tipos penais incriminadores visando o encarceramento dos atores sociais desviantes do sistema, e, ao mesmo tempo, medidas despenalizadoras substitutiva às penas privativas de liberdade pois o sistema carcerário

brasileiro já encontra-se superlotado e não tem estrutura para articular as atuais demandas existentes por encarceramento.

Assim, além de carecer de validade social, tal sistemática reativo-repressiva acaba também pondo em xeque a efetividade da possível aplicação da sanção penal, contrariando o caráter intimidativo que a imposição de pena deveria exercer, uma vez que normas penais são produzidas para atender aos clamores sociais pelo recrudescimento do sistema, sem preocupar-se com a eficácia de sua aplicação.

Averigua-se, dessa forma, que para construir uma cultura de paz é preciso mudar de atitudes, crenças e comportamentos, reconhecendo no conflito um trampolim para o desenvolvimento, buscando, nem sempre, a sua eliminação, mas sim, modos criativos, não violentos e multifuncionais de resolvê-los. E é nessa toada que, dentre os instrumentos metodológicos desenvolvidos para a prevenção da violência e a construção de uma cultura de paz, destaca-se, por exemplo, – como trazido no decorrer da pesquisa –, a mediação comunitária de conflitos, que deve ser entendida como um mecanismo mais amplo de desconstrução de conflitos, destinado a transformar padrões de comportamento e a estimular o convívio em um ambiente cooperativo, no qual os conflitos possam ser tratados sem confronto e de modo não adversarial.

Enfim, é por todo o exposto que propostas como a da mediação comunitária de conflito e a da valorização de conselhos comunitários de segurança pública destinam-se a transformar a realidade da tomada de decisões políticas aliando a participação popular aos rumos das decisões a serem tomadas no campo da segurança pública, de forma que estas passem a atender as reais expectativas da população e atue de forma integrada com a realidade da população atendendo aos anseios sociais vigente, que, ao vencer o neofobismo do Estado, contribuirá sobremaneira para a melhor operacionalização da prestação do serviço público de segurança brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular***:* a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

BAPTISTA, Carlos Alberto. **Crescimento da Criminalidade e Atuação Estatal**. Curitiba: Juruá, 2007

BECCARIA, Cesare Bonessana, Marchesi de. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOTELHO, Roberto. **As Polícias Militares do Brasil e o Sistema Nacional de Segurança Pública**, no Estado Democrático de Direito. *In:* COSTA, Ilton Garcia. RAMOS, Dirceu Torrecillas. ROTH, Ronaldo João. (Coord.). Direito Militar: doutrina e aplicações. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Ilton Garcia. RAMOS, Dircêu Torrecillas. ROTH, Ronaldo João. (Coord.). **Direito Militar**: doutrina e aplicações. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CRUET, Jean.**A Vida do Direito e a Inutilidade das Leis**. Livraria editora, Lisboa: 1908.

DONNICI, Virgílio Luiz. **A Criminologia na administração da justiça criminal***:* sistemas judicial, policial, penitenciário. 2. Ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

FLORÊNCIO FILHO, Marco A.**Abolicionismo X Direito Penal Mínimo***:* A doutrina garantista com opção para a (RE) Legitimação do Sitema Penal. Revista Ideia Nova. Ano 5, n. 3. Recife: Editora Nossa Livraria, 2007.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**. 2. Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

HASSEMER, Winfried. **Segurança Pública no Estado de Direito.** Revistade Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, n.3, p. 20-34, dez. 1994**.**

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito Penal Constitucional e Exclusão Social**. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2010.

LAZZARINI, Alvaro. **Direito administrativo da ordem pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed.Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDONÇA, Ângela Hara Buonomo. **Mediação Comunitária. Uma ferramenta de acesso à justiça?** Tese de Mestrado em História Política e Bens Culturais. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2006

MOLINA,Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio.**Criminologia***:* introdução a seus fundamentos teóricos e às bases criminológicas da Lei 1099/95, lei dos juizados especiais criminais.6°. ed. reform., atual, e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Bismael B. (Cord.). **Segurança Pública e direitos individuais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MORAES, Luciane Patrício Braga de. **Pesquisa Nacional dos Conselhos de Segurança Pública.** Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanela Di. **Direito Administrativo**. 24. ed**.**São Paulo: Atlas, 2011.

ROLIM, Marcos.**A Síndrome da Rainha Vermelha**: Policiamento e Segurança Pública no século XXI. Rio de Janeiro: Zahar; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre of Brasilian Studies, 2006.

SANTIN, Valter Foleto. **Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública**. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná. v. 5, p. 208-216. UENP: Jacarezinho, 2005.

_____.**Controle judicial da segurança pública**: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2ª. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

SILVA, De Plácido E. **Vocabulário Jurídico.** 15. Ed.Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. **A sociedade em conflito e o Estado jurídico neófobo**: Núcleos de Mediação Comunitária - São José do Rio Preto, SP. Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP, Marília: 2014.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. FABRETTI, Humberto Barrionuevo. **Introdução ao direito penal***:* criminologia, princípios e cidadania. São Paulo: Atlas, 2010.

WACQUANT, Loïc. **Os condenados da cidade**: estudos sobre marginalidade avançada. Trad. de João Roberto Martins Filho. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**. 3. Ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e política criminal**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e política criminal**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

CAPÍTULO XII

O CADASTRO POSITIVO E OS SEUS BENEFÍCIOS AO CONSUMIDOR E FORNECEDOR

THE POSITIVE RECORD AND ITS BENEFITS TO THE CONSUMER AND SUPPLIER

Thaís Caroline Leme
Allan César de Arruda

RESUMO: O trabalho apresentado trata sobre o cadastro positivo que é tratado pela Lei 12.414/2011 que veio tratar do funcionamento do cadastro positivo, uma nova proteção os consumidores pagadores fieis e automaticamente cria uma forma de tentar reduzir o fenômeno do superendividamento. O cadastro positivo traz formas de beneficiar o consumidor bom pagador com facilidades no seu crédito. Assim, o trabalho foi realizado através de uma pesquisa bibliográfica realizada com a aplicação do método dedutivo que parte de um conceito geral para o particular, pois utiliza um princípio como verdadeiro chegando-se por intermédio de uma lógica a uma síntese particular como verdade.

PALAVRA-CHAVE: Cadastro positivo. Consumidor. Superendividamento.

ABSTRACT: the work is about the positive record that is treated by law 12,414/2011 who came to treat the operation of positive record, a new loyal paying consumers protection and automatically creates a way to try to reduce the phenomenon of superendividamento. The positive record brings forms of benefit the consumer good with amenities at your credit. Thus, the work was accomplished through a literature search conducted by applying the deductive method starting from a general concept to the particular, because it uses a principle as true coming up through the logic a particular synthesis as truth.

KEYWORDS: Positive record. Consumer. Superendividamento.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade de pesquisa analisar os impactos trazido com a crise política econômica no país que está gerando um fechamento de grandes empresas, ocasionando um aumento desenfreado no índice de desemprego no país que se

alastra juntamente com o número de inadimplência e o surgimento de novos superendividados no país.

Assim, o fornecedor em 2011 ganhou uma nova aliada que foi a Lei 12.414/2011 que vem disciplinar sobre o cadastro positivo que é uma nova forma de conter o fenômeno do superendivdamento e a inadimplência, pois a lei garante benefícios ao consumidor bom pagador.

Dessa forma, a nova legislação buscou trazer uma maior garantia aos fornecedores na hora de oferecerem o crédito aos consumidores e a estes maiores benefícios como descontos por serem considerados bons pagadores, assim, garante uma maior segurança nas relações de consumo, onde o fornecedor pode vender com certa garantia e o consumidor ser beneficiado por ser um pagador pontual.

Diante disso questiona-se qual o que a Lei 12.414/2011 traz de mudança? Como funciona o cadastro positivo? Como será feito o processo de armazenamento das informações?

Com o momento que o país vem passando justifica-se o estudo do trabalho com a finalidade de trazer um maior conhecimento dessa legislação que poucos consumidores conhecem e que pode ser de grandes melhorias nas suas compras.

Para obtenção dos resultados foi desenvolvido a pesquisa bibliográfica, utilizando-se doutrinas especificas sobre o assunto do cadastro positivo realizada com a aplicação do método dedutivo que parte de um conceito geral para o particular, pois utiliza um princípio como verdadeiro chegando-se por intermédio de uma lógica a uma síntese particular como verdade.

1. INFORMAÇÕES SOBRE A LEI 12.414/2011 – CADASTRO POSITIVO

A Lei 12.414/2011 que trata do cadastro positivo foi cria com a finalidade de informação na relação de consumo segundo Silva:

> "Em decorrência da atual crise mundial, que tem reflexos diretos em nossa economia, o governo tem implementado políticas para fomentar a oferta de crédito, que por sua vez repercute numa maior demanda por informações, de

> modo a ameaçar os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana.” [151]

Pode-se analisar que a própria sociedade sentiu a obrigação de criar um controle sobre as informações fornecidas, pois a demanda estava aumentando cada vez mais e o comando que era exercido sobre elas não estava sendo o suficiente.

Perante tal situação, Covas faz uma breve explicação sobre o surgimento do banco de dados positivos, que teve como objetivo principal auxiliar na gerência das informações e o destaque que ela ganhou:

> “Recentemente, a anotação de informações positivas em bancos de dados de proteção ao crédito ganhou destaque nos veículos especializados, haja vista que, em 31.12.2010, foi publicada a MedProv 518, que visa a disciplinar a formação e a consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais e jurídicas, para a formação de histórico de crédito.” [152]

Em seguida pode-se analisar o estudo do Cadastro Positivo onde ocorre o meio de tratamento de informações positivas sobre o consumidor. Observam-se pontos que devem ser esclarecidos sobre tal assunto, a primeira é o banco de dados e em seguida o cadastro de consumo. Há uma distinção que deve ser analisada para o estudo mais aprofundado do assunto.

A diferença principal entre eles se faz a partir da fonte e do destino das informações. Em primeiro momento Bessa explica sobre a finalidade do banco de dados:

> “Os bancos de dados, em regra, coletam informações do mercado para oferecê-las ao próprio mercado (fornecedores). (...) Além de não serem obtidas do consumidor, não se destinam ao uso próprio da entidade arquivista. Os dados são coletados para posterior disseminação entre inúmeros fornecedores com vistas a alguma necessidade do mercado” [153]

Em seguida traz também uma explicação sobre o cadastro de consumo:

> “No cadastro, a informação é obtida diretamente do consumidor do consumidor para uso de um fornecedor específico, a exemplo do que ocorre em diversos estabelecimentos comerciais quando se solicitam dados pessoais

[151] SILVA, André Luis Siqueira Proença. **O Cadastro Positivo de consumidores e CDC**. Rio de Janeiro, 2012, p. 9

[152] COVAS, Silvânio. **Cadastro Positivo**. São Paulo, Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 52, 2011, p. 1.

[153] BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo – Comentários a Lei 12.414/2011, de 09 de junho de 2011**. Ed Revista dos Tribunais, 2011, p. 78.

> (nome, endereço postal e eletrônico, telefone, data de aniversário, entre outros), independentemente de a compra ser à vista ou mediante crediário. No cadastro, objetiva-se estreitar o vínculo com alguns consumidores, intensificando a comunicação sobre ofertas, promoções e outras vantagens, de modo à fidezá-los a uma marca ou estabelecimento". [154]

Perante tais informações, pode-se observar que o correto é usar a expressão bancos de dados de proteção ao crédito e não cadastro positivo, mas ainda assim cadastro positivo é o termo utilizado, porém o nome no momento é relevante, pois o que deve ser analisado mesmo é a aplicação de tal método e os benefícios que irá gerar diante da sociedade.

Um importante ponto a ser analisado é a figura do gestor, que se classificaria como um administrador, aquele que é responsável pelo banco de dados e todas as informações contidas nele.

Costa faz uma breve análise sobre o gestor:

> "O regulamento incluiu a figura do gestor. Poder-se-ia imaginar que se trata de um administrador "responsável", nomeado pelo banco de dados para fazer frente às dificuldades, dúvidas, procedimentos ou providências técnicas, e ainda responsabilizar-se pelo relacionamento com a fonte, consulente e principalmente o consumidor."[155]

Bessa cita alguns exemplos de gestores no Brasil:

> "No Brasil, os gestores de bancos de dados se apresentam nos mais diversos formatos. A Serasa/Experian, por exemplo, é uma sociedade anônima. Já as Câmaras de Dirigentes Lojistas, responsáveis pela administração do SPC, são associações civis sem fins lucrativos. O Banco Central do Brasil, responsável pelo CCF e SCR, é autarquia federal."[156]

Portanto, o gestor será uma pessoa jurídica responsável por coletar, armazenar e disponibilizar as informações para terceiros interessados.

Depois da figura do gestor, deve-se analisar a figura do cadastrado, que nada mais é que a pessoa física ou jurídica com o nome no banco de dados.

Neste momento, Bessa ressalta sobre a quebra de distinção sobre o banco de dados e cadastro de consumo:

---

[154] Ibidem. p. 77.
[155] COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro Positivo – Lei 12.414/2011 comentada**. Ed Saraiva, 2012, p. 55.
[156] BESSA, Leonardo Roscoe. **Op. cit**. p. 82.

> "Tecnicamente, o consumidor cujo nome esteja registrado em banco de dados de proteção ao crédito não é cadastrado, pela simples razão de que não se trata de cadastro de consumo e sim de banco de dados de consumo. Todavia, a ausência de rigor terminológico não apresenta consequências relevantes." [157]

Importante reforçar mais uma vez que o cadastrado pode ser tanto pessoa física como pessoa jurídica.

Em seguida, Covas comenta sobre registro de crédito, que é a junção das informações positivas com as negativas dos consumidores:

> "Os dados positivos, que combinados com os dados negativos formam o que se conhece por registro de crédito total, são, há muito, a regra geral para as concedentes de crédito nos Estados Unidos e hoje estão se popularizando em muitas outras regiões, à medida que os governos reconhecem seu valor para os consumidores, as empresas e a economia como um todo, e que as concedentes percebem que os benefícios superam qualquer risco em potencial." [158]

Outras duas figuras que devem ser observadas é fonte e do consulente. A lei determinou que fonte pode-se considerar uma pessoa natural ou jurídica que poderá oferecer crédito, ou seja, são aquelas pessoas que efetua uma relação de vendas. A fonte é um requisito muito importante para todo o processo do cadastro, afinal, é nela que se encontram os que atuam de forma profissional no mercado, referindo-se para aqueles que alimentam o banco de dados com verdadeiros dados sobre os consumidores.

Costa leciona sobre a fonte para melhor entendimento:

> "Fonte é o fornecedor da informação, o sócio ou cliente do cadastro que inclui dados sobre inadimplemento e adimplemento e ao mesmo tempo usufrui do conjunto quando da realização de futuros negócios. (...) Fonte pode ser empresário individua ou, como é mais comum, empresa com personalidade jurídica." [159]

São tais pessoas que sustentam o banco de dados com informações verdadeiras.

Covas salienta a importância da informação na sociedade como um elemento do direito:

---

[157] BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo – Comentários a Lei 12.414/2011, de 09 de junho de 2011**. Ed Revista dos Tribunais, 2011, p. 82.
[158] COVAS, Silvânio. **Cadastro Positivo**. São Paulo, Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 52, 2011, p. 2.
[159] COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro Positivo – Lei 12.414/2011 comentada**. Ed Saraiva, 2012, p. 63

> "A informação é o elemento essencial da convivência humana; é a energia para o processo de raciocínio, dentro do qual elimina a dúvida, gera o conhecimento, afasta os vícios do consentimento e dá validade aos ajustes de vontade, sendo uma ferramenta vital para a atividade do comerciante, mormente com o desenvolvimento da produção e do consumo em massa, ocorrida após a revolução industrial." [160]

Após a apresentação da fonte, analisa-se o consulente, onde o próprio termo já indica que é uma consulta.

