



Sobre a Revista
Última Edição
Edições Anteriores
Normas
Chamada de Trabalhos
Contatos

Direito

Revista da Faculdade de Direito
Centro Universitário Padre Anchieta
Jundiaí/SP

ISSN 1519-1656

UNIAnchieta

Conselho Editorial:

Claudinei Coletti

Cláudio Antonio Soares Levada

Ivone Silva Barros

João Carlos José Martinelli

Lucia Helena de Andrade Gomes

Mauro Alves de Araújo

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira

Simone Zanotello

Tereza Cristina Nascimento Mazzotini

ORGANIZAÇÃO:

Claudinei Coletti

AGRADECIMENTOS

Agradecemos o apoio do Centro Universitário Padre Anchieta, em nome do Presidente Dr. Norbeto Mohor Fornari. Agradecemos ainda, em especial, a Glauca Satsala, pela forma solícita e competente para a publicação desta edição.

Aos estimados professores e alunos, que coletivamente contribuíram com a construção da nossa Revista.

APRESENTAÇÃO

Apresentamos ao leitor o número 21 da Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta.

Os artigos apresentados neste número abordam as mais diferentes questões, todas ligadas, de uma forma ou de outra, à reflexão do Direito como fenômeno jurídico inserido num determinado contexto histórico-social, e à discussão de temas ligados às Ciências Sociais em geral.

Mauro Alves Araújo, em seu artigo intitulado “*A conciliação como meio de solução de conflito sob a ótica do processo civil hodierno e do projeto do novo Código de Processo Civil*”, demonstra a importância da conciliação como um meio alternativo de solução de conflitos, sob a ótica da legislação processual em vigor. **João Carlos José Martinelli**, em “*Dano existencial: a influência dos direitos humanos nas relações empregatícias*”, analisa o surgimento desse novo instituto nas relações de trabalho, cuja base é o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos de nossa Constituição Federal. **Claudinei Coletti**, no artigo intitulado “*Partidos políticos: o enfoque organizacional de Duverger, Michels e Sartori*”, discute, de forma breve, como a corrente teórica “organizacional” analisa os partidos políticos modernos. **Édison Prado de Andrade**, num interessante artigo intitulado “*Homeschooling: uma abordagem à luz dos diplomas internacionais de direitos humanos aplicáveis à criança e ao adolescente*”, discute, sob a perspectiva jurídica, o que ele denomina de “educação familiar desescolarizada”, que significa a prática educacional de pais que resolvem cuidar eles mesmos da instrução de seus filhos, não mais delegando essa tarefa às escolas. Trata-se, como o próprio autor enfatiza, de um tema praticamente desconhecido pela literatura jurídica brasileira. **Wanderley Todai Júnior**, em “*Estudo sobre indústria, tempo livre e liberdade (notas para uma ontologia da liberdade em Marx)*”, analisa a articulação existente, no pensamento de Marx, entre o reino da necessidade e o reino da liberdade. Trata-se do último de uma série de três artigos do autor, publicados por nossa Revista. **Juliana Caramigo Gennarini**, em “*A lei 12.984/14 (discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana -- HIV -- e doentes de aids) e os crimes contra a honra -- conflito aparente de normas?*”, analisa essa nova lei editada

em junho de 2014, a qual define uma nova infração penal (a discriminação dos portadores do vírus HIV e de doentes de AIDS), punível com reclusão de um a quatro anos. A questão que se coloca para a autora é discutir se tal situação já não era tutelada pelo ordenamento jurídico vigente (crimes contra a honra, previstos no Capítulo V do Título I do Código Penal Brasileiro, mais especificamente, nos crimes de difamação ou de injúria). **Marcus Vinícius Ribeiro**, em *“A importância do estudo da história do direito e as tendências do direito contemporâneo”*, observa, em primeiro lugar, que a história do Direito expressa a própria história da sociedade, ou seja, os acontecimentos e transformações sociais se refletem no Direito. Sem um estudo sobre os valores existentes em cada época e sociedade não se pode entender adequadamente o fenômeno jurídico. Neste sentido, o Direito, na atualidade, aproximou-se da Filosofia, da Sociologia, da Ética, da Ciência Política e da História, e um estudo puro da lei e do ordenamento jurídico revela-se incapaz de permitir uma compreensão do Direito em toda sua complexidade. **Teresa Cristina Nascimento Mazzotini**, no artigo intitulado *“A prova da união estável à luz dos negócios jurídicos”*, demonstra que, diferentemente do que ocorre no casamento, na união estável a comprovação do início e término convivencial, para fins de celebração de negócios jurídicos, depende de prova documental, fruto de documento administrativo/cartorial. **Luís Antônio Francisco de Souza e Thaís Battibugli**, em *“A opção pela militarização da Segurança Pública no Brasil”*, discutem a tendência atual de militarização da Segurança Pública no Brasil, entendida como a adoção de modelos, doutrinas, procedimentos e pessoal militares em atividades de natureza civil, fato que indica que as competências policiais e militares não estão claramente definidas em nosso país. **Ricardo Rodrigues Gama**, no artigo *“Cidadania e acesso à justiça”*, enfatiza que o acesso à justiça é uma das dimensões da cidadania, e deve ser aplicada a todos os casos em que o cidadão necessitar da intervenção do Judiciário. **Fernanda de Favre Merbach** discute *“O surgimento da bioética e sua atual importância no mundo jurídico”*. **Márcio Alexandre Ioti Henrique** analisa *“A sujeição passiva no Direito Tributário”*. **Lúcia Helena de Andrade Gomes**, em *“Currículo: questões atuais nos Cursos de Direito”* faz uma breve exposição dos conceitos de currículo, e analisa a formação de uma matriz curricular nos cursos de Direito. Trata-se de um artigo escrito a partir de anotações de

uma palestra proferida aos Membros da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-SP. Finalmente, **João Jampaulo Júnior**, num brevíssimo artigo, trata da “*Influência do Direito norte-americano e francês no moderno Direito Público*”.

Convém ressaltar, uma vez mais, que a preocupação fundamental da nossa Revista é a discussão teórica e doutrinária de temas de importância jurídica e social.

Acreditamos que tais discussões sejam fundamentais para a formação e atualização de professores, alunos e demais profissionais do Direito preocupados em refletir sobre as transformações recentes da realidade social e do fenômeno jurídico.

Prof. Dr. Claudinei Coletti

SUMÁRIO

A CONCILIAÇÃO COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO SOB A ÓTICA DO PROCESSO CIVIL HODIERNO E DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....	8
<i>Mauro Alves Araújo</i>	
DANO EXISTENCIAL: A INFLUÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES EMPREGATÍCIAS.....	25
<i>João Carlos José Martinelli</i>	
PARTIDOS POLÍTICOS: O ENFOQUE ORGANIZACIONAL DE DUVERGER, MICHELS E SARTORI.....	31
<i>Claudinei Coletti</i>	
HOMESCHOOLING: UMA ABORDAGEM À LUZ DOS DIPLOMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS APLICÁVEIS À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE.....	41
<i>Édison Prado de Andrade</i>	
ESTUDO SOBRE INDÚSTRIA, TEMPO LIVRE E LIBERDADE. (NOTAS PARA UMA ONTOLOGIA DA LIBERDADE EM MARX - III).....	88
<i>Wanderley Todai Júnior</i>	
A LEI 12.984/14 (DISCRIMINAÇÃO DOS PORTADORES DO VÍRUS DA IMUNODEFICIÊNCIA HUMANA -- HIV -- E DOENTES DE AIDS) E OS CRIMES CONTRA A HONRA - CONFLITO APARENTE DE NORMAS?	115
<i>Juliana Caramigo Gennarini</i>	
A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DA HISTÓRIA DO DIREITO E AS TENDÊNCIAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO.....	125
<i>Marcus Vinícius Ribeiro</i>	
A PROVA DA UNIÃO ESTÁVEL À LUZ DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	136
<i>Teresa Cristina Nascimento Mazzotini</i>	

A OPÇÃO PELA MILITARIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL	142
<i>Luís Antônio Francisco de Souza</i>	
<i>Thaís Battibugli</i>	
CIDADANIA E ACESSO À JUSTIÇA	155
<i>Ricardo Rodrigues Gama</i>	
O SURGIMENTO DA BIOÉTICA E SUA ATUAL IMPORTÂNCIA NO MUNDO JURÍDICO	178
<i>Fernanda de Favre Merbach</i>	
A SUJEIÇÃO PASSIVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO	193
<i>Márcio Alexandre Ioti Henrique</i>	
CURRÍCULO: QUESTÕES ATUAIS NOS CURSOS DE DIREITO	209
<i>Lucia Helena de Andrade Gomes</i>	
INFLUÊNCIA DO DIREITO NORTE-AMERICANO E FRANCÊS NO MODERNO DIREITO PÚBLICO (importação, reimportação e transmigração), VOLTADO PARA O PROBLEMA DA GLOBALIZAÇÃO, E, ESPECIFICAMENTE OS DIREITOS HUMANOS (Santi Romano).....	217
<i>João Jampaulo Júnior</i>	

A CONCILIAÇÃO COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO SOB A ÓTICA DO PROCESSO CIVIL HODIERNO E DO PROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

*Mauro Alves Araújo*¹

Introdução

O presente trabalho visa demonstrar a importância da conciliação como um meio alternativo de solução de conflitos, tratando da questão sob a ótica da legislação processual em vigor e a que se avizinha modificar o Código de Processo Civil.

Para tanto, inicialmente, demonstrar-se-á como a conciliação é tratada no direito em vigor e como será tratada no projeto de lei do novo Código de Processo Civil.

Não poderia deixar de mencionar, igualmente, os objetivos da conciliação, tratando da possibilidade de haver a conciliação até mesmo quando há a vedação legal.

Utilizar-se-á parte de minha dissertação de mestrado, eis que o tema foi tratado na época com as modificações no processo civil e que se mostram atuais, apesar da nova reforma.

Não se tem a pretensão de esgotar totalmente o tema, até mesmo porque o presente trabalho não se presta a tanto, mas se busca dar uma breve amostra da necessidade de mudanças de comportamento por parte dos operadores do Direito, visando uma Justiça mais célere e com menos litigiosidade.

1. A Conciliação no Código de Processo Civil vigente e no Projeto de Lei 8.046/2010

¹ Doutor em Direito Civil pela PUC-SP e professor titular do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta), em Jundiaí (SP).

Inicialmente, importante lembrar que a conciliação não é um instituto novo. Ao contrário, trata-se de um dos meios alternativos de solução de conflito mais antigo, haja vista que o bom senso, quando presente, recomenda resolver um litígio de forma célere e econômica.

No Código de Processo Civil vigente, encontramos a conciliação como uma ferramenta colocada à disposição do Juiz para solução do litígio a qualquer tempo².

Esta tentativa de extinção do feito por acordo entre as partes também está presente, desde outrora, no direito estrangeiro, como se constata no artigo 262 do Código de Procedimento Civil do Chile³; no artigo 36, 2º, "a", primeira parte, do Estatuto Processual argentino⁴; no artigo 101, § 3º, da Lei Adjetiva da Colômbia⁵; e, no direito português temos a combinação dos artigos 508º e 509º de seu Código de Processo Civil⁶.

Há, ainda, no mesmo Código de Processo Civil, a previsão de conciliação designada pelo Juiz no momento imediato anterior ao saneamento do processo, conforme previsto no artigo 331 do CPC, após as mudanças que sofreu com o advento da Lei nº 8.952, de 13.12.94, e da Lei nº 10.444, de 7.5.2002, e que

² Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

[...]

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

³ "Em todo juízo civil, com exceção dos juízos ou procedimentos especiais de que tratam os Títulos III, V e XVI do Livro III, o juiz poderá em qualquer estado da causa chamar as partes à conciliação e propor-lhes bases de ajuste"

⁴ "Dispor, em qualquer momento, o comparecimento pessoal das partes para intentar uma conciliação . . ."

⁵ "Se concorrem os demandantes e demandados, ou alguns destes ou daqueles sem que exista entre eles litisconsórcio necessário, o juiz os instará para que conciliem suas diferenças, se forem suscetíveis de transação . . ."

⁶ "Artigo 508º, 1, Findos os articulados, se ao juiz se afigurar possível conhecer sem necessidade de mais provas, do pedido ou de algum dos pedidos principais, ou do pedido reconvenicional, poderá designar, para dentro de 10 dias, uma audiência de

modificou substancialmente o antigo instituto, existente desde a promulgação do nosso Estatuto Processual⁷.

Essa inovação introduzida por referidas leis pode ser equiparada - apesar da nossa ser mais abrangente - a "*Summons of directions*" do Direito inglês, onde se tem uma audiência prévia para exame e solução das questões preliminares, ou ao "*Pre-trial*" do Direito norte-americano, que tem o mesmo fim do instituto inglês⁸.

Diz-se que o nosso sistema é mais abrangente pelo fato de ser possível uma tentativa de conciliação na audiência designada, evitando-se que o processo se alongue no tempo.

Mas não é novidade esta forma de saneamento com prévia tentativa de conciliação no direito processual sulamericano, eis que o Código de Procedimento Civil da Colômbia⁹ conhece esta audiência desde antes do nosso artigo 331, a qual, inclusive, é obrigatória quando tenha o réu contestado a ação.

O direito português, também, tem uma audiência antes do julgamento da ação¹⁰, na qual o Juiz buscará, inicialmente, a conciliação¹¹, e não sendo esta

discussão." "Artigo 509º, 1, Aberta a audiência, o juiz procurará conciliar as partes, tendo em vista uma solução de equidade".

⁷ O artigo 331 do CPC, com as modificações trazidas por referidas leis, passou a vigor com a seguinte redação: "Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. § 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º."

⁸ Rogério Lauria Tucci, op. cit., p. 29-33.

⁹ Artigo 101 - Audiência de conciliação, saneamento, decisão de exceções prévias e fixação do litígio.

¹⁰ Artigo 508º do Código de Processo Civil.

frutífera, haverá a discussão do processo entre os advogados das partes e, posteriormente, o saneamento do processo, no qual poderá ser extinto o feito¹².

Por esta razão, aliás, entende-se que o nosso hodierno artigo 331 pode ser aplicado até mesmo nos processos em que o Magistrado verifique a possibilidade de extinção do feito sem julgamento do mérito¹³, por sabido que a extinção sem julgamento do mérito resulta na possibilidade do autor ingressar novamente com a ação.

Portanto, se o processo pode ser novamente incoado, o que significa maiores despesas e perda de tempo, nada mais lógico do que se procurar uma conciliação que evitará a extinção do feito e nova propositura.

Podendo se admitir esta possibilidade até mesmo quando houver a perempção, litispendência e coisa julgada¹⁴, pois, se as partes se compuserem, nenhum prejuízo sofrerá o Estado em homologar tal transação.

Embora esta posição entre em conflito com a jurisprudência, que dispensa a realização de audiência de conciliação se presente a possibilidade de julgamento antecipado da lide¹⁵.

¹¹ Artigo 509º, 1, do mesmo Diploma Legal.

¹² Artigo 510º do mesmo "Codex".

¹³ Exceção feita se a extinção se der por ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação

¹⁴ Isto porque a transação somente é nula quando se trate de litígios "*decidido por sentença passada em julgado, se dela não tinha ciência algum dos transatores*", artigo 1036 do Código Civil. No mesmo sentido o artigo 2478 do Código Civil da Colômbia; artigo 2455 do Código Civil do Chile. O direito português, por sua vez, não tem dispositivo semelhante, ao contrário, disciplina o artigo 293º, 2, do Código de Processo Civil, que a transação pode ocorrer em qualquer estado da instância, o que Rodrigues Bastos, *apud* Wanda Ferraz de Brito, ob. cit., p. 212, afirma ter esta expressão, "em qualquer estado", o significado de ser possível enquanto não houver sentença terminativa do feito. Discordando-se neste aspecto, pois, conforme comentando anteriormente, ainda que findo o processo, com sentença de mérito ou não, transitada em julgado, nada obsta que as partes se componham através de uma transação para alterar o julgado ou evitar a execução do mesmo.

¹⁵ A 3ª Câ. do 2º TACivSP, na Ap. s/ rev. 463.983, Rel. Juiz João Saletti, j. em 15.10.96, assim decidiu:

"Audiência de conciliação (artigo 331 do Código de Processo Civil) - Realização - Desobrigatoriedade. Não é nulo o processo por não realizada audiência de tentativa de

A principal finalidade da conciliação é o de evitar maiores discussões sobre o mérito do processo, sendo possível a conciliação das partes, daí a obrigatoriedade de designação de audiência para este fim.

Contudo, reforçando a opinião de Sérgio Bermudes¹⁶, entendemos que o legislador foi infeliz na colocação da possibilidade de conciliação apenas quando se tratar de direitos disponíveis, vedando-a para a hipótese de direito indisponível.

É um absurdo jurídico o direito indisponível não poder ser confessado e nem ser objeto de transação, bastaria se fiscalizar, através do Ministério Público, as transações e confissões que se fizerem sobre direitos indisponíveis, e não simplesmente vedá-las.

Esta proibição se encontra também no direito português¹⁷, no chileno¹⁸, no colombiano¹⁹, embora o alcance desta indisponibilidade seja restrita a alguns casos, como o é o estado civil.

Assim, no direito estrangeiro a transação tem lugar quando se trate de direitos que temos como indisponíveis, v.g., quando uma das partes é o Estado ou incapaz, necessitando apenas de autorização para formalizá-la²⁰.

Outrossim, através do saneamento do processo - o que ocorre se a conciliação restar infrutífera - o Juiz expurga do processo toda e qualquer nulidade ou irregularidade existente nos autos - v.g., falta de um dos pressupostos processuais ou das condições da ação - de forma a permitir o conhecimento do mérito da questão colocada em Juízo, já que a admissibilidade e validade do processo foram declaradas.

conciliação (artigo 331 do Código de Processo Civil), se o julgamento foi antecipado na forma do artigo 330"

¹⁶ A Reforma do Código de Processo Civil, 1ª ed., p. 44

¹⁷ Artigo 1249º do Código Civil

¹⁸ Artigo 2447 do Código Civil

¹⁹ Artigo 2470 do Código Civil

Na mesma decisão que der por saneado o processo - a qual deve ser proferida na audiência de conciliação²¹ - haverá a declaração dos pontos controvertidos e as provas que serão produzidas para solução da lide.

Vejam que o legislador aboliu a obrigatoriedade de designação de audiência de instrução e julgamento nesta decisão interlocutória.

E o fez por um motivo muito simples, se a solução do processo depende apenas de uma prova técnica, perícia, não há porque se designar, desde já, uma audiência que poderá se mostrar inócua, se as partes não pretenderem ouvir o perito para esclarecimento em audiência.

Não se podendo olvidar que o Código Civil prevê como negócio jurídico a transação²², ou seja, um acordo entre as partes que pode até anteceder ao início do processo, evitando-lhe, com o mesmo fim, qual seja, a solução de um litígio através de concessões mútuas, como ocorre na conciliação.

Aliás, essa é a diferença entre transação e conciliação, a primeira é feita extra-autos, ainda que levada aos autos, se existente um processo, para homologação e extinção do processo, enquanto a segunda é feita por provocação do Juiz, portanto, sempre existente um processo.

Ainda lembrando que a transação pode sempre ter força judicial, mesmo quando inexistente um processo, consoante o disposto no artigo 57, da Lei nº 9.099/95²³.

Mas encontramos no Projeto de Lei 8.046/2010, que visa substituir o Código de Processo Civil vigente, inovação interessante na questão da

²⁰ Artigo 341 do Código de Procedimento Civil da Colômbia; artigo 297º do Código de Processo Civil de Portugal

²¹ Conforme Sérgio Bermudes, op. cit., 1ª ed., p. 45.

²² Art. 840. *É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.*

²³ *O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial.*

conciliação²⁴. Trata-se da inovação trazida no artigo 323 e seus parágrafos 5º e 6º, de referido Projeto de Lei nº 8.046/2010, que se transcreve para melhor elucidação:

Art. 323. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação com antecedência mínima de trinta dias.

[...]

§ 5º A audiência não será realizada se uma das partes manifestar, com dez dias de antecedência, desinteresse na composição amigável. A parte contrária será imediatamente intimada do cancelamento do ato.

§ 6º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento do valor da causa ou da vantagem econômica objetivada, revertida em favor da União ou do Estado. [...]

Como se pode observar neste texto que poderá ser parte do novo Código de Processo Civil, a conciliação passará a ser uma fase obrigatória que antecede a própria defesa do réu, que terá o seu direito de contestar incoado apenas da data da audiência infrutífera de conciliação ou, se esta não se realizar por desinteresse de uma das partes, a partir da intimação desta dispensa de conciliação, artigo 324 de referido Projeto de Lei²⁵.

Essa inovação, entretanto, não é novidade para o processo civil, inclusive o pátrio, eis que um Magistrado que atuou em uma das varas cíveis

²⁴ Apenas para conhecimento, o art. 118, em seu inciso IV, de referido Projeto de Lei, trata, inicialmente da possibilidade de o Juiz “*tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais*”.

²⁵ Art. 324. *O réu poderá oferecer contestação por petição, no prazo de quinze dias contados da audiência de conciliação ou da última sessão de conciliação ou mediação. § 1º Não havendo designação de audiência de conciliação, o prazo da contestação observará o disposto no art. 249.*

do Foro e Comarca de Campinas, determinava, nos processos de despejo para uso próprio ou de ascendente ou descendente, a intimação do réu para comparecer em audiência de conciliação designada na forma do artigo 125 do CPC vigente, intimando o autor, igualmente, a comparecer nesta audiência, onde o Magistrado buscava a conciliação das partes, alertando o réu da possibilidade de ser pedido o prazo legal para desocupação voluntária e dispensa do ônus da sucumbência, e com isso “limpava” a maioria dos processos com esse objeto de forma célere.

Crítica deve ser feita quanto à obrigatoriedade de as partes estarem acompanhadas ou representadas por advogados em referida audiência de conciliação, consoante parágrafo sétimo de referido artigo 323²⁶.

Isso porque, trata-se de uma fase que melhor que ninguém do que as partes para saberem o que é melhor para elas, diante de um profissional do Direito que é imparcial por força de lei.

Mais, não necessitando o réu de um advogado para essa fase, poderá considerar as despesas com o mesmo na proposta de acordo, viabilizando melhor a conciliação.

2. Objetivos da Conciliação

A primeira finalidade da audiência de conciliação é, sem dúvidas, a de tentar findar o processo sem maiores discussões no processo, despesas às partes e acúmulo de processos, tanto em primeira como em segundo grau de jurisdição.

Isto porque, com a conciliação das partes não haverá instrução probatória, invariavelmente custosa e demorada, o que, por si só, implica

§ 2º Sendo audiência de conciliação dispensada, o prazo para contestação será computado a partir da intimação da decisão respectiva.

prejuízo às partes, bem como, à imagem do Poder Judiciário, que se vê sobrecarregado de processos e não pode dar uma atenção mais detalhada aos mesmos sob pena de atrasar cada vez mais a solução final.

Daí a existência de sentenças e acórdãos totalmente em desacordo com a legislação, doutrina e jurisprudência, já que os processos são julgados com uma análise perfunctória das provas, quando não são estas suprimidas, tudo em nome de uma agilização que, na prática, muitas vezes leva a uma demora maior, eis que muitas sentenças e acórdãos são anulados na fase de recurso extremo, Especial ou Extraordinário.

Assim, há a designação de audiência para tentativa de conciliação, a qual, apesar de ser possível apenas quando não for o caso de extinção do processo no estado dos autos ou antecipadamente, conforme estudado anteriormente, segundo exegese do referido artigo 331, defende-se ser aconselhável a designação de audiência de tentativa de conciliação na maioria dos processos.

Apesar de ciente de opiniões diversas, entende-se que o Magistrado poderá designar a audiência de tentativa de conciliação antes mesmo de verificar a possibilidade de promover o julgamento antecipado da lide, ao contrário do que ocorria no saneamento antes das reformas processuais ²⁷.

Acreditando-se, ainda, que há a possibilidade de o Juiz designar uma audiência de conciliação antes do julgamento antecipado da lide, pois, com a

²⁶ As partes deverão se fazer acompanhar de seus advogados ou defensores públicos.

²⁷ Saneado o processo, entendeu o 2º TACivSP, não poderia o Juiz julgar antecipadamente a lide (RT 602/172). E, segundo o Professor Arruda Alvim (Código de Processo Civil e Legislação Extravagante, notas 18 e 24 ao artigo 330) "*não pode o Juiz julgar antecipadamente a lide quando tenha determinado a realização de prova pericial*", o que representa que "*não pode ser proferido o julgamento antecipado da causa se já houve o saneamento do processo e a produção de prova pericial*". Entretanto, ainda que isolado, já havia no sistema anterior julgado admitindo a possibilidade do Juiz reformar decisão anterior, considerando desnecessária a produção de provas, julgando a causa antecipadamente (RSTJ 24/411)

audiência poderão as partes, não se conciliando, alertar o Julgador de algum fato relevante e que merece melhor dilação probatória.

E não será esta audiência que tumultuará a pauta sobrecarregada dos Juízes, já que a vivência como conciliador no Juizado Especial de Pequenas Causas e, posteriormente, Juizado Especial Cível, mostrou que as partes, por mais razão que aleguem ter, acabam transigindo, de forma a evitar as conseqüências de uma sentença desfavorável. Com isto, ganha o Juiz que não precisará estudar o processo para sentenciar, e ganha o Tribunal que não terá que apreciar um recurso da parte sucumbida.

Exceção se abre na hipótese de se verificar ser o pedido impossível, haver ilegitimidade de parte ou incompetência absoluta do Juízo, pois nestas hipóteses não há como se alcançar a transação quanto ao direito em litígio, podendo apenas ser objeto da transação a desistência da ação, o que não impedirá de nova propositura.

Temos na designação de audiência de conciliação o mister de intimar as partes para comparecimento àquela audiência. Intimação esta que é feita na pessoa de seu advogado, podendo se fazer representar pelo mesmo.

O não comparecimento de uma das partes, ou de ambas, não acarreta nenhum prejuízo à faltante, significando, apenas, que a parte deseja o prosseguimento do feito em seus ulteriores termos²⁸.

Crítica novamente se faz, agora ao texto legal vigente, enaltecendo o texto do referido Projeto de Lei, utilizando-se da experiência como conciliador no Juizado de Pequenas Causas, hoje Juizado Especial Cível, quando se

²⁸ Antonio Cláudio da Costa Machado (A Reforma do Processo Civil Interpretada, p. 27) demonstra sua desconfiança na aplicabilidade de tal dispositivo, primeiro porque não há sanção, segundo porque o clima de beligerância do réu não o motiva a participar de referida audiência. Discorda-se, entretanto, do Mestre das Arcadas no que tange à impossibilidade de existência de sanção a obrigar as partes a comparecerem naquela audiência, pois, nada há que impeça a previsão de tais sanções, que se resumiriam à obrigatoriedade de comparecer na audiência, não de fazer a transação.

observa que nos procedimentos instaurados pelo Juizado Informal de Conciliação, a ausência da reclamada é enorme, pela ciência da falta de sanção à sua ausência, apesar do desrespeito com a Justiça que representa essa atitude da reclamada.

Da mesma forma, de nada adianta a preocupação do legislador em criar mecanismos para acelerar a distribuição da Justiça, e dos Magistrados em designar audiência para tentativa de conciliação, se a parte não se der ao trabalho de nem ao menos comparecer àquele ato.

Daí ter-se enaltecido o Projeto de Lei para reforma do CPC, por ser mais produtivo a intimação da parte, advertindo-lhe da pena pecuniária para a hipótese de ausência na referida audiência.

Podendo se estender esta sanção para os Juizados Informais de Conciliação que, apesar de não terem jurisdição, são organizados e comandados pelo Poder Judiciário, o que vale dizer que as partes devem pelo menos respeito ao chamado da Justiça.

Dessa maneira o Juiz poderia alertar às partes dos inconvenientes que representam o prosseguimento de um processo, mormente, os custos e a álea que é a sentença futura, fatos nem sempre levantados pelos advogados em seu relacionamento com o cliente.

A Colômbia trata da questão de uma maneira muito proveitosa, já que impõe à parte ou ao procurador da mesma que não compareça à audiência designada para conciliação, saneamento, decisão das exceções prévias e fixação do litígio, ou que se retire da mesma antes de seu término, uma multa com valor de cinco a dez salários mínimos mensais, salvo se provar motivo justo para ocorrência da falta ou retirada prematura ²⁹.

Mais, para descongestionar os despachos judiciais, o legislador colombiano criou o Decreto 2651 de 1991, no qual o artigo 10 prevê a

possibilidade de ser decretada a "*perencion*" se o faltante for o demandante, nos termos do artigo 346 do Estatuto Processual, ou, no caso de ausência do demandado, se terão como certos os fatos suscetíveis de confissão contidos na demanda e ademais o juiz declarará desertas as exceções de prescrição, compensação e nulidade relativa, se as houver proposto.

Esta penalidade criada pelo referido Decreto são aplicadas cumulativamente àquela do artigo 101 do Código de Ritos, conforme informa Hernán Fabio López Blanco ³⁰.

Com isto, as partes se vêem obrigadas a comparecer à audiência, ainda que não por respeito à Justiça, para evitar as conseqüências que tal ato acarreta contra si no julgamento do mérito, além do pagamento da multa, o que faz as pessoas pensarem duas vezes antes de se ausentarem à audiência.

Portugal também tem como penalidade à ausência de uma das partes na audiência designada, seja qual for a finalidade da mesma, desde que notificadas na forma da lei ³¹, o pagamento de multa ³², o que inibe, igualmente, a falta injustificada.

Conclusão

Embora se tenha, ao longo deste trabalho, procurado consignar algumas considerações pessoais, bem como, conclusões, mister se faz a enumeração de algumas conclusões que chegamos no estudo do tema, o que faremos de forma objetiva, atentando-se para a aplicação de cada uma na vida prática.

1. Um grande passo para o processo avizinha-se com a obrigatoriedade de designação de uma audiência prévia de conciliação, para

²⁹ Artigo 101, parágrafo 2º, inciso 3, do Código de Procedimento Civil.

³⁰ Op. cit., Tomo I, p. 462.

³¹ Artigo 256º do Código de Procedimento Civil

³² Artigo 208º, "b", do Código de Custas Judiciais

uma mais rápida e célere distribuição de Justiça, que se entende possível até mesmo se o Juiz verificar a possibilidade de extinção do feito por ocorrência de alguma das hipóteses previstas no artigo 329, excluindo-se, é lógico, as hipóteses de falta de pressupostos processuais ou de condições da ação.

2. A cominação de uma pena pecuniária à parte que faltar à audiência de conciliação, a exemplo do que ocorre na Colômbia e em Portugal, é medida salutar, para que não se tenha a designação de audiência sem respeito das partes pelo comparecimento.

3. A sanção penal é uma medida que poderia, igualmente, ser adotada, nos mesmos termos que, “*mutatis mutandis*”, é aplicada a pena de desobediência à testemunha faltante, necessitando, portanto, “*de lege ferenda*”. Isto porque, a ausência da parte intimada é um desrespeito à Justiça, que determina a designação de uma audiência, aumentando a pauta já apertada dos Juízes, e a mesma não se realiza pela displicência da parte ausente. Porém, para que essa ausência tivesse a cominação da pena, mister se faria que as partes fossem notificadas pessoalmente, de forma a não alegarem ignorância.

Referências:

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

ALVIM, Thereza. *O Direito Processual de Estar em Juízo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996 (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 34)

ARAZI, Roland; FENOCHIETO, Carlos Eduardo. *Régimen del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - Revisado y Comentado*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel. *Tratado de Direito Processual Civil*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

_____. *Direito Processual Civil*, vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____; ARRUDA ALVIM, Teresa. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, 4ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994; 5ª edição, 1996; e, vol. II, 4ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991; 5ª edição, 1996.

ASSIS, Jacy de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2, Tomo 2, Rio de Janeiro, Forense, 1979.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BASTOS, Jacinto Rodrigues. *Código Civil Português* (Anotado e Atualizado), 11 ed. Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 1996.

BLANCO, Hernán Fabio López. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomos I e II, Sexta Edición, Bogotá, Colômbia: Editorial ABC, 1993.

BERMUDES, Sérgio. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 1. Ed. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1995.

_____. _____. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BORGES, Marcos Afonso. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1975.

CALMOM DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*, v. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-America, 1973.

CASTRO, Hector Enrique Angel. *Código de Procedimiento Civil - Comentarios, Doctrina, Jurisprudencia, Concordancias, Legislación Complementaria, Indices*, Tercera Edición. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Libreria Doctrina e Ley, 1994.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, tomo III. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 3 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1981.

CODIGO CIVIL DO CHILE. Ediciones Grandes Codigos, Editora Juridica Manuel Montt S.A.

CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Ediciones Grandes Codigos, Editora Juridica Manuel Montt S.A.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. *A Reforma do Código de Processo Civil*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*, Espanha, Editorial Labor, S.A., 1936.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 1º, 2º e 3º volumes. São Paulo: Saraiva, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. 2. ed. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

JULGADOS DO TRIBUNAL DE ALÇADA.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1953.

LIEBMAM, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1947.

_____. *Manuale di Diritto Processuale Civile*. 4. Ed. vol. I, Milano, 1980.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A Reforma do Processo Civil Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARTINEZ, Helmut Suarez. *Código Civil - Ordenado, Concordado, Anotado, Suplemento Legislativo, Primera Edición*. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Ediciones Doctrina y Ley, 1994.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, vol. I, 2ª e 18ª edições. Rio de Janeiro: Forense, 1976 e 1996.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 26ª e 28ª edições. São Paulo: Saraiva, 1995 e 1997.

PAULA, Alexandre de. *O Processo Civil à Luz da Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PIMENTEL, Wellington Moreira. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomos I, II, III, IV e V, Rio de Janeiro, Forense, 1973. Atualização Legislativa de BERMUDEZ, Sérgio. Tomos I, II, III e IV, Rio de Janeiro, Forense, 3ª edição, 1996.

REDENTI, Enrico. *Derecho Procesal Civil*, tomo I. Buenos Aires: Ediciones Europa-America, 1957.

REVISTA DE JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

REVISTA DE PROCESSO.

REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

REVISTA DOS TRIBUNAIS.

REVISTA FORENSE.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*, vols. I e II. São Paulo: Saraiva, 1965.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1955.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. 1, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, vols. 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 1984.

SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*, vol. I. Buenos Aires: Ediciones Europa-America, 1971.

SILVA, Clóvis do Couto e. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

SOARES, Fernando Luso; MESQUITA, Duarte Romeira; BRITO, Wanda Ferraz de. *Código de Processo Civil Anotado*. 9. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I e II, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1975.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Ação Monitória*, 1. Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria. *Do Julgamento Conforme o Estado do Processo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

VARELA, Antunes; BEZERRA, J. Miguel; NORA, Sampaio e. *Manual de Processo Civil*. 2. ed. Coimbra: Portugal, Coimbra Editora Limitada, 1985.

VÉSCOVI, Enrique. *La Reforma de la Justicia Civil en Latinoamérica*. Santa Fé de Bogotá, Colômbia: Editorial Temis S.A., 1996

DANO EXISTENCIAL: A INFLUÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES EMPREGATÍCIAS

*João Carlos José Martinelli*¹

1. Conceito

O *dano existencial* constitui espécie de *dano imaterial* ou *não material* que acarreta à vítima, de modo *parcial* ou *total*, a *impossibilidade* de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu *projeto de vida* (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua *vida de relação* (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social).²

2. Caracterização

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), confirmando decisões de primeiro e segundo grau, tem destacado um novo instituto das relações empregatícias. Assim, por influência dos Direitos Humanos, a Justiça do Trabalho vem consolidando uma nova modalidade de lesão agregando o dano existencial aos já conhecidos danos morais, materiais e estéticos pleiteados nas ações trabalhistas.

Segundo o advogado Paulo Valed Perry Filho³, sócio da área trabalhista do Demarest Advogados, o dano existencial surge basicamente de violações de direitos dos empregados como excesso de jornada, mudança nas férias e no descanso semanal remunerado:

Sob a visão prática, ocorrerá o dano existencial quando o empregador, de forma contínua, dolosa ou culposa, impuser um volume excessivo

¹ Advogado, jornalista, escritor e professor universitário. Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

² FROTA, Hidemberg Alves da. Noções Fundamentais sobre o Dano Existencial. In: *Temáticas Jurídicas*. wordpress.com.

³ PERRY FILHO, Paulo Valed. Frustração de projeto de vida pode levar a dano existencial. *Diário do Comércio e Indústria*, 5 jul. 2013.

de trabalho ao empregado ou usurpar direitos como impedir o gozo das férias ou do descanso semanal remunerado, de modo a inviabilizar que o trabalhador desfrute do efetivo convívio social, impedindo-o de praticar as suas atividades culturais, recreativas, esportivas, afetivas, familiares, ou mesmo de desenvolver os projetos de vida em todos os seus âmbitos: pessoal, social, profissional e religioso.

Ao julgar o recurso de um trabalhador, a 1ª Turma do TRT de Minas deu razão a ele e condenou a empresa reclamada ao pagamento de indenização por dano moral existencial, no valor de R\$30.000,00. Esse tipo de dano fica caracterizado em situações nas quais o trabalhador é submetido habitualmente a jornadas exaustivas, de forma a comprometer a vida particular dele, impedindo-o de se dedicar aos seus projetos pessoais e outras atividades de sua vida privada. E, no caso, os julgadores entenderam que a ofensa à dignidade do empregado justifica a condenação, pois ficou comprovado que ele trabalhava de forma exaustiva, o que interferia em seu convívio social, familiar, cultural e no seu direito ao lazer. A percepção da relatora do recurso, juíza convocada Adriana Goulart de Sena Orsini, não há dúvidas de que a obrigatoriedade de prestar serviços por 10 horas diariamente e, até 14 horas, como reconhecido na sentença, ainda que houvesse uma folga semanal, comprometeu em muito a vida particular do reclamante, impedindo-o de se dedicar também a atividades de sua vida privada. Nas palavras da relatora, o dano existencial "decorre de toda lesão capaz de comprometer a liberdade de escolha do indivíduo, frustrar seu projeto de vida pessoal, uma vez que a ele não resta tempo suficiente para realizar-se em outras áreas de atividade, além do trabalho. Acontece quando é ceifado seu direito ao envolvimento em atividades de sua vida privada, em face das tarefas laborais excessivas, deixando as relações familiares, o convívio social, a prática de esportes, o lazer, os estudos e, por isso mesmo, violando o princípio da dignidade da pessoa humana - artigo 1º, inciso III, CF" (TRT da 3ª Região. Processo nº 0001837-44.2014.5.03.0179 ED).

3. Fundamentação legal

O dano existencial, também denominado de "dano de projeto de vida", baseia-se em violação ao artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal que dispõe sobre a inviolabilidade, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando a indenização por dano moral ou material decorrente de sua violação. A imposição de determinadas circunstâncias a um trabalhador que ferem seus anseios

fundamentais, contraria primordialmente o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da Constituição Federal (artigo 1º, inciso III).

A dignidade se revela simultaneamente como valor e como princípio, já que se constitui num dos pilares do Estado Democrático de Direito. Ressalte-se interessante observação de Alexandre de Moraes⁴:

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 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.

A importância de se focar o respeito irrestrito à dignidade humana é manifesta. Nesse sentido invoquemos o prof. Dalmo de Abreu Dallari⁵:

As finalidades mais importantes da Constituição consistem na proteção e promoção da dignidade humana. Por esse motivo, não é uma verdadeira Constituição uma lei que tenha o nome de Constituição, mas que apenas imponha regras de comportamento, estabelecendo uma ordem arbitrária que não protege integralmente a dignidade de todos os indivíduos e que não favorece sua promoção.

4. Teoria geral dos direitos humanos

O direito de reparação pela violação de dano existencial já foi reconhecido em 1998 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que o indicou como um novo instituto jurídico, sendo assim identificado por se tratar de uma lesão a direito fundamental à pessoa a qual se vê preterida de desenvolver em plenitude suas potencialidades. A Corte é um órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos, com competência limitada aos Estados-partes da

⁴ MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002, p.129.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. p.24, São Paulo: Saraiva. Grifos nossos.

Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969 que aceitam expressamente sua jurisdição.

Assim, a influência da Teoria Geral dos Direitos Humanos⁶ foi decisiva na concepção do dano existencial, que tem sido aplicada de modo distinto do dano emergente e lucros cessantes. Efetivamente, tem em vista o futuro da vítima, mas que, nem por isso, deixa de ser certo, porque este projeto de vida se mostra concretizado já por atos objetivos, constituindo-se num dano provável, portanto, indenizável.

Para Sergio García Ramírez⁷, juiz da Corte IDH,

o denominado projeto de vida atende à realização integral da pessoa afetada, considerando sua vocação, circunstâncias, potencialidades e aspirações, que lhe permitem estabelecer razoavelmente determinadas expectativas e atingi-las. A noção de dano ao projeto de vida se elabora em torno da ideia de realização pessoal e tem como referências diversos dados da personalidade e desenvolvimento individual, que sustentam as expectativas do indivíduo e sua capacidade para alcançá-las.

5. Comprovação dos danos

Para ter direito à indenização por danos existenciais, o trabalhador deve comprovar a impossibilidade de usufruir o convívio social e familiar ou de algum projeto de vida específico, em razão do ato ilícito do empregador. Identicamente à demonstração de outros danos, a condenação por dano existencial requer a comprovação por meios de provas documentais e testemunhais.

Conclusão

⁶ De acordo com o professor Dalmo de Abreu Dallari, “direitos humanos” é “uma expressão sintética que significa os direitos fundamentais como: a vida, a liberdade, alimentação, habitação, saúde, vida em família etc. Cada uma dessas necessidades corresponde a um direito. Isso é o que contém, na essência, a expressão “direitos humanos”. Em suma, é o reconhecimento das necessidades fundamentais do indivíduo que devem ser protegidas como direitos inalienáveis, que não são recebidos da sociedade ou do governo, mas que são inerentes à própria condição humana” (Revista “Família Cristã” – 12/1988 – p. 23).

⁷ RAMÍREZ, Sergio García. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em Materia de Reparaciones. In: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos – Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, 2005, p. 66-68.

Pelas novas sinalizações das decisões dos tribunais de todo país, o dano existencial também passará a ser cada vez mais admitido e aplicado em ações trabalhistas em todas as instâncias da Justiça. Assim, as empresas deverão se organizar e atuar no sentido de se precaverem para que ocorrências dessa natureza não sejam registradas. De acordo com o advogado Paulo Valed Perry Filho ⁸ “são atitudes repetitivas do empregador que levará o trabalhador à Justiça, por isso, a empresa deve se resguardar tendo um efetivo controle das atividades da empresa, e principalmente desenvolver o treinamento de seus gestores, principais gerentes e dos funcionários responsáveis pelas rotinas de trabalho em cumprimento com as leis. A observância das leis trabalhistas e das normas coletivas, associados com um bom trabalho preventivo no âmbito das rotinas trabalhistas das empresas, serão cada vez mais importantes para a redução dos riscos decorrentes das relações de trabalho, especialmente aqueles vinculados ao pedidos de indenização por danos morais, materiais, estéticos e existenciais”, afirmou o especialista.

Assim, estamos diante de um instituto jurídico praticamente novo no direito brasileiro e que vem ganhando grandes dimensões a cada dia, consolidando sua aplicação nas relações empregatícias, suscitando inclusive, maiores conhecimentos sobre a matéria, e além de seus reflexos práticos, torna-se também objeto provável de futuras questões em exames de habilitação profissional, ressaltando mais uma vez a vitória do respeito irrestrito à dignidade da pessoa humana.

Referências:

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e Constituinte*. São Paulo: Saraiva.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções Fundamentais sobre o Dano Existencial. In: *Temáticas Jurídicas*. wordpress.com.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

RAMÍREZ, Sergio Garcia. La Jurisprudencia de la Corte Ineramericana de Derechos Humanos em Materia de Reparaciones. In *La Corte Interamericana de Derechos Humanos – Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*, 2005.

⁸ PERRY FILHO, Paulo Valed. Op. Cit.



PERRY FILHO, Paulo Valed. Frustração de projeto de vida pode levar a dano existencial. *Diário do Comércio e Indústria*, 5. jul. 2013.

PARTIDOS POLÍTICOS: O ENFOQUE ORGANIZACIONAL DE DUVERGER, MICHELS E SARTORI

*Claudinei Coletti*¹

Introdução

Partido político é um conceito que comporta várias definições. Para o senso comum, por exemplo, geralmente é definido como um grupo de pessoas que se reúnem porque compartilham certos princípios, ou que pretendem levar à prática certos ideais. Para a corrente marxista, é a expressão dos interesses de uma classe e, portanto, da própria luta de classes. Para Joseph Schumpeter, pensador austríaco, trata-se de instituições cuja função é regular a competição política, ou seja, são organizações artificiais criadas por empresários políticos (ou políticos profissionais) com a tarefa fundamental, nas democracias pluralistas, de indicar candidatos a cargos eletivos, aproveitando, dessa forma, oportunidades no mercado político. (LAMOUNIER; MENEGUELLO, 1986, p. 14-19)

Neste pequeno artigo, discutiremos alguns aspectos da vertente teórica chamada de “organizacional”, cuja preocupação principal é o estudo dos partidos políticos enquanto organização, ou seja, nos dizeres de Sartori (1982), é o partido visto de dentro, ou, segundo Duverger (1970), essa abordagem significa a forma de estruturação do partido em sua relação com o poder.

Grosso modo, poderíamos dizer que essa vertente vai procurar tratar dos elementos que compõem a estrutura institucional do partido (comitês, diretórios, núcleos etc.), além de se preocupar com a forma em que se dá a distribuição de poder entre tais elementos. Quais os procedimentos decisórios dentro do Partido? De que forma os conflitos internos se estabelecem e se compõem? Como se dá o conflito entre tendências no interior de um partido? – eis as questões que o enfoque organizacional procurar resolver.

¹ Doutor em Ciências Sociais e mestre em Ciência Política pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da UNICAMP e professor-titular do curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta, em Jundiá (SP).

Veremos, aqui, alguns elementos da análise de três grandes autores – Maurice Duverger, Robert Michels e Giovanni Sartori. Ainda que os três estejam preocupados com a estrutura interna do partido, cada qual percorrerá um caminho de análise distinto: Duverger preocupa-se mais com a organização propriamente dita, Michels com a democracia intrapartidária, e Sartori com a análise do partido a partir de suas subunidades, chamadas por ele de “frações”.

1. Maurice Duverger e as condições de surgimento do partido político moderno

Por partido político, primeiramente, segundo Duverger (1970), devemos entender as instituições que desempenham o papel de luta pela conquista do poder político. Contudo, uma vez que tais instituições existiram desde a república antiga, faz-se necessário precisar melhor o termo.

Os verdadeiros partidos políticos (modernos) surgiram aproximadamente na metade do século XIX e o seu desenvolvimento “parece associado ao da democracia, isto é, à extensão do sufrágio popular e das prerrogativas parlamentares.” (DUVERGER, 1970, p. 20).

Nesse contexto, poderíamos constatar a existência de dois tipos de partidos, ainda que a distinção entre eles não possa ser rigorosa: os partidos de criação eleitoral e parlamentar e os partidos de criação exterior. Em relação ao primeiro tipo, grosso modo, diríamos que a criação de grupos parlamentares – pela comunidade de doutrinas políticas, por questões de vizinhança geográfica ou em razão de defesa profissional –, seguida do surgimento dos comitês eleitorais, deram origem ao partido político moderno. Em um grande número de casos, porém, o partido foi estabelecido a partir de uma instituição preexistente, situada fora do parlamento e das eleições. Exemplos de partidos de criação exterior são os partidos socialistas, muitas vezes surgidos a partir de sindicatos; os partidos agrários, surgidos a partir de agrupamentos agrícolas; os partidos criados por influência de igrejas e seitas religiosas; os partidos surgidos a partir da intervenção de grupos industriais e comerciais etc.

Ainda segundo Duverger, os partidos de criação externa são geralmente mais centralizados, mais coerentes e mais disciplinados que os partidos de criação eleitoral e parlamentar. Neste último, a influência do grupo parlamentar, em razão das particularidades de sua gênese, é bem maior que no primeiro.

Por fim, resta observar que, de certa maneira, o surgimento dos partidos de criação parlamentar e eleitoral antecederam os de criação externa. Prova disso é o fato de que, até 1900, na maioria dos casos, os partidos eram criados a partir do parlamento. A parte daquele momento, porém, a criação externa torna-se a regra quase geral.

2. As características do partido de massas em Duverger

Segundo Duverger, a concepção de partido de massas está intimamente ligada ao surgimento dos partidos socialistas e à substituição do sufrágio restrito pelo sufrágio universal.

Num primeiro momento do sufrágio universal, os partidos de quadros tentaram tornar flexível a sua estrutura, fingindo se abrir às massas. Contudo, as candidaturas e as eleições ainda eram produtos do financiamento capitalista. “Não se tratava de proceder à educação das massas e de utilizar-lhes diretamente à atividade política. Tratava-se antes de utilizar a força das massas, política e financeira, como força de apoio.” (DUVERGER, 1970, p. 102).

Podemos agora extrair a concepção de partido de massas de Duverger: é aquele no qual “o recrutamento dos adeptos apresenta [...] um caráter fundamental do duplo ponto de vista político e financeiro”. (DUVERGER, 1970, p. 99). Por um lado, deve proceder à educação política das massas a fim de enquadrá-las inteiramente na vida política, extraindo delas as elites de direção e administração; por outro, deve substituir o financiamento capitalista pelo financiamento coletivo, por meio de um sistema regular de contribuições que assegure a sobrevivência do partido e o financiamento das eleições. “[...] Os partidos de massas caracterizam-se pela atração que exercem sobre o público: um público pagante, que permite à campanha eleitoral escapar às servidões capitalistas, junto a um público que ouve e que age, que recebe uma educação política e aprende o meio de intervir na vida do Estado.” Quanto ao partido de quadros, “trata-se

de reunir pessoas ilustres [...] cujo nome, prestígio ou brilho servirão de caução ao candidato e lhe granjearão votos [...]” (DUVERGER, 1970, p. 100).

