Em tempo

Marília - V.2 - Agosto de 2000

Faculdade de Direito de Marília - Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha

XII

DEBATE

Redução da maioridade penal:
contra ou a favor ?

ENTREVISTA

Direitos Humanos
em maus lençóis

III

ENSAIO
FOTOGRÁFICO

ARTIGOS
PONTO de VISTA
POESIAS e CONTOS

VI

Direitos Humanos e Cidadania

FACULDADE DE DIREITO DE MARÍLIA

Em tempo

Revista da Faculdade de Direito de Marília
Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha

V. 2 - Agosto/2000

Organização
Heloísa Helena Siqueira Correia

Em tempo	Marília	V. 2	p.1 - 120	2000

Em tempo

Em tempo é uma publicação anual da Faculdade de Direito de Marília, da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha

Mantenedora das Faculdades

Presidente
Luiz Carlos de Macedo Soares

Vice-Presidente
Terêncio Bertolini

1º Tesoureiro
Hildebrando Tenório Gomes

2º Tesoureiro
Miguel Silva

1º Secretário
Fernando Terciotti

2º Secretário
Gilberto Antonio Temple

1º Procurador
Arnaldo Mas Rosa

2º Procurador
Luiz Nunes

Diretoria Acadêmica

Diretor Geral das Faculdades
Cosme D. B. Massi

Secretário Geral
Joviro Gati Magnani

Coordenador de Ensino, Pesquisa e Extensão
Telmo Correia Arrais

Bibliotecária Geral
Sônia Regina Machado

Faculdade de Direito de Marília

Diretora
Samyra H. Naspolini

Coordenador Adjunto do curso de Direito
Edinílson Donisete Machado

Conselho Editorial
Antônio Vicente S. Pietroforte
Bahiji Haje
Clóvis Lima da Silva
Edinílson Donisete Machado
José Geraldo A. B. Poker
Heloísa Helena Siqueira Correia
Raquel Rosan Christino Gitahy
Telmo Correia Arrais
Wilton Carlos Lima da Silva

Organização: Heloísa Helena Siqueira Correia

Editora responsável: Bahiji Haje (Reg. 19.458)

Revisão:
Antônio Vicente S. Pietroforte
Telmo Correia Arrais

Capa e encarte:
Eloísa Pereira do Nascimento
J. Sinclair

Ilustrações: Karmo

Endereço: Av. Hygino Muzzi filho, 529 - Caixa Postal 2041
Marília - São Paulo
Cep: 17.525-901 - Tel: (14) 421-0808 - Fax: (14) 423-2516
E-mail: revista@fundanet.br

Todos os direitos reservados. É proibida, de acordo com a lei, a reprodução total ou parcial desta revista sem a expressa autorização de seus editores.

Em Tempo / Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.
Faculdade de Direito de Marília.
- v.2, (Ago. 2000) -.- Marília : Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, 2000

Anual
ISSN 1516-8964

1. Direito 2. Direitos Humanos 3. Cidadania I. Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha

Apresentação

A convivência com a diferença não é tarefa que se deva reservar a deuses ou animais, antes reclama o fazer humano cotidiano, prosaico e contínuo. Nos limites da humanidade a dificuldade, aí a única possibilidade. Que as letras não se afastem das armas e dos atos. Que as letras não construam apenas boas imagens, que sejam parte simultânea da prática. ***Em tempo*** *remete simultaneamente a dois tempos: o da descontrução, anterior ao momento por surgir, e o da construção, que se realiza desde já, com ou sem consciência de que não há desculpa, omissão ou justificativa que permita escolher a manutenção da ofensa aos direitos do homem e do comprometimento do futuro. Não esqueçamos que os direitos humanos são mais sábios que as aspirações do ego. No tempo inscreve-se o espaço, no espaço inscreve-se o tempo.* ***Em tempo*** *fala de um espaço social comum muitas vezes ausente, ou ainda confuso. Fala de um espaço político tonto, de critérios rarefeitos. E de um espaço histórico que mal reconhece o problema da simultaneidade existente entre informação e iniquidade. Os leitores? Co-autores, cidadãos que intermedeiam os tempos da vida e da justiça. Este segundo volume multiplica o diálogo iniciado em 1999; recepciona textos produzidos por professores da graduação e da recém inaugurada pós-graduação da Faculdade de Direito de Marília, e interlocutores de outras comunidades universitárias.*

As fotos utilizadas na capa são de autores presentes na coluna ***Ensaio Fotográfico****. A maior é de Su Stathopoulos. A seqüência das menores é de Fernando Gimenes Ramos.*

Sumário

Apresentação....3

Entrevista

Direitos humanos em maus lençóis
Tullo Vigevani....5

Debate: Redução da maioridade penal: contra ou a favor....11

Artigos

O tratado de Direito Natural de Tomás Antônio Gonzaga
Antonio Vicente Seraphim Pietroforte....21

Direitos fundamentais e direitos de filiação
Cláudia de Freitas Felicíssimo....27

Adoção plena no direito brasileiro
Clóvis Lima Da Silva....33

Breves notas para o estudo dos direitos humanos
Eduardo H. L. Figueiredo e Isael José Santana....37

Direito à assistência social
Flávio Bento....43

A banalização das leis como uma das causas da perversão dos sistemas sociais
Gílson César Augusto da Silva....47

A ineficácia da ação penal privada na proteção do bem jurídico da pessoa pobre
Jairo José Gênova....52

Direito fundamental de viver em família e em comunidade
Ivana Martini....56

Direito como função promocional da pessoa humana
Lafayette Pozzoli....62

A defesa comercial no Brasil contra a prática de "dumping" e o interesse social
Marcelo Gazzi Taddei....68

Representações de adolescentes sobre leis, rebaixamento penal e ECA
Maria Suzana De Stefano Menin....72

As implicações jurídicas da atuação do Movimento dos Sem-Terra
Olavo de Oliveira Neto....77

Ensino jurídico: o uso da teoria kantiana na busca da autonomia do cidadão
Raquel Rosan Christino Gitahy....83

Colisão de direitos e ponderação de bens
Vera Adelina Correia Bonini....87

Educação em direitos humanos. Uma iniciativa coletiva
Vinício Carrilho Martinez....93

Direitos humanos e educação: Desafios e oportunidades
Wilton C. L. Silva....97

Ponto de Vista

Trabalho infantil
Anderson Cega....105

Brasil, 500 anos sem descobrimento!
Benedito Pereira Filho....109

O 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos: ode ou elegia?
José Augusto Lindgren Alves....112

O sabor da autonomia
Marcelo Aymar Ortuz e Denise Dantas Alcântara....114

Ensaio fotográfico:....117

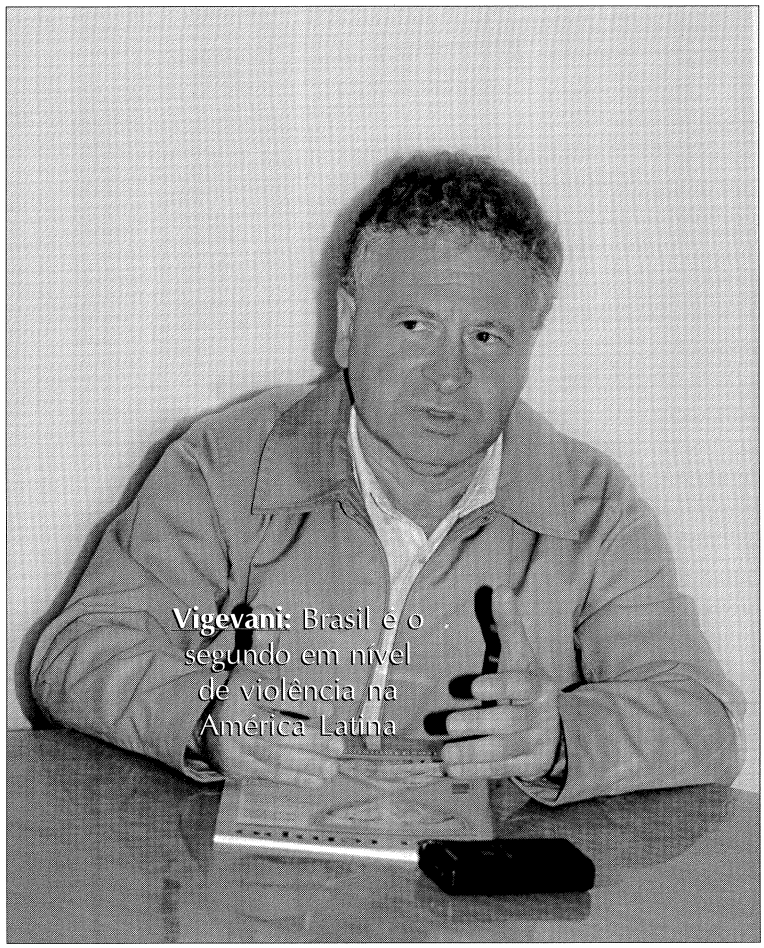
Encarte especial (poesias e contos)

Direitos humanos e cidadania

Entrevista com Tullo Vigevani

Direitos humanos em maus lençóis

O cientista político Tullo Vigevani mostra que, apesar de algumas boas intenções do governo e de iniciativas diversas da sociedade, os direitos humanos estão numa situação delicada no país



Vigevani: Brasil é o segundo em nível de violência na América Latina

Já se vai tempo desde que Tullo Vigevani começou a tratar da questão dos direitos humanos no Brasil. Professor de Ciências Políticas da Faculdade de Filosofia e Ciências da Unesp, campus de Marília e Livre docente pela USP, ele enxerga na violência que permeia a sociedade elementos de profunda injustiça social. "Isso acaba inviabilizando, de fato, uma política global de direitos humanos". Vigevani, que também é pesquisador do Centro de Estudos de Cultura Contemporânea (Cedec) e membro do Núcleo de Direitos Humanos de Marília (Nudhuc), avalia as recentes comemorações dos 500 anos do descobrimento do Brasil como um razoável "fracasso". Para ele, os protestos protagonizados por índios, sem-terra e outros segmentos espelham contradições profundas. "Depois de praticamente seis anos de governo Fernando Henrique Cardoso, temos um país em crise, cujas questões fundamentais não foram resolvidas". Nesta entrevista à revista **Em tempo**, Vigevani fala sobre direitos humanos, movimentos de tipo "fascista", Mercosul e eleições:

Em tempo: Como o senhor viu as comemorações dos 500 anos do descobrimento do Brasil?

Tullo Vigevani: As comemorações que o governo brasileiro preparou, sobretudo o Ministério do Turismo, foram muito oficiais, a partir de aspectos formais e institucionais, inclusive a chegada da esquadra de Pedro Álvares Cabral. Poderiam ter um significado, como tiveram para a Espanha as comemorações dos 500 anos de descoberta da América em 1992, se elas representassem a coroação de algum objetivo político maior. O azar do governo FHC foi que essas comemorações acabaram se dando em abril de 2000, num momento em que se coagulam na sociedade brasileira profundas contradições, que acabaram evidenciadas através dos índios, do movimento dos sem-terra etc. Foram sinais de protesto bastante profundos na sociedade brasileira. Claro que o número de pessoas que estavam lá era pequeno, mas é inegável que os protestos tiveram uma expressiva repercussão nacional e internacional, e que não foram previstos pelo governo. As comemorações dos 500 anos, em resumo, como a própria imprensa já disse, foram um fracasso porque, ao invés de poderem demonstrar o êxito de um projeto governamental a que se propunha o governo FHC no 1º e 2º mandatos (adequar o Brasil à modernidade, ao século 21, aos novos tempos, à globalização), evidenciaram que, depois de praticamente seis anos de governo, temos um país em crise, cujas questões fundamentais não foram resolvidas. O Brasil encontra-se, hoje, por responsabilidade em geral de suas elites, não apenas do governo, sem um projeto nacional. Não temos a capacidade de mobilização dos cidadãos, das pessoas, das classes para determinados objetivos. Neste sentido, podemos dizer que há uma grande desmobilização de vontade política no Brasil.

Em tempo: Como o senhor analisa a problemática dos direitos humanos nos anos seguintes à ditadura militar?

Vigevani: Podemos dizer, de forma contraditória, que tivemos um grande avanço nos direitos humanos desde o fim da ditadura até hoje. Estes avanços se expressam em duas direções. Primeira, nos aspectos constitucionais legais. É claro que a legislação de direitos humanos no Brasil melhorou significativamente nestes 15 anos. Mas, além da melhora formal, constitucional e legal no tratamento dos direitos humanos, poderíamos dizer que houve uma melhora na atitude dos governos com relação a este tema. Eu não teria restrições em dizer que no governo FHC, na área de direitos humanos, estiveram presentes figuras históricas e profundamente vinculadas ao tema e à sua defesa, que foram o anterior secretário e atual ministro da Justiça, José Gregory, o ministro José Carlos Dias, portanto, uma série de personalidades inclusive nos governos estaduais que estavam profunda e solidamente vinculadas ao tema. Neste sentido, eu poderia dar um testemunho pessoal: encontrei estes dois ministros nos períodos piores da ditadura militar, em situações extremamente constrangedoras. O ministro José Carlos Dias, em agosto de 70, no auge da violência, justamente pelo seu apoio como advogado aos direitos humanos, sendo interrogado por agentes da OBAN (Operação Bandeirantes), o braço armado da repressão semi-legal. Ambos eram membros da Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de SP. Portanto, não são principiantes do tema. Porém, o problema dos direitos humanos é maior do que as vontades, os interesses, as percepções e até as atitudes dos governantes. Poderíamos dizer que a sociedade brasileira traz em seu seio uma violência que tem em sua base elementos de profunda injustiça social, o que acaba inviabilizando, de fato, uma política global de direitos humanos. Conseqüentemente, a situação dos direitos humanos está em maus lençóis, apesar das boas intenções de setores do governo federal e de setores dos governos estaduais, como o de S.Paulo. Os órgãos que deveriam estar diretamente relacionados com o tema dos direitos humanos têm graves problemas, como as Secretarias de Segurança, as Forças Armadas, o MP, a Justiça, as Polícias Militar e Civil etc. O Brasil já está colocado em segundo lugar no nível de violência entre os países da América Latina. A campeã é a Colômbia; o terceiro colocado é o México. São níveis de violência que escapam totalmente ao controle estatal, frente aos quais o Estado praticamente abdica de sua capacidade de intervenção. Os cidadãos tendem a se defender mais ou menos como podem.