Bessa esclarece sobre a consulta no banco de dados:

> "Consulente é aquele que consulta os bancos de dados de proteção ao crédito. É a pessoa, natural ou jurídica, que, diante de uma necessidade concreta, legitima-se a acessar as informações arquivadas sobre determinada pessoa. (...) O consulente pode ser a mesma pessoa que, em outro momento, alimentou o banco de dados, ou seja, atuou como fonte. O conceito ressalta uma atividade específica. O objetivo é meramente didático: facilita a compreensão do funcionamento dos bancos de dados de proteção ao crédito." [161]

Sendo apresentados assim alguns pontos relevantes como: banco de dados ou cadastro de consumo, gestor, cadastrado, fonte e consulente, pode-se adentrar em um estudo mais profundo sobre a nova Lei 12.414/2011 – Cadastro Positivo.

Cadastro Positivo foi criado por uma lei Federal e agora é regulamentada por decreto. É um novo meio de armazenar informações tanto de pessoas físicas como jurídicas, referente a toda a sua vida contratual, por exemplo: empréstimos e financiamento. Desde que autorizado pelo consumidor, o Cadastro Positivo constará informações de obrigações e contratos que já foram pagos ou ainda os que estão em andamento.

A lei 12.414/2011 tem o enfoque de coletar, armazenar e divulgar as informações do consumidor de maneira positiva perante o mercado, de modo que o fornecedor obtenha conhecimento sobre adimplemento do consumidor.

Bessa explica sobre as informações de adimplemento:

> "Afinal, o que seriam informações de adimplemento? Adimplemento é pagamento da obrigação. O credor tem a expectativa de que o pagamento ocorra até a data do vencimento da obrigação. O pagamento com atraso enseja a incidência de encargos (juros de mora, multa, correção monetária), mas não

[160] COVAS, Silvânio. **Cadastro Positivo e a proteção dos dados pessoais do consumidor**. São Paulo, Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 45, 2009, p. 2.
[161] BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo – Comentários a Lei 12.414/2011, de 09 de junho de 2011**. Ed Revista dos Tribunais, 2011, p. 83.

> deixa de ser adimplemento. Ou seja: será possível registrar tanto os pagamentos realizados até a data do vencimento como aqueles em atraso (mora).” [162]

A partir do momento que o consumidor se cadastra no banco de dados positivo, ele tem como consequência alguns benefícios e o principalmente deles é a redução dos juros para o consumidor classificado como “bom pagador”.

Costa menciona:

> Os fornecedores de crédito argumentam, principalmente do sistema financeiro, que o cadastro positivo ensejará a queda dos juros, na medida em que a nova lei permita a análise da capacidade econômica de cada um, atribuindo a cada um o seu crédito, o seu risco, a sua estimativa de merecimento e portanto a sua taxa de juros [163]

Mas é importante ressaltar que para que haja esse cadastro no banco de dados positivo, deve haver um consentimento informado por parte do consumidor, devido ao direito à privacidade, que está previsto na Constituição Federal, artigo 5°, ou seja, é direito fundamental de extrema importância e deve ser respeitado.

O legislador possui uma enorme cautela quanto a esse direito, pois hoje com todas as tecnologias avançando cada dia mais, todas as pessoas e em especial o consumidor fica ainda mais exposto com todas suas informações pessoais.

Portanto, é direito do consumidor preservar suas informações, e se com o consentimento dele houver o cadastro é dever do banco de dados respeitar o direito à privacidade.

A lei exige ainda uma forma específica desse consentimento. Bessa esclarece sobre como deve ser o consentimento:

> “A lei, além de exigir expressamente o consentimento informado do consumidor, estabeleceu sua forma. A manifestação de vontade deve ser obtida “por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada”. A preocupação é justamente com a relevância da manifestação da vontade do consumidor e suas consequências. Quer-se evitar que o consumidor (cadastrado) simplesmente assine um contrato de adesão no qual, em meio tantas páginas e disposições, conste uma pequena cláusula “autorizando” o tratamento de informações positivas. É necessário, como requisito de validade

[162] BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo – Comentários a Lei 12.414/2011, de 09 de junho de 2011**. Ed Revista dos Tribunais, 2011, p. 86.
[163] COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro Positivo – Lei 12.414/2011 comentada**. Ed Saraiva, 2012, p.93.

> da manifestação volitiva do consumidor, um destaque especial: assinatura em documento específico ou cláusula apartada.” [164]

A partir do consentimento do consumidor para o banco de dados positivos, ele obterá três finalidades: o acesso, a gratuidade do acesso e privilégios.

Covas também salienta sobre a importância da autorização, ou seja, o consentimento do consumidor para que o cadastro seja realizado de maneira legal.

> “Concedida a referida autorização para a abertura do cadastro pelo potencial cadastrado, esta deverá aproveitar a todas as fontes que desejem enviar informações de adimplemento aos bancos de dados. Evita-se, assim, a assimetria de informação que poderia ser ocasionada pela eventual interpretação acerca da necessidade de outorga de autorização específica para cada fonte, o que retiraria a credibilidade do cadastro e esvaziaria a sua finalidade precípua de permitir aos consulentes o estabelecimento de condições mais justas e precisas para a concessão de crédito ou a realização de venda a prazo ou de outras transações comerciais ou empresariais que impliquem risco financeiro e, consequentemente, de trazer aos bons pagadores os benefícios que se espera da ampla utilização do cadastro positivo, a exemplo do que acontece em muitos países desenvolvidos.”[165]

O acesso é o direito que possui o consumidor de acessar todas as informações disponíveis no banco de dados positivo através de seus gestores. Considera-se um auxílio para o controle de informações sobre contratos e empréstimos, analisando sempre a rapidez e a constante alimentação do sistema.

Esse acesso é totalmente gratuito ao consumidor. Costa menciona sobre um possível veto ao acesso gratuito, mas foi negado e a gratuidade permaneceu sem qualquer limitação.

> “A Câmara dos Deputados tentou limitar o acesso gratuito do inciso II deste art. 5° para “até uma vez a cada quatro meses”, sempre a critério do gestor. O birô de dados até poderia estabelecer qualquer outro critério mais favorável ao consumidor, porém este assunto ficou superado. Portanto, a gratuidade é explícita em relação ao inciso II, sem qualquer limitação.” [166]

Como se observa no artigo 5°, inciso II, da Lei 12.414/2011, deixa claro que não

---

[164] BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo – Comentários a Lei 12.414/2011, de 09 de junho de 2011**. Ed Revista dos Tribunais, 2011, p. 100.
[165] COVAS, Silvânio. **Cadastro Positivo**. São Paulo, Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 52, 2011, p. 5.
[166] COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro Positivo – Lei 12.414/2011 comentada**. Ed Saraiva, 2012, p. 163.

poderá haver qualquer limitação temporal para o livre exercício de direito ao acesso. O consumidor poderá acessar com a frequência que achar necessário para o controle de sua proteção sobre suas informações.

Esse acesso poderá ser por meio telefônico ou por meio eletrônico, não necessitando a presença pessoal a uma loja do gestor do banco de dados e consequentemente facilitando o procedimento para o consumidor.

E através de todos os requisitos exigidos para buscar sempre um melhor atendimento e conforto ao cliente, são estabelecidos também os privilégios que o consumidor possui depois de passar por todos esses procedimentos.

O cadastro positivo visa gerar benefícios aos consumidores, como por exemplo, a redução de juros nos empréstimos. O consumidor estando contente e satisfeito com as vantagens obtidas, também vai trazer benefícios aos fornecedores, podendo assim diminuir o número de inadimplência.

Loureiro esclarece um pouco mais sobre o assunto:

> É bom para a empresa, pois sofrerá menos calotes; para o consumidor já endividado, que evitará dar o "passo maior que a perna"; e bom para os demais consumidores, que vão pagar taxas mais justas e adequadas. Vários países passaram por problemas de superendividamento de sua população, alguns com crise e outros não, mas todos encontraram uma única saída para isto: cadastro positivo.[167]

Esse novo meio de armazenamento de informações positivas visa vantagens e benefícios aos dois polos da relação de consumo, trazendo segurança, confiança entre as partes, mantendo uma relação saudável.

2. COMO FUNCIONA O CADASTRO POSITIVO

O consumidor visa expressamente por via eletrônica ou física a sua vida contratual (banco, financeira, loja) podendo assim classificá-lo como bom pagador. Com isso, espera que a pessoa que tenha um bom cadastro positivo, pague os juros menores do que aquele que tenha uma informação negativa ao seu débito.

[167] LOUREIRO, Ricardo. **O cadastro positivo: um novo marco para o consumidor**, 2012, disponível em < http://www.serasaexperian.com.br/estudo-inadimplencia > acesso: 27 maio 2016.

Como já mencionado acima, para obter as suas informações no banco de dados positivo, é necessária total autorização do consumidor. Leonardo Roscoe Bessa menciona que as atividades do banco de dados ameaçam alguns aspectos da dignidade da pessoa humana, mas mesmo intimidando, o resultado vale a pena para o consumidor.

> "As atividades desenvolvidas pelos bancos de dados de proteção ao crédito, ao mesmo tempo em que ameaçam alguns relevantes aspectos da dignidade da pessoa humana (privacidade e honra), promovem a obtenção de crédito para aquisição de bens e produtos diversos, contribuindo, em consequência, para o bem-estar material e uma vida melhor do consumidor." [168]

Sabe-se que o princípio da inviolabilidade da vida privada está previsto na Constituição Federal de 1988, artigo 5°, inciso X, perante o exposto o legislador foi extremamente cauteloso sobre a privacidade dos dados pessoais dos consumidores, por isso é exigida toda a burocracia de ser autorizado pelo cadastrado.

Bessa esclarece outro ponto importante sobre a proteção dos dados pessoais:

> "O enfoque na proteção de dados pessoais decorre do fato de ser o aspecto mais afetado pelo avanço da informática. O computador e as novas tecnologias de informação alteram substancialmente a noção de privacidade, com naturais consequências no âmbito jurídico." [169]

O consumidor é o alvo da lei 12.414/2011, porém o fornecedor também foi beneficiado com ela, pois antes ele só tinha acesso ao cadastro negativo para conferir se aquele cliente era ou não um mau pagador. Hoje consultando o banco de dados positivo pode garantir um crédito mais seguro, garantindo um menor número de inadimplência.

No artigo escrito pelo Diário do comércio, menciona sobre a segurança ao fornecedor:

> Hoje, o acesso a esse mapa do comportamento financeiro do cliente já é possível por meio do Cadastro Positivo. Ele permite ao lojista enxergar todos os empréstimos abertos pelo consumidor, detalhando quais foram quitados, aqueles que estão atrasados, os gastos mensais com água, luz, telefone, entre outras informações. É um registro preciso que possibilita – mais do que conceder ou negar um crediário com segurança-, moldar o tipo de

[168] BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo – Comentários a Lei 12.414/2011, de 09 de junho de 2011**. Ed Revista dos Tribunais, 2011, p. 48
[169] Ibidem. p. 56

> financiamento que melhor cabe no orçamento do cliente, adequando prazos ou valores do parcelamento, por exemplo. [170]

No mesmo artigo, mais uma vez podem-se comprovar as vantagens trazidas ao consumidor pela nova lei:

> De maneira sintética, para o lojista, o Cadastro Positivo permite a concessão de crédito mais seguro, o que pode diminuir a inadimplência entre seus clientes. Para o consumidor, a vantagem é o possível acesso a um financiamento mais adequado ao seu orçamento. Esses benefícios pontuais, no médio prazo, poderiam moldar um cenário geral de crédito mais saudável, refletindo até na redução da taxa de juros. É que a inadimplência responde por quase 20% da composição dos juros. Se ela diminuir entre os clientes de várias lojas, pode refletir positivamente na formação das taxas. [171]

O consentimento do consumidor para que seu esteja presente no banco de dados é fundamental, Bessa destaca uma principal característica do consentimento "O principal aspecto do consentimento decorre do adjetivo informado".

Ou seja, o consumidor tem que estar ciente e totalmente de acordo com tal ação.

Ainda ressalva outra característica importante para o consumidor, a retirada do seu nome do banco de dados.

> Outra característica do consentimento diz respeito à revogabilidade da manifestação de vontade do interessado. Esta possibilidade de revogação decorre, mais uma vez, da consideração de que a tutela de dados pessoais serve para promover a personalidade humana. O consentimento como expressão de uma escolha individual é revogável a qualquer momento.[172]

O objetivo maior do Cadastro Positivo é a passar uma segurança maior aos interessados na prestação de serviços ou adquirir determinado produto, assim ajudando nos dois lados, principalmente o consumidor.

Porém, para que seja desfrutado dos benefícios dessa lei, o cliente deve estar disposto a se cadastrar no banco de dados positivo, pois esse é um requisito essencial, o consentimento.

---

[170] COMÉRCIO, Diário do. **Cadastro positivo depende do engajamento dos lojistas**, São Paulo, 2015, disponível em < https://www.cadastropositivo.com.br/cadastro-positivo-depende-engajamento-dos-lojistas > acesso – 27de maio 2016.

[171] COMÉRCIO, Diário do. **Cadastro positivo depende do engajamento dos lojistas**, São Paulo, 2015, disponível em < https://www.cadastropositivo.com.br/cadastro-positivo-depende-engajamento-dos-lojistas > acesso – 27de maio 2016.

[172] BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo – Comentários a Lei 12.414/2011, de 09 de junho de 2011**. Ed Revista dos Tribunais, 2011, p.103.

Mesmo depois de cadastrado, o consumidor tem certos direitos que já era previsto no Código de Defesa do Consumidor e outros que são novidades com a nova lei, e um deles é o direito ao cancelamento do cadastro.

Esse item está previsto no artigo 5°, I, da lei, que visa o cancelamento do cadastrado a qualquer momento e por qualquer motivo. A lei não específica como deve ser feito esse cancelamento, porém é sempre recomendável que seja por meio de documento escrito.

Bessa ressalta sobre o cancelamento do cadastro e qual a forma mais adequada de se fazer:

> "Em termos práticos, o consumidor que, por qualquer motivo não desejar mais ter informações positivas em banco de dados, deve escrever uma carta e dirigir aos fornecedores (credores) e responsável pelo arquivo de consumo (gestor do banco de dados) manifestando sua vontade. Na verdade, a lei não cuidou da forma da manifestação da vontade de cancelamento do cadastro, mas, para facilitar posterior prova, é absolutamente recomendável que seja em documento escrito, com comprovante de entrega." [173]

Costa também comenta sobre determinado assunto:

> "Pelo inciso I fica assegurado ao consumidor retirar-se do cadastro de adimplemento. É bastante claro sentido da norma: proteger a intimidade dos consumidores que porventura não desejem ter relevados os seus dados, tipos de financiamento anteriores, propriedades, investimentos, portfólio, rendimentos, modo de cumprimento os contratos, registros gerais anteriores." [174]

Como observar-se é direito assegurado ao consumidor o cancelamento do cadastro. Em seguida, uma dúvida entre os consumidores poderá ser de quem será o responsável por efetuar esse cancelamento, onde eles deverão recorrer.

Perante determinado ponto, Costa considera importante salientar sobre tal assunto e esclarece:

> "Deve ser exercido perante os birôs de dados. Seja na central técnica (no caso do SCPC e da Serasa em São Paulo), seja perante qualquer outra base operadora (nas capitais dos Estados), base descentralizada municipal ou filial

[173] BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo – Comentários a Lei 12.414/2011, de 09 de junho de 2011**. Ed Revista dos Tribunais, 2011, p. 107.
[174]COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro Positivo – Lei 12.414/2011 comentada**. Ed Saraiva, 2012, p. 156.