A diferença entre partido de massas e partido de quadros não existe com relação ao número de seus membros, porém em relação as suas estruturas.

Enquanto os partidos de quadros, grosso modo, seriam os partidos burgueses, de direita, baseados em comitês – elemento de base com pequeno número de membros, fins eleitorais e abrangência local --, descentralizados e fracamente articulados; os partidos de massas seriam os partidos de esquerda, proletários, alicerçados nas seções – elemento de base de caráter mais amplo que os comitês --, mais centralizados e mais fortemente articulados. (DUVERGER, 1970, p. 103-106).

O verdadeiro partido político moderno, segundo Duverger, é o partido de massas socialista. Quanto às suas principais características, portanto, temos:

a) quanto a sua unidade organizativa: recrutamento aberto, alto número de adesões e participação elevada;

b) quanto à natureza da organização: organização plenamente articulada, tendencialmente hierarquizada, diversos planos de controle interno e atividade permanente;

c) quanto à distribuição de poder: centralizado e controle sobre o grupo parlamentar;

d) quanto a financiamento: cotização entre os militantes e atividades para arrecadação de fundos;

e) quanto à relação com o *status quo*: prega a transformação da ordem econômico-político-social;

f) quanto às funções: procura estabelecer relações entre a sociedade e o Estado e possui funções ideológicas definidas.

Resta dizer que o partido de massas socialista, quase sempre, tem sua origem externa, ou seja, é criado a partir de instituições preexistentes – geralmente sindicatos.

Dentro da análise organizacional, a organização partidária está em relação estreita com a ideologia. Quanto maior a intensidade desta última, maior é o grau da primeira. A ideologia do partido de massas está diretamente relacionada à complexidade organizacional do partido, ao grau de envolvimento de seus membros e à distribuição do

poder no interior do partido. Trata-se do elemento mais importante dentro da análise de Duverger.

3. Robert Michels, a lei de ferro da oligarquia

Para Michels, o partido político é uma “organização metódica de massas eleitorais”. (MICHELS, [s.d.], p. 225).² Todo partido político, inclusive o socialista, é necessariamente submetido a uma direção oligárquica que, se por um lado, em vários aspectos, não impede que possua uma ação democrática em relação ao Estado, por outro, limita muito sua influência em relação a este último.

Para Michels, a política interna de um partido socialista tende a ser sempre conservadora em razão de sua direção oligárquica e de seus critérios baseados na autoridade e na disciplina.

Externamente, quanto mais a organização do partido se estende, mais ele se imobiliza, mais se torna dócil às imposições do Estado.

A organização vai se tornando “o único nervo vital do partido”. (MICHELS, [s.d.], p. 227). Ele deixa, num certo instante, “de ser um meio para tornar-se um fim”. (MICHELS, [s.d.], p. 229). Na prática, as garras revolucionárias do partido socialista se atrofiam e, como forma de manter intacta sua organização, ele acaba por se tornar um mero partido de oposição constitucional. Seu objetivo maior é o de conquistar mais e mais novos adeptos. Não se trata mais de derrubar o Estado, mas sim de concorrer com seus rivais burgueses pelo poder.

Para fundamentar a “lei de ferro da oligarquia”, Michels lança mão da “Teoria das Elites”, cujos principais expoentes são Gaetano Mosca e Vilfredo Pareto.

De maneira geral, essa teoria afirma o princípio segundo o qual há sempre a necessidade da existência de um grupo social dominante – “classe política”, “classe minoritária” – no interior de uma determinada ordem social. A democracia, grosso modo, não seria mais que uma sucessão de minorias no poder.

Para Michels, também os socialistas não conseguiriam fugir a esse trágico destino, pois, à medida que a riqueza social fosse coletivizada, necessitaria ser

² A primeira edição da obra clássica de Robert Michels, *Sociologia dos Partidos Políticos*, é de 1911.

administrada por uma burocracia. Nada impediria que esta se transformasse numa nova minoria dominante, coisa, aliás, facilitada pela concepção marxista de “ditadura do proletariado”.

É de se temer, com efeito, que as revoluções sociais substituam a classe dominante visível e tangível que hoje existe e age abertamente, por uma oligarquia demagógica e clandestina, que atuara sob a máscara da igualdade. (MICHELS, [s.d.], p. 238)

A conclusão a que Michels chega parece óbvia: “[...] a oligarquia é como que a forma preestabelecida da vida em comum dos grandes agregados sociais [...]” (MICHELS, [s.d.], p. 243). Ou, em outras palavras: “a existência de chefes é fenômeno inerente a todas as formas da vida social”. (MICHELS, [s.d.], p. 246).

No caso específico dos partidos democráticos, o fenômeno oligárquico é uma constante, uma vez que os chefes – que surgem espontaneamente para depois se tornarem “profissionais”, “estáveis” e “inamovíveis” – são tecnicamente indispensáveis. Conclusão: toda organização partidária representa uma poderosa oligarquia que repousa sobre uma base democrática. (MICHELS, [s.d.], p. 247). Para Michels, a constituição das oligarquias é um fenômeno orgânico, ou seja, é inerente a toda e qualquer organização. Face a essa tendência oligárquica das organizações, segundo Michels ([s.d.], p. 248-249), a questão que se coloca é saber “em que medida a democracia é desejável, possível e realizável?”

Uma primeira constatação do autor diz respeito ao fato de que nem mesmo o “amanhã do socialismo” fará com que a “imaturidade objetiva das massas” seja apenas transitória, pois a massa enquanto massa, “padece de incurável incompetência para resolver a multiplicidade de problemas que se lhe apresentam [...]” (MICHELS, [s.d.], p. 250).

Todavia, há que se levar em conta os limites das forças oligárquicas e não se pode, por exemplo, negar que “o movimento operário revolucionário, animado de sincero espírito democrático” pode contribuir para enfraquecer essa tendência à oligarquia. (MICHELS, [s.d.], p. 251).

O princípio da democracia, ainda que talvez não possa ser o remédio, pelo menos é o paliativo da doença oligárquica.

4. O partido político segundo Giovanni Sartori

A definição do que seja partido político tem sido uma das grandes preocupações da ciência política atual. Questões tais como “de que se distinguem e para que servem” têm merecido a atenção de muitos autores.

Uma primeira constatação importante de Sartori (1982, p. 83) é que “um partido não difere apenas de uma facção, mas também de um movimento político e ainda mais, de uma simples associação política”. Estes podem tornar-se partidos, mas enquanto movimentos e associações não se constituem enquanto tais.

Mais adiante, o autor propõe uma “definição mínima” de partido, baseada em critérios puramente eleitorais: “um partido é qualquer grupo político identificado por um rótulo oficial que apresente em eleições, e seja capaz de colocar através de eleições (livres ou não) candidatos a cargos públicos”. (SARTORI, p. 182, p. 85).

Mas, quais razões levaram ao nascimento dos partidos?

Somente no século XIX, “os partidos passaram a ser geralmente aceitos como instrumentos legítimos e necessários do governo livre”. (SARTORI, 1982, p. 87).

Quanto às razões de seu surgimento, se entendermos por “pluralismo” a diversificação – ou distribuição diversificada – de poder, poderemos concluir que os partidos políticos nasceram como meios de tornar possível a operacionalização deste pluralismo. Em outros termos: os partidos surgiram como forma de institucionalização das divisões e diferenças políticas. Ou, nas palavras do próprio Sartori (1982, p. 88), “[...] os partidos, que são partes, são instrumentos de governo de um todo pluralista: pressupõem a diversidade e institucionalizam a discordância”.

5. A anatomia interna do partido político segundo Sartori

Sartori, diferentemente de Michels e Duverger, ao tentar penetrar no interior do partido, vai se preocupar com o estudo das subunidades partidárias, denominadas por ele de “frações”.

Qualquer que seja a disposição organizacional – formal ou informal – um partido é um agregado de pessoas que formam constelações ou grupos rivais[...] A questão é, portanto, como a unidade “partido” é articulada, ou desarticulada pelas suas subunidades. (SARTORI, 1982, p. 94).

Segundo Sartori, “diferentes subunidades produzem unidades diferentes”, ou, ainda, “a natureza de um partido está na natureza de suas frações”. (SARTORI, 1982, p. 97).

A fim de empreender uma análise da anatomia subpartidária, Sartori vai lançar mão daquilo que ele chama de “quatro dimensões”. São elas:

1ª) dimensão organizacional: é como o partido e as frações se organizam no sentido literal da palavra. Esta dimensão tem prioridade sobre as demais, pois constitui, segundo Sartori, o mais concreto indicador para a avaliação da fracionalização do partido;

2ª) dimensão motivacional: é a que investiga mais diretamente o “faccionismo” existente dentro do partido. Existem as facções de interesses, compreendendo dois referenciais distinguíveis: as facções de poder (o poder pelo poder) e as facções orientadas para cargos e proventos (mais voltadas para as vantagens que para o poder). Existem, também, as facções de princípio, as quais incluem duas variedades: os grupos ideológicos e os grupos de ideias – ou grupos de opinião;

3ª) dimensão ideológica: esta confunde-se com a dimensão motivacional. Segundo Sartori (1982, p. 100), “o contínuo motivacional vai do desinteresse puro [...] ao simples egoísmo (a facção orientada para cargos e proventos). O contínuo ideológico vai do extremo do fantatismo ideológico até o extremo oposto do praticismo e do pragmatismo puro.”;

4ª) dimensão esquerda-direita: para Sartori (1982, p. 100), esta é a menos importante, pois se trata da “maneira mais evidente e constante pela qual não só o público de massa como também as elites veem a política”.

Além dessas quatro dimensões, existem também os grupos não organizados, às vezes formados apenas temporariamente. São os “grupos de apoio”, “grupos de veto”, “grupos de programa” etc.

Se, por um lado, temos aquilo que ele denomina “política visível” (competição eleitoral), por outro, temos também uma “política invisível” (ligada a questões internas do partido). “Como ocorre com os ‘icebergs’ só uma pequena parte da política é visível acima da linha d’água.” (SARTORI, 1982, p. 129). A parte maior está submersa, invisível aos olhos do mundo exterior aos partidos.

Conclusão

Vimos, neste pequeno artigo, que Duverger trata de dois tipos básicos de partido político moderno: os de criação parlamentar e os de criação externa. Além disso, existem os partidos de massas e os partidos de quadros. Os partidos de massa, segundo o autor, estão ligados ao surgimento dos partidos socialistas e à substituição do sufrágio restrito pelo sufrágio universal. Uma das características fundamentais do partido político de massas é a substituição do financiamento capitalista pelo financiamento coletivo, por meio de um sistema regular de cotização entre seus membros que assegure a sobrevivência do partido e o financiamento das eleições. Enquanto os partidos de quadros seriam os partidos burgueses, de direita, descentralizados e fracamente articulados, os partidos de massas seriam os partidos de esquerda, proletários, mais centralizados e fortemente articulados.

Para Michels, todo partido político, inclusive o socialista, está necessariamente submetido a uma direção oligárquica, ou seja, a uma minoria dominante. É a “lei de ferro da oligarquia”: a constituição da oligarquia é um fenômeno orgânico, inerente a toda e qualquer organização social. E os partidos políticos não poderiam fugir a essa regra: trata-se, portanto, de uma poderosa oligarquia que repousa sobre uma base democrática.

Para Sartori, o partido político é definido por critérios eleitorais: é aquele que participa de eleições e que é capaz de apresentar, nas eleições, candidatos a cargos públicos. Eles surgiram como forma de institucionalização das divisões e diferenças

políticas. A preocupação fundamental do autor, neste caso, é a análise das subunidades partidárias, ou seja, como a unidade “partido” é articulada ou desarticulada pelas suas frações (ou facções) internas. Um partido político comporta várias “facções”: as facções de interesses – divididas entre as facções de poder (o poder pelo poder), e as facções voltadas a cargos e salários (mais voltadas para as vantagens materiais do que para o poder) – e as facções de princípios – divididas em grupos ideológicos e grupos de opinião.

Como podemos observar, as reflexões sobre partidos políticos colocadas por esses autores são extremamente atuais e nos permitem refletir sobre várias questões: financiamento dos partidos e das campanhas eleitorais, burocratização dos partidos políticos, eleitoralismo dos partidos (preocupação única em participar e ganhar eleições), parlamentarismo (ideia de que a prática política se resume à atuação no parlamento), oportunismo pessoal dos líderes partidários, seja na busca do poder pelo poder, seja na busca das vantagens materiais que o poder pode proporcionar etc.

Sem dúvida, são questões interessantes de serem pensadas à luz da experiência brasileira recente.

Referências:

DUVERGER, Mauri ce. *Os partidos políticos*. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1970.

LAMOUNIER, Bolívar; MENEGUELLO, Rachel. *Partidos políticos e consolidação democrática: o caso brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1986.

MICHELS, Robert. *Os partidos políticos*. Ed. Senzala, [s.d.].

SARTORI, Giovanni. *Partidos e sistemas partidários*. Rio de Janeiro: Zahar; Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

HOMESCHOOLING: UMA ABORDAGEM À LUZ DOS DIPLOMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS APLICÁVEIS À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

*Édison Prado de Andrade*¹

Introdução

No mundo inteiro cresce um movimento social de proporções muito significativas, nascido por volta da década de setenta do século passado, que vem sendo denominado pela literatura internacional como *homeschooling* (ANDRADE, 2014). O termo procura conceituar a prática educacional segundo a qual os pais resolvem instruir seus filhos fora da escola e passam a desenvolver eles mesmos a instrução de seus filhos, por motivos diversos, valendo-se de métodos, técnicas e instrumentos variados, e com o apoio de outros pais e crianças ou adolescentes que optaram por praticar o mesmo modelo educacional.

Depois de ampla revisão da bibliografia internacional e realização de pesquisa empírica e bibliográfica empreendida no Brasil, entendemos por denominar o fenômeno educacional por *Educação Familiar Desescolarizada*. O termo, abrangente, comporta três formas diversas de promoção da educação da criança e do adolescente, cuja característica comum é o afastamento das instituições e dos prédios escolares no modelo de frequência obrigatória e diária, em maior ou menor distanciamento, a saber:

- A educação na qual os pais procuram, na residência familiar, ou mesmo em outros lugares, como museus, bibliotecas, etc., por seus próprios meios, e seguindo metodologias, técnicas e instrumentos normalmente valorizados pelo fazer escolar, como livros escolares, horários e métodos de ensino-

¹ Advogado, professor de Direito Civil do Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta), mestre e doutor pela Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo. Foi Consultor, conteudista, e Docente especialista da Fundação para o Desenvolvimento Administrativo (FUNDAP), professor convidado da Escola de Governo de São Paulo, e professor, em nível de pós-graduação, em diversas IES do Estado de São Paulo, dentre elas a Faculdade Escola de Comércio Alvarez Penteado (FECAP). Mais recentemente, foi assessor da área técnico-jurídico da Coordenadoria de Ensino do Interior/Secretaria de Educação do Estado de São Paulo, e da Secretaria Nacional de Assistência Social/ Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS).

aprendizagem, disciplinas, avaliações escritas, etc., promover a instrução de seus filhos, mais apropriadamente podendo ser denominada de *homeschooling*. No Brasil, esta modalidade vem sendo denominada como *Educação Domiciliar*, termo que vem sendo usado em todas as instâncias de discussão sobre o tema, inclusive na esfera do Congresso Nacional e de parte da literatura, como demonstraremos ao longo do presente trabalho;

- A educação na qual os pais rejeitam terminantemente qualquer semelhança com o fazer escolar, por entenderem que este, por razões fundadas em metodologias e teorias pedagógicas outras, não é adequado. Na literatura internacional o termo vem sendo denominado como *unschooling*, e nós interpretamos que é apropriado traduzir o termo como *Não-escola*.
- A educação na qual os pais e o sistema escolar desenvolvem uma espécie de relação de *parceria integrada*, tendo como referência e protagonismo nos processos de ensino-aprendizagem da criança o núcleo familiar da criança e do adolescente, e não a escola, tomando por fundamento as crenças e valores da própria família, e não aquelas praticadas na escola. Assim, os estudantes, vinculados a uma escola em específico, frequentariam-na apenas para realizarem certas atividades empreendidas de modo mais eficaz pela ação coletiva dirigida pelo Estado, e conforme o interesse da criança e dos seus pais, sem o compromisso rígido da frequência diária e das avaliações escolares constantes. Não há tradução para o português para este modo de educação desescolarizada híbrido escola/família, razão pela qual optamos aqui por referirmo-nos a ela como sendo espécie de *parceria família/escola*. O modelo inexistente no Brasil, sendo praticado, segundo nosso conhecimento, apenas nos EUA, país onde as discussões e as relações entre os estudantes desescolarizados, seus pais, e o sistema escolar, encontram-se em um estágio de desenvolvimento mais avançado (KUNZMAN e GAITHER, 2013).

Encontramos cinco motivos pelos quais o Movimento pela Educação Familiar Desescolarizada tem crescido no Brasil. São eles:

1. *Compromisso com o desenvolvimento integral dos (as) filhos (as)*. Os pais e filhos envolvidos com a prática desescolarizada estão comprometidos não

apenas em promover elevação do grau de escolarização de seus filhos, mas sim o desenvolvimento integral de suas personalidades, assegurando todos os seus direitos fundamentais de modo interconectados, e tendo como o direito fundamental que informa a todos os demais o *direito à convivência familiar e comunitária*.

2. *Instrução científica e preparação para a vida adulta mais eficaz* do que o que tem sido oferecido pelas escolas em geral, tomando por base suas experiências próprias e familiares. Os pais e crianças que estão estudando de modo desescolarizado, inclusive os próprios estudantes, maciçamente acreditam que são capazes de promover a instrução de seus filhos e de si mesmos com resultados superiores em termos de ensino-aprendizagem, comparativamente ao que vem sendo proporcionado pelos sistemas escolares no país. Os resultados dos exames diversos que procuram medir o aproveitamento escolar de crianças e adolescentes brasileiros, no plano nacional e internacional, parecem comprovar este fato.
3. *Valores e Princípios Cristãos*. Predomina entre os agentes que lideram o Movimento pela Educação Familiar Desescolarizada no Brasil, bem como entre os pais e crianças que optam pela prática do modelo, famílias que se orientam pela fé cristã, em suas mais diversas formas e denominações. Entre alguns, há a convicção de que o sistema público de ensino encontra-se realizando uma espécie de doutrinação ideológica materialista e niilista, amoral e imoral, que vilipendia a educação que desejam proporcionar aos seus próprios filhos, orientada por suas próprias crenças cristãs e modo de vida.
4. *Proteção*. Nos casos investigados, e considerando a experiência familiar e comum dos pais e da sociedade em geral, bem como dos gestores públicos que lidam com o sistema escolar, os pais acreditam que muitas escolas tornaram-se lugares de risco à integridade física, mental, moral, espiritual e social das pessoas, especialmente das crianças e adolescentes em razão de sua condição de especial vulnerabilidade. Os diversos programas públicos criados no âmbito dos órgãos da Administração Pública da Educação, em

nível federal, estadual, municipal e distrital, que visam a proteger o patrimônio escolar e seus agentes, bem como as próprias crianças de práticas e condutas potencialmente capazes de vitimizá-las em razão de sua própria conduta ou de terceiros, são evidências insofismáveis deste fato.

5. *Exercício de um Dever-Direito Fundamental.* Como corolário de todas as demais razões acima expostas, o Movimento Social pela Educação Familiar Desescolarizada, e muitos pais que direta ou indiretamente nele estão inseridos, acreditam que retirar seus filhos do sistema escolar promovendo a instrução deles de modo integrado a outros aspectos ligados à sua personalidade, melhor preparando-os, assim, para a vida profissional e adulta, e protegendo-os de riscos à sua integridade e dignidade humana, inclusive no que respeita a crenças familiares e da própria criança, constitui como um dever-direito, fundado no exercício do poder natural familiar.

Neste artigo pretendo apresentar o assunto exclusivamente sob a perspectiva da discussão jurídica, tal como ela vem sendo debatida na esfera dos tribunais e da doutrina. Ressaltamos que, no Brasil, o assunto é praticamente desconhecido pela literatura, ainda sendo poucos os trabalhos acadêmicos que vêm sendo realizados para estudar este fenômeno sob qualquer perspectiva: jurídica, educacional, sociológica, política ou outra.

1. A Educação Familiar Desescolarizada no contexto nacional

Seguindo o padrão dos países europeus mais restritivos, como a Alemanha (REICH, 2002), de maneira geral o Estado brasileiro não tem reconhecido aos pais o direito de promoverem a Educação Familiar Desescolarizada de seus filhos, impondo a eles a obrigação de matrícula e frequência escolar dessas crianças e adolescentes sob pena de responsabilidades administrativa, civil e penal, e independentemente de qualquer mecanismo de aferição objetiva ou subjetiva.²

² Recente decisão do Conselho Tutelar de Governador Valadares, datada de 15/04/2014, chegou ao nosso conhecimento por e-mail. Assim anotou o órgão não jurisdicional sobre as “Medidas e Providências tomadas em relação ao caso, nesta data”: “1. Orientação sobre os deveres maternos e paternos. Orientação e esclarecimentos sobre o trabalho e atribuição do CT [Conselho Tutelar]. A família foi orientada sobre os

Isso se pode verificar nas decisões do Poder Judiciário, apesar da pouca discussão sobre o assunto que se opera no âmbito da doutrina nacional (BARBOSA, 2013). De modo geral, com raríssimas exceções das quais temos notícia, têm-se interpretado as normas constitucionais e legais, bem como os diplomas internacionais de direitos humanos, de modo a impor aos pais e seus filhos a obrigatoriedade de matrícula e frequência à escola, pública ou privada.

1.1. A Interpretação Tradicional

Na Constituição da República Federativa do Brasil, os dispositivos que preveem a Educação Nacional estão no Título VIII, (Da Ordem Social), Capítulo III (Da Educação, Da Cultura e do Desporto). Logo nos primeiros dez artigos desse Capítulo (205 a 214), a Constituição dispõe sobre a Educação.

No primeiro artigo do texto, artigo 205, está prescrito claramente que Educação é *direito* de todos, e *dever* do Estado e da Família. Não há nenhuma interpretação divergente da norma constitucional acerca dos possuidores do direito subjetivo à Educação após a promulgação da Constituição Federal de 1988 - *todos*, e não há nenhuma discussão sobre o *dever* do Estado e da família em promover a Educação Nacional.

Assim, mesmo os adultos em cumprimento de pena privativa de liberdade, e os adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação têm garantido o direito à educação. É inequívoco, portanto, inclusive com fundamento em uma espécie de interpretação literal ou gramatical do dispositivo constitucional, que o direito à educação está universalizado no sistema constitucional brasileiro, e que as duas instituições, Estado e Família, deverão empenhar-se em promovê-lo:

direitos a educação prescritos no ECA e elogiada sobre o material de qualidade apresentado pelos mesmos, visto que até o presente momento não tem nada que os desabone com relação ao trabalho educativo que a família tem realizado com os filhos, foi comprovado que não existe violação com relação ao direito de ir e vir das crianças em tela, pois ambas possuem em diversos momentos durante a rotina diária de socialização e interação em atividades esportivas e na sociedade como um todo. 4. A família apresentou no caderno e nas atividades que todas as atividades educativas estão datadas e com as devidas observações, como por exemplo: se o filho fez a atividade sozinho, se foi um desenho feito por causa de um filme ou um desejo da criança.”

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Quando descemos à legislação específica que traça as diretrizes da Educação Nacional e estabelece suas bases (Lei 9394 de 20 de dezembro de 1996), a prescrição se repete. Diz o artigo 2.º:

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O problema interpretativo começa a surgir quando pensamos sobre o teor das obrigações do Estado e da Família. Quais são as atribuições do Estado quanto a este dever de promover a Educação Nacional? E quais são as atribuições da Família? Como estão dispostas estas obrigações na Constituição Federal e na LDB, ou em outra Lei que trate da matéria?

Nos termos do artigo 208 da Carta Magna, e levando em conta as alterações no texto constitucional que foram sendo realizadas no capítulo da Educação após a promulgação do texto constitucional em 1988, o dever do Estado com a educação será efetivado levando em conta os seguintes comandos garantidores de:

- Educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada sua oferta gratuita inclusive para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009).
- Progressiva universalização do ensino médio gratuito; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 1996).
- Atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
- Educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006);
- Acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística,

segundo a capacidade de cada um;

- Oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- Atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009);
- Acesso ao ensino obrigatório e gratuito com natureza de direito público subjetivo;
- Dever de *oferta regular* do ensino público fundamental, sendo que sua *oferta irregular* importará em responsabilidade da autoridade competente.
- Recenseamento dos educandos no ensino fundamental, fazendo-lhes a chamada e zelando, junto aos pais ou responsáveis, pela sua frequência à escola.

Muito embora haja ampla normatização sobre as obrigações do Estado, não há qualquer especificação sobre as obrigações da família quanto à Educação na Constituição Federal. Há um vazio total sobre esta obrigação. O único dispositivo constitucional que é interpretado, a *contrario sensu*, (porque na verdade estabelece um dever ao Estado, não à Família), como que especificando um dever à família quanto à educação de seus filhos, é o parágrafo terceiro do artigo 208, acima mencionado, que diz:

Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola.

É na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9394/1996), que teremos um comando legal quanto ao dever dos pais ou responsáveis da criança e do adolescente inexistentes na Carta Política. Depois de praticamente repetir os dispositivos constitucionais quanto ao Dever do Estado em promover a Educação (artigo 4.º), o artigo 6.º da LDB, modificado com base na redação da Emenda Constitucional n.º 59 de 2009, afirma diretamente ser dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores no ensino fundamental *a partir dos quatro anos de*

idade³:

É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013).

Como vimos, excetuando um dever que vem sendo interpretado, *a contrario sensu*, como um dever dos pais ou responsáveis da criança por matriculá-la e zelar por sua frequência à escola, não há, na Constituição Federal, nenhuma obrigação específica atribuída à família, apenas se declara o seu dever em promover a Educação Nacional, sem especificar como ela deverá fazê-lo. Ao mesmo tempo, existem muitas obrigações delineadas quanto ao Estado. É na LDB que surge o comando dirigido aos pais das crianças e adolescentes quanto a matricular e zelar pela frequência de seus filhos à escola.

Resta analisar uma última norma relativa aos deveres do Estado e da Família, em seus papéis quanto à Educação Nacional. A lei 8069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, vem reforçar o entendimento consolidado de que a matrícula e frequência de crianças e adolescentes à escola são obrigatórias, nos termos da regulamentação específica:

Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

Entretanto, o ECA vai além da LDB. Diferentemente do que acontece na Constituição Federal – na qual se procura delinear as obrigações do Estado quanto à Educação Nacional – e na LDB, na qual se normatiza a Educação Escolar⁴,

³ No texto anterior constavam seis anos, o qual, por sua vez, modificou texto a ele anterior, do qual constavam sete anos como idade obrigatória de matrícula. Verifica-se uma conduta do Estado brasileiro no sentido de, progressivamente, reduzir, cada vez mais, a idade mínima obrigatória para a matrícula e frequência escolar.

⁴ Em uma interpretação teleológica, é possível constatar facilmente que a finalidade da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, conforme o próprio nome já diz, não foi normatizar todos os processos educacionais que se inserem no escopo da educação nacional, mas apenas a educação escolar, tal como claramente previsto no seu artigo 1.º:

Art. 1º A educação abrange os **processos formativos** que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

estabelecendo princípios gerais sobre a Educação Nacional, seus dispositivos indicam uma clara intenção de concentrar na escola todo o sentido de educação: *todos os dispositivos do capítulo IV da Lei, que trata do direito fundamental da criança à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer, referem-se à educação escolar, e todas as referências sobre os direitos dos pais e das crianças dizem respeito apenas à sua interação com a escola.*

O Estatuto da Criança e do Adolescente parece não reconhecer a existência de nenhuma outra forma de educação senão a escolar, e mostra-se extremamente protetivo quanto ao direito da criança e do adolescente a ser educado no universo escolar, obrigando a unidade escolar, os pais e responsáveis, e o Conselho Tutelar, a zelarem pela sua frequência à escola, sob pena de responsabilidade.

Assim, o direito à educação da criança e do adolescente na lei 8069/90, está claramente confundido com dever à escolarização, sendo que à criança caberão direitos apenas no escopo da escolarização, não havendo previsão de quaisquer direitos educacionais em qualquer outra esfera na qual se operam os processos educacionais.

Por outro lado, aos pais caberão direitos, mas estes vêm sendo entendidos apenas sob o pano de fundo escolar. Assim, compreende-se como *direitos* à educação da criança, e de seus pais, quanto ao *dever* escolar:

- Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- Direito de ser respeitado por seus educadores;
- Direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;
- Direito de organização e participação em entidades estudantis;
- Acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência.
- Direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

Finalizando. Atualmente, conforme entendimento comum legalista, baseado na Constituição Federal, na LDB e no ECA, o *direito* da criança e do adolescente à

§ 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, **predominantemente**, por meio do ensino, em instituições próprias (grifos nossos).

educação possui verdadeiramente conotação de *dever* à escolarização, e uma mãe que desejar permanecer com seu filho em seu regaço até os cinco anos de idade sem enviá-lo por um ou dois períodos do dia, de segunda a sexta-feira, à escola, não poderá fazê-lo sob pena de ser, virtualmente, a depender do entendimento do intérprete⁵, enquadrada a sua conduta no tipo penal previsto no artigo 246 do Código Penal Brasileiro, que diz:

Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Além da conduta considerada antijurídica sob o aspecto criminal, considera-se infração administrativa a omissão, com fundamento no art. 249 do ECA:

Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar.

Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

1.2. Propostas Legislativas

O movimento social pela afirmação da Educação Familiar Desescolarizada tem promovido um diálogo das famílias interessadas e outros agentes privados ou públicos junto ao Parlamento Nacional. Tais famílias organizaram-se em torno da Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED), entidade sem fins lucrativos que tem desenvolvido as tarefas de articulação dos interessados em torno das suas demandas e dos pleitos junto ao Estado.

Em razão de suas ações, e de outros atores políticos que preexistiam a ela⁶,

⁵ Veja resgate da doutrina penal à época em que foi tipificado originalmente o crime de abandono intelectual em ANDRADE (2014, p. 267 e ss.).

⁶ Barbosa nos oferece uma análise histórica apurada sobre o evoluir da legislação do Ensino em casa no Brasil, e refere-se às iniciativas legislativas anteriores às atuais, então andamento no Congresso Nacional, dentre elas o Projeto de Lei 3518/2008, de autoria dos Deputados Henrique Afonso e Miguel Martini, rejeitado na Câmara dos Deputados. O projeto assim modificava a LDB em vigor, em seu artigo 81: Art. 81 (...)

Parágrafo Único - É admitida e reconhecida a modalidade de educação domiciliar, no nível básico, desde que ministrada no lar por membros da própria família ou guardiães legais e obedecidas as disposições

projeto de emenda constitucional está tramitando junto ao Senado Federal desde o ano de 2009, estando sem andamento desde a data de 30/11/2011. Dispõe a proposta de emenda constitucional n.º 444/2009, que acrescenta o § 4º ao art. 208 da Constituição Federal, que “O Poder Público regulamentará a educação domiciliar, assegurado o direito à aprendizagem das crianças e jovens na faixa etária da escolaridade obrigatória por meio de avaliações periódicas sob responsabilidade da autoridade educacional.”⁷

Além da proposta de emenda constitucional, até agora sem andamento, há projeto de lei também em trâmite na Câmara dos Deputados desde o ano de 2011, de autoria do deputado Lincoln Portela, o qual veio a receber o n.º 3179/2012.

O Projeto de Lei previa, em uma elaboração inicial, (informação pessoal)⁸ regulamentação ao artigo 205 da Constituição Federal, e disciplinava a Educação Domiciliar no país. Assim estava previsto:

- Artigo 1.º: Os pais ou responsáveis do menor têm a primazia na escolha do gênero de educação a ser ministrado aos filhos ou quaisquer outros menores sob sua guarda;
- Artigo 2.º: É facultado aos pais ou responsáveis determinar se a educação

desta Lei. **É dever do Estado facilitar, não obstruir, essa modalidade educacional.**

I- Os pais ou responsáveis por crianças ou adolescentes em regime de educação domiciliar deverão usar os serviços de uma escola institucional como base anual para avaliação do progresso educacional, conforme regulamentação dos sistemas de ensino.

II- A avaliação dar-se-á em conformidade com as diretrizes nacionais estabelecidas nesta Lei e currículos nacionais normatizados pelo Conselho Nacional de Educação.

III- Os pais serão responsáveis perante a escola pelo rendimento das avaliações do estudante em regime de educação domiciliar. Se as notas dos testes básicos de leitura, escrita e matemática da criança ou o adolescente forem abaixo do mínimo do rendimento escolar nacional, no final do ano a licença para a educação em casa será mudada para licença temporária, dando-se aos pais ou guardiães mais um ano escolar de recuperação a fim de que o estudante possa tirar notas conforme ou acima do mínimo de rendimento escolar nacional. Caso contrário, a licença para educar em casa será cancelada no final do ano escolar de recuperação e a criança deverá freqüentar uma escola institucional no ano escolar seguinte. (Grifo do autora).

⁷ Disponível em

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=723417&filename=PEC+444/2009. Acesso em ago. 2012.

⁸ No princípio do ano de 2013, em audiência pública sobre a Educação Domiciliar na Câmara dos Deputados, um Assessor parlamentar da Casa me informou que este Projeto de Lei sofrera diversas mudanças, dentre elas a retirada do Conselho Tutelar como órgão fiscalizador da prática da Educação Domiciliar, sendo que o que havia sido incluído no material entregue aos presentes elaborado pela ANED, e distribuído aos presentes pela Comissão de Legislação Participativa da Câmara estava equivocado. Não tenho a informação se este projeto chegou a ser protocolado junto à Mesa da Câmara dos Deputados. Transcrevo-o para demonstrar o teor original do Projeto que pretendia permitir e regulamentar, por meio de Lei Federal, o direito à Educação Domiciliar no Brasil, como modo de demonstrar as mudanças que se passaram a operar, bem como o ideal original.

será realizada domiciliarmente ou no sistema escolar, público ou privado;

- §1.º É possível optar por modelo de educação misto, parcialmente domiciliar e escolar;
- §2.º É livre a transferência do menor, a qualquer tempo, da educação escolar para a educação domiciliar e vice-versa;
- Artigo 3.º: A opção referida no artigo anterior deve ser expressa, formalizando-se por meio de matrícula na instituição pertinente, no caso de educação escolar, ou comunicado formal à secretaria de educação do município, no caso de educação domiciliar.
- Parágrafo único. A matrícula e o comunicado referentes aos menores entre quatro e dezessete anos deem ser renovadas anualmente.
- Artigo 4.º: É dever dos pais ou responsáveis que optarem pela educação domiciliar registrar, em arquivo próprio, o conteúdo ministrado domiciliarmente.
- Parágrafo único. O conselho tutelar poderá, a qualquer tempo, verificar o cumprimento desse requisito.
- Artigo 5.º O direito à educação domiciliar poderá ser temporariamente suspenso ou cassado se for verificado, por meio de processo administrativo ou judicial:
 - I – o descumprimento reiterado do requisito previsto no artigo anterior;
 - II – a ocorrência de maus-tratos;
 - III – a manifesta ausência de instrução compatível com a faixa etária dos filhos ou de quaisquer outros menores sob guarda.
- Parágrafo único. Qualquer atentado à liberdade educacional dos pais fora das hipóteses previstas no caput deste artigo configura abuso de autoridade, punido nos termos da Lei n.º 1.898, de 1968.
- Artigo 6.º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Com o passar do tempo, em razão de diversos acertos que foram sendo feitos com vistas a que o objetivo de que a prática do modelo de Educação Domiciliar pudesse vir a ser autorizado por meio de Lei, e mesmo em razão de certas impropriedades

técnicas, o Projeto foi modificado. Como mudança mais significativa está a mudança quanto à opção pela Educação Domiciliar.

Pelo projeto substitutivo do Deputado Lincoln Portela, a opção deixa de ser dos pais e passa a ser dos sistemas de ensino federal, estaduais, municipais, ou distrital, os quais passariam a poder regular a Educação Domiciliar no âmbito de suas competências constitucionais e legais. Toda a regulamentação pensada anteriormente passaria a ser prerrogativa dos sistemas de ensino. Assim dispõe o Projeto de Lei, seguindo-se a Justificativa apresentada:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 23 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte parágrafo:

“Art.

23.....
.....

[...]

§ 3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais.”

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

[...]

A Constituição Federal estabelece a educação como um dever do Estado e da família (art. 205). Determina também a obrigatoriedade da educação básica, dos 4 aos 17 anos de idade (art. 208, I). É fato que, na realidade brasileira, a oferta desse nível de ensino se faz tradicionalmente pela via da educação escolar. Não há, porém, impedimento para que a mesma formação, se assegurada a sua qualidade e o devido acompanhamento pelo Poder Público certificador, seja oferecida no ambiente domiciliar, caso esta seja a opção da família do estudante. Garantir na legislação ordinária essa alternativa é reconhecer o direito de opção das famílias com relação ao exercício da responsabilidade educacional para com seus filhos.

Mesmo que a matéria de que trata a solicitação já tenha sido objeto de proposições apresentadas em legislaturas anteriores e tais projetos foram recorrentemente rejeitados, o respeito à liberdade inspira a reapresentação do presente projeto de lei, sem descuidar do imperativo em dar acesso, a cada criança e jovem, à formação educacional indispensável para sua vida e para a cidadania.

Estou seguro de que a relevância da proposição haverá de assegurar o apoio dos ilustres Pares para sua aprovação.

Sala das Sessões, em de de 2011

Deputado LINCOLN PORTELA

No avanço da discussão que costumeiramente se opera no âmbito do Parlamento Nacional, Projeto de Lei Substitutivo ao Projeto de Lei n.º 3179 de 2012, de autoria da Deputada Professora Dorinha Seabra Rezende, procurou estabelecer uma regulamentação mais restritiva ao tema:

COMISSÃO DE EDUCAÇÃO

SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI Nº 3.179, DE 2012

Altera a Lei nº 9.394, de 1996, de diretrizes e bases da educação nacional, para dispor sobre a possibilidade de oferta domiciliar da educação básica.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º A Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art.23.....

....

§ 3º É facultado aos sistemas de ensino admitir a educação básica domiciliar, sob a responsabilidade dos pais ou tutores responsáveis pelos estudantes, observadas a articulação, supervisão e avaliação periódica da aprendizagem pelos órgãos próprios desses sistemas, nos termos das diretrizes gerais estabelecidas pela União e das respectivas normas locais, que contemplarão especialmente:

I – autorização pelo órgão competente do sistema de ensino;

II – a avaliação prévia, pelo órgão competente do sistema de ensino, da qualificação dos pais ou responsáveis para conduzir o processo de ensino e aprendizagem do estudante;

III - obrigatoriedade de matrícula do estudante em escola pública;

IV – manutenção de registro oficial das famílias optantes pela educação domiciliar;

V – cumprimento de currículo mínimo e avaliação da aprendizagem, nos termos e na periodicidade estabelecidos no projeto pedagógico da escola em que o estudante estiver matriculado;

VI – participação do estudante nos exames do sistema nacional e local de avaliação da educação básica;

VII – previsão de inspeção educacional, pelo órgão competente do sistema de ensino, no ambiente em que o estudante estiver recebendo a educação domiciliar.

Art.24.....

.....

VI - o controle de frequência fica a cargo da escola, conforme o disposto no seu regimento e nas normas do respectivo sistema de ensino, exigida frequência mínima de setenta e cinco por cento do

total de horas letivas para aprovação, observado o disposto no § 3º do art. 23 desta lei;

.....
Art.31.....

.....
IV - controle de frequência pela instituição de educação pré-escolar, exigida a frequência mínima de 60% (sessenta por cento) do total de horas, observado o disposto no § 3º do art. 23 desta lei;

.....
Art.32.....

§ 4º O ensino fundamental será presencial, sendo o ensino a distância utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais e observado o disposto no § 3º do art. 23 desta lei.

.....” (NR).

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala da Comissão, em de de 2013.

Deputada PROFESSORA DORINHA SEABRA REZENDE
Relatora

Atualmente, tendo início a nova Legislatura no Congresso Nacional, o Projeto de Lei que procura garantir o direito à educação domiciliar no Brasil, após seu desarquivamento nos termos do Regimento Interno da Câmara dos Deputados retomou seu andamento, permanecendo aguardando que seja votado na Comissão de Educação daquela Casa Legislativa.

1.3. Jurisprudência Nacional

Como já dito, a jurisprudência pacífica compreende que o direito à educação familiar desescolarizada não está garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro, caracterizando-se como forma de violação de direitos da criança e do adolescente, devendo, portanto, os pais ou responsáveis, matricular os filhos na rede pública ou privada de ensino escolar em razão de expressos dispositivos legais, sob pena de aplicação de medidas de proteção à criança vitimizada, e medidas específicas de responsabilização e medicalização aos seus pais ou responsáveis legais⁹.

⁹ Tenho sido pessoal e recorrentemente sido consultado por colegas advogados e pais de todo o Brasil, que se encontram envolvidos em casos nos quais o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente, por meio de seus órgãos e agentes, determina a matrícula do estudante na escola. Tenho apenas duas notícias sobre as atuações do Poder Judiciário, do Ministério Público, e dos Conselhos Tutelares no sentido de abordar o caso concreto que lhes chega para análise sob uma perspectiva aberta, procurando verificar propriamente o resultado do trabalho que é oferecido pelos pais de modo

Dois exemplos destas decisões judiciais, exaradas do Egrégio Superior Tribunal trazemos à colação¹⁰:

ACÓRDÃO 1

Relator(a)

Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS (1094)

Órgão Julgador

S1 - PRIMEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento 24/04/2002

Ementa

MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO FUNDAMENTAL. CURRÍCULO MINISTRADO PELOS PAIS INDEPENDENTE DA FREQUÊNCIA À ESCOLA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ILEGALIDADE E/OU ABUSIVIDADE DO ATO IMPUGNADO. INOCORRÊNCIA. LEI 1.533/51, ART. 1º, CF, ARTS. 205 E 208, § 3º; LEI 9.394/60 (SIC), ART. 24, VI E LEI 8.096/90, ARTS. 5º, 53 E 129.

1. Direito líquido e certo é o expresso em lei, que se manifesta inconcusso e insuscetível de dúvidas.
2. Inexiste previsão constitucional e legal, como reconhecido pelos impetrantes, que autorizem os pais ministrarem aos filhos as disciplinas do ensino fundamental, no recesso do lar, sem controle do poder público mormente quanto à frequência no estabelecimento de ensino e ao total de horas letivas indispensáveis à aprovação do aluno.
3. Segurança denegada à míngua da existência de direito líquido e certo.

ACÓRDÃO 2

Relator(a) Ministro JESUS COSTA LIMA (302)

Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento 29/06/1994

Ementa

PROCESSUAL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS REQUERIDO POR PESSOA JURÍDICA. DIREITO A EDUCAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. PROCEDIMENTO JUDICIAL. CONDUÇÃO COERCITIVA. POSSIBILIDADE.

1. E possível a impetração de habeas corpus por pessoa jurídica em favor de um de seus sócios, pois não se deve antepor restrições a uma ação cujo escopo fundamental é preservar a liberdade do cidadão contra quaisquer ilegalidades ou abusos de poder.
2. A constituição qualifica a educação como um dos direitos fundamentais da pessoa e dever do estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a ajuda da coletividade com vistas ao

descolarizado em termos de ensino-aprendizagem. Todas as demais seguem o padrão de entendimento geral segundo o qual “lugar de criança é na escola”.

¹⁰ Extraído do site do Superior Tribunal de Justiça em pesquisa de jurisprudência no dia 15 de fevereiro de 2012.

exercício pleno da cidadania.

3. O Ministério Público tem legitimidade para fiscalizar e propor medidas judiciais destinadas a proteger os direitos da criança e do adolescente, inclusive no que pertine ao ensino obrigatório e, assim agindo, atua em defesa dos menores e não contra estes.

4. Tratando-se de injustificada resistência dos pais para comparecer a juízo, a condução coercitiva pode constituir constrangimento, mas não qualificado de ilegal e abusivo.

5. Ordem de habeas corpus denegada que se confirma, improvendo-se o recurso.

Acórdão

POR UNANIMIDADE, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Mais recentemente é possível reconhecer tendência na direção de uma interpretação mais aberta do tema, o que se verifica em monografia intitulada *Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família*, de autoria de Domingos Franciulli Netto (2005). No texto, o autor reconhece o direito dos pais à escolha do modelo de educação familiar desescolarizada sob certas condições, tais como a exigência da observância de um currículo mínimo e o controle avaliativo por parte do Estado.

O olhar representa um avanço ao padrão de responsabilização administrativa, cível e penal dos pais que decidem por contestar o entendimento pacífico sobre a matéria:

[..] Impõe-se considerar, contudo, que o que se está a defender na presente dissertação não é o direito de todos os pais a educarem seus filhos em casa, a ser exercido sem limites, mas sim o direito dos que alegarem e demonstrarem possuir condições para a realização dos objetivos constitucionais referentes à educação.

Evidencia-se, portanto, que estão cientes os pais-educadores da perluastração de Aristóteles no sentido de que “quem é incapaz de viver em sociedade, ou não tem necessidade disso, por se bastar a si mesmo, por força tem de ser um animal ou um deus”.

Esses educadores, à evidência, não desejam que seus filhos sejam animais, tampouco são megalomaníacos a ponto de julgar que estão criando deuses.

Impende realçar que o importante é o respeito à liberdade de escolha dos pais. Se a eles é dado o direito de escolher entre escolas públicas e particulares, por que privá-los do direito de educar seus próprios filhos, submetendo essa educação às avaliações oficiais de suficiência?

Quer-se também dizer que, se existirem pais qualificados para o mister, a esses não se pode negar o direito de opção, no sentido de

enviarem seus filhos à escola, se assim entenderem melhor para a prole. O fundamental é aceitar-se o princípio do primado da família em tema dessa natureza, mormente em Estado Democrático de Direito, que deve, por excelência, adotar o pluralismo em função da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Levada a obrigatoriedade de imposição da vontade do Estado sobre a dos cidadãos e da família, menos não fora do que copiar modelos fascistas, nazistas ou totalitários.

Vale lembrar, nada obstante, que, os educandos devem ser submetidos a frequentes avaliações para se aquilatar a eficiência do ensino ministrado em casa, de acordo com a discricionariedade da Administração, a qual, de sua parte, não se poderá furtar de seu dever pela simples ausência do requisito da frequência diária à escola, uma vez que, como acima já se ressaltou, tal requisito é subsidiário e somente se aplica aos casos em que o ensino se dá integralmente na escola.

Tal aferição, contudo, levará em conta apenas o currículo mínimo exigido pelo Estado, que, dessarte, também se não poderá opor a que a esse currículo se acrescentem outras matérias e conhecimentos.

2. A Educação Familiar Desescolarizada no escopo do direito internacional

A matéria do modelo educacional inclui-se na esfera dos direitos humanos da criança e do adolescente à educação, e assim vem sendo alegado pelo movimento mundial pela educação familiar desescolarizada.¹¹

Entretanto, não há nenhum dispositivo em qualquer diploma internacional de direitos humanos que garanta expressamente aos pais ou aos seus filhos o direito à prática da Educação Familiar Desescolarizada. Este direito se pode depreender de modo indireto, pela forma que os documentos de direitos humanos que garantem direitos à criança asseguram também direitos à família e aos pais.

2.1. Declaração Universal dos Direitos da Criança

O Diploma de direitos humanos basilar no campo é a Declaração Universal dos Direitos da Criança, Proclamada pela Resolução da Assembleia Geral 1386 (XIV), de 20 de Novembro de 1959. Acreditamos que com o passar dos anos, e em razão de diversos fatos históricos e ideológicos que se operaram na segunda metade do século

¹¹ NEWMAN, A. (2012), *apud* ANDRADE (2014).

XX em diante, os quais foram descritos por ANDRADE (2014), foi-se perdendo o ideal da Declaração, dando-se lugar a interesses diversos que nenhuma conexão possuem com o seu ideal originário¹².

É útil transcrevemos e comentarmos o que nos interessa mais propriamente no Documento. Assim diz a Declaração:

Visto que os povos das Nações Unidas, na Carta, reafirmaram sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e resolveram promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.

Visto que as Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamaram que todo homem tem capacidade para gozar os direitos de liberdade nela estabelecidos, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

Visto que a criança, em decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento.

Visto que a necessidade de tal proteção foi enunciada na Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, de 1924, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos estatutos das agências especializadas e organizações internacionais interessadas no bem-estar da criança.

Visto que a humanidade deve à criança o melhor de seus esforços,

Assim

A Assembleia Geral

Proclama esta Declaração dos Direitos da Criança, visando que a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade, os direitos e as liberdades aqui enunciados, e apela a que os pais, os homens e as mulheres em sua qualidade de indivíduos, e as organizações voluntárias, as autoridades locais e os governos nacionais reconheçam estes direitos e se empenhem pela sua observância mediante medidas legislativas e de outra natureza, progressivamente instituídas, de conformidade com os seguintes princípios:

Princípio 1.º A criança gozará todos os direitos enunciados nesta Declaração. Todas as crianças, absolutamente sem qualquer exceção, serão credoras destes direitos, sem distinção ou discriminação por motivo de raça, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição, quer sua ou de sua família.