Em tempo: Os altos índices de criminalidade infantil trouxeram à tona a questão da imputabilidade penal de crianças e adolescentes. Alguns propõem a antecipação da maioridade penal, atualmente estabelecida em 18 anos. Qual é a sua opinião a esse respeito?

Vigevani: Não sou jurista, nem especialista no tema. Confesso que não tenho uma opinião definitiva sobre o assunto. Talvez, por uma atitude ideológica e não científica, opino que não seria bom este rebaixamento, que provavelmente não resolveria nada e, ao contrário, inviabilizaria a possibilidade de reeducação de jovens, sobretudo nessa faixa de 16 a 18 anos. Não podemos desconhecer o fato de que, efetivamente, há muitos menores que participam da criminalidade e que são utilizados por quadrilhas organizadas justamente para usufruírem do lucro da impunibilidade nesta faixa etária. O problema é equacionar como não estimular o crime nesta idade e, ao mesmo tempo, possibilitar políticas educativas. Seria preciso definir formas de inviabilizar ou aumentar as penas para os exploradores dos menores que têm atividade criminosa e, ao mesmo tempo, políticas mais efetivas de reeducação.

Em tempo: Há alguma relação nesta pressão da opinião pública pelo endurecimento das leis com aquela preferência que alguns segmentos têm pela ditadura em relação à democracia?

Vigevani: Não há pesquisa nem estatística neste campo mas, certamente, há uma relação, porque a idéia de uma ação mais repressiva está ligada com a imagem de um governo mais forte. Talvez não haja um vínculo formal, ideológico, mas há uma percepção, uma concepção de um governo mais forte, portanto, mais autoritário.

Em tempo: Um governo mais forte teria condições de resolver os problemas brasileiros atuais, ou seja, qual seria a viabilidade de uma ditadura hoje?

Vigevani: O problema sociopolítico principal atualmente não é a questão de um governo autoritário, mas o que eu chamo de risco de anomia, ou seja, diante da incapacidade das instituições, as pessoas tentam resolver os problemas por seus próprios meios. Portanto, não estão excluídas possibilidades, como estamos vendo em outros países da América Latina, de governos formalmente eleitos, mas que passam a agir de forma bastante discricionária, embora dentro das regras constitucionais.
A possibilidade de um governo forte resolver os problemas não existe. Se olharmos as estatísticas de criminalidade no Brasil, veremos que elas foram crescendo nos últimos anos, por várias razões, mas não razões ligadas diretamente ao uso mais forte ou menos forte da polícia. Estão ligadas ao plano de crise da sociedade, de dissociabilidade social, como o demonstra recente pesquisa do IPEA, com os fenômenos da globalização que favorecem alguns aspectos da economia e alguns extratos da sociedade, prejudicando outros.

Em tempo: Como o senhor analisa a influência do fenômeno da globalização sobre a estruturação e a atuação do Estado? O Estado está em processo de extinção? Quanto à questão específica da soberania nacional, ela pode ser mantida mesmo dentro de um bloco econômico como a União Européia?
Vigevani: Este é um fenômeno complicado. Há muitos livros e artigos publicados sobre isto. A globalização, de fato, debilita certas funções do Estado mas, inversamente, fortalece outras. Não temos nenhum elemento significativo que sugira que o Estado poderia estar em processo de extinção. Podemos pensar num cenário de 100, 200 anos, mas em tempos históricos imediatos ou mediatos isto está fora de cogitação. Não há dúvidas de que o que o senso comum chama de globalização está mudando algumas das funções do Estado. Às vezes, uma mercadoria é montada com partes provindas de vários lugares diferentes. Mas o Estado necessita existir porque tem que prover o bem comum e o bem de todos. Esta função nenhum processo de globalização pode extinguir. Suponhamos que a crise do Estado se aprofunde e que haja uma dissolução do Estado em alguns países. Voltará a surgir a necessidade do Estado, porque os atores individuais, as empresas e os indivíduos, não têm a capacidade de pensar no bem comum. A necessidade do Estado está vinculada à economia, à cultura, à ciência, à tecnologia, ao desenvolvimento, ao bem estar, mas é basicamente essencial pelo papel de legitimação da vontade geral. Esta função é insubstituível. Tanto Marx quanto Weber definem esta função do Estado, não há razões para pensar que esteja definitivamente alterada.

" As comemorações dos 500 anos evidenciaram que, depois de praticamente seis anos de governo, temos um país em crise."

Reprodução: Site "Brasil outros 500"

Em tempo: A União Européia (UE) representa um paradigma, um modelo para o Mercosul?
Vigevani: Até agora não tem sido. Mas a UE consolidou muitas experiências que poderiam ser importantes. O modelo do Mercosul é muito diferente da UE, basicamente por uma razão. Quando a Comunidade Econômica Européia foi criada pelo tratado de Roma, em 1957, apoiava-se em Estados de tipo diferente dos que compõem o Mercosul. Eram Estados de países capitalistas desenvolvidos. Desde o início, a UE teve capacidade de implementar políticas de desenvolvimento e equalização econômica, coisas que o Mercosul não tem e, por enquanto, não está se propondo a ter. Em primeiro lugar por razões de concepção do processo de integração e, em segundo lugar, porque são Estados pobres e que não têm a capacidade econômica de dedicar recursos para este tipo de política.

Em tempo: Quais as conseqüências do Mercosul para os Estados envolvidos?
Vigevani: Apesar de não termos nem certeza de sua continuação pela profundidade da crise das relações entre os países, podemos dizer que o Mercosul já produziu uma integração muito grande. Um exemplo conjuntural: a crise econômica de janeiro de 99, com a desvalorização do Real, teve um impacto na economia argentina maior que em nosso país, pelo nível de dependência da Argentina em relação ao Brasil. A matriz energética brasileira dos anos 70, sob Geisel, era totalmente vinculada à importação de petróleo dos países árabes, sobretudo Arábia Saudita e Iraque. Hoje, a matriz energética brasileira está profundamente integrada aos outros países da América Latina, através de importação de petróleo da Argentina e da Venezuela, de gás da Bolívia e da Argentina e pela interconexão da rede de energia elétrica com os países vizinhos. Estes vínculos entre os países são muito fortes e será difícil fazê-los retroagir.

Em tempo: Esta interligação poderá afetar o processo político a que o Mercosul se propõe quanto à questão da democracia?
Vigevani: Há um acordo tácito entre os governos dos quatro países de que se um deles romper com o regime democrático, seria suspenso do Mercosul. É claro que esta cláusula deve ser entendida de acordo com as diferenças, assimetrias que existem entre os países do Mercosul. Ela já teve uma aplicação informal em três crises militares que houve no Paraguai. Nestas crises, os governos da Argentina e do Brasil intervieram pesadamente para assegurar alguma forma de continuidade democrática e não ruptura da formalidade constitucional. Mas é claro que Argentina e Brasil pesam mais que o Paraguai. Se uma crise desse tipo acontecer no Brasil, será que Paraguai e Uruguai vão intervir da mesma forma? É claro que não, porque as relações políticas e de poder são completamente diferentes. Brasil e Argentina poderiam suspender a participação do Paraguai no processo de integração do Mercosul, mas de nada adiantaria Paraguai e Uruguai suspenderem a participação do Brasil no Mercosul, que deixaria de existir. O Brasil representa mais de 70% da economia do Mercosul sozinho. O que podemos dizer é que o Mercosul só pode se sustentar à medida em que permaneça o regime democrático nestes países.

Em tempo: Como o senhor avalia o ressurgimento de grupos movidos por ideais de tipo fascista havidos na Europa atualmente?
Vigevani: Pessoalmente, não acredito numa reprodução do nazismo, fascismo, pois são fenômenos que fazem referência a um determinado período da história do mundo e dos lugares onde estas ideologias se desenvolveram. Não acredito que a história se repita com a suástica, o anti-semitismo, o anti-bolchevismo, a bandeira do nazismo. Porém, isto não tolhe em nada a gravidade e a importância destes fenômenos que ocorrem na Europa, porque a causa que deu origem a eles permanece. A xenofobia não é um problema só da Europa. Na África, encontramos populações inteiras exterminando umas às outras em nome da própria etnia, do próprio grupo tribal. Estas manifestações estão ligadas à história dos costumes, das culturas, dos valores da civilização, além da herança colonial. Isto é muito agravado na Europa pelo fenômeno da imigração, da pobreza do terceiro mundo, que empurra contingentes cada vez maiores de populações para o velho continente. Há um artigo interessante de Gelson Fonseca, atual embaixador do Brasil nas Nações Unidas, e de Celso Lafer, professor de Direito na USP, onde descrevem essa imagem que o terceiro mundo tem nos países capitalistas desenvolvidos. Mesmo se tiver um certo nível intelectual, um brasileiro que vá à Europa ou aos Estados Unidos, poderá ser questionado por que aqui se matam crianças, índios, queimamos florestas. Nós somos os exportadores de drogas, de travestis e prostitutas, portadores de AIDS etc. Mediante tudo isto, os riscos de xenofobia e racismo nos países europeus são reais, fortes, mas isso não é exatamente nazismo.

Em tempo: Levando-se em consideração que estamos em ano eleitoral, o senhor poderia fazer alguns comentários a respeito do quadro deste ano? Há algo novo? Algum candidato ... Algum modelo de recuperação econômica?
Vigevani: Não vejo. Ainda que algumas prefeituras sejam muito importantes, com peso no cenário político nacional, as políticas que estão sendo propostas já foram defendidas nas campanhas presidenciais e para governos estaduais. Não há novidade, mas também isto não é um defeito. É natural que entrem em choque as diversas concepções que estão presentes na sociedade brasileira. Não vejo esta campanha em si como uma modificação substantiva no quadro político nacional. Certamente que os resultados terão influência. Por exemplo, se ganha majoritariamente um ou mais partidos que apoiam o presidente FHC, isso terá importância no equacionamento e desenvolvimento da campanha presidencial que será deslanchada no início de 2001. Os resultados não são neutros. Dependendo de quem vencer as eleições, poderá se fortalecer uma perspectiva mais conservadora ou reformista para o Brasil. Possivelmente, o problema central na política brasileira nos próximos anos não será apenas o confronto entre direita e esquerda (se bem que este também existirá) mas sim a anomia, ou seja, o desinteresse pela política e a busca das saídas por fora das instituições. A desconfiança em relação ao Estado poderá crescer fortemente nos próximos anos, levando a fenômenos de desintegração e perda de controle estatal sobre setores da população.

"Classe social atingida seria a mais despreparada com relação às leis"

Maria Suzana De Stefano Menin

O que vou mostrar é resultado de uma pesquisa que fiz a pedido do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente de Presidente Prudente, junto a 480 adolescentes, em 11 escolas (três particulares e oito públicas).

Os dados obtidos mostram a imaturidade dos nossos adolescentes a respeito das leis. Antes de discorrer sobre eles, no entanto, ressalto que utilizei como subsídio para analisá-los o posicionamento de dois psicólogos a respeito do desenvolvimento da criança e do adolescente diante das leis. O primeiro que estudou isto, há muitos anos, foi Piaget, que descobriu que as crianças, conforme cresciam, tinham fases de pensamento sobre as regras. Piaget descobriu três estágios na consciência das regras e quatro em sua prática. Numa primeira fase, as crianças não têm nenhuma noção das regras (chamou de não consciência das regras) e a prática é somente motora, ou seja, elas apenas imitam os mais velhos.

Numa segunda etapa, as crianças têm uma consciência heterônoma, ou seja, acham que as regras vêm de fora, quem as inventou foi Deus ou um grande general, que elas não podem ser mudadas e que devem ser obedecidas para que não haja punição, para não ferir o que a autoridade manda. Junto com esta consciência, a prática é imitativa e egocêntrica, isto é, embora a criança pense que a regra é sagrada e não pode ser mudada, nada a impede de adaptá-la quando julgar necessário. Numa terceira fase da consciência, a criança vê as regras como produto de um acordo entre as pessoas, para benefício do grupo que as fez. Neste momento, ela tem uma prática coerente com as regras que conhece.

Já na época de 70 a 90, temos pesquisas feitas por Coubi e Tapi, que estudaram a evolução da consciência das leis em crianças e adolescentes. Eles também descobriram três estágios de evolução da consciência das leis. O primeiro é pré-convencional, quando o adolescente vê a lei como uma coisa punitiva e restritiva, que nunca deve ser desobedecida, pois não é mutável. Esta seria a consciência mais primitiva das leis. Numa segunda etapa, chamada de convencional, o adolescente vê a lei como um guia para a ação, ou seja, aquilo que tem que ser obedecido por ser lei ou para agradar as expectativas das pessoas ao nosso redor. Neste caso, as leis devem ser obedecidas para manter a ordem social, mas podem acontecer situações em que é certo desobedecê-las. Por exemplo, um adolescente respondeu a pesquisa dizendo que não se pode dirigir sem carta, mas se a mãe estiver doente e ele precisar levá-la ao hospital, vai fazê-lo. Numa terceira etapa, que já seria dos adultos, a pessoa vê a lei como algo que surge de uma necessidade social, para garantir o benefício da maioria; uma lei é justa enquanto ela serve para a maioria das pessoas, deve ser obedecida se garante este benefício, pode ser mudada e até desobedecida quando for injusta, mal feita.

O que nossos adolescentes responderam? Em primeiro lugar, vale destacar que 80% dos jovens das escolas públicas têm renda inferior a 10 salários mínimos; 80% de quem está nas particulares têm renda superior a 10 mínimos. Sobre o que é uma lei, nos dois casos a resposta foi convencional, de que é uma ordem a ser obedecida. Uma minoria, porém maior nas escolas particulares, diz que a lei é um guia de ação, ou seja, sobre o que se deve e não se deve fazer.

Na segunda questão, "o que aconteceria se não tivéssemos leis?", a maioria mais acentuada nas escolas particulares vê o mundo como sendo um caos, aconteceriam arbitrariedades.

Numa outra pergunta, "por que as pessoas devem obedecer as leis?", a maioria (mais nas particulares), disse que é para o bem da população. Se "as leis podem ou não ser mudadas": 84% nas particulares e 61% nas públicas disseram que sim . "Às vezes pode ser certo desobedecer uma lei?" Nas particulares, 64% disseram sim; nas públicas, 60% responderam que nunca é certo desobedecer uma lei. Pela literatura, isto é uma resposta infantil, que traduz uma visão acrítica sobre as leis.