> da Serasa pelo País afora, a competência exclusiva para o cancelamento pertence aos diversos bancos de dados compartilhados ou unitários." [175]

A lei 12.414/2011 Cadastro Positivo tem como objetivo trazer vantagens para o mercado de consumo, visando sempre o bem entre consumidor e fornecedor, porém dentro de todos os limites estabelecidos por pela lei e proporcionando a liberdade de escolha para participar do banco de dados positivos.

3. COMO SERÁ FEITO O PROCESSO DE ARMAZENAMENTO DAS INFORMAÇÕES

Apenas empresas terão acesso ao banco de dados positivos, mas o mais importante é que o armazenamento deve ser autorizado pelo cidadão, os dados dele não podem entrar no cadastro sem autorização expressa. A via eletrônica tem que ser de aberto acesso ao consumidor e permitir a sua retirada assim que solicitada. O banco de dados não pode utilizar livremente das informações, pois serve exclusivamente para consulta de análise de crédito.

O compartilhamento dessas informações deve ser apresentado a todos os credores que solicitarem tais informações, sem qualquer distinção.

Bessa esclarece sobre o artigo que traz tal determinação:

> "O inciso VI do artigo 8° estabelece o dever da fonte (credor) de "fornecer informações sobre o cadastro, em bases não discriminatórias, a todos o gestores de bancos de dados que as solicitarem, no mesmo formato e contendo as mesmas informações fornecidas a outros bancos de dados". Em última análise, cuida-se da impossibilidade de se impor, inclusive contratualmente, dever de exclusividade entre fonte e banco de dados." [176]

A alimentação das informações deve ser contida em igualdade perante a fonte e o gestor de dados, contendo as mesmas informações.

Como se observa há muito tempo, a fonte e o gestor de dados eram mais utilizados para o compartilhamento de informações negativas dos cliente, daqueles que

[175] Ibidem. p. 157
[176] BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo – Comentários a Lei 12.414/2011, de 09 de junho de 2011**. Ed Revista dos Tribunais, 2011, p. 128.

não arcavam com suas dívidas e consequentemente viria a fazer parte do cadastro negativo, onde o nome do indivíduo ficaria restrito a novos contratos diante da inadimplência.

Analisando tal fato a nova lei visa também obter um resultado oposto a esse, e a partir do adimplemento dos clientes, como já mencionado deve ser com consentimento para o cadastro, participar do compartilhamento de informações de adimplemento, ou seja, o banco de dados positivo.

Bessa destaca sobre o compartilhamento das informações:

> A lei 12.414/2011, atenta essa realidade, apresenta disciplina mínima para o que denomina de "compartilhamento de informações de adimplemento", ou seja, permite a transferência de informações positivas, mas, para tanto, estabelece que o consumidor deve autorizar o compartilhamento "por meio de assinatura em instrumentos específicos ou em cláusula apartada".[177]

Em uma pesquisa realizada pela Serasa Experian é explicado as perguntas mais realizadas pelos cidadãos a respeito do Cadastro Positivo, e uma delas é a autorização por meio do cliente para a participação do procedimento de cadastro.

> "Para garantir a legalidade do processo de divulgação dos dados, os clientes do Credit Bureau devem ser orientados a incluir, em seus contratos e fichas cadastrais, um item que autorize a divulgação dos dados, em documento único, apartado do contrato, ou em cláusula contratual na qual seja aposta a concordância e a assinatura do cadastrando ou cadastrado, autorizando ou solicitando, em destaque, o repasse das informações à contratada, a fim de que constem do banco de dados desta. A autorização ou solicitação poderá constar da declaração que o cliente venha a fazer por ocasião da abertura ou da renovação de cadastro ou de operação comercial. Para os clientes já cadastrados, a autorização ou solicitação poderá ser obtida por meio de correspondência a ele dirigida, observando-se o destaque devido." [178]

A partir do momento da realização de tal autorização é válido apontar sobre a responsabilidade sobre tais informações. Bessa salienta sobre uma responsabilidade solidária que acontece entre os órgãos responsáveis para um bom funcionamento e a função de cada um:

---

[177] BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo – Comentários a Lei 12.414/2011, de 09 de junho de 2011**. Ed Revista dos Tribunais, 2011, p.130.

[178] EXPERIAN, Serasa. **Positivo para o país inteiro**. 2015, disponível em < https://www.serasaexperian.com.br/consultas/cadastropositivo/faq.html > acesso em: 07 julho 2016

> "Para o funcionamento do banco de dados de proteção ao crédito há, necessariamente, a participação de vários atores. Pessoas que alimentam (fontes) e consultam (consulentes) os arquivos, o gestor do banco de dados que coleta e divulga a informação. Em razão dessa necessária interação, a lei estabeleceu, no artigo 16, a responsabilidade solidária entre eles. O parágrafo 1° do artigo 9°, na mesma linha, dispõe que, no caso de compartilhamento de informações, o gestor que recebeu a informação equipara-se àquele que a encaminhou, ou seja, há responsabilidade entre os gestores." [179]

Perante todas essas referências observa-se o quão cauteloso foi o legislador em cada momento da escrita da lei, pois ele visa os cuidados essências com todos os direitos do consumidor como o consentimento para o cadastro, o acesso gratuito, o direito a privacidade e até mesmo o cancelamento caso não esteja satisfeito ou por qualquer outro motivo, visa também à responsabilidade entre os órgãos, o funcionamento de cada um deles, ou seja, trazer o máximo de benefícios tanto ao consumidor quanto ao fornecedor, buscando sempre uma relação equilibrada e amigável entre as partes.

Costa além de expressar sobre os direitos que terá o consumidor perante o cadastro, também cita empresas responsáveis pelas informações:

> Convém repetir que a maioria dos direitos do cadastrado (inciso I a IV) serão exercidos perante aos gestores ou banco de proteção ao crédito: obter o cancelamento, acessar as informações em sistemas seguros, solicitar impugnação administrativa e conhecer os elementos de análise de risco. Já no inciso V se destina ao cumprimento pelas empresas, porque retrata informação a ser fornecida em momento "prévio" à inscrição do consumidor no cadastro positivo.[180]

As empresas são responsáveis pelas informações que adquirem, não podendo ferir os princípios da honra e privacidade da pessoa humana, Costa cita a vedação a essas empresas:

"Por fim, o inciso VII parece-nos destinado igualmente aos gestores e às fontes, vedado a todas as empresas participantes do sistema de proteção ao crédito utilizar os dados para finalidade diversa da qual "foram coletados"".

As informações estarão disponíveis para acesso apenas para o próprio consumidor ou instituições de créditos que são autorizados juntos ao banco de dados de informações positivas.

---

[179] BESSA, Leonardo Roscoe. **Op. cit.** p. 130.
[180] COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro Positivo – Lei 12.414/2011 comentada**. Ed Saraiva, 2012, p. 162.

Serasa Experian deixa especificados todos os regulamentos que suportam a nova lei:

> "A lei que suporta o Cadastro Positivo é a lei nº 12.414/2011. O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) e a lei do Habeas Data (Lei nº 9.507/1997) também são dois dispositivos aplicáveis ao Cadastro Positivo. O compartilhamento de informações entre as instituições financeiras é fundamentado no art. 1º, parágrafo terceiro, inciso I, da Lei Complementar 105/2001, a qual dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras." [181]

Assim como em todas as áreas do direito, o campo de visão é sempre manter uma relação equilibrada entre as partes, onde possam sair todos satisfeitos e com seus direitos executados de maneira correta.

Silva menciona o favorecimento dos fornecedores: "Tal lei veio beneficiar diretamente as instituições financeiras, de maneira a atender os interesses de um segmento do mercado que detém o poder econômico, ainda mais precioso em tempos de crise econômica mundial." [182]

Sendo assim, a nova lei 12.414/20011 Cadastro Positivo também foi criada com a intenção de favorecer e beneficiar consumidores e fornecedores, mantendo uma relação de igualdade entre eles e gerando vantagens a ambos.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como finalidade apresentar a nova lei 12.414/2011 – Cadastro Positivo, que está vigente na relação de consumo para trazer benefícios ao consumidor que aponta dados positivos no mercado.

A pesquisa mostra a relação de consumo desde seus primórdios, conceitos, princípios, crescimentos da demanda, os problemas gerados com consumo excessivo e por fim uma tentativa de solução para esse conflito através da lei.

Os consumidores que adquiriam os produtos com irregularidades saiam em

[181] EXPERIAN, Serasa. **Positivo para o país inteiro**. 2015, disponível em < https://www.serasaexperian.com.br/consultas/cadastropositivo/faq.html > acesso em: 07de julho 2016.
[182] SILVA, André Luis Siqueira Proença. **O Cadastro Positivo de consumidores e CDC**. Rio de Janeiro, 2012, p. 13

desvantagens. Com o passar dos tempos, notou-se a necessidade de criação de normas especificas para regular as relações de consumo de uma forma que se equilibrassem as referidas relações. Diante disso, foi criado a Código de Defesa do Consumidor e seus princípios para visar uma proteção efetiva para os consumidores que apresenta ser a parte mais frágil do mercado de consumo.

As pessoas têm necessidades de usufruir o bem material, e consomem compulsivamente sem pensar em como será paga tal dívida e por conta dessa irresponsabilidade por parte do consumidor, o número de inadimplência aumenta a cada dia e o nome do indivíduo fica restrito no banco de dados negativos.

Perante tal situação, o consumidor fica limitado na hora da compra pois o seu crédito fica negativo e na maioria dos casos os fornecedores se recusam a vender, com receio de levar calotes.

Frente ao exposto, a relação de consumo fica com ar muito negativo com desconfiança e receio entre as partes, então, para tentar solucionar tal conflito foi criado à lei 12.414/2011 – Cadastro Positivo, que visa um banco de dados positivos para estimular o consumidor a manter suas dívidas em dia, gerando assim benefícios diante do cumprimento da responsabilidade.

A lei visa à redução de juros para o consumidor que estiver inscrito com autorização no banco de dados positivos.

Esse meio de armazenamento de informações gera benefícios aos dois pólos, pois o consumidor será beneficiado com a redução dos juros e o fornecedor disponibilizará de suas mercadorias sem receio, acarretando assim em uma relação de consumo saudável, com segurando e confiança.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BESSA, Leonardo Roscoe. **Cadastro Positivo – Comentários a Lei 12.414/2011, de 09 de junho de 2011**. Ed Revista dos Tribunais, 2011.

COMÉRCIO, Diário do. **Cadastro positivo depende do engajamento dos lojistas**, São Paulo, 2015, disponível em < https://www.cadastropositivo.com.br/cadastro-positivo-depende-engajamento-dos-lojistas > acesso – 27 maio 2016.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Cadastro Positivo – Lei 12.414/2011 comentada**. Ed Saraiva, 2012.

COVAS, Silvânio. **Cadastro Positivo**. São Paulo, Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 52, 2011.

EXPERIAN, Serasa. **Positivo para o país inteiro**. 2015, disponível em < https://www.serasaexperian.com.br/consultas/cadastropositivo/faq.html > acesso em: 07de julho 2016.

LOUREIRO, Ricardo. **O cadastro positivo: um novo marco para o consumidor**, 2012, disponível em < http://www.serasaexperian.com.br/estudo-inadimplencia > acesso: 27de maio 2016.

SILVA, André Luis Siqueira Proença. **O Cadastro Positivo de consumidores e CDC**. Rio de Janeiro, 2012.

Capítulo XIII

CENTRALIDADE DA PESSOA HUMANA VERSUS SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

Filipe Antonio Faiano LUQUEZ

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 determinou em seu artigo 1º, III, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana; dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a centralidade da pessoa humana em suas condutas. Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, surgiram supostos conflitos entre a centralidade da pessoa humana princípio administrativo da supremacia do interesse público, gerando assim grandes debates acadêmicos e jurisprudenciais sobre o tema. Desta forma, a humanização do direito administrativo se dá devido à presença do forte movimento constitucionalista, que levou à constitucionalização das demais searas do Direito. Nesse sentido, face a constitucionalização e consequente humanização do direito administrativo, o presente trabalho tem como finalidade fazer uma análise do princípio da supremacia do interesse público a partir da dignidade da pessoa humana como elemento fundante do Estado Democrático de Direito. Para tanto, o estudo apontará uma breve evolução histórica do conceito de dignidade da pessoa humana e sua emergência no direito pátrio; analisando-se em seguida o princípio da supremacia do interesse público na atual ordem constitucional.

PALAVRAS-CHAVES: Dignidade da Pessoa Humana – Interesse Público – Constituição Federal – Supremacia do Interesse Público.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 established in Article 1, III, the Federative Republic of Brazil constitutes democratic state of law and is based, among others, the dignity of the human person; therefore, the Brazilian legal system provides for the centrality of the human person in his conduct. So with the advent of the Federal Constitution of 1988, which brought the dignity of the human person as the foundation of the Republic, there were supposed conflict between the centrality of the human person administrative principle of the supremacy of the public interest, thus generating large academic and jurisprudential debate on the subject. Thus, the humanization of administrative law is due to the presence of strong constitutionalist movement that led to the constitutionalization of other crops of law. In this sense, given the constitutionalization and consequent humanization of administrative law, this paper aims

to analyze the principle of the supremacy of the public interest from the dignity of the human person as a fundamental element of the democratic state of law. Therefore, the study will point the historical evolution of the concept of human dignity and its emergence on parental rights; analyzing then the principle of the supremacy of the public interest in the current constitutional order.

KEYWORDS: Human Dignity - Public Interest - Federal Constitution - Supremacy of the Public Interest.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 determinou em seu artigo 1º, III, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, entre outros, a dignidade da pessoa humana; dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro prevê a centralidade da pessoa humana em suas condutas.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, surgiram supostos conflitos entre a centralidade da pessoa humana princípio administrativo da supremacia do interesse público, gerando assim grandes debates acadêmicos e jurisprudenciais sobre o tema.

Desta forma, a humanização do direito administrativo se dá devido à presença do forte movimento constitucionalista, que levou à constitucionalização das demais searas do Direito.

Nesse sentido, face a constitucionalização e consequente humanização do direito administrativo, o presente trabalho tem como finalidade fazer uma análise do princípio da supremacia do interesse público a partir da dignidade da pessoa humana como elemento fundante do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, o estudo apontará uma breve evolução histórica do conceito de dignidade da pessoa humana e sua emergência no direito pátrio; analisando-se em seguida o princípio da supremacia do interesse público na atual ordem constitucional.

1 BREVE EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

A dignidade da pessoa humana pode ser vista como uma expressão de sentido indeterminado, sendo, segundo a Maria Sylvia Zanella Di Pietro "um princípio cujo significado é mais fácil de intuir do que definir".

Todavia, para que se possa traçar um paralelo entre a centralidade da pessoa humana e a supremacia do interesse público, importante se faz uma breve análise da evolução histórica da ideia de dignidade de pessoa humana, senão vejamos:

Para Fábio Konder Comparato, o surgimento da noção de pessoa humana é o requisito básico para delimitar o período em que se iniciou o conceito dos Direitos Humanos, desta forma afirma que o Período Axial (VII a II a.C) foi o eixo histórico, o qual deu novos rumos a Humanidade.

As alterações da visão de mundo que aconteceram neste período devem-se ao abandono da mitologia como fonte das explicações dos fenômenos, ou seja, o mito que era utilizado como fonte de todas as explicações foi deixado de lado, passando a utilizar o saber lógico como fundamento para os fatos cotidianos; desta forma, tornou-se possível não somente a observação, mas também, a partir da lógica, traçar-se uma crítica à realidade posta.

A partir dessa mudança de paradigmas de explicação do mundo, o curso da história passa a seguir um longo desdobramento de ideias e princípios, as quais começaram a ser difundidas neste tempo, principalmente no período entre 600 e 480 a.C., no qual viveram Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras na Grécia e Dêutero-Isaías em Israel.