Princípio 2.º A criança gozará proteção especial e ser-lhe-ão

¹² BUKOVSKÁ (2008), denuncia que muitos relatórios de direitos humanos que têm sido produzidos por organizações de *advocacy*, e por outras organizações supostamente sem fins econômicos, não levam em conta a opinião das próprias vítimas, e não representam a verdade real sobre os fatos.

proporcionadas oportunidades e facilidades, por lei e por outros meios, a fim de lhe facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, de forma sadia e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na instituição de leis visando este objetivo levar-se-ão em conta, sobretudo, os melhores interesses da criança.

Princípio 3.º Desde o nascimento, toda criança terá direito a um nome e a uma nacionalidade.

Princípio 4.º A criança gozará os benefícios da previdência social. Terá direito a crescer e criar-se com saúde, para isto, tanto à criança como à mãe, serão proporcionados cuidados e proteção especiais, inclusive adequados cuidados pré e pós-natais. A criança terá direito a alimentação, habitação, recreação e assistência médica adequada.

Princípio 5.º À criança incapacitada física, mental ou socialmente serão proporcionados o tratamento, a educação e os cuidados especiais exigidos pela sua condição peculiar.

Princípio 6.º Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda social e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.

Princípio 7.º A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.

Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais. A criança terá ampla oportunidade para brincar e divertir-se, visando a propósitos mesmos da sua educação; a sociedade e as autoridades públicas empenhar-se-ão em promover o gozo deste direito.

Princípio 8.º A criança figurará, em quaisquer circunstâncias, entre os primeiros a receber proteção e socorro.

Princípio 9.º a criança gozará proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração. Não será jamais objeto de tráfico, sob qualquer forma. Não será permitido à criança empregar-se antes da idade mínima conveniente; de nenhuma forma será levada a ou ser-lhe-á permitido empenhar-se em qualquer ocupação ou emprego que lhe prejudique a saúde ou a educação ou que interfira em seu desenvolvimento físico, mental ou moral.

Princípio 10. A criança gozará proteção contra atos que possam suscitar discriminação racial, religiosa ou de qualquer outra natureza. Criar-se-á num ambiente de compreensão, de tolerância, de amizade

entre os povos, de paz e de fraternidade universal e em plena consciência de que seu esforço e aptidão devem ser postos a serviço de seus semelhantes.”

Podemos destacar os principais aspectos da Declaração sobre os Direitos da Criança:

- Uma reafirmação histórica de fé nos seguintes valores:
 - Direitos Humanos Fundamentais
 - Dignidade e valor do ser humano
 - Promoção do progresso social e melhores condições de vida
 - Liberdades amplas
 - Igualdade entre todos homens, sem qualquer distinção, quanto à capacidade de gozar direitos e liberdades.
- A necessidade peculiar da criança de receber proteção e cuidados especiais, antes e depois do nascimento, em razão de sua imaturidade física e mental.
- O dever da humanidade para com a criança, no sentido de empenhar todos os esforços para realizar o seu bem-estar. Este dever engloba primeiramente seus pais, mas também todos os homens e mulheres individualmente considerados, e organizações privadas, autoridades civis, governamentais, legislativas, judiciárias e de qualquer natureza.
- A felicidade da criança, sendo este o objetivo fundamental de todos os esforços que deverão ser empenhados pela humanidade.
- O gozo, pela criança, de direitos e liberdades fundamentais.

À época na qual a Declaração foi elaborada e proclamada pelas Nações Unidas esperava-se que, progressivamente, com o passar do tempo, o compromisso com estes valores levasse a uma mudança na condição das crianças no mundo inteiro. Com este objetivo em mente, a Declaração previu formas pelas quais se acreditava que os objetivos traçados poderiam vir a ser atingidos:

- Indistinção absoluta das crianças do planeta quanto ao direito individual ao gozo dos direitos assegurados na Declaração. Todas as crianças deveriam

gozar e ser apropriadas dos mesmos direitos;

- Condição jurídica das crianças como credoras de direitos em face de todos;
- Direito à Proteção especial, inclusive por meio da oportunização e facilitação de todos os meios possíveis para que a criança se desenvolva integralmente - física, mental, moral, espiritual e social - em condições sadias e normais, em liberdade e dignidade;
- A diretiva fundamental de que as leis nacionais e locais, ao serem instituídas pelos Estados signatários, deveriam atender, sobretudo, os melhores interesses da criança;
- O direito de toda criança de receber um nome e uma nacionalidade, o que implica no reconhecimento de que estes direitos personalíssimos são essenciais à vida humana;
- Seguridade social, comportando o direito à saúde, à previdência social, à proximidade e o cuidado pela mãe, e da mãe, antes e depois do seu nascimento, o que inclui também o direito à alimentação, habitação, recreação e assistência médica;
- Especial atenção à criança com incapacidades físicas, mentais ou sociais;
- A segurança do recebimento, pela criança, de amor e compreensão, o que deverá ser proporcionado, sempre que for possível, pelos próprios pais da criança, não o Estado, não a família ampliada, e não qualquer outra família, constituída por adoção. A Declaração reconhece que estas formas de afeto e compromisso moral e material são essenciais para o desenvolvimento completo e harmonioso da personalidade infantil. Apenas no caso de crianças desprovidas de pais naturais, ou daquelas cujos pais não dispõem de meios aptos para criá-las, os cuidados deveriam ser providenciados pelas autoridades públicas e pela sociedade em geral. No segundo caso, de família empobrecidas, quando agravada a situação em razão do número grande de crianças, a ajuda social deveria ser especialmente presente. Em qualquer hipótese a criança deveria permanecer no seio da família, junto dos pais e de seus irmãos, não havendo motivo legítimo para a retirada delas do convívio familiar, a menos que o amor e a compreensão necessários e desejados lhe

fossem negados ou impossibilitados.

- O direito da criança à educação, que deveria ser gratuita e compulsória pelo menos no grau primário, e elaborada e ministrada com vistas a propiciar o domínio daquilo que é denominado de *cultura geral*, a qual, segundo compreende a Declaração, permitiria alcançar os seguintes fins:
 - Capacitar a criança a desenvolver as suas aptidões, em condições de igualdade de oportunidades com as outras crianças;
 - Formar a criança no sentido de emitir juízos de valor;
 - Desenvolver na criança o senso de responsabilidade moral;
 - Desenvolver na criança o senso de responsabilidade social;
 - Tornar a criança um membro útil da sociedade em que vive.
- *O direito à educação não se confunde com o dever à escolarização, na Declaração.* Ao contrário, o documento é explícito em afirmar que a diretriz a nortear os responsáveis pela educação e orientação da criança deveria ser os melhores interesses da criança. Ao mesmo tempo, a Declaração afirma expressamente que a responsabilidade de promover a educação da criança e responsabilizar-se por sua orientação cabe aos pais, em primeiro lugar, sendo que o papel da sociedade e das autoridades públicas não deveria ser empenhar-se em criminalizar a conduta dos pais que resolvessem assumir para si esta tarefa, mas sim empenhar-se em promover o gozo deste direito, inclusive apoiando-os em seu mister.
- Direito da criança à proteção contra quaisquer formas de negligência, crueldade e exploração, especialmente o tráfico, sob qualquer forma.
- Direito da criança à proteção contra ser empregada antes da idade mínima conveniente;
- Direito da criança a não ser empregada ou ocupada em atividade alguma prejudicial à sua saúde ou sua educação, ou por qualquer outro modo que lhe prejudique o desenvolvimento físico, mental ou moral;
- Direito da criança de gozar proteção contra atos discriminatórios de qualquer tipo, raciais, religiosos, ou de qualquer outra natureza. A Declaração afirma que ambientes caracterizados por compreensão, tolerância, amizade entre os

povos, paz e fraternidade universal, são propícios para gerar na criança a plena consciência de que seu esforço e aptidão, (esforço e aptidão da criança), *devem ser postos a serviço de seus semelhantes.*

- A Declaração reconhece que, na busca de gerar indivíduos adultos aptos a viver socialmente, é necessário inculcar neles o sentido de que o esforço pessoal não deve ser destinado exclusivamente para o interesse egoístico, mas também para a coletividade, servindo-a com suas aptidões e capacidades adquiridas.

2.2. Convenção dos Direitos da Criança

A Declaração Universal dos Direitos da Criança foi promulgada no ano de 1959. A Convenção dos Direitos da Criança foi adotada pela Resolução n. L.44 (XLIV) da Assembleia Geral nas Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989, e ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990 (SÃO PAULO, Estado,1996).

Não por acaso, nesse mesmo ano, em 13 de julho de 1990, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente no plano interno nacional, a Lei 8069 de 13 de julho de 1990, após ampla discussão no Congresso Nacional, diploma que entrou em vigor em um país marcado pelas condições deploráveis a que estavam e, em certa medida, ainda estão, submetidas muitas crianças e adolescentes no país.

A Convenção dos Direitos da Criança dispõe, já em seu preâmbulo, a natureza e a importância fulcral da família para a sociedade humana:

[...] Convencidos de que a *família, unidade fundamental da sociedade e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros*, e em particular das crianças, deve receber a proteção e a assistência necessárias para desempenhar plenamente suas responsabilidades na comunidade;

Reconhecendo que a criança, para o desenvolvimento pleno e harmonioso da sua personalidade, *deve crescer em um ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão;*

Considerando que importa preparar plenamente a criança para *viver uma vida individual* na sociedade e ser educada no espírito dos ideais proclamados na Carta das Nações Unidas e, em particular, *num espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade.*” [os grifos são nossos ...].

No artigo 14, o diploma assegura o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião da criança, e também dos seus pais com vistas a que este direito de seus filhos venha a ser garantido:

1. Os Estados Partes respeitarão o *direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença*.
2. Os Estados Partes respeitarão os *direitos e deveres dos pais e, quando for o caso, dos representantes legais, de orientar a criança no exercício deste direito, de modo consistente com a evolução de sua capacidade*.
3. *A liberdade de manifestar a sua religião ou crenças sujeitar-se-á somente às limitações prescritas em lei e que forem necessárias para proteger a segurança, a ordem, a moral, a saúde públicas, ou os direitos e liberdades fundamentais de outrem.*

Nos termos do dispositivo acima, a liberdade da criança de manifestar a sua religião ou as suas convicções somente poderá ser objeto de restrições quando houver expressa previsão legal, cumulando-se esta proibição com:

- Necessidade de proteção da segurança, ordem e saúde públicas;
- Necessidade da proteção da moral e das liberdades e direitos fundamentais de outra pessoa.

A ausência de lei, ou mesmo a existência de lei sem as *necessidades* do elenco acima indicado, não justificam a restrição a qualquer direito fundamental que o diploma de direitos humanos assegura às crianças e adolescentes.

Assim, apenas em situações especialíssimas como, por exemplo, quando um adolescente, em nome de sua liberdade de convicção ou de crença nazista pretenda ferir a integridade física de um índio, ou de um negro, ou de um morador de rua, ou de um torcedor do time adversário, ou ainda queimar a escola onde está matriculado, sua liberdade deverá ser coibida.

É o que se faz, no Brasil, por meio dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente que excluem da esfera das liberdades da criança e do adolescente as práticas tipificadas como delituosas pelo Código Penal Brasileiro e leis penais especiais, por pressupor que aquelas condutas constituem-se violações de proteções de ordem pública ou privadas.

Esses direitos à liberdade da criança devem ser vistos valendo inclusive contra seus pais, entretanto em situações especialíssimas. Assim, imaginem-se situações nas quais a criança procura exercer sua liberdade de crença e é, sistematicamente, coibida pelos seus pais que, nazistas ou racistas, procuram doutriná-la à sua fé com vistas a que a criança venha a praticar as mesmas condutas. Nesses casos excepcionais, pois violadoras de direitos fundamentais individuais da criança e do adolescente, e em razão do interesse das instituições democráticas mais fundamentais, a vontade da criança prevalecerá contra a vontade de seus pais. É o que diz a Convenção.

2.3. A Inversão

É ponto pacífico que, em diversos artigos, a Convenção Sobre os Direitos da Criança reconhece e assegura aos pais, ou responsáveis, a centralidade no direcionamento do processo educacional integral que é constituído como um direito da criança. No artigo 18, 1, está prescrito que “a responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primordialmente aos pais e, sendo caso disso, aos representantes legais.” No exercício dessa responsabilidade “o interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental.”

Esse princípio, *o interesse superior da criança*, orienta todo o sistema legal de proteção à criança e ao adolescente, inclusive brasileiro. Ainda o artigo 27, 2, afirma que “Cabe primordialmente aos pais e às pessoas que têm a criança a seu cargo a responsabilidade de assegurar, dentro das suas possibilidades e disponibilidades econômicas, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança.”

Levando em consideração esta supremacia dos direitos dos pais ou responsáveis em relação ao direito de quaisquer outros atores políticos ou sociais, diversos dispositivos obrigam o Estado, em caráter de subsidiariedade, a atuar apoiando a tarefa dos pais, os quais deverão levar em conta os interesses superiores da criança, acima dos seus próprios:

Artigo 18

1. Os Estados partes envidarão os maiores esforços para assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm responsabilidades comuns na educação e desenvolvimento da criança.

Os pais e, quando for o caso, os representantes legais têm a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. *Os interesses superiores da criança constituirão sua preocupação básica.*

2. Para garantir e promover os direitos enunciados na presente Convenção, *os Estados partes prestarão assistência apropriada aos pais e aos representantes legais no exercício de suas funções de educar a criança* e assegurarão o desenvolvimento de instituições, instalações e serviços de assistência à infância.

3. Os Estados Partes tomarão todas as medidas adequadas para garantir às crianças cujos pais trabalham o direito de beneficiar-se de serviços e instalações de assistência social e creches a que fazem jus.

Artigo 27

[...]

2. *Cabe aos pais, ou a outras pessoas encarregadas, a responsabilidade primordial de proporcionar, de acordo com suas possibilidades e meios financeiros, as condições de vida necessárias ao desenvolvimento da criança.*

3. Os Estados Partes, tendo em conta as condições nacionais e na medida dos seus meios, tomam as medidas adequadas *para ajudar os pais e outras pessoas que tenham a criança a seu cargo a realizar este direito* e asseguram, em caso de necessidade, auxílio material e programas de apoio, nomeadamente no que respeita à alimentação, vestuário e alojamento. (grifos nossos).

A Convenção, em seus artigos 28 e 29, refere-se explicitamente ao direito da criança à educação. No artigo 28, 1, os Estados Partes signatários reconhecem que este direito deverá se dar “na base da igualdade das oportunidades”.

Os princípios da obrigatoriedade e gratuidade à educação, previstos na alínea ‘a’ do mesmo artigo, têm finalidade explícita: visam a igualar tais oportunidades de acesso ao ensino entre todas as crianças. Possuía, portanto, à época, uma finalidade *afirmativa*, de forma semelhante ao que se afirma querer fazer atualmente quanto ao direito da população afrodescendente, e estudantes provenientes de escolas públicas, a cargos públicos e vagas em universidades públicas.

Evidentemente que, naquele caso, o que se desejava era igualar os diferentes pontos de partida, com vistas a tornar mais justa a competição e a chegada. Visavam-se, evidentemente, os mais pobres, e aqueles que estavam desprovidos de famílias que poderiam lhes proporcionar escolarização de boa qualidade.

Além disso, a Convenção concilia obrigatoriedade com *disponibilidade* e *estímulo*, termos aparentemente contraditórios, ao se comparar com a forma que vem

sendo entendida a obrigatoriedade da matrícula e frequência à escola no Brasil.

Ao contrário das medidas impositivas e restritivas de liberdade que foram sendo adotadas com o passar do tempo, o que a Convenção preceitua aos Estados Partes foi que se tomassem medidas que obrigassem os Estados a criar escolas em número capaz de atender, de modo gratuito, a todas as crianças.

A obrigatoriedade de matricular em escolas e frequentá-las não foi destinada aos pais das crianças, ou às próprias crianças, mas aos Estados signatários da Convenção.

A evidência disso está, como já dissemos, em dois verbos previstos na Declaração: *disponibilizar* e *estimular*. Vejamos:

Os Estados partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:

Tornar o ensino primário **obrigatório e disponível** gratuito a todos;

Estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;

Tornar o ensino superior acessível a todos, com base na capacidade e por todos os meios adequados;

Tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;

Adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar". (grifos nossos).

Disponibilizar é um termo reconhecido pela doutrina jurídica. Quando um direito ou um bem deve ser, por força de norma, *disponibilizado*, isso significa que o credor deste direito ou bem tem o direito de exigir-lo do devedor, credor de direito subjetivo, o qual, inclusive, a Lei 8069/90 garante, em seu artigo 54, II, quanto ao ensino fundamental.

Dever do Estado de *disponibilizar* vagas escolares, e direito subjetivo das crianças de exigirem que assim se fizesse, é o sentido que foi compreendido no Brasil a princípio, quando inúmeras ações judiciais, inclusive de autoria do Ministério Público, foram sendo propostas como forma de obrigar o Poder Público a criar vagas nas escolas de ensino fundamental para comportar todas as crianças cujos pais desejavam matriculá-las. É o mesmo que está a ocorrer hoje quanto à educação infantil, ou creche, já havendo

aqueles que apregoam que o direito subjetivo da criança à educação infantil, assim devendo ser disponibilizado pelo Estado, é garantido no Brasil.

Estimular, ao contrário, é um termo quase que totalmente desconhecido juridicamente, inaplicável no campo do Direito exceto quanto às normas constitucionais chamadas programáticas, as quais necessitam de integração normativa e provocam intensa discussão doutrinária (CANOTILHO, 1993). Com efeito, o Direito funda-se em normas de caráter prescritivo, da natureza do *dever-ser* (DALLARI, 2007), e o reconhecimento do *dever de estimular* quase não diz nada para o Direito, pelo menos não enquanto este estímulo não se caracterizar por uma obrigação concreta, especificada em norma reconhecida como válida juridicamente (BOBBIO, 2008).

Não obstante a polêmica doutrinária que o assunto provoca, o ponto que queremos ressaltar é que o dispositivo da Convenção *não obriga* todas as crianças e adolescentes do mundo inteiro a frequentarem as escolas, não obstante o entendimento corrente do Estado brasileiro, corroborado pelos diversos estudos empreendidos nas áreas do Direito e da Educação que aplicam, de modo pacífico, diversos estudos, dentre eles os estudos de MARSHALL (1967), para fundamentar a obrigatoriedade da matrícula e frequência escolar à própria criança e adolescente e aos seus pais, sob o fundamento de tratar-se de um direito da criança e do adolescente de caráter individual e social com vistas à sua idade adulta, e não um direito à opção dos pais.

O que é absolutamente certo, é que os Estados-Partes se comprometeram a *disponibilizar* escolas gratuitamente a todas as crianças que desejam ser instruídas nelas, e a *estimular* que todas as demais crianças, e seus pais, que não queiram matricular-se nas escolas por qualquer motivo, se motivem a fazê-lo. Podemos pensar em inúmeras formas pelas quais este estímulo poderia ocorrer, sem a sua obrigatoriedade, especialmente a valorização dos processos de formação de toda e qualquer pessoa humana levando em conta as especificidades de cada criança, que é o que apregoa a pedagogia originária que concebeu o sistema escolar em caráter universal (COMENIUS, 1978), e que não é, em absoluto, o que acontece no sistema escolar brasileiro, eivado de contradições, violações de direitos da criança e do adolescente, e riscos à integridade física, moral, intelectual e espiritual da criança, contraditando, assim, o que dispõe o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 3.º,

bem como em outros dispositivos a ele acrescentados recentemente,¹³ e fazendo com que atores importantes no movimento nacional de desescolarização apregoem que a educação no Brasil encontra-se falida (MOREIRA, 2008), o que é consenso pacífico entre os pais que resolvem educar seus filhos desescolarizadamente.

Voltando à Convenção em comento, o artigo 29 esclarece quais as finalidades do processo educacional. Entre elas, está *o respeito pelos pais*, bem como os ideais de liberdade, solidariedade e fraternidade entre os povos, valores construídos no bojo do desenvolvimento histórico que culminou na criação da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal de Direitos Humanos, e os demais documentos que a seguiram, dentre eles a Convenção:

- Promover o desenvolvimento da personalidade da criança, dos seus dons e aptidões mentais e físicos na medida das suas potencialidades;
- Inculcar na criança o respeito pelos direitos do homem e liberdades fundamentais e pelos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;
- Inculcar na criança o respeito pelos pais, pela sua identidade cultural, língua e valores, pelos valores nacionais do país em que vive, do país de origem e pelas civilizações diferentes da sua;
- Preparar a criança para assumir as responsabilidades da vida numa sociedade

¹³ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

[...]

II - opinião e expressão;

[...].

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los. (Incluído pela Lei nº 13.010, de 2014).

livre, num espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade entre os sexos e de amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e com pessoas de origem indígena;

- Promover o respeito da criança pelo meio ambiente.

2.4. O Pacto descumprido

Outro documento internacional de direitos humanos importantíssimo, amplamente referenciado pelos tribunais brasileiros, é o *Pacto de San José da Costa Rica*, ou *Convenção Americana de Direitos Humanos*, a qual foi adotada e aberta à assinatura em 22 de novembro de 1969, tendo sido ratificada pelo Brasil apenas em 25 de setembro de 1992.

Em seu texto estão diversos dispositivos que ratificam os documentos internacionais a que já nos referimos. Dentre eles:

- No artigo 5.º, 1, está garantido que toda pessoa tem o direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. Conforme tem sido amplamente referenciado nas pesquisas empreendidas pela Administração Pública, e pela Academia, o que se evidencia por diversos programas que procuram enfrentar o quadro de violência que se verifica na esfera da educação escolar, esta se tornou, potencialmente ou de fato, um lugar de violação à integridade física, psíquica ou moral da criança;
- O artigo 11, afirma o direito à proteção da honra e da dignidade do ser humano.
 - No parágrafo 1, está previsto que toda pessoa tem o direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade;
 - No parágrafo 2, garante-se que ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas, em sua vida privada e em sua família, dentre outras;
 - No parágrafo 3, garante-se que toda a pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências.
- O artigo 12 refere-se à liberdade de consciência e de religião.

- No parágrafo 1, está garantida a liberdade do indivíduo em conservar sua religião ou suas crenças, podendo mudá-las livremente a seu critério. Também está garantido o direito de professá-las e divulgá-las, individual ou coletivamente, de modo público ou privado;
- No parágrafo 2, ratifica-se o que está dito no parágrafo 1, querendo-se dar ênfase, de modo que o direito à ampla liberdade de conservação ou modificação da religião ou crenças individuais é reforçado no texto;
- No parágrafo 3, é estabelecida uma restrição a este direito, que deverá existir apenas na conjugação de dois requisitos:
 - Previsão legal expressa;
 - Proteção da segurança, ordem, saúde, moral pública, direitos e liberdades das demais pessoas. Obviamente, estas necessidades deverão ser vistas de modo objetivo, e não em tese.
- Ainda no artigo 12, queremos ressaltar o seu parágrafo 4: “Os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.” Por este dispositivo:
 - É plenamente atribuído às crianças os direitos à liberdade de consciência e de religião;
 - O marco orientador para o tipo de crença que deverá ser ministrado à criança não será outro senão o dos próprios pais, ou daqueles que detenham sobre a criança o legítimo poder familiar. Assim, não haverá qualquer arbitrariedade dos pais, ou responsáveis da criança, quando eles ensinam sua própria crença aos seus filhos ou pupilos.
- O último dispositivo do Pacto San Jose aplicável ao reconhecimento da juridicidade da Educação Familiar Desescolarizada é o artigo 17, que trata da Proteção da família.
 - No parágrafo 1 é reconhecido que *a família é o núcleo natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo*

Estado e, por este motivo, passa a afirmar, nos parágrafos seguintes, aspectos relativos ao matrimônio, constituição familiar e filiação.

- Ao reconhecer a família como *núcleo natural da sociedade*, se está a afirmar a convicção de que do mesmo modo como sexo, raça, cor, idioma, origem nacional ou social e outras condições são características que o indivíduo traz consigo quando vem a este mundo, com seu nascimento, a família natural também o é, a menos que a criança tenha sido desprovida de família ao nascer, pela morte ou pelo abandono, do pai, da mãe, ou de ambos.
- O parágrafo 2 reconhece o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de constituírem uma família, desde que tenham idade mínima e condições fixadas em leis internas de cada Estado. Ressalta o dispositivo que as leis internas não poderão afetar o princípio da não-discriminação estabelecido no Pacto de San Jose, o que significa que deverá ser observado o artigo 1.º, segundo o qual todos os Estados Partes signatários da Convenção não poderão realizar, quanto a qualquer um dos direitos elencados, discriminação de qualquer tipo, *por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social*.
- Vale lembrar que no Pacto de San Jose não há nenhuma referência a discriminação de gênero.

Conclusões

Norberto Bobbio reconhece que, no que se refere ao significado de “direito” na expressão “direitos do homem” o debate é confuso e permanente (BOBBIO, 1992). Os sucessivos e numerosos diplomas internacionais de mesmo viés e amplitude que foram sendo assegurados desde que os primeiros diplomas foram editados, com vistas a buscar tornar efetivos os direitos humanos tão costumeiramente violados pelos Estados, (o que

é, reconhecidamente, o caso Brasil), talvez não tenham servido para elucidar a questão, mas para trazer ainda maior confusão.

A Declaração Universal de Direitos de 1948, exarada logo após a segunda grande guerra mundial em face da hecatombe por ela trazida, continha “germe” de “algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas”, cuja sua finalização histórica foi incapaz de ser prevista, e ainda o é.¹⁴

A pergunta que o filósofo de direito já colocava sob o calor do pós-guerra pensamos que se coloca também agora, em face das milhões de famílias no mundo, milhares no Brasil, que pensam que necessitam tirar seus filhos da escola para instruí-los desescolarizadamente devido às condições gerais a que eles estão submetidos nessas instituições de ensino:

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direitos naturais, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconheceram a proteção jurídica de alguns desses direitos, o direito natural de resistência transformou-se no direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado. Mas o que podem fazer os cidadãos de um Estado que não tenha reconhecido os direitos do homem como direitos dignos de proteção? Mais uma vez, só lhes resta aberto o caminho do chamado direito de resistência.¹⁵

Os diplomas internacionais de direitos humanos iniciais que normatizaram questões afetas à criança e à família, os quais ainda se encontram em vigor em meio à miríade de diplomas internacionais que os sucederam, são plenamente favoráveis à opção dos pais pelo modo de Educação Familiar Desescolarizada, ainda que não disponham sobre ele de modo expresso, não havendo nenhuma exigibilidade de que os resultados educacionais sejam alcançados por meio da escolarização universal de crianças e adolescentes com frequência diária, e sujeição a todos os controles dos sistemas escolares.

Esta conclusão ainda mais se reforça em face dos sistemas escolares em geral, que colocam milhões de crianças e adolescentes no Brasil em situações diversas de risco

¹⁴ Bobbio, *idem*, p.31.

¹⁵ *Idem*, p.31.

à materialização de seus direitos fundamentais, dentre eles o basilar direito à educação, e em razão da interpretação tradicional que tem sido feita pelos dirigentes dos sistemas de ensino e da população em geral, segundo a qual a *educação* é compreendida como sinônimo de *escolarização*, ignorando-se o fundamental papel da família no processo educacional de criança e adolescentes, dando a ele mínima relevância, e atribuindo à família uma função meramente subsidiária em relação à escola, e não o contrário.

Ao mesmo tempo em que o direito externo e interno garante a educação escolar obrigatória como comando dirigido aos Estados signatários dos diplomas de direitos humanos da matéria, eles reconhecem que a família é o núcleo natural de toda e qualquer sociedade de homens, atribuindo a ela o dever e o direito perante o Estado e a sociedade de promover, na medida de suas possibilidades, a educação de suas crianças, sem ingerência prejudicial de qualquer tipo por parte de organizações ou poderes públicos ou privados.

Ao contrário do modelo atual, segundo o qual compete à família apoiar o Estado e as organizações escolares na tarefa de educar seus filhos, nos diplomas estudados é o Estado e a sociedade civil organizada que se encontram obrigados a apoiar a família em sua tarefa de educar. Trata-se de uma substancial mudança de interpretação, a julgar perante os documentos de direitos humanos originais, uma inversão completamente incongruente, que se pretenda proibir e punir os pais que querem exercer sua tarefa de dirigir a educação de seus filhos por si mesmos e por seus próprios meios, no contexto de uma sociedade aberta e democrática, visando atingir os fins da educação nacional conforme prescritos na legislação específica, fazendo-o com responsabilidade e possibilidades, de modo desescolarizado, e com melhores resultados e qualidade do que o oferecido pelos sistemas públicos de educação ou mesmo no sistema privado.

A tarefa da educação das crianças e adolescentes é reconhecida, nos diplomas internacionais de direitos humanos fundamentais aplicáveis ao caso, de modo bastante diferente da que passou a ser desenvolvida nas instituições escolares. Nos termos dos diplomas internacionais, ela consiste em desenvolver uma forma de cultura que abrange competências intelectuais, morais, espirituais, físicas e sociais, de modo a capacitar a criança a desenvolver as suas aptidões e formar a criança no sentido de emitir juízos de valor e o senso de responsabilidade moral e social, de modo a torná-la um indivíduo não

egoístico, mas um membro útil da sociedade em que vive, com vistas ao ideal de uma comunidade universal de homens.

Acreditamos que este modo de entender é consistente com toda a principiologia que rege o direito da criança e do adolescente, e deve orientar o intérprete ao julgar os dispositivos aplicáveis ao direito da criança e do adolescente, inclusive o direito fundamental à educação. Ademais, encontra respaldo expresso no artigo 3.º da Lei 8069/90, e no artigo 6.º do mesmo diploma legal.¹⁶

Assim, reconhece-se que a tarefa atribuída aos pais dos indivíduos ainda não emancipados por lei ou pela vontade de seus pais é mais abrangente do que promover-lhes e dirigir-lhes a instrução, ou mesmo a educação, pois todos os direitos fundamentais que passaram a ser reconhecidos em favor das crianças e adolescentes são, primária e primordialmente, obrigação dos seus genitores garantir e viabilizar.

Consideradas as condições atuais da humanidade, mais especificamente no Brasil, existindo um clamor por paz social e reação contra as formas de violência social, tendo como protagonistas, algumas delas, crianças e adolescentes, as tarefas a serem promovidas no escopo da convivência familiar e comunitária sob o protagonismo dos pais, e com papel subsidiário do Estado, constituem em importância social fulcral, e deverão ser respeitadas e apoiadas pelo Estado que, mais e mais, obrigando todos os pais, indistintamente, a escolarizar seus filhos, é o protagonista de violações diversas dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Quaisquer que sejam as diretivas e iniciativas que venham a ser tomadas pela família, pela sociedade, ou pelo Estado no sentido de permitir aos pais proporcionar por seus meios o direito à educação de seus filhos, o que sempre se deverá ter em mente é *o melhor interesse da criança*, conforme os princípios já assegurados no campo da doutrina do direito da criança e do adolescente, a saber, os princípios da *prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente* e da *proteção integral*.

¹⁶ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

Assim, entendemos que deverá ser reconhecido em caráter de primazia, e com presunção de potencialidade, o poder familiar dos pais ou responsáveis sobre seus filhos no que tange à opção pela Educação Familiar Desescolarizada como modelo educacional a ser implementado na e pela família, em observância ao que prescreve o Código Civil Brasileiro¹⁷.

Esse direito deverá prevalecer em face de quaisquer outros poderes, órgãos, organizações e indivíduos, devendo o Estado brasileiro, no exercício de suas funções administrativas e jurisdicionais, estabelecer regramento que possibilite que as famílias optantes pela prática do modelo venham a ser fiscalizadas, apoiadas e acompanhadas pelos sistemas de educação, tudo de modo consentâneo com os novos tempos trazidos no bojo das transformações sociais, tecnológicas e educacionais no país e, porque não dizer, no mundo.

Referências:

AASEN, Susie Heumier. New Followers of an Old Path —Homeschoolers. THE JOURNAL FOR QUALITY & PARTICIPATION January 2010. (p.12-5).

ABERS, Rebecca; Von BÜLOW, Marisa. Movimentos sociais na teoria e na prática: como estudar o ativismo através da fronteira entre Estado e sociedade? Sociologias, Porto Alegre, ano 13, nº 28, set./dez. 2011, p.52-84.

AGUIRRE, João; FERREIRA, Karem Cristiane. Estatuto da Criança e do Adolescente. Niterói, RJ: Impetus, 2012. (Coleção OAB; v.15)

ALMEIDA, (2000) José Ricardo Pires de, Instrução pública no Brasil (1500-1889) História e Legislação, 2 ed. Rev. – São Paulo: EDUC, 2000.

ALMEIDA, Vanessa Sievers de. Educação e liberdade em Hanna Arendt. Revista Educação e Pesquisa, v. 34, n.3. set./dez.2008.

AMPARO, Deise Matos do [et. al.]. Adolescência e violência: teorias e práticas nos campos clínico, educacional e jurídico. Organizadores: Deise Matos do Amparo...[et.al.]. Brasília: Líber Livro Editora, 2010.

¹⁷ Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)
I - dirigir-lhes a criação e a educação;(Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014).

ANDRADE, Édison Prado de. Eficácia e efetividade das políticas públicas em face do novo direito da criança e do adolescente. Trabalho de Conclusão de Curso. (Bacharelado em Direito). Jundiaí: Padre Anchieta, 1999.

ANDRADE, Édison Prado de. Gestão Pública e o problema do Ato Infracional. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: FEUSP, 2009.

ANDRADE, Édison Prado de. A Educação Familiar Desescolarizada como um Direito da Criança e do Adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do Direito à Educação.

ARNESEN, Erik Saddi. Educação e Cidadania na Constituição Federal de 1988. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: FDUSP, 2010.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR (ANED). O que é Educação Domiciliar: conceito, características e histórico. Belo Horizonte: ANED, 2011.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR (ANED). Fundamentos da Educação Domiciliar: conceito, características, histórico. Belo Horizonte: ANED, 2012.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR (ANED). Educação Domiciliar Internacional: regulamentações diversas da modalidade em outros países. (Material elaborado especificamente para o Ministério da Educação e Cultura). Brasília: ANED, 2013.

BARBOSA, Luciane Muniz R. As Concepções Educacionais de Martinho Lutero. Educação e Pesquisa USP, v. 33, 2007. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/8914443/BARBOSA-Luciane-Muniz-Ribeiro-As-Concepcoes-Educacionais-de-Martinho-Lutero>>. Acesso em: 15 de março de 2014.
BARBOSA, Luciane Muniz R. Ensino em casa no Brasil: análise histórica de seus aspectos legais. Disponível em http://www.anpae.org.br/congressos_antigos/simposio2009/184.pdf. Acesso em: 15 de março de 2014.

BARBOSA, Luciane Muniz R. Ensino em casa no Brasil: um desafio à escola? 2013. Tese (Doutorado) - Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

BARRETTO, Vicente. Curso de introdução ao pensamento político brasileiro: Primórdios do Liberalismo – o Liberalismo e representação política: o período imperial. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

BASSOF, Evelyn S. Entre mãe e filho: o que fazer para o seu filho se tornar um adulto feliz e realizado. São Paulo: Saraiva, 1.^a ed. 1996.

BERGER, Peter L.; Thomas LUCKMANN. A construção social da realidade: tratado da Sociologia do Conhecimento. 2ª ed. Lisboa: Dina livros, 2004.

BLACKBURN, Robin (org.). Depois da queda: o fracasso do comunismo e o futuro do socialismo/Norberto Bobbio... [et.al.]. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

BLOK, Henk; KARSTEN, Sjoerd. Inspection of Home Education in European Countries. European Journal of Education, Vol. 46, No. 1, 2011, Part II.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. Os intelectuais e o poder: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea; São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 6.ª edição, 1997.

BOBBIO, Norberto. Diário de um século: Autobiografia/Norberto Bobbio (Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

BOBBIO, Norberto. Ensaio sobre Gramsci e o conceito de sociedade civil. (Tradução Marco Aurélio Nogueira, Carlos Nelson Coutinho). São Paulo: Paz e Terra, 2.ª edição, 1999.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. São Paulo: Paz e Terra, 8.ª edição, 2000.

BOBBIO, Norberto. Entre duas Repúblicas: as origens da democracia italiana. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2001.

BOBBIO, Norberto. Ensaio sobre ciência política na Itália. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

BOBBIO, Norberto. O problema da guerra e as vias da paz. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

BOBBIO, Norberto. Nem com Marx, nem contra Marx. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de política/Norberto Bobbio, Nicolla Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmem C. Varriale et al.; coord. Trad. João Ferreira. Brasília: Editora UNB, 13.ª ed. (vol.1), 2007.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de política/Norberto Bobbio, Nicolla Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmem C. Varriale et al.; coord. Trad. João Ferreira. Brasília: Editora UNB, 13.ª ed. (vol.2), 2007.

BOBBIO, Norberto. Direito e Poder. (Tradução Nilson Moulin). São Paulo: Editora

UNESP, 2008.

BOBBIO, Norberto. Elogio da serenidade: e outros escritos morais. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2.^a ed. São Paulo: Editora UNESP, 2011.

BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República - - rev. e atual. - - Brasília: SDH/PR, 2010.

BRASIL. Vademecum, Constituição da república federativa do Brasil de 1988. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL [Estatuto da Criança e do Adolescente (1990)]. Estatuto da Criança e do Adolescente: lei n.º 8069 de 13 de julho de 1990, e legislação correlata. 9.^a ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010. (Série legislação; n.83).

BUKOVSKÁ, Barbara. Perpetrando o bem: as consequências não desejadas da defesa dos direitos humanos. SUR/Revista Internacional de Direitos Humanos, Ano 5, n.º 9, dez.2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6.^a ed. Revista. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDIA, Nancy. Direitos Humanos: ausência de cidadania e exclusão moral. Princípios de Justiça e Paz, Comissão Justiça e Paz de São Paulo. São Paulo: janeiro de 1995.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 5.^a ed. Niterói: Impetus, 2011.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias; prefácio de André Siegfried, tradução de Lydia Christina. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Agir, 1973.

COLLOM, E; MITCHELL, DE. Home schooling as a social movement: Identifying the determinants of homeschoolers' perceptions. SOCIOLOGICAL SPECTRUM Volume: 25 Issue: 3 Pages: 273-305 DOI: 10.1080/027321790518807 Published: MAY-JUN 2005. Disponível em <http://apps.webofknowledge.com/OutboundService.do?action=go>, em abril de 2013.

COMENIUS, J. A. Didática Magna: trad. de Nair Fortes Abu Merhy. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

CONAE 2014: Conferência Nacional de Educação: documento – referência / [elaborado pelo] Fórum Nacional de Educação. – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria Executiva Adjunta, [2013]. 96 p.: il.

CORWIN, Edward S. A Constituição norte-americana e seu significado atual. Prefácio, tradução e notas de Lêda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

COUTINHO, Luciana Gajeiro. Adolescência e errância: destinos do laço social no contemporâneo. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2009.

CUNHA, Maria Isabel. A Universidade: desafios políticos e epistemológicos. In CURY, Carlos Roberto Jamil. Educação escolar e Educação no lar: espaço de uma polêmica. São Paulo: Educação & Sociedade, v. 27, nº 96 (número especial), 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 27.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DEZEN, Guilherme Madeira. Estatuto da Criança e do Adolescente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Elementos do Direito, v.14).

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v.5, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DOUGLAS. Willian E. Anatomia da Liberdade. Rio de Janeiro: Zahar, 1965.

ECO, Humberto. Como se faz uma tese. São Paulo: Perspectiva, 1989.

FARIA FILHO, Luciano Mendes de; VIDAL, Diana Gonçalves. Os Tempos e os espaços escolares no processo de institucionalização da Escola Primária no Brasil. Revista Brasileira de Educação. Rio de Janeiro, n. 014, p. 19-34, mai./ago., 2000.

FERNANDES, Rogério. Os caminhos do ABC. Sociedade Portuguesa e ensino das primeiras letras. Porto: Porto Editora, 1994.

FERRARO, Alceu Ravanello. Direito à Educação no Brasil e dívida educacional: e se o povo cobrasse? Revista Educação e Pesquisa, São Paulo, v. 34, n.2, p.273-89, maio/ago.2008.

FRANÇA, Limongi R. Hermenêutica Jurídica. 9.^a ed. rev. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2009.

FRANCIULLI NETO, Domingos. Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família, 2005. Fev. 2012. Disponível em <<http://bdjur.stj.gov.br>>.

GERTZ, René E. Max Weber e Karl Marx. São Paulo: Hucitec, 1997.

GIROUX, Henry A. Os professores como intelectuais: rumo a uma pedagogia crítica da aprendizagem. Porto Alegre: Artmed, 1997.

GOMES, Candido Alberto. Juventude: possibilidade e limites. Brasília: UNESCO: UCB, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito de família. v.6, São Paulo: Saraiva, 2005.

GREEN, Christa L.; HOOVER-DEMPSEY, Kathleen V. Why Do Parents Homeschool? A Systematic Examination of Parental Involvement. Education and Urban Society 2007 39: 264. Disponível em <<http://eus.sagepub.com/content/39/2/264>>.

HEIDEMANN, Francisco G., SALM, José Francisco (org.). Políticas públicas e desenvolvimento. 2.^a Edição. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 3.^a ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

KUNZMAN Robert & GAITHER Milton. Homeschooling: A Comprehensive Survey of the Research. Other Education: The Journal of Educational Alternatives ISSN 2049-2162. Volume 2(2013), Issue 1· pp. 4-59.

KURZ, Robert. O colapso da modernização: da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia mundial. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

LERNER, Julio (Coordenador). Cidadania, Verso e Reverso. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1997/1998.

LIBERATI, Wilson Donizeti (org.). Direito à Educação: uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.

LIMA, Roberto Kant de. Direitos civis e direitos humanos: uma tradição judiciária pré-republicana? São Paulo em perspectiva, 18(1): 49-59, 2004.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de Direito Civil, v.5: direito de família e sucessões. 5.^a ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARIANO, Ana Beatriz Paraná. As mudanças no modelo familiar tradicional e o afeto como pilar de sustentação destas novas entidades familiares. Disponível em 20/11/13 em <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/direito/20092/ana-beatriz-parana-mariano.pdf>.

MARTINELLI, João Carlos José. Família & Casamento. Jundiaí: Literarte, 1999.

MARSHALL, Thomas H. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINELLI, João Carlos José. Família & Casamento. Jundiaí: Literarte, 1999.

MATTOS, Laura Valladão de. ALFRED MARSHALL, O Capitalismo e mudança social. Fev. 2012. Disponível em <http://econpapers.repec.org/paper/anpen2010/019.html>. Acesso em ago./2012.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do Direito. 14^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MEISELS, Tamar. Homeschooling: The Right to Choose. Israel Affairs, Vol. 10 (3) spring 2004, pp. 110-137.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. 24 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MORAIS, Carlos Blanco de. O princípio da subsidiariedade na ordem constitucional portuguesa. Em: Direito constitucional - Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho. BARROS, Sérgio Rezende (coord.). São Paulo: Dialética.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Homeschooling: uma alternativa constitucional à falência da Educação no Brasil. Disponível em <http://www.lfg.com.br>. 18 de dezembro de 2008.

MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. São Paulo: Editora Instituto Piaget, 5.^a edição, 2008.

MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. 2^a ed. São Paulo: Cortez, 2011.

MOROLLI, Fabio Giusto. A evolução do direito público e a parceria com a iniciativa privada – transferências de serviços públicos de natureza social. ILC n.º 50 – abril/98.

MUSSEN, Paulo Henry; CONGER, John Janeway; KAGAN, Jerome. Desenvolvimento e personalidade da criança. (Tradução Maria Sílvia Mourão Netto). São Paulo: Harbra, 4.^a ed. 1977.

NAGLE, Jorge. Educação e Sociedade na Primeira República. 3. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009.

NEWMAN, A. In Berlin. Global Homeschooling Leaders Unveil Historic Declaration. **The New American daily highlights**. 04 Nov. 2012. Disponível em <<http://www.thenewamerican.com/world-news/europe/item/13507-in-berlin-global-homeschooling-leaders-unveil-historic-declaration>>. Acesso em 14/01/2014.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: Lei 8069 de 13 de julho de 1990. 4.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Arolde de (Deputado Federal). Em Defesa da Vida e da Família: palestra da pastora Damares Alves. Brasília, 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS/Comissão interamericana dos direitos humanos. Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil. Washington, D.C: Secretaría Géral dos Estados Americanos, 1997.

ORWELL, George. 1984. Tradução Lexandre Hubner, Heloisa Jahn; Posfácios Erich Fromm, Ben Pimlott, Thomas Pyncho. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PAIVA, Wilson Alves de. A formação do cidadão na obra de Jean-Jacques Rousseau. Fragmentos de Cultura, Goiânia, v. 17, n. 1/2, p. 77-92, jan./fev. 2007.

PARO, Vitor Henrique. Educação para a Democracia: o elemento que falta na discussão da qualidade do ensino. Disponível em <http://23reuniao.anped.org.br/textos/0528t.PDF>.

PHILLIPS, Lynn. Homeschooling is an Art, not a Science: The Impact of Homeschooling on Choice of College Major. Disponível em <http://www.pasocsociety.org/article2-phillips.pdf>.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Os sessenta anos da declaração universal: atravessando um mar de contradições. SUR/Revista Internacional de direitos humanos, ano 5, n.º 9, São Paulo, dez. 2008.

RAY, Brian. Academic achievement and demographic traits of homeschool students: a nationwide study. Academic Leadership Journal, Winter 2010 - Volume 8 Issue 1 Posted On 20 10 02-02 21:01:38. Disponível em <academicleadership.org>.

RAY, Brian. Bibliography of Research on Homeschooling. International Selected Key International Academic and Research References and Resources (or Home Education, Home-Based Education, or Home Schooling). National Home Education Research

Institute. 2008. Disponível em <<http://www.nheri.org/research/bibliography-references-studies-international.html>>.

REICH, Rob. Testing the Boundaries of Parental Authority Over Education: The Case of Homeschooling. Political and Moral Education, NOMOS XLIII, Stephen Macedo and Yael Tamir, eds., New York: New York University Press, 2002.

RICHARD, Lionel. A República de Weimar, 1919-1933. São Paulo: Companhia das Letras: Círculo do Livro, 1988.

RODRIGUES, Elaine; ROSIN, Sheila Maria (orgs.). Pesquisa em educação: A diversidade do campo. Curitiba: co-edição Instituto Memória/Juruá Editora, 2008.

ROHDEN, Huberto. Educação do Homem Integral: A luz da verdadeira democracia. São Paulo: Alvorada, 1.^a edição.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Discurso sobre a origem da desigualdade (1754). (Tradução Maria Lacerda de Moura). Edição Ridendo Castigat Mores. Versão para eBooks, eBooksBrasil.com. Fonte Digital www.Jahr.org.

ROUSSEAU, Jean Jacques. O contrato social. [tradução Antonio de Pádua Danesi]. 3.^a ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1996. – (Clássicos)

RUDNER, Lawrence M. Scholastic Achievement and Demographic Characteristics of Home School Students in 1998. Electronic Journal article: 23/03/1999.

SABBA, Claudia Georgia. A busca pela aprendizagem além dos limites escolares. (Tese de Doutorado). São Paulo: FEUSP, 2010.

SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. 7.^a ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SÃO PAULO (Estado) Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

SAYÃO, Rosely. AQUINO, Julio Groppa. Família Contemporânea: desafios e perspectivas teórico práticas. Campinas: Papirus, 4.^a ed. 2011.

SEFERJAN, Tatiana Robles. Liberdade religiosa e laicidade na Constituição de 1988. (Dissertação de Mestrado). São Paulo: FDUSP, 2012.

SILVA, Roberto da (Org.); SOUZA NETO, João Clemente de (Org.); MOURA, Rogério Adolfo de (Org.); Pedagogia Social: contribuições para uma Teoria Geral da Educação Social. Vol. II. São Paulo: Expressão & Arte, 2011.

SILVA, Roberto da. Evolução do pensamento assistencial brasileiro. In: IV Conferência da Brazilian Studies Association, 1997, Washington DC. Anais da BRASA. Novo México - USA: BRASA, 1997.

SILVA, Roberto da. Limites e possibilidades do Direito à Educação na legislação educacional brasileira. Revista Eletrônica Polidisciplinar Vãos, v. 2, p. 13-20, 2010.

SILVA, Roberto da. Os filhos do Governo: a formação da identidade criminosa em crianças órfãs e abandonadas. Ed. Ática. São Paulo. 1998.

SILVA, Roberto da. Pobreza e exclusão social no Brasil: 300 anos de políticas públicas para a criança brasileira. Santa Catarina: ABMP/UNICEF, 1998.

SILVA, Roberto da. Questões contemporâneas do trabalho e da Educação. In: Seminário interno da Área Temática Estado, Sociedade e Educação, 1994, São Paulo. Caderno de Pesquisa. São Paulo: Faculdade de Educação, 1994.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. Hermenêutica e interpretação jurídica. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOLJENÍTSIN, Alexander. Arquipélago Gulag. vol. 1 Livraria Bertrand, 1975.

SOUZA, Jésus Barbosa de. Meios de comunicação de massa: jornal, televisão, rádio. São Paulo: Scipione, 1996. (Ponto de apoio).

SOUZA SANTOS. Boaventura. Para além do pensamento abissal: das linhas globais e uma ecologia dos saberes. São Paulo: Novos Estudos CEBRAP, n.º 79, Nov./2007.

SOUSA SANTOS, Boaventura de (org.). AVRITZER, Leonardo. "Para ampliar o cânone democrático", in Santos, Boaventura de Sousa (org.), *Democratizar a Democracia. Os caminhos da democracia participativa*. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

SOUSA SANTOS, Boaventura de; MENESES, Maria Paula (Orgs.). Epistemologias do Sul. São Paulo: Cortez, 2010.