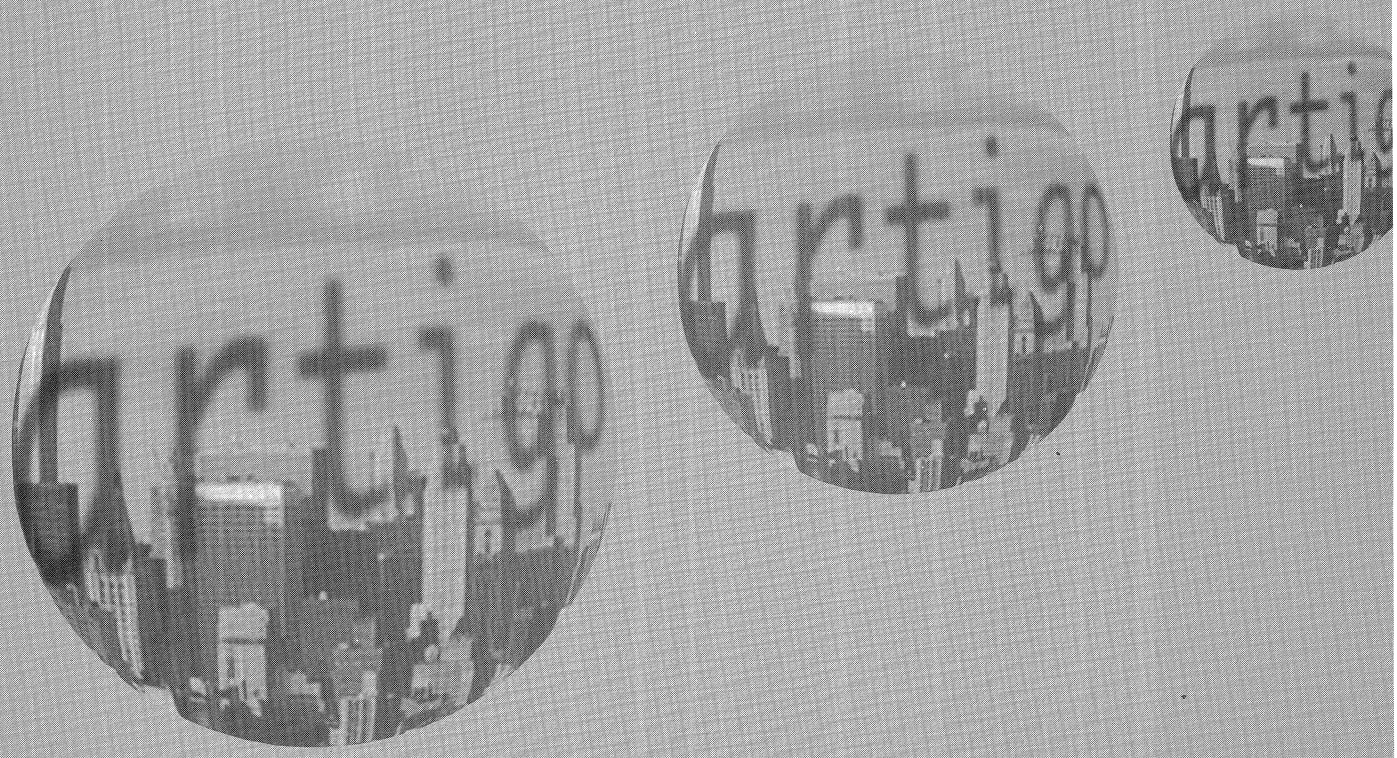
"De tudo o que você conhece de mundo, o que apontaria como injusto?" Nas particulares, 21% citaram a atuação incorreta de policiais, o favorecimento dos ricos, problemas sociais e cometer uma infração (houve uma confusão entre injusto e cometer um crime). "O menor de idade pode ser preso?" Nas particulares e nas públicas, 64% dizem que não poderia ser preso. Na pergunta sobre se "as leis podem ser mudadas?", notamos que a resposta é positiva na medida em que cresce a renda dos entrevistados. Quanto mais pobre é o aluno, mais ele acha que não deve desobedecer as leis nunca. Isso mostra claramente que há mais visão crítica e conhecimento das leis nas classes sociais mais favorecidas, enquanto que nas mais pobres prevalece uma visão pouco crítica, infantil e de desconhecimento das leis.

"Há mais conhecimento das leis nas classes sociais mais favorecidas, enquanto que nas mais pobres prevalece uma visão pouco crítica"

Para finalizar, a questão sobre o rebaixamento penal: "O menor deve ser punido como um adulto quando comete um crime?" A maioria acha que sim, por vários motivos: os jovens têm consciência do certo e do errado, quem comete um crime deve ser punido, ser mais novo não justifica o erro etc. É mais freqüente a resposta que NÃO deve ser punido como um adulto entre os jovens da escola particular. Sobre o ECA, a maioria (53% nas escolas públicas e 30% nas particulares) não respondeu ou alegou desconhecer.

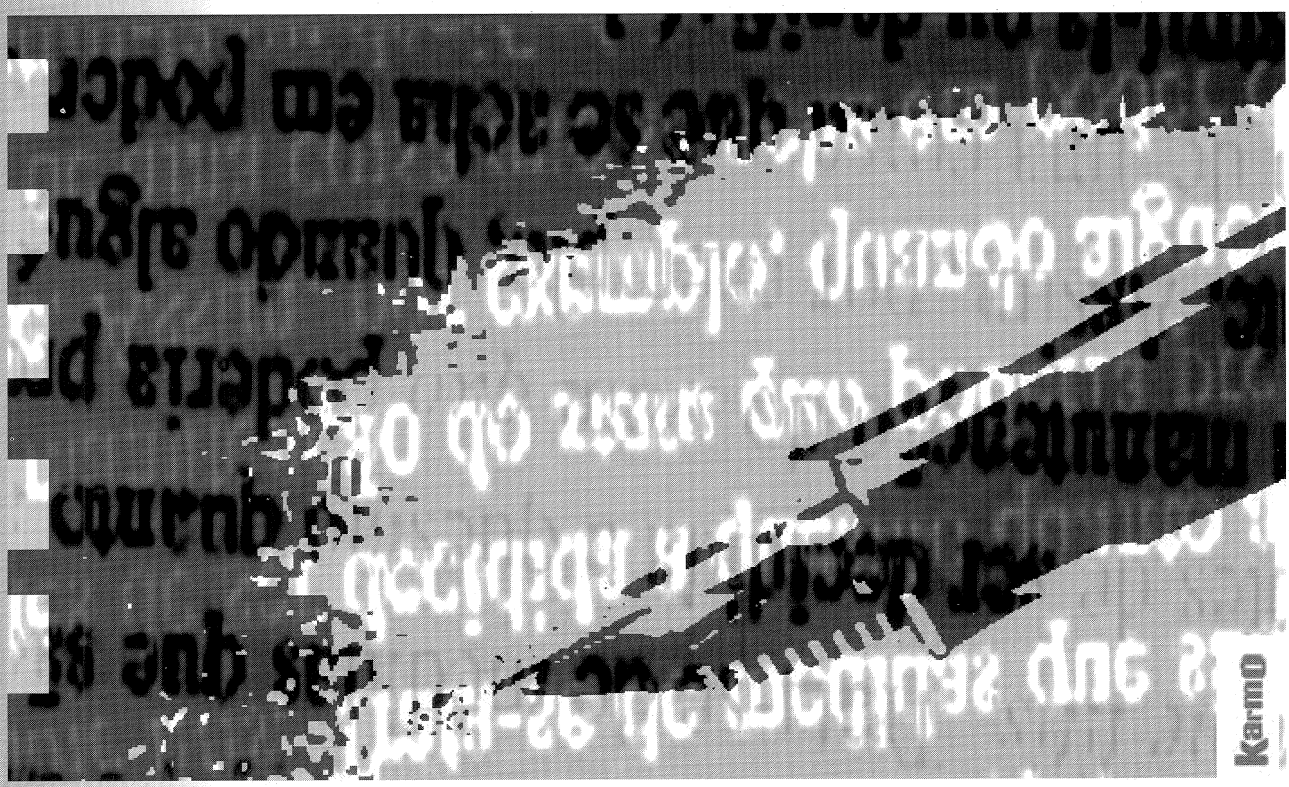
Estes dados mostram a imaturidade dos jovens em relação às leis, principalmente nos de escolas públicas e de baixa renda. Portanto, se houver o rebaixamento da maioridade penal, a classe social que será atingida é a mais despreparada com relação às leis.

Reticências



O TRATADO DE DIREITO NATURAL DE TOMÁS ANTÔNIO GONZAGA

*Antonio Vicente Seraphim Pietroforte**



RESUMO

Trata-se de um estudo do **Tratado de direito natural** de Tomás Antonio Gonzaga. Poeta brasileiro do século XVIII, Gonzaga é mais conhecido como autor de **Marília de Dirceu**, contudo, foi também o autor do primeiro tratado de direito natural escrito em língua portuguesa. Neste trabalho, examina-se como o poeta jurista define o conceito de natureza e, a partir dele, justifica todo um sistema político conferindo-lhe um estatuto de verdade natural.

PALAVRAS-CHAVE

Direito; ideologia; natureza; cultura.

* **Antonio Vicente Seraphim Pietroforte** é Professor de Língua Portuguesa da Fundação Eurípides Soares da Rocha; professor de Lingüística da Universidade de São Paulo, doutorando em Semiótica e Linguística Geral pela USP.

Os tempos do direito

Em seu célebre texto **Os infortúnios da virtude**, Marquês de Sade, por meio de um dos discursos da criminosa Dubois, defende que:

> Há, pois, que partir de uma análise exacta de tudo aquilo que os homens chamam crime, que começar pelo convencimento de que somente a infracção das leis e dos costumes nacionais dos homens o definem como tal, de que uma coisa considerada criminosa em França deixa de o ser a cem léguas de distância, de que não há nenhum acto que seja de facto considerado criminoso universalmente e de que, por conseqüência, no fundo nada merece logicamente o nome de crime e é tudo uma questão de opinião e geografia.(Sade, p. 123)

As argumentações de nosso Marquês, como é comum na literatura, são ditas por meio de uma de suas personagens. A escolha de uma **criminosa** para ser sua porta voz é muito adequada, já que o discurso dela pode ser tanto uma defesa cínica quanto uma justificativa impecável de conduta. Nos dois casos, porém, há o desenvolvimento de uma tese que vai além da defesa pessoal de um fora da lei. Nesse e em outros textos, Sade tem a mesma conduta ao preferir a relatividade dos princípios morais ao dogmatismo universal dos costumes.

A relatividade das leis, pelo que se pode ler na citação, está demonstrada por meio do espaço, já "...que uma coisa considerada criminosa em França deixa de o ser a cem léguas de distância...". No entanto, o raciocínio do Marquês sugere um ponto de vista que, além da geografia, pode ser estendido à história. Caso não soubéssemos das concepções que Sade tem do conceito de natureza, poderíamos, erroneamente, arriscar a ler em seu discurso idéias do materialismo histórico, que só será formulado um século depois.

O que há de comum entre as defesas de Sade e o materialismo histórico é que, em ambos, valores absolutos perdem seu estatuto de universalidade. A diferença é que, enquanto Sade considera a natureza como determinante do caráter humano, o materialismo histórico considera as definições de natureza como dados culturais.

Nos rascunhos da novela **Os 120 dias de Sodoma**, Sade deixa claro o que entende por natureza no seguinte trecho de uma das falas de sua personagem o Duque de Blangis:

> Era ainda muito jovem quando aprendi a desprezar as fantasias da religião, ficando perfeitamente convencido de que a existência do criador é um absurdo revoltante, no qual nem as crianças continuam a acreditar. Não preciso de contrariar minhas inclinações para lisonjear um Deus; estes instintos foram-me dados pela Natureza, e seria irritá-la se lhes resistisse; se me deu maus instintos, é porque eram necessários a seus desígnos. Em suas mãos, sou apenas uma máquina que ela dirige como quer, e não há um só de meus crimes que a não sirva: quanto mais me incita a cometê-los, mais deles precisa; seria louco se lhe desobecesse." (Sade, 1983, p. 19)

"Ao tratar das ações humanas e de suas imputações, o jurista Gonzaga discute o papel do livre arbítrio. Para ele, o mundo é um grande tribunal em que Deus é o juiz supremo. "

No discurso do Marquês de Sade, a Natureza, sem ser considerada uma deusa com dimensões metafísicas, determina, absolutamente, o comportamento humano que não deve ser moralizado por leis relativas que não têm o direito de contestar essa Natureza incontestável. Articulando suas idéias em torno da categoria semântica **natureza vs. cultura**, Sade nos apresenta uma natureza que, com seus poderes absolutos, deve estar acima de quaisquer ditames da cultura que, em sua relatividade, não pode contrariá-la. Os **crimes** de suas personagens só são considerados crimes em uma cultura qualquer. Não há crimes perante a Natureza, só ações naturalmente designadas. Se a natureza é a lei suprema, não há, em Sade, lugar para remorsos ou condenações.

O tempo de nosso Marquês é o tempo das revoluções burguesas, e o seu discurso está comprometido com os valores de sua posição social. Sade deixa isso bem claro quando nos apresenta os quatro senhores d'**Os 120 dias de Sodoma**: o Duque de Blangis e seu irmão, o Bispo de ...(o próprio Sade não determinou), o presidente de Curval e o senhor Durcet. Há um nobre, um representante do poder espiritual, um representante do poder temporal e um burguês. A superioridade do Duque sobre os demais membros do grupo é marcada em todos os aspectos de sua personagem, principalmente, e isso é importante na literatura libertina do Marquês de Sade, em sua potência sexual.

O senhor Durcet é impotente, sendo constantemente sodomizado pelo Duque, deixando bem claro o papel que Sade reserva à burguesia. Essa metonímia das potências sexuais enfatiza a Natureza dos dois homens que será naturalmente reproduzida nas relações sociais. O papel do Duque, assim justificado, justifica também o papel do Marquês.