Acerca da existência destes pensadores e deste período histórico, Paulo Otero disserta:

> [...] sem que uns soubessem dos outros o centro da reflexão filosófica deixou de assumir uma preocupação cósmica para adotar uma consciência reflexiva em torno do próprio ser humano. Ocorreu aqui uma verdadeira revolução filosófica que conduziu a um despertar da autoconsciência do homem em termos de objeto da própria reflexão[183]

Ainda no Período Axial, muitos outros contribuíram de maneira determinante para um novo posicionamento do homem, entre eles Homero e Isaías, que deram a base para a formação do monoteísmo.

[183] OTERO, Paulo, *Instituições políticas e constitucionais*, v.1, Coimbra: Almedina, 2007, p. 62

Desta forma, as evoluções intelectuais do Período Axial, juntamente com o contato entre povos e a integração entre culturas peculiar deste tempo, fez com que Comparato[184], descrevesse o momento como o primeiro na História em que o ser humano é considerado em sua igualdade essencial, ou seja, sem distinção, passa a ser dotado de liberdade e razão, entretanto ainda notam-se diferenças baseadas no gênero, raça, religião, costumes sociais, entre outros.

Segundo Comparato, é neste momento que se lançam os fundamentos intelectuais que dão base à compreensão da pessoa humana e a partir desta pode-se fazer a afirmação da existência de direitos universais inerentes. Assim, somente com o nascimento da ideia de existência da pessoa humana, que se pode começar a afirmar que há Direitos que são determinados única e exclusivamente pela característica de ser humano.

O desdobramento do conceito de pessoa humana passa por um período determinante que vem a consolidar no Ocidente a visão de igualdade entre os homens, impulsionando o pensamento acerca de direitos inerentes ao homem.

A existência de uma real revolução de pensamento por meio da difusão de uma cultura judaico-cristã faz com que o conceito de dignidade da pessoa humana ganhe força, vez que dissemina a ideia de que toda a Humanidade descende de um Pai comum, sendo todo homem a imagem e semelhança de um Deus criador. Neste sentido, a ascendência comum dos homens faz com que a Humanidade seja considerada uma unidade, gerando a igualdade entre todos os homens; passa-se, portanto, a valorizar o homem independentemente do *status* social que ocupa em sua comunidade, criando um novo antropocentrismo que vem impulsionar a formação de Direitos Humanos intrínsecos ao indivíduo.

O desenvolvimento do conceito de unidade da humanidade com base no pensamento cristão passa pelos ensinamentos de São Tomás de Aquino, o qual sintetiza todo o conhecimento teológico, filosófico, cientifico, humanístico e jurídico, desde a Antiguidade até a Idade Média em sua obra Suma Teológica.

O pensamento tomista parte do princípio do homem ser o ente mais perfeito criado por Deus, assim, a partir da definição de pessoa como relação, conclui que pessoa humana

[184]COMPARATO, F. K, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 12.

vem a ser algo singular na natureza racional. Desta forma, o homem é, em sua concepção, um ser dotado de natureza inconfundível e incomunicável, o qual possui racionalidade e livre arbítrio, o que lhe configura qualificação como pessoa, ou seja, relação de sujeito ativo[185] no âmbito do universo, mesmo sendo ser predestinado por Deus.

Assim, a razão como faculdade exclusiva dos homens é ponto de igualdade entre estes; ou seja, a inteligência que faz com que o homem eleve-se acima dos demais animais, é elemento que o torna único e onde se alicerça a dignidade humana na visão de São Tomás de Aquino.

O aperfeiçoamento de tal conceito, bem como sua secularização, se dá nos séculos XVII e XVIII, período no qual os iluministas enfatizam a razão humana e valorizam o homem como ser que possui direitos inalienáveis, sendo que tais direitos não podem ser relativizados nem pelo Estado, nem por outros homens.

Após o período iluminista o conceito de pessoa humana, passa por várias fases e adaptações na História, chegando ao pensamento de Immanuel Kant, o qual afasta de uma vez por todas os preceitos religiosos como base deste conceito, afirmando ser o homem um fim em si mesmo, dispondo: "o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante"[186].

Desta forma, os entes racionais, na visão de Kant, possuem livre arbítrio, sendo que o homem é o único ser dotado de vontade, capaz de agir, sem ser conduzido pelo instinto. Por esta definição conclui-se que o ser humano é insubstituível, não podendo ser valorado, ou seja, o homem não tem preço como as demais coisas, mas sim dignidade[187].

---

[185] Segundo Otero: "O Homem ao contrário de todos os demais seres vivos, participa como protagonista e autor da própria ordem do universo: Deus, sendo a causa primeira, tendo predestinado o Homem por um acto de amor, faz dele um colaborador na construção do universo, dotando-o de um estatuto de superioridade face a tudo o mais que foi criado por Deus" OTERO, Paulo, Instituições políticas e constitucionais, v.1, Coimbra: Almedina, 2007, p. 106

[186]KANT, Immanuel, Fundamentos para Metafísica dos Costumes, apud COMPARATO, F. K. A afirmação histórica dos Direitos Humanos, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 21

[187] Kant deixa claro a visão de dignidade contraposta ao conceito de preço, neste trecho de seu livro Fundamentação da Metafísica dos Costumes: "No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa esta acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na definitivamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir a sua santidade" – KANT, Immanuel, Fundamentação da Metafísica dos Costumes, Trad. Paulo Quintel, Lisboa – ed. 70, s. d. p. 77.

Assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, que embasa a mais expressiva doutrina jurídica, tanto nacional como internacional, funda-se no pensamento kantiano, vez que de uma vez por todas, conseguiu-se desvencilhar o conceito de dignidade de uma visão religiosa sobre o tema.

A partir da definição da dignidade como atribuição humana, configura-se o dever de proteção deste princípio, sendo o melhor instrumento para tal fim os Direitos Fundamentais, que constituem elemento fundante da Constituição de 1988, senão vejamos:

1.1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu artigo 1º, III a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, assim institui-se a centralidade da pessoa humana nas condutas estatais, devendo tal princípio ser encarado, nesta situação, como valor supremo, "um ideal a ser levado em consideração pelos três Poderes do Estado no exercício de suas funções institucionais"[188].

Há de se destacar que a dignidade da pessoa humana encontra-se aposta em vários dispositivos da Constituição Federal, como no artigo 170, ao tratar da ordem econômica; no artigo 193 ao disciplinar a ordem social; bem como nos artigos 226, 227 e 230 que tratam da família, criança, adolescente, jovem e idoso.

Assim, apesar da dignidade da pessoa humana ser um verdadeiro valor supremo que pauta o Estado Democrático de Direito brasileiro; a Constituição Federal prevê por vezes a dignidade da pessoa humana como princípio e por outras como regra[189].

Sobre a centralidade do sistema de proteção dos direitos fundamentais, Daniel Sarmento afirma:

---

[188] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito administrativo e dignidade da pessoa humana, p. 7, disponível em: www.mariasylviadipietro.com.br. acesso em 03.03.2016

[189] "Segundo Alexy, as regras contemplam uma solução única que deve ser cumprida exatamente como prevista. Os princípios são mandamentos de otimização, que podem ser aplicados de diferentes maneiras, conforme as circunstâncias de cada caso. Ocorrendo conflito entre princípios, deve ser aplicada a técnica da ponderação, pela qual se decidirá qual princípio deve ter maior peso". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito administrativo e dignidade da pessoa humana, p. 8, disponível em: www.mariasylviadipietro.com.br. acesso em 03.03.2016

> "Os direitos fundamentais cristalizam os valores mais essenciais de uma comunidade política, que devem se irradiar por todo o seu ordenamento, e atuar não só como limites, mas também como impulso e diretriz para a atuação dos Poderes Públicos. Sob esta ótica, tem-se que os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só o de abster-se de ofende-los, mas também o de promovê-los e salvaguarda-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros"[190]

Cabe ressaltar ainda que a dignidade da pessoa humana ao ser posta como fundamento da República Federativa do Brasil, lança seus braços para todas as demais áreas do direito, atingindo também ao direito administrativo, vez que a Constituição ocupou seu verdadeiro lugar de destaque, nesse sentido, vejamos o ensinamento de Gustavo Binendojm:

> "A passagem da Constituição para o centro do ordenamento jurídico representa a grande força motriz da mudança de paradigmas do direito administrativo na atualidade. A supremacia da Lei Maior propicia a *impregnação* da atividade administrativa pelos princípios e regras naquela previstos, ensejando uma releitura dos institutos e estruturas da disciplina pela ótica constitucional"[191]

Assim, a partir da adoção do sistema de direitos fundamentais e da democracia como vetores axiológicos do Estado Democrático de Direito e a consequente constitucionalização das demais áreas do direito, Gustavo Binenbojm [192] aponta três mudanças de paradigma no direito administrativo, a saber:

i) A Constituição ocupa o lugar da lei no centro da vinculação administração à juridicidade;

ii) A supremacia do interesse publico sobre o particular deixa de ser utilizada de forma livre pelo administrador, passando a depender de juízo de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais – no qual se pauta a dignidade da pessoa humana – e outros interesses consagrados constitucionalmente;

---

[190] SARMENTO, Daniel, Interesses públicos vs interesses privados da teoria e filosofia constitucional, in: Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2005. pp. 171 – 216.

[191] BINENDOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo: um inventário de avanços e retrocessos. Revista eletrônica sobre a reforma do Estado. Nº 13 –mar./maio 2008. Salvador

[192] BONENDOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br, acesso em 09 de março de 2016, p. 6)

iii) A discricionariedade não é mais encarada como espaço de livre escolha do administrador, convolando-se em resíduo de legitimidade, que deve ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei como forma de otimizar o grau de legitimidade da decisão administrativa.

Neste sentido, não restam dúvidas que a partir da ordem constitucional traçada pela Constituição de 1988 e da constitucionalização das demais áreas do direito, a dignidade da pessoa humana passou a ter destaque no ordenamento jurídico alterando certos paradigmas; todavia a centralidade da pessoa humana se opõe à supremacia do interesse público?

Para que se possa buscar uma possível resposta a este questionamento, necessário se faz analisarmos o princípio da supremacia do interesse público, senão vejamos:

2 DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.

Antes de analisarmos o princípio da Supremacia do Interesse Público, cumpre esclarecer que o Direito Administrativo surge como matéria autônoma, cindindo-se do direito civil somente no final do século XVIII na França (a Doutrina aponta mais precisamente como marco criador do direito administrativo a *Loi 28 Pluviose* do ano VIII, editada em 1800), quando restou clara a necessidade de se regular a Administração Pública a partir de um sistema jurídico próprio, vinculando a administração à legalidade.

Desta feita, a necessidade de regulamentação da atuação da Administração Pública dá-se a partir da ideia de que esta tem a obrigação de satisfazer um interesse geral, tornando imperiosa a existência de um regime especial para que se tornasse possível o atendimento das necessidades de ordem pública, subordinando-se assim a atuação do Estado ao regime da legalidade, vez que a lei passa a ser entendida como expressão da vontade coletiva, devendo incidir tanto sobre o particular, como sobre as autoridades públicas[193].

[193] Em uma visão oposta a criação do direito administrativo como instrumento de subordinação do Estado ao regime da legalidade, o que o daria uma feição garantística, Gustavo Binendojma afirma: "o direito administrativo, em seu nascedouro, era alheio a qualquer propósito garantístico. Ao contrário seu intuito primeiro foi o de diminuir as garantias que os cidadãos teriam caso pudessem submeter o controle da atividade administrativa a um poder equidistante, independente e imparcial – o poder judiciário".

Neste sentido, o direito administrativo se apoia em dois princípios fundamentais: o da legalidade e o da supremacia do interesse público, os quais são aptos a construírem os demais.

Quanto ao princípio da supremacia do interesse público há de se ressaltar que este é elemento inerente a qualquer sociedade, sendo, segundo Bandeira de Mello[194], condição para sua existência, motivo pelo qual não se encontra estipulado em nenhum específico dispositivo constitucional, mesmo que se note sua expressão em diversas passagens da Carta Maior como nos institutos da desapropriação e requisição, nos quais se tem claramente a preponderância do interesse público sobre o privado.

Sobre o interesse público e a sua supremacia sobre o interesse privado, vejamos os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

> "Afirma-se que o princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público é o alicerce fundamental do Direito Público, o que seria suficiente para legitimar as decisões adotadas pelos administradores".
> Ora, juridicamente, o titular do interesse público é o povo, a sociedade (no seu todo ou em parte)"[195] .

Assim, o interesse público encontra-se associado ao bem de toda uma coletividade, ou seja, as percepções gerais das exigências da vida em sociedade, sendo o instituto da supremacia do interesse público utilizado como fundamento para as mais diversas normas e atos administrativos.

A partir disso, resta claro que o interesse público constitui conceito jurídico indeterminado, o qual somente alcançará sua real dimensão a partir da análise de um caso concreto.

Neste sentido, sendo conceito jurídico indeterminado, apontado por parte da doutrina como princípio regente do direito administrativo inspira tanto o legislador no

(BINENDOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade:* um novo paradigma para o direito administrativo. disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br, acesso em 09 de março de 2016, p. 5).

[194] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 97.

[195] JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais. *Revista Negócios Públicos*. Ano II, nº 6, p. 39.

momento da elaboração da lei, como a autoridade administrativa, vez que vincula sua atuação[196].

A fim de ilustrar a presença da supremacia do interesse público nos atos administrativos pode-se citar o fato da Administração poder, com base na lei, constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais, sendo tais atos imperativos e revestidos de exigibilidade, vez que comportam previsão legal de sanções ou providências indiretas que levam o administrado a acata-las.

Com base também no princípio da supremacia do interesse público se encontra a auto-executoriedade dos atos administrativos, que se dá na concorrência de duas condicionantes: i) previsão em lei para tal comportamento e; ii) quando a providência for de caráter urgente, sendo inexistente outro eficaz meio de garantia do interesse público.

Ainda pode-se apontar a possibilidade da Administração revogar os próprios atos tidos como inconvenientes ou inoportunos (desde que atenda a certos limites), bem como o dever de anular ou convalidar atos inválidos; sendo tais situações abarcadas no princípio da autotutela do direito administrativo.

Ao discorrer sobre o princípio da supremacia do interesse público, Medina Osório[197] indica três claras influências sobre o ordenamento jurídico: i) atua como fundamento justificador da ação administrativa, sendo o princípio garantia de que o Estado não se desviará de sua função de realizar os interesses coletivos; ii) se presta a outorgar certos privilégios a administração pública e; iii) atua como justificativa as restrições aos direitos individuais.

Todavia, há de se destacar que as prerrogativas de Administração Pública a fim de fazer valer o interesse público recaem, tão somente, quando se fala de interesse público primário, ou seja, aquele que é pertinente à sociedade como um todo.

Desta feita, a partir do princípio da supremacia do interesse público, tem-se que a função da administração deve ter como finalidade de seus atos o próprio interesse público, interpretando o conceito a fim de aplicá-lo nas hipóteses de realidade viva e dinâmica; cabendo em um segundo momento, segundo Alice Gonzalez Borges[198], ao judiciário o

[196] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 62.
[197] OSÓRIO, Fabio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo.* nº 220. pp. 69 -107.
[198] BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução. *Revisa diálogo jurídico.* Nº15. Jan/mar de 2007. Salvador. p.5.

exame do preenchimento desse conceito jurídico indeterminado, conforme disposto nas leis e na Constituição.

Sobre o interesse público primário e secundário, esclarecedor o ensinamento de Luis Roberto Barroso:

> "O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social". Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa de direito público que seja parte de uma determinada relação jurídica – que se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida pode ser identificado com o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.[199].