SPIEGLER, Thomas. Why state sanctions fail to deter home education: An analysis of home education in Germany and its implications for home education policies. *Theory and Research in Education* 2009 7: 297. Disponível em <http://tre.sagepub.com/content/7/3/297>

TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 14.^a ed. 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu

estado social democrático. (Tradução de Eduardo Brandão). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOFFLER, Alvin. Guerra e antiguerra: sobrevivência na autora do Terceiro Milênio. Rio de Janeiro: Record, 2.^a ed.1994.

TRIBE, Laurence; DORF, Michael. Hermenêutica Constitucional. (Tradução de Amarilis de Souza Birchal; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

USTÁRROZ, Elisa. A constitucionalização do direito privado e o princípio da subsidiariedade. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1714#_ftn40. Acesso em 07 de maio de 2014.

VASCONCELOS, M. C. C. A Casa e os seus Mestres: a Educação no Brasil de Oitocentos. Rio de Janeiro: Gryphus, 2005.

VIDAL, Diana Gonçalves; FILHO, Luciano Mendes de Faria. As lentes da história: estudos de história e historiografia da educação no Brasil. Campinas, SP: Autores Associados, 2005.

VIEIRA, André de Holanda Padilha. “Escola? Não, obrigado”: Um retrato da homeschooling no Brasil. Monografia de graduação. Brasília: UNB/Ciências Sociais, 2012.

WARAT, Luis Alberto. O monastério dos sábios: o sentido comum teórico dos juristas. in Introdução Geral ao Direito, vol. II. Porto Alegre: Sergio Fabris Editores, 1995.

WEISSBERG, Robert. Technology Evolution and Citizen Activism: The Net and the Rebirth of Limited Government. The Policy Studies Journal, Vol. 31, No. 3, 2003.

YURACKOT, Kimberly A. Education Off the Grid: Constitutional Constraints on Homeschooling. CALIFORNIA LAW REVIEW, Vol. 96:123-84.

ZABALZA, Miguel. La universidad, escenario específico y especializado de formación. In: La enseñanza universitaria: el escenario y sus protagonistas. Madrid: Narcea, 2004.

ZIRALDO. Uma professora muito maluquinha. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1995.

**ESTUDO SOBRE INDÚSTRIA, TEMPO LIVRE E LIBERDADE.
(NOTAS PARA UMA ONTOLOGIA DA LIBERDADE EM MARX - III)**

*Wanderley Todai Júnior*¹

Resumo

Resultado do conjunto amplo das posições teleológicas e objetivações históricas, o ser social produz sua própria liberdade ao diminuir o peso do *reino da necessidade* sobre si. A produção do capitalismo fornece condições concretas para a realização duma liberdade substantiva, na base da ampliação do tempo disponível para além da necessidade produtiva, que Marx chamou de *reino da liberdade*. No entanto, esta realização da liberdade apenas se pode dar com a superação destes antagonismos sociais, para uma *forma social superior*.

Abstract

Result of the wide range of teleological positions and objectivations, the social be produces his own freedom, decreas the weight of the realm of necessity in yourself. The production of capitalism provides concrete conditions to the achievement of a substantive liberty, in the base of the extension of time available for beyond productive necessity, which Marx called the kingdom of freedom. However, this achievement of freedom only can be given if overcome the social antagonisms to a *upper social form*.

Introdução

O texto presente é o último de três outros textos componentes de um exercício que procura analisar a articulação existente, no pensamento de Marx, entre o que ele

¹ Especialista e Mestre em Teoria Sociológica pela PUC-SP, professor do Curso de direito do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta), pesquisador e professor de História do Direito, Sociologia Jurídica e Teoria do Estado. Atualmente, conduz pesquisa de Doutorado sobre relações entre Capitalismo e Democracia no Brasil, de 1960 a 1964.

chamou de *reino da necessidade* e *reino da liberdade*, analisando a forma como esta relação está articulada por sua obra e como se fundamenta em processos de desenvolvimento produtivo e cultural. As possibilidades abertas pela atividade caracteristicamente humana implementada no seu processo histórico, levou ao desenvolvimento de características particulares e produtos sociais que são, no entendimento de Marx, resultado de liberdade. Estes produtos e esta liberdade não se deram sem contradições, fazendo aparecer a divisão social em classes exploradas e outras formas diversas de desumanização, cujos resultados podem ser identificados também com o aparecimento da forma “jurídica” no “yus” e alguma protoforma de Direito e Estado – o que abre teses a serem analisadas sobre a relação do Direito com o “reino da necessidade” e que pretendemos desenvolver noutros trabalhos. Os produtos culturais que têm em sua base, o seu *momento predominante*, a atividade produtiva do trabalho, elevam-se gradativamente em quantidade e qualidade, expandindo-se da capacidade produtiva mais fundamental, *reino da necessidade*, para exercício de atividades ampliadas que adquirem grau de autonomia cada vez maior. Quanto mais estas atividades se expandem como fins em si próprias, mais elas se relacionam com o que Marx chama de *reino da liberdade*, ainda que sempre mantenha por base insuperável o *reino da necessidade*. Assim, a análise do texto demonstra que o avanço particular das capacidades industriais do capitalismo, observado dentro desta orientação histórico-ontológica, implica a possibilidade aberta, pela primeira vez na história, da produção dum *reino de liberdade*.

No que trata de sociedades sem classe precedentes, ainda que estas usufruam sem constrangimento das necessidades alcançadas pelo seu ser genérico, ainda sofre de limites impostos pela produção, permanecendo o indivíduo amarrado ao grupo social e restrito de qualquer conjunto mais amplo de necessidades, que sequer aparece como tal. No que trata de sociedade de classes, que sequer correspondem a maior parte da história humana, a inibição frente as necessidades e possibilidades sociais se dá por dois motivos: primeiro porque o nível de produtividade em si já é baixo, para permitir a avanço duma liberdade substantiva, autônoma e com fim em si mesma. E, também, porque a própria exploração humana, na forma das relações de classe, e que em parte a base do desenvolvimento alcançado nestas sociedades, não pode ser superada por

relações de produção inibidas; ou seja, não se pode realizar a liberdade porque não tem base produtiva avançada para isto e, por outro lado, porque está pautada em relações de exploração que, também, não pode superar. Nestes casos, as sociedades de classe representam formas de liberdade que acabam por se traduzirem pelos mecanismos estabelecidos naquelas relações de produção antagônicas, de exploração, ou seja, a liberdade aparece como produto das concessões necessárias determinadas pela própria luta de classes, pela convivência instável e conflituosa sobre relações sociais de produção antagônicas – na forma da aceitação pelo senhor dum comportamento tal, da inserção nas formas da cidadania grega ou romana, na forma do sujeito de direito moderno capacitado para trocar mercadorias, sempre na base da forma histórica que assume estas relações sociais de produção.

Aqui aparece o capitalismo com impulsionador dum salto de qualidade que abre as possibilidades históricas para a construção do que chamei até aqui por liberdade substantiva, ou que Marx chamava *reino da liberdade*. Para isto o capitalismo realiza três movimentos fundamentais: primeiro, ele retira as forças produtivas do trabalhador, relegando a mera abstração humana, mas ao fazê-lo, impede que se estabeleçam relações de dominação pessoal, já que o que importa ao capital não é o indivíduo que trabalha, mas apenas o trabalho – o que é completamente inovador nas sociedades de classe. Ou seja, o indivíduo aparece na produção cultural como independente de dominação pessoal, o que remete a forma assumida pelo ser humano na maior parte de sua história, onde não imperam relações de dominação e exploração pessoal, apenas vínculos culturais. Segundo, ao fazer isto, concentra a capacidade produtiva de modo a aumentar, sem precedentes a capacidade desta produção, criando condições concretas para a superação dos constrangimentos postos pelo *reino da necessidade*. Terceiro, que esta concentração de trabalhos, antes fragmentados em produtores esparsos, aparece cada vez mais claramente, no processo de produção do capital, como processo de produção social e integração avançada das relações sociais e humanas, recompondo também a determinação histórica social de que o trabalho e a produção cultural são resultados sociais e não individuais.

Ao criar este processo o capitalismo abre as condições históricas para sua própria superação, e não é a toa que, pela primeira vez na história das lutas de classe,

aparece a alternativa histórica de, como diz Lukács, fornecer o impulso para a construção de um mundo digno de ser assumido como finalidade humana, cujas bases de transformação estão todas dadas na produção capitalista. Daí deriva a ilusão de posições românticas que enxergam, nas sociedades de classe anteriores, por terem seus fins voltados a forma humana – na base de fins fundados em exploração pessoal – alternativa melhor do que a desumanização ou a coisificação da sociedade capitalista. Todos os processos criados pelo capitalismo, se superados para uma *forma superior de economia*, onde a produção seja revertida para as decisões e necessidades estabelecidas por todos aqueles que trabalham, podem proporcionar a diminuição fundamental do tempo dedicado a produção, expandindo a produção e o trabalho entre aqueles que precisam trabalhar, aumentando a capacidade produtiva, em grande parte estagnada pelos limites da produção capitalista, fornecendo tempo disponível, que é a verdadeira riqueza humana. Esta situação social superior poderia transferir o maior tempo das atividades humanas para formas de atividades com fins em si mesmos, atividades sociais, artísticas, culturais carregadas de sentido, constituindo o que Marx chama de *reino da liberdade*. Esta possibilidade aberta pela história moderna, se observados os processos contemporâneos do capitalismo, implicará custos sociais muito menores do que os custos que são, cotidianamente, dedicados para a manutenção desta ordem econômico-política violenta, para a eternização dum *estado de necessidade* permanente.

1. Indústria e possibilidade histórica do “reino da liberdade”.

De fato, o reino da liberdade começa onde o trabalho deixa de ser determinado por necessidade e por utilidade exteriormente imposta; por natureza, situa-se além da esfera da *produção material*, propriamente dita. [...] Além dela começa o desenvolvimento das forças humanas com um fim em si mesmo, o reino genuíno da liberdade, o qual só pode florescer tendo por base o reino da necessidade (grifos meus). (MARX, 1991, p.942)

Em Marx, as expressões ampliadas e autônomas da liberdade se encontram além da atividade produtiva do trabalho, além do *reino da necessidade*, ou seja, são realizações artísticas, filosóficas, contemplativas, socializantes, aonde o cotidiano

alienante é suspenso, dando lugar a uma atividade de profundo cunho significativo. Deste modo, o ser social expande sua capacidade criativa, além daquela atividade de transformação metabólica entre homem e natureza, para outras mais mediadas e complexas, onde o conjunto das capacidades humanas encontra forma incomparável de expressão autônoma, ainda que esta, como explica Marx, apenas possa se realizar “tendo por base o reino da necessidade”. (MARX, 1992, p.942) Como explica Ricardo Antunes, “a busca de uma vida cheia de sentido, dotada de autenticidade, encontra no trabalho seus *locus* primeiro de realização. A própria busca de uma vida cheia de sentido é socialmente empreendida pelos seres sociais para sua auto-realização individual e coletiva”. (ANTUNES, 2007, p.143) A atividade do trabalho, ao produzir, dentro do reino da necessidade, a riqueza imediatamente necessária, paralelamente ao desenvolvimento histórico de suas capacidades produtivas, gera excedente de produção, na base do “trabalho excedente”.² Ao mesmo tempo, a produção de excedente na base do “trabalho excedente”, como diz Marx “deixa a cada ser humano um tempo excedente para outra atividade”, que será utilizado além da produção material, como tempo livre para atividade livre. (MARX, 2011, p.510)

Se a atividade humana alcança maior grau de autodeterminação, fruição de riqueza em si, ao poder expressar de modo autônomo seus sentimentos, desejos, sonhos, ela apenas realiza esta possibilidade quando além da atividade do trabalho – porque, nele, o grau de autodeterminação individual é sempre menor, ainda que seja obra de produtores associados. Por isso, a riqueza da sociedade humana apenas pode se expressar como exercício de liberdade plena, um “reino da liberdade”, além da dimensão produtiva imediata, presa ao reino da necessidade. Como cita Marx, “uma nação é verdadeiramente rica quando se trabalha 6 horas em lugar de 12”. E continua, “a riqueza não é o comando sobre o tempo de trabalho excedente (riqueza real), mas

² Aqui, Marx leva a categoria do “trabalho excedente” para uma dimensão mais ampla presente na história do ser social, como necessidade de reprodução das necessidades e liberdades, e não apenas como trabalho para o capitalista. Diz Marx: “Haverá sempre, necessariamente, trabalho excedente, no sentido de trabalho que excede o nível das necessidades dadas. (...) A riqueza efetiva da sociedade depende não da duração do trabalho excedente e sim da produtividade deste e do grau de eficiência das condições de produção”. MARX, Karl. *O Capital*. L3, V6. Bertrand Brasil. Rio de Janeiro, 1991, p.941 e 942. O papel da luta de classes no desenvolvimento humano ocorre em face da necessidade deste “trabalho excedente”, sob forças produtivas pouco desenvolvidas.

tempo disponível para cada indivíduo e toda sociedade, para além do usado na produção imediata”. (MARX, 2011, p.589)

o tempo é o campo do desenvolvimento humano. O homem que não dispõe de tempo livre, cuja vida, afora as interrupções puramente físicas do sono, das refeições etc, está toda ela absorvida pelo seu trabalho para o capitalista, é menos que uma besta de carga. (MARX, 1978a, p.92)

No percurso do desenvolvimento das necessidades e possibilidades humanas é o tempo disponível para atividades cada vez mais significativas e variadas que emergem dos constrangimentos iniciais impostos por uma existência restrita a mera sobrevivência, ampliando, como explica Mézáros, as possibilidades de realizar “escolhas genuínas”, cada vez mais diversificadas, autênticas e variadas. Esta liberdade encontra sua raiz histórico-ontológica no desenvolvimento humano baseado em sua “atividade produtiva automediada”, mas elevada para além da atividade produtiva a um nível mais desenvolvido de autodeterminação social e individual. (MÉSZÁROS, 2007, p.34 e 35) É esta expressão da atividade humana autônoma, pelo caráter de liberdade de vontade, movimento e autonomia que permite ao ser social, que Marx denomina “reino genuíno da liberdade”. Trata-se, como ele explica, do “desenvolvimento das forças humanas como um fim em si mesmo”. (MARX, 1991. p.942) Esta situação de autonomia significativa sobre a necessidade é o que leva parte da ciência burguesa a confundir esta rica expressão autônoma com uma autonomia completa do indivíduo, que acaba, assim, hipostasiado. Como explica Roman Rosdolsky, “o conceito burguês de liberdade padece do modo de pensar a-histórico de seus porta-vozes, que absolutizam uma individualidade própria de um modo de produção determinado, confundindo-a com a realização da ‘liberdade plena’”. (ROSDOLSKY, 2001, p.348)

Se, por um lado, as primeiras formas sociais existentes detinham menores necessidades e possibilidades para o desenvolvimento de seus indivíduos – aqui seria necessário um estudo sobre as comunidades indígenas ainda existentes em isolamento pleno ou relativo – estes poderiam encontrar, no conjunto das necessidades muito de uma realização plena de sua liberdade, na medida em que trabalho e o tempo disponível estavam sob controle consciente, organizados de acordo com as necessidades dadas e

direcionados para serem fins em si mesmos. Entretanto, o desenvolvimento limitado das capacidades produtivas destas sociedades, impedia o desenvolvimento ampliado das capacidades de seus indivíduos, na medida em que os mantinha presos a comunidade como “crianças em andadeiras”. (MARX, 2008a, p.101) A produção sobre a forma escravista ou a servil, com a terra parcelada, a dispersão dos meios de produção entre os trabalhadores individuais, a baixa cooperação e domínio da natureza, impõem o desenvolvimento limitado da produção, das capacidades e necessidades individuais, bem como as condições de classe restringem o tempo disponível da população trabalhadora a um mínimo necessário. Deste modo, a organização limitada da produção da atividade do trabalho social, como diz Marx, restringe o “livre desenvolvimento das forças produtivas da sociedade” (MARX, 2008a, p.875), bem como o desenvolvimento das necessidades e possibilidades individuais, mantendo por “fundamento do desenvolvimento (...) a reprodução das relações *pressupostas* do indivíduo singular a sua comunidade”, (MARX, 2011, p.398) predominando o *reino da necessidade*.

Por mais que nestas relações sociais antagônicas estejam amplamente restringidas pelo baixo desenvolvimento das forças produtivas e das necessidades e possibilidades de apropriação, muitas vezes elas acabam sendo idealizadas – como diz Marx, romanticamente – como formas superiores de sociedade, frente ao mundo moderno industrial, na medida em que aquelas formas sociais teriam o ser humano como finalidade da reprodução social. Tal saudosismo parte do “esvaziamento” gerado pela produção sob o capitalismo que, ao libertar o indivíduo da rigidez das relações pressupostas com a sociedade – pela capacidade de contratar “livremente”, impessoalmente – reduziu, como explica Marx, o “sacrifício do fim em si mesmo a um fim totalmente exterior”. (MARX, 2011, p. 399 e 400) Deste modo, o desespero frente a este esvaziamento completo da dimensão humana leva rapidamente a romantização daquelas formas onde o indivíduo é o fim da sociedade, mas que, no limite “tacanho” das necessidades e possibilidades sociais, reproduzem-no apenas por uma forma bastante limitada e, em boa parte, ainda como classe explorada. Explica Marx que,

por esta razão, o pueril mundo antigo, por um lado, aparece como o mais elevado. Por outro, ele o é em tudo em que se busca a forma, a figura acabada e limitada dada. O mundo antigo representa a

satisfação de um ponto de vista tacanho; ao passo que o moderno causa a insatisfação ou, quando se mostra satisfeito, é vulgar. (MARX, 2011, p.400)

Se, por um lado, nas sociedades sem classe o indivíduo está estreitamente ligado ao ser genérico que pode ser difícil distingui-los, limitando suas necessidades e fazendo do tempo disponível uma atividade da tribo, do bando, nas sociedades de classe, anteriores ao capital, as necessidades e possibilidades estão restritas pelo baixo desenvolvimento das forças produtivas, mas, também, pela desigualdade “reproduzida nas relações pressupostas entre indivíduos e sociedade”. Neste sentido, o que Marx sempre condenou, com sua ironia ácida, na ordem conservadora, foi que eles não puderam perceber o “caráter progressista da ordem social burguesa”, clamando – como ainda se faz, atualmente – por alguma antiga ordem que tivesse o ser humano como finalidade. (ROSDOLSKY, 2001, p.352)

Ao separar os indivíduos de sua relação imediata com os meios de produção particulares, o capital oferece um duplo salto no desenvolvimento social da liberdade. Primeiro, ele cria a figura do indivíduo “livre” dos vínculos pessoais servis, na medida em que o capital, como diz Marx, “não se apropria do trabalhador, mas do seu trabalho – não diretamente, mas pela troca”. Ao fazer isto ele dissolve as próprias relações sociais onde o trabalhador ainda aparece confundido com as “condições objetivas de produção e pode ser apropriado enquanto tal – ou seja, são escravos e servos. Para o capital o trabalhador não é uma condição de produção, mas só o trabalho”. (MARX, 2011, p.409) Estas são condições para que a individualidade, que se desenvolve no processo de complexificação das relações sociais, passe a dar forma universal para o indivíduo burguês “livre”.³ Semelhante individualidade, explica Marx, “pressupõe precisamente a produção fundada em valores de troca, [...] que produz também a generalidade da universalidade de suas relações e capacidades”. (MARX, apud MANDEL, 1968, p.182) Segundo, o capital apenas pode realizar esta “libertação” porque, na medida em que constrói indivíduos “livres”, baseia sua produção na força conjunta “socialmente concentrada” e, com isso, desenvolve imensamente a capacidade

³ “[...] livre em sentido duplo, em primeiro lugar, das antigas relações de clientela ou de dependência das relações de serviços e, em segundo, livre de todos os haveres e de toda forma de existência concreta e objetiva, livre de toda propriedade”. MARX, Karl. *Grundrisse*. Boitempo. São Paulo, 2011, p.417.

social produtiva sobre o reino da necessidade. Por consequência, amplia de modo sem precedentes as necessidades e possibilidades da produção social e com ela, também, as necessidades e possibilidades dos indivíduos singulares. O capital constrói, pela primeira vez na história, as bases para o exercício duma liberdade substantiva. Como diz Rosdolsky, “o capital cumpre esta missão ao desenvolver de modo sem precedentes as forças produtivas sociais, de um lado, e as necessidades e capacidades de trabalho dos homens, de outro”. Esse desenvolvimento de forças produtivas “cria também as condições prévias para que o dispêndio de esforços humanos se reduza a um mínimo no processo de produção” e, deste modo, “o lugar dos trabalhadores seja ocupado por indivíduos desenvolvidos de forma multifacética”. (ROSDOLSKY, 2001, p.352 e 354) Como diz Marx:

o capital, e este é um dos seus aspectos civilizatórios, extorque trabalho excedente, de maneira e em condições que – para o desenvolvimento das forças produtivas, das relações sociais e para a criação dos elementos de uma forma superior de sociedade – são mais vantajosas que as vigentes nas formas anteriores como a escravatura e a servidão. (MARX, 1991, p, 941)

O tempo disponibilizado, baseado no processo histórico do desenvolvimento das necessidades e possibilidades, particularmente, em seu momento industrial capitalista, é a matriz substancial de toda pretensão real a uma liberdade substantiva, que tenha o “tornar-se” do humano como meta principal, tempo que deve ser largamente ampliado na medida do avanço das capacidades produtivas. Sobre isto, o professor Ricardo Antunes faz uma interessante referência: atualmente, “mais de quatrocentos robôs fabricam, durante as 24 horas do dia, outros robôs. Os operários, quase quatrocentos, trabalham durante o dia. Com métodos tradicionais seriam necessários cerca de quatro mil operários para se obter a mesma produção”. (ANTUNES, 2008, p.56) Sobre o potencial deste processo histórico-social, Lukács explica que, “apenas raras vezes se reflete sobre o fato de que esse mesmo desenvolvimento pode ser simultaneamente, também, no sentido da existência humana, uma preparação para o ‘reino da liberdade’”. (LUKÁCS, 2010, p.111) Outros dados demonstram estas capacidades:

Dados do Departamento de Trabalho dos EUA indicavam que, para a totalidade das manufaturas, a produtividade física da força de trabalho (unidades produzidas por hora trabalho) subiu explosivamente para 8,6% no período de julho-setembro de 2003. Isto quer dizer que menos trabalhadores (menos horas trabalhadas) produziram uma quantidade desproporcionalmente maior de bens industriais, de mercadorias. Na indústria de bens duráveis – máquinas, computadores, automóveis, aviões, navios, armamentos, eletroeletrônicos etc -, o produto cresceu 7,8% e o tempo de trabalho caiu 6%. Resultado: a produtividade física do setor cresceu 14,7%. Foi o maior aumento de produtividade desde o primeiro trimestre de 1971, quando ocorreu um aumento de 15,1%”. (MARTINS, 2005. p.179)

Com esta elevação das capacidades humanas, o ser social realizou outro grande salto em sua história, na medida em que transformou a sua capacidade de produção e reprodução social, com a atividade industrial.⁴ Explica Rosdolsky que, “graças ao desenvolvimento da técnica moderna, estão dadas – pela primeira vez – as condições para suprimir, total e definitivamente, o ‘roubo do tempo de trabalho alheiro’” que se desenvolveu na base de condições de produção de excedente restritas. (ROSDOLSKY, 2001, p.356) Como diz Marx, “de fato, o reino da liberdade *começa* onde o trabalho deixa de ser determinado por necessidade exteriormente imposta” – seja imposta apenas pelos limites da produção, seja por imposição de lutas de classes. Coordenado volitivamente pelo conjunto dos trabalhadores associados, nos mais variados campos, de acordo com o conjunto de necessidades e possibilidades alcançadas, por sua natureza particular, o reino da liberdade “situa-se além da esfera material propriamente dita”. (MARX, 1992, p.942) E continua:

A liberdade, neste domínio, só pode consistir nisto: o homem social, os produtores associados regulam racionalmente o intercâmbio material com a natureza, controlam-no coletivamente, sem deixar que ele seja a força cega que os domina; efetuam-no com o menor dispêndio de energia e nas condições mais adequadas e mais condignas com a natureza humana. Mas este esforço situar-se-á sempre no reino da necessidade. (MARX, 1992, p.942)

⁴ É este amplo e rico processo histórico de desenvolvimento, limites e possibilidades que o pobre senhor Robert Tucker descreve como sendo, para Marx, “de cabo a rabo, um mito moralista entre o bem e o mal, uma narrativa de forças construtivas e destrutivas sobre a posse do mundo”. TUCKER, Robert. *Karl Marx: filosofia e mito*. Zahar. Rio de Janeiro, 1963, p.247.

Uma liberdade substantiva que amplie a autonomia do indivíduo singular – não uma liberdade restrita as pretensões de uma classe dominante, mas uma liberdade apoiada no processo histórico do desenvolvimento das necessidades e possibilidades humanas – implica subverter e extinguir a lógica da produção material de classes, cuja finalidade é o roubo do tempo de produção excedente do trabalhador, bem como do seu tempo disponível, com o fim de reproduzir valores de troca, para uma lógica de produção que integre o aumento da produtividade em todos os níveis, com as necessidades sociais dos indivíduos singulares, junto da geração expansiva do tempo disponível a fruição de todos – o que marcaria também a transparência não fantasmagórica desta nova relação. Diz Marx que: “a estrutura do processo vital da sociedade, do processo de produção material, só pode desprender-se do seu véu nebuloso e místico no dia em que for obra de homens livremente associados, submetida ao seu controle consciente e planejado”. (MARX, 2008a, p.101) E continua, numa célebre passagem:

nesta transformação, o que aparece como a grande coluna de sustentação da produção e da riqueza não é nem o trabalho imediato, nem o tempo que ele trabalha, mas a apropriação de sua própria força produtiva geral, sua compreensão e seu domínio da natureza por sua existência como corpo social – em suma, o desenvolvimento do indivíduo social. *O roubo do tempo de trabalho alheio, sobre o qual se baseia a riqueza atual, aparece como fundamento miserável em comparação com esse novo fundamento desenvolvido.* Com isso, desmorona a produção baseada no valor de troca e o próprio processo de produção material imediato é despido da forma de precariedade e contradição. (MARX, 2011, 449)

Numa sociedade em que os processos sociais de produção sejam dirigidos por produtores associados de acordo com as necessidades do desenvolvimento social, desaparece o atual véu mistificador que encobre os processos da produção e da distribuição da riqueza. Ele é substituído pela escolha dos indivíduos singulares acerca das necessidades sociais a serem suprimidas, dentro dos processos de produção mais imediata do trabalho social. *O trabalho universal e a cooperação social* do trabalho são divididos entre as forças de trabalho existentes, de acordo com as necessidades eleitas. Afastam-se os prejuízos sobre estes processos de produção, sem o desperdício material e humano, sem os quais a sociedade capitalista não pode existir, na base do implemento

social e voluntário de todas estas forças, em pleno e constante desenvolvimento social. Aqui, as forças de produção não estão direcionadas para aumentar os símbolos da propriedade privada ou para garantir os títulos da dívida pública e realizar as fantasias dos especuladores, contra as necessidades mais fundamentais dos homens e mulheres que trabalham por toda parte. Numa forma superior de sociedade, Marx explica que “a aplicação da máquina teria amplitude inteiramente diversa daquela que se encontra na sociedade burguesa”. (MARX, 2011, p.449) E continua:

se o processo de trabalho é complicado, a existência de certo número de cooperadores permite repartir as diferentes operações entre os diferentes trabalhadores, de modo a serem executados, simultaneamente, encurtando-se assim o tempo de trabalho necessário para a conclusão de todas as tarefas. [...] A brevidade do período de trabalho é compensada pela quantidade de trabalho que pode ser empregado no campo de produção, no momento decisivo. O número de trabalhadores é sempre menor do que o número de trabalhadores que, isoladamente realizariam o mesmo volume de trabalho no mesmo período. (MARX, 2008a, p.381)

Sobre estas possibilidades de organização produtiva, explica Ricardo Antunes que “é preciso alterar a lógica de produção societal: a produção deve ser voltada para a produção de valores de uso e não valores de troca [...], para a produção de coisas socialmente úteis. [...] Segundo, a produção de coisas socialmente úteis deve ter como critério o tempo disponível e não o excedente. [...] com isso abriria a possibilidade de um tempo livre cheio de sentido além da esfera do trabalho”. (ANTUNES, 2007, p.187). Assim, quanto menor o tempo de trabalho socialmente necessário, a fim de satisfazer as necessidades fundamentais, maior é o tempo fora desta produção, fora do trabalho produtivo, e maior é, por consequência, o tempo disponível para o desenvolvimento humano, social e individual. Isto significa que, “a justa consigna *trabalhar menos para que todos trabalhem*, deve-se outra não menos decisiva: *produzir o que? E para quem?*” (ANTUNES, 2007, p.175) Marx explica esta possibilidade inédita aberta pelas forças produtivas:

Dada a intensidade produtiva do trabalho, o tempo que a sociedade tem de empregar na produção material será tanto menor e, em consequência, tanto maior o tempo conquistado para atividade livre,

espiritual e social dos indivíduos, quanto mais equitativamente se distribua o trabalho, e quanto menos uma camada social possa furtar-se a necessidade natural do trabalho, transferindo-a para outra classe. (MARX, 2008a, p. 602)

Aqui, o trabalho aparece como a “primeira necessidade”, justamente porque a realização da liberdade apenas pode se concretizar na medida em que o indivíduo singular pode ser elevado as necessidades e possibilidades do gênero nesta nova configuração social, da qual o trabalho é o *momento predominante*. (BADALONI, 1983, p.159) Do contrário, continuaria ele, como hoje, apartado da riqueza genérica e mutilado em seus sentidos e capacidades – dos quais os resultados são a alienação, o estranhamento e a reificação. Por isso, explica Antunes que, “uma vida cheia de sentido *fora* do trabalho supõe uma vida dotada de sentido *dentro* do trabalho”. (ANTUNES, 2005, p.91) Se isto não se dá, sempre, de alguma maneira, “a esfera fora do trabalho estará *maculada* pela desefetivação que se dá no interior da vida laborativa”. (ANTUNES, 2007, p.175)

Deste modo, o próprio sentido da produção da riqueza se inverte, completamente, na medida em que ela deixa de estar pautada no trabalho excedente roubado – tempo de necessidade e desgaste – e na acumulação unilateral e contraditória da produção, para ser o “tempo disponível” utilizado pela sociedade, como um todo, como diz Marx, “para além do usado na produção imediata” (MARX, 2011, p.589 e 591), cuja base da produção é agora a riqueza universal do organismo social. O desenvolvimento desta livre associação de indivíduos determina, de modo decisivo e inédito, a possibilidade de que cada um entre em contato com e realize as aspirações mais autênticas, que possam ser geradas no plano da vida cotidiana. O *reino da liberdade* aparece como um resultado da integração entre a riqueza genérica e sua fruição individual na “multilateralidade” de suas dimensões, onde, explica Antunes, acompanhando Marx, “será também, e decisivamente, por meio da arte, da poesia, da pintura, da literatura, da música, do tempo livre, do ócio, que o ser social poderá humanizar-se e emancipar-se em seu sentido mais profundo”. (ANTUNES, 2007, p.177)

Qual outra forma de emancipação, de liberdade real para uma vida plena e cheia de sentido, existe, senão esta, baseada no desenvolvimento histórico do ser humano, que forneça as condições mais adequadas, como diz Marx, ao “desenvolvimento integral do homem” (MARX, 2008a, p.570), onde “o livre desenvolvimento de cada um é a condição para o livre desenvolvimento de todos”? (MARX, 2007, p.59) Afora esta liberdade fundada nestas bases históricas concretas, que outra liberdade existe que não se restrinja aos discursos dominantes, as formas jurídicas e as instituições forjadas na desumanidade da desigualdade das classes sociais, onde o que se chama “liberdade” é apenas a reprodução, por outras formas, do reino permanente da necessidade para a maior parte dos homens, mulheres e crianças?

Essa “integralidade” desenvolvida de cada indivíduo seria um fantasma se não estivesse ancorada nas possibilidades e capacidades de cada indivíduo singular e pudesse ser, de uma forma fantástica, o desenvolvimento num único indivíduo de todas as possibilidades dadas na generidade. Se isto pudesse ocorrer o indivíduo perderia sua própria qualidade de ser “singular”, para se integrar, completamente, com o gênero – num movimento de natureza religiosa. Diz Mészáros que, “nada seria mais hegeliano do que a idéia de Engels de assumir o ‘inteiro gênero humano’, como equivalente materialista da ‘razão absoluta’ de Hegel”. (MÉSZÁROS, 1983, p.171) Ou, de outra forma, ao analisar a perspectiva desta liberdade para Marx, ou seja, a solução de antagonismos estruturais, Mészáros diz que “esta definição não deve ser interpretada como se, agora, indivíduo e humanidade se tornassem o mesmo conceito”. (MÉSZÁROS, 2006a, p.252) Não é disso que se trata quando Marx fala na multilateralidade individual como exercício de liberdade substantiva. O desenvolvimento individual é, amplamente, diferenciado entre os indivíduos associados e esta associação, entre o tempo de trabalho e o tempo disponível, é pautada, também, e fundamentalmente, pelas diferenças constituintes de cada indivíduo, bem como suas necessidades e capacidades. Como ele narra:

Quando o trabalho não for somente um meio de vida, mas a primeira necessidade vital; quando, com o desenvolvimento dos indivíduos em todos os seus aspectos, crescerem também as forças produtivas e jorrarem em caudais os mananciais da riqueza coletiva, só então será possível ultrapassar-se totalmente o estreito horizonte do direito

burguês e a sociedade poderá inscrever em suas bandeiras: de *cada qual segundo sua capacidade; a cada qual segundo suas necessidades* (grifos meus). (MARX, s/data, 215)

Neste sentido é que se pode dizer que o ser humano total é, apenas, a possibilidade de se constituir a totalidade de cada indivíduo, de cada ser humano. O desenvolvimento pleno do indivíduo não significa, de modo algum, a perfeição social – mesmo porque, a imprevisibilidade é uma dimensão ontológica das posições teleológicas –, mas que se torna possível para cada um ascender a apropriação das riquezas “humano-genéricas” objetivadas, que são a fonte de sua própria riqueza subjetiva. (NETTO, 2006, p.46) Por meio desta incorporação é que o indivíduo se eleva ao gênero, direcionando toda sua energia a um conjunto particular das riquezas genéricas apropriadas, do qual o resultado é expressão “plena” de sua diferença, de sua individualidade. Diz Netto que,

o acesso a consciência humano-genérica (...) só se dá quando ascende ao comportamento no qual joga, não todas suas forças, mas toda sua força numa objetivação duradoura (menos instrumental e imediata), trata-se de uma mobilização anímica que suspende a heterogeneidade da vida cotidiana (...), numa objetivação na qual se reconhece como portador da consciência humano genérica. (NETTO; CARVALHO, 2000, p.69)

Como explica Lukács, “trata-se da transformação de aspectos decisivos da vida” (LUKÁCS, 1999, p.60), que permitam – não de acordo com alguma ética de classe, mas conforme o conjunto histórico de capacidades e possibilidades – ao ser social desenvolver ampla e plenamente suas capacidades, realizando escolhas entre as possibilidades oferecidas. Trata-se de reconhecer que o processo de liberdade social e individual é sempre um produto do ser social, um conjunto de suas capacidades e possibilidades, realizado apenas na relação estreita entre o indivíduo e o ser genérico. Qualquer tentativa de estabelecer a liberdade fora desta relação tem como resultado apenas a hipostasia fetichizada da ação individual. Como diz Lefebvre, a liberdade se expressa mais claramente no “dever” do indivíduo para si mesmo, ultrapassando as barreiras encontradas, naturais e humanas, produzindo de forma individual a riqueza da

totalidade do gênero humano, seguindo na direção da totalidade de cada um ou, como ele diz, do “homem total”. Em suas palavras, isto significa, “participar cada vez mais amplamente desse devir, dessas possibilidades em todos seus domínios. A superação implica, portanto, um imperativo de conhecimento, ação e realização crescentes. [...] Torna-se, deste modo, um ideal, sem ilusões ideológicas ou idealistas”. (LEFEBVRE, 2009, p.59). Quanto mais o indivíduo-singular for capaz de se apropriar do mundo que o cerca, através de seus sentidos e de seu espírito, quanto mais ampla for essa apropriação, tanto “maior se torna sua totalidade”, tanto mais ele se torna um indivíduo “total”. (FISCHER, 1970, p.09).

Essa liberdade torna o indivíduo carregado de um conjunto de necessidades e carências, que não são mais as da mera reprodução imediata, mas, superadas aquelas, estabelecem, agora, uma totalidade de necessidades e carências relativas a “manifestações humanas de vida” e de sua própria “efetivação”. Como explica Mészáros, o homem rico é aquele no qual habita sua própria efetivação “como necessidade”. (MÉSZÁROS, 2009a, p.118). Um conjunto pleno de necessidades ampliadas, escolhidas entre as possibilidades reais dadas no gênero e dentro das capacidades contidas em cada indivíduo, que lhes permitam realizar atividades cada vez mais diversificadas, com fim em si mesmas, onde se permita desenvolver o que há de mais rico em cada um. Nas palavras de Sérgio Lessa, “o tempo livre que todos teríamos para amar, fruir obras de arte, filosofar etc, lançariam os indivíduos num processo de autodesenvolvimento sem paralelo na história”. (LESSA, 2007, p.136).

Este desenvolvimento da liberdade construída pelas mãos que produzem no processo do trabalho, não é mais apenas a possibilidade de consumir mercadorias, numa liberdade minguada, mas, como diz Paulo Freire, a liberdade ampla para “criar, imaginar, construir e admirar”. (FREIRE, 1987, p.55) Pode-se, agora, dizer que o indivíduo rico não mais alguém que está carregando um punhado de coisas com significação, mas que está carregado de significação. A atividade, neste caso, não tem mais a condição de suprimir o meramente necessário pelo trabalho ou o tempo livre a finalidade de compensar o desgaste humano, mas tem por fim a *nutrição da criatividade individual e a definição de seus próprios fins*. Como explica Mészáros, acerca desta liberdade:

liberdade é, assim, a realização da finalidade própria do homem: a auto realização no exercício autodeterminado e externamente não impedido dos poderes humanos. Como autodeterminação, a base desse exercício livre dos poderes humanos não é um ‘imperativo categórico’ abstrato, que permanece exterior ao ser humano real, mas uma necessidade positiva efetivamente existente de trabalho *humano* auto-realizador. (MÉSZÁROS, 2006a, p.170)

Surge pela primeira vez na história humana a possibilidade de superar aquela determinação onde o trabalho é a raiz do desenvolvimento de poucos. Uma impossibilidade, decerto, se não se puder considerar a superação do metabolismo social do capital, pelo fato de que, contrariamente a ele, como diz Lefebvre, fundamentado em Marx, “o trabalho só tem por fim o não trabalho”. Em suas palavras, a utopia de Marx é uma utopia concreta, porque baseada nas possibilidades concretas da sua realização, utopia que “esclarece o atual e que o atual afasta para o impossível”. (LEFEBVRE, 2008, p.103 e 104). Assim, *o reino da liberdade* não é um sonho, nem uma imposição moralista do “dever-ser”, mas uma possibilidade real que só pode ser compreendida em sua concretude se considerado como pertencente ao próprio processo de surgimento e desenvolvimento humano, em constante devir. Ou seja, a proposta marxiana está apoiada na existência real das possibilidades materiais de realização deste *reino da liberdade*, sendo que este, como explica Lukács, “jamais se poderia tornar realidade se não pudesse liberar apenas tendências já existentes, por vezes a muito tempo, se primeiro as tivesse de arquitetar e depois ‘criar’”. Explica o autor:

Os utópicos, obedecendo a uma lei da razão, querem colocar no mundo algo melhor do que o existente até então. Marx quer, com seu pensamento, apenas contribuir para que aquilo que existe como ente no processo de surgimento da humanidade – como sempre – seja capaz de realizar no ser social, o seu ser autêntico. [...] o surgimento daquele nível de desenvolvimento econômico que, como base, possibilita ‘o reino da liberdade’, o fim da *pré-história*, o começo da história do gênero [...]. (LUKÁCS, 2010, p.125)

A liberdade substantiva não é uma pseudo-realização de indivíduos isolados, quanto seria ridículo, por um lado, afirmar que ela se tenha realizado ou possa se realizar sob o metabolismo do capital ou, por outro lado, aderir desconsoladamente a

esta liberdade magra, como diz Ernest Mandel, reduzindo a “alienação humana a uma concepção antropológica, cheia de resignação e desespero”. (MANDEL, 1968, p.187). Como diz Lukács, a liberdade a que se refere Marx é o resultado do “aperfeiçoamento da economia (reino da necessidade)” e que, “apenas desta maneira parece possível uma superação da “utopia” pela teoria marxiana do socialismo”. (LUKÁCS, 2010, p.111) Uma atividade de trabalho direcionada aos fins propostos acima, baseada em relações sociais racionais, na medida em que tratam os produtos do trabalho e da atividade humana como pertencentes aos seus próprios produtores – e não mistificados em “fantasmagóricas” –, como explica Henri Lefebvre, implica num custo social de realização ainda menor do que os custos atuais que se paga e se virá a pagar com a não realização destas possibilidades abertas. (LEFEBVRE, 2008, p.35).

3. Capitalismo e o “reino da necessidade” permanente.

A anarquia da sociedade capitalista como existe atualmente é, na minha opinião a verdadeira origem do mal. O capital privado tende a concentrar-se em poucas mãos. O resultado [...] é uma oligarquia do capital privado cujo enorme poder não pode ser eficazmente controlado mesmo por uma sociedade política democraticamente organizada. Estou convencido de que só há uma forma de eliminar estes sérios males, nomeadamente através da constituição de uma sociedade socialista. [...] Uma economia planejada, que adaptasse a produção as necessidades da comunidade, distribuiria o trabalho a ser feito entre aqueles que podem trabalhar e garantiria o sustento a todos homens, mulheres e crianças [...]. (Albert Einstein)⁵

Os custos, necessários a manutenção da existência do capital se tornam cada vez mais explícitos aos olhos de muitos, inclusive daqueles que sequer detém alguma compreensão mais aprofundada dos mecanismos de crise e degradação humanas inerentes ao capitalismo. O fator ontológico básico deste processo de reprodução social violento, como explica Marx, é a “separação entre aqueles que trabalham e as condições desenvolvidas de produção” sob o *reino da necessidade*. (MARX, 1991a, p.39) A maior força produtiva da história entrou neste século XXI, reproduzindo-se na base de suas

⁵ Certa vez, Albert Einstein escreveu um artigo, onde iniciava perguntando do “porque haveria de se pronunciar sobre economia, alguém que não fosse especialista na questão”. NETTO, José Paulo. *Economia Política: uma introdução crítica*. São Paulo. Cortez, 2006.

contradições constituintes: a imensa riqueza socialmente produzida é apropriada pelo capitalismo na forma de propriedade privada e transformada em mercadoria, ou seja, adquirindo apenas valor-de-troca. O fator determinante é que tudo na sociedade capitalista – os seres humanos e sua riqueza – só pode adquirir valor e ser reproduzido na medida em que assuma a forma brutal e parcial da mercadoria, ou seja, desde que possa se reproduzir dentro dos estreitos nichos privilegiados do mercado capitalista.

O que a reprodução do capitalismo realiza, e que é fator fundamental de sua sustentação ideológica, da produção de seus valores, é que os produtos gerados pelo trabalho aparecem para os indivíduos como coisas autônomas e independentes da sua atividade. (MARX, 2008a, p.94) Por isso, as relações entre os indivíduos singulares não é mediada pelas diferenças existentes entre eles, suas capacidades e possibilidades, mas pelas riquezas travestidas de mercadorias que eles podem trocar, sendo que, nesta relação, o fator humano não representa nada de significativo. A subjetividade individual é substituída pela forma “subjetiva” incorporada pela mercadoria, e todas as necessidades e objetivos humanos, como diz Fritz Haug, “são considerados pelo sistema meros pretextos e meios exploráveis”. (HAUG, 1997) O sujeito da relação social não é o indivíduo justamente porque a mediação que orienta as relações capitalistas não é o trabalho, não é a capacidade e nem a necessidade dos indivíduos que produzem, mas a necessidade do capital, ou seja, da necessidade de realização da forma mercadoria.

Se a atividade do trabalho e a apropriação de suas condições assumem, para os indivíduos singulares, o momento ontológico de sua necessidade e liberdade, a apropriação privada do capitalista é uma imposição negativa sob as possibilidades abertas do reino da liberdade. O trabalho, os meios de trabalho e suas riquezas aparecem como propriedade não dos trabalhadores, mas do capital, cuja força se volta contra a própria massa de produtores. O imenso desenvolvimento material e humano refletido nas forças produtivas serve apenas a reprodução do próprio capital e não a construção da liberdade social. Como explica José Paulo Netto, acerca destas contradições fundamentais, no processo de reprodução do capitalismo, “objetivam-se compulsoriamente possibilidades de libertação e realização dos homens e realidades regressivas, mutilantes e opressoras; o diferencial efetivo entre possibilidades e

realidades manifesta o caráter da barbárie que lhe é própria”. (NETTO, 2007, p.42) E continua:

O ‘mundo novo’ do capitalismo pode ser assim sinalizado: Os países ricos representam apenas 15% da população mundial, controlam mais de 80% do rendimento global, sendo que os países do hemisfério sul, com 58% dos habitantes da Terra, não chegam a 5% da renda total. (...) os 20% mais pobres, dispõem apenas de 0,5% do rendimento mundial, enquanto os mais ricos, de 79%. Um único banco de investimento, o Goldman Sachs, divide anualmente o lucro de 2,5 bilhões de dólares entre 161 pessoas, enquanto um país africano, como a Tanzânia, com um PIB de apenas 2,2 bilhões de dólares tem de sustentar 25 milhões de habitantes. A concentração de riqueza chegou a tal ponto que o patrimônio conjunto dos raros 447 bilionários que há no mundo ser equivalente a renda somada da metade mais pobre da população mundial – cerca de 2,8 bilhões de pessoas. (NETTO, 2006, p.234)⁶

Ao expandir suas imensas forças produtivas e as riquezas sociais, o capital elimina compulsoriamente a quantidade de *trabalho necessário* ao processo de produção social, expulsando o trabalhador do momento fundamental da reprodução individual. Enquanto desenvolve de modo titânico a riqueza social, suas contradições internas relegam a penúria as necessidades e possibilidades dos indivíduos produtores. Ao favorecer imensamente sua capacidade de reprodução pela apropriação da riqueza socialmente produzida, o capital aumenta a dificuldade de reprodução daqueles que a produzem ou poderiam estar produzindo. A atividade do trabalho é tornada precária, o tempo de trabalho excedente aumenta na mesma base em que aumentam os trabalhadores destituídos do processo de trabalho, junto aos nichos de violência gestados por esta violência originária, como se vê na pesquisa de Vera da Silva Telles, “acenando com a barbárie típica que já se incorporou sistematicamente a vida de nossas cidades, nos centros e nas periferias”. (TELLES, 2010, p.79) Ao estabelecer um

⁶ O professor Osvaldo Coggiola fornece alguns dados que apontam na mesma direção: “De acordo com a ONU, dos 23 trilhões de dólares que compõem a riqueza monetária mundial, apenas 5 trilhões correspondem a imensa maioria dos países chamados “em desenvolvimento”. O mesmo informe oficial afirma que, mantidas as tendências atuais, as disparidades passarão de iníquas para desumanas. Os 20% mais pobres do mundo ficavam em 1993 com apenas 1,4% do total da renda do planeta, uma queda de 0,9 ponto percentual em relação a 1960”. COGGIOLA, Osvaldo. *Globalização e Socialismo*. São Paulo. Xamã, 1997.

conjunto de possibilidades tão amplo aberto para os indivíduos relega-os, concomitantemente, quase ao mero *estado de necessidade*.