Do mesmo século de Sade, é o poeta Tomás Antônio Gonzaga. Poeta arcadista, Tomás Antônio Gonzaga representa um outro discurso literário diferente da literatura libertina do Marquês de Sade.

Compôs, por exemplo, estes versos:

> Eu sou, gentil Marília, eu sou cativo;
> porém não me venceu a mão armada
> de ferro e de furor;
> uma alma sobre todas elevada
> não cede a outra força que não seja
> à tenra mão de Amor.
> Arrastem pois aos outros muito embora
> cadeias nas bigornas trabalhadas
> com pesados martelos;
> eu tenho as minhas mãos ao carro atadas
> com duros ferros não, com fios d'ouro,
> que são os teus cabelos.
> (Gonzaga, 1942, p. 21-22)

Envolvido com a Inconfidência Mineira, experimentou os cadeados de ferro também:

> Não hás de ter horror, minha Marília,
> de tocar pulsos que sofreu os ferros:

> infames impostores mos lançaram, e não puníveis erros.
> (Gonzaga, 1942, p. 140)

Ao lado de Claudio Manuel da Costa e de Alvarenga Peixoto, nosso poeta é personagem importante tanto nos textos de história da literatuta brasileira quanto nos textos de história do Brasil. Além de **Marília de Dirceu** e, como defende Rodrigues Lapa, das **Cartas Chilenas**, Gonzaga é autor do primeiro **Tratado de direito natural** escrito em língua portuguesa.

Obra dedicada ao Marquês de Pombal, há no tratado de Gonzaga uma definição de natureza bem diferente das concepção do Marquês de Sade. Vamos examinar isso.

Natureza e cultura no Tratado de Direito Natural de Tomás Antônio Gonzaga

Tanto Sade quanto Gonzaga escreveram sobre a natureza no final do século XVIII. Longe do ateísmo do Marquês, Gonzaga inicia seu tratado demonstrando a existência do Deus único do cristianismo romano. Estas são as suas primeiras palavras:

> Ainda que não haja uma só causa, de que não se deduza a existência de Deus, Epicuro, Espinosa e outros ímpios que se compreendem no genérico nome de **ateus**, negaram detestavelmente esta incontrovertível verdade. Este erro é o mais nocivo à sociedade dos homens, pois os deixa despidos de qualquer obrigação, à semelhança dos brutos, a quem fez a Natureza destituídos do discurso e da razão. Que cousa mais necessária para a honestidade da vida que o reconhecermos que há de haver um juiz, a quem não engana o oculto, as ações torpes ofendem e as vistudes agradam? Seria o mundo um abismo de confusões e desordens, se, tirado o temor do castigo, só servisse de regra às ações do homem a sua própria vontade. Como pois a existência de Deus é a base principal de todo o Direito, será justo que a mostremos com razões físicas, metafísicas e morais.
> (Gonzaga, 1942, p. 371-372)

Com as manobras argumentativas próprias da filosofia cristã, nosso poeta demonstra sua tese jurídico-religiosa. Para ilustrar sua mentalidade, vamos citar sua demonstração física de Deus:

> Uma demonstração física da existência de Deus é a necessidade que temos de um Ente, em que tenham princípio todas as cousas que vemos, pois como não podiam dar a si próprias o ser, havemos necessariamente confessar que há um princípio incriado, causa da existência de todas.
> (1942, p. 372)

Desse modo, o Deus da igreja católica romana adquire, no discurso de Gonzaga, uma existência natural. O homem, para o poeta jurista, tem uma finalidade bem definida: "Deus, que fez todas as coisas, para o fim de receber delas uma glória acidental, havia fazer alguma dotada da capacidade precisa para o conhecer."(1942, p. 367). Assim sendo, Deus é natureza, fez toda a natureza e, naturalmente, fez o homem para conhecê-Lo.: "Criou pois ao homem e o dotou de um princípio inteligente, proporcionado a tão grande fim." (1942, p. 367). Para esse fim, Ele "infundiu no seu coração as leis pelas quais deve se guiar" (1942, p. 368) e fez-se, então, o Direito Natural:

> Não faltou também quem negasse a existência do Direito Natural. Este erro não é menos nocivo à sociedade humana que a péssima doutrina dos ateus. Que diverso efeito podemos considerar entre o não admitirmos um Deus, princípio de tudo, ou admiti-lo, negando a sujeição às suas importantes leis?
> (1942, p. 378-379)

E ainda:

> Para virmos neste conhecimento, não nos será necessário mais do que refletirmos nos atributos de Deus e nas qualidades do homem; sim, Deus o dotou de um princípio inteligente; e por conseqüência capaz do conhecimento do bem e do mal. Este conhecimento o constitui apto para se governar por leis; ora Deus que o criou dotado desta aptidão, seria para lhe não dar as leis de que o criou capaz?
> (1942, p. 380)

Baseado nesses princípios, o poeta jurista deduz as leis naturais. Por exemplo, esta:

> A exigência que tem o homem do seu semelhante, é outra prova da vontade de Deus. Nasce um menino, sem capacidade de poder buscar o necessário para a sua conservação. É bem certo que Deus quer que ele se conserve, pois que disso depende a conservação do gênero humano, e por conseqüência a sua glória acidental. (...) Daí vem que Deus quer que o pai alimente ao filho, e temos vontade de Deus e por conseqüência lei.
> (1942, p. 381-382)

ou esta outra:

> É bem certo que Deus criou os dois sexos, propondo-se o fim da propagação; logo, todas as vezes que usarmos dos nossos sexos de forma que não sirva para aquele fim, obramos contra o que Deus se propôs, e conseqüentemente contra a sua vontade.
> (1942, p. 382)

Ao tratar das ações humanas e de suas imputações, o jurista Gonzaga discute o papel do livre arbítrio. Para Gonzaga, o mundo é um grande tribunal em que Deus é o juiz supremo. Cabe a Ele premiar ou castigar o homem que age de acordo ou não com suas leis. O livre arbítrio tem, portanto, a finalidade de permitir ao homem escolher ou não obedecer às leis de Deus para ser premiado ou castigado por Ele com justiça: "... Deus não nos deu lei para outro fim senão para nos fazermos merecedores do prêmio ou do castigo por meio dela." (1942, p. 390) e "... pois como Deus nos criava para o fim de merecermos o prêmio de sua glória, não tinha outro meio senão o de deixar as nossas ações particulares nas mãos da nossa liberdade." (1942, p. 393)

Tratando-se de direito natural, deve-se esperar um texto articulado em torno de uma semântica mínima em que **natureza** opõe-se à **cultura** em uma relação de contrariedade. Em torno da categoria semântica **natureza vs. cultura**, em cada tratado desse tipo define-se o que se está chamando de natureza e também o que se está chamando de cultura e, por meio delas, o conteúdo do texto é construído.

É **natureza**, para Gonzaga, tudo o que pode ser deduzido a partir dos desígnios do Deus do cristianismo romano. Essa é a lei natural. Contudo, Gonzaga prescreve, ainda em seu

tratado, um direito civil. Esse direito civil é a parte da doutrina de Gonzaga que trata do domínio da **cultura.**

A segunda parte de seu tratado começa assim:

> Já demos os princípios gerais para fundamentarmos neles as disposições do Direito Natural. Resta agora tratarmos dos princípios, em que se deve instruir quem quiser aprender as que constituem os santos direitos que provém da sociedade. Mas de que sociedade falo? Eu escrevo entre um povo, que não só vive entre uma sociedade civil, mas no meio de uma sociedade cristã. Logo, devo tratar de ambas; pois que, tanto de uma quanto de outra pode provir, e provém de fato, leis, que lhe cortam a sua natural liberdade.
>
> (1942, p. 439)

Ao referir-se às sociedades civil e cristã, Gonzaga mostra que divide o seu pensamento jurídico em duas esferas, uma do poder temporal e outra do poder espiritual. Gonzaga está raciocinando em termos de monarquia e de papado.

Partindo da idéia cristã de religião revelada e, conseqüentemente, do princípio de que as sagradas escrituras contêm essa verdade revelada, nosso poeta nos doutrina com as organizações de igreja católica apostólica romana e da monarquia absolutista.

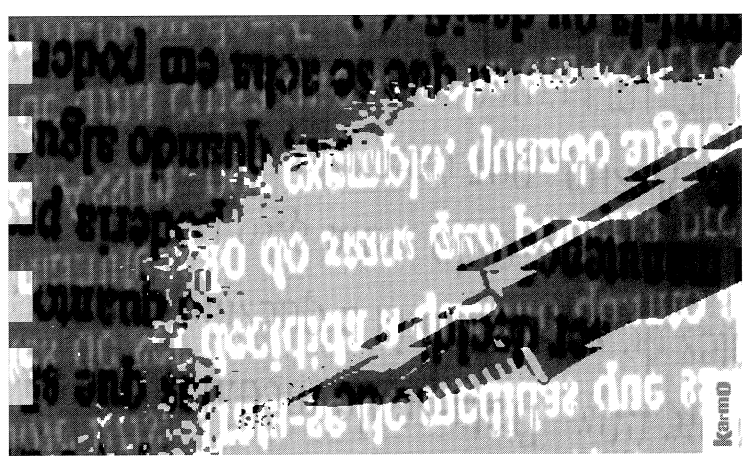
> Depois de admitirmos uma igreja ou sociedade cristã, não podemos deixar de confessar que há nela precisão de um imperante sumo, a quem todos fiéis reconheçam uma total obediência e sujeição; pois assim como na sociedade civil deve haver uma cabeça, que dirija as partes dela ao fim da felicidade temporal, assim também na república cristã, há de haver um imperante sumo, que dirija as partes dela ao fim da felicidade eterna.
>
> *(1942, p. 457)*

Isso quanto ao poder espiritual e isto quanto ao poder temporal:

> ... São Jerônimo elegantemente diz que não é conveniente que a República se governe senão por rei, assim como um exército não deve ter mais de um só general, uma nau um capitão, uma casa um senhor, pois ainda que do governo de um só se possam seguir alguns incômodos, os que se podem seguir do governo de muitos são mais e mais nocivos.
>
> (1942, p. 485)

Essa é a cultura que deve ser tratada nos domínios do direito civil. Derivada diretamente do direito natural, ela termina por ser, no discurso de Gonzaga, natural também. É desse modo que nosso poeta articula a categoria **natureza vs. cultura**. Há uma natureza divina e espiritual que nos revela uma cultura temporal e civil por meio da religião cristã. Desse modo, a natureza determina a cultura e toda a doutrina do poeta assume o estatuto de verdade natural, portanto, incontestável.

No entanto, o discurso jurídico-religioso de Gonzaga dialoga com os demais discursos sociais de sua época e com a tradição ocidental da qual faz parte de modo que, contrariando o poeta, podemos demonstrar o quanto é a sua cultura que determina a sua concepção de natureza.



A interdiscursividade no texto do Tratado de Direito Natural de Tomás Antônio Gonzaga

Um texto, além de ter o seu sentido determinado pelas suas relações internas que fazem dele uma unidade, deve ser examinado também nas relações que contrae com outros textos. Um texto sempre comenta outros textos, de modo que se estabelece um diálogo entre eles que permite, quando estudado, precisar melhor o seu sentido.

Além de ser um dado histórico a informação de que o tratado de Gonzaga é o primeiro a ser escrito em língua portuguesa, ela também permite inserir o seu texto dentro de uma tradição lingüística. Há duas concepções básicas de história de uma língua. Uma é chamada de história interna e diz respeito às transformações de suas estruturas lingüísticas, como por exemplo, a análise etimológica de uma palavra ou o estudo de uma transformação fonético-fonológica. A outra é chamada de história externa e diz respeito à historia dos povos que usam uma determinada língua, como por exemplo, o estudo da expansão do Latim ou do Inglês por meio das expansões dos impérios Romano e Britânico, respectivamente.

Vamos partir da história interna do Português. Nossa língua faz parte das línguas românicas junto com o Espanhol, o Catalão, o Italiano, o Francês e outras. São as línguas que, de acordo com o critério genealógico de classificação das línguas, têm suas origens a partir de mudanças na língua latina. O Latim, por sua vez, junto com o Grego, o Germânico, o Celta, o Sânscrito e outras, é uma língua indo-européia. O Indo-Europeu é o que se chama, em história das línguas, de um tronco lingüístico. A partir dele, pode-se classificar toda uma família de línguas.

A história de uma língua é também a história daqueles que a falam, de modo que podemos passar agora para a história externa dos indo-europeus Embora tenham se tornado povos distintos no decorrer dos tempos, há vínculos culturais entre os indo-europeus que persistem em meio às diferenças ulteriores. Vamos isolar um trecho do discurso de Gonzaga em que aparece um vínculo desse tipo.

> Depois de admitirmos uma igreja ou sociedade cristã, não podemos deixar de confessar que há nela precisão de um imperante sumo, a quem todos fiéis reconheçam uma total obediência e sujeição; pois assim

> como na sociedade civil deve haver uma cabeça, que dirija as partes dela ao fim da felicidade temporal, assim também na república cristã, há de haver um imperante sumo, que dirija as partes dela ao fim da felicidade eterna. (1942, p. 457)

É a mesma citação que utilizamos para mostrar como Gonzaga justifica os papéis do rei e do papa. Agora, vamos chamar a atenção para uma metáfora do jurista. A certa altura do texto, ele diz: "... pois assim como na sociedade civil deve haver uma **cabeça**, que dirija as partes dela ...". Comparar a sociedade com o corpo humano e por meio dele tentar explicá-la e justificá-la é um discurso que também ocorreu na Índia Védica. Há um mito indiano que explica a sociedade das castas a partir do corpo de uma divindade primordial chamada Purusha.

Todos os homens vieram da divisão do corpo de Purusha, de modo que de sua cabeça veio a casta sacerdotal, de seus braços e peito a casta real, de seu genital a casta dos comerciantes e de seus pés a casta dos servos. Já que cabe à cabeça dirigir o restante do corpo, cabia aos sacerdotes a direção da sociedade, definida, assim, como reflexo de um corpo divino.

Temos, também aqui, a justificação de uma hierarquia social a partir da natureza de um deus. Assim como Gonzaga, os brâmanes também tinham como transformar, por meio de um discurso religioso, cultura em natureza para confirmar sistemas políticos e jurídicos.