No mesmo sentido se posiciona Celso Antonio Bandeira de Mello traça clara diferenciação entre interesse público primário e secundário:

> "Interesse público ou primário [...] é o pertinente a sociedade como um todo e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega a competia do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão somente ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público privado"[200] .

Assim, não restam dúvidas que a supremacia do interesse público sobre o interesse privado recai sobre o interesse primário, ou seja, aquele que diz respeito à sociedade como um todo e não ao Estado como ente personalizado de direito público.

Desta forma, as prerrogativas conferidas ao Estado ao atuar na busca e consolidação do interesse público devem se ater aos interesses primários, bem como à legalidade imposta à Administração Pública.

Neste sentido, cumpre destacar que a utilização do princípio da supremacia do interesse público, bem como das prerrogativas conferidas à administração a fim de atingir os interesses primários, devem ocorrer em respeito ao principio da legalidade, vez que o Estado detém "deveres-poderes".

---

[199] BARROSO, Luis Roberto, prefácio *Interesses públicos x interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

[200] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 99.

Sobre os deveres-poderes do Estado e o alcance do interesse público, Bandeira de Mello assevera:

> "A administração pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social – que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. Portanto exercer função, intuito – como visto – que se traduz na ideia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro. É situação oposta à da autonomia da vontade típica do Direito Privado"[201]

Face a definição da supremacia do interesse público como princípio regente do Direito Administrativo, parte da Doutrina se posiciona em sentido oposto, notadamente frente ao processo de constitucionalização e a consequente centralidade do sistema de direitos fundamentais traçado pela Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, buscando desconstruir a supremacia do interesse público, Humberto Bergmann Ávila[202] aponta que o suposto princípio não pode assim ser entendido, vez que ao determinar a prevalência absoluta do interesse público, não deixa espaço para ponderações.

Para Ávila um verdadeiro princípio carrega consigo um grau de abstração superior ao que recai sobre uma norma de comportamento, vez que não se vinculam abstratamente a uma situação específica. Neste sentido, o Autor aponta, tal como Robert Alexy, que os princípios são mandamentos de otimização, os quais devem ser aplicados conforme circunstâncias dos específicos casos; motivo pelo qual, ao se determinar taxativamente a preponderância do interesse público, não há que se falar em princípio, vez que se comprime o espaço para ponderações.

Ávila chega a apontar a ausência, na ordem constitucional pós 1988, de fundamento de validade do princípio da supremacia do interesse público, devido ao fato da Constituição Federal focar-se principalmente na proteção dos interesses dos indivíduos.

Corroborando com o pensamento de Ávila, Gustavo Binenbojm afirma:

---

[201] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

[202] AVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 40.

> "A Lei Maior é orientada sob o influxo do *princípio da dignidade da pessoa humana*, do que deflui a necessidade de se estabelecer, em alguma medida, proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado face aos interesses gerais promovidos pelo Estado.
> Dessa forma, verifica-se não ser possível extrair 'o princípio da supremacia do interesse público' da análise do conjunto normativo constitucional, haja vista a ampla proteção dispensada aos interesses particulares, de tal maneira a aceitá-lo como norma-princípio é deixar de subsistir a contrariedade sistêmica que representa afrontar a constante busca pela unidade constitucional"[203].

Assim, face a constitucionalização do direito administrativo a centralidade da pessoa humano no ordenamento constitucional brasileiro, afirma Binenbojm que a Constituição Federal de 1988 prestou-se a negar a existência de conflitos entre interesses privados e públicos, os quais não podem ser encarados de forma estanque, vez que a partir do momento em que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República, a proteção de um interesse particular, constitucionalmente garantido, constitui uma forma de realização do interesse público.

Neste sentido, Humberto Ávila fala na *indissociabilidade do interesse privado*, sendo que a realização de interesses privados, mesmo quando estes se encontrem em conflito com interesses públicos, não pode ser encarado como desvio de finalidade do Estado, vez que alcançar e dar efetividade aos a tais interesses também se reveste na qualidade de fins públicos.

Assim, a partir da centralidade constitucionalmente dada ao sistema de direitos fundamentais e a existência de uma estrutura maleável dos princípios na Constituição Federal, Gustavo Binenbojm assevera a impossibilidade de se determinar a supremacia absoluta do coletivo sobre o individual.

Neste sentido, Binenbojm não desconsidera a existência do conceito de *interesse público*, mas o afirma nos seguintes termos:

> "o *interesse público* comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros. Com efeito a *aferição* do interesse prevalecente em dado confronto de interesses é procedimento que *reconduz* o administrador público à interpretação do *sistema de ponderações* estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, o

[203] BINENDOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade:* um novo paradigma para o direito administrativo. disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br, acesso em 09 de março de 2016, p. 12.

> obriga a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade"[204].

Assim, a partir da centralidade da pessoa humana na Constituição de 1988, o que faz com que a realização de interesses individuais, coletivos e difusos importem no alcance e a efetivação do interesse público, aponta-se ser imposto à Administração realizar, no caso de suposto conflito, um juízo de ponderação a fim e atingir de forma potencializada os interesses em jogo.

Desta feita, torna-se necessária a utilização dos critérios de ponderação interpretados a luz de um caso concreto, a fim de afastar a regra de preferência estática, ou seja, a já anunciada supremacia do interesse público, a fim de se evitar atos discricionários advindos da Administração Pública que tenham como escopo dar efetividade a interesses que não se revistam na qualidade de públicos.

Assim, a aplicação da ponderação nos atos administrativos tem o condão de legitima-los, vez que permite a eficácia do texto constitucional. Ademais, a interpretação ponderativa do caso fático, ou seja, quando o administrador é invocado a decidir sobre determinado conflito de interesses, deve ser vista como forma de se alcançar a melhor solução ao caso, o que Binenbojm chama de *melhor interesse público*[205].

Neste sentido, a fim de se alcançar o melhor interesse público, imperioso se torna a utilização do princípio da ponderação, o qual se desenvolve por meio de três subprincípios: i) adequação; ii) necessidade e iii) proporcionalidade em sentido estrito.

Sobre os subprincípios da proporcionalidade, Luis Roberto Barroso os explica nos seguintes termos:

> "a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos.
> b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meios menos gravosos para o atingimento dos fins visados; e da

[204] BINENDOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade:* um novo paradigma para o direito administrativo. disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br, acesso em 09 de março de 2016, p. 16.

[205]BINENDOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade:* um novo paradigma para o direito administrativo. disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br, acesso em 09 de março de 2016, p. 17.

> c) proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão"[206].

Assim, a técnica da ponderação deve ser utilizada quando a administração pública se depare com suposto conflito de interesses, sendo sua aplicação deve ocorrer não somente por parte do Judiciário, mas sim por todos Poderes; tal entendimento encontra-se apontado no Voto do Ministro Gilmar Mendes, que ao julgar a Intervenção Federal nº 2915/SP asseverou: "o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário"[207].

Desta feita, quando a Administração vê-se face um conflito de interesses, deve utilizar-se dos sub-princípios da ponderação a fim de atingir o melhor interesse público, dando efetividade aos direitos constitucionalmente garantidos.

Neste sentido, Gustavo Binenbojm[208], afirma que as prerrogativas processuais e materiais concedidas a Administração Pública não podem ser justificadas a luz de uma regra absoluta de prevalência do interesse público, sendo necessário, a fim de torna-las legitimas, a observação dos seguintes preceitos:

i) Compressão do princípio da isonomia: os privilégios concedidos à administração pública devem ser aptos a permitir o atingimento dos fins previstos constitucionalmente ou na lei ordinária pelo Estado.
ii) Grau de compressão do princípio da isonomia: o principio da igualdade entre particular e Administração deve ser comprimido somente até o limite necessário e exigível para que o Estado possa dar cumprimento aos fins previstos na Constituição e na lei.
iii) A compressão do princípio da isonomia deve encontrar compensação na utilidade gerada, ou seja, deve-se fazer um balanço entre os custos que serão imputados aos particulares e os benefícios alcançados pela coletividade.

---

[206] BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1996. p. 209.

[207] STF - IF: 2915 SP, relator: Ministro Marco Aurélio, voto do Ministro Gilmar Mendes, data de julgamento: 03/02/2003, tribunal pleno, data de publicação: DJ 28-11-2003.

[208] BINENDOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade:* um novo paradigma para o direito administrativo. disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br, acesso em 09 de março de 2016, p. 19.

Assim, a conservação das prerrogativas dadas ao Estado deve ocorrer após percorridos os passos acima, fazendo com o administrador realize um juízo de ponderação, a fim de localizar o ponto onde resida o melhor interesse público, ou seja, a justa ponderação entre direitos individuais e coletivos.

Cumpre destacar que as políticas públicas constituem campo onde se nota claramente a necessidade de um juízo de ponderação nas decisões administrativas, senão vejamos:

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro políticas públicas são: "[...] metas e os instrumentos de ação que o poder público define para a consecução de interesses públicos que lhe incumbe proteger. Elas compreendem, não só a definição das metas, das diretrizes, das prioridades, como também a escolha dos meios de atuação"[209].

Pela definição de políticas públicas não restam dúvidas que o tema esta estritamente ligado à discricionariedade, vez que recai sobre a escolha do interesse público a ser atendido, sobre a escolha das prioridades e dos meios de execução.

Assim, a necessidade de aplicação do raciocínio ponderativo fica claro quando se trata de políticas públicas, vez que o Estado social, que por um lado elenca vasto rol de direitos fundamentais e o dever constitucional de atendê-los; doutra banda nota-se a escassez de recursos públicos para atendê-los.

Neste sentido, ao fazer a escolha sobre qual política pública deve ser implementada para que se possa atingir o melhor interesse público, necessário se faz a atenção do administrador aos sub-princípios que formam o princípio da proporcionalidade.

Todavia, nota-se cada vez mais a judicialização das políticas públicas, vez que o Judiciário é chamado a dar efetividade aos direitos fundamentais; apontando os requerentes, na busca da efetividade de seus interesses, a necessidade se garantir um "mínimo existencial"[210] e, a Administração agarrando-se na "reserva do possível"[211].

---

[209] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo e dignidade da pessoa humana*, p. 12, disponível em: www.mariasylviadipietro.com.br. acesso em 03.03.2016

[210] Mínimo existencial, nas palavras de Carolina de Freitas Paladino é "um conjunto de direitos sociais, econômicos e culturais, aqueles considerados mais pertinentes, os quais integram o núcleo da dignidade da pessoa humana, ou porque decorrem do direito básico da liberdade" (PALADINO, Carolina de Freitas, Políticas públicas: considerações gerais e possibilidade controle judicial. in: *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. ano 8, n. 32, abr/jun 2008. p. 226.

[211] Di Pietro define a reserva do possível nas seguintes termos: "oriundo do direito alemão: os deveres estatais, impostos pelo ordenamento jurídico, devem ser cumpridos na medida em que o permitam os

Sobre a atuação do judiciário face as políticas públicas implementadas pelo legislador, Di Pietro[212] afirma que pode o Magistrado determinar a alteração destas, mas tal fato não pode implicar na substituição da discricionariedade do administrador pela discricionariedade do juiz, o qual deve impor a substituição de políticas ao notar que as escolhas do poder público não são razoáveis em face as metas impostas constitucionalmente.

Desta feita, a centralidade da pessoa humana no direito constitucional e a constitucionalização do direito administrativo, remodelou a visão de supremacia do interesse público, tornando-se necessária a aplicação do princípio da ponderação pelo administrador público quando se note conflito de interesses a fim de atingir o melhor interesse público.

Doutra banda, a intervenção do Judiciário com intuito de garantir a eficácia dos direitos fundamentais por parte do Estado deve se ater a verificar se as escolhas do poder público são razoáveis, observando no caso concreto a existência de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas de que a Constituição Federal brasileira elevou a dignidade da pessoa humana como elemento fundante do Estado democrático de direito, sendo os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos como cláusulas pétreas.

Desta feita, constitucionalização das diversas áreas do direito, fez com que fossem buscados novos parâmetros interpretativos, a fim de resguardar a eficácia do sistema de direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

Neste sentido, a noção de interesse público deve ser entendida, a fim de aplicação da supremacia do interesse público, somente quando se trata de interesses primários, ou seja, aqueles referentes à coletividade.

Todavia, há de se destacar que a partir da centralidade da pessoa humana trazida na Carta de 1988, não se deve falar em contraposição entre interesse público e individual,

recursos públicos disponíveis". DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo e dignidade da pessoa humana*, p. 15, disponível em: www.mariasylviadipietro.com.br. acesso em 03.03.2016.

[212] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo e dignidade da pessoa humana*, p. 21-22, disponível em: www.mariasylviadipietro.com.br. acesso em 03.03.2016

havendo na verdade uma verdadeira imbricação entre interesses públicos, coletivos e individuais, vez que a eficácia dada a um direito individual constitucionalmente garantido leva a realização do interesse público.

Assim, a partir do sistema de direitos fundamentais adotados pela Constituição Cidadã, imperioso se torna, quando da existência de eventuais conflitos de interesses, que o Administrador não se agarre a uma regra apriorística que determine qual interesse sairá vencedor, mas que se utilize de um raciocínio ponderativo, guiando-se pelo postulado da proporcionalidade.

Neste sentido, importante se torna que o Administrador, a fim de encontrar o melhor interesse público, busque otimizar as soluções possíveis, resguardando ao máximo possível a plenitude dos interesses conflitantes.

Para tanto, cabe ao administrador utilizar-se da ponderação, percorrendo três pontos a fim de determinar o melhor interesse público, a saber: i) adequação; ii) necessidade e; iii) proporcionalidade em sentido estrito.

Desta feita, a constitucionalização do direito administrativo e a centralidade da pessoa humana na Constituição Federal trouxe implicações à supremacia do interesse público, vez que não se nota mais a existência de uma regra apriorística, cabendo ao administrador um juízo de ponderação, a fim de determinar o melhor interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luis Roberto, prefácio *Interesses públicos x interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1996.

BINENDOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado.* Nº 13 –mar./maio 2008, Salvador.

_____. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade:* um novo paradigma para o direito administrativo. disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br, acesso em 09 de março de 2016.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução. *Revisa diálogo jurídico.* Nº15. Jan/mar de 2007. Salvador.

COMPARATO, F. K, *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo e dignidade da pessoa humana*, p. 2, disponível em: www.mariasylviadipietro.com.br. acesso em 03.03.2015

_____, *Direito Administrativo,* 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais. *Revista Negócios Públicos.* Ano II, nº 6, p. 39.

OSÓRIO, Fabio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo.* nº 220. pp. 69 -107.

OTERO, Paulo, *Instituições políticas e constitucionais*, v.1, Coimbra: Almedina, 2007,

SARMENTO, Daniel, Interesses públicos vs interesses privados da teoria e filosofia constitucional, *in: Interesses públicos versus interesses privados:* Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 2005. pp. 171 – 216.

STF - IF: 2915 SP, relator: Ministro Marco Aurélio, voto do Ministro Gilmar Mendes, data de julgamento: 03/02/2003, tribunal pleno, data de publicação: DJ 28-11-2003.

Capítulo XIV

CONTROLE POPULACIONAL DE CÃES, ATRAVÉS DA REALIZAÇÃO DE CASTRAÇÃO QUÍMICA DE MACHOS AVALIANDO-SE O CONTROLE DA DOR COM PROTOCOLO ANALGÉSICO DE DIPIRONA ASSOCIADO A DEXAMETASONA.