Numa inversão do processo social, os indivíduos que trabalham retrocedem para as necessidades mais fundamentais – o habitar, o vestir, alimentar-se, o trabalho – enquanto se desenvolvem as mais sofisticadas necessidades do capital. Como diz Marx, “este completo desenvolvimento das potencialidades humanas, aparece [...] como destruição de todos objetivos unilaterais determinados como sacrifício do fim em si mesmo, em proveito de forças que lhes são externas”. (MARX, 2006, p.81) O que aparece como determinante sob esta forma de produção é o domínio da riqueza sobre os que a produzem, sobre a sociedade e não o domínio da sociedade e dos produtores sobre a riqueza. Como explica Mészáros, o capital expropria para si todo tesouro, toda riqueza humana, atribuindo legitimidade apenas as formas pelas quais pode explorar lucrativamente esta riqueza maior. (MÉSZÁROS, 2009a, p.52)

O limite desta reprodução social irracional é a contradição fundamental entre a quantidade imensa de riquezas geradas pela força produtiva e a impossibilidade de sua apropriação/realização na forma da mercadoria, na medida em que grande parte dos produtores foi eliminado do processo produtivo, como mercadoria descartável. O produto final desta violência inerente e particular a reprodução sob a forma do capitalismo é o *emperramento das forças produtivas* que, em si, são criadas para retirar o ser social do estado de necessidade e seu resultado são as crises econômicas – cujo inchaço dos sistemas financeiros constitui um capítulo destas contradições, e aonde a crise não vem da falta, mas do excesso da capacidade produtiva. (CHESNAIS, 1997, p.33) As forças produtivas deixam de ser aplicadas na produção das liberdades não porque as necessidades dos indivíduos já tenham avançado em alto nível; não porque não existam necessidades ou possibilidades produtivas. Estas, pelo contrário, existentes hoje, bastariam para sanar as necessidades fundamentais da população do globo terrestre e ainda servir a produção das mais amplas liberdades. (KATZ, 1997, p.50) Engels já havia notado isto quando afirmou que a sociedade não passava fome frente a pobreza, mas que morria de fome frente a abundância. Vê-se que,

A ONU estima que há, atualmente 1,3 bilhões de pessoas vivendo abaixo do nível da pobreza, 800 milhões sofrendo por má nutrição e 900 milhões que não recebem nenhuma educação. É possível satisfazer as necessidades básicas da população distribuindo gratuitamente as mercadorias excedentes, que não são vendidas se quer a preço deflacionado. Desta forma, poder-se-ia acabar com o sobranço de alimentos requeridos pelo bilhão de famintos, ou com os excedentes de máquinas e matérias primas, requeridas pelos países semi-industrializados. (KATZ, 1997)

Marx afirma que o capital, “para manter e eternizar o comando e monopólio que proporciona sobre os produtos do trabalho, procura-se perpetuar todo o monstruoso mecanismo, os vícios, os crimes, o sofrimento da insegurança. [...] Não se dá a menor importância a miséria que sempre se renova ou ao bem estar de toda a espécie humana. (MARX, 1991a, p.344) A penúria, a insegurança social e os diversos conflitos resultantes da crise contemporânea do capital, como o racismo e a xenofobia, por exemplo, não são produtos da insegurança frente a impossibilidade produtiva sobre a natureza, mas, sim, produtos das imensas possibilidades humanas de galgar o reino da liberdade quando dominadas pelo capitalismo. Em face de tamanho antagonismo social, Marx afirma, numa bela passagem: “quando a sociedade atingir formação econômica superior, a propriedade privada de certos indivíduos sobre parcelas do globo terrestre parecerá tão monstruosa quanto a propriedade privada de um ser humano sobre o outro”. (MARX, 1991, p.891)

A riqueza reluz na mercadoria como propriedade sua, mas quando se ultrapassa esta aparência se percebe que por trás de cada mercadoria, de cada produto, existe um ser humano, um indivíduo trabalhando. Percebe-se, então, que a riqueza não é da mercadoria, mas do trabalho dos muitos homens e mulheres. Que toda cultura é produzida por eles e que a riqueza de toda humanidade é a própria humanidade. Assim, em face das tentativas do capitalismo de servir de qualquer modelo significativo para uma liberdade substantiva, resta prescrever aquela sentença que Tirésias se viu obrigado a proferir sobre Édipo: “saiba que é sobre tua cabeça que recai a maldição que lançaste. Tu és o ímpio cuja profanação recai sobre Tebas. (...) Afirmo que o assassino que procuras és tu mesmo”. (SÓFLOCLES, 2008, p.39) Mas não se deve duvidar de que qualquer anúncio de uma liberdade substantiva faz “tremor” as classes dominantes e

seus associados, na medida em que tudo que se refere a liberdade plena de todos, ou seja, que se refere a restrição ao direito de oprimir e subjugar muitos, aparece para a classe dominante apenas como a perda de seu direito sagrado, que é o direito de subjugar, de oprimir e de matar. Nas belas palavras de Paulo Freire:

Formados na experiência de opressores, tudo que não seja seu direito antigo de oprimir significa opressão a eles. Vão se sentir, agora, na nova situação, como oprimidos porque, se antes podiam comer, vestir, calçar, educar-se, passear, ouvir Beethoven, enquanto milhões não comiam, não calçavam, não vestiam, não estudavam, nem tampouco ouviam Beethoven, qualquer restrição a tudo isto, em nome do direito de todos, lhes parece uma profunda violência ao seu direito de pessoa. Direito de pessoa que, na situação anterior, não respeitava os milhões de pessoas que sofriam e morriam de fome, de dor, de tristeza, de desesperança. É que para eles, pessoa humana são apenas eles. (FREIRE, 1987, p.45)

Conclusão

No pensamento de Marx, a liberdade aparece determinada por componente histórico-ontológico, onde sua realização se dá como resultado da produção de necessidades ampliadas em face das fundamentais, e não se resume aos componentes políticos que são, em grande parte, negadores de qualquer liberdade substantiva. O texto analisa o fato exposto por Marx de que as relações de produção atingidas e desenvolvidas pelo capitalismo são mais vantajosas que as anteriores para a potencialização deste processo de desenvolvimento e liberdade. Na verdade, Marx explica que o capitalismo abre, pela primeira vez na história, a possibilidade para que a liberdade – em grande parte restrita, ou pelos limites naturais ou pelas relações de classe – venha a ser efetivamente *reino de liberdade*. O texto demonstra que o capitalismo desenvolveu de tal modo as forças produtivas, que permitiu um excedente de riqueza jamais conseguido e, junto dele, o avanço inédito das capacidades e possibilidades sociais. Ao mesmo tempo, estas possibilidades, fundadas na imensa capacidade produtiva, tornam possível a ampliação inédita do tempo disponível, tempo livre para usufruto social e individual. É neste tempo disponível que se localiza o que Marx entende por *reino de liberdade*.

Aqui reside o aspecto “civilizatório” que Marx atribui ao capitalismo, como sendo amplamente mais “vantajoso” para o ser social, não porque sua formação antagônica tem maior potencial produtivo, mas porque suas forças produtivas e relações sociais de produção criam as condições para o desenvolvimento de uma “forma social superior”. (MARX, 1991, p.941) No curso dos estudos dos processos de desenvolvimento social e constituição de liberdades concretas, amarradas as possibilidades atingidas pelas objetivações postas pela generidade, Marx verifica que a constituição deste *reino de liberdade* implica em superar a forma social do capitalismo que, apesar de seu caráter civilizatório, não pode cessar seu sistema de contradições internas, que fazem anular as possibilidades de liberdade por ele mesmo geradas, revertendo-as, inclusive, em *reino de necessidade* constante. Deste modo, implica subverter a anarquia e o caos do sistema produtivo do capital para uma formação econômica superior, onde as forças produtivas e seus produtos sejam controlados pelos indivíduos que trabalham e ajustados, por sua organização e decisão, ao melhor proveito destas forças produtivas e suas riquezas, assim como do tempo disponível que elas tornam possível. A partir desta situação começa o *reino genuíno da liberdade*, onde as “forças humanas”, nas palavras de Marx, passam a se desenvolver como “fins em si mesmas”. (MARX, 1991, p.942)

Referências:

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao Trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. São Paulo. Cortez, 2008.

_____. *O Caracol e sua Concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho*. São Paulo. Boitempo, 2005.

_____. *Os Sentidos do Trabalho: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho*. São Paulo. Boitempo, 2007.

BADALONI, Nicola. *Marx e a busca da liberdade comunista*; In: HOBBSBAWM, Erich. *História do Marxismo, VI*. São Paulo. Paz e Terra, 1983.

CHESNAYS, François. *Capitalismo de Fim de Século*; In: COGGIOLA, Osvaldo. *Globalização e Socialismo*. São Paulo. Xamã, 1997.

COGGIOLA, Osvaldo. *Globalização e Socialismo*. São Paulo. Xamã, 1997.

ENGELS, Friedrich. *Anti-During*. Lisboa. Minerva, 1975.

_____. *Do Socialismo Utópico ao Socialismo Científico*. São Paulo. Centauro, 2005.

_____. *Karl Marx*. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras escolhidas, V2*. São Paulo. Alfa-Ômega, s/data.a.

_____. *Sobre o Papel do Trabalho na Transformação do Macaco em Homem*; In: ANTUNES, Ricardo. *A Dialética do Trabalho: escritos de Marx e Engels*. São Paulo. Expressão Popular, 2004.

_____. *Sobre o Papel do Trabalho na Transformação do Macaco em Homem*. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas 2*. São Paulo. Editora Alfa-Ômega, s/data.

EVANGELISTA, João Manuel. *Crise do Marxismo e Irracionalismo Pós-moderno*. São Paulo. Cortez, 1992.

_____. *Teoria Social Pós-moderna: Introdução Crítica*. Porto Alegre. Editora Sulina, 2007.

ISCHER, Ernest. *O que Marx realmente disse*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 1970.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. São Paulo. Paz e Terra, 1987.

HAUG, Wolfgang Fritz. *Crítica da Estética da Mercadoria*. São Paulo. UNESP, 1997.

KATZ, Cláudio. *Tecnologia e Socialismo*; In: COGGIOLA, Osvaldo. *Globalização e Socialismo*. São Paulo. Xamã, 1997.

LESSA, Sérgio. *Para Compreender a Ontologia de Lukács*. Ijuí. Editora Unijui, 2007.

_____. *Para uma Ontologia do Ser Social: um retorno a ontologia medieval?* In: ANTUNES, Ricardo; REGO, Walquíria Leão. *Lukács: um Galileu no século XX*. São Paulo. Boitempo, 1996.

LUKÁCS, Georg. *A autocrítica do marxismo*. Temas de ciências humanas 4. São Paulo. Livraria Editora Ciências Humanas, 1978a.

_____. *As Bases Ontológicas do Pensamento e da Atividade do Homem*. Rio de Janeiro. Editora UFRJ, 2007.

_____. *Ontologia del Ser Social: El Trabajo*. Buenos Aires. Herramienta, 2004.

_____. *Prolegômenos Para uma Ontologia do Ser Social*. São Paulo. Boitempo, 2010.

MARTINS, José. *Império do Terror: Estados Unidos, ciclos econômicos e guerras no início do século XXI*. São Paulo. Editora Sundermann, 2005.

MARX, Karl. *18 Brumário de Luis Bonaparte*. São Paulo. Paz e Terra, 2002.

_____. *Crítica do Programa de Gotha*. São Paulo. Alfa-Ômega, s/Data.

_____. *Contribuição a Crítica da Economia Política*. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

_____. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. São Paulo. Boitempo, 2005.

_____. *Grundrisse*. São Paulo. Boitempo, 2011.

_____. *Manifesto Comunista*. São Paulo. Boitempo, 2007.

_____. *O Capital, LI, VI e V2*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 2008a.

_____. *O Capital, L3, V4*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 1974.

_____. *O Capital. L3, V6*. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 1991.

_____. *Para a Crítica da Economia Política*; In: MARX, Karl. *Os Pensadores*. São Paulo. Abril, 1978.

_____. *Salário, Preço e Lucro*; In: MARX, Karl. *Os Pensadores*. São Paulo. Abril, 1978a.

_____. *Troca, Igualdade e Liberdade*. Temas de ciências humanas 3. São Paulo. Livraria Editora Ciências Humanas, 1978b.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Obras Escolhidas, VI e V2*. Alfa-Ômega, S/Data.

MÉSZÁROS, Istvan. *A crise estrutural do capital*. São Paulo. Boitempo, 2009a.

_____. *Estrutura Social e Formas de Consciência: A determinação social do método*. São Paulo. Boitempo, 2009.

_____. *Filosofia, Ideologia e Ciência Social*. São Paulo. Boitempo, 2008.

_____. *Marx "Filósofo"*; In: HOBSBAWM, Erich. *História do Marxismo*. São Paulo. Paz e Terra, 1983.

_____. *O Desafio e o Fardo do Tempo Histórico*. São Paulo. Boitempo, 2007.

_____. *Teoria da Alienação em Marx*. São Paulo. Boitempo, 2006a.

NETTO, José Paulo. *Capitalismo e Reificação*. São Paulo. Livraria Editora Ciências Humanas, 1981.

_____. *Capitalismo Monopolista y Servicio Social*. São Paulo. Cortez, 1997.

_____. *Crise do Socialismo e Ofensiva Neoliberal*. São Paulo. Cortez, 2007.

_____. *Economia Política: uma introdução crítica*. São Paulo. Cortez, 2006.

_____. *Posfácio*. In: COUTINHO, Carlos Nelson. *O Estruturalismo e a Miséria da Razão*. São Paulo. Expressão Popular, 2010.

_____. *Possibilidades Estéticas em História e Consciência de Classe*. São Paulo. Temas de Ciências humanas 3. Livraria Editora Ciências Humanas, 1978.

ROSDOLSKY, Roman. *Gênese e Estrutura de O Capital, de Karl Marx*. Rio de Janeiro. Contraponto, 2001.

SHAFF, Adam. *O Marxismo e o Indivíduo*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, 1967.

SINGER, Paul. *Curso de Introdução a Economia Política*. Rio de Janeiro. Forense Universitária, 1989.

SOFOCLES. *Édipo Rei*. São Paulo. Martin Claret, 2008.

TELLES, Vera da Silva. *A Cidade nas Fronteiras do legal e do ilegal*. Belo Horizonte. Editora Argumentum, 2010.

TUCKER, Robert. *Karl Marx: Filosofia e Mito*. Rio de Janeiro. Zahar, 1963.

A LEI 12.984/14 (DISCRIMINAÇÃO DOS PORTADORES DO VÍRUS DA IMUNODEFICIÊNCIA HUMANA -- HIV -- E DOENTES DE AIDS) E OS CRIMES CONTRA A HONRA - CONFLITO APARENTE DE NORMAS?

*Juliana Caramigo Gennarini*¹

1. Introdução

Em 02 de junho de 2014, foi editada lei² que define uma nova infração penal – a discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS.

A justificativa apresentada para a inserção do tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro foi a de que haveria necessidade em adequar o Direito Penal às diretrizes internacionais das Nações Unidas (ONU), no que se refere à matéria de Direitos Humanos.

O texto atribui como crime punível com reclusão de um a quatro anos, condutas discriminatórias adotadas contra os portadores do vírus HIV e o doente de Aids, em razão desta condição.

Vejamos o texto da lei.

Art. 1º Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente:

- I – recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado;
- II – negar emprego ou trabalho;
- III – exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego;
- IV – segregar no ambiente de trabalho ou escolar;
- V – divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade;
- VI – recusar ou retardar atendimento de saúde.

¹ Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada. Professora Universitária do Curso de Direito da Universidade Padre Anchieta (UNianchieta) – Jundiá.

² Lei 12.984, de 02 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>.

Todavia, pergunta-se: a situação já não era tutelada pelo ordenamento jurídico em vigor? Haveria, portanto, um conflito aparente de normas?

2. Breves considerações

Antes de responder às questões acima, faz-se necessária uma breve explicação do que é o conflito aparente de normas.

De acordo com NUCCI³, o conflito aparente de normas “é a situação que ocorre quando, ao mesmo tempo, parecem ser aplicáveis duas ou mais normas, formando um conflito aparente”.

Em outras palavras, o conflito aparente de normas acontece quando uma nova lei entra em vigor e mostra-se em confronto com outros dispositivos legais, já existentes no ordenamento jurídico.

Criaram-se critérios para resolver os aparentes conflitos. São eles: sucessividade, especialidade, subsidiariedade, absorção e alternatividade. Expliquemos, de forma sucinta, cada um deles.

a) sucessividade: utilização de lei posterior derroga a anterior;

b) especialidade: lei especial afasta a aplicação da lei geral, conforme artigo 12 do Código Penal;

c) subsidiariedade ou tipo de reserva: uma norma é considerada subsidiária da outra quando a conduta prevista integra o tipo principal de outra, ou seja, a norma principal deve se sobrepor a lei secundária;

d) absorção ou consunção: quando o fato previsto em uma norma está previsto em outra de maior amplitude. Trata-se da hipótese do crime-meio é absorvido pelo crime-fim;

e) alternatividade: aplicação de uma lei ao fato exclui o uso de outra que também o prevê.

Alguns entenderiam que não haveria necessidade de criar um novo tipo penal, pois, a conduta discriminatória ao portador do vírus do HIV e doente de AIDS poderia

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 2. ed. reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 52.

ser enquadrada dentre um dos crimes contra a honra, previstos no capítulo V do Título I do Código Penal Brasileiro⁴, mais especificamente, nos crimes de difamação (art. 139 CP) ou de injúria (art. 140 CP).

Nos crimes previstos nos artigos 138 a 140 do Código Penal, o bem jurídico tutelado é a honra e a imagem do indivíduo.

No crime de difamação, previsto no artigo 139 Código Penal, o que se tutela é a honra subjetiva da pessoa, ou seja, conceito que a sociedade tem do indivíduo.

Prevê o artigo 139 CP:

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Difamar significa desacreditar publicamente uma pessoa, maculando-lhe a reputação⁵.

Etimologicamente, difamar vem do latim “*diffamare*, que significa tirar a boa fama ou o crédito a; Falar mal de; Perder a reputação, desacreditar-se”⁶.

O tipo penal é repetitivo quando traz o núcleo da ação típica – difamar – seguido de complemento, que é imputar fato ofensivo à reputação. O próprio verbo difamar já possui o significado de atribuir algo inconveniente, indecoroso e, desta forma, não precisaria ser o legislador redundante ao prever “fato ofensivo à sua reputação”.

Todavia, cremos que o legislador teve a intenção de indicar que, não se trata de qualquer fato negativo que se atribua a alguém, mas, sim, que ofenda a reputação do indivíduo.

Mas e o que é reputação?

Podemos entender como um ato de avaliar, considerar, julgar a fama e o renome de alguém, o conceito que uma pessoa é tida perante a sociedade.

⁴ Decreto-Lei 2.848/40.

⁵ *Ibidem*, p. 284.

⁶ MICHAELIS - Dicionário eletrônico. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>>.

Mais uma vez, ressaltamos que, para a configuração do crime de difamação, não basta um simples insulto. Deve haver indicação de um fato, um acontecimento específico, com dados descritivos, nomes, local, ocasião, etc.

Se não houver tais descrições, não se pode falar nesta figura penal, o que não impede a possível configuração de outro delito.

Exemplifica NUCCI⁷:

[...] chamar alguém de caloteira, é um simples insulto e poderia ser enquadrado como crime de injúria. Mas dizer que a pessoa não pagou os credores “A, B, ou C”, das dívidas “X e Y”, vencidas em dia tal, do mês tal, configura difamação.

O crime de injúria, previsto no artigo 140 do Código Penal, possui o seguinte texto:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem: (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

§ 3o Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997).

O bem jurídico tutelado também é a honra e a imagem do indivíduo. Todavia, a honra aqui tutelada é a subjetiva, ou seja, conduta que arranha o conceito que a vítima faz dela própria.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Op.cit. p. 285.

Injuriar, etimologicamente, significa “*insultar, ofender, desacreditar, desonrar, vexar*”⁸.

Para a configuração deste crime é necessário que a ofensa atinja sua dignidade ou o decoro, conforme texto da lei.

Mas, como reconhecer que o fato atingiu sua dignidade ou decoro? O que são dignidade e decoro?

Podemos entender a dignidade como respeitabilidade ou amor-próprio, sentimentos estes que o indivíduo tem de si mesmo. Ao passo que o decoro se refere à compostura e a correção moral, posturas estas adotadas pela pessoa perante a sociedade.

Para os defensores da linha de que não haveria necessidade de uma novel legislação, as condutas discriminatórias aos portadores do vírus HIV e dos doentes de AIDS poderiam se enquadrar como crime de difamação ou de injúria, posto que atentam contra a honra do indivíduo.

No entanto, da análise vista acima, observando o que foi explanado – sobre a possibilidade de aplicar a legislação geral vigente - a conduta que melhor se adequaria ao fato seria a injúria e não a difamação. Explicamos.

Como descrever a condição de portador do vírus HIV ou de doente de Aids como fato ofensivo a sua reputação?

Como apontamos anteriormente, para a caracterização do crime de difamação, teríamos que indicar como se adquiriu o vírus ou a doença, de quem, como, onde, etc. O que, muitas vezes, não é possível.

Na injúria, a ofensa, o insulto, teria que atingir seu amor-próprio ou sua correção moral. Como apontar que, pelo simples fato de ser portador do vírus e/ou ser doente de AIDS, atentar-se-ia contra a sua respeitabilidade?

Em que pese às posições em contrário, não nos parece a melhor adequação jurídica. Vejamos:

O Direito Penal prima pelo princípio da legalidade estrita, onde só se considera infração penal, fatos tratados e descritos na lei, de forma pormenorizada. Não é possível fazer interpretações extensivas ou analogia “*in mallan partem*”, ou seja, para considerar

⁸ MICHAELIS - Dicionário eletrônico. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>>.

uma conduta como infração penal, necessário que esta esteja expressamente descrita na lei.

Não nos parece que os indivíduos que sofram com atos discriminatórios, por serem portadores do vírus HIV e/ou doentes de AIDS, possam ser vítimas de um dos crimes contra a honra, como descrito nas figuras dos artigos 139 e 140 ambos do Código Penal. Nem seus agressores poderiam responder por eles, justamente porque o Direito Penal não permite extensão de interpretação de condutas típicas.

Mesmo sabendo que a sociedade é mais preconceituosa e rígida com as pessoas do que o Direito, que não pode e nem deve seguir tal caminho, não se pode interpretar que ser portador de um vírus e/ou doença atente-se contra o decoro ou a respeitabilidade deste indivíduo.

Imputar, como simples injúria, à conduta de discriminar a pessoa portadora de HIV e/ou doença de AIDS seria realizar uma subsunção forçada a este tipo penal e, ainda assim, sem a efetiva configuração do delito.

Nem falamos, portanto, em conflito aparente de normas, pois, não há subsunção (preenchimento integral de todos os elementos que compõe o tipo) da conduta discriminatória aos elementos descritos nos tipos penais de difamação e injúria.

Sendo assim, atos discriminatórios contra os portadores do HIV e doentes de AIDS não estavam abarcados pelos tipos já existentes, quais sejam, de um dos crimes contra a honra, mais especificamente, dos artigos 139 e 140 do Código penal.

Nesse passo, a novel legislação foi o caminho mais adequado para reprimir e punir aquele que pratica tais condutas que discriminam os portadores do vírus HIV e/ou os doentes de AIDS.

3. Da análise do novo crime - Lei 12. 984/14

Superada a questão da necessidade ou não de nova legislação para punir a conduta discriminatória, devemos analisar os elementos que compõem o novo tipo.

3.1. Núcleo do Tipo

Compõe-se dos verbos que descrevem as condutas criminosas que, neste delito, estão relacionados nos incisos. São eles:

I – recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado;

Impedir, retardar ou isolar que aluno portador de vírus do HIV e/ou doente de AIDS frequentem creche ou estabelecimento de ensino.

II – negar emprego ou trabalho;

Impedir a contratação do indivíduo com esta condição.

III – exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego;

Causa da dispensa for a condição de portadora de HIV e/ou doente de AIDS.

IV – segregar no ambiente de trabalho ou escolar;

Isolar, afastar e separar o indivíduo do ambiente e trabalho ou na escola, independentemente de ser ele público ou privado.

V – divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade;

Tornar pública a condição de ser portador do vírus HIV ou de doente de AIDS, com intuito de diminuir, ofender sua respeitabilidade.

VI – recusar ou retardar atendimento de saúde

Negar ou atrasar o atendimento de saúde.

3.2. Bem jurídico

O bem jurídico tutelado pela nova norma incriminadora é o Direito a Igualdade, o respeito à personalidade e à Dignidade da Pessoa.

A rigor, a igualdade deve ser entendida como identidade de condições entre membros da mesma sociedade. Juridicamente, como princípio, a igualdade atua em duas vertentes: perante a lei - compreendendo o dever de aplicar o Direito ao caso concreto; e na lei - pressupondo que as normas jurídicas não devem oferecer distinções, exceto as autorizadas pela Constituição Federal.

A personalidade é qualidade pessoal, aquilo que a distingue de outra pessoa que tanto pode ser hábitos, interesses, complexos, sentimentos, aspirações etc.

A dignidade, por sua vez, pode ser definida como um valor moral e espiritual inerente à pessoa; abrange uma diversidade de valores existentes na sociedade.

SARLET⁹ ensina que:

[...] temos por dignidade da pessoa humana 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 asseguram 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 da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

3.3. Sujeitos do crime

O sujeito ativo é aquele que pratica a conduta descrita na lei como crime. Pode ser qualquer pessoa, pois a norma não exige condição ou qualidade especial do sujeito.

Ao passo que o sujeito passivo, a vítima, se divide em: primário e secundário. O sujeito passivo primário é a pessoa que sofre a conduta, e, no caso em tela, é ele próprio, pois a lei exige uma qualidade especial, qual seja, a de ser portador do vírus do HIV e/ou doente de AIDS.

O sujeito passivo secundário é o Estado.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

3.4. Elemento Subjetivo

Exige-se que a conduta discriminatória seja praticada com dolo, vontade livre e consciente de praticar a conduta definida como infração penal. Não se admite, portanto, a figura culposa, por falta de previsão legal.

3.5. Consumação e tentativa.

Para verificar em que momento o crime se consumou, necessário analisar o caso concreto, pois, a depender do modo pelo qual a conduta discriminatória foi praticada, por um dos atos relacionados nos incisos da norma incriminadora, é que poderemos auferir o momento de consumação bem como da tentativa.

3.6. Desdobramentos processuais

Passível a concessão de fiança, pois presentes os requisitos dos artigos 322 e seguintes do CPP.

A prisão preventiva não é possível de ser decretada, pois esta figura de constrição da liberdade só pode ser imposta a crimes punidos com reclusão com pena superior a 4 anos, conforme artigo 313, I do Código Processo Penal.

Para a figura em questão, não é possível, pois, em que pese a pena ser de reclusão, a dosimetria fica abaixo do indiciado pelo Estatuto Processual Penal, qual seja, de 1 a 4 anos.

O mesmo se diz da prisão temporária, pois a figura prevista nesta lei não está elencada no rol do artigo 1º da Lei 7.960/89.

É possível a aplicação da suspensão condicional do processo, previsto no artigo 89 da Lei 9.99/95, bem como a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, desde que presentes os requisitos listados nos artigo 44 do Estatuto Material Penal.

4. Conclusão

Diante do analisado, temos que a presente lei veio a criminalizar conduta anteriormente não prevista e que, em face do momento social que vivemos, era preciso uma melhor regulamentação.

A nova conduta ainda carece de debate no mundo jurídico, até porque, é muito recente. E, com a sua discussão, temos certo que outras interpretações surgirão.

Pontuamos que o Direito Penal deve ser utilizado como “ultima ratio”, devendo os outros ramos do Direito serem acionados para a resolução dos conflitos.

No entanto, como o Estado já legislou sobre o assunto, caracterizando a conduta como novo crime, necessária que esta seja aplicada nos moldes da legislação em vigor.

Referências:

CAPEZ, Fernando. *Direito Penal*. V. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva. 2011.

MICHAELIS - Dicionário eletrônico. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>>.

MENDES, Gilmar. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2014.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Direito Penal*. V. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 2. ed. reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

A IMPORTÂNCIA DO ESTUDO DA HISTÓRIA DO DIREITO E AS TENDÊNCIAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

*Marcus Vinícius Ribeiro*¹

1. Direito

Direito é difícil de ser definido, até porque não é uma expressão unívoca, possuindo várias acepções. Com efeito, em suas diversas significações, ora a expressão é usada com sentido de norma, ora como faculdade, por vezes como sinônimo de justo, como fato social ou, ainda, como ciência.²

Neste passo, enquanto lei ou norma, direito é o conjunto de preceitos e regras, cuja observância pode se obrigar alguém mediante uma coerção exterior ou física.³

Por sua vez, direito sob o aspecto de fato social é definido por Gurvitch como "uma tentativa de realizar, num dado meio social, a ideia de justiça, através de um sistema de normas imperativo-atributivas".⁴

No sentido de justo, direito é empregado como aquilo que é devido ou que está em conformidade com a justiça e, no sentido de faculdade, como o poder moral de fazer, exigir ou possuir algo.

Para Miguel Reale, direito é o "conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um" dos membros da comunidade.⁵

Conforme adverte Louis Assieer-Andieu⁶, "O direito é uma realidade social. É um comportamento das atividades humanas marcado, como todas as atividades humanas, pela cultura e pelas formas de organização de cada sociedade. Mas é realidade singular. Ele é a um só tempo o reflexo de uma sociedade e o projeto de atuar sobre ela,

¹ Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Defensor Público do Estado de São Paulo, professor do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta) e das Faculdades Drummond.

² Cf. André Franco MONTORO, *Introdução à ciência do direito*, p. 33-34.

³ Cf. V. AUBY e C. RAU, "*Cours de Droit Civil Français*" *apud* André Franco Montoro, *Introdução à Ciência do Direito*, 1995, p. 34.

⁴ *Apud* André Franco MONTORO, *ob. cit.* p. 40.

⁵ Miguel REALE, *Lições Preliminares de Direito*, 1988, p. 1.

⁶ Louis ANSIEER-ANDIEU, *O Direito nas sociedades humanas*, p. XI.

um dado básico do ordenamento social e um meio de canalizar o desenrolar das relações entre os indivíduos e os grupos".

É bem verdade, frise-se, que o direito de cada Estado não foi criado de um dia para o outro, pois é a consequência de uma evolução secular. "Costuma-se distinguir, por um lado, os direitos romanistas e os que lhe são aparentados, o *common law* e os direitos socialistas dos países de tendência comunista; e por outro os numerosos sistemas jurídicos que existem noutros lugares do mundo, sobretudo direito muçulmano, hindu, chinês e africano".⁷

Os direitos romanistas são os que sofreram forte influência do direito romano. Quase a totalidade dos países europeus, salvo os países britânicos e os da Europa Oriental de influência comunista, pertencem à família romanista. Os países da América Latina e os demais colonizados pela Espanha, Portugal ou França também possuem tal influência. Por seu turno o sistema da *commow law* surgiu na Inglaterra cuja fonte principal é a jurisprudência e o precedente judiciário (e não a lei escrita, como é o caso do primeiro grupo mencionado).

De outra parte, no direito muçulmano e direito hindu a distinção entre direito e religião é quase nula. O que muda em ambos é, principalmente, o texto sagrado em que cada um se fundamenta. Por fim, o direito chinês tradicional tinha apenas um papel secundário na sociedade, pois o essencial eram as regras morais de convivência, decência e harmonia, apesar de atualmente possuir certa influência do direito soviético e europeu.⁸

2. História do Direito

O Direito é mutável e provisório, pois depende da realidade social de cada época e de cada lugar. Devido a isto ele está em constante alteração. Estudar sua história, assim, faz com que se possa entender sua fase atual e projetar futuras mudanças. As normas criadas em cada sociedade para regular as relações interpessoais nascem de um

⁷ John GILISSEN. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 19.

⁸ *Ibidem*, p. 19-24.

conjunto complexo de fatos sociais e, portanto, a ordem jurídica deve ser ponderada conforme a realidade social e o histórico que deu origem a ela.

Ademais, conforme afirma Eloy Chinoy⁹, “o confronto sistemático de diferentes sociedades passadas e presentes, proporciona não só a base de hipóteses sugestivas senão também os elementos para comprová-las”.

Quando é aprofundado o exame de determinado instituto jurídico ou de certa área do direito, algumas vezes, percebe-se que a história, mais do que a lógica ou a teoria, é a única capaz de trazer a explicação buscada.

Neste caminho, a sociedade, de uma maneira ou de outra, sempre possuiu alguma forma de organização: por meio de normas costumeiras ou por leis escritas, sejam impostas pela força ou aceitas voluntariamente. O direito, então, pode ser entendido como o meio de organização da sociedade.

Antes do aparecimento da escrita e, conseqüentemente, dos registros históricos sabe-se muito pouco. No entanto, acredita-se que muitas instituições civis já existiam, especialmente o casamento, o poder familiar, a propriedade (mobiliária), a sucessão e diversos contratos (a doação, o empréstimo e a troca).¹⁰

3. Tendências do Direito contemporâneo

Na atualidade podem ser percebidas algumas tendências. Com efeito, houve uma aproximação do Direito com outras áreas do saber, em especial com a filosofia, sociologia, ética e ciência política. Além, disto, ocorreu uma constitucionalização do Direito, em que a Constituição passou a incorporar valores, conceitos e princípios de todo o ordenamento jurídico, que antes eram deixados para outros ramos do direito.

Além disto, há menor apego ao formalismo e a dignidade humana passou a ser o cerne do Direito contemporâneo.

⁹ Ensaio de Sociologia, p. 172, *apud* Aloísio Gavazzoni, “*História do Direito*”, p. 24.

¹⁰ Cf. John GILISSEN. *Introdução Histórica ao Direito*, p. 31.

Neste caminho, em uma visão pós-positivista, metodologicamente, o direito deve ser visto como um sistema normativo aberto que contém princípios e regras. Tais normas se completam no momento da respectiva interpretação e aplicação.¹¹

Com efeito, o termo "princípio" tem mais de um significado: pode ser o início de algo ou os valores em alguma coisa se funda. No Direito, os princípios tanto são os valores superiores que o ordenamento jurídico se baseia, quanto o ponto de partida do mesmo, ou seja, as regras devem ser fundadas nos princípios e eles, paradoxalmente, são extraídos da repetição das ideias contidas nas próprias regras de todo o ordenamento jurídico.

Princípios, então, "são ordenações que irradiam e emanam os sistemas de normas".¹² Por isto, os princípios constituem-se critérios objetivos no processo de interpretação e aplicação do direito, além de sua utilidade no processo de suprimento das lacunas legais.

Eles repercutem em todo ordenamento positivo. São identificados pela doutrina quando esta se propõe a estudar e organizar e o ordenamento jurídico. Neste passo, ao identificar os valores principais que o Direito busca proteger, são formulados conceitos e identificados princípios, ou seja, os valores superiores que se repetem e que as regras de proteção partem e se fundamentam.

O legislador, ao editar novas leis, baseia-se nos conceitos formulados pela doutrina e os princípios retornam à legislação, às vezes de forma expressa, em outras de maneira implícita. A lei, assim, incorpora os princípios enquanto que a jurisprudência e o costume fazem deles seus argumentos principais. Assim sendo, forma-se uma verdadeira microfísica em que os valores fundamentais, expressados nos princípios, são ao mesmo tempo, a fonte e o ideal a ser atingido pelo sistema jurídico.

Os princípios formam-se quando a doutrina, ao estudar o sistema jurídico, identifica certos valores cuja proteção se repetem com certa frequência. Pode-se afirmar que, remotamente, todos os princípios decorrem de um valor fundamental: a dignidade da pessoa humana. Isto porque, o direito só existe em função do homem e para que o ser humano possa viver em paz na sociedade. Em decorrência deste valor fundamental

¹¹ *Teoria da Norma Jurídica*, p. 72-73.

¹² José Afonso da SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 85.

surgem outros princípios básicos como os da liberdade, igualdade e justiça. Os demais podem ser considerados decorrência destes.

Na complexa subdivisão de princípios identificados ou identificáveis percebem-se casos em que eles somente possuem ligação de forma remota e alguns chegam a ser contraditórios. Somente com cessões mútuas é que se chega ao verdadeiro objetivo do ordenamento jurídico, que é o da proteção da dignidade da pessoa humana. Desse modo, remotamente, todos os princípios têm a mesma origem e meta a ser atingida.

Conforme expõe Walter Claudius Rotenburg, "os princípios são dotados de alto grau de abstração o que não significa impossibilidade de determinação".¹³

Os princípios são dotados de ampla carga valorativa e, por serem mais abstratos, se aplicam a um número indeterminado de situações. Ao contrário, nas regras, em que pese também possuírem certa carga de valores, ela não é tão intensa. Isto porque as regras são mais específicas e as hipóteses de aplicação são mais facilmente identificáveis.

Existem princípios expressos na legislação (especialmente na Constituição) e outros implícitos, que são extraídos de todo contexto do ordenamento. Quanto à eficácia, é irrelevante se eles são expressos ou implícitos.

Nas regras ocorre a lógica do "tudo ou nada", ou seja: ou a regra é aplicável ou não. Não podem existir regras contraditórias. Neste caso, ocorrerá uma antinomia e uma delas será considerada inválida.

Ao contrário, a convivência dos princípios é necessariamente conflituosa, eles coexistem e, no conflito aparente entre eles, deve ser examinada a importância de cada bem jurídico posto em jogo para ser determinado até onde cada um irá ceder, sem descaracterizar totalmente o outro.

Destarte, a proporcionalidade aparece como um método para solucionar aparentes conflitos entre princípios. Em princípios não ocorrem antinomias. Não se discute a validade deles, mas seu peso no caso concreto. Alguns autores identificam a proporcionalidade como um princípio implícito no sistema jurídico. Porém, a entendê-la como princípio implicaria aceitar também sua relativização, pois não existem princípios

¹³ *Princípios Constitucionais*, p. 17.

absolutos. Destarte, melhor considerá-la como método de aplicação do direito. Assim, ela não sofrerá restrições.

Alguns autores pretendem diferenciar valores fundamentais e princípios gerais do direito. Sem embargo, Florez-Valdez, identifica ambas as expressões como sinônimas e as utiliza indistintamente.¹⁴

Isto porque, princípios são os valores superiores (meta, fim) e ponto de partida de onde se origina o ordenamento jurídico. Princípios gerais do direito são as ideias fundamentais em que este se baseia. No passado, com posicionamentos extremamente positivistas, defendia-se que os princípios gerais do direito eram fonte subsidiária do ordenamento jurídico e, por isto, havia razão em uma diferenciação. Porém, com uma visão intermediária entre o *jusnaturalismo* e positivismo, os princípios, mesmo nem sempre apresentando estrutura de normas jurídicas, ao mesmo tempo que identificam os valores fundamentais que a legislação deve se fundar e obedecer, também servem como instrumento e diretriz na interpretação e orientação dos casos duvidosos.

O que se busca, ao determinar os princípios gerais do direito, é localizar aquelas ideias fundamentais e informadoras da organização jurídica. A respeito, tais valores, são: a liberdade, a igualdade, a justiça e a dignidade da pessoa humana. Dentre estes, a dignidade da pessoa humana ocupa posição principal e os demais são decorrência desta concepção. Mas, a dignidade da pessoa humana não é mero reflexo do ordenamento jurídico, tem uma existência prévia a ele.¹⁵

Frise-se: Todos os princípios e valores protegidos pelo direito, ao menos remotamente, derivam da dignidade da pessoa humana, que é a ideia principal e informadora de toda organização jurídica. Isto porque o direito só existe para o homem e em função dele, sendo que este o criou para possibilitar o convívio harmônico dos indivíduos em sociedade.

No Direito não existem valores absolutos e mesmo os mais importantes, às vezes, devem ceder para não atingir outros igualmente protegidos. Neste passo, em determinadas situações liberdade de uns deve ser restringida para que não afete 'a dos demais. Por sua vez, em certos casos, pessoas desiguais devem ser tratadas

¹⁴ Joaquim Arce FLOREZ-VALDEZ. "*Los Principios generales del Derecho y su formulacion constitucional*", p. 93 e ss.

¹⁵ *Ibidem*.

desigualmente para garantir maior equilíbrio. Assim sendo, a justiça pode ser considerada o meio termo, o ponto de equilíbrio entre a igualdade e a liberdade.

4. A dignidade da pessoa humana como fundamento do direito

Kant já considerava o homem como um fim e si mesmo. Isto porque, o ser humano é dotado de racionalidade e "os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque sua natureza os distingue já como fins em si mesmo, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)".¹⁶

Assim, dignidade é uma "qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim deveriam) em meta permanente da humanidade e do Estado de Direito".¹⁷

O princípio da dignidade da pessoa humana é difícil de ser definido, pois o conteúdo de sua noção é vago, aberto e reclama constante concretização. Embora todos tenham uma ideia implícita do que é considerado dignidade para uma pessoa, ainda assim, persiste a dificuldade de explicitar tal noção.¹⁸

Ana Paula de Barcelos desenvolve uma teoria que compreende o estabelecimento do "consenso mínimo" do conteúdo de tal princípio. Com efeito, o "mínimo existencial" de tal princípio "compreende quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça".¹⁹

A dignidade da pessoa humana deve ser considerada atingida sempre que o

¹⁶ Apud Ingo Wolfgang SARLET, "A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais", p.33.

¹⁷ Ibidem, p. 27.

¹⁸ Ibidem, p. 40

¹⁹ "A eficácia Jurídica dos princípios fundamentais - O princípio da dignidade da pessoa humana", p. 258 e ss.

homem for rebaixado a condição de objeto, tratado como uma coisa, sendo desconsiderado como sujeito de direitos.

5. Conclusão

Diante do exposto, impõe-se observar que o estudo da história do direito é importante para conhecer a organização da sociedade e entender como se chegou à situação atual. Aliás, a história do direito, é a própria história da sociedade.

Além disto, é possível projetar futuras possibilidades de mudanças e entender que a situação atual não será eterna, nem o fim da história. A sociedade está em constante modificação. Os acontecimentos sociais vão influenciar a forma de organização da sociedade, vale dizer: o Direito. Assim sendo, para ele ser entendido deve ser feito um estudo dos valores existentes em cada época e contextualizar a legislação existente com um estudo histórico.

Na atualidade, não basta um estudo puro da lei e do ordenamento jurídico. O Direito se aproximou da filosofia, da sociologia, da ética, da ciência política e da história.

Na sociedade pós-globalização, o Estado ocupa o papel de regular as atividades privadas, seja proibindo certas atividades danosas à sociedade, seja estabelecendo limites à atuação particular.

Com a Constituição incorporando valores do direito privado e o direito privado sendo influenciado pelo direito público, houve diminuição na importância da divisão estanque entre os ramos jurídicos. O estudo do Direito na pós-modernidade deve se desapegar do formalismo, considerar outras áreas do saber para formular suas conclusões e, acima de tudo, ter na dignidade da pessoa humana a verdadeira razão do direito existir.

Referências:

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANSIER-ANDIEU, Louis, *O Direito nas sociedades humanas*. Tradução Maria Ermantina Galvão, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6^a e., Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

_____. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

_____. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, Lisboa: Calouste Gulbekian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6^a e, Coimbra: Almedina, 1993.

CARRIÓ, Genaro R. *Los derechos humanos y su protección*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1990.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DALARI, Dalmo. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1989.

DUWORKIN, Ronald. *Os direitos levados a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

ESPÍNDOLA, Rui Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: RT, 2002.

FACHIN, Luis Edson. *Repensando fundamentos do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2001.

FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Tradução para o espanhol de Luis Sancho Mendizábal. Madrid: Editorial Reviste de Derecho Privado. 1969.

FLOREZ-VALDEZ, Joaquim Arce. *Los principios generales del Derecho y su formulacion constitucional*. Madrid: Civitas, 1990.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. Petrópolis: Vozes, 2000.

_____. *Microfísica do poder*. 16ª. e., Rio de Janeiro: Graal, 2001.

_____. *A Verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro:

GAVAZZONI, Aluisio. *História do Direito, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005.*

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbekian, 2001.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Safe, 1991.

JEANNEAU, Benoit, *Droit Constitutionnel et institutions politiques*, Paris: Dalloz, 1978.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, tradução João Batista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENTZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, tradução José Lamego. 3ª e., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Tradução para o espanhol Alfredo G. Anabitarte, 2ª e., Barcelona: Ariel, 1983.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História, São Paulo: Atlas, 2008.*

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, Coimbra: Coimbra, 1993.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. 23ª. e., São Paulo: RT, 1995.

MORRIS, Clarence (org.). *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e os tratados internacionais*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4ª e., São Paulo: Saraiva, 1988.

-
- _____. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- RIBEIRO, Marcus Vinicius. *Direitos humanos e fundamentais*. 2. ed. Campinas: Russell, 2009.
- _____. *Direitos humanos*, São Paulo: Montecristo, 2011.
- _____. *História do Direito*, Charlesrton-EUA:CreateSpace, 2011.
- ROUSSEAU, Dominique. *Les libertes individuelles et la dignité de la persone humaine*. Paris: Montchrestien, 1998.
- ROUSSEAU, Jean Jaques. *Do Contrato Social*. Tradução Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*, 2ª. Edição, São Paulo: Cortez, 2008.
- SARLET, Ingo Wofgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª e., São Paulo: Malheiros, 1992.
- TELLES JÚNIOR. Goffredo. *Iniciação na ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- WEBER, Max. *Conceitos sociológicos fundamentais*. Lisboa: Edições 79, 1997.

A PROVA DA UNIÃO ESTÁVEL À LUZ DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

*Teresa Cristina Nascimento Mazzotini*¹

A união estável é vulgarmente conhecida como sendo uma “união conjugal” sem casamento; portanto informal. A informalidade é a essência da união estável.

Muitos casais optam pela união estável por conta desta informalidade; diferentemente do que ocorre com o instituto do casamento, em que os pretensos noivos devem cumprir fielmente os requisitos legais para alcançarem seus objetivos conjugais.

Os casais que vivem juntos como se casados fossem, sem que haja, entretanto casamento no “papel passado” constituem a entidade familiar denominada união estável. Antigamente, essa união entre pessoas não era vista como uma forma de constituição de família; tinha natureza simplesmente obrigacional e era equiparada à relação entre dois sócios (sociedade de fato) que se uniam para atingir um fim comum, independentemente de elos afetivos.

O objeto do presente ensaio consiste em uma breve reflexão, sem pretender exaurir o assunto, acerca da comprovação da existência da união estável sob a égide da legislação atual.

Inicialmente, cumpre observar os fundamentos e conceitos básicos pertinentes ao instituto da união estável para, então, alcançar a finalidade do presente trabalho, qual seja: a prova da união estável.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 3º, deu nova roupagem à família, inserindo a união estável na condição de entidade familiar, vejamos:

Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

¹ Advogada, especialista em Direito Processual Civil pela PUCCAMP e professora de Direito Civil no Curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta), em Jundiá (SP).

Ato contínuo, o artigo 1.723 do Código Civil de 2002, procurou ser claro no sentido de fixar os requisitos básicos, e conceituais, para a caracterização do instituto da união estável: *“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”*. Ou seja, para a caracterização da união estável é necessário que exista diversidade de sexo, convivência/estabilidade e *intuitu familiae*.

Extrai-se, inicialmente, que a convivência do casal é uma simples situação de fato que, com decorrer do tempo, vai se consolidando na intenção de constituição de família, até que se torna pública, contínua e duradoura. Para o legislador, não basta apenas a convivência pública, contínua e duradoura, é necessário que o casal tenha a intenção de constituir uma família, que se torna realidade somente com o decorrer do tempo.

Destaca-se que não analisaremos, nem desenvolveremos o debate acerca dos requisitos básicos supracitados, pois se assim fosse, estaríamos nos distanciando do objeto do presente trabalho, qual seja, a comprovação da união estável à luz dos negócios jurídicos.

Nos termos da dicção do artigo 1.725 do Código Civil de 2002, *“na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”*.

Nota-se que o legislador, de forma sucinta e precária, fala em *“contrato escrito entre os companheiros”*; todavia, o objeto imediato normativo que se busca atingir é a definição da relação patrimonial dos companheiros, ou seja, do regime de bens que melhor lhes aprouver, pois na omissão, aplica-se o regime oficial da comunhão parcial de bens.

Afora a questão da determinação do regime de bens pelos companheiros, é certo que a união estável se prova por contrato escrito celebrado entre os conviventes ou por intermédio da ação judicial declaratória de constituição da união estável.

O uso da ferramenta judicial é o meio mais seguro para se declarar a existência de uma união estável, uma vez que o juiz analisa os elementos do quadro fático

apresentado pelos companheiros e os subsumi nos requisitos dispostos no artigo 1.723 supramencionado; promovendo a construção do ato-fato jurídico. Neste caso, a prova da união estável seria a certidão da sentença judicial.

Por outro lado, na esfera administrativa ou particular, quando os companheiros optam por celebrar um contrato particular de união estável, surgem os percalços; uma vez que faculta-se aos conviventes as seguintes alternativas: lavratura de escritura pública de união estável perante tabelionato de notas; celebração de contrato particular de união estável, que pode, neste caso, ser levado a registro perante o tabelionato de títulos e documentos; celebração de contrato particular de união estável, sem qualquer registro, mas com o reconhecimento da firma dos contratantes; ou, ainda, celebração de contrato particular de união estável, sem qualquer formalidade estabelecida pelas partes (contratantes/conviventes).

Em qualquer das hipóteses acima descritas, a insegurança jurídica é latente, pois nem o tabelião, nem os contratantes (conviventes) analisam os requisitos dispostos na norma civil atinentes à configuração da união estável. Em outras palavras, o tabelião ou os conviventes apenas celebram um negócio jurídico, demonstrando documentalmente a existência de uma sociedade de fato, sem proceder ao fenômeno da subsunção supramencionado. Neste caso, a prova da união estável recairia sobre algum dos documentos acima relacionados, em atenção à opção eleita pelo casal.

Por outro lado, a utilização da forma pública (escritura pública) garante maior segurança para as partes, pois além da fé pública impressa ao documento confeccionado pelo Tabelionato de Notas, o tabelião aconselha de forma imparcial os contratantes e os previne das consequências dos atos, bem como garante a autenticidade do documento, como ainda, conserva os originais de forma perpétua.

Nota-se que a exigência da escritura pública, como forma de comprovar a existência da união estável, pelas entidades públicas e particulares para a celebração e negócios jurídicos vem se intensificando, senão vejamos.

A ANS publicou a Súmula Normativa nº 12/2010², que prevê a possibilidade da inclusão do companheiro/companheira no plano assistencial do titular:

² <http://www.ans.gov.br/legislacao/busca-de-legislacao>

Considerando os princípios dispostos no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente o da igualdade (art. 5º, caput), o da proibição de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), o da liberdade (art. 5º, caput) e o da proteção da segurança jurídica;

Considerando o disposto no inciso II, do artigo 4º da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000; e

Considerando as definições de grupo familiar previstas no artigo 5º, §1º, inciso VII, e no artigo 9º, §1º, da RN nº 195, de 14 de julho de 2009: Resolve:

Adotar o seguinte entendimento vinculativo:

1 - Para fins de aplicação à legislação de saúde suplementar, entende-se por companheiro de beneficiário titular de plano privado de assistência à saúde pessoa do sexo oposto ou do mesmo sexo.

Contudo, referida normativa não definiu qual documento deve ser exigido para a inclusão do dependente/companheiro no plano de saúde; atribuindo tal encargo às operadoras de planos de saúde, a saber:

As disposições legais e constitucionais que protegem a união estável entre homem e mulher aplicam-se, por analogia, à união estável homossexual. Sendo assim, serão observados os mesmos requisitos para admissão, na qualidade de dependente, de companheiro ou companheira que comprove união estável com o titular do plano. Caberá às operadoras de planos de saúde a definição da forma de comprovação a ser apresentada pelos interessados.³

Assim sendo, é provável encontrar operadoras de planos de saúde exigindo apenas a escritura pública de união estável, ou o contrato particular de união estável, ou, ainda, a sentença declaratória de união estável para a inscrição do beneficiário/convivente no plano de saúde. O certo é que, cada operadora de plano de saúde pode eleger documento hábil capaz de comprovar da existência do vínculo relacional havido entre o beneficiário titular e seu dependente/companheiro.