Da Índia para Grécia e Roma, vamos encontrar outra confluência entre o discurso de Gonzaga e a tradição indo-européia. Em seu célebre estudo **O vocabulário das instituições indo-européias**, Émile Benveniste analisa os domínios lexicais da economia, do parentesco, da sociedade, do poder, da religião e do direito dessa civilização. É este último domínio que nos interessa de perto.

Para os gregos, havia duas palavras para o direito, *thémis* e *díke* (Benveniste, 1995, p. 101-112). Para *thémis*, reservava-se o sentido do direito estabelecido pelos deuses e, para *díke*, o direito interfamiliar. Para os romanos, havia a mesma divisão do direito entre as palavras *fas* e *ius* (1995, p. 113-23; p. 135-44). O direito divino era designado por *fas* e o humano por *ius*.

A divisão entre poder espiritual e poder temporal, articulando religião, política e direito em um mesmo discurso social, longe de ser um derivado natural da revelação religiosa cristã, é uma tradição cultural construída e sustentada por homens que, como resultado final, funciona para justificar, ideologicamente, uma hierarquia de poderes dentro de uma sociedade.

Gonzaga concorda com esse mesmo tipo de discurso, diferindo de mitologia. Fazendo justiça ao seu tempo, nosso poeta tem como ponto de partida a mitologia cristã ao invés das mitologias grega e latina.

"O discurso jurídico-religioso de Gonzaga dialoga com os demais discursos sociais de sua época e com a tradição ocidental da qual faz parte."

Ao mesmo tempo que concorda com esses princípios, ele discorda de outros. Seu discurso opõem-se ao discurso dos ateus, dos estóicos, dos protestantes e dos muçulmanos, como podemos ler nestas citações:

> Ainda que não haja uma só causa, de que não se deduza a existência de Deus, Epicuro, Espinosa e outros ímpios que se compreendem no genérico nome de **ateus**, negaram detestavelmente esta incontrovertível verdade. (1942, p. 371-2)

> Lutero, Bajo e outros disseram que ainda que os primeiros movimentos do entendimento eram paixões e não ações, eles contudo eram formais pecados; o que é falsíssimo, porque a paixão não pode nunca ser pecaminosa. Caíram estes hereges em semelhante absurdo.... (1942, p. 397)

> (...) E que diremos da religião mahometana? Para mostrarmos a sua falsidade, não alegaremos a laxidão de suas doutrinas,....
> (1942, p. 453)

Gonzaga opõe-se, ainda, à democracia de sua época:

> Depois de dizer que há três qualidades de cidade, não será alheio do nosso assunto mostrarmos qual destas seja a mais cômoda e mais útil. Creio que ninguém duvidará que a Democracia é a pior de todas. Primeiro que se ajunte um povo, se conformem os votos e se decida a cousa, já muitas vezes tem chegado a mal termo que não tem remédio, à maneira do enfermo que morre pela indeliberação do médico, quando poderia viver, se o mal se lhe atalhasse logo em seu princípio. (1942, p. 484)

O texto de Gonzaga, por tudo isso, faz parte de uma rede discursiva com a qual ele dialoga, concordando com alguns discursos e discordando de outros de acordo com o sentido dos valores que ele pretende justificar. Seu **Tratado de direito natural** é primeiro uma defesa do papado e da monarquia para depois ser uma doutrina jurídica. Nem poderia ser diferente disso, já que as leis que ele postula devem estar de acordo com o sistema político que deve sustentá-las. Produto exclusivo da cultura, o tratado de Gonzaga nada tem de natural.

Direito e ideologia

Para os homens de nosso época, valores como monarquia e papado talvez só façam sentido em jogos de xadrez e de cartas ou no dia da missa do galo. Para os homens da época de Gonzaga, havia uma outra realidade. Se hoje suas crenças podem até ser motivo para troça ou assunto para anedotas jurídicas, para muitos, suas leis tiveram o peso de pena capital. Como na fábula de Esopo d'**Os meninos e as rãs**, o que para nós pode ser distração, para outros foi morte. Eis a fábula:

> Uns meninos capetas estavam brincando na beira de um lago quando viram algumas rãs nadando no raso. Para se divertir, começaram a jogar pedras nas rãs e mataram uma porção. Cansada daquela história, uma das rãs pôs a cabeça para fora

da água e disse:

Chega, chega! Por favor! O que para vocês é distração, para nós é a morte! (Esopo, 1994, p. 67)

O exame do discurso jurídico de outras épocas não tem como objetivo somente o resgate histórico para uma história do direito, ele deve ser útil para o exame das relações que o direito contrae com as ideologias que ele é capaz de justificar em nossa época também.

Como homens de nosso época, seria curioso indagar como o nosso direito faz isso. O que, em nossos discursos jurídicos, será motivo de escândalo para outros homens de outras épocas? Ou seja, lembrando novamente Esopo, o que é diversão, em nossas leis, que pode estar causando morte a outros?

Como o tema de nossa revista é a cidadania, vamos exemplificar essas relações do direito com a ideologia por meio desse conceito. Vamos recorrer, novamente, ao texto de Gonzaga. Na dedicatória do tratado ao Marquês de Pombal, aparece a palavra "cidadão pela primeira vez:

> Depois de intentar sair à luz com uma obra que toda se encaminha a instruir os meus nacionais nos santos direitos a que estão sujeitos, já como homens, já como cidadões, a quem poderia buscar por patrono dela senão ou ao REI, em cujas mãos depositou Deus o cuidado deles, ou a aquele varão sábio, prudente e justo, de quem fiou o mesmo REI uma grande parte de sua direção?
>
> (1942, p. 361)

Para Gonzaga, **cidadão** quer dizer ser súdito de um rei e fiel a um papa. Os domínios da cidadania estão definidos dentro do sistema político justificado pelo poeta-jurista. O que é ser um **cidadão** em nosso sistema? Certamente, sua definição estará justificada dentro de um sistema próprio que, se não está mais em função do papado e da monarquia, está em função das classes socias que patrocinam o poder judiciário. Assim como na época de Gonzaga, nossas leis são históricas, não são nem naturais e nem derivam de um direito metafísico e universal, elas são produtos da história e, com certeza, justificam antes um sistema político que uma lei ideal.

Para concluir, com todos os senões que se pode ter para com uma personalidade tão confusa e prolixa como a de Wilhelm Reich, é impossível discordar do polêmico médico quando afirmava que, antes de se julgar os culpados, deve-se julgar primeiro as leis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENVENISTE, E. **O vocabulário das instituições indo-européias**. Campinas : Unicamp, 1995.

ESOPO **Fábulas de Esopo**. São Paulo : Companhia das Letrinhas, 1994.

GONZAGA, T.A. **Obras completas**. São Paulo : Nacional, 1942.

GREIMAS, A. **Semântica estrutural**. São Paulo : Ática. [s.d.]

_____ **Semiótica e ciências sociais**. São Paulo : Cultrix. [s.d.]

MAINGUENEAU, D. **Novas tendências em análise do discurso**. 3. ed. Campinas : Pontes, 1997.

REICH, W. **O assassinato de Cristo**. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1982.

SADE, Marquês de. **Os infortúnios da virtude** . Europa-América. [s.d.]

_____ **Os 120 dias de Sodoma**. 3. ed. São Paulo : Aquarius, 1980.

DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO DE FILIAÇÃO

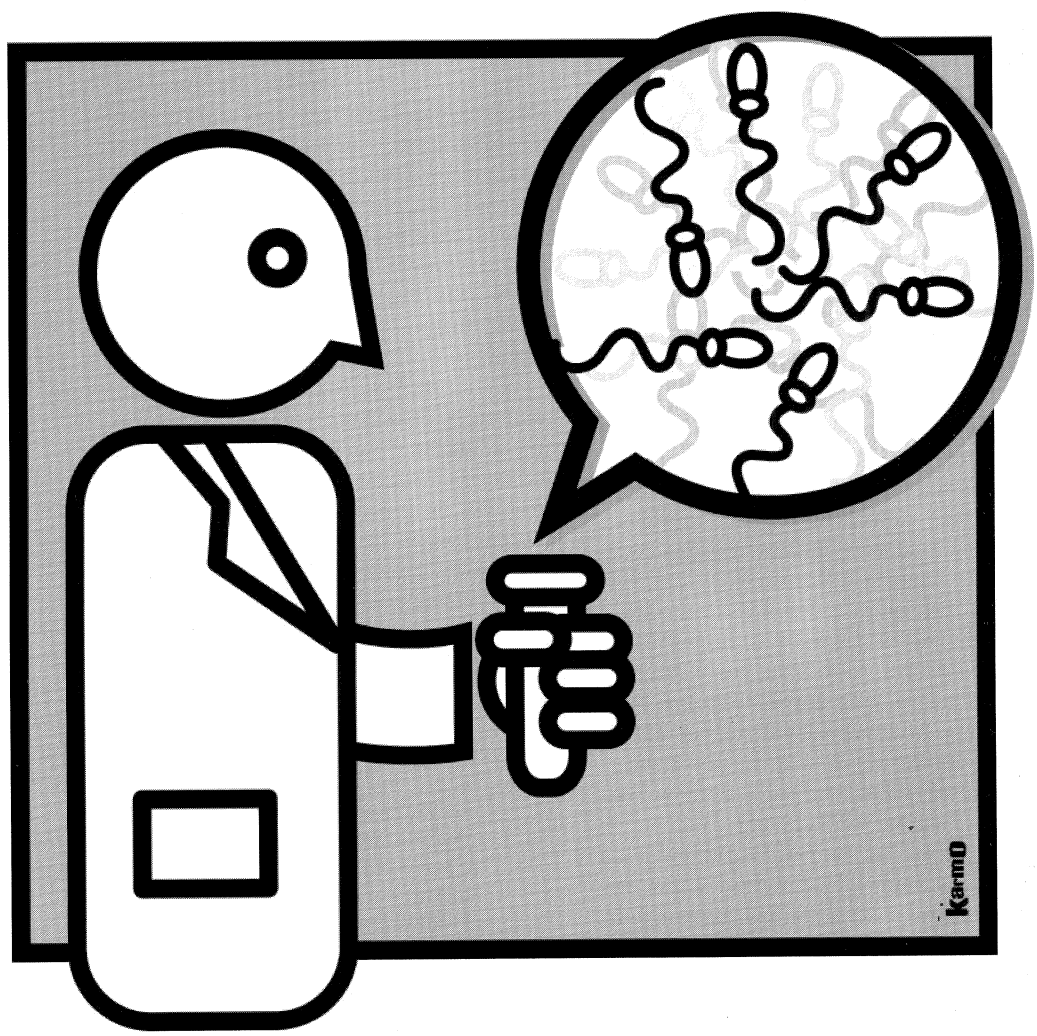
*Cláudia de Freitas Felicíssimo**

RESUMO

Inserido nos direitos fundamentais do homem existe um de suma impotância para manter a chama que ilumina a sociedade: o direito à filiação. Crianças e adolescentes devem ter o direito de conhecer e conviver com seus pais e estes, que os fecundaram, têm a responsabilidade de assumí-los e transformá-los em sujeitos de direito. Só assim veremos brotar, homens capazes, em uma sociedade forte, inclusive, de destruir a violência que está a imperar por toda parte, principalmente entre os jovens que se sentem excluídos pela família e em consequência, às margens da lei. Apesar das inúmeras normas de proteção que cercam a criança e o adolescente, nenhuma estrutura tornar-se-á sólida sem que os indivíduos se conscientizem da importância e do peso que é deixar nascer aquele que será nosso cidadão futuro e também esteio da instituição que solidifica a base de uma sociedade: a família.

PALAVRAS-CHAVE

Direito; filiação; paternidade; maternidade.



* **Cláudia de Freitas Felicíssimo** é Professora de Introdução ao Direito e Filosofia Jurídica, da Faculdade de Direito, da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha; mestranda em Filosofia do Direito pela PUC/SP e advogada atuante.

O estado consiste nas relações que a natureza e a lei civil estabelecem, independentemente da vontade das partes, entre um indivíduo e aqueles de quem recebe o nascimento. (Corte de Cassação Francesa, aresto de 1.838)

Na abordagem dos direitos humanos, subentendendo-se entre eles os da criança e do adolescente, convém remontar ao começo dos tempos, quando então se formaram as sociedades e as primeiras regras de convivência entre os homens

A cidade antiga, que surgiu nos continentes que contornam o Mediterrâneo, teve seus fundamentos na religião. Daí sua força, sua onipotência e o império absoluto que exerceu sobre seus membros.

A religião criou o Estado e este cuidava da sociedade. Essas duas instituições, associadas e confundidas, formavam um poder quase sobrehumano, que subjugava a alma e o corpo dos cidadãos.

Numa sociedade assim organizada, a liberdade individual e a vida privada não contava. Nada havia no homem que fosse independente. O seu corpo e seus haveres estavam sempre à disposição do Estado. Não julgava ele que pudesse existir com direitos em face da cidade e dos seus deuses.

A Cidade-Estado tinha o direito de não permitir que seus cidadãos fossem disformes ou monstruosos. Ordenava-se ao pai, a quem nascesse um filho defeituoso, que o matasse. Encontra-se essa lei nos antigos códigos de Esparta e Roma.

Em escavações feitas em depósito de lixo de Oxirringo, hoje El Bahnara, encontrou-se uma carta em que um homem, que trabalhava em Alexandria, aconselha sua mulher grávida a deixar viver o filho por nascer, mas a sacrificar a criança, se fosse menina (Bicudo, 1997, p. 14).

Uma lei de Sólon obrigava os pais a ensinar as primeiras letras aos filhos, mas não às filhas, para quem só havia educação doméstica. Aos meninos, desenvolvia-se o gosto pelas letras, ministrava-se o ensino da religião e da ética, ensinava-se retórica e política. Finalmente, havia o treinamento militar, que capacitava os jovens para o gozo pleno dos direitos cívicos.

Não se reconhecia os direitos da criança - homem em potencial - tão somente desenvolvia-se suas qualidades virtuais.

Não se pode subestimar o poder da Igreja Católica no acontecimento e na promoção dos direitos humanos. As matrizes ideológicas desses direitos, depois das formulações antigas, das relações Deus/homem, encontram-se, na sua forma definitiva, na mensagem evangélica, difundida pelas comunidades cristãs. Surge aí, pela primeira vez na história, a igualdade absoluta da natureza entre todos os homens, que nenhuma civilização do passado chegou a conhecer (Bicudo, 1997, p. 29).