Larissa MEYER DE FIGUEIREDO[213]
Isabela GIOVANA SCHWARZ SOARES DE NOVAES[214]
Mariza FORDELLONE ROSA CRUZ[215]

RESUMO: Este trabalho teve como objetivo avaliar a dor provocada nos animais através da escala de dor da Universidade de Melbourne, no procedimento da castração química, utilizando o esterilizante a base de Gluconato de Zinco 2.620,0 mg/100mL. A analgesia foi realizada durante três dias consecutivos, através da aplicação de Dipirona sódica 500mg e Dexametasona 20 mg. O procedimento foi realizado em 30 cães machos em Bandeirantes- PR, entre Agosto de 2014 e Junho de 2015. Foi avaliado durante 3 dias após o procedimento os parâmetros fisiológicos, o diâmetro testicular e o nível de dor através da escala de Melbourne. Observou-se através da análise qualitativa da escala de dor: 60% dos animais apresentaram dor moderada; 33,33% dor leve e 6,66% sem dor evidente nas primeiras 24 horas. De acordo com o teste t de student, não houve diferença significativa na frequência cardíaca e respiratória ($p>0,05$), porém, a temperatura apresentou diminuição significativa no segundo e terceiro dia ($p\leq0,05$). A avaliação realizada no primeiro dia, averiguou que dos 30 animais avaliados, 6 (20%) apresentaram vocalização, 2 (6,66%) salivação excessiva, 9 (30%) apresentaram êmese, 17 (56%) apresentaram desconforto ao caminhar, 19 (63,3%) falta de interação e inapetência, 3 (10%) manifestaram postura anormal. Concluiu-se que a aplicação do produto provoca reação dolorosa de leve à moderada nas primeiras 24 horas, porém a analgesia promoveu maior conforto, propiciando melhores condições para a recuperação do animal.

PALAVRAS-CHAVE: Esterilização química, Bem-estar animal, Agentes esclerosantes.

[213] Estudante de graduação de Medicina Veterinária, Universidade Estadual do Norte do Paraná, larissameyer_89@hotmail.com
[214] Estudante de graduação de Medicina Veterinária, Universidade Estadual do Norte do Paraná, isah.novaes@gmail.com
[215] Professora doutora do departamento de Epidemiologia, Universidade Estadual do Norte do Paraná, mfordellone@uenp.edu.br

INTRODUÇÃO

Em virtude da grande demanda de cães errantes encontrado no perímetro urbano e da proliferação de doenças e zoonoses vinculadas a esse processo, busca-se encontrar soluções eficientes e economicamente viáveis para solucionar ou amenizar o problema (GARCIA et al, 2012). A castração química é uma alternativa acessível para a população, além de ser um método prático, possibilita a esterilização de um elevado número de animais em um curto espaço de tempo, em concordância com as obrigações das normas legais na área de controle populacional canina (NEVES et al, 2009).

Verifica-se a necessidade de estudos referentes a protocolos analgésicos que sejam eficazes quando realizada a castração química, com intuito de evitar reação inflamatória e nível de dor exagerados. A dor traz malefícios, induz o organismo a uma resposta de estresse, além de imunossuprimir o paciente (WETMORE; GLOASKI, 2000).

A mensuração dos níveis de dor nos animais, pode ser realizada através da escala de dor da Universidade de Melbourne, baseada em respostas comportamentais e fisiológicas específicas dos animais, através da observação e interpretação do avaliador (GAYNOR; MUIR, 2009).

MATERIAL E MÉTODOS

Foi realizada a aplicação da solução injetável da marca comercial INFERTILE ® (Rhobifarma Indústria Farmacêutica Ltda.) - a fórmula contém Gluconato de Zinco 2.620,0 mg/ 100mL para o método contraceptivo definitivo, em 30 cães machos na cidade de Bandeirantes- PR em duas doses com intervalo de 30 dias. A técnica foi efetuada em cães sem raça definida, com idade entre 9 meses a 10 anos, pesando entre 3,4kg e 24 kg. O volume do esterilizante foi estabelecido através da mensuração do diâmetro transversal do testículo e administrado, conforme as recomendações contidas na bula do produto.

Foi realizada a administração de 0,25mg/kg de Acepromazina (Acepran 0,2%®, Vetnil Ind. e Com. de Produtos Veterinários Ltda., São Paulo) via intramuscular 30 minutos antes da aplicação do esterilizante, após este período foi realizada a contenção

física e a aplicação de 0,5 ml de Cloridrato de Lidocaína 2% (Syntec do Brasil Ltda., Cotia-SP) em cada funículo espermático e na parte anterior superior do testículo. Em seguida à aplicação administrou-se Dipirona sódica 500mg (Fort Dodge Saúde Animal Ltda., Campinas- SP), via intramuscular. E 0,2 ml de Dexametasona (Déxium solução injetável, Chemitec Agro Veterinária Ltda., São Paulo), O responsável pelo animal foi orientado a administrar Dipirona monoidratada 500mg/ml (Medley Indústria Farmacêutica Ltda.) via oral, a cada oito horas, durante três dias pós-procedimento.

Para avaliação da dor nos animais foi utilizada a Escala de Dor da Universidade de Melbourne (UMPS – University of Melbourne Pain Scale), a escala é dividida em descritores múltiplos em seis categorias, que contam com observações das discentes embasadas em alterações comportamentais e fisiológicas, tais como estado mental, postura, vocalização, presença de dilatação pupilar, nível de atividade, resposta à palpação, além da mensuração dos valores de FC, FR e temperatura retal. O escore final é dado pela somatória da pontuação de cada categoria e pode variar entre zero e 10; a escala segue os seguintes princípios de zero-1 sem dor, de 1-2 leve, de 3-6 moderada, 7-8 forte e 9-10 pior que existe. A tabela foi aplicada a todos os animais no dia do procedimento e três depois, posteriormente foi realizada a análise qualitativa dos dados e análise estatística através da média pareada pelo teste t de student.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Através da análise estatística do teste t de student, observou-se diminuição significativa da temperatura no primeiro e segundo dia, com $p \leq 0,05$ e não significativa ao terceiro dia com $p > 0,05$, apesar das médias terem sido sensíveis ao teste t, as mesmas encontram-se dentro do parâmetro fisiológico para cães, entre 37,5 °C e 39,2 °C.

A média da frequência cardíaca (FC) e da frequência respiratória (FR) dos animais, apresentou $p > 0,05$, portanto não significativo quanto ao teste t. Porém os parâmetros encontram-se acima do valor estimado normal (FC: 60- 160 bpm e FR: 18-36 rpm). O aumento da frequência cardíaca e da frequência respiratória foi observado antes e após aplicação do esterilizante. Essas alterações podem ser devido ao estresse causado pelo procedimento. Observou-se em dois animais (6,66%) sialorréia e em 6 animais

(20%) vocalização duas horas em média, após a esterilização. A vocalização é a manifestação corporal de dor mais reconhecida nos animais, é apresentada por choros, gemidos, uivos, latido e rosnado (CARROL, 2006). Apenas no primeiro dia foram observados episódios de êmese em 9 animais (29%), dentre eles 7 apresentaram um único episódio, 1 com dois episódios e 1 com cinco episódios, intercalados nas primeiras 24 horas. O que sugere náuseas e mal-estar provocados pelo esterilizante. De acordo com Wang (2002) nos primeiros dias após a aplicação do Gluconato de Zinco, os animais podem apresentar dor, irritação, dermatites, vômitos e ulcerações. O analgésico apresentou-se eficaz reduzindo a presença de dor exacerbada nos animais, porém houveram indicativos de maior sensibilidade em alguns animais.

Observou-se alterações comportamentais, em 9 cães (63%) ficaram apáticos, com falta de interação social, 17 animais (56%) apresentaram desconforto ao caminhar (claudicação) e inapetência. Três cães (10%) apresentaram uma postura anormal, decúbito lateral com os membros posteriores entreabertos. A partir do segundo dia os animais mostraram-se mais sociáveis e com apetite normalizado, sem apresentar características de desconforto ao se locomoverem ou dor à palpação. Alguns animais permaneceram na maior parte do tempo em decúbito lateral, sem vocaliza¬ção e apresentando reação de proteção a tentativa de toque, segundo Paula e Moliento (2012).

De acordo com os resultados da Escala de Dor da Universidade de Melbourne, 18 animais (60%) apresentaram dor moderada, 10 animais (33,33%) dor leve e 2 animais, 6,66% não apresentaram dor dentro de 24 horas após realizada a aplicação do produto. Nos dois dias posteriores ao procedimento não houve indicativos de sensibilidade dolorosa nos animais.

CONCLUSÃO

É recomendado o uso de analgésico e anti-inflamatório após a castração química, para promover maior conforto, minimizando os sintomas decorrentes do fibrosamento testicular, com intuito de garantir o bem-estar do paciente. A aplicação do produto provoca uma reação dolorosa com pico nas primeiras 24 horas, após este período o animal volta a apresentar comportamento normal como foi possível observar através da escala

de dor de Melbourne. A analgesia com Dipirona sódica foi eficiente para a maioria dos animais observados, mas é necessário o estudo de um protocolo analgésico mais eficiente visando melhor resposta dos animais mais sensíveis. A castração química é um excelente método para ser realizado como forma de controle populacional, tratando-se de uma alternativa para solucionar o problema da grande demanda de cães errantes, que afeta a saúde pública.

REFERÊNCIAS

CARROL, G. Tratamento da dor perioperatória. In: FOSSUM, T. W**. Cirurgia de Pequenos Animais**. São Paulo, Roca, 2006, p. 94 - 99.

Garcia, R.C.M.; Calderón, N.; Ferreira F**. Consolidação de diretrizes internacionais de manejo de populações caninas em áreas urbanas e proposta de indicadores para seu gerenciamento.** Rev. Panam. Salud. Publica. 32, 140, 2012.

Gaynor, J.S.; Muir, W.W. In: **Manual de controle da dor em Medicina Veterinária**, Ed.: MedVet (ed.). São Paulo, Vol. 2, 643-650, 2009.

NEVES, M A; FERREIRA, VF; TREVIZAN D; SOTO, MARTINS R F L, Utilização **do método de castração química como uma das ferramentas no controle populacional de cães no município de Americana/SP,** III Congresso Nacional de Saúde Pública Veterinária-Bonito MS. 2009

Paula, P.M.C; Molento, C.F.M. **Avaliação da dor pós intervenção em três métodos de esterilização de cães machos.** Braz. J. Vet. Res. Anim. Sci., São Paulo, v. 49, n. 4, p. 255-261, 2012.

WANG, M. **Neutersol: intratesticular injection induces sterility in dogs**. In: INTERNATIONAL SYMPOSIUM ON NONSURGICAL METHODS FOR PET POPULATION CONTROL, 2002, Pine Mountain. Proceedings, 2002. p.62

Capítulo XV

CONTROLE POPULACIONAL DE CÃES, BEM ESTAR ANIMAL E GUARDA RESPONSÁVEL, ATRAVÉS DE PARCERIAS PARA REALIZAÇÃO DE CASTRAÇÃO DE FÊMEAS A CUSTOS MÍNIMOS.

Débora dos Santos Silva
Mariza Fordellone Rosa e Cruz
Larissa Meyere

RESUMO: O aumento do número de cães abandonados nas ruas tem sido um problema não só nas grandes cidades, como no município de Bandeirantes-PR, localizada na região norte do estado do Paraná. Os proprietários de animais e população em geral, necessitam de orientações sobre guarda responsável, sanidade e bem estar animal, procurando-se reduzir o grande número de animais em vias públicas. Com resposta a esse problema, realizaram-se 43 cadastros, 14 castrações a custos mínimos para ajudar no controle da população de animais nas ruas, vacinas polivalentes (V10) IMUNO-VET® e conscientização sobre posse responsável. Foi utilizado para controle da dor no trans e pós operatório o analgésico dipirona na dose de 25mg/kg-IV ou VO (500mg/ml) as fêmeas foram acompanhadas no pós operatório com observação das tabelas da dor CAPS- Canine Acute Pain Scale- Universidade do Colorado, segundo a escala da Universidade do Colorado-(CAPS- Canine Acute Pain Scale), que avalia aspectos comportamental, psicológico, fisiológico e tensão em que o animal se encontra; no qual foram encontrados sinais de dor de 0 a 3- escalas de dor suportáveis, o grau 4 de dor sendo insuportável, não foi observado em nenhum animal. Teve como objetivo não só ajudar a população com o controle de animais nas ruas castrando à custo mínimo, como também avaliar o controle da dor no procedimento eletivo Ováriosalpingehisterectomia (OSH).

PALAVRAS-CHAVE: Ovariosalpingohisterectomia (OSH), Castração custo mínimo, CAPS- Canine Acute Pain Scale- Universidade do Colorado

INTRODUÇÃO

O número de animais errantes, exacerba a proliferação de doenças e zoonoses vinculadas a esse processo, além do grande número de animais de estimação presentes nas regiões mais carentes dos municípios, buscam-se então soluções rotineiras e economicamente viáveis para solucionar e amenizar o problema; devido a isso vêm

buscando cada vez mais programas de castração em massa com intuito de reduzir os animais de rua (DINIZ, 2009).

A conscientização da população de cães nas localidades atendidas, teve como objetivo principal, diminuindo assim o número de cães abandonados e riscos de transmissão de doenças a pessoas e animais, melhorando as condições de vida e saúde pública da população. A disseminação de muitas doenças com maior frequência em áreas populacionais de baixa renda, com má estrutura sanitária, onde o homem altera as condições naturais do meio (COMIS et al., 2005). Doenças ligadas à atividade sexual, como Tumor Venéreo Transmissível (TVT), entre outras, podem ser previnidas também com a ovariosalpingohisterectomia (OSH).

Um dos problemas maiores têm sido o custo financeiro para tal procedimento, sendo de alto valor, limitando assim a possibilidade de ajuda financeira, dependendo basicamente apenas de doações através de Organizações Não Governamentais (ONGs). Para verificar o controle da dor desses animais, no pós operatório, utiliza-se tabelas de escala de dor como a Escala de Dor da Universidade do Colorado (CAPS- Canine Acute Pain Scale).

Os objetivos deste projeto foram realizar a conscientização da população da área atendida sobre a importância da guarda responsável, realizar castrações a custos mínimos em fêmeas aptas na área cadastrada, e acompanhar as fêmeas no trans e pós operatório, avaliando-se a analgesia promovida, seus efeitos e respostas do animal (à palpação, aspectos psicológicos e comportamentais e à tensão do animal) segundo a avaliação das tabelas da dor segundo a CAPS- Canine Acute Pain Scale- Universidade do Colorado.

MATERIAL E MÉTODOS

No período de outubro a dezembro de 2014 foram cadastradas 46 cadelas, com média de 3 anos de idade para a realização do método de castração (Ovariosalpingohisterectomia-OSH), a baixo custo. As fêmeas cadastradas foram de famílias de baixa renda, em áreas carentes da cidade de Bandeirantes-PR. Foi realizada vacinação com vacina polivalente (V10) - IMUNO-VET® (laboratório Bio-Vet S/A), em todos os animais cadastrados, foram aplicadas duas doses com intervalos de 30 dias. As

vacinas foram aplicadas gratuitamente, ofertadas pela ONG parceira – APA-Associação Protetora dos Animais de Bandeirantes – PR.

Foram selecionadas 16 fêmeas que estavam aptas fisicamente para a realização da castração. Realizou-se no período de 02 de março a 10 de junho dezesseis hemogramas completos, para a obtenção segura do procedimento cirúrgico. Os hemogramas eram realizados com antecedência, caso a fêmea não apresentasse condições de ser encaminhada ao procedimento cirúrgico, não era realizada a cirurgia. O custo médio das cirurgias foi de R$ 100,00 (cem reais). O valor foi arrecadado de doações dos proprietários, e completado com doações de colaboradores e da ONG-APA.

O exame físico desses animais avaliou Frequência Cardíaca (FC: 70-140bpm), Frequência Respiratória (FR: 10-40rpm), coloração das mucosas, temperatura retal (Tº: 37,5-39,2ºC), alterações em linfonodos, condição corporal e Tempo de Perfusão Capilar (TPC: 1-2 segundos).