³ <http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/430-parceiro-de-titular-de-plano-de-saude-e-dependente>

O Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS, para fins de pagamento do benefício previdenciário - pensão por morte - do convivente falecido, já exigia que o convivente sobrevivente apresentasse, no mínimo, três dos documentos relacionados no artigo 22, par. 3º do Decreto 3048/99, como forma de comprovar a existência do vínculo convivencial. Recentemente, a Medida Provisória nº 664⁴, de 30/12/2014, salvo as exceções, passou a estipular que só receberá a pensão o companheiro ou companheira quem estiver em união estável há, pelo menos, dois anos antes do óbito do instituidor do benefício, a fim de evitar o recebimento do benefício previdenciário por “conviventes oportunistas”. Ou seja, o governo acaba de tornar mais rigoroso o acesso dos dependentes (conviventes) aos benefícios previdenciários:

Art. 74.

§ 1º Não terá direito à pensão por morte o condenado pela prática de crime doloso de que tenha resultado a morte do segurado.

§ 2º O cônjuge, companheiro ou companheira não terá direito ao benefício da pensão por morte se o casamento ou o início da união estável tiver ocorrido há menos de dois anos da data do óbito do instituidor do benefício, salvo nos casos em que:

I - o óbito do segurado seja decorrente de acidente posterior ao casamento ou ao início da união estável; ou

II - o cônjuge, o companheiro ou a companheira for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade remunerada que lhe garanta subsistência, mediante exame médico-pericial a cargo do INSS, por doença ou acidente ocorrido após o casamento ou início da união estável e anterior ao óbito. (grifamos)

Portanto, assim como o governo federal busca a segurança jurídica necessária, estabelecendo critérios e requisitos para a comprovação da união estável, não resta outra alternativa aos demais entes, senão fazer o mesmo.

O presente artigo buscou, de forma breve e sem esgotar o assunto, refletir e demonstrar que, diferentemente do que ocorre no casamento, na união estável a comprovação do início e término convivencial, para fins de celebração de negócios jurídicos, depende de prova documental fruto de documento administrativo/cartorial, escrito particular entre os companheiros ou sentença judicial.

⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm

Referências:

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. Da União Estável como Entidade Familiar. *Revista dos Tribunais*, vol. 667, p. 17, maio/1991.

LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. União Estável: reflexos sobre o registro civil e o registro de imóveis. *Revista dos Tribunais*, vol. 768, p. 123, outubro/1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

www.ans.gov.br/legislacao/busca-de-legislacao, acessado em 17/01/2015.

www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/430-parceiro-de-titular-de-plano-de-saude-e-dependente, acessado em 17/01/2015.

www.draclaricemauro.jusbrasil.com.br/artigos/111680546/a-prova-da-uniao-estavel-perante-o-inss, acessado em 20/01/2015.

www.mariaberenicedias.com.br/pt/jurisprudencia-uniao-estavel.dept, acessado em 20/01/2015.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Mpv/mpv664.htm, acessado em 17/01/2015.

A OPÇÃO PELA MILITARIZAÇÃO DA SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

*Luís Antônio Francisco de Souza*¹
*Thaís Battibugli*²

Resumo

O Brasil ainda não restabeleceu completamente a normalidade democrática em todas as suas principais facetas, não obstante já conviver com os princípios da democracia formal e do estado democrático de direito em sua dimensão jurídica. O país ainda não conseguiu levar para parcelas importantes da população os princípios consagrados em suas constituições de justiça, paz e desenvolvimento com equidade. Diante de tantas incompletudes, o enfrentamento da escalada da violência, da criminalidade, do crime organizado e da desestrutura urbana aciona a opção pela militarização da segurança. Esta parece ser a tendência atual que merece ser discutida no presente artigo.

Palavras-chaves: segurança, polícia, polícia militar, militares, forças armadas.

Introdução

Em agosto de 2010, o governo do presidente Lula sancionou lei que atribui poder de polícia para as Forças Armadas. Os militares poderão fazer atividades policiais como revistar pessoas, veículos, embarcações, bem como poderão deter pessoas consideradas suspeitas em áreas de fronteira. Forças militares brasileiras têm desempenhado papel importante na estabilização social e política do Haiti, presença reforçada recentemente em razão do terremoto que assolou o país em janeiro de 2010. A população urbana do país clama por intervenção militar nos morros e favelas dominados

¹ Doutor em Sociologia, Universidade de São Paulo (USP). Professor Adjunto, Universidade Estadual Paulista, Unesp, Marília.

² Doutora em Ciência Política, Universidade de São Paulo (USP). Professora do curso de Direito do Centro Universitário Padre Anchieta..

pelo tráfico de drogas e assolados pela violência de traficantes, milicianos e policiais. A política de ocupação dos territórios dominados pelo tráfico e a implantação das Unidades de Polícia Pacificadora (UPP), no Rio de Janeiro, respondem a esta demanda por “militarização do campo social” (Fleury, 2012). A segurança dos grandes eventos internacionais está sendo planejada e conta com a presença ostensiva das Forças Armadas. A Polícia Militar, principal corporação policial do país, responsável pelo policiamento ostensivo e preventivo, é organizada militarmente e continua subordinada, em última instância, ao Exército brasileiro (Zaverucha, 2005; Aguilar, 2012). Estaremos diante de nova onda de militarização da segurança pública no Brasil?

A discussão mais evidente sobre a militarização refere-se à definição dos crimes cometidos pelos policiais militares, em funções de policiamento, como crimes militares e, portanto, como transgressões disciplinares, submetidas a um código, a processo e a justiça militar próprios. O debate é amplo, mas em síntese, os crimes cometidos por policiais militares contra civis seriam tratados com mais complacência do que os crimes propriamente disciplinares. Este sistema seria responsável pelo desrespeito aos direitos dos cidadãos e daria suporte às práticas violentas dos policiais na sociedade brasileira. Mas a militarização é fenômeno mais amplo e refere-se ao processo de adoção de modelos, doutrinas, procedimentos e pessoal militares em atividades de natureza civil (Zaverucha, 2005 e 2010). Neste sentido, militarização da segurança não é fenômeno novo (Rosemberg, 2010).

Na doutrina, polícia e exército detêm o monopólio estatal da força física por meio do uso autorizado e legal da arma. Entretanto, embora a autorização para o uso da força seja uma característica fundadora destas duas instituições, é importante ressaltar que a polícia é caracterizada pela ausência do uso sistemático da força enquanto que o exército preconiza o uso da arma como instrumento dissuasório por excelência. Além do mais, a doutrina, armamento, instrução e treinamento da Polícia e do Exército são distintos. Em termos de concepção e de prática, a polícia não deve aprender nem usar táticas de guerra, assim como o Exército não deve ensinar ou usar técnicas de policiamento em contextos urbanos, por exemplo. Mas, em países como o Brasil, estas competências policiais e militares não estão claramente definidas. A segurança pública se confunde com a segurança nacional. O país adotou modelo de polícia que ainda está

fortemente atrelado à defesa do Estado, da propriedade privada e não à defesa do cidadão. É um modelo híbrido no qual convivem uma polícia investigativa de caráter civil e uma polícia preventiva de caráter militar, como uma espécie de legado dos anos da ditadura. No Brasil, “o processo de policialização das Forças Armadas ocorre simultaneamente ao de militarização da Polícia (Zaverucha, 2005: 19)”.

Nos debates atuais sobre a definição de polícia e policiamento, não é mais e tão somente o uso da força que define a noção e a prática de polícia. Esta definição mantém a proximidade conceitual da polícia e do exército. A distinção entre polícia e forças armadas é feita na medida em que a primeira caracteriza-se pelo uso da informação, pela interdição do uso sistemático da força, corporificada na arma de fogo e pelo contato com o cidadão, destinatário de seus serviços (Ericson & Haggerty, 1997; Bayley, 2006). A segunda caracteriza-se pelo monopólio da força, pelo uso da arma de fogo como modelo de dissuasão e de desativação das ameaças e pelo isolamento em relação ao contexto do entorno de sua atuação. Mas este é um debate teórico, na prática das instituições e das estratégias de governo há muita ambigüidade que, evidentemente, nos alerta para problema ainda não totalmente resolvido nas jovens democracias continentais (Bayley, 2001; Lima, 1995).

As experiências de intervenção do Exército, ou das instituições militarizadas, na segurança apontam para a persistência dos casos de violência e de ineficácia; de intolerância à diversidade e à pluralidade no interior da organização militar; resistência ao controle civil sobre a força e falta de *accountability* externo (Santos, 2011; Cardoso, 2012; Fleury, 2012).

1. A sociedade do controle

Do ponto de vista teórico, Hannah Arendt lembra que violência (força) e poder não podem nem devem ser confundidos. O uso da força tem como implicação a redução do poder (autoridade) e o uso do poder diminui a força e a violência. Em outros termos, o que define o mundo político não é a violência (a força usada por poucos contra uma maioria), mas sim o poder (uso legítimo da força em circunstâncias de legitimidade). Portanto, para a autora, e expandindo um pouco seus argumentos, as instituições da

guerra devem ser desmobilizadas em contexto de pacificação social, e substituídas por instituições jurídicas e sociais. Neste sentido, não haveria espaço para ambiguidade entre forças militares e forças civis na manutenção da ordem social interna e na consecução dos objetivos político-jurídicos de equidade e justiça (Arendt, 2009).

As novas tecnologias de poder caminham na direção de um governo da população e da administração da vida. Nesse sentido, estamos em face de processo histórico, que ainda não se completou (Foucault, 2008). Este processo pode ser designado claramente pela incursão da vida e da política no âmbito da segurança, no que podemos designar de sociedade punitiva ou sociedade de controle. Ao mesmo tempo em que as sociedades ocidentais avançadas entram em crises econômicas sem precedentes, na esteira do desmantelamento do antigo modelo do Estado de Bem-Estar Social, há investimento privado e público na dimensão do controle social pela via das altas taxas de encarceramento, reforçando a obsessão por segurança e por punição (Garland, 2008; Wacquant, 1999).

David Garland (2008) nos dá bom balanço dos dilemas da sociedade capitalista contemporânea em termos dos mecanismos e dos custos sociais da punição e controle. Segundo o autor, estamos vivendo numa nova cultura do controle do crime. Nos últimos 30 anos, vivenciamos crise sem precedentes do sistema penal do estado social. Ocorreu a expansão das estratégias de controle do crime na modernidade tardia que conciliam as respostas ao crime na direção do endurecimento da pena e disseminação de mecanismos sutis de controle social. Esta é uma sociedade com altas taxas de criminalidade, com desinvestimento público em políticas sociais e com a sensação de que as instituições tradicionais da área da justiça criminal estão em crise profunda.

A segurança interna dos Estados Nacionais, no mundo ocidental, foi construída como extensão do militarismo. As forças de vigilância e o policiamento rural e urbano foram extensão das funções das organizações militares. A segurança interna pode ser compreendida como extensão da guerra pelos meios da violência, mas também por outros meios, como é o caso da justiça.

2. A polícia no Brasil e a Constituição de 1988

A responsabilidade pelas forças policiais brasileiras, com exceção da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal e da Polícia dos Portos, é dos Estados Federados. As polícias respondem aos governadores dos Estados. As Assembléias Legislativas estaduais são responsáveis pela definição de seus regulamentos, da aprovação dos efetivos, do orçamento e das principais funções legais das forças policiais, mas os comandantes e os delegados-gerais têm importante autonomia para definir suas prioridades e políticas. Como a segurança no Brasil ainda é vista como questão de Estado, o processo de *agenda setting* ainda é cercado de obscuridades e inconsistências. A Constituição Federal de 1988, constitucionalizou o modelo tripartite da estrutura policial brasileira: Polícia Federal, Polícia Civil e Polícia Militar, com as Forças Armadas como garantia de que o sistema não ultrapassará seus limites (Fontoura et al, 2009; Souza Neto, 2008).

De toda forma, a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história brasileira, vai dedicar um capítulo à segurança pública. Como afirma Jorge Zaverucha, “a Constituição de 1988 nada fez para devolver à Polícia Civil algumas de suas atribuições existentes antes do início do regime militar”, o que contribuiu para que hoje esteja “consolidada a militarização da área civil de segurança” (2005: 75-76). Paulo Sérgio Pinheiro é mais enfático ao afirmar que a Constituição de 1988 reiterou a organização dos aparelhos repressivos formulada durante a ditadura: a Constituinte reescreveu o que os governos militares puseram em prática. Não há transição, mas plena continuidade (Pinheiro, 1991, p. 51).

Mas o debate sobre a militarização da segurança pública não se esgota por aí. Os municípios, que historicamente já tiveram sua cota de responsabilidade na área da segurança, desde a Constituição de 1988 passaram a ter a prerrogativa de criar suas guardas policiais. Na Constituição, entretanto, os municípios poderiam criar guardas apenas para ajudar na fiscalização de serviços públicos e na proteção de patrimônios municipais. Mas, desde então várias cidades brasileiras vêm formando seus pequenos exércitos de policiais armados, muitos dos quais carregando poderes de polícia ou auxiliando as polícias em funções essencialmente de combate ao crime (Sento-Sé, 2005). O efetivo de policiais armados vem crescendo acompanhando a pressão

mediática por mais segurança e, por que não dizer, acompanhando de perto o crescimento exponencial do mercado privado de segurança.

Embora na última década os crimes de homicídio, cometidos por policiais militares em serviço, sejam passíveis de julgamento pela justiça comum, mediante processo investigatório que se inicia tanto na caserna quanto na delegacia de polícia civil, os policiais militares ainda estão submetidos à justiça castrense. Seus crimes ou desvios são investigados e julgados por meio de mecanismos e comissões disciplinares militares. O policial no seu trabalho civil responde à Corregedoria de Polícia que tem características essencialmente militares e é uma forma de controle disciplinar interno. Nos últimos anos no Brasil as Ouvidorias de Polícia foram criadas, mas estas não têm poder de investigação, resumindo-se a coletar denúncias e encaminhá-las às autoridades processantes. O controle externo das polícias militares ainda é pouquíssimo desenvolvido no país o que dá às polícias militares amplas margens de arbítrio em uma função essencialmente civil que é a da segurança pública. A Constituição Federal de 1988 não alterou o Código de Processo Penal Militar (CPPM) nem a decisão do Supremo Tribunal Federal de 1978, que definiu o foro militar para julgar o policial. Em síntese, quando um policial comete um crime, é aberto inquérito policial militar (IPM), presidido por colega, e o julgamento se dá nos chamados conselhos de sentença, compostos por quatro juízes militares e um juiz togado, sendo que, para ser juiz militar basta ter patente ou posto superior ao do policial que está sendo julgado. Para muitos analistas, esta sem dúvida é receita para a impunidade decorrente de crimes cometidos por policiais militares. Esta situação perpetua as práticas de violência, por um lado, e a falta de confiança da população nos agentes de segurança pública, por outro lado (Zaverucha, 2010; Nóbrega Júnior, 2010; Lima, 2011).

A segurança pública requer políticas de combate ao crime e à violência, e políticas públicas de controle do uso da força são componentes essenciais desta lógica de transformação da segurança em problema cívico e não militar.

3. Militarização

A militarização da segurança, portanto, é problema fundamental das sociedades latino-americanas. Sob o influxo do chamado narcotráfico, do contrabando de armas e de bens, do tráfico de pessoas e do terrorismo, a política norte-americana tem insistido na intervenção direta nos países produtores de drogas, por meio de uma forte militarização do combate, com emprego de armas, helicópteros, técnicos especializados em guerrilhas, pessoal com formação militar etc. A integração latino-americana parece estar sendo pautada pela desconfiança mútua e pelo reforço ao militarismo como vetor de relações internacionais.

Um dos argumentos costumeiramente utilizados para descartar a desmilitarização da polícia no Brasil afirma que esta tese não tem apoio entre os policiais. Entretanto, pesquisa realizada por solicitação do Ministério da Justiça em 2009, para subsidiar os trabalhos da Primeira Conferência Nacional de Segurança Pública assinalam o descontentamento dos profissionais da segurança com a estrutura militarizada. Dos 64.130 profissionais ouvidos, 60% consideram inadequada a vinculação da PM ao Exército. Do total, 65,6% consideram que a hierarquia de sua instituição provoca desrespeito e injustiças profissionais. Entre os policiais militares nos postos mais baixos, 73,3% criticam os efeitos da hierarquia. Destes profissionais, 81% acreditam haver muito rigor em questões internas e pouco em questões que afetam a segurança pública. A pesquisa ressalta que "as PMs não estão organizadas como polícias, mas como pequenos exércitos desviados de função", e os efeitos desta situação são: precariedade no enfrentamento da criminalidade, dificuldade para exercer controle interno, implicando em elevadas taxas de corrupção, e freqüente insensibilidade no relacionamento com os cidadãos (Soares; Ramos; Rolim, 2009).

Nas nossas atuais sociedades complexas e dinâmicas, o problema da militarização da segurança, portanto, dever ser colocado em perspectiva. Identifico três aspectos correlacionados para que possamos compreender o problema e colocá-lo em perspectiva analítica. Em primeiro lugar, o exército, e as forças armadas de uma forma mais ampla, penetram profundamente na organização das polícias militares, mantendo as forças sob sua autoridade. Os estudos de Zaverucha (2010) exploram estas permanências e apontam para suas consequências de democracia ainda tutelada pelos militares.

Em segundo lugar, a estrutura e organização das polícias militares continuam sendo feitas segundo o modelo e a disciplina militares; a força militar continua sendo essencialmente aquartelada; há baixo grau de *accountability* e controle social; nas academias há pouco treinamento específico de caráter essencialmente policial; a formação continua fortemente militar; linha hierárquica muito forte e pouco flexível; sistema de duplo ingresso na carreira policial; os praças têm baixíssima possibilidade de vir a compor a elite da força policial (Lima, 2011).

Em terceiro lugar, o próprio exército começa cada vez mais acentuadamente a assumir, sob pressão popular e sob acordos internacionais, papéis de policiamento. Os exemplos são diversos e não é necessário nos alongar muito. O Exército foi chamado para prestar segurança na conferência da ONU para o meio-ambiente, a Eco 1992; em várias oportunidades, o exército interveio em ações nas favelas do Rio de Janeiro; o exército foi chamado para dar conta da segurança nas greves da polícia dos anos 1997; o exército garantiu segurança durante a realização dos Jogos Panamericanos do Rio de Janeiro em 2007; teve e continua tendo papel na viabilização dos projetos de construção e reforma de moradias e de acessos às comunidades do Rio de Janeiro, dentro do Plano de Aceleração do Crescimento (PAC); o Exército tem papel destacado nas missões de estabilização da ONU no Haiti. Os militares destacados para esta missão em particular eram treinados pela polícia para lidar com contexto de guerrilha urbana e ameaças de gangues de jovens (Brito y Barp, 2005; Mariano y Freitas, 2002; Fontoura, 2005).

Na Copa das Confederações de 2013, formou-se operação militar de defesa com 23 mil militares a custo de 710 milhões de reais (O Estado de S. Paulo, 15 de jun. 13). Durante a Jornada Mundial da Juventude, da Igreja Católica, mais uma vez os militares foram chamados, agora para a segurança do Papa Folha de São Paulo, 09 de jul. 2013. Durante a onda de protestos da população em junho de 2013, os militares fizeram a segurança dos principais prédios do governo em Brasília (Correio Braziliense, 21 de jun. 2013; Folha de S. Paulo, 21 de jun. 2013; O Estado de S. Paulo, 20 de jun. 2013).

Em 2014, os militares atuaram ostensivamente na segurança pública interna durante a realização da Copa do Mundo. A segurança da Copa foi coordenada pelo Ministério da Justiça com apoio do Ministério da Defesa e foi dividida em três eixos: o Eixo Segurança, coordenado Secretaria Extraordinária de Segurança para Grandes

Eventos do Ministério da Justiça (SESGE/MJ), criada em 2011, é responsável pela coordenação dos órgãos envolvidos na segurança pública e na defesa civil da União, Estados e Municípios; o Eixo Defesa, integrado pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, e o Eixo Inteligência, integrado pela Agência Brasileira de Inteligência e pelo Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República. O governo federal investiu cerca de 1,17 bilhão de reais em equipamentos e capacitação das forças de segurança, que reuniram aproximadamente 180 mil homens, dentre os quais, 100 mil policiais, 60 mil militares, 20 mil profissionais da segurança privada. Coube às Forças Armadas a atribuição de defesa do espaço aéreo e marítimo, de fronteiras, guardas das infraestruturas críticas, defesa em ataques com armas químicas, biológicas, radiológicas e nucleares (QBRN) e ações de contraterrorismo. Em cada Estado com cidade-sede da Copa havia uma força de contingência do Exército, em média com 3 mil homens, de prontidão para restabelecer a ordem sob comando de general, que atuaria caso o governador do respectivo Estado solicitasse à Presidência da República. Dessa forma, o tema da policialização das forças armadas merecerá dos pesquisadores mais atenção e pesquisa nos próximos anos (Portal da Copa, 2014a; Portal da Copa, 2014b; SESGE, 2014; Castro, 2014).

Portanto, a sociedade brasileira precisa encontrar o caminho da reforma policial e da construção de políticas de segurança pública que impliquem num novo modelo de gestão da segurança e do crime, que passem pela defesa incondicional de direitos humanos e de qualidade de vida para parte fundamental da população (Silva, 2008; Soares, 2000). A desmilitarização progressiva da segurança possui vários caminhos: a) descentralização do trabalho das polícias militares, o que facilita a integração com as polícias civis; b) inovação organizacional, com novas modalidades de policiamento; c) novas formas de relação entre autoridade pública e questão social, evitando a criminalização da pobreza e dos movimentos sociais; d) redução das tensões entre oficialato e tropa (Ratton, 2009).

A desmilitarização, mesmo por caminhos tortuosos, pode ser obtida tendo em consideração a necessidade de a) desconstitucionalizar a questão – cada estado poderia implantar o melhor arranjo, sendo possível haver polícias de ciclo completo, tanto civis como militares; b) regulamentar o § 7º do Art. 144, para que se promova melhor

divisão de tarefas, se maximize a cooperação e se minimizem as disputas; c) desmilitarizar as polícias e criar polícias de ciclo completo civis; d) criar polícias de ciclo completo militares; ou, ainda, e) implantar polícias organizadas por circunscrição geográfica ou por tipo de crime. Adicionalmente, deve-se discutir a ampliação do papel das guardas municipais para que passem a desempenhar funções de proteção do cidadão e de policiamento ostensivo, nos moldes das polícias de proximidade (Zaverucha, 2010).

A proposta encampada na Proposta de Emenda Constitucional nº 51 (PEC51), concebe política de segurança em ciclo completo, desmilitarizada e de carreira única pode ser considerada um passo difícil, mas importante na construção de uma polícia que faça jus aos anseios da sociedade brasileira contemporânea (Senado, 2014; Soares, 2014).

Considerações finais

Polícia e segurança pública são temas e conceitos muito vastos. Temos a tendência a conceber estas questões de forma restritiva pela via do combate ao crime e do direito penal-punição e não num senso mais amplo de gestão e governança públicas. Nos anos 1990, houve um renovado ânimo para discutir polícia no Brasil a partir da proposta de unificação das duas polícias estaduais (estranhamente estas discussões nunca colocam a Polícia Federal na equação). Mas o debate chegou a um *dead-end*. Talvez hoje seja o caso de retomá-lo a partir de uma análise mais ampla sobre os benefícios da desmilitarização da segurança. As festejadas experiências cariocas das Unidades de Polícia Pacificadora (UPP), por exemplo, são importantes iniciativas de pacificação dos espaços sociais urbanos na medida em que introduzem a chave do policiamento de proximidade e permanente nas comunidades antes dominadas pelos traficantes e pelas milícias. Mas elas ainda estão fortemente atreladas ao modelo militar da ocupação territorial e os policiais estão sempre esperando o momento em que a ordem de cima venha para a sua desmobilização.

Aparentemente, o problema não é o militarismo *per se*, pois é possível criar estruturas militares responsáveis e mais transparentes. O problema é que o militarismo,

no modelo existente no país, fecha o campo da segurança para outros modelos e outras possibilidades. Além de o militarismo considerar a segurança como um problema de Estado e defesa da soberania, ele reforça a idéia equívoca de que a segurança deve ser dimensão meramente policial, unidimensional de combate aos criminosos de rua, e não um problema que necessita de estratégias amplas e versáteis de políticas públicas.

O problema hoje no Brasil é que não há um modelo de estrutura policial a ser seguido. A unificação e a desmilitarização ainda não cativaram a opinião pública e não são consensuais entre os especialistas em relação aos seus efeitos imediatos. O limite ainda é que a estrutura policial no país está constitucionalizada e qualquer mudança envolve movimentações de grande porte e não garante o resultado final. Por isto muitos pesquisadores estão pensando mais em mudar sutilmente a instituição por dentro e não sua doutrina de segurança nacional, incluindo direitos humanos e disciplinas policiais e de ciências humanas na formação do policial militar, aumentando a exigência de escolarização dos policiais e introduzir novas ideias sobre segurança no debate nacional. Em síntese, o Brasil pode escolher vários caminhos para mudar a segurança pública e a desmilitarização pode ser um passo na direção de sociedade mais justa e de justiça mais adequada às demandas sociais por cidadania, inclusão e respeito.

Referências:

- AGUILAR, Sérgio Luiz Cruz (2012). “Segurança pública e as operações de construção da paz pós-conflitos armados”. *Estudos de Sociologia*. Volume 17 número 33.
- ARENDRT, Hannah (2009). *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- BAYLEY, David (2001). *Padrões de Policiamento*. São Paulo: EDUSP
- BAYLEY, David (2006). *Changing the guard*. Developing democratic police abroad. Oxford: Oxford University Press.
- BRITO, Daniel Chaves; Barp, Wilson José (Org.) (2005). *Violência e Controle Social: Reflexões sobre políticas de Segurança Pública*. Belém: NUMA/UFPA.
- CARDOSO, Marcus. (2012) “Polícia e direitos na visão dos moradores de duas favelas do Rio de Janeiro”. *Estudos de Sociologia*. Volume 17 número 33.
- CASTRO, Vinicius (2014). “Segurança da Copa tem 80 mil homens e elite do exército para emergência”. *UOL Copa*, 10 de jun. 2014. Disponível em: <http://copadomundo.uol.com.br/noticias/redacao/2014/06/10/seguranca-da-copa-tem-80-mil-homens-e-elite-do-exercito-para-emergencia.htm>. Acesso em 10 de jul. 2014

- ERICSON, Richard V. y Haggerty, Kevin D. (1997) *Policing the risk society*. Toronto: University of Toronto Press.
- FLEURY, Sônia (2012). “Militarização do social como estratégia de integração. O caso da UPP do Santa Marta”. *Sociologias*. Número 30.
- FONTOURA, Natália O.; Rivero, P. S.; Rodrigues, R.I (2009). “Segurança Pública na Constituição Federal de 1988: continuidades e perspectivas”. *Boletim de Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise*. Vinte Anos de Constituição Federal. Nº17, vol.3, IPEA, Brasília.
- FONTOURA, Paulo Roberto Campos Tarrisse da (2005). *O Brasil e as operações de manutenção da paz das Nações Unidas*. Brasília: Instituto Rio Branco.
- FOUCAULT, Michel (2008). *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes.
- FOUCAULT, Michel (1999). *Em defesa da sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes.
- GARLAND, David (2008). *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan.
- LIMA, Roberto Kant de (1995). *A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro: Seus Dilemas e Paradoxos*. Rio de Janeiro, Forense.
- LIMA, João Marcelo Maciel de (2011). *Democracia e accountability*. Violência policial e práticas de controle sobre a Polícia Militar no Estado de São Paulo. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais. Unesp, campus Marília.
- MARIANO, B.; Freitas, I. (Org.) (2002). *Polícia: desafio da democracia brasileira*. Porto Alegre: governo do estado do Rio Grande do Sul.
- NOBREGA JR. José Maria Pereira da (2010). “A militarização da segurança pública. Um entrave para a democracia brasileira”. *Revista Sociologia e Política*. v. 18, n. 35.
- PINHEIRO, P. S (1991). “Autoritarismo e transição”. *Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, n. 45.
- PORTAL DA COPA (2014a). Site do Governo Federal Brasileiro sobre a Copa do Mundo da FIFA 2014. *Segurança pública na Copa do Mundo já colhe resultados*. Disponível em: <http://www.copa2014.gov.br/pt-br/noticia/seguranca-publica-na-copa-do-mundo-ja-colhe-resultados>. Acesso em 10 de jul. 2014.
- PORTAL DA COPA (2014b). Site do Governo Federal Brasileiro sobre a Copa do Mundo da FIFA 2014. *Em Brasília, Exército simula operações extremas que podem ocorrer na Copa*. Disponível em: <http://www.copa2014.gov.br/pt-br/noticia/em-brasil-exercito-simula-operacoes-extremas-que-podem-ocorrer-na-copa>. Acesso em 10 de jul. de 2014
- RATTON, José Luiz (2009). Entrevistas sobre militarização da polícia no Brasil ao site *Comunidade Segura*, 2009. <http://www.comunidadesegura.org/pt-br/node/43209/73272>
- REINER, Robert (1992). *The Politics of the Police*. Londres: Harvester Wheatsheaf.

ROSEMBERG, André (2010). *De chumbo e festim. Uma história da Polícia paulista no final do Império*. São Paulo: Edusp.

SESGE (2014). *História*. Disponível em http://sesge.mj.gov.br/?page_id=2267. Acesso em 10 de jul. de 2014.

SANTOS, Daniel dos (2011). “A militarização da justiça e a defesa da democracia”. *Dilemas*. Revista de Estudos de Conflito e Controle Social. Número 1 Volume 4.

SENADO FEDERAL (2014). *Projetos e matérias legislativas*. Disponível em: http://www.senado.leg.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114516. Acesso em 10 de jul. 2014.

SENTO-SÉ, J. T. (Org.) (2005). *Prevenção da violência: o papel das cidades*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SILVA, L. A. M. (Org.) (2008). *Vida sob cerco: violência e rotina nas favelas no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: FAPERJ, Nova Fronteira.

SOARES, Luiz Eduardo; Ramos, Silvia; Rolim, Marcos (2009). *O que pensam os profissionais de segurança pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Senasp

SOARES, L. E (2000). *Meu casaco de general: quinhentos dias no front da segurança pública do Rio de Janeiro*. São Paulo: Companhia das Letras.

SOARES, Luiz Eduardo (2014). *PEC-51: revolução na arquitetura institucional da segurança pública*. Disponível em: <http://www.luizeduardosoares.com/?p=1185>. Acesso em 10 de jul. 2014.

SOUZA NETO, C. P (2008). “Segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas”. *Atualidades Jurídicas* (Revista eletrônica da OAB), n. 1, Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1205505974174218181901.pdf>.

WADDINGTON, P. A. J (1999). *Policing Citizens: Authority and Rights*. Londres: UCL Press.

ZAVERUCHA, J. (2005) *FHC, forças armadas e polícia: entre o autoritarismo e a democracia, 1999-2002*. Rio de Janeiro: Record.

ZAVERUCHA, J. (2010) “A doutrina da garantia da lei e da ordem e o crescente envolvimento das Forças Armadas”. LIMA, Roberto Kant et al. *Conflitos, direitos e moralidades em perspectiva comparada*. Volume II. Rio de Janeiro: Garamond.

CIDADANIA E ACESSO À JUSTIÇA

*Ricardo Rodrigues Gama*¹

1. Introdução

Na combinação da cidadania com o acesso à justiça, a complexidade direcionada aos temas individualizados já exigem profundidade de pesquisa para afastar incoerências, desacertos, ambiguidades e equívocos, todos imperdoáveis numa proposta séria de desbravamento do conhecimento jurídico.

É legítima a pretensão dos modelos de cidadania desenvolvidos pelos gregos e pelos romanos, isso sem deixar de lado os fatos que deram suporte ao surgimento da cidadania compreendida como contemporânea. Isso nos remete à Revolução Francesa e à independência dos Estados Unidos, com um resgate da participação grega como cidadania. Mas recentemente, as duas grandes guerras mundiais assustaram os mais pessimistas sobre o futuro do próprio planeta Terra.

Dessa forma, transpostos os horrores das atrocidades praticadas na 2ª Guerra Mundial, os estados europeus assumiram o constitucionalismo cercado de direitos fundamentais e com a perspectiva única de democracia. Tempos depois, outros continentes seguiram o exemplo e a globalização dos ideais democráticos foi combinada com o estado de direito, figurando o estado como assegurador do exercício de tais direitos de forma absoluta. De forma incondicional, todos devem respeitar os direitos fundamentais, apontando o estado como um dos principais alvos da proteção. O Brasil rompeu com o regime militar somente na década de 1980 e abriu espaços para a consagração e respeito dos direitos humanos somente com a Constituição Federal de 1988. Entre as dificuldades da assimilação dos direitos fundamentais para o

¹ Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas-SP, Mestre em Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos pela UNIMEP de Piracicaba-SP, Professor do Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta) de Jundiaí-SP, advogado e membro da Academia Jundiaense de Letras Jurídicas.

constitucionalismo nas democracias em curso na consolidação, como se dá com os estados latino-americanos, o acesso à justiça desponta em grau de dificuldades por conta da estrutura ditatorial que vigorava no Brasil e em outros estados que lhes avizinham.

Ao ingressar na democracia, alimentados pela ideia de compartilhamento do poder constituinte, a Constituição Federal de 88 recebeu o apelido de *Constituição Cidadã*, isso quando da apresentação ao povo pelo presidente da constituinte Ulisses Guimarães. Acentue-se que, no preâmbulo da Constituição, há referência ao caráter representativo dos constituintes na instituição de estado democrático de direito, no qual se assegurou o exercício dos direitos individuais e o posicionamento da igualdade e da justiça como valores supremos, com a solução pacífica das controvérsias².

A cidadania apresenta-se como gênero, da qual o acesso à justiça figura como espécie, mas isso não tira o brilho dos dois temas aqui reunidos, uma vez que o empecilho criado no exercício do direito vai colocar o cidadão em vias de ter a sua causa apreciada e julgada pelo órgão do poder judiciário. Mas não é somente isso que acontece e, para tanto, basta observar que o próprio acesso é uma dimensão da cidadania e deve ser aplicada a todos os casos em que o cidadão necessitar da intervenção do judiciário. Para posicionar bem o tema, o acesso à justiça apresenta-se como um dos direitos da cidadania, postado pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, consistente na via de exercício da garantia de direito fundamental e exercício da cidadania no tocante ao direito de provocar o judiciário para tratar de causa que reclama a intervenção deste.

2. Cidadania

2.1. Origem da Cidadania

² É correto citar todo o conteúdo do preâmbulo, uma vez que ele é mais extenso do que foi apresentado: *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.*

A palavra cidadania foi resgatada dos gregos e romanos para servirem de base para a inclusão da burguesia na participação política do estado francês do século XVII, com ideais filosóficos que se estenderam por todos os estados do mundo e alcançando o Brasil já na Constituição Imperial de 1824. Atestando a influência no Brasil império, o art. 179, como último artigo da Constituição, trazia que *a inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império...* Por manter o absolutismo com a imposição de uma constituição, reservando os poderes executivo e moderador, o imperador do Brasil permitiu ideias avançadas na carta política. Assim, não se pode concordar com José Murilo de Carvalho sobre a afirmação de que, referindo-se ao império e à primeira república que vai até 1930, *do ponto de vista do progresso da cidadania, a única alteração importante que houve nesse período foi a abolição da escravidão, em 1888*³. Ora, devemos computar aqui a previsão constitucional como a principal ocorrência do período imperial e, com a Proclamação da República, aberta a possibilidade de escolha de seus representantes foi outro avanço considerável na Constituição de 1891. Mas, no mesmo contexto deve ser incluída a Independência dos Estados Unidos, numa associação de ideias entre a liberdade e a igualdade em prol de todos os americanos.

Retomando a cidadania grega, a exaltação da participação dos gregos na vida política do estado era algo inafastável, porém, a participação não era direcionada a todos, já que se exigia certas condições para tanto, como ser homem livre e ter posses. Há um distanciamento da noção de cidadania contemporânea e a cidadania antiga, uma vez que a igualdade sofre abalos irreparáveis na Antiguidade e isso se deve à exigência de uma capacitação para exercer direitos⁴.

2.2. Princípio Fundamental da Cidadania

O art. 1º, inc. II, da Constituição Federal dispõe que *a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,*

³ *Cidadania no Brasil: o Longo Caminho*, p. 17.

⁴ Célia Galvão Quirino e Maria Lúcia Montes, *Constituições Brasileiras e Cidadania*, pp. 10-17.

constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a cidadania. É cediço que o título I da Constituição Federal de 1988 trata *dos Princípios Fundamentais* e que a cidadania é arrolada como um deles, como se constata pela leitura do art. 1º da Constituição.

A cidadania como um conjunto de direitos fundamentais a serem exercitados pelos cidadãos encontra a sua razão de ser pelo fato de o estado assumir o encargo de contribuir no desenvolvimento das potencialidades do ser humano, uma vez que um dos objetivos precípuos do ente estatal é o bem-estar daqueles que se reuniram em torno dele e lhe conceberam numa dimensão abstrata em combinação direta com a realidade.

Entre as diversas relações com os indivíduos, o estado extrai até sentimentos do cidadão quando se trata do patriotismo, cujo conteúdo é o de sentimento saudável para com a pátria. Na destruição do estado, como se dá na ocupação por força estrangeira vencedora de guerra, os sentimentos dos cidadãos estão munidos de conteúdo para reconstruir a pátria com fidelidade ao que era antes dos conflitos⁵. Em momentos de dificuldades, a pátria dispõe de socorro estatal ao cidadão que se encontra em território estrangeiro, seja com a assistência de transporte para o retorno ao país ou com assistência judiciária em casos de acusação formal da prática de crime por autoridades estrangeiras. Por figurar ainda a pena de morte em outros estados, já tivemos casos de o Presidente da República formular pedido de clemência em prol de brasileiro que praticou crime punido com a pena capital.

No sentimento maternal da pátria, os filhos não acumulam diferenças capazes de impor tratamentos diversos a cada um deles ou a determinados grupos. Emerge aqui a ideia de universalização de direitos, cuja criação despendeu mais energias do que uma análise sentimental e isso porque se recorreu a origem dos homens. Ao nascer, todo ser humano nasce livre e a igualdade entre eles apresenta-se como uma das evidências mais notáveis de qualquer constatação preliminar. E é essa fórmula de constatação que gerou a ideia de que a cidadania deveria corresponder ao tratamento igualitário quando se trata de exercitar direitos e cumprir com os deveres instituídos a todos.

2.3. Cidadania e Participação

⁵ Célia Galvão Quirino e Maria Lúcia Montes, *Constituições Brasileiras e Cidadania*, pp. 5-6.

A ideal paridade dos cidadãos frente ao estado não afasta qualquer cidadão da atuação junto aos rumos a serem tomados pelo estado, principalmente no tocante aos direitos que tenham como propósito o seu próprio desenvolvimento humano, social, econômico...

Ao consubstanciar a cláusula do acesso universal à justiça no texto constitucional, a participação do cidadão não poderia ser limitada à utilização da via judicial para satisfazer direito fundamental negado ou obstado, mas a criação de outros instrumentos e a criação de órgãos judiciais que facilitassem tais acessos ao poder judiciário, daí a necessidade de instituição de juizados especiais nas esferas estaduais e federal, bem como a possibilidade da arbitragem nos padrões internacionais, a criação da defensoria pública nas esferas estadual e federal, a advocacia dativa, a ampliação da área de atuação do Ministério Público...

A participação encontra diversos níveis para o cidadão, uma vez que o conhecimento do direito apresenta-se como a fase mais primitiva, passando para a possibilidade de exercitar tal direito e, preenchendo os requisitos próprios, exercitar o direito. Se obstado nessa última fase, a via judicial é o meio reconhecido para fazer valer seu direito conquistado, figurando aqui uma proteção jurisdicional do acesso ao direito contemplado ao cidadão⁶.

2.4. Prerrogativas

Incorporando o status de cidadão, o indivíduo decide sobre a sua participação na vida política do estado e, ao lado disso, exercita os direitos disponibilizados e faz valer aqueles que sofrerem qualquer obstrução no seu exercício⁷. As garantias dos direitos fundamentais são posicionadas como prerrogativas do cidadão em se valer duma das ações judiciais em defesa do exercício de seu direito ameaçado, obstado ou lesado. No caso do mandado de injunção, instrumento para a situação em que a falta de norma

⁶ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, v. 4, p. 229.

⁷ Paulo Hamilton Siqueira Júnior e Miguel Augusto Machado de Oliveira, *Direitos Humanos e Cidadania*, p. 240.

regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos fundamentais inerentes à cidadania⁸. A opção pela via judicial deve ser facultada ao cidadão e é daí que se extrai a ideia de prerrogativa para fazer valer seu direito ou manter-se inerte por entender diferente, ou seja, resolver acionar ou deixar de acionar a via judicial.

2.5. Exercício da Cidadania

A cidadania está ligada ao elemento subjetivo do estado; assim, seu direcionamento aponta para o exercício de direitos individuais, sociais e políticos⁹. No primeiro estágio, o cidadão busca concretizar o direito deferido a ele pelo texto constitucional e, uma vez exercido o direito, a cidadania estará exercida. Agora, acaso seja obstado de exercitar tal direito, a disponibilidade de mecanismos judiciais, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção e o *habeas-data* funcionam como meios garantidores do exercício da cidadania. Possibilita-se o exercício de direitos com meios que se tornam necessários ao exercício da cidadania.

2.6. Competência Legislativa

A compreensão das dimensões da cidadania não se apresenta como acessível a todos, daí as restrições legislativas para não serem elas alteradas, como se dá com a petrificação dos direitos fundamentais. Por outro lado, não é qualquer exercente do poder que conta com competência para instituir outros direitos fundamentais ou mesmo regulamentar aqueles já existentes. Cumpre assinalar que compete privativamente à União legislar sobre cidadania¹⁰, veda-se a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a cidadania¹¹, não pode ser objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a

⁸ Art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988.

⁹ Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *Comentários à Constituição*, v. 1, p. 125.

¹⁰ Em conformidade com o art. 22, inc. XIII, da Constituição Federal de 1988.

¹¹ Art. 62, § 1º, inc. I, alínea a, da Constituição Federal de 1988.

legislação sobre cidadania¹². Em reforço, o Regimento Interno do Congresso Nacional atesta que o Congresso Nacional poderá delegar poderes para elaboração legislativa ao Presidente da República, contudo, não poderão ser objeto de delegação os atos da competência exclusiva do Congresso Nacional e os da competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal nem a legislação sobre a cidadania¹³.

2.7. Cidadania e Direitos Humanos

A ideia de um conjunto mínimo de direitos a serem exercidos perante o estado ressuscita a ideia originária dos direitos humanos e, ao mesmo tempo, expõe a cidadania como uma versão interna desse conjunto de direitos que devem ter por objetivo o bem-estar dos indivíduos.

2.8. Cidadania em Construção

A cidadania, vista como *o direito a ter direitos*, apregoada por Hannah Arendt¹⁴ implica, primeiramente, em exercício de direitos anunciados pelo texto constitucional e, depois, a novos rumos que a interpretação direciona os direitos fundamentais. É que as disposições constitucionais trazem enunciados abertos que podem ser expandidos depois de interpretação mais precisa e em consonância com a realidade vivenciada pelos brasileiros.

As dimensões da liberdade ainda não foram devidamente exploradas e daí a igualdade depender de muitos esforços intelectuais para trazer a luz todas as suas faces. Para atestar as afirmações, há poucos estudos publicados sobre a liberdade, a igualdade e a cidadania no Brasil. Assim, os juristas são conclamados para abrirem as vias e não somente diagnosticar a situação lacunosa no tocante à cidadania. Todos sabemos que os estudos teóricos muito contribuem para o avanço no plano real e isso que está faltando em nosso meio.

¹² Art. 68, § 1º, inc. II, da Constituição Federal de 1988.

¹³ Arts. 116 e 117, inc. I, do RICN.

¹⁴ Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*, p. 146-66.

A troca de nomenclatura do *sujeito de direito* para o *cidadão* não representa as mudanças que ocorreram por trás disso tudo. E isso fica evidenciado não somente pela ampliação do rol de direitos fundamentais, mas pela nova visão que o indivíduo passou a conceber o estado. Nasceu com a Constituição de 1988 um ente público voltado para o indivíduo com relação à plenitude de seu bem-estar. O passado consumiu também as permissões para exercitar direitos e o cidadão passa a ser incentivado a exercitar seus direitos nos planos individual, social e político.

Em decorrência do amadurecimento da cidadania, o indivíduo compreendeu melhor as dimensões de seus direitos e contribui com a construção da cidadania exercitando os direitos a ele atribuídos e também o faz quando busca a proteção judicial contra embaraços no exercício ou mesmo quando se dê lesão desse direito.

2.8. Cidadão

O cidadão não pode ser contemplado somente como o elemento subjetivo da cidade, como se dá na concepção da nacionalidade e da estatística; transpondo também o ideário do patriotismo de cada cidadão com relação ao sentimento para com o estado. Na verdade, a soma de todas as concepções do cidadão conduz a plano participativo da vida política do estado, uma vez que muito importa os rumos ditados pelo poder e é daí que se extrai a noção de que exercitar direitos proporcionados pelo estado, fazer valer tais direitos até perante o estado, ocupar cargos políticos, eleger pessoas para ocuparem estes cargos, tudo isso expressa a dimensão da cidadania e revela a qualidade de cidadão daquele que reúne tais condições.

Há ainda a possibilidade de classificação do cidadão, isso com relação ao direito a ser exercido ou exigências específicas para que se exerça direito decorrente da proposição normativa. Ao ser contemplado com o serviço de assistência judiciária, como o atendimento gratuito de advogado ou de defensor público, o cidadão passa a condição de cidadão assistido ou, simplesmente, assistido. Ao trazer, no inc. LXXIII, art. 5º, da Constituição Federal, que *qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio*

histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência, a referência exige que o cidadão seja eleitor, daí o cidadão eleitor não ser requisitado somente para votar.

2.9. Acesso à Justiça como Cidadania

O acesso à justiça apresenta-se como cidadania processual, na qual se abarca as garantias dos direitos fundamentais e o próprio direito de submeter suas causas ao poder judiciário. Deveras, a igualdade aqui impõe uma complementação estatal para que o cidadão menos avantajado não deixe de ter seu conflito de interesses apreciado e julgado por órgão do poder judiciário. Por submeter sua causa ao crivo do judiciário, o indivíduo está exercitando a cidadania como um dos outros direitos trazidos por ela.

3. Acesso à Justiça

3.1. Introdução

As desigualdades socioeconômicas avultam no Brasil desde sempre e isso reflete no exercício da jurisdição pelos jurisdicionados, além de revelar a face perversa de todo o corpo social, traz a tona as inabilidades das políticas sociais de inclusão. Como mecanismo hábil a desfazer alguns desses desníveis, evitando a exclusão e a consequente marginalização de indivíduos menos favorecidos economicamente, a facilitação de acesso ao órgão do judiciário para a apreciação de conflitos de interesses dá os primeiros passos. Sob outra ótica, propicia-se a diminuição das desigualdades entre os indivíduos na medida em que se universalizam os direitos¹⁵.

Decorrente do direito à igualdade, o acesso à justiça revela-se como tutela jurisdicional assegurada a todos os indivíduos, ressaltadas aqui as acessibilidades econômica e técnica¹⁶. O acesso aqui não corresponde somente à propositura de ação

¹⁵ Maria Tereza Aina Sadek, *Justiça, Cidadania e Democracia*, p. 148-9.

¹⁶ Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e Processo: Regramentos e Garantias Constitucionais do Processo*, p. 19.

judicial, uma vez que a necessidade pode estar voltada para a defesa em juízo ou o direito a consultar sobre determinado tema relacionado a direito próprio. Ao compor a locução, o termo justiça tende a fazer referência ao poder judiciário, numa alusão ao órgão promovedor da justiça; mas a palavra aqui corresponde também ao acesso ao direito e isso fica claro quando os esclarecimentos do advogado ou do defensor público situam melhor o indivíduo para compreender a presença do direito ou a ausência do direito que pensava ter.

Tratando-se da acessibilidade econômica, para desfazer as desigualdades, o estado criou a assistência judiciária gratuita com a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, cuja função é isentar o assistido de todas as despesas para o acesso ao órgão jurisdicional, encampando aqui as custas processuais e os honorários advocatícios, seja na condição de autor ou de réu no processo. Assim, o estado oferece justiça gratuita consistente na utilização da máquina do poder judiciário e o patrocínio de advogado. Pelo texto constitucional brasileiro, inc. XXXV do art. 5º, *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

A Constituição de Portugal, em seu art. 20, item 1, traz que *a todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesse legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios econômicos.* Em princípio, poder-se-ia verificar aqui deficiências pela síntese do texto, quais sejam a restrição ao direito de defesa e a referência somente aos meios econômicos de proteção. Mas o acesso ao direito aqui está no plano material, como preceitua Jorge Miranda, *a primeira forma de defesa dos direitos é a que consiste no seu conhecimento*¹⁷.

Em seguida, o efetivo acesso à justiça se dá com a referência aos tribunais provocados para defesa de direitos e interesses protegidos. Na esfera técnica, a acessibilidade corresponde à representação por profissional habilitado com conhecimentos jurídicos, uma vez que a paridade pressupõe equivalências de meios profissionais para demandar e daí a relação aos meios econômicos comportar a contratação de profissional para atuar.