Direito da criança e do adolescente

A trajetória da humanidade demonstra que aos povos não bastam, para o seu aperfeiçoamento, os direitos e deveres inscritos nos seus códigos de conduta. A exigência de novos direitos surge na medida em que o homem se insere na comunidade — que não é estática mas cada vez mais dinâmica — e se qualifica como cidadão.

O mundo jurídico assiste, atualmente, fundamental mudança de paradigmas no que se concerne à proteção da infanto-adolescência. Destinatária de inúmeros documentos internacionais de proteção de direitos humanos, passa a ser a preocupação das autoridades públicas dos diversos países, por ser ela a continuação de seus projetos como Nação (Pereira, p. 639).

O artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos diz que:

> ...todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar... todas as crianças nascidas de matrimônio e fora dele, têm direito a igual proteção social.

Ao manifestar-se sobre o respeito à pessoa humana, o Papa Paulo VI, na encíclica *Gaudium et Spes*, assevera que:

> ...sobretudo nos nossos tempos, temos a imperiosa obrigação de nos tornarmos próximos de qualquer homem indistintamente; se ele nos apresenta, devemos servi-lo, quer seja um idoso, ou uma criança nascida de união ilegítima, sofrendo imerecidamente por um pecado que não cometeu . (Documentos Pontifícios, 1969)

Falando sobre a paternidade responsável, Paulo VI refere-se a uma relação profunda com a moral objetiva... "...estabelecida por Deus, de que a consciência reta é interprete fiel". O exercício responsável da paternidade implica que os pais reconheçam plenamente os seus deveres para com Deus, para consigo próprio, para com a família e para com a sociedade, numa justa hierarquia de valores.

> Na missão de transmitir a vida [afirma o sumo pontífice] eles não são, portanto, livres para procederem a seu próprio bel-prazer, como se pudessem determinar, de maneira absolutamente autônoma, as vias honestas a seguir, mas devem, sim, conformar o seu agir com a intenção criadora de Deus, expressa na própria natureza do matrimônio e dos seus atos e manifestada pelo ensino constante da Igreja. (Paulinas, p. 14)

Os direitos e garantias individuais apareceram nas constituições brasileiras do Império e da República. Sua ampliação - já considerando o homem real - surgiu com a Constituição de 1934, seguida fielmente pela Constituição de 1946.

Uma importante norma relativa ao direito de filiação está contida no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, reconhecendo igualdade de direitos e qualificações aos filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, proibidas quaisquer designações discriminatórias a ela relativas. Ambos os cônjuges detêm o pátrio poder e, como família, apenas um dos pais. Admite-se a adoção e a inseminação artificial.

O Código de Menores (Lei 6.697/70) define o direito do menor como:

> ...o conjunto de normas jurídicas relativas à definição de situações irregulares do menor, seu tratamento e prevenção.

A partir da década de 80, reforçou-se no país um imenso debate sobre os diversos aspectos de proteção à criança e ao adolescente, baseados em documentos internacionais.

Essa mobilização nacional forneceu ao legislador constituinte subsídios para a elaboração de nor-

mas de proteção ao menor. A Constituição de 88 introduziu no art. 5º a declaração especial dos direitos fundamentais da infanto-adolescência, proclamando a **Doutrina da Proteção Integral** e consagrando os direitos específicos que devem ser universalmente reconhecidos (art. 227 da CF).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) reproduz o mesmo artigo, desdobrando-o nos artigos 3º, 4º e 5º, onde ficam evidenciadas as garantias de direito da população infanto-adolescente. Há prioridade absoluta, dando-se primazia ou preferência para as políticas sociais e públicas "...como dever da Família, da Comunidade, da Sociedade Civil e do Poder Público" (arts. 227 da CF e 4º do ECA).

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente revelam três elementos fundamentais que dão novo direcionamento à sua proteção como **sujeitos de direitos,** com **prioridade absoluta constitucional e adoção da ampla defesa e do contraditório.**

São freqüentes as ações de investigação de paternidade, fundadas no conceito novo de **entidade familiar,** que é a união estável do homem e da mulher.

Na doutrina estrangeira nota-se, igualmente, a mesma diversidade de conceituação. Savatier (1927), depois de notar a elevação do concubinato estável a uma situação próxima do casamento, apresenta seus traços característicos: fidelidade e publicidade, continuidade e regularidade das relações. Alinha diversos indícios: comunidade de habitação, imitação de casamento (*faux mariage*), comunidade de existência, unificação das condições sociais e compenetração das famílias.

Não obstante todo o liberalismo dos modernos civilistas, o concubinato, como fundamento da ação de investigação de paternidade, tem sua feição característica, literalmente distinta das relações sexuais meramente acidentais, pois que se apresenta tal qual uma comunhão dos amantes, numa ligação contínua, prolongada e conhecida, guardada notória fidelidade da mulher, extremos inexistentes naquela outra hipótese, em que a ação se funda no fato físico da posse meramente acidental da mulher pelo pretendido pai, e que deve ser diretamente evidenciada.

O novo Direito da Criança e do Adolescente é o resultado de mudanças estruturais, como marco fundamental de concretização de seus princípios, o reconhecimento na Constituição Federal dos seus direitos fundamentais e, mais importante, o direito à filiação.

Prescrevia o artigo 337 do Código Civil, revogado pela Lei 8.569/92 que "...eram legítimos os filhos na constância do casamento, ainda que anulado, ou mesmo nulo, se se contraiu de boa-fé..." e o artigo 338, ainda em vigor, explica quando se presume terem os filhos sido concebidos na constância do casamento. Embora não seja mais de interesse para a configuração da filiação legítima, continua sendo este dispositivo importante para a incidência da presunção legal de paternidade.

"Uma importante norma está contida no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, reconhecendo igualdade de direitos e qualificações aos filhos."

No sistema do Codigo Civil brasileiro, a presunção *pater is est* mostra-se rigorosa, pois se o casal vivia sob o mesmo teto e o marido não se achava fisicamente impossibilitado de manter relações sexuais com a mulher, não terá como ilidi-la, mesmo provando o adultério praticado pela mulher (art. 343), embora tal rigor venha sendo amenizado pela jurisprudência. Nem a confissão materna basta para excluir a paternidade (art. 346).

As presunções de legitimidade são princípios gerais e basilares, sobre os quais repousa a tranqüilidade familiar e a paz social, que a lei resguardar, atribuindo-lhe valor soberano.

Do reconhecimento dos filhos

A paternidade reconhecida decorre do casamento dos pais. O filho havido fora do casamento não é beneficiado pela presunção legal de paternidade que favorece àqueles. Embora entre ele e seu pai exista o vínculo biológico, falta o vínculo jurídico em sentido estrito. O reconhecimento pode ser **voluntário** (perfiliação) ou **coativo** (forçado ou judicial).

Conclui o advogado e professor Hélio Borghi, em **A situação dos filhos havidos fora do casamento e a nova Constituição**, RT 643/239:

> ...todos os filhos, hoje, podem ser reconhecidos, usufruindo de todos os benefícios daí decorrentes, como direito ao nome do pai, direito a alimentos, à sucessão, à guarda (se ainda for o caso), ao pátrio poder (idem) etc.

A Lei 8.560/92, que alterou profundamente o sistema da atribuição da paternidade, tornou possível o reconhecimento por escrito particular que, antes, só valia como começo de prova.

O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua que o reconhecimento do estado de filiação pode ser exercitado sem qualquer restrição, observado apenas o segredo de Justiça. Filhos adulterinos e incestuosos podem ser reconhecidos, ainda que seus pais estejam casados. Mesmo o adulterino *a matre* pode ajuizar a qualquer tempo ação contra o seu verdadeiro pai, afastando assim os efeitos da presunção *pater is est.*

O reconhecimento produz todos os efeitos a partir do momento de sua realização e é retroativo (*ex tunc*) à data do nascimento, sendo de natureza declaratória. Será admitida a ação anulatória de reconhecimento sempre que se verificar a sua desconformidade com a verdadeira filiação biológica.

Como, via de regra, as ações investigatórias vêm cumuladas com ações patrimoniais de alimentos ou petição de herança, ostentam nesta hipótese duplo caráter: declaratórias e condenatórias, que importa condenação do réu numa prestação, provida de execução direta.

O reconhecimento decorre para o filho um estado, estabelece para ele uma relação de parentesco, surge o direito a uma denominação patronímica, assegura-lhe proteção, e fica ele,

se menor, submetido ao pátrio poder.

Ao Direito Civil interessa grandemente o estado de família, e, deste, de modo particular, o estado de filiação, que pode decorrer de um fato, como o nascimento, ou de um ato jurídico, como a adoção.

Da investigação de paternidade

O reconhecimento compulsório de paternidade é hoje universalmente admitido.

A legitimidade ativa é do filho. O direito do estado de filiação é personalíssimo, por isso, a ação é privativa dele. Se menor, será representado pela mãe ou tutor (RT625/173). Se o filho morrer antes de iniciá-la, seus herdeiros e sucessores ficarão inibidos para o ajuizamento. Se já houver sido ajuizada, terão legitimação para continuá-la.

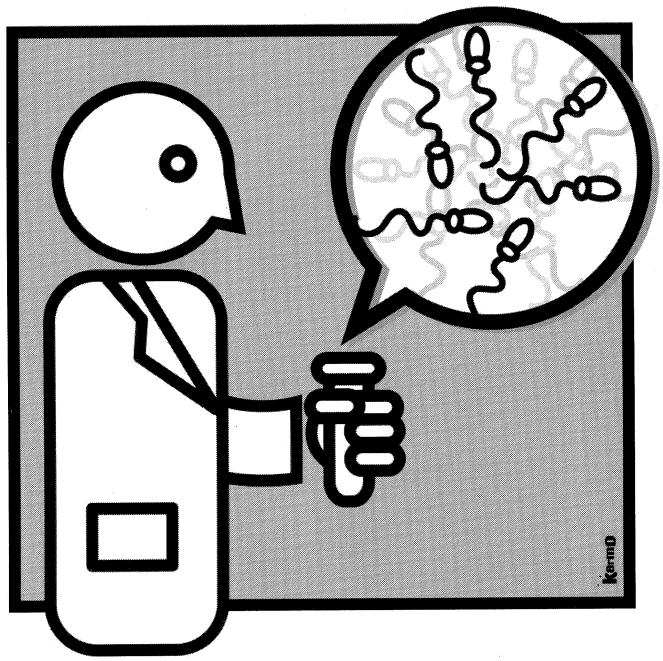
Hoje, a ação pode ser ajuizada sem qualquer restrição por filhos adulterinos e incestuosos, mesmo durante o casamento dos pais. O Supremo Tribunal de Justiça reconheceu válida a pretensão dos filhos, substituindo o pai, em investigar a filiação deste junto ao avô, dirigida a lide contra os referidos herdeiros, especialmente em face da nova Constituição e da inexistência de qualquer limitação no art. 363 do Código Civil (STJ, Resp 269-RS, 1990). Também a Lei 8.560/92 permite que a referida ação seja ajuizada pelo Ministério Público, na qualidade de parte, havendo elementos suficientes, quando o oficial do registro civil encaminhar ao juiz os dados sobre o suposto pai, fornecidos pela mãe ao registrar o filho.

A legitimação passiva recai no suposto pai. Se já for falecido, a ação deverá ser dirigida contra os seus herdeiros.

Uma das características do estado das pessoas é sua imprescritibilidade. A todo o tempo o filho tem o direito de vindicar *in iudicio* o *status* que lhe compete.(Pereira, 1996, p. 91)

Confrontando a filiação legítima e natural, vê-se que ambas assentam em que a paternidade se não prova diretamente, porém na decorrência de presunções.

Hoje, no entanto, com o exame de DNA, é possível afirmar-se a paternidade com um grau praticamente



absoluto de certeza.

É necessário frisar que ninguém pode ser constrangido a fornecer amostras do seu sangue para o exame. No entanto, a negativa do réu pode levar o juiz, a quem a prova é endereçada, a interpretá-la de forma desfavorável àquele, máxime havendo outros elementos indiciários.

É válida a prova testemunhal. E, em certos casos, mormente após a morte do pretenso pai, pode-se admiti-la como única prova. Aqui é que se faz mister, em especial, o *arbitrium boni viri* do julgador, que deverá colher a prova com o máximo de objetividade, para extrair com o mínimo de incerteza os seus elementos de convicção. Relevantes se mostram, também nesse caso, a defesa baseada no *plurium concubentium* e o exame de DNA.

Se a mulher se submeter à inseminação artificial e engravidar, malgrado a inexistência de legislação específica no país, não se poderá negar ao filho o direito de investigar a paternidade (art. 27, ECA). Se a mulher for casada, e a inseminação feita sem a permissão do marido, poderá ele negar a paternidade.

No trabalho do Prof. Mario Aguiar Moura, **Legitimidade do nascituro para investigar a paternidade** (s.d., p. 63), vê-se que:

> Nada conspira contra a possibilidade de a mãe que traz o filho concebido, ou o curador nomeado, caso aquela não possa exercer o direito, promova a ação de representação do nascituro. A objeção que se tem manifestado de que não é possível a ação porque está ausente a personalidade não procede. Nessa linha de raciocínio estaria igualmente o reconhecimento voluntário, através de um ato jurídico de que o nascituro é parte na relação jurídica que se constituiu.

A profª. Silmara J. A. Chinelato de Almeida, incansável defensora desses direitos, em um de seus trabalhos, Direito do Nascituro a Alimentos - uma contribuição do Direito Romano (p. 56-60), reduz e analiza as teorias relativas aos nascituros no direito brasileiro a três: a natalista, a da personalidade condicional e a verdadeiramente concepcionista. De sua pesquisa, resultou a colocação de que há paridade entre nascido e nascituro no direito romano, quanto aos alimentos, como se vê do seguinte trecho:

> De nossa parte, queremos acrescentar que os textos que fundamentam o direito a alimentos do nascituro, constantes *in D.37.9.1.9 De ventre in possessionem mittendo e curatore eius*, são de Ulpiano e reconhecem o mencionado direito sem condicioná-lo ao nascimento com vida mas, antes, a ele objetivando. Destarte, mencionados textos confirmam a tese de que a regra é a paridade ontológica e jurídica entre nascituro e nascido.