Os procedimentos cirúrgicos foram realizados entre os dias 11 de março até 16 de junho de 2015 em 14 das fêmeas cadastradas e submetidas ao exame de sangue, com os parâmetros sanguíneos e fisiológicos dentro da normalidade sendo aptas para a realização do procedimento cirúrgico. As cirurgias foram realizadas no Hospital veterinário da UENP e clínicas conveniadas com o projeto, que apresentaram condições adequadas para a realização dos procedimentos cirúrgicos para castração. Fez-se um termo de conscientização e autorização assinado pelo responsável do animal.

As fêmeas foram submetidas a dois protocolos. O primeiro protocolo consistiu na associação de anestésicos, composto por Xilazina (0,2-1mg/kg) IV (2%) + Ketamina (5-10mg/kg) IV (10%) + Diazepam (0,5-1mg/kg) IV (5mg/ml). Pós operatório, composto por analgésico Dipirona (25mg/kg) IV ou VO (500mg/ml) TID + antiinflamatório Dexametasona (0,1mg/kg) SC (2mg/ml) SID + associação de dois antibióticos Benzilpenicilina benzatina (40.000ui) SC SID por 3 dias e Enrofloxacina (5mg/kg) SC (2,5%) BID por 5dias, para uma melhor ação em diferentes grupos de bactérias que possam causar qualquer tipo de infecção. O segundo protocolo anestésico constitui-se de Atropina (0,02-0,04mg/kg) IV (0,25/ampola) + Xilazina (0,2-1mg/kg) IV (2%) + Ketamina (5-10mg/kg) IV (10%) + Diazepam (0,5-1mg/kg) IV (5mg/ml), tendo como diferencial nesse protocolo a adição da atropina para acelerar os batimentos cardíacos do paciente devido a bradicardia que foi proporcionada pela xilazina, para obter assim uma

maior segurança no transoperatório. Pós operatório, composto por analgésico Dipirona (25mg/kg) IV ou VO (500mg/ml) TID + anti-inflamatório Dexametasona (0,1mg/kg) SC (2mg/ml) SID + antibiótico benzipenicilina benzatina (40.000ui) SID SC por 3dias. A administração de todos os medicamentos foram feitas em bolus com seringas de 3ml e agulhas 25x7mm. No transoperatório foi utilizado soluções de Ringer com Lactato para manutenção e reposição hídrico eletrolítica devida para cada animal (frascos de 250 à 500ml). Não foram observadas diferenças entre os dois protocolos aplicados.

A tabela de dor aguda CAPS- Canine Acute Pain Scale- da Universidade do Colorado, foi utilizada para avaliar as fêmeas no pós cirúrgico, sendo realizados três dias de avaliação em três aspectos diferentes, avaliação do aspecto psicológico e comportamental, resposta à palpação abdominal e a tensão muscular , variando os graus de escore de dor de 0 (mínimo) ao 4 (máximo). Avaliou-se os graus de dor durante as primeiras doze horas e durante três dias consecutivos. O escore de dor da tabela CAPS, obtinha-se como: Grau 0= nenhuma dor, comportamento normal, animal calmo, sem tensão muscular, sem dor à palpação abdominal. Grau 1= com bem pouca dor, comportamento normal, sem tensão muscular, pouca dor à palpação abdominal .Grau 2= com pouca dor, comportamento normal mais quieto, pouca tensão muscular, pouca dor à palpação abdominal. Grau 3= com dor mediana, comportamento normal, mais deitado, com tensão muscular perceptível, dor de grau médio à palpação abdominal. Grau 4= com muita dor, comportamento fora do normal, animal inquieto, com vocalização, com grande tensão muscular e grande dor à palpação abdominal.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Durante as entrevistas aplicadas, com relação ao uso de contraceptivo hormonal percebeu-se que das 14 fêmeas castradas (100%), 12 fêmeas (85,71%) já haviam feito o uso do medicamento. Uma cadela foi diagnosticada com piometra, podendo ser resultado da administração contínua do medicamento.

A utilização da dipirona na dose de 25mg/kg- IV ou VO (500mg/ml) para controle da dor no pós operatório das fêmeas, resultou em um bom resultado na analgesia, visto que as observações de graus da escala se concentraram entre os graus 0, 1 e 2, não havendo fortes

indícios do grau 3 em nenhuma das etapas da avaliação, já o grau 4 não foi observado nos animais (figuras 1, 2 e 3).

Em relação ao grau de dor 0, ou seja, nenhuma dor, a maior porcentagem (57%) ocorreu em relação ao aspecto comportamental no primeiro dia. O grau 1 de dor, bem pouca dor, (57%) ocorreu em relação ao aspecto palpação abdominal no segundo dia de avaliação. Correspondente ao grau 2, que se resulta de pouca dor, houve 58% no segundo dia em relação a palpação e tensão muscular. Ao grau 3 de dor (dor mediana) os níveis foram abaixo de 21%, independente da característica avaliada. Contudo ao nível de dor 4, a forte dor, não se obteve nenhum animal com esse escore de dor. Observando-se os graus de dor apresentados, houve um bom controle da dor no pós operatório utilizando-se o analgésico dipirona nas doses descritas.

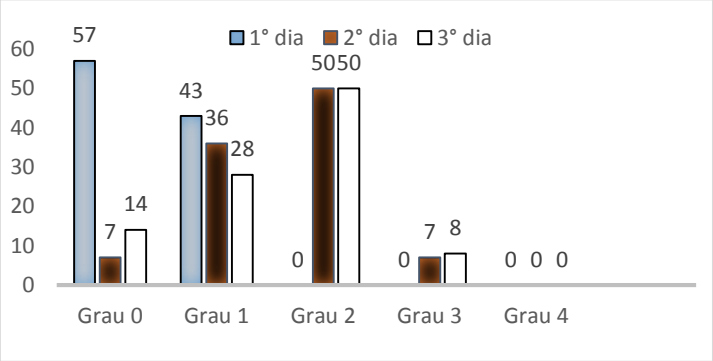

Figura 1- Graus da escala de dor observados nos graus de 0-4 (%)-CAPS em relação ao aspecto psicológico e comportamental dos animais.

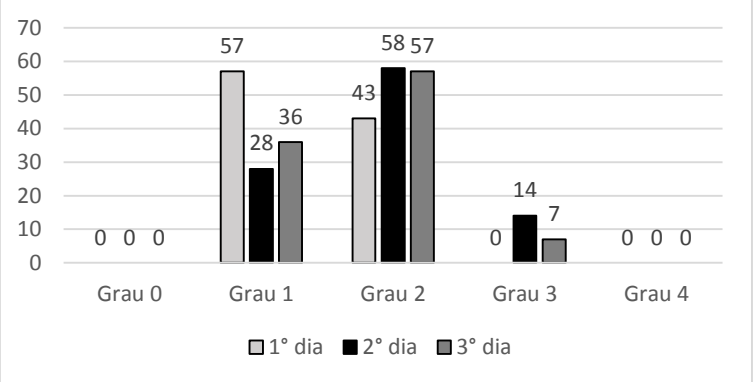

Figura 2- Graus da escala da dor observados nos graus de 0-4 (%)-CAPS- na palpação abdominal das cadelas castradas.

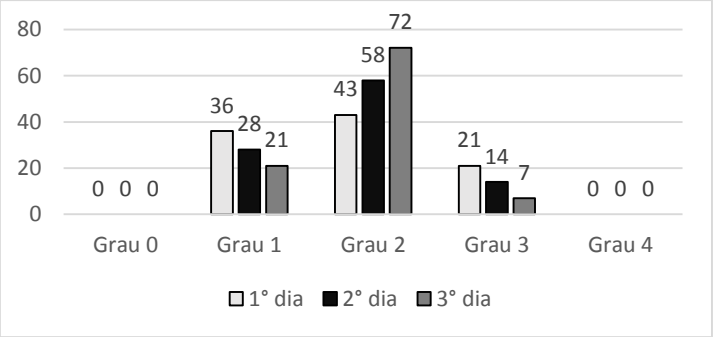

Figura 3- Graus da escala da dor observados nos graus de 0-4 (%)-CAPS em relação à tensão muscular das fêmeas.

CONCLUSÕES

Portanto, foi possível concluir que um programa de controle da população é de grande importância, não somente na questão de saúde dos animais, mas consiste também em fator de controle de riscos de acidentes e transmissão de doenças pelos animais que tem acesso ou que estão abandonados nas ruas das cidades. Objetivo principal foi conscientizar a população sobre a importância da guarda responsável e castração, que apresentou como atrativo o baixo custo para famílias carentes. Foram realizadas e acompanhadas 14 castrações de fêmeas caninas, verificando-se que o analgésico dipirona utilizado foi eficaz em relação ao controle da dor nos animais, que apresentaram um estado de relativo bem estar no pós operatório.

AGRADECIMENTOS

Agradecimentos à Fundação Araucária, pela concessão da bolsa de iniciação científica, à Universidade Estadual do Norte do Paraná, ao Hospital Veterinário e equipe, a Mariza Fordelone Rosa Cruz (professora orientadora), as clínicas conveniadas Alquimia

e Dr. Amadeu Sbalqueiro, o laboratório de análises clínicas Dr. Juarez, e em especial a Médica veterinária Fernanda Formighieri Ricciotti, APA (Associação Protetora dos Animais de Bandeirante-Pr) e colaboradores pelo apoio e a todos os proprietários das fêmeas que se dispuseram a participar do projeto e a todos que contribuíram de forma direta e indiretamente com o trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, S. **Animal livre**. Acesso em: 07 mar. 2015. Online. Disponível em: <http://animalivre.uol.com.br/home/?tipo=noticia&id=1321>.

Comis R, Vieira D, Picavêa JP, Querol E, Querol MVM. **Atividade de EA visando a melhoria da qualidade de vida da população do CEANE, em Uruguaiana, RS – prevenção das zoonoses e doenças transmitidas pela água não tratada.** *Environmental Education in Action*2005; 11.

SILVA JR., **Métodos de avaliação clínica da dor aguda em cães,** Universidade Federal de Goiás Escola de Veterinária e Zootecnia programa de pós-graduação em ciência animal, Seminários Aplicados, 2013.

Capítulo XVI

O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Letícia Gabriella ALMEIDA[216]
Thiago César GIAZZI[217]
Marco Antônio TURATTI JUNIOR[218]

RESUMO: O presente estudo propõe uma análise principiológica dos serviços públicos, com ênfase na incidência do princípio da continuidade e sua aplicabilidade diante de questões controversas na doutrina, tais como o inadimplemento do usuário e a greve dos servidores públicos. Observou-se a visualização do referido princípio ora como dever do Estado, ora como direito do usuário. Sob a última perspectiva, o trabalho discute a possibilidade de alegar o princípio da continuidade e exigir a prestação do serviço ainda que diante de situações excepcionais, nas quais a justificativa se pauta na supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Utilizou-se do método dedutivo e de revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da continuidade; inadimplemento do usuário; greve dos servidores públicos; dever do Estado; direito do usuário.

INTRODUÇÃO

A noção de serviço público pode ser observada sob diferentes perspectivas, podendo ser compreendida como toda atividade estatal na defesa de um interesse público (serviço público em sentido amplo), ou como atividade exercida pela Administração

[216] Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP.
[217] Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos pelo curso de Alta Formação da Universidade de Pisa. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP
[218] Mestrando em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP; Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina – UEL; Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina – UEL.

Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional (serviço público em sentido estrito).

O presente estudo objetiva analisar os atuais posicionamentos dos tribunais e da doutrina acerca da aplicação do referido princípio quando em conflito com o desequilíbrio contratual causado pelo inadimplemento do usuário e com o direito de greve dos servidores públicos.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, partindo de uma análise ampla dos serviços públicos e seus princípios e alcançando o caso concreto do usuário inadimplente e do servidor no exercício do seu direito de greve. A pesquisa é estruturada a partir de textos normativos, doutrinas do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, e decisões dos Tribunais Pátrios.

1. O SERVIÇO PÚBLICO

Formulado na França, em um contexto de Estado Liberal, a noção de serviço público tinha, a priori, o propósito de estabelecer-se como critério de definição do Direito Administrativo e definir a competência da Jurisdição administrativa, haja vista a vinculação daquele país – persistente até os dias atuais – ao sistema do contencioso administrativo.

Diante desse contexto, destaca-se a aplicação absoluta do princípio da Separação dos Poderes naquela realidade, razão pela qual se atribui à Escola de Serviço Público Francesa os primeiros traços do que a doutrina tradicional entende por "serviço público em sentido amplo", qual seja, toda atividade estatal exercida na busca pelo interesse coletivo.

> Por outro lado, na medida em que as atividades Estatais foram sendo definidas, o conceito de "serviço público" entra em harmonia com as atividades exercidas pela Administração Pública, com exclusão das funções legislativa e jurisdicional (DI PIETRO, 2006, p. 110).

Também nesse sentido foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual posicionou-se no sentido de que a prestação de serviços públicos é apenas uma das formas

de atividade estatal, também fragmentada em funções públicas (atividades não econômicas irrenunciáveis) e atividades econômicas.

> Assim, a totalidade das atividades desempenhadas pelo Estado recebe, atualmente, a terminologia de serviço público em sentido amplo (AGUILLAR, 2011, p. 25/26)

Em contraponto, compreende-se como serviço público em sentido estrito:

> Toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo (BANDEIRA DE MELLO 2008, p. 659)

Depreende-se do conceito transcrito que três são os elementos apontados pela doutrina para caracterização de uma atividade como serviço público: O substrato material, o trato formal e o elemento subjetivo.

> Por substrato material entende-se uma atividade prestada para satisfação das necessidades coletivas; trato formal consiste em uma atividade prestada sob regime de direito público; e elemento subjetivo é a prestação do serviço pelo Estado, de forma direta ou indireta. (DI PIETRO, 2006, p. 114-116)

Em que pese a incidência de elementos em comum, resta evidente que os serviços públicos podem ser classificados de diferentes maneiras, incidindo sobre cada uma das espécies peculiaridades específicas. A título de exemplo, menciona-se o critério de classificação que considera a exclusividade ou não do Poder Público na prestação do serviço. Algumas atividades são exclusivas do Estado, hipótese em que poderá prestá-las de forma direta (ex: Segurança Pública) ou indireta (ex: energia elétrica). Outras, no entanto, classificam-se como atividades não exclusivas, restando sua prestação obrigatória ao Estado, mas, também, livre ao particular.

2 PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

O artigo 37 da Constituição Federal brasileira dispunha, em seu texto original, os princípios basilares da Administração Pública, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Também em âmbito constitucional, o artigo 175 da Carta Maior fazia referência à obrigação de manter um serviço adequado, transferindo ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer parâmetros para essa "adequação".

A necessidade dessa regulamentação infraconstitucional, no entanto, só foi observada ao final do século passado, marcado pela tentativa de consolidação e legitimação do Estado Social, o qual influenciou na inserção da chamada "Reforma de Estado", cujas reivindicações provocaram a busca por um serviço público de maior qualidade.