Além da justificativa da igualdade para o acesso à justiça, isso sob a ótica do cidadão, estamos diante de um direito fundamental que encontra sentido no próprio órgão

¹⁷ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, v. 4, p. 229.

jurisdicional, como sendo o legítimo para elaborar e executar a decisão no caso em questão. Trata-se de um direito fundamental que visa afastar a autodefesa e atestar o monopólio do exercício da jurisdição pelo estado¹⁸.

3.2. Definição

É assente na doutrina a dificuldade de definir ao acesso à justiça¹⁹ e isso já parte das várias significações atribuídas a ele, ora focando o direito constitucional, outras o direito processual ou os direitos humanos, bem como os direitos fundamentais. Mais dificultoso ainda será instituir uma definição que não ultrapasse os arredores da cidadania, contudo, vamos nos aventurar partindo de diversas análises sobre o tema.

No acesso à justiça enraizado no direito processual, a substituição da locução por outros termos revela a dimensão do princípio constitucional derivado da igualdade, como a *inafastabilidade* e o *controle jurisdicional*. A inafastabilidade indica que o legislador não pode determinar em qualquer espécie normativa a exclusão da apreciação judicial de qualquer lesão ou ameaça de direito e, ao examinar o caso concreto, o juiz não pode escusar-se de proferir decisão, ainda que se trate de lacuna legal ou mesmo obscuridade da legislação²⁰. No tocante ao controle jurisdicional, o fato de o direito ser colocado em risco ou sofrer lesão só pode ser apreciado o caso e julgado pelo órgão do poder judiciário.

Sob o manto constitucional, o acesso à justiça estabelece uma via de contato entre o cidadão e o órgão do poder judiciário com o objetivo de obter uma decisão judicial justa, isentando de custas o necessitado e para ele ainda provendo advogado. Figurando como réu, o cidadão não deixa de buscar uma decisão justa e isso fica patenteado com a sua defesa promovida por órgão mantido pelo estado, isso para aqueles que se situarem na linha da insuficiência de recursos para arcar como o defensor e o pagamento das custas processuais. Por conta disso, há sugestão de denominação do

¹⁸ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, v. 1, p. 409.

¹⁹ Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, p. 8.

²⁰ Antonio de Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, p. 155.

acesso à justiça, cujo nome poderia ser *acesso ao judiciário* ou *acesso à ordem jurídica justa*.

Persiste ainda uma ambiguidade para o vocábulo *justiça*, exaltando o sentido de poder judiciário ou de justiça como valor abstrato. Mesmo fora desse contexto, vimos que não basta acessar o judiciário e isso se dá por outras exigências para se chegar nessa situação, como a intervenção de advogado ou defensor público. Dentro dos temas abstratos, em consonância com a lição de Horácio Wanderlei Rodrigues²¹, a justiça estaria carregada de valores gerados na axiologia e revelaria um conjunto desses direitos fundamentais direcionados ao cidadão. Nesse último aspecto, exalta-se o direito fundamental como ramificação do direito, no qual se mantém direitos do indivíduo frente ao estado, a outros indivíduos e a coletividade, alargando-se na proteção estatal contra intervenção de terceiros em direito próprio e isso se dá por meio dos remédios constitucionais primeiramente.

Por derradeiro, retomando o que se disse alhures e também confirmando uma das tendências apresentada, o desenvolvimento do presente trabalho tende a confluir o acesso à justiça com a cidadania, sendo que esta ingressa naquela como uma de suas formas de exteriorização e assim o acesso ao judiciário apresenta-se como uma facilitação para aqueles que encontram dificuldades para contratar o profissional da advocacia e não dispõe de fundos para arcar com o pagamento das custas. Na cidadania participativa, os indivíduos não de contar com os serviços de cada um dos poderes estatais e, por razões econômicas, o acesso à justiça apresenta-se como veículo idôneo para permitir a efetiva participação no judiciário; na verdade, o acesso à justiça consiste na presença do estado no conflito de interesses particulares com o objetivo de resolver o impasse sem que isso represente despesa para a parte desprovida de recursos para prover o processo e custear a representação por meio de advogado. Assim, o apoio financeiro estatal expressa-se em serviços prestados sem qualquer ônus²², seja pela isenção de custas processuais ou pela prestação de serviços advocatícios gratuitos.

²¹ Apud Rui Portanova, *Princípios do Processo Civil*, p. 112.

²² Em conformidade com Mauro Cappelletti e Bryant Garth, o acesso à justiça deve ser tomado como *o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado (Acesso à Justiça, p. 8)*.

3.3. *Natureza Jurídica*

Antes de posicionar o acesso à justiça no plano jurídico, a questão do lugar ocupado pelo poder judiciário na estrutura do estado democrático levanta outras tantas indagações. Não se quer aqui fazer um discurso político, mas equiparar os três poderes estatais na democracia e afrontá-los com os direitos fundamentais do cidadão. Na proposta de Joaquim de Arruda Falcão Neto²³, a via participativa do poder judiciário deve ser aberta e ter como parâmetro os caminhos trilhados pelos poderes legislativo e executivo, seja suportando os grupos de pressão ou respeitando processo eleitoral para a ocupação de seus cargos. Por exigir conhecimentos técnicos, a eleição para os cargos deveria contar com o prévio conhecimento jurídico dos candidatos; agora, quanto a participação dos cidadãos e da sociedade organizada, ainda hoje, falta o comprometimento dos juízes para com as causas sociais. É evidente que o comportamento do judiciário com relação aos conflitos sociais deixa muito a desejar e o enfrentamento da morosidade não vão gerar qualquer crédito para toda a instituição.

Ao identificar o acesso à justiça como de natureza principiológica do acesso ao judiciário, poder-se-ia questionar um ingresso num órgão que não representa aquilo que deveria representar. Enfim, que sentido faz acessar o poder judiciário ineficiente? Essa análise não requer nem mesmo a emissão de juízo de valor, uma vez que a proclamação do direito deve confirmada pela atuação do judiciário em caso de surgimento de empecilhos para o cidadão. Mas, se o judiciário demora uma eternidade para apresentar a solução para o caso, o acesso à justiça deve ser tomado como negado e a perspectiva liberal do *laissez-faire* segue fazendo vítimas com o mesmo discurso²⁴, qual seja, o direito foi instituído e o seu exercício fica a cargo de cada cidadão. Deixar o cidadão a sua sorte e não prover o direito ameaçado ou lesado, sem dúvida, deve ser tomada a situação como a de ausência do acesso à justiça.

Na versão melhorada do acesso à justiça por conta da valorização dos direitos sociais, decorrente das inovações da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, a teorização visualiza a prestação do serviço judicial como um

²³ Direito, Cidadania e Participação, p. 3.

²⁴ Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, p. 10.

mecanismo indispensável para a realização do direito contemplado em prol do cidadão. Parte-se aqui da tentativa de igualar os litigantes em júzos e que a decisão aponte o vitorioso pelos méritos de seus direitos; assim, ter-se-ia o princípio da igualdade dos litigantes no acesso ao judiciário.

Mais uma vez, repita-se que a cidadania realista exige a efetiva participação dos cidadãos nas atividades do estado, daí a necessidade de ampliar ainda mais o acesso à justiça, seja com a criação de órgãos que facilitem o acesso, como os juizados especiais e a arbitragem, a proteção de interesses coletivos e difusos com a legitimidade de alguns órgãos para atuar²⁵ etc. Nesse quadro de busca por alternativas para o acesso à justiça, a participação popular poderia ser ampliada com a criação de juizados em que a participação do leigo fosse maior e os temas mais ocorrentes pudessem encontrar respostas óbvias já nos primeiros degraus de um poder judiciário próximo do povo.

3.4. Conteúdo

O estabelecimento de igualdade entre os litigantes exige que o estado afaste a parte desprovida de recursos financeiros das despesas de todas as ordens. A assistência judiciária compreende as diversas isenções, como a dispensa de pagamento das taxas judiciárias, dos emolumentos e custas devidos aos órgãos que atuem junto ao judiciário (Ministério Público e serventuários da Justiça), das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais, das indenizações devidas às testemunhas na condição de empregados, dos honorários de advogado e

²⁵ Em relação ao Ministério Público, a legitimidade para atuar iniciou com dispositivo constitucional. Assim, pelo art. 129, inc. III, da Constituição Federal de 1988, *são funções institucionais do Ministério Público: promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.*

Em relação à Defensoria Pública, o art. 4º, incs. VII e VIII, da Lei Complementar nº 80/94, dispõe que *são funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: promover ação civil pública e todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; exercer a defesa dos direitos e interesses individuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos e dos direitos do consumidor, na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.*

peritos, das despesas com a realização de exames laboratoriais (DNA), dos depósitos prévios recursais e da ação rescisória²⁶.

É certo que o acesso à justiça pode transpor a proposta legal e assumir uma concepção bem mais ampla do que a tradicional, já que os direitos são realizados também com processos administrativos, requerendo a extensão da isenção de custas e o acompanhamento do advogado sem qualquer ônus²⁷.

3.5. Objetivos

A permissão de ingresso no poder judiciário com a pretensão apresenta-se como primeiro objetivo, sequenciado pela viabilização desse acesso com a instituição de diversos caminhos práticos para se chegar e ter decisão em tempo de poder dela se valer no exercício do direito ameaçado ou lesado. Obviamente, como suporte básico, a transposição das dificuldades financeiras é logo oferecida por órgãos estatais.

3.6. Efetividade Processual

A efetividade processual traz a ideia de que o processo deve mostrar-se como instrumento hábil à resolução de todo e qualquer conflito de interesses²⁸, mas, a realidade detecta a presença de enfermidade gerada pelo parasita da burocracia, composta por formalidades insignificantes para todos os envolvidos. A cidadania encontra aqui um fosso que rompe com o seu idealizado acesso à justiça, isso pelo fato de os procedimentos não gerarem decisões em tempo razoável e o comprometimento do exercício do direito em questão é sempre certo.

Não vamos ser tão pessimistas, uma vez que os êxitos existem quando a decisão é dada em curto prazo e a estabilidade social decore da função pacificadora do poder judiciário. Infelizmente, estamos tratando de exaltar casos excepcionais que não

²⁶ Art. 3º da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950.

²⁷ É o que Mauro Cappelletti e Bryant Garth chamaram de *terceira onda* (*Acesso à Justiça*, p. 67).

²⁸ José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de Direito Processual*: 3ª Série, p. 27.

corresponde à realidade da maioria dos processos, cuja demora manifesta decorre de qualquer empecilho que lhe emperre.

As reformas processuais trouxeram algumas vantagens para todo o sistema processual e isso é fato, contudo, longe está a solução para a maioria dos problemas gerados pelas decisões prolatadas em prazos impublicáveis pela sua longevidade.

3.7. Benefício da Assistência Judiciária

O direito de assistência judiciária gratuita e o direito de assistência jurídica integral e gratuita são mecanismos que servem à cidadania, observando-se que o inc. LXXIV, do art. 5º, da Constituição Federal, *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*. Sendo que a assistência judiciária consiste na garantia do direito de isenção das custas e despesas processuais, podendo requerê-la o cidadão presumivelmente pobre, ou seja, desprovido de recursos financeiros para arcar com os gastos decorrentes do processo judicial e com os honorários advocatícios (abrange aqui a sucumbência); enquanto à assistência jurídica integral e gratuita quer se atribuir diversas espécies de assistência, como o serviço de consultoria e a atuação no processo administrativo.

3.7. Defensoria Pública

A previsão constitucional do acesso à justiça iniciou-se com a Constituição de 1946, o § 4º do art. 141 dispõe que *a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*. Repetida a previsão em todas as constituições posteriores, o acesso à justiça não passava de letra morta no período em que vigorou o regime autoritário no Brasil.

Sem grandes promessas, a criação da defensoria pública pela Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, não repercutiu o efeito esperado e muitas unidades da federação seguiram sem conhecer a instituição até mesmo depois da Constituição Federal de 1988. Depois da consagração constitucional da instituição nas esferas estadual e federal, uma para atuar frente à justiça estadual e a outra para dar acesso à justiça federal. A

regulamentação da Defensoria Pública só aconteceu em 1994, com a Lei Complementar nº 80, dando cumprimento ao art. 134 da Constituição Federal de 1988.

3.8. Advogado Ativo

A insuficiência da Defensoria Pública em prestar os serviços advocatícios coloca a Ordem dos Advogados do Brasil na condição de órgão auxiliar para que todos os necessitados sejam atendidos por profissionais do direito devidamente inscritos em seus quadros.

O advogado constituído apresenta-se como aquele escolhido pelo cliente para representá-lo judicial ou extrajudicialmente, figurando o advogado ou defensor dativo como um direito constitucional nos lugares onde não houver atendimento pela Defensoria Pública ou mesmo pelos escritórios de públicas ou privadas conveniadas. Em regra, mediante prévio gerenciamento da Ordem dos Advogados do Brasil, o Juiz nomeia o advogado dativo e explicita a realização da assistência judiciária ao necessitado²⁹.

3.8. Coletividade

Os impedimentos emergem com certa frequência para emperrar o acesso à justiça e às vezes isso se dá por ineficiência dos órgãos dos poderes estatais ou por falta de implementação de políticas que facilitem tal acesso. Com a ampliação da complexidade das relações sociais no Brasil, os conflitos coletivos aumentam a passos largos e outras necessidades vão surgindo para dar efetividade ao acesso à justiça como obtenção de decisão judicial justa e rápida, como se deu com a criação do mandado de segurança coletivo pela Constituição de 1988³⁰.

3.9. Ministério Público

²⁹ O art. 34, inc. XII, do Estatuto da OAB dispõe que *constitui infração disciplinar recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica, quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública.*

³⁰ Clémerson Merlin Clève, *Temas de Direito Constitucional*, p. 51.

A importância do órgão do Ministério Público no cenário da promoção da justiça apresenta-se como indiscutível, dada a sua idoneidade para ativar o poder judiciário em defesa de direitos relacionados aos indivíduos, como se dá na proteção do consumidor ou do meio ambiente³¹. Tomando aqui a possibilidade dos efeitos decorrentes das demandas judiciais em que o MP participa, seja ela individual ou coletiva, o posicionamento do Órgão não pode ser outro, senão o de instituição de promoção do acesso à justiça em importantes e complexos temas jurídicos³²

4. Cidadania em Construção

4.1. Idealização

O questionamento a respeito do acesso à justiça que queremos, com toda certeza, coloca os operadores do direito em estado de efervescência na busca de uma saída possível. Muitas são as ideias para melhorar a imagem do próprio poder judiciário e daí ampliar as possibilidades para processar e julgar as causas que lhes são submetidas. Mas, com as propostas que podem até partir das melhores das intenções, a falta de êxito de cada modificação vai causar ainda mais frustrações e o acesso à justiça vai ser resumido num ingresso em juízo com a saída bastante demorada.

Nos estudos mais avançados sobre o tema, nem sempre as mudanças verificadas em alguns países tiveram resultados positivos, já que a inovação de órgãos tradicionais e a sofisticação de determinados institutos podem não ser bem aceitos e colocar tudo a perder³³.

³¹ Maria Tereza Aina Sadek, *Justiça, Cidadania e Democracia*, p. 152.

³² Autoquestiona-se Canotilho, *se não surgiu a figura do Ombudsman para proteger os cidadãos contra as ilegalidades e injustiças do poder?* (Estudos sobre Direitos Fundamentais, p. 85). No Brasil, é uma das funções do Ministério Público, qual seja a promoção de inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, bem como a defesa judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, incs. III e V, da Constituição Federal de 1988). Ainda, por força do art. 127 da Constituição Federal de 1988, *o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*.

³³ Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, p. 161.

Não somente os operadores do direito devem buscar as soluções idôneas para resgatar o valor da atuação do poder judiciário como pacificador social e permitir o exercício pleno do direito como símbolo da cidadania, mas também todas as demais classes que atuam junto ao poder judiciário. Para encontrar a maneira ideal de resolver os conflitos, não há que se confiar na classe política ou nos ocupantes de cargos públicos, uma vez que eles já fizeram muitas tentativas e o acerto esperado ainda não transpôs o plano das ideias. No afã de criar uma saída diferente das já propostas, as fantasias devem logo ser afastadas para não aumentar a frustração gerada depois da experiência improdutiva.

A seguir, visando externar os projetos de diferentes envolvidos com a ineficiência do poder judiciário em solucionar as questões que lhes são propostas, a proposição será seguida de comentários tendenciosos para expressar nossa opinião sobre aquilo que nos pareça sensato ou absurdo, ingênuo ou realista, loquaz ou oculto...

4.2. Estado

O maior número de ações judiciais em tramitação é gerado a partir de conflitos de interesses por atividades estatais, acumulando o maior número delas o executivo federal. Nas esferas estadual e municipal, as ações também se multiplicam e consomem a jurisdição que deveria atender aos cidadãos com prioridade. Estrategicamente, o executivo deve nomear uma comissão de estudos de direito processual comparado e adotar as medidas vigorantes em outros estados, experiências que deram certo e deixar de lado aqueles processualistas que querem ampliar as bases pessoais; aqui deve ser repensada a utilização da via judicial para solucionar os conflitos do estado com a adoção de novos institutos e a eliminação das causas geradoras de conflitos com os cidadãos na esfera administrativa.

4.3. Poder Judiciário

As propostas dos dirigentes do poder judiciário brasileiro precisam ser mais condizentes com a realidade e já não se pode mais exaltar da digitalização do processo,

exterminando com a utilização do papel. Há que se fazer mais do que isso, pois os processos seguem morosos nos tribunais mesmo depois da efetivação da medida. Além da ampliação de pessoal técnico, o estado-juiz tem o dever de responder com trabalho sério e dedicação exclusiva, como se vê na maioria dos casos. Mas, ainda assim, o combate à morosidade deve ser orientada por aqueles que convivem com a frustração de não desenvolverem a atividade estatal a contento. Como bem afirmou José Renato Nalini, *o objetivo é conclamar os magistrados para uma tomada de posição*³⁴. Este Autor chega a mencionar a *reengenharia do judiciário* como um objetivo atingível. Pende contra os juízes a responsabilidade de efetividade da prestação jurisdicional, uma vez que os demais poderes respondem bem às suas atividades, como o legislativo elabora normas em ritmo apressado e o executivo administra bem alguns de seus serviços, com o grau de excelência nos de arrecadação.

4.4. Juiz

Ao juiz, individualmente, não cabe somente lamentar e isso se deve ao fato de ele funcionar como um dos propulsores que realmente podem tornar a máquina mais veloz. Considerando tantos juízes filiados ao poder judiciário brasileiro, tomando a questão de Nalini³⁵, *como reagir ao desalento geral, à crise de confiança, ao comprometimento da lisura nutrida em relação à conduta do juiz?* As opiniões de tantos juízes podem formar um consenso e a solução pode estar próxima com a edição de normas legisladas que tragam respostas palpáveis.

4.5. Jurista

As reflexões do jurista não podem jamais serem desprezadas quando se trata de tema tão cruel, como o da negação do direito por dificuldade de mobilização do poder judiciário. Pouco importa o ponto de partida, ainda que seja a responsabilidade do juiz

³⁴ José Renato Nalini, *O Juiz e o Acesso à Justiça*, p. 167.

³⁵ José Renato Nalini, *O Juiz e o Acesso à Justiça*, p. 167.

por esvaziar o conteúdo do acesso à justiça³⁶, as reflexões vão tomar um sentido e as possibilidades não podem ser desperdiçadas num momento tão delicado desses.

4.6. Jurisdicionado

A punição gerada com o exercício da cidadania desanima até os cristãos mais fervorosos, isso quando se trata de acesso ao poder judiciário para a resolução de um conflito. Mas, ao invés da retenção com a aflição, os jurisdicionados devem organizar-se para iniciar um movimento de cobrança da dignidade humana quando se trata de ter o direito confirmado ou negado pela decisão judicial. Não há mais espaço para direitos sem a correspondente concretização e isso se torna mais grave quando se trata de negar a prestação jurisdicional prevista como uma expressão da cidadania.

5. Ato Conclusivo

Na entrega da prestação jurisdicional pelo juiz, tem-se o ponto alto do acesso à justiça e isso acabou gerando em nós tamanha revolta pela expressa desobediência ao comando constitucional.

A teorização do princípio constitucional do acesso à justiça forma um campo magnético fantástico, afetando todos os órgãos dos sentidos com uma impressionante satisfação. Mas, logo em seguida, por não passar de uma ilusão ótica bem elaborada, os órgãos vitais do corpo sentem o golpe e fraquejam sem qualquer meio de contenção. Dessa maneira, logo veio a mente os grandes feitos da história e toda a evolução percebida entre os gregos e os romanos remontam aos homens da caverna e surge a questão sobre o porquê da contemplação de um princípio que não se pode cumprir pela ineficiência crônica de um órgão estatal. Exemplificando, o conformismo sofre mais ainda e o sentimento de impotência reina absoluto, mas, vejamos um exemplo que arquitete os desdobramentos das lesões. No caso de ameaça ou lesão de direito, o

³⁶ Na lição de José Renato Nalini, *na função de 'concretizar as mensagens normativas do constituinte', ao juiz incumbe contribuir para a consecução desse objetivo e não para esvaziá-lo de conteúdo real (O Juiz e o Acesso à Justiça, p. 171).*

cidadão sofre com seus bens ou direitos e, ainda, aguarda que o estado-juiz atue no caso contra aquele que afrontou o ordenamento jurídico e desafiou o sistema³⁷, isso porque o estado mantém o monopólio da jurisdição. Para proteger seu direito, o cidadão termina por ser punido com a demora da decisão que só pode decorrer de ato judicial.

Como consolo para situação tão fustigante, visando mitigar o sofrimento em não alcançar a decisão judicial que colocaria fim ao conflito que gera tantas incertezas para os cidadãos envolvidos, retoma-se a gratuidade da prestação jurisdicional para contatar um advogado dativo ou um defensor público e dar início ao procedimento judicial que não se sabe quando vai se findar.

Referências:

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania: a Plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. São Paulo: RT, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Briant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o Longo Caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CUNHA, Fernando Whitaker da, e Outros. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1990.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. 2ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

³⁷ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2, p. 169.

LAMOUNIER, Bolívar, WEFFORT, Francisco Correia e BENEVIDES, Maria Victória. *Direito, Cidadania e Participação*. São Paulo: T. A. Queiroz. 1981.

LIVIANU, Roberto (coordenador). *Justiça, Cidadania e Democracia*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2006.

NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2000.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

QUIRINO, Célia Galvão e MONTES, Maria Lúcia. *Constituições Brasileiras e Cidadania*. São Paulo: Ática, 1987.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra, 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: Terceira Série*, São Paulo: Saraiva, 1984.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton e OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. *Direitos Humanos e Cidadania*. São Paulo: RT, 2007.

TUCCI, Rogério Lauria e TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e Processo: Regramentos e Garantias Constitucionais do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

O SURGIMENTO DA BIOÉTICA E SUA ATUAL IMPORTÂNCIA NO MUNDO JURÍDICO

*Fernanda de Favre Merbach*¹

Resumo

O tema alusivo ao conceito da vida humana é objeto de grandes reflexões, sendo, indubitavelmente, a questão mais importante a ser analisada, pois a vida humana é o bem jurídico supremo, sobre o qual tudo subsiste, inclusive o próprio Estado. Diante desse novo panorama histórico, manifestações começaram a ser realizadas no sentido de haver a necessidade de serem estabelecidos limites aos avanços científico e tecnológico, a fim de conciliá-los com os valores expressamente consagrados pelo ordenamento jurídico.

Palavras-chave: vida humana, bioética, direitos humanos.

Abstract

The theme alluding to the concept of human life is of great reflections object and is undoubtedly the most important issue to be analyzed, because human life is the supreme legal interest, on which everything remains, including the state itself. In this new historical overview, demonstrations began to be conducted to be the need to establish limits on scientific and technological advances in order to reconcile them with the values expressly established by law.

Keywords: human life, bioethics, human rights.

Introdução

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Padre Anchieta (UniAnchieta) em 1999, pós-graduada em Direito de Família e Sucessões; Mestre em Educação pela USF em 2012. Advogada e professora universitária das cadeiras de Português Jurídico, Ética, Biodireito e Direito de Família em cursos de graduação em Direito. Membro da Academia de Letras do Brasil e da Academia Jundiense de Letras Jurídicas.

Talvez o mais intrigante desafio para a inteligência humana nas primeiras décadas do século XXI encontre-se nas questões suscitadas para a ética filosófica e a filosofia do direito, em virtude dos avanços da biologia contemporânea e suas aplicações tecnológicas. Questões que despontam na consciência moral do ser humano e que obrigam o Direito a repensar algumas de suas categorias fundamentais, como a ideia de pessoa humana, de inviolabilidade do corpo humano, para não falar de indagações mais teóricas e nem por isto menos relevantes e com consequências práticas, como os temas da autonomia e da responsabilidade.

Hodiernamente, estas questões estão sendo delineadas tanto pela doutrina como pela jurisprudência, ensejando análise de conceitos os quais nunca haviam sido suscitados, tendo em vista a ocorrência de fatos até então presentes somente na imaginação de alguns autores, como o caso da fertilização in vitro, clonagem, utilização de células-tronco, a descoberta do genoma, a possibilidade de constatar doenças na fase embrionária.

1. Histórico

Após o advento da Constituição Federal de 1988, que enfatizou as garantias fundamentais, deu-se início a uma ampla conscientização de diversos direitos que começaram a ser mais difundidos, tais como a cidadania, dignidade à vida, inviolabilidade à vida.

Fazendo um retrospecto histórico acerca da geração de Direitos do Homem, temos que: na terceira fase dos direitos do homem, também encontra-se a quarta geração que se refere ao biodireito e à bioética, abordando reflexões acerca da vida e da morte, pressupondo sempre um debate ético prévio. Lavié (1995, p. 33) entende que:

O direito à vida, ainda que não seja de forma implícita, é o primeiro direito da pessoa a ser reconhecido pelo texto constitucional. A substância desse direito se materializa em exigir que o Estado forneça uma prestação de saúde suficiente dirigida a assegurar a conservação da vida humana ou a impedir que a morte em uma instância permitida ou autorizada, quando se estiver em situação de evitá-la.

No século XXI, a vida representa um valor fundamental para os direitos do homem, uma vez que qualquer violação dos direitos existentes pelo mero fato de o ser humano nascer com vida, representa um atentado contra a própria sociedade internacional.

Bobbio (2000, p. 500) entende que no estado atual da ciência ética da humanidade, deve se reconhecer não apenas o direito de viver que é um direito primordial do homem, mas também o direito de ter o mínimo indispensável para viver:

O direito à vida é um direito que implica por parte do Estado pura e simplesmente um comportamento negativo: não matar. O direito de viver implica por parte do Estado um comportamento positivo, vale dizer, intervenções de política econômica inspiradas em algum princípio de justiça distributiva. Em poucas palavras, hoje se reconhece ao indivíduo não apenas o direito de não ser morto por qualquer razão (daí, por exemplo, a condenação da pena de morte), mas também da política de não morrer de fome.

2. A bioética e o biodireito

O termo biodireito tem raiz etimológica grega (*bios*, vida) e latina (*directus*, participio passado de *dirigere*, por em linha reta, dispor, ordenar, regular). Denominação dada à disciplina jurídica multidisciplinar que trata da teoria, da legislação e da jurisprudência relativas às normas que regulamentam a conduta humana diante dos progressos da Biologia, da Biotecnologia e da Medicina (BARRETO, 2006, p. 101).

O vocábulo bioética tem raiz etimológica grega *bios* (vida) e *êthike* (ética). É um ramo da Filosofia Moral que examina os aspectos morais e sociais das técnicas oriundas do progresso do conhecimento nas ciências biológicas (BARRETO, 2006, p. 104).

No que se refere às relações entre a moral e a ética, Tugendhat citado por Fabriz (2003, p. 79) explica que:

A moral explica e é explicada pelos costumes. A moral pretende enunciar as regras, normas e leis que regem, causam e determinam os

costumes. A moral pretende enunciar as regras, normas e leis que regem, causam e determinam os costumes, inclusive, muitas vezes, enunciando-lhes as consequências.

Por sua vez, Fabríz (2003, p. 79) acrescenta que:

A Ética não está acima da moral, mas pode ser concebida em um determinado plano como a esfera que se propõe refletir sobre as posturas que devam ser compreendidas entre as dimensões da moral e da imoralidade. Nessa perspectiva nós vamos conceber a Ética – estudo geral do que é bem ou mal [...].

Embora a bioética não seja restrita ao campo da medicina, foi nele que a priori se observou tal reflexão. No juramento de Hipócrates já se notava as premissas diante das quais os médicos deveriam seguir suas condutas profissionais (FABRIZ, 2003, p. 81).

Assim, por meio da quarta geração se determinam os alicerces jurídicos dos avanços tecnológicos e seus limites constitucionais. Constantinov (2008, p. 29) entende que:

A partir do conceito de Bioética, chega-se ao conceito de Biodireito que é justamente, a positivação ou tentativa de positivação das normas bioéticas, o que leva à conclusão de que o Biodireito é, portanto, a normatização de permissões de comportamentos médico-científicos e a imputação de sanções pela violação dos comandos normativos prescritos.

O uso de seres humanos para experiências médicas é antigo. Em 1559, o rei da França Henrique II se acidentou quando participava de um torneio, pois uma lança atravessou sua viseira e um de seus olhos. Seus médicos para tentar curá-lo degolaram quatro criminosos saudáveis a fim de pesquisar a anatomia do olho. A experiência fracassou e o rei morreu (ASTOR, 2008, p. 121-122).

Os avanços científicos na área da medicina ocorridos na Segunda Guerra Mundial, tais como a descoberta de vacinas e de novos métodos cirúrgicos e de tratamento, foram produto de abusos cometidos por pesquisadores nazistas, com total desrespeito ao Princípio da Dignidade Humana. Estéfani (1998, p. 24) observa que:

Parece claro que o científico deve limitar sua liberdade de investigação e manipulação ante qualquer ação que possa lesionar sua própria dignidade ou a dignidade de outro, porém deve também dar razões de qualquer ato que implique degradação ou destruição do mundo natural. Agora bem, não é tarefa fácil limitar esta atividade.

Em todo caso deve partir-se sempre da diferente consideração que merece a vida humana e qualquer outro tipo de vida. Ambas são merecedoras de respeito, porém o grau do mesmo deve ser diferente em atenção ao caráter pessoal do ser humano. Por isso muitos autores insistem em que há que delimitar o que se pode realizar com outras espécies e “o que eticamente é aceitável no ser humano”.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial descobriu-se que entre os crimes de guerra, ocorreram terríveis experiências no regime nazista. O termo cobaias foi utilizado para exprimir a vulnerabilidade das pessoas que eram utilizadas nestas pesquisas. Elio Sgreccia citado por Diniz (2008, p. 82) observa que:

Alguns colocam o nascimento da bioética, mesmo não tendo ainda tal denominação, nos dias seguintes ao processo de Nuremberg em 1946. Depois de tal processo de Nuremberg, do qual apareceram numerosos crimes cometidos pelos médicos nazistas sobre prisioneiros, utilizados como cobaias humanas em terrificantes experimentações, surgiram duas linhas de reflexão: uma de natureza jurídica em campo internacional, que tinha como escopo a formulação dos ‘direitos do homem’ (e sobretudo aqueles com tema de defesa da vida física, pois os piores crimes foram cometidos contra a vida física dos prisioneiros e da população em geral); a outra de natureza filosófica, que se delineava sempre mais na fundamentação ética e racional de tais direitos.

As cobaias humanas de Joseph Mengele, o maior responsável pelo projeto médico e científico nazista, eram os judeus, ciganos, pessoas portadoras de deficiência e outras minorias raciais. Foram realizadas pesquisas para atender às necessidades do campo de batalha, experimentos relacionados a doenças infectocontagiosas, estudos de novos medicamentos e operações e dissecação de pessoas sem anestesia. Silva (2003, p. 165) explica que:

Em passado recente, a tomada de consciência da sociedade sobre a necessidade de reatualização da ética na vida humana delineia-se ao término da primeira metade do século XX, quando a opinião pública

mundial teve conhecimento das intervenções desumanas de médicos e de pesquisadores alemães durante o regime nazista.

Durante a Segunda Guerra Mundial quando os japoneses invadiram a China e a Coréia, realizaram um tipo eficiente de guerra química e biológica mediante experiências com armas químicas e biológicas, causando a morte de milhares de pessoas sendo o alvo principal a população civil e as plantações de maneira a gerar fome e epidemia.

Entretanto, mesmo após o término da Segunda Guerra os experimentos tortuosos com seres humanos continuam nos Estados Unidos fato este denominado de “revolução terapêutica”. Silva (2003, p. 154-155) explica que:

Não é nenhum absurdo afirmar que muitos desses escândalos norte-americanos deixam pouco a desejar aos desmandos nazistas, de maneira que a bioética surge como uma reação contra a insensibilidade tecnocientífica. Em 1963, por exemplo, no Hospital Israelita de Doenças Crônicas (Jewish Chronic Disease Hospital), do Brooklin, foram realizadas experiências com pacientes idosos, mediante a injeção de células tumorais vivas em seus organismos, sem que houvesse o correspondente consentimento. Outro exemplo: no período compreendido entre 1950 e 1970, o Hospital Estatal Willowbrook (Willowbrook State Hospital), de Nova York, conduziu uma série de estudos sobre hepatite, inoculando o seu vírus vivo em crianças com retardo mental, que se encontravam ali internadas.

Em pesquisas de laboratórios os animais são os mais sacrificados. Existem normas sobre o assunto mas ainda sem força de lei. A Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada na Bélgica em 1978, determina em seu art. 8º: “A experimentação animal que implica um sofrimento físico, é incompatível com os direitos do animal, quer seja uma experiência médica, científica, comercial ou qualquer outra. As técnicas substitutivas devem ser utilizadas e desenvolvidas” (VIEIRA, 2003, p. 127).

Assim, os direitos de quarta geração, relativos à bioética, visam impedir a destruição da vida e regular a criação de novas formas de vida em laboratório pela engenharia genética.

Diniz (2008, p. 65) observa que:

Sob pena de alteração e deterioração do genoma humano, deve haver limitação às pesquisas e uso de dados com vistas à preservação do patrimônio genético da espécie humana. O Direito não protege, nesse ínterim, o indivíduo, mas sim, o membro de uma espécie de seres vivos.

Diante das violações aos direitos referentes à vida e à morte e à sua divulgação, ocorreu a elaboração de diretrizes internacionais para a pesquisa científica com pessoas com a finalidade de se garantir que os princípios de direitos do homem, sobretudo, a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, como o ponto inicial de qualquer pesquisa científica envolvendo pessoas. Assim, a proposição de documentos referentes à ética na pesquisa foi um dos principais fatores para a consolidação da cultura dos direitos do homem de quarta geração.

Nesse contexto, em 1947, se elaborou o Código de Nuremberg que representa a entrada definitiva de princípios da cultura dos direitos do homem na pesquisa científica. O artigo primeiro trata da necessidade do consentimento individual para a participação em estudos científicos como uma forma ética de se pesquisar com seres humanos.

A Declaração de Helsinque foi uma tentativa da Associação Médica Mundial de reaproximar ética, medicina e opinião pública após as terríveis experiências realizadas pelos médicos nazistas. Este documento é um desdobramento de alguns preceitos éticos do Código de Nuremberg em conjunto com objetivos de intervenção na prática de pesquisa biomédica: “a missão do médico é salvaguardar a saúde das pessoas. O conhecimento e a consciência são dedicados a atingir essa missão” (art. 1º).

Outro documento que merece destaque é o Relatório de Belmont, publicado em 1978, pela Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos em Pesquisas Biomédicas e Comportamentais dos Estados Unidos. Conforme entende Diniz (2008, p. 82): “Esse documento se tornou a principal declaração principialista da reflexão bioética”, pois evidenciou que a ética em pesquisa não era matéria exclusiva de crimes de guerra provocando um debate internacional.

3. Princípios

O Relatório observa que se tem três princípios referentes à pesquisa envolvendo seres humanos:

O princípio da beneficência, que estabelece a obrigação do profissional da área médica ou pesquisador em realizar o bem terapêutico do paciente, pois que o bem mais precioso dentre todos é a vida.

O princípio da autonomia deve ser entendido como respeito pela pessoa e, ao mesmo tempo, como a capacidade da pessoa participar das pesquisas médicas.

[...] O princípio da justiça significa imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios. (DINIZ, 2008, p. 83).

Com o avanço das pesquisas científicas é difícil seu retrocesso, uma vez que os novos conhecimentos são incorporados à ciência, por conseguinte, o direito ganha mais importância na definição das liberdades de ação. Desse modo, Vieira (2003, p. 155) entende que: “Não se pode simplesmente coibir a ciência de dar prosseguimento às suas pesquisas, nem tampouco determinar preliminarmente, com absoluta certeza de acerto, os limites que ela deve observar”.

Devido ao grande desenvolvimento da biotecnologia, o direito foi surpreendido por questões até então desconhecidas, tais como: quais são os limites à intervenção do homem na manipulação da vida e do patrimônio genético do ser humano? Como o direito regula a utilização das novas tecnologias genéticas respeitando os valores bioéticos?

4. Avanços tecnológicos

Diante dos avanços da revolução tecnológica e da nova ordem mundial, a quarta geração dos direitos do homem vem suscitando controvérsias em relação aos direitos e obrigações decorrentes da manipulação genética que muitas vezes se classificam como “Direitos Difusos”, uma vez que colocam em evidência os direitos concernentes à evolução biogenética e tecnológica. Nesse sentido, Bobbio (1997b, p. 29) reflete que:

Embora eu seja um admirador incondicional das grandes descobertas do campo da ciência, admiro com mais devota reverência a nobreza de uma consciência moral. Na história da humanidade vejo resplandecer de luz mais pura o ato de solidariedade com os oprimidos – tanto mais se é realizado por um homem que também é um gênio científico – do que a descoberta de uma verdade, ou ao menos me parece que esta última adquira tanto mais valor quanto mais estiver a serviço daquele.

Os avanços tecnológicos na área da bioética e da bioengenharia podem gerar problemas éticos importantes, visto que os direitos de manipulação genética, relacionados à biotecnologia e bioengenharia, tratam de questões sobre a vida e a morte.

Com isso, os direitos do homem objetivam a proteção não só o homem enquanto indivíduo, mas principalmente como membro da espécie humana tendo em vista o direito das gerações futuras encontrarem um mundo melhor que o atual. Lavié (1995, p. 33) entende que:

Deve também se entender que ao imperativo ético de não permitir a utilização do homem como um simples meio para outros fins. Deve-se evitar que o homem venha a tornar-se um suficiente receptor de múltiplas manipulações, somente baseado em conjunturas, a doxa ou a improvisação, isto é, se deve impedir que o sujeito se coisifique como objeto de uma mera investigação que o converta em simples “porquinho da índia”.

A quarta geração busca o redimensionamento de conceitos e limites biotecnológicos, rompendo paradigmas a cada nova pesquisa científica e, por refletir sobre temas essenciais à sobrevivência humana que envolve liberdades, direitos e deveres da pessoa, da sociedade e do Estado, a bioética transformou-se numa recente fonte de direitos do homem no sentido de que, conforme explica Garcia (2004, p. 148-149) a Declaração do Genoma Humano:

deu origem a uma noção e um conceito inteiramente novos, em termos de direito internacional, na medida em que a Humanidade, presente e futura, passa a ser sujeito de direitos. Com esta Declaração, à figura jurídica da pessoa humana como sujeito de direitos, acrescenta-se uma nova figura: o genoma humano como objeto e sujeito de direitos.

Dentre os direitos típicos da quarta geração, encontra-se o do homem não ter seu patrimônio genético alterado, Constantinov (2008, p. 67) explica que:

Considera-se patrimônio genético toda informação genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos desses organismos, vivos ou mortos, encontrados em seu ambiente natural, inclusive domesticados ou mantidos em coleções fora de seu ambiente natural, desde que coletados naquelas condições, existentes no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva.

Para os direitos de quarta geração a vida humana é o bem merecedor da tutela do direito, sendo o Estado o principal responsável na garantia desses direitos e no âmbito internacional o principal diploma regulador dos direitos do homem de quarta geração é a Declaração dos Direitos do Homem e do Genoma Humano, aprovada em 11 de novembro de 1997 e assinada por muitos países, onde cada um dos países signatários se comprometeu a divulgá-lo e a buscar soluções objetivando a conciliação entre o avanço da tecnologia e o respeito aos direitos do homem, estabelecendo limites éticos em relação à intervenção acerca do patrimônio genético do ser humano. Diniz (2008, p. 72) observa que: “Tal diploma proclamou o genoma humano e a informação nele contida como patrimônio comum da humanidade”.

Numa sociedade democrática a bioética tende a encontrar melhores condições para prosperar, pois num ambiente ditatorial os valores e princípios bioéticos serão prejudicados, diante da prevalência da vontade do Estado totalitário, e não de indivíduos livres e autônomos. Diante desse problema Bobbio (1997b, p. 28) explica que:

Do conflito entre o indivíduo que faz valer os direitos da própria consciência e o Estado que faz valer as exigências da própria conservação é, em última análise, um problema exclusivamente moral. Não existe regime tão absoluto que possa impedir a

rebeldia de uma consciência honesta; nem existe regime tão democrático que possa evitar o conformismo dos ânimos servis. O caso do cientista que se recusa a desenvolver uma pesquisa científica a ele imposta por razões de Estado é um caso típico de objeção de consciência.

Assim, o nascimento de uma nova categoria de direitos do homem na área da biologia e da genética traz a necessidade da análise da historicidade dos direitos do homem, conforme observa Bobbio (1997, p. 160) na obra *O Tempo da Memória*:

Outro tema sobre o qual me debrucei é o da historicidade dos direitos do homem, que não foram concebidos de uma vez por todas, todos de uma vez. Depois da afirmação dos direitos de liberdade, dos direitos políticos e dos direitos sociais, hoje avançamos sobre uma “nova geração” de direitos, que se afirmam diante das ameaças à vida, à liberdade e à segurança, que provêm do crescimento cada vez mais rápido, irreversível e incontrolável do progresso técnico. Refiro-me em particular ao direito à integridade do próprio patrimônio genético, que vai muito além do tradicional direito à integridade física.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos (VIEIRA, 2003, p. 159-165) divide-se em temas de fundamental importância: a dignidade humana constitui o fundamento ético de todas as normas estabelecidas, bem como do exercício dos direitos dela decorrentes (arts. 1º - 4º).

Na declaração encontramos o genoma como patrimônio da humanidade:

O genoma humano sustenta a unidade fundamental de todos os membros da família humana, assim como o reconhecimento de sua dignidade intrínseca e de sua diversidade”, garantindo sua incolumidade por nele encontrar-se a essência da própria espécie humana: “Em um sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade” (art. 1º da Declaração).

A declaração expressa a preocupação com algumas teorias que em suma procuram, reduzir as virtudes e potencialidades humanas, assim como seus vícios e defeitos, a um preciso e inexorável determinismo genético.

Assim, a Declaração do Genoma Humano salienta que “Cada indivíduo tem direito ao respeito de sua dignidade e de seus direitos, quaisquer que sejam suas características genéticas”, acrescentando que “Essa dignidade impõe não se reduzir os indivíduos às suas características genéticas e respeitar o caráter único de cada um e de suas individualidades” (art. 2º da Declaração).

A Declaração estabelece os direitos das pessoas envolvidas como referencial obrigatório para as pesquisas e suas aplicações tecnológicas (arts. 5º - 8º). O ser humano em função dessa dignidade natural, compartilhada por todos os seres humanos, independentemente de suas características genéticas, tem o direito de ser respeitado em sua singularidade e diversidade (art.2º, "a"). Outra consequência da identificação e materialização da dignidade humana, no respeito ao genoma, encontra-se na proibição de utilizá-lo para ganhos financeiros (art. 4º).

Em relação à regulamentação da pesquisa científica a declaração determina que a pesquisa e aplicações tecnológicas não poderão desrespeitar os direitos do homem, as liberdades fundamentais, a dignidade humana dos indivíduos e de grupos de pessoas.

Contudo, a declaração não se restringe à determinação dos limites legais que visam proteger diretamente a pessoa humana nas pesquisas relacionadas com o genoma humano, estabelecendo condições para o exercício da atividade científica ao prever responsabilidades, dos cientistas e pesquisadores e dos Estados envolvidos nesse tipo de pesquisas (arts.10º - 16º).

No tocante a clonagem de seres humanos, a Carta de Direitos determina: “Práticas que são contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem com fins de reprodução de seres humanos, não devem ser permitidas”, convidando aos países e organizações internacionais à mútua cooperação com a finalidade de identificar práticas de clonagem humana, tomando medidas que forem necessárias para sua proibição (art. 11 da Declaração). No que se refere a clonagem de seres humanos previsto neste artigo Diniz (2008, p. 74) a considera como:

atentória à dignidade do homem, de modo que ela não deve ser permitida. No entanto, a clonagem de embriões humanos para fins terapêuticos poderia ser permitida desde que não se considere que a vida humana comece no momento da concepção, mas sim, a partir da formação do cérebro e do sistema nervoso, o que só ocorre várias semanas após a concepção.

Na verdade, o que se tem é que há uma opção pelo momento do nascimento e da morte, segundo as necessidades do caso. Cite-se, como exemplo, o caso de transplante, em que se considera morta a pessoa no momento de sua morte cerebral.

Dessa maneira, os problemas relativos à quarta geração de direitos do homem, não se limitam à questão da vida e suas condições, mas abrangem também os relativos ao fim da vida, como por exemplo, a morte assistida e à eutanásia, que tornam-se matéria a ser julgada pelos tribunais e debatida pela sociedade civil, sendo necessário a utilização de critérios éticos para a busca de soluções.

Como as grandes declarações do século passado, a declaração visa à defesa das liberdades individuais ao reconhecer que o Projeto Genoma Humano e as pesquisas genéticas são manifestações da liberdade de pesquisa, fundamentais para o progresso do conhecimento, a qual, se fundamenta no princípio da liberdade de pensamento, que deve ter como finalidade a diminuição do sofrimento e a melhoria da saúde do indivíduo e da humanidade (art. 12 da Declaração).

Os deveres de solidariedade e cooperação internacional, no contexto da internacionalização crescente do conhecimento científico, são determinadas na Declaração, através da avaliação dos riscos e benefícios das pesquisas com o genoma humano, da promoção de pesquisas sobre biologia e genética humana, levando-se em conta os problemas específicos dos diferentes países, da utilização dessas pesquisas em favor do progresso econômico e social e assegurando-se o livre intercâmbio de conhecimentos e informações nas áreas de biologia, genética e medicina (art. 19).

Conforme Bobbio (1992, p. 6) a quarta geração de direitos do homem refere-se “aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”. Assim, a Declaração do Genoma Humano, estabeleceu uma nova categoria de direitos

humanos: o direito ao patrimônio genético e a todos os aspectos de sua manifestação.

A concordância dos países signatários estabelece limites aos cidadãos, aos grupos sociais e ao Estado, que se obriga a respeitar as normas da comunidade internacional. A declaração representa uma tentativa de criar uma ordem ético-jurídica intermediária entre os princípios da bioética e a ordem jurídica positiva, o que irá obrigar os países signatários, a incorporar as suas disposições nos seus ordenamentos jurídicos nacionais.

Conclusão

Por sua configuração, o corpo de princípios bioéticos apresentado adquire uma lógica própria se e somente se for analisado desde o referencial lógico dos agentes a que se aplicam: a beneficência, sob o ponto de vista dos provedores de cuidados de saúde; a autonomia pertinente ao paciente ou sujeito da experimentação e; a justiça quanto à sociedade e ao Estado.

Assim sendo, talvez, o mais intrigante desafio pra a inteligência humana nas primeiras décadas do século XXI encontre-se nas questões suscitadas para a ética filosófica e a filosofia do direito, em virtude dos avanços da biologia contemporânea e suas aplicações tecnológicas.

Até porque os avanços científico e tecnológico sempre foram alvos de muitas indagações, tendo em vista a inexistência de limites nas pesquisas realizadas, cuja atuação ocasiona, muitas vezes, indignação, em virtude de, de início, invadirem determinados valores consagrados, tanto na cultura, quanto no ordenamento jurídico do país.

Referências:

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. Tradução da primeira edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi, revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ASTOR, Gerald. *Mengele: o último nazista*. Tradução Sandra Marta Dolinsky. São Paulo: Planeta do Brasil, 2008.

BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 3. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. *O Tempo da Memória*. Tradução de Daniela Versiani; prefácio de Celso Lafer. 5. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. São Paulo: Brasiliense, 1997b.

CONSTANTINOV, Givanildo Nogueira. *Biossegurança & Patrimônio Genético*. Curitiba: Juruá, 2008.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. *Aspectos Jurídicos da Clonagem Reprodutiva de Seres Humanos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

ESTÉFANI, Rafael Junquera de. *Reproducción Asistida. Filosofía Ética y Filosofía Jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998.

FABRIZ, Daury Cesar. *Bioética e Direitos Fundamentais: A Bioconstituição Como Paradigma do Biodireito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GARCIA, Maria. *Limites da Ciência: A Dignidade da Pessoa Humana: A Ética da Responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004.

LAVIÉ, Humberto Quiroga. *Los Derechos Humanos Y Su Defensa Anta La Justicia*. Bogotá: Temis, 1995.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Biodireito: A Nova Fronteira dos Direitos Humanos*. São Paulo: LTR, 2003.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Bioética e Direito*. 2. ed. atual. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2003.

A SUJEIÇÃO PASSIVA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

*Márcio Alexandre Ioti Henrique*¹

1. Noções gerais

A relação jurídica tributária é o vínculo mediante o qual um sujeito ativo possui o direito subjetivo de exigir o pagamento de certa prestação pecuniária (tributo) do sujeito passivo. Este, por outro lado, possui o dever jurídico de cumprir tal obrigação.