Daí concluir existente no direito positivo romano tal equiparação.

> No nosso modo de ver, ao nascituro são devidos alimentos em sentido lato - alimentos civis - para que possa nutrir-se e desenvolver com normalidade, objetivando o nascimento com vida. Incluem-se nos alimentos a adequada assistência médico-cirúrgica pré-natal, em sua inteireza, que abrange as técnicas especiais (transfusão de sangue em caso de erito-blastose fetal, amniocentese, ultra-sonografia) e cirurgias realizadas em feto, cada vez com mais freqüência, alcançando, assim, as despesas com parto.

À evidência, tal colocação tem

que pressupor que o alimentante há de ser conhecido e identificado, daí afirmar na seqüência:

> Tratando-se de filho ilegítimo, deve o nascituro, por sua representante legal, a mãe - e, em casos excepcionais, o *Curador ventris* - ingressar com ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, que não mais encontra óbice na legislação ordinária (Lei 883/49) já que a Constituição Federal, no art. 227, 6º, iguala, para todos os fins, os filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção. Possibilita, consequentemente, a investigação de paternidade e a ação de alimentos - que necessariamente examinará a paternidade sem restrições ...".(p. 56-60)

Lembra ainda a autora que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu arts. 7º e 8º , protegem o nascimento e a gestante.

A paternidade, como laço de parentesco que una imediatamente a pessoa a um ascendente, constitui o núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem ao patrimônio do filho, sejam eles direitos da personalidade ou direitos de natureza real ou obrigacional.

Como direito da personalidade, a paternidade não pode deixar de ser investigada de forma mais ampla possível, respeitados os princípios fundamentais da bioética.

Ação negatória de paternidade

Conhecida também como ação de contestação de paternidade, destina-se a excluir a presunção legal de paternidade. A legitimidade ativa é exclusiva do marido (art. 334 do CC) e o legitimado passivamente para esta ação é o filho, mas, por ter sido efetuado o registro pela mãe - e porque objetiva-se deconstituir um ato jurídico, retirando do registro civil um nome que figura como pai - deve ela também integrar a lide, na posição de ré. Se o filho é falecido, a ação deve ser movida contra seus herdeiros.

A rigidez desse sistema vem sendo abrandado pela jurisprudência, especialmente em face do progresso científico, que permite afastar, com absoluta certeza, por meio do exame de DNA, a paternidade biológica.

Para a doutrina em geral e os tribunais, só a impotência *generandi* pode ser argüida pelo marido, provando a ausência total de espermatozóides em seu líquido seminal (azoospermia).

Sendo o filho adulterino *a matre*, poderá ser reconhecido pelo verdadeiro pai. Mesmo que o marido não tenha ajuizado a negatória de paternidade, tem sido reconhecido ao filho o direito de impugnar a paternidade, com base no art. 348 do Código Civil, provando o erro ou a falsidade do registro. Mais se evidenciou essa possibilidade com o advento da Lei 8.560/92, elaborada com o intuito de conferir maior proteção aos filhos, por permitir que a investigação de paternidade, mesmo adulterina, seja proposta contra homem casado, ou pelo filho da mulher casada contra o seu verdadeiro pai, e por permitir, no art. 8.º, a retificação, por decisão judicial, ouvido o Ministério Público, "...dos registros anteriores à data da presente lei...".

"O reconhecimento compulsório de paternidade é hoje universalmente admitido. A legitimidade ativa é do filho."

Expressiva corrente jurisprudencial afirma que a ação negatória de paternidade, por tratar-se de ação de estado, é imprescritível.

Investigação de maternidade

Referida ação, embora rara, é reconhecida ao filho, que pode endereçá-la contra a mãe ou seus herdeiros. O art. 364 do Código Civil impedia o seu ajuizamento quando tivesse por fim atribuir prole ilegítima à mulher casada ou relação incestuosa à solteira. Tais restrições não mais subsistem, em face da atual Constituição e do citado art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Até recentemente, o Direito trabalhava com relativa segurança quanto ao fato de ser a identidade da mãe sempre certa, enquanto a do pai presumida. Na impossibilidade de se avaliar com certeza quem fosse o pai, adotava-se, em sentido amplo, o princípio do jurisconsulto romano Papiano: *Paper vero is est quem nuptiæ demonstrant*, citado no seu *De suis et legitimis heredibus*. Este princípio é um artifício jurídico, por tratar-se de presunção *juris tantum*.

Inversamente ao que ocorre com a paternidade, o desenvolvimento das técnicas de Procriação Assistida (fertilização *in vitro*, congelamento de embriões, etc.) e o uso do **útero de aluguel** colocaram em dúvida o princípio da maternidade certa - *Mater semper certa est!* Quem é a mãe? a que cedeu o óvulo, a que gerou a criança ou a que a encomendou e se propõe a educá-la? Novamente, reacende-se a polêmica sobre o sentido da maternidade, com uma série de dúvidas de ordem ética, de caráter psicológico e de natureza jurídica.

Em algum momento, o Direito dará a solução que dele se espera. No entanto, coloca-se uma questão mais ampla, de ordem ontossociológica, qual seja: até que ponto as soluções que o Direito vier a dar a esses impasses não servirão de incentivo à dissolução da família? Estará o homem preparado para sobreviver socialmente, uma vez que a célula *mater* da sociedade - a família - tende a desintegrar-se ? Sabe-se que não cabe ao Direito limitar direitos subjetivos. É do próprio usuário desses recursos que deve ser cobrado um mínimo de consciência ético-social no sentido de evitar que o meio em que vige venha a se desintegrar mais ainda. Do Direito espera-se que produza meios para impedir que as pessoas nascidas do uso das modernas técnicas de Biotecnologia tenham sua dignidade desrespeitada.

A procriação da vida humana fora do útero materno e a possibilidade de clonagem do ser humano desencadearam debates éticos e questionamentos jurídicos que ultrapassam as fronteiras de qualquer país. Não se trata mais de um simples avanço das Biociências, mas de uma verdadeira revolução para além dos muros dos centros de pesquisa, que toma de sobressalto toda a sociedade, que tem e terá

de se adequar a um novo estilo de vida e a fazer uma releitura do mundo, *mutatis mutantis*, por causa da Procriação Assistida e das conquistas da Engenharia Científica. Reacendeu-se o interesse pela Ética e, na sua esteira, passou-se a dar lugar de destaque também à Bioética, ao Biodireito e à Biopolítica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato de. Direito do nascituro a alimentos - uma contribuição do Direito Romano. **Rev. Dir. Civil**, n.º 54.

BICUDO, Hélio. **Direitos humanos e sua proteção**. São Paulo : FTD, 1997.

BORGHI, Hélio. **A situação dos filhos havidos fora do casamento e a nova constituição.** RT 643/239, 1989.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. 2ª ed.. São Paulo : Saraiva, 1998. In Coleção Sinopses Jurídicas.

MOURA, Mário Aguiar. **Legitimidade do nascituro para investigar a paternidade**. IOB, Repertório de Jurisprudência, n.º 3/91.

NEGRÃO, Theotônio. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo : Saraiva, 1997.

NEGRÃO, Theotônio. **Comentários ao Código de Processo Civil e Legislação Civil em Vigor**. 14ª ed.São Paulo : Saraiva, 1995.

NEGRÃO, Theotônio. **Comentários ao Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 28ª edição. São Paulo : Saraiva, 1997.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3ª edição.São Paulo : Saraiva, 1996.

PAULINAS. In: **Documentos Pontifícios**. *Gaudium et Spes*.Petrópolis: Vozes : 1969.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Reconhecimento de paternidade e seus efeitos**. 5ª ed. Rio de Janeiro : Forense,1996.

POLETTI, Alexandre. Comentários: **Revista Consulex**, ano 2, v. II, nº 18.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente: a convivência familiar e comunitária como um direito fundamental.** Sinopses Jurídicas.

SAUWEN, Regina Fiuza et alii. **O Direito *"In Vitro"* – da Bioética ao Biodireito**. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

SAVATIER, R. ***La Recherche de la Paternité***. Paris : Dalloz, 1927.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. . 15ª ed. São Paulo : Malheiros, 1998

Comentários sobre acórdão: Investigação de paternidade - Ação proposta em nome do nascituro pela mãe gestante. RT 625/173.

Comentários sobre acórdão: Investigação de paternidade - Prova pericial, exame de DNA post morten e nos herdeiros. RT 720/220.

ADOÇÃO PLENA NO DIREITO BRASILEIRO

*Clóvis Lima Da Silva**

RESUMO

O Direito brasileiro admite duas formas de Adoção: simples(civil) e a plena(estatutária). A adoção plena é adoção dos menores de 18 anos de idade. Essa espécie de adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais. Procurando consolidar o Princípio da Igualdade como direito fundamental do ser humano, o nosso Poder Constituinte Originário, vetou qualquer tipo de discriminação entre os filhos, havidos ou da relação do casamento, ou por adoção, estabelecendo os mesmos direitos e qualificações , independentemente da procedência.

PALAVRAS-CHAVE

Adoção plena; igualdade entre os filhos.

* **Clóvis Lima Da Silva** é Professor de Direito Civil IV da Faculdade de Direito de Marília, Fundação Eurípides Soares da Rocha, Professor de Direito Civil – Unip – Câmpus de São José do Rio Preto – SP, Professor de Direito Civil Curso Preparatório Para Carreiras Jurídicas –Master Concurso, Mestrando em Direito Civil – Unesp – Câmpus de Franca- SP, Advogado.

Considerações iniciais

Dentre as variadas espécies de relações humanas, o parentesco é uma da mais importantes e a mais constante, seja no comércio jurídico, seja na vida social. Tendo em vista os diversos aspectos de vinculação, os parentescos se classificam diferentemente e se distribuem em classes. O Direito brasileiro admite três formas de parentesco: por consangüinidade, por afinidade e por adoção.

O parentesco por consangüinidade é o vínculo existente entre pessoas que descendem de um mesmo tronco comum. Esse parentesco estabelece-se tanto pelo lado masculino, como pelo lado feminino; ao primeiro, denominou-se outrora agnação, em contraposição ao segundo, denominado cognação. O vínculo de parentesco estabelece-se por linhas: reta e colateral. A linha é reta quando as pessoas descendem umas das outras. O Código Civil, no art.330, dispõe precisamente que "são parentes, em linha reta, as pessoas que estão umas para com as outras na relação de ascendentes e descendentes". São parentes em linha reta: o bisavô, o avô, o filho, o neto e o bisneto. A linha reta é ascendente, segundo se sobe da pessoa considerada para os seus antepassados (do filho para o pai, deste para o avô etc.) ou se desce da pessoa considerada para os seus descendentes(do avô para o filho, deste para o neto e assim por diante). A linha é colateral quando as pessoas, entre si, não descendem umas das outras, mas procedem de um tronco ancestral comum. Dessa linha de parentesco ocupa-se o art.331 do Código Civil, quando dispõe que "são parentes em linha colateral ou transversal, até ao sexto grau, as pessoas que provêm de um tronco, sem descenderem uma da outra". Acham-se na linha colateral irmãos, tios, sobrinhos, primos. Todos advêm de um antepassado comum, sem descenderem, entre si, uns dos outros.

O parentesco por afinidade é o vínculo que se estabelece entre cada cônjuge e os parentes do outro. Essa espécie de parentesco estabelece o vínculo de ordem jurídica; ela não decorre da natureza, ou do sangue, como o parentesco por consangüinidade, mas tão-somente da lei. A afinidade comporta, como parentesco, duas linhas: a reta e a colateral, abrangendo a primeira a linha ascendente e a descendente. Na linha reta ascendente estão sogro, sogra, padrasto e madrasta, no mesmo grau que pai e mãe. Serão eles, destarte, afins em primeiro grau. Na linha reta descendente encontram-se genro, nora, enteado e enteada, no mesmo grau de filho ou filha; serão eles, portanto, igualmente, afins do primeiro grau. Na linha colateral, para a contagem dos graus, um dos cônjuges fica colocado na posição do outro, com relação aos parentes deste; cunhados serão, assim, afins em segundo grau.

"O Direito brasileiro admite a adoção por estrangeiro residente e domiciliado fora do país, que é considerada medida excepcional."

Já o parentesco por adoção (também chamado de parentesco civil) é o ato jurídico pelo qual se estabelece, independentemente do fato natural da procriação, o vínculo de filiação. Trata-se de ficção legal, que permite a constituição, entre duas pessoas, do laço de parentesco do primeiro grau na linha reta. O nosso ordenamento jurídico admite duas formas de Adoção: Adoção Civil disciplinada no Código Civil (arts.368 a 378) e aplicada somente aos maiores de dezoito anos e Adoção Plena(Adoção Estatutária) regulamentada no Estatuto da Criança e do Adolescente(arts.39 a 59) e destinada às crianças e adolescentes, em outras palavras, é a adoção dos menores de dezoito anos. Não podemos deixar de citar que excepcionalmente, os maiores de dezoito anos(mas menores de vinte e um anos) podem ser adotados pela forma plena, se já estiverem sob a guarda ou tutela dos adotantes (ECA, art.40).

O presente trabalho tem como objeto central estabelecer os principais contornos da Adoção Plena dentro do Direito brasileiro.

Aspectos jurídicos da adoção plena

O instituto da adoção plena é uma criação do Direito moderno, embora de reminiscências bizantinas (*affiliatio*), mediante a utilização de um processo mais complexo do que a adoção simples, porém revestido do alto mérito de proporcionar a integração do menor na família adotiva. No Direito francês, o sistema foi introduzido pela Lei de 29 de julho de 1939, e reestruturado pela Lei de 11 de julho de 1966, encontrando incontestável êxito. Na Itália, o Código de 1942 (art.404), disciplinando o instituto da affiliazione, acentua antes o caráter assistencial aos órfãos e abandonados. Em Portugal com o Código Civil de 1966, em vigor a partir de 1967.

No Direito brasileiro, teve ingresso com a Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965, revogada expressamente pelo Código de Menores - Lei nº 6.697, de 10 de outubro de1979, que passou a discipliná-la nos arts.29 a 37. Adveio, após a Constituição de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.1990), que não só revogou o Código de Menores, como regulou num só instituto a adoção dos menores de 18 anos, extinguindo-se, dessa forma, a distinção entre adoção simples e adoção plena. A nova adoção da criança e do adolescente é sempre plena. Com isso, passaram a existir no Brasil duas adoções: a dos maiores de 18 anos, regulada pelo Código Civil; e a dos menores de 18 anos, disciplinada pela Lei nº 8.069/90.