Nesse sentido, observa-se a publicação da Lei 8987/95, a qual, em seu artigo 6º §1º, destaca algumas características – classificadas por alguns doutrinadores como princípios do serviço público – indispensáveis na prestação da atividade. Transcreve-se:

> Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. (BRASIL, 1995)

Outrossim, essa eficiência mencionada no artigo transcrito é trazida para o texto constitucional, por meio da emenda 19/98. Tal previsão revela, além da característica para um serviço adequado, um princípio de natureza obrigatória na prestação do serviço público, conforme será demonstrado em momento oportuno. Entre os princípios supracitados, destacam-se alguns relevantes para o presente estudo, sem prejuízo de tantos outros apontados pelo ordenamento e pela doutrina. A priori, cabe ressaltar que a execução do serviço público, prestado de forma direta ou indireta, é um dever inescusável do Estado. Trata-se do Princípio do Dever de Prestação do Estado, sobre o qual preleciona Fernanda Marinela:

> O Estado não pode se recusar a promover a prestação dos serviços rotulados como públicos, conquanto nada impeça que ele o faça por intermédio de seus representantes, utilizando-se de institutos de descentralização da atividade administrativa como, por

> exemplo, a concessão ou a permissão de serviços. A omissão do Estado pode dar causa à ação judicial para provocar a sua atuação, constituindo, inclusive, direito a indenização, quando a ausência da atividade causar danos. (2014, p. 547)

Ressalta-se que a prestação da mesma atividade pelo particular não isenta o Estado de cumprir com sua obrigação de oferecer o serviço, o qual deve ser prestado de forma adequada, nos termos do art. 6º §1º da Lei 8987/95.

> Quanto ao princípio da generalidade, duas acepções devem ser consideradas. A primeira diz respeito à universalidade do serviço público, que deve beneficiar o maior número possível de indivíduos. A segunda, diretamente relacionada ao princípio da isonomia e da impessoalidade, destaca a necessidade de prestação do serviço nas mesmas condições técnicas e jurídicas para todos, afastando qualquer discriminação entre os beneficiários. (CARVALHO FILHO, 2015. p. 343)

Outrossim, o princípio da atualidade, também denominado princípio da adaptabilidade ou atualização, vem previsto expressamente na Lei 8987/95, que conceitua o termo em seu artigo 6º §2º, a saber:

> § 2o A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço" (BRASIL, 1995). Evidente, portanto, a intenção do legislador em adaptar a atividade às novas exigências sociais, idealizando uma prestação de serviços eficaz, moderna e atenta às novas tecnologias.

Pertinente destacar, ainda, a inserção do princípio da eficiência pela emenda 19/1998, já mencionada, exigindo que "a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional" (MEIRELLES, 2011, p. 08). Segundo Pietro de Jesús Lora Alarcón:

> A eficiência supõe uma combinação entre o princípio da legalidade e o da oportunidade ou otimização, de forma que a Administração assegure o bem comum sem comprometer as garantias do Estado de Direito. É dizer, a Administração tem a tarefa de estabelecer permanentemente uma relação entre os fins constitucionais, a legalidade e os meios e fins de que dispõe, para criativamente atender metas e diretrizes que solucionem as necessidades públicas (2011, p. 238).

A inclusão desse princípio na Carta Magna revela a insatisfação da sociedade frente à inércia e à prestação ineficaz do serviço por parte do Poder Público, restando necessária uma forma mais efetiva de reivindicar direitos dos usuários e estabelecer deveres aos prestadores, aqui compreendidos a própria Administração ou seus delegados.

Por fim, mas tão imprescindível quanto os demais, ressalta-se a aplicação do princípio da continuidade na prestação do serviço público. Em razão de sua relevância no presente estudo, sua abordagem será feita no tópico seguinte.

3 O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE E HIPÓTESES CONTROVERSAS

O princípio da continuidade pressupõe que a prestação do serviço público deve ser ininterrupta, contínua. Nesse sentido posiciona-se Carvalho Filho:

> Os serviços públicos não devem sofrer interrupção, ou seja, sua prestação deve ser contínua para evitar que a paralisação provoque, como às vezes ocorre, colapso nas múltiplas atividades particulares. A continuidade deve estimular o Estado ao aperfeiçoamento e à extensão do serviço, recorrendo, quando necessário, às modernas tecnologias, adequadas à adaptação da atividade às novas exigências sociais (2015, p. 343).

Para alguns autores, essa continuidade "impõe ao Estado ou a quem lhe faça as vezes o dever de prestar ao usuário o serviço público toda vez que este for necessário" (GUIMARÃES, 2007). A continuidade ficaria, nesse caso, adstrita à necessidade do usuário, e não à permanência do serviço. O tema ainda requer uma análise da noção de serviços essenciais, os quais recebem um tratamento distinto no que diz respeito às hipóteses "excepcionais" do princípio da continuidade. Isso porque a Lei nº 7793/89 elenca algumas atividades tidas como essenciais. Vejamos.

> Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento

> de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI compensação bancária (BRASIL, 1989).

Nesse ponto, a doutrina e a jurisprudência caminham no sentido de que, inobstante existam hipóteses de relativização do princípio da continuidade, conforme será observado a seguir, os serviços essenciais devem ser sempre contínuos.

Tal entendimento é corroborado pelo artigo 22 do CDC, a saber: "Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos". Estabelecidas essas premissas, é imperioso ressaltar alguns dos questionamentos trazidos a partir da análise do princípio da continuidade. São eles: (I) "É possível a interrupção do serviço em razão do inadimplemento do usuário"? (II) "O Servidor Público pode entrar em greve"?

3.1 INTERRUPÇÃO DECORRENTE DO INADIMPLEMENTO DO USUÁRIO

Uma das questões mais controvertidas acerca do princípio da continuidade diz respeito à interrupção do serviço em razão do inadimplemento do usuário. A descentralização dos serviços públicos – potencializada com a Reforma Administrativa e a necessidade de especialização do Estado – tornou comum o exercício de atividades estatais mediante contraprestação direta, cuja remuneração se dá por meio de taxas ou tarifas.

O inadimplemento por parte do usuário nesses serviços provocou divergências acerca da possibilidade de interrupção da prestação, dividindo estudiosos entre aqueles que defendem a aplicação absoluta do princípio da continuidade, àqueles que fundamentam a interrupção no equilíbrio contratual e àqueles que entendem não ser a interrupção uma violação ao princípio da continuidade. Por um lado, a incidência do princípio da dignidade humana coaduna com a exigência constitucional da prestação de um serviço adequado, nos termos do artigo 6º §1º, já mencionado. Nesse mesmo sentido prevê o artigo 22 do CDC, supracitado.

Em contraponto, o artigo 6º §3º, II da Lei 8987/95 dispõe:

> § 3o Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade (BRASIL, 1995)

Tal dispositivo encontra respaldo:

> Na necessidade do equilíbrio sistêmico na prestação do serviço, que não pode conviver com sucessivas inadimplências, cobráveis apenas em longos processos judiciais, que muitas vezes não compensam o baixo valor de cada ação judicial individualmente considerada (ARAGÃO, 2008, p.550)

Destaca-se, dessa forma, a aplicação do princípio administrativo de supremacia de interesse público sobre o interesse privado, ao passo que o inadimplemento de alguns usuários acabaria onerando toda a sociedade. Outrossim, alguns autores mencionam que a obrigação de continuidade pressupõe lealdade e boa-fé entre as partes, citando o inadimplemento contratual como uma violação a tais pressupostos (ARAGÃO, 2008, p 552).

Há quem diga, ainda, que a interrupção do serviço em razão do inadimplemento sequer viola o princípio da continuidade, conforme evidencia o próprio texto legal.

O Ministro Humberto Gomes de Barros, ao manifestar-se sobre a controversa[219], fez menção ao que se denomina "efeito dominó". Os cidadãos, ao perceberem que o

[219] O ministro, justificando alteração de posicionamento anteriormente firmado, afirma: "após meditar, com olhos nos dispositivo da Lei 8.987/95, percebi que o corte, por efeito de mora, além de não maltratar o Código do Consumidor, é permitido. Cheguei a essa conclusão, após receber um pedido de medida cautelar, formulado por um pequeno município do Estado do Rio de Janeiro, no propósito de proibir a empresa de eletricidade local, de cortar o fornecimento de energia elétrica a qualquer residência localizada no território do Município, cujo morador deixasse de pagar a conta de luz. A teor da petição, o corte, em tal circunstância, traduziria atentado à dignidade humana. Neguei a liminar, com o argumento de que a proibição acarretaria aquilo a que se denomina **efeito dominó**". Com efeito, ao saber que o vizinho está recebendo energia de graça, o cidadão tenderá a trazer para si o tentador benefício. Em pouco tempo, ninguém mais honrará a conta de luz.
Ora, se ninguém paga pelo fornecimento, a empresa distribuidora de energia não terá renda. Em não tendo renda, a distribuidora não poderá adquirir os insumos necessários à execução dos serviços concedidos e, finalmente, entrará em insolvência. Falida, a concessionária, interromperia o fornecimento a todo o município, deixando às escuras, até a iluminação pública. A tese da impossibilidade do corte assenta-se nos Artigos 22 e 42 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor)". (STJ - REsp: 363943 MG 2001/0121073-3, Relator: Ministro HUMBERTO

inadimplemento de alguns não traz quaisquer consequências, deixam de honrar com a conta e de financiar a concessionária. Esta, por sua vez, entra em insolvência e deixa de executar o serviço, interrompendo o serviço a toda a coletividade.

O "efeito dominó", supracitado, vem fundamentando o posicionamento adotado pela Jurisprudência, a qual coaduna com a possibilidade de interrupção, exigindo, contudo, o aviso prévio.

Nesse contexto, insta salientar que a discussão acerca da interrupção do serviço público diz respeito apenas àqueles serviços compreendidos como facultativos. Os serviços obrigatórios – tais como o serviço de coleta de lixo domiciliar – não estão sujeitos a interrupção.

3.2 GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO

O artigo 9º da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 7.783/89, prevê o direito de greve para os trabalhadores em geral. No tocante aos servidores públicos, a previsão desse direito vem expressa no artigo 37, VII, a saber: "Art. 37, VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica". A problemática acerca do assunto envolve a ausência dessa lei específica prevista pela Carta Maior. Para alguns doutrinadores, o direito de greve do servidor público é uma norma de eficácia contida. Logo, o servidor tem o direito e, depois, uma lei será editada para conter seus efeitos (lei infraconstitucional posterior).

Em contraponto, há quem defenda que o direito de greve é uma norma de eficácia limitada. Dessa forma, o servidor tem direito a greve, mas o exercício desse direito fica limitado à edição de uma lei que o regulamente (o servidor não pode exercer seu direito). Diante desse contexto, diversos são os mandados de injunção impetrados perante o STF exigindo um posicionamento da Corte. Essa, por sua vez, vem se manifestando no sentido de que: (i) o servidor público tem direito de greve; (ii) O direito de greve é uma norma de

GOMES DE BARROS, Data de Julgamento: 10/12/2003, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20040301</br> --> DJ 01/03/2004 p. 119, grifo nosso)

eficácia limitada; (iii) Enquanto não vier uma lei específica que o regulamente, o servidor público poderá exercer seu direito nos moldes da lei geral de greve (7783/89).[220]

Evidente, do exposto, que o respeito aos ditames da Lei Geral de Greve pelo servidor público implica em uma greve lícita, consoante posicionamento atual dos tribunais. Nesse ponto, outro questionamento é levantado: "Se o servidor exercer o direito de greve de forma lícita, terá direito de ser remunerado pelos dias parados?".

A remuneração do servidor é uma contra-prestação pelo serviço realizado. Nesse sentido, a princípio, os dias que o servidor publico estiver em greve, ainda que licitamente, não pode ser computado para fins de remuneração. Não obstante, a jurisprudência vem decidindo que o desconto financeiro pelos dias de greve não deve ser feito de forma imediata pela Administração. O servidor público exercerá seu direito e, ao final da greve, poderá fazer a compensação dos dias parados. Uma vez ressarcido o horário, o servidor faz jus à remuneração normal[221].

---

[220] MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE. CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 2O DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4o, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...]. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. [...] 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. (STF - MI: 712 PA, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 25/10/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03)

[221] CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. **SERVIDOR PÚBLICO. GREVE.** DESCONTO DA **REMUNERAÇÃO** CORRESPONDENTE AO PERÍODO DE DURAÇÃO DO MOVIMENTO. LEGALIDADE. OBEDIÊNCIA À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. 1."O art. 37, inciso VII, da Constituição Federal assegura ao **servidor público** o direito de **greve,**sendo inconstitucional qualquer ato que atente contra o exercício desse direito. O desconto dos dias em que houve paralisação do serviço

CONCLUSÃO

Identificado como um dever do Estado, a prestação do serviço público deve atender uma série de princípios, os quais se encontram dispersos na Constituição Federal – especialmente em seu artigo 37 – e na legislação infraconstitucional, cujo destaque é dado à Lei 8987/95. Nesse diapasão, o presente artigo buscou evidenciar o princípio da continuidade na prestação do serviço público e apresentar problemáticas recorrentes da sua aplicação, entre as quais a interrupção do serviço em razão do inadimplemento do usuário e a greve dos servidores públicos.

Em relação ao usuário inadimplemente, constatou-se que a doutrina e a jurisprudência vêm entendendo ser possível a interrupção do serviço, haja vista a necessidade de garantir o equilíbrio econômico contratual e o interesse da coletividade na manutenção do serviço. No que tange ao direito de greve do servidor público, o STF já se manifestou favorável, tratando-o como uma norma de eficácia limitada e defendendo a possibilidade – diante da omissão do Congresso Nacional em regulamentar o assunto – de exercício nos moldes da Lei Geral da Greve (Lei nº 7.783/89).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços públicos: doutrina, jurisprudência e legislação.* São Paulo: Saraiva: 2011.

por motivo de **greve** é legítimo (AGSS 200701775011, BARROS MONTEIRO, STJ - CORTE ESPECIAL, 10/12/2007) (RMS 20.527/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER), em respeito à vedação do enriquecimento sem causa. A salvaguarda do exercício de direito de índole constitucional é medida que se impõe. Com isso, a Administração deve, em primeira mão, buscar estabelecer critérios para que se efetive a compensação das horas não trabalhadas, assegurando assim o pleno exercício do direito de **greve** dos **servidores públicos** (ROMS 200600335989, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, STJ - SEXTA TURMA, 10/09/2007). [...] Frustrada a compensação da carga horária, o desconto em folha só será viabilizado pela instauração do devido processo legal administrativo, com a observância dos princípios constitucionais da ampla defesa em que seja assegurado o direito ao contraditório, com a participação daqueles que serão alcançados pela medida, art. 5º, LIV, da Constituição Federal "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (AI 595876 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 31/05/2007)" (AC 0006353-28.2004.4.01.3500 / GO, Rel. JUIZ FEDERAL MARK YSHIDA BRANDÃO, 1ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.110 de 15/02/2012, sem grifos no original). [...] (TRF1 - APELAÇÃO CÍVEL N. 2009.39.00.008462-6/PA, Data de Julgamento: 18/05/2016)

ALEXY, Renato. *Teoria de los derechos fundamentales.* Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos* – Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *"Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil".* Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1626/5.pdf>. Acesso em: 20/06/2016.

BRASIL, Presidência da República. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15/07/2016.

_____. Lei nº 7.783/1989, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 19/07/2016.

_____. Lei nº 8.080/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 20/06/2016.

_____. Lei nº 8.429/1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 20/06/2016.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 20/06/2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 363943. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. DJ: 12/11/2003.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 712 PA. Relator: Eros Grau. DJ: 25/10/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Apelação Cível nº 2009.39.00.008462-6/PA, Data de Julgamento: 18/05/2016.

BRITO, Jaime Domingues. Da Suspensão dos Serviços de Fornecimento de Água e O Direito do Consumidor. ***Argumenta Journal Law***, Jacarezinho - PR, n. 6, p. 123-142, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/62/62>. Acesso em: 19 jul. 2016

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo.* 28ª ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. São Paulo: atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo* – 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GUIMARÃES, Letícia. *O princípio da continuidade nos serviços públicos.* Dissertação de Mestrado – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC. 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais.* Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado Editora. 2009.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Ciência política, Estado e direito publico: uma introdução ao direito público da contemporaneidade.* São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo.* 8. Ed. Niterói: Impetus, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro.* 37. ed. (atual. Eurico Azevedo et al.) São Paulo: Malheiros, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.* 12ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.