Na verdade, com o cumprimento da obrigação tributária instaurada há uma transferência de riquezas do patrimônio do sujeito passivo da relação jurídica tributária para o patrimônio do sujeito ativo.

Pois bem. A matéria da sujeição passiva da relação jurídica tributária deve estar prevista em lei, pois cabe a ela definir os critérios da regra-matriz de incidência tributária, quando da edição de regras instituidoras de exações tributárias.

Agostinho Sartin² assim afirma:

[...] o sujeito passivo da relação jurídica obrigacional tributária é a pessoa obrigada, através ou mediante sua conduta, a carrear aos cofres públicos uma determinada quantia em dinheiro (...). A obrigação de direito tributário nasce, se desenvolve e se extingue não pelo modo como os particulares tenham determinado, mas pela forma que a lei integralmente, tenha disposto, tenha regulado.

Percebe-se, desta forma, que o princípio da legalidade deve ser integralmente observado quando da nomeação de uma pessoa física ou jurídica para ocupar o polo passivo de uma relação jurídica tributária.

Uma vez constante no critério pessoal de uma regra-matriz de incidência tributária, a pessoa física ou jurídica, denominada contribuinte, fará parte do polo passivo da relação jurídica que se instaurará quando da ocorrência no mundo

¹ Advogado, Professor de Direito Tributário, Mestre e Doutorando em Direito Tributário pela PUC/SP.

² SARTIN, Agostinho. Sujeição Passiva no ICM. In: *Revista de Direito Tributário* nº 25/6, p. 178.

fenomênico do fato descrito no antecedente da norma geral e abstrata instituidora do tributo.

No entanto, para ser sujeito passivo de uma relação jurídica tributária, é necessário que a pessoa física ou jurídica preencha uma série de atributos, não podendo jamais ser escolhida de forma arbitrária.

Sábua a lição de Dino Jarach³ quando enfatiza que:

O contribuinte é o sujeito que está obrigado ao pagamento do tributo por um 'título próprio', e, se me permite a expressão, é obrigado por natureza, porque, em relação a ele, se verifica a causa jurídica do tributo.

Isto quer dizer que para ser contribuinte é necessário que a pessoa física ou jurídica esteja de alguma forma conectada ao critério material (hipótese de incidência) da regra-matriz de incidência tributária. É preciso que seja observado o princípio da capacidade contributiva, no sentido de que aquela pessoa eleita para ser sujeito passivo, deve possuir capacidade econômica vinculada ao fato descrito no critério material da norma geral e abstrata.⁴

Importante não confundir a previsão geral e abstrata da lei instituidora da exação tributária, com o fato e, conseqüente, relação jurídica tributária que deflagra o nascimento da norma individual e concreta.

A norma geral e abstrata é aquela que traz em seu antecedente a descrição de um fato de possível ocorrência no mundo social, decomposto em critério material, espacial e temporal. Além disso, referida norma traz em seu conseqüente aquelas possíveis

³ JARACH, Dino. *O fato impositivo – Teoria Geral do Direito Tributário Substantivo*. Tradução de Djalma de Campos. São Paulo: RT. 1989. p. 156.

⁴ A necessidade da observância da capacidade econômica do contribuinte é bem abordada por José Artur Lima Gonçalves (*Princípios informadores do 'critério pessoal da regra matriz de incidência tributária'*. In RDT n° 23/24. p. 261): “Essa afirmação não é pacificamente aceita, mas acreditamos na sua exatidão em face da premissa de que, nos tributos não vinculados, a norma tributária sempre descreve no seu antecedente uma ação ou um estado que tenha conteúdo econômico, que traduza certa capacidade econômica. Por via oblíqua, se admitirmos essa premissa, temos que ligá-la, inexoravelmente, a um (ou mais de um) ente titular dessa capacidade econômica. Esta capacidade pertence a alguém, e esse alguém deve ser o eleito para sujeito passivo da obrigação tributária pelo legislador infraconstitucional. Essa é a tarefa desse Poder Legiferante, descobrir o titular da capacidade econômica indicada pela Constituição.”

peças que podem realizar o fato descrito no antecedente, quem é o ente que pode exigir o pagamento da obrigação (critério pessoal), bem como, qual será a mensuração quando da ocorrência do evento (critério quantitativo).

Somente depois de verificado o fato descrito no antecedente da norma geral e abstrata é que nasce a norma individual e concreta, na qual o antecedente descreverá o fato jurídico efetivamente ocorrido e o conseqüente mostrará quem é o sujeito passivo e ativo do caso concreto, demonstrando, ainda, qual o valor a ser pago a título de tributo, fazendo surgir, desta forma, a relação jurídica tributária.

São dois momentos totalmente distintos e que jamais podem ser confundidos.

No direito tributário, a norma individual e concreta mais comum existente é o lançamento. Através do lançamento é que se constata a ocorrência do fato jurídico tributário e há a deflagração da relação jurídica tributária, em que o sujeito passivo passa a ter o dever jurídico de efetuar o pagamento do tributo, objeto da obrigação.

Feita tal diferenciação, conclui-se que sujeito passivo da relação jurídica tributária é aquela pessoa física ou jurídica que pratica um fato jurídico descrito em um antecedente normativo, motivo pelo qual deve realizar o cumprimento da prestação determinada em lei, devendo entregar dinheiro aos cofres públicos, pois a relação jurídica tributária é desencadeada.

Sem dúvidas que, a partir do momento em que o sujeito passivo entrega dinheiro aos cofres públicos, há uma diminuição coercitiva em seu patrimônio, afetando seu direito de propriedade, bem como sua liberdade.

O pagamento de um tributo é ato compulsório e nunca voluntário. Por tal razão, poder-se-ia pensar que o cumprimento da obrigação tributária seria uma limitação à liberdade do indivíduo, bem como uma afronta ao seu direito de propriedade.

Ocorre que, a instituição de um tributo somente pode ser admitida se for realizada através de uma lei (princípio da legalidade) e de acordo com os requisitos existentes no ordenamento jurídico pátrio.

Desta forma, a lei que institua qualquer espécie tributária deve estar pautada nos princípios constitucionais e nos princípios constitucionais tributários.

O princípio constitucional do direito à propriedade e o princípio da liberdade devem ser sempre levados em consideração, pois são verdadeiras garantias individuais.

Os princípios constitucionais são limitadores do poder tributante e servem para expressar os objetivos básicos do Estado Democrático de Direito. Desta forma, o Estado, enquanto ente tributante, deve ficar adstrito aos freios impostos pelo sistema, podendo, no entanto, instituir exações tributárias que não confrontem com as garantias fundamentais dos cidadãos.

2. Previsão constitucional do sujeito passivo tributário

A existência de previsão do sujeito passivo tributário no próprio texto constitucional é tema que gera inúmeras controvérsias.

Para a correta análise de referido tema, é preciso que se tenha em mente a espécie de sistema constitucional tributário adotado pelo ordenamento jurídico.

Vários países possuem um sistema constitucional flexível, isto é, a Carta Magna de tais países trazem tão somente alguns princípios norteadores para o legislador ordinário, o qual possui, assim, ampla liberdade para interpretar e criar normas de acordo com o desenvolvimento da sociedade e as necessidades de cada época.

Contudo, este não é o caso do Brasil.

A Constituição Federal, em matéria tributária, praticamente esgotou o tratamento do assunto em seu texto. O constituinte disciplinou de forma exaustiva o tema tributário, cabendo ao legislador ordinário a simples função de regulamentação.

Trata-se de um sistema exaustivo, em que os veículos normativos infraconstitucionais não podem alterar, contrariar ou limitar qualquer preceito constitucional.⁵

⁵ Precisa a lição de Geraldo Ataliba (*Sistema constitucional tributário brasileiro. Revista dos Tribunais*, p. 17): “O constituinte brasileiro esgotou a disciplina da matéria tributária, deixando à lei, simplesmente, a função regulamentar. Nenhum arbítrio e limitadíssima esfera de discricção foi outorgada ao legislador ordinário. A matéria tributária é exaustivamente retratada pela nossa Constituição, sendo o nosso sistema tributário todo moldado pelo próprio constituinte, que não abriu à lei a menor

O legislador ordinário deve respeito absoluto ao texto constitucional, agindo conforme os ditames elencados na Carta Magna, caso contrário, suas criações legislativas restarão em total dissonância e, restarão, fadadas à inconstitucionalidade.

À vista disso, é notório que a Constituição Federal estabeleceu uma rígida repartição de competências, destinando a cada ente político um determinado número de impostos.

Além disso, o texto constitucional elencou quais são as materialidades que podem ser tributadas pelas pessoas políticas.

Desta forma, a obediência à Constituição Federal, pelo legislador infraconstitucional, deve ocorrer inclusive com relação às regras-matrizes de incidência tributária.

Pode-se afirmar, portanto, que as principais diretrizes para a instituição, arrecadação e fiscalização das exações tributárias, encontram-se disciplinadas no texto constitucional.

Ante tais afirmações, verifica-se que os critérios das regras-matrizes de incidência dos tributos devem estar, pelo menos, indicados na Constituição Federal.

Isto significa que é possível extrair do texto constitucional os sujeitos passivos possíveis de cada exação tributária.⁶

possibilidade de criar coisa alguma – se não expressamente prevista – ou mesmo introduzir variações, não prévia e explicitamente, contempladas.”

Em outro trabalho, desta vez com Cléber Giardino (*Responsabilidade tributária – ICM – Substituição Tributária – Lei Complementar 44/83*. In *Revista de Direito Tributário* nº 34. p. 211), há a seguinte menção: “... a Constituição não consiste num simples repositório de recomendações a serem atendidas, ou não, pelo legislador à sua vontade; pelo contrário, para ser Lei Maior, impõe inexoravelmente que a ordenação legislativa ordinária venha estabelecer prescrições em absoluta e rigorosa consonância com suas diretrizes e imperativos.”

⁶ Este posicionamento que é defendido no presente artigo não é unânime na doutrina. Muitos autores entendem que cabe aos entes políticos indicar quem deva ser o sujeito passivo da exação tributária quando da edição da lei instituidora do tributo. Desta forma, a nomeação do sujeito passivo tributário seria uma atividade infraconstitucional. Para ilustrar tal ponto de vista, pode-se transcrever o entendimento de Maria Rita Ferragut (*Responsabilidade tributária: Conceitos fundamentais*. In *Responsabilidade Tributária*. Dialética. 2007. São Paulo. p. 10):

“Desconhecemos a existência de qualquer norma constitucional que indique quem deva ser o sujeito passivo de uma relação jurídica tributária. Por isso, entendemos que a escolha é infraconstitucional.

Tome-se como exemplo o ITBI: o artigo 156, II, da Constituição, não estabelece quem deva ser contemplado pela lei como contribuinte, vale dizer, se o alienante do bem imóvel ou o adquirente. A Carta Magna prevê apenas a materialidade passível de tributação, e a competência dos Municípios para tributa-la.

No trabalho conjunto entre Geraldo Ataliba e Aires F. Barreto⁷, os autores tratam o presente assunto da seguinte maneira:

Na própria designação constitucional do tributo já vem implicitamente dito ‘quem’ será o seu sujeito passivo. No quadro dos contornos fundamentais da hipótese de incidência dos tributos – que estabelece a Constituição Federal ao instituir e partilhar competências tributárias, entre União, Estados e Municípios – está referido, inclusive, o sujeito passivo do tributo, aquela pessoa que, por imperativo constitucional terá o seu patrimônio diminuído como consequência da tributação.

Outro não é o entendimento de José Artur Lima Gonçalves⁸:

Não basta, portanto, que a eleição do sujeito passivo seja veiculada por lei. Essa indicação é limitada, em nosso entender, pela própria Constituição. Este diploma, de maneira mais ou menos flexível, indica os possíveis sujeitos passivos, ou as possibilidades que o legislador infraconstitucional tem para elegê-los, sempre sobre a sombra do princípio da isonomia.

Por óbvio que não há no texto da Lei Maior artigos explícitos que tragam expressamente quais as pessoas que podem figurar no polo passivo da relação jurídica tributária. No entanto, existem parâmetros e critérios que devem ser seguidos durante o processo legislativo infraconstitucional, entre eles os grandes princípios constitucionais, que acabam por definir implicitamente os reais contribuintes de cada exação tributária.

Trata-se de um trabalho de interpretação, mediante o qual o cientista do direito deve construir do texto constitucional as particularidades de cada imposto, bem como o sujeito passivo de cada exação.

Como todas as materialidades referem-se a um comportamento de pessoas (um fazer, um dar, um ser), elas pressupõem a existência do realizador da conduta humana normativamente qualificada. É ele, certamente, quem praticará o fato passível de tributação, manifestador de riqueza. Mas não é ele, obrigatoriamente, quem deverá manter uma relação jurídica tributária com o Fisco.”

⁷ ATALIBA, Geraldo e BARRETO, Aires F. *Substituição e Responsabilidade Tributária*. In Revista de Direito Tributário nº 49. p. 73.

⁸ GONÇALVES, José Artur Lima. *Princípios informadores*. Op. Cit. p. 261.

Admitir a possibilidade de o legislador infraconstitucional escolher indistintamente os ocupantes do polo passivo da relação jurídica tributária seria o mesmo que permitir que tal legislador efetuasse mudanças no Texto Magno.

Por tal motivo é que não se pode prestigiar o posicionamento adotado por Alfredo Augusto Becker, que entendia ser possível ao legislador infraconstitucional escolher livremente o indivíduo que ocuparia o polo passivo da relação jurídica tributária. Para referido autor⁹:

O legislador, ao estruturar a regra jurídica tributária, tem liberdade (com as duas únicas ressalvas abaixo indicadas) de escolher qualquer pessoa (física, jurídica ou estatal) para sujeito passivo da relação jurídica tributária. Este sujeito passivo poderá ser pessoa que esteja ligada à hipótese de incidência por relação de natureza social ou geográfica ou física ou jurídica (ex.: procurador ou vendedor, etc) e até poderá ser pessoa que nenhuma relação tenha com a hipótese de incidência.

Como já ventilado, o sistema constitucional tributário brasileiro é rígido e exaustivo. Assim, toda matéria legislativa infraconstitucional deve obediência aos ditames constantes na Lei Maior. Para uma lei ser válida e, portanto, pertencer ao sistema do direito positivo, ela deve ter sido criada de acordo com a Constituição Federal, sem alterar suas disposições e sem afrontar seus artigos.

Insta analisar, nesta oportunidade, a sujeição passiva dos tributos existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

3. Os sujeitos passivos dos tributos vinculados e não-vinculados

A classificação dos tributos sempre foi tema bastante tormentoso na esfera doutrinária, havendo grande divergência entre os autores. O único ponto pacífico entre os cientistas do direito é que qualquer classificação das espécies tributárias deve ter como marco inicial a Constituição Federal.

⁹ BECKER, *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Lejus. 1998. p. 279.

É importante esclarecer que no presente estudo é adotada a classificação das espécies tributárias, segundo a qual existem os tributos vinculados e os tributos não-vinculados.

A classificação em tributos vinculados e não-vinculados, inicialmente proposta por Geraldo Ataliba, é bastante difundida e aceita na doutrina¹⁰, pois leva em consideração tão somente elementos existentes na seara tributária, não misturando conceitos de outros ramos do direito, ou da ciência financeira e econômica, por exemplo.

Referida classificação leva em consideração o critério material constante do antecedente da norma geral e abstrata, no sentido de referido critério estar ou não vinculado a uma atividade do poder público. Em outras palavras, o que realmente importa, é saber se, uma vez pago o tributo, a Administração Pública deve ou não realizar uma determinada atividade a título de contraprestação.

Neste contexto, na concepção deste trabalho, os tributos não-vinculados seriam os impostos, ao passo que os tributos vinculados seriam as taxas e as contribuições de melhoria. Os empréstimos compulsórios e as contribuições (contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico e contribuições para entidades de classe) podem assumir caráter vinculado ou não-vinculado de acordo com o caso concreto.

Deve-se passar, nesta oportunidade, à análise dos sujeitos passivos dos tributos vinculados e não-vinculados.

Com relação aos tributos não-vinculados, que são aqueles cobrados pelo Poder Público sem que haja a necessidade da Administração realizar qualquer espécie de atividade em contrapartida, a análise da sujeição passiva é tema bastante árido e tormentoso.

¹⁰ A doutrina proposta por Geraldo Ataliba foi, inclusive, adotada por autores estrangeiros, como é o caso do argentino Hector B. Villegas (*Curso de finanzaz, derecho financiero y tributário*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 2005. Buenos Aires), que escreveu: “*En el impuesto, la prestación exigida es independiente de toda actividad estatal relativa a su persona, mientras que en la tasa existe una actividad del Estado materializada en la prestación de un servicio que afecta de alguna manera al obligado. En la contribución especial tenemos también una actividad estatal, con la particularidad de que ella es generadora de un beneficio para el llamado a contribuir.*”

O ponto principal que se deve ter em mente é a rigidez do sistema constitucional tributário brasileiro, como já amplamente abordado. Dessa rigidez sistemática, decorre a repartição de competência das pessoas políticas, sendo que a Constituição Federal disciplina em seu texto quais são os impostos cabíveis à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Além disso, também encontram-se expressas no texto constitucional todas as materialidades que são passíveis de tributação pelos entes competentes, ou seja, há a indicação de todas as situações que podem figurar no antecedente de uma norma geral e abstrata instituidora de uma exação tributária.

A partir de tal fato, é possível verificar que existe uma indicação dos possíveis sujeitos passivos de cada um dos tributos não-vinculados na Carta Magna.

Referida indicação fica ainda mais evidente quando se faz a conjunção entre as materialidades possíveis de serem tributadas, previstas na Constituição Federal, e o princípio da capacidade contributiva.

O princípio da capacidade contributiva elenca, ainda que de forma indireta, aquelas pessoas que podem ser obrigadas ao pagamento do tributo e tal indicação deve ser levada em consideração pelos legisladores infraconstitucionais quando da efetiva instituição do tributo.

Isto porque, o princípio sob comento faz com que cada pessoa contribua de acordo com a sua capacidade econômica (capacidade contributiva relativa). E mais, exige que o legislador escolha eventos do mundo social para serem tributados, que sejam economicamente mensuráveis, ou seja, deve haver cunho econômico (capacidade contributiva absoluta).

Nas palavras de Regina Helena Costa¹¹:

Fala-se em capacidade contributiva absoluta ou objetiva quando se está diante de um fato que se constitua numa manifestação de riqueza; refere-se o termo, nessa acepção, à atividade de eleição, pelo legislador, de eventos que demonstrem aptidão para concorrer às

¹¹ COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 26.

despesas públicas. Tais eventos, assim escolhidos, apontam para a existência de um sujeito passivo em potencial.

Diversamente, a capacidade contributiva relativa ou subjetiva – como a própria designação indica – reporta-se a um sujeito individualmente considerado. Expressa aquela aptidão de contribuir na medida das possibilidades econômicas de determinada pessoa.

Isto posto, pode-se afirmar que somente aquela pessoa que realiza o fato de cunho econômico no mundo social é que deve ser considerada como sujeito passivo da exação tributária correspondente. Em outras palavras, aquele que possui capacidade contributiva para realizar o fato descrito no antecedente de uma norma geral e abstrata é quem pode ocupar o polo passivo da relação jurídica tributária que se desencadeará.

Neste sentido, Geraldo Ataliba¹² leciona:

Nos impostos, o sujeito passivo é alguém de alguma forma relacionado com o fato posto como aspecto material da hipótese de incidência, de modo que se infira ser o titular da capacidade contributiva onerada.

No tocante aos tributos vinculados, apesar de possuírem competência concorrente, no sentido de que podem ser instituídos por quaisquer dos entes políticos, a Constituição Federal elenca em seu texto as materialidades possíveis de referidas exações tributárias.

De acordo com o artigo 145 da Constituição Federal:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;

III – contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

Ora, percebe-se claramente em tais espécies tributárias que a Carta Magna, novamente, elencou quem são os indivíduos que podem figurar no polo passivo da relação jurídica tributária dos tributos vinculados.

¹² ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 88.

Com referência às taxas, somente pode figurar como sujeito passivo aquelas pessoas que utilizem serviços públicos ou então desfrutem de algum ato concernente ao poder de polícia¹³. Tais indivíduos encontram-se conectados às materialidades das taxas.¹⁴

No caso das contribuições de melhoria, o sujeito passivo deverá ser aquele indivíduo que se beneficiar com uma valorização imobiliária em decorrência de uma determinada obra pública.

Desta forma, apenas o proprietário do imóvel que sofreu valorização pela realização de uma obra pública é que pode figurar no polo passivo da relação jurídica tributária.

Neste diapasão, José Artur Lima Gonçalves¹⁵ entende que:

Vê-se, pois, que há expressa disposição constitucional exigindo que o sujeito passivo tenha relação direta ou indireta com a atividade estatal que dá ensejo à cobrança do tributo vinculado, no caso, taxa. Na contribuição de melhoria, a situação é exatamente a mesma, só podendo sofrer a exação o administrado que tiver tido a valorização imobiliária em função da obra efetuada pelo Estado.

Conclui-se, então, que a eleição de outros indivíduos, por parte do legislador infraconstitucional, para que ocupem o polo passivo da relação jurídica tributária que não aqueles previstos na Constituição Federal, é passível de inconstitucionalidade, não havendo, assim, qualquer liberdade para o legislador ordinário na escolha de tais indivíduos.

¹³ Fiel ao seu posicionamento sobre a liberdade do legislador na escolha do sujeito passivo das exações tributárias, tema já abordado nesta dissertação, Alfredo Augusto Becker entende que: “*Note-se que a liberdade para escolher o sujeito passivo existe também no tocante às taxas. O sujeito passivo da taxa não precisa ser a pessoa que recebe o serviço estatal, nem a pessoa que o tem a sua disposição. Ele pode, perfeitamente (com as duas únicas ressalvas abaixo indicadas), ser qualquer pessoa. A natureza jurídica da taxa (como tributo distinto do imposto) resulta do núcleo (base de cálculo) de sua hipótese de incidência e não da relação (física ou econômica ou geográfica) de uma pessoa com o serviço estatal (ou coisa estatal). O serviço (ou coisa) estatal é que constitui o núcleo (base de cálculo) da hipótese de incidência da taxa.*” (Teoria. Ob. Cit. p. 279).

¹⁴ Utilizado-se, uma vez mais as lições de Geraldo Ataliba (*Hipótese*. Op. Cit. p. 157), tem-se que: “*Sujeito passivo da taxa será, pois, a pessoa que requer, provoca ou, de qualquer modo, utiliza o serviço público específico e divisível, ou o tem à sua disposição (nos casos de taxa de serviço), ou cuja atividade requer fiscalização e controle públicos (taxas ‘de polícia’).*”

¹⁵ GONÇALVES, José Artur Lima. *Princípios informadores*. Op. Cit. p. 264.

4. O sujeito passivo tributário no Código Tributário Nacional

A despeito das conclusões apontadas no item anterior, é possível notar que o Código Tributário Nacional, que é a mais ampla lei complementar em matéria tributária vigente atualmente no país, não trata a matéria da sujeição passiva de forma tão simples.

Reza o artigo 121 do Código Tributário Nacional:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa em lei.

A partir da análise de referido dispositivo legal, pode-se afirmar que o legislador complementar idealizador do Código Tributário Nacional não se contentou com a esfera de competência conferida pela Constituição Federal e entendeu por bem alargar o conceito de sujeito passivo da obrigação tributária, colocando no polo passivo da relação jurídica correspondente indivíduos diversos daqueles elencados no Texto Maior.

Esta atitude do legislador infraconstitucional culminou com o surgimento de figuras, no ordenamento jurídico brasileiro, que não possuem qualquer relação com a ocorrência do fato jurídico tributário constante do critério material da regra-matriz de incidência tributária, mas que, mesmo assim, podem ser chamadas de sujeitos passivos.

Há casos, ainda, em que a relação com a ocorrência do fato jurídico tributário é transferida episodicamente para terceiros que não praticaram qualquer ato que configurasse o acontecimento previsto na norma geral e abstrata.

Fato é que a classificação adotada pelo Código Tributário Nacional partiu do entendimento defendido por Rubens Gomes de Sousa, para quem os sujeitos passivos poderiam ser classificados em diretos e indiretos.

Sujeitos passivos diretos seriam aqueles que realizam o fato jurídico tributário e pagam um determinado tributo em nome próprio, eis que seu patrimônio é que sofrerá uma redução em favor do Poder Público. Na verdade, o sujeito passivo direto seria o verdadeiro contribuinte.

Por outro lado, sujeito passivo indireto seria aquele indivíduo que, por determinação legal, deveria efetuar o pagamento do tributo a título alheio, eis que em momento algum teve qualquer relação com o fato jurídico tributário. Para referido autor, a obrigação tributária, nestas hipóteses, já nascia tendo como ocupante do polo passivo da relação jurídica tributária o sujeito passivo indireto.

A sujeição passiva indireta, neste entendimento, comportaria várias espécies: a transferência (por solidariedade, sucessão e responsabilidade)¹⁶ e a substituição. Na substituição, a lei substitui o sujeito passivo direto por outro, desde logo. A transferência, diferentemente, surge em momento posterior ao nascimento da obrigação tributária. Explicando de outro modo, a obrigação tributária nasce em face do sujeito passivo direto, mas, posteriormente, é transferida para o sujeito passivo indireto.

O posicionamento adotado por Rubens Gomes de Sousa foi seguido por vários outros cientistas do Direito, dentre eles pode ser citado o jurista Agostinho Sartin¹⁷, para quem:

A doutrina tributária brasileira, representada, especialmente, por Rubens Gomes de Sousa e Amílcar de Araújo Falcão, faz uma distinção entre o sujeito passivo direto e o sujeito passivo indireto da obrigação jurídico-tributária. Diz essa doutrina que o sujeito passivo direto da obrigação jurídico-tributária é sempre aquela pessoa que tem uma relação direta e pessoal com a situação, com o fato ou com o ato que constitui o fato gerador da obrigação tributária. É a pessoa, no dizer de Rubens Gomes de Sousa, que tem uma vantagem econômica direta na situação que constitui o fato gerador da obrigação tributária. Este sujeito passivo direto responderá sempre por um débito tributário,

¹⁶ Para Rubens Gomes de Sousa: “(a) Solidariedade: é a hipótese em que duas ou mais pessoas sejam simultaneamente obrigadas pela mesma obrigação; (b) Sucessão: é a hipótese em que a obrigação se transfere para outro devedor em virtude do desaparecimento de devedor original; (c) Responsabilidade: é a hipótese em que a lei tributária responsabiliza outra pessoa pelo pagamento do tributo, quando não seja pago pelo sujeito passivo direto.” (Compêndio de Legislação Tributária. Póstuma. 1975. São Paulo. p. 92).

¹⁷ SARTIN, Agostinho. *Sujeição Passiva no ICM*. In Revista de Direito Tributário nº 25. p. 179.

por uma obrigação tributária que é própria. A responsabilidade por dívida pessoal é o critério central que permite a essa doutrina separar o sujeito passivo direto e o sujeito passivo indireto da obrigação tributária, porque o sujeito passivo indireto seria aquele que responde perante o sujeito ativo, perante o Estado ou quem lhe faça as vezes, não por uma dívida própria, mas sim por uma dívida de terceiro. A obrigação de pagar o tributo teria nascido para uma terceira pessoa, que seria o sujeito passivo direto, que está relacionada com o fato gerador; segundo Rubens Gomes de Sousa, tem uma vantagem econômica no ato ou fato consistente no fato gerador.

O sujeito passivo indireto teria também uma relação com esse fato gerador, não uma relação direta e pessoal, mas uma relação qualquer estabelecida pelo Direito ou mesmo pelos fatos, sempre uma relação indireta, sempre respondendo por dívidas de terceiros, não por dívida própria. Este critério doutrinário de se responder por dívida própria ou por dívida de terceiros é o critério que separa o sujeito passivo direto do indireto da obrigação tributária.

Críticas à teoria proposta por Rubens Gomes de Sousa surgiram, no sentido de que não há que se falar em sujeitos passivos diretos e indiretos, eis que todos aqueles que são devedores da prestação pecuniária, estando no pólo passivo da relação jurídica tributária, devem ser considerados sujeitos passivos diretos. Referida crítica, encabeçada por autores como Paulo de Barros Carvalho e Cléber Giardino, diz, ainda, que os critérios utilizados para classificar um indivíduo como sujeito passivo indireto são meta-jurídicos, não sendo importante, desta forma, para o Direito.¹⁸

Na verdade, a doutrina proposta por Rubens Gomes de Sousa traz em seu bojo critérios pré-jurídicos, que realmente são de relevância para o legislador no momento de criação da regra tributária. Contudo, a partir do momento em que são utilizados fatos econômicos, financeiros e outros não essencialmente jurídicos, não há qualquer relevância para o sistema do direito positivo.

Feitas tais ressalvas e apesar de se entender que sujeito passivo da obrigação tributária (contribuinte) é somente aquele indivíduo que pode realizar o fato jurídico descrito no critério material da regra-matriz de incidência tributária, pois com tal fato

¹⁸ Paulo de Barros Carvalho assim se manifesta: “(...) não há em termos propriamente jurídicos, a divisão dos sujeitos em diretos e indiretos, que repousa em considerações de ordem eminentemente factuais, ligadas à pesquisa das discutíveis vantagens que os participantes do evento retiram de sua realização. Interessa, do ângulo jurídico-tributário, apenas quem integra o vínculo obrigacional”. (Curso de Direito Tributário. 16ª edição. Saraiva. 2004. São Paulo. 301).

mantém relação econômica (capacidade contributiva), de acordo com os ditames constitucionais, há de se admitir a possibilidade da eleição de terceiras pessoas para efetuarem o pagamento da exação tributária, pois o Código Tributário Nacional assim disciplina.

Para tanto, é necessário frisar que a eleição de terceira pessoa para efetivamente pagar o tributo não pode ser arbitrária e ficar ao bel prazer do legislador infraconstitucional. O espírito da Constituição Federal deve ser sempre lembrado e seus princípios devem ser obrigatoriamente seguidos.¹⁹

No entanto, referido diploma legal é bastante impreciso. Ele utiliza os termos substituição e responsabilidade indistintamente, o que causa inúmeras confusões doutrinárias e, principalmente, no momento da aplicação do Direito Positivo.

Isto ocorre, pois o Código Tributário Nacional adotou, como já dito, a teoria de sujeito passivo direto e indireto proposta por Rubens Gomes de Sousa e, por tal motivo, todos os casos de sujeição passiva indireta foram agrupados sob o rótulo de responsabilidade.

5. Conclusão

Cabe, assim, à Ciência do Direito desvendar a real intenção do legislador infraconstitucional quando da utilização de referidos termos, definindo e conceituando ambos os institutos, a fim de que não parem dúvidas no momento de suas aplicações.

Conclui-se, portanto, que o tema da sujeição passiva no direito tributário está longe de ser unânime. No entanto, o que se deve ter em mente é que toda a análise deve partir sempre dos dispositivos constitucionais, para depois serem analisadas as legislações infraconstitucionais, sob pena de afronta a diversos princípios tributários,

¹⁹ Neste sentido, é digna de nota a afirmação de José Artur Lima Gonçalves: “Destarte, a lei ordinária, desde que garanta a eficácia dos princípios constitucionais, pode eleger outra pessoa que não a indicada, implícita ou explicitamente, pela Constituição, para figurar no pólo passivo da relação jurídica tributária (...).” (Princípios informadores. Ob. Cit. p. 262).

que uma vez ofendidos, gerarão a inconstitucionalidade da regra inserida no ordenamento jurídico pátrio.

Referências:

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª edição. São Paulo: Malheiros. 2006.

_____. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ATALIBA, Geraldo; BARRETO, Aires F. Substituição e Responsabilidade Tributária. *Revista de Direito Tributário* nº 49.

BECKER. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Lejus. 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 16 ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 26.

FERRAGUT, Maria Rita. Responsabilidade tributária: Conceitos fundamentais. In: *Responsabilidade Tributária*. São Paulo: Dialética. 2007.

GIARDINO, Cléber. Responsabilidade tributária – ICM – Substituição Tributária – Lei Complementar 44/83. *Revista de Direito Tributário* nº 34.

GONÇALVES, José Artur Lima. Princípios informadores do ‘critério pessoal da regra matriz de incidência tributária’. *RDT* nº 23/24.

JARACH, Dino. *O fato imponible – Teoria Geral do Direito Tributário Substantivo*. Tradução de Djalma de Campos. São Paulo: RT. 1989.

SARTIN, Agostinho. Sujeição Passiva no ICM. In: *Revista de Direito Tributário* nº 25/6.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de Legislação Tributária*. São Paulo: Póstuma. 1975. São Paulo.

VILLEGAS, Hector B. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. 2005.

CURRÍCULO: QUESTÕES ATUAIS NOS CURSOS DE DIREITO ¹

Lucia Helena de Andrade Gomes ²

Inicialmente, quero agradecer ao nosso Presidente Dr. Dircêo Torrecillas Ramos o convite para compartilhar e dialogar com meus colegas, membros da Comissão de Ensino Jurídico OAB, SP, algumas considerações acerca do tema currículo: questões atuais nos cursos de Direito. Farei uma breve exposição dos conceitos de currículo e a formação de uma matriz curricular nos cursos de Direito.

1. Conceitos

- Na Educação, *o currículo não se esgota em si mesmo*, deixando antever um fenômeno inacabado e sempre dinâmico. Sabe-se que o currículo escolar é um dos pontos mais difíceis a serem enfrentados pelas instituições acadêmicas;
- Inicialmente pensávamos em currículo como um programa de disciplinas com conteúdos a serem desenvolvidos em determinado curso. Esta noção restrita e parcial ainda habita na construção de vários projetos pedagógicos em nosso país. Os cursos de forma geral seguem ao currículo prescrito emanado das determinações legais, no entanto, em cada instituição o currículo formal é implementado de acordo com as peculiaridades da instituição. O mais relevante é o currículo oculto aquele que efetivamente ocorre nas salas de aulas, nos corredores e enfim em todo o espaço acadêmico. O currículo oculto tem papel importante no desempenho dos discentes.
- O currículo deve ser pensado de forma ampla, uma matriz curricular formada a partir da missão do curso, da concepção e do perfil do egresso. Neste sentido, é imperioso visualizar uma matriz curricular, que contemple o objeto de estudo de

¹ Palestra proferida aos Membros da Comissão de Ensino Jurídico, OAB-SP. 03/06/2015.

² Advogada, Mestre em Psicologia da Educação e Doutora em Educação: Currículo PUC (SP) Profa. e Coordenadora de Monografias Jurídicas no Centro Universitário Padre Anchieta (UNIANCHIETA).

forma multidisciplinar, interdisciplinar e transdisciplinar, rompendo com o olhar fragmentado acerca do conhecimento. Trata-se de uma ruptura com o ensino dogmático, uma busca de empreender uma concepção ampla do ensino e aprendizagem nos cursos de direito.

2. Matriz curricular

GOODSON (1952, p.2) afirma que o processo de fabricação do currículo não é um processo lógico, mas de um processo social no qual convivem lado a lado com fatores lógicos, epistemológicos, intelectuais, determinantes sociais menos nobres e menos formais, tais interesses, rituais, conflitos simbólicos e culturais, necessidades de legitimação e controle de propósitos de dominação dirigidos por fatores ligados à classe, à raça e ao gênero. O currículo está, portanto articulado ao poder e à ideologia. Como componente da cultura, recria e reproduz significados e poderes. Por outro lado, currículo também está articulado às relações de poder transformador.

Por outro lado, currículo também está articulado às relações de poder transformador. Nós educadores devemos iniciar um movimento para construir um currículo holônico. A Resistência (Giroux, 1983) deve permear as nossas ações, para que possamos avançar efetivamente na consolidação de uma ordem social mais justa.

Devemos empreender formas contra hegemônicas para possibilitar um currículo que possa abranger todos os aspectos da sociedade e que no Direito propicie conhecimentos que venham atender as novas exigências sociais como a Bioética, a informática, reforma agrária (antiga e atual), as crianças, os idosos, sindical, deficientes, os índios, transplantes, entre outros.

Buscaremos despertar uma reflexão em torno dos cursos jurídicos no Brasil, priorizando os aspectos pedagógicos e educacionais, pontuando o processo de construção de um Projeto Pedagógico participativo, no Curso de Direito, que atenda as necessidades atuais da sociedade. Ao nos centralizarmos em aspectos pedagógicos e educacionais, retomamos a questão imposta por SANTOS (2002, p.3):

Como discutir, afinal, o ensino jurídico, sem discutir educação?

JUNQUEIRA (1999, p.8) em seus estudos a respeito das faculdades de Direito em nosso país, ressalta:

as faculdades de direito estão se transformando em fábricas de ilusões. Os alunos entram para a faculdade sonhando com a carreira de magistrado. Todos- ou quase todos- querem ser juízes. No entanto, muitos ficam pelo caminho...

FRAGALE (2002, p.101-102) ao estudar o impacto das mudanças legislativas nos projetos pedagógicos e a insegurança causada por essas em torno da elaboração dos projetos pedagógicos questiona:

Que grade adotar?... pela Portaria 1886/94... a partir do Parecer 146/02... Que modelo pedagógico adotar ?

SILVA (2004, p.17) ao analisar as teorias de currículo afirma:

As teorias do currículo estão situadas num campo epistemológico social. As teorias do currículo estão no centro de um território contestado. É precisamente a questão do poder que vai separar as teorias tradicionais das teorias críticas e pós-críticas do currículo.

3. Diretrizes curriculares: curso de direito

Os Cursos de Direito têm sofrido vários impactos de alterações legislativas impondo novos modelos curriculares.

RODRIGUES, (2005, p.150), ao refletir a respeito do ensino do Direito no século XXI, assinala:

atualmente o que se tem são projetos descritivos do que é o curso, com pequenas menções ao como o curso efetivamente será administrado pedagogicamente para que se atinjam os seus objetivos. Nesse sentido, o que se tem atualmente apenas formalmente pode ser chamado de projeto pedagógico. Em termos materiais com raríssimas exceções, não há, atualmente, projetos pedagógicos.

Em nossa instituição, um professor do curso costuma dizer: “o curso de Direito é um curso de medicina sem cadáver”, para enfatizar a distância entre a teoria e a prática jurídica, extremamente nociva para a formação dos futuros profissionais.

O Curso de Direito deve formar profissionais qualificados para fazer frente às novas exigências sociais e consonância com os avanços da sociedade tecnológica e científica. Um ensino-aprendizagem voltado para a formação integral dos futuros bacharéis, conscientes do papel que desempenharão na sociedade, buscando romper com o *status quo* e ampliando novas fronteiras para a democratização e socialização do saber.

BORBA (2005) ao refletir acerca do tema afirma:

Projeto Político Pedagógico é um processo de reflexão permanente sobre as experiências vivenciadas, os conhecimentos disseminados, ao longo do processo de formação profissional, e a interação entre o curso e o contexto local, regional e nacional.

VEIGA (1995, p.13) assegura que o “Projeto Político Pedagógico deve ser entendido como a própria organização do trabalho pedagógico”. Esta organização deve ser construída coletivamente, buscando superar conflitos, arquitetar a identidade da instituição, sua história, cultura, em uma gestão democrática. É um processo dialético e dinâmico, deve estar sempre em construção, atualizado...

A flexibilidade do planejamento e organização curricular, quando gestada de forma colegiada possibilita ao grupo atuar com criatividade, integrar a teoria e prática, oportunizar aos discentes a eleição de disciplinas optativas que contribuam para áreas específicas de seu interesse para a atuação profissional. BORBA (2005) assinala a flexibilização curricular em dois eixos:

- a) flexibilidade de percurso: oferecimento de trajetória alternativo aos alunos- núcleo comum e formação complementar, aberta e pré-estabelecida;
- b) flexibilidade de forma: aproveitamento de várias atividades acadêmicas.

Esta flexibilidade curricular proposta vem ao encontro de um anseio de mestres e alunos dos Cursos de Direito, pela amplitude da ciência jurídica, pelos ramos do Direito que contemplam novas exigências da sociedade e do mundo globalizado e principalmente da necessidade ímpar imposta aos bacharelados de aprofundamento na área de atuação profissional. Obviamente esta organização implementar-se-á após a definição da missão da instituição, da concepção do curso e do perfil do profissional desejado em um diálogo coletivo pela comunidade acadêmica.

A formatação da Matriz Curricular foi um dos pontos nevrálgicos na consolidação da proposta coletiva. Considerando-se que a e Perfil Profissiográfico haviam sofrido grandes alterações, as quais mudaram o direcionamento do enfoque pedagógico do curso, indubitavelmente que a Matriz Curricular sofreu profundas mudanças, com o objetivo de contemplar uma formação humana, além da técnica.

A construção de uma Matriz Curricular é efetivada a partir da Missão, Concepção, Objetivos e do perfil profissiográfico. Para suprir possíveis lacunas poderão ser oferecidas nas Atividades Complementares, opcionais, disciplinas que enfoquem: o Direito do Idoso, Direito do Deficiente, Sociologia Contemporânea, História do Direito, Português Jurídico entre outras. A educação à distância, semipresencial, será efetivada neste formato, de atividade complementar.

4. Interdisciplinaridade e *transdisciplinaridade*

As mudanças propostas na matriz curricular serão efetivadas mediante a implementação da Interdisciplinaridade. Temos ciência das inúmeras dificuldades para que os professores do curso de direito venham a ter um olhar mais amplo do conhecimento. No escólio de FAZENDA “é preciso olhar o fenômeno sob múltiplos enfoques, o que vai alterar a forma como habitualmente conceituamos”.³

³ FAZENDA, Ivani Catarina Arantes (org.) Dicionário em Construção: Interdisciplinaridade. São Paulo: Cortez, 2001, p. 15.

No convívio cotidiano percebe-se entre os docentes a valorização de uma disciplina em detrimento de outra. FURMANN (2005) analisa com muita propriedade o tema:

A questão da interdisciplinaridade no ensino jurídico aparece como um dos pontos mais urgentes na reforma cultural. O professor de direito, antes de buscar o diálogo com professores de outras áreas do conhecimento preferem ser interdisciplinares lendo sozinhos, obras de outras áreas do conhecimento. O jurista lendo um livro de antropologia, antes de ponderar pela sua metodologia de pesquisa e conhecimento, cita frases como se o antropólogo fosse um jurisconsulto romano. Essa atitude revela certa “arrogância” acadêmica, na qual o jurista concebe-se como intelectual superior.⁴

Como salienta CORTELLA⁵, “não há conhecimento que possa ser apreendido e recriado se não se mexer, inicialmente, nas preocupações que as pessoas detêm...” A atitude diante do conhecimento influencia a própria produção do conhecimento e o conhecimento, como diz CORTELLA⁶, “é fruto da convenção, isto é, de acordos circunstanciais que não necessariamente representam a única possibilidade de interpretação da realidade”.

O Projeto Pedagógico revisado prevê formas de realizar a Interdisciplinaridade ao propor um diálogo entre as disciplinas do Direito e outras áreas do conhecimento: o Direito no campo das ciências sócias deve ser concebido e estudado em interação com o ambiente no qual é aplicado. Essa postura favorece a criação de grupos multidisciplinares, estudos de casos jurídicos, enfim projetos pedagógicos que contemplem a interdisciplinaridade e a transdisciplinaridade. Para que tenhamos sucesso, faz-se imperioso despertar nos docentes dos cursos jurídicos a disposição para o novo, para conhecer e dialogar com outras áreas do conhecimento, ultrapassar o conteúdo da disciplina, atuar em equipe, um trabalho coletivo e participativo.

⁴ FURMANN, Ivan. Ensino de (O) Direito!? A busca por novos referenciais para a pesquisa. www.jusnavegandi.com.br. Acesso aos 8/03/06.

⁵ CORTELLA, Mário Sérgio A escola e o conhecimento: fundamentos epistemológicos e políticos. 4ª ed. São Paulo: Cortez: Instituto Paulo Freire, p. 115, supressão nossa. (2001).

⁶ CORTELLA, Mário Sérgio. Op. Cit. p. 104.

Encontramos, na atualidade, em algumas instituições federais cursos de formação interdisciplinar nas séries iniciais do bacharelado, onde o próprio aluno elege as disciplinas e formato o próprio currículo. São experiências embrionárias.

Para SILVA (2004), **CURRÍCULO** é a *identidade da instituição*. Deve propiciar uma educação emancipatória com compromisso social e ético para a construção de uma sociedade democrática. Assim, conforme define RODRIGUES (2005):

- formar um jurista-cidadão;

Ou como sabiamente assinala o Desembargador Dr. NALINI (2005) que o curso possa exercer o papel de :

- “ usinas de cidadania ”

Ao elaborar uma matriz curricular, devemos, portanto, priorizar na missão do curso a formação de um ser humano, com conhecimento técnico, mas primordialmente com a compreensão ética de sua atividade, integrando o saber jurídico ao saber humanístico interdisciplinar. Finalizo a breve exposição com esperança de dias mais profícuos para o ensino jurídico. Agradeço a atenção de todos e peço ao Presidente para abrir espaço às perguntas.

Referências:

AIDAR, Carlos Miguel. *Ensino Jurídico no Brasil: desafios para o conteúdo e formação profissional*. in: Anuário ABEDI. Florianópolis: Boiteux.2003.

ANUÁRIO ABEDI ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ENSINO DO DIREITO. Florianópolis: Boiteux.Ano 1 e 2-2003-2004.

APPLE, Michael W. *Educação e Poder*. SP: Cortez, 2001.

BORBA, Amândia M. (org.) *Projeto político-pedagógico*. Itajaí, SC: UNIVALI. 2002. (Cadernos de Ensino).

FAZENDA, Ivani Catarina Arantes (org.). *Dicionário em Construção: Interdisciplinaridade*. São Paulo: Cortez, 2001.

GOODSON, Ivor. *Currículo: Teoria e História*. RJ: Vozes, 1987.

GOMES, Lucia H. A. A construção participativa de um projeto político pedagógico em um curso de Direito: avanços e desafios. Tese doutorado. PUC SP 2006.

JUNQUEIRA, Botelho Eliane: *Faculdade de Direito ou Fábricas de Ilusões? RJ*: IDES, 2002.

RODRIGUES, Horácio Wanderley. *Ensino do direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

_____. *Pensando o ensino do direito no século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

SANTOS, André Luiz Lopes dos. *Ensino Jurídico Uma abordagem político-educacional*. Campinas: Edicamp. 2002.

SILVA, Tomaz Tadeu. *Documentos de identidade* Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

VEIGA, Ilma Passos A. (org.) *Projeto Político-Pedagógico da Escola: uma construção possível*. Campinas: Papyrus. 2000.

INFLUÊNCIA DO DIREITO NORTE-AMERICANO E FRANCÊS NO MODERNO DIREITO PÚBLICO (*importação, reimportação e transmigração*), **VOLTADO PARA O PROBLEMA DA GLOBALIZAÇÃO, E, ESPECIFICAMENTE OS DIREITOS HUMANOS** (Santi Romano).

*João Jampaulo Júnior*¹

Podemos destacar preliminarmente que na América, a democracia e o constitucionalismo têm tido um caráter essencialmente religioso, por força da Reforma e suas lutas, formando uma característica originária. Contudo, na França, pelo contrário, preparadas pelo movimento filosófico do século XVIII, adquiriram um aspecto mais simplista e essencialmente político, e sua adoção no continente europeu seu deu com esse aspecto.

As contribuições do direito americano e do direito francês, além da divulgação das instituições inglesas, colaboraram com o moderno direito público europeu, através de alguns princípios.

Oriundo do direito inglês alguns princípios tiveram aceitação e desenvolvimento diversos, como os relativos aos *direitos individuais* que deixaram de ser simples limitações dos direitos do soberano, e se estenderam além dos cidadãos para alcançarem todos os homens. A *divisão dos poderes* assumiu importância, mais precisa e os caracteres a ele conferidos por Montesquieu. Outro princípio fundamental existente nas cartas americanas e francesas e que igualmente influenciaram o direito público moderno, foi o conteúdo do artigo 3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que preliminarmente *subtraiu a soberania* enquanto poder pessoal,² tornando-a um atributo da nação inteira e que posteriormente concentrou-se no Estado.

O *constitucionalismo*, como influência exercida pelo direito americano e pelo francês no direito público, deu-se por alguns instrumentos. A figura da *transmigração ou propagação* do direito, em síntese, ocorreu de duas formas: **i) a conquista ou a colonização**

¹ Mestre e Doutor em Direito Constitucional (Direito do Estado) – PUC/SP.

² Poder pessoal do príncipe ou dos indivíduos.

que impinge ao país conquistado ou colonizado o ordenamento jurídico do conquistador;
ii) a livre adoção por um Estado das instituições de outro. Já a figura da *reimportação* aparece mais na França, quando suas teorias que antecederam a revolução, e devidamente conhecidas na América do Norte, influíram sobre as constituições americanas.

Assim, quando as Cartas Americanas foram utilizadas como modelo pela França, foram utilizados princípios já enraizados pelos franceses, “*determinando quase que uma reimportação*”.

Por tudo isso o constitucionalismo trazido nos moldes do ordenamento americano e do francês, estenderam-se por quase todos os Estados, inclusive os não europeus,³ através de constituições escritas inspiradas no governo constitucional, dando início à globalização do constitucionalismo.

Essa globalização teve os seus principais reflexos nos direitos humanos, através do conteúdo do artigo 3º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que subtraiu a soberania como poder pessoal,⁴ tornando-a um atributo da *nação inteira* e que posteriormente concentrou-se no Estado.

Finalmente, através de uma modificação na estrutura da sociedade com a divisão dos agrupamentos humanos em categorias e classes “colocadas em posições jurídicas mais ou menos diversas e sobre esta base proclamaram o *princípio da igualdade*”, representando a fórmula final e mais sintética da transformação.

³ América central e meridional e Ásia (Japão).

⁴ Poder pessoal do príncipe ou dos indivíduos.