A principal característica desta modalidade de adoção é que ela promove a integração completa do adotado na família do adotante, na qual será recebido na condição de filho, com os mesmos direitos e deveres dos consangüíneos, inclusive sucessórios, desligando-o, definitiva e irrevogavelmente, da família de sangue, salvo para fins de impedimento matrimoniais (Lei 8.069, art.41).

Pela Lei nº 8.069/90, não é mais necessário que a adoção plena seja feita por pessoas casadas. "Podem adotar os maiores de 21 anos, independentemente de estado civil" (art.42),

desde que inexista a relação de descendência entre adotante e adotado (art.42,parágrafo primeiro). A adoção poderá também ser efetuada, simultânea ou sucessivamente pelos cônjuges. Em se tratando de concubinos, adoção poderá ser realizada desde que um deles tenha completado 21 anos, comprovado que a relação concubinária reflita estabilidade familiar (art.42, parágrafo segundo, Lei nº 8.069/90). Admitida a adoção pelos concubinos, mais se justifica por pessoas que se encontrem em "união estável", nos termos do art.226, parágrafo terceiro da Constituição Federal de 1988.

O adotante haverá de ser, pelo menos, 16 anos mais velho do que a adotado e mesmo os divorciados e separados poderão adotar conjuntamente, "contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas, e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância da sociedade conjugal" (art.42, parágrafo quarto, Lei nº 8.069/90).

Ocorrendo o falecimento do adotante no curso do processo e antes de proferida a sentença, a adoção poderá ser deferida, desde que tenha ficado muito nítida a inequívoca vontade do "de cujus". Nesse caso a adoção gera direitos para o adotado, e estabelece o pleno relacionamento deste com a família do falecido adotante, como se o processo tivesse sido concluído ainda em vida do adotante (art.42, parágrafo quinto, Lei nº 8.069/90). Os efeitos da adoção, neste caso, retroagem à data do óbito. A morte do adotante não restabelece o pátrio poder dos pais naturais.

Não há impedimento substancial para que o tutor ou curador adote seu pupilo ou curatelado. Resguardando um e outro de possível irregularidade na conduta ou preservando a hipótese de ser adoção uma porta aberta para que o tutor ou curador se esquive de seus deveres, a adoção nesses casos é subordinada à prévia prestação de contas, e homologada a quitação pela autoridade judiciária.

A Lei nº 8.069/90, de 13.07.90 não dispensa o consentimento dos pais ou representantes legais do adotando, a não ser no caso de filho de pais desconhecidos ou que tenham sido destituídos do pátrio poder. Até os doze anos é dispensada a anuência do adotado. Após essa idade será necessário o seu consentimento

Exige-se um estágio de convivência do adotante com a criança, antes de deferir-se a adoção plena. A lei, no entanto, não fixa sua duração, deixando-a a critério do juiz, que a determinará, observando as peculiaridades de cada caso. Pode-se dispensar o estágio, quando se tratar de criança de tenra idade (menor de um ano), ou quando, qualquer que seja a idade, já se encontrar o adotando em companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

Os importantes efeitos atribuídos à legitimação adotiva exigem a intervenção judicial em sua constituição. Dois sistemas se adotam: o da homologação e o da sentença constitutiva. Pelo primeiro, limita-se o juiz a homologar o ato dos adotantes, subordinando-se ou não à forma essencial. Pelo segundo pronucia a legitimação.

A preferência pelo sistema do ato judicial decorre da necessidade, geralmente reconhecida, de apuração da observância dos pressupostos e requisitos legais, dos motivos determinantes, do propósito dos adotantes e da conveniência da adoção para o adotado. Considera-se insubstituível esse processo como condição necessária ao pronunciamento judicial.O papel do juiz não se limita à simples homologação do ato praticado pelos adotantes, nem à verificação das condições objetivas prescritas na lei, visto que decide sobre a conveniência do ato e aprecia sua motivação. Sua intervenção tem, pois, a natureza de um julgamento. Observando o art.47 da Lei nº 8.069/90, podemos chegar à conclusão que o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema da sentença constitutiva. Assim, a adoção plena não se faz por escritura pública, mas mediante procedimento especial perante a Vara da Infância e da Juventude. A sentença determinará o cancelamento do registro original do adotado e ordenará que se faça um novo, como se os adotantes acabassem de ter um filho natural, podendo estabelecer, a pedido do adotante, a modificação do prenome. Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões de registro, relativo à adoção plena(art.47, parágrafo terceiro, Lei nº 8.069/90). O objetivo desse preceito é evitar uma possível discriminação, ofendendo assim o princípio da igualdade, bem como evitar o sofrimento do adotante, a partir do momento que descobre a sua origem.

O Direito brasileiro admite a adoção por estrangeiro residente e domiciliado fora do país, que é considerada medida excepcional. Em outras palavras, casais brasileiros terão preferência, com relação, aos casais estrangeiros. Na adoção estrangeira o candidato deverá apresentar documento expedido pela autoridade competente de seu domicílio, provando estar habilitado a adotar, consoante a legislação local. Além disso, apresentará estudo psicossocial elaborado por agência especializada e credenciada no país de origem. Será exigida prova da legislação pertinente e permissiva, tudo devidamente traduzido e autenticado, comprovando-se ainda estar vigente por ocasião do pedido.

Processado o pedido, o juiz determinará o estágio de convivência no território nacional de no mínimo de 15 dias, para crianças de até dois anos de idade, e de no mínimo trinta dias, para as de idade superior , ficando estabelecido que não será permitida a saída do adotando do território nacio-

nal antes de consumada a adoção. Como requisito para a adoção internacional proceder-se-á a estudo prévio, e análise de uma Comissão Estadual Judiciária de Adoção que fornecerá o respectivo laudo de habilitação para instruir o processo competente. Essa Comissão manterá registro centralizado de interessados estrangeiros em adoção (art.52, parágrafo único, Lei nº 8.069/90).

Ainda podemos citar, a regra do art.39, parágrafo único da Lei nº 8.069/90, que veda a adoção por procuração e a regra do art.49, também da lei acima mencionada, que estabelece que a morte dos adotantes não restabelece o pátrio poder dos pais naturais.

Considerações finais

Observando a legislação brasileira, podemos afirmar a existência de uma evolução sobre o tratamento dado a criança e ao adolescente. Destacamos, como fundamentais: o art.227, parágrafo sexto da Constituição Federal de 1988, onde fica nítida a preocupação do nosso legislador em evitar discriminações ("Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação") e o art.41 da Lei nº 8.069/90 ("Adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais). Assim, com base nesses artigos acima mencionados, podemos concluir que o nosso legislador respeitou o Princípio da Igualdade (Direito Fundamental do Ser Humano).

Entretanto, entendemos também que a legislação referente à criança e ao adolescente apresenta algumas falhas técnicas. Em primeiro lugar, citamos a regra do art.39 da Lei nº 8.069/90("A adoção de criança e adolescente reger-se-á segundo disposto nesta lei"), julgamos indesculpável o fato de haver o Estatuto esquecido a adoção do nascituro, o que já constava do Código Civil de 1916. Seguramente o legislador perdeu a oportunidade para ser claro e completo. Em nenhuma passagem refere-se ao nascituro, esquecendo-o totalmente, e com seu esquecimento o deixou em pé de inferioridade com a criança e o adolescente, o que é injusto e despropositado. Em outras palavras, a adoção do nascituro seguirá as regras da Adoção Simples.

Em segundo lugar, mencionamos a disciplina do art.42, parágrafo quinto da Lei nº 8.069/90("A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença"). Foi perdida a oportunidade de inclui-se a adoção nuncupativa, com a exigência da existência de um procedimento. Para o casamento nuncupativo previsto no Código Civil não há tal exigência. Como no casamento, deveria ser suficiente a comprovada e inequívoca manifestação de vontade. São conhecidos os casos em que as crianças ficaram prejudicadas pela morte de pessoas que desejavam adotá-las e que faleceram antes de iniciar um processo de adoção. Como em outras situações, a pretendida proteção integral não se concretizou.

Por último não concordamos com as regras sobre a adoção internacional, elencadas no art.46, da Lei nº 8.069/90, pois, conforme já comentamos, o legislação brasileira exige para as hipóteses de adoção estrangeira, um estágio de convivência de15 dias para crianças de até 2 anos de idade, e de no mínimo 30 dias quando se tratar de adotando acima de 2 anos de idade, cumprido no território nacional. No nosso entender , isso acaba limitando a adoção internacional. Essa exigência de um mês para que um casal de estrangeiros venha ao Brasil e adote uma criança, inviabiliza na prática essa adoção.Esses 30 dias de convivência são artificiais. A criança irá viver entre as quatro paredes de um quarto de hotel, longe do ambiente do lar, que é totalmente diferente. Quando seguir para o seu destino irá encontrar uma outra realidade, exatamente aquela que nos interessa saber se será assimilada pela criança. Só que pelo novo Estatuto não saberemos nunca. Tal regramento legal representa lamentável retrocesso legislativo se comparado às normas que regulavam a adoção internacional e que se encontravam congregadas no revogado Código de Menores. Ao tempo em que vigorava esse diploma legal, o estágio de convivência era cumprido não no Brasil, mas no local onde o adotado iria efetivamente fixar residência. A autoridade judiciária, então, concedia ao adotante a tutela do menor e fixava um prazo dentro do qual o estágio de convivência seria cumprido no exterior, conforme rezava o parágrafo único do art.108. O legislador de 1990, porém, imbuído de ranços xenófobos, editou essa infeliz norma, dificultando sobremaneira a adoção de menores brasileiros por casais estrangeiros. A intenção da lei foi, sem dúvida dificultar ao máximo a adoção internacional, fazendo vista grossa ao grande número de menores abandonados e injustiçados pela sorte, como se o Brasil fosse um verdadeiro paraíso terrestre, livre de mazelas sociais que fazem parte do nosso cotidiano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHAVES, Antônio. Adoção Internacional. São Paulo : Editora da Universidade de São Paulo, 1994.

GOMES, Orlando. Direito de Família. 10 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Constituição Federal de 1988. São Paulo : RT, 1999.

NEGRÃO, Theotônio. Código Civil e Legislação Civil em Vigor. São Paulo : Saraiva, 1995.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Adoção e Procedimento Judicial. São Paulo : Saraiva, 1988.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. 11ªed. Rio de Janeiro : Forense, 1998.

SIQUEIRA, Liborni. Adoção no Tempo e no Espaço. 2ªed. Rio de Janeiro : Forense, 1993.

VIEIRA, Jair Lot. (sup) Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8069, de 13/07/1990. São Paulo : Edipro, 1991.

BREVES NOTAS PARA O ESTUDO DOS DIREITOS HUMANOS

Eduardo Figueiredo e Isael José Santana***

RESUMO

O tema direitos humanos é contextualizado nesta investigação na esteira das pesquisas que buscam desenvolver a ruptura com o saber jurídico tradicional. Face à sua magnitude, e mesmo sob determinada angulação, é ele problematizado. Debate-se as relações dos Direitos Humanos com outras áreas do saber, com seus problemas paradigmáticos e com as respectivas contribuições. Esse breve debate intensifica e incrementa, em certa medida, as justificações a respeito do estudo do Direito juntamente com o estudo da crítica da cultura e da sociedade, buscando, desse modo, reelaborar algumas interrogações.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos humanos; cultura; sociedade; normatividade; paradigma.

* **Eduardo Figueiredo** é Professor de História do Pensamento Jurídico, Faculdade de Direito de Marília – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, membro do *Grupo Di Ricerca Sulla Diffusione Del Dirittto Romano* sediado em Sassari, Itália e mestrando em Filosofia do Direito e Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná em Curitíba.

** **Isael José Santana** é Mestrando em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá, Advogado.

Introdução

Antes de tudo, devem ser assinaladas algumas dificuldades e colocadas certas explicações. O tema será tratado em breve espaço, e sua pretensão é demonstrar que o estudo dos direitos humanos não é indiferente às angulações e às variações de marcos teóricos. A locução marco teórico é aqui empregada como sinônimo de paradigma, de *dèmarche*. Somente essas expressões justificariam estudo apartado, porquanto trazem em sí suas próprias dificuldades de explanação. Todavia, a constatação que evocam, ou seja, a de que o estudo das ciências do homem tem encontrado na sua fundamentação teórica a convergência entre novos modos de proceder e a reavaliação desses modos de proceder, é suficiente.

É tema também para outro momento, segundo delimitação própria, saber como as variantes dos estudos jurídicos e dos direitos humanos têm admitido essas convergências e em que medida o *locus* epistêmico, juntamente com suas questões, expansão e características indeléveis, solapa e atinge suas perspectivas mais divulgadas, se são capazes ou não, ou mesmo em que medida, de alterar substancialmente as discussões sobre a juridicidade. A contínua recolocação do tema direitos humanos, em paralelo aos movimentos que a epistemologia desenvolve, indica a possibilidade de certas invasões incidentes sobre essas fronteiras. Buscam-se saídas para certos impasses segundo esse proceder. Se as saídas não se evidenciam, diagnosticam-se as razões para os desencontros.

> Trata-se da insuficiência intrínseca de todo e qualquer paradigma jurídico ou não. Essa crise traduz uma tensão entre a amplitude do universo que o paradigma se propõe abarcar e o *quantum* que desse universo ele efetivamente pode dar conta. Todo paradigma é necessariamente limitado. Sua própria formulação sistemática já o limita. No entanto, cada um deles se propõe, ainda que implicitamente, dar conta da totalidade teórica de seu objeto, descrevendo-o segundo sua verdade mais íntima. Isso acaba conduzindo mesmo investigadores cuidadosos a ter do Direito uma visão acentuadamente reducionista, em que a totalidade teórica do objeto (no caso, o conceito mesmo de Direito, afinal de contas) fica confinada aos limites do paradigma. Basta rever a exposição que foi feita desses modelos teóricos para constatar que, em uns, o Direito se reduz à lei do Estado, em outros à vontade revelada de uma divindade qualquer, nuns terceiros a normas racionais, e assim por diante. (Neto, 1998, p. 98)

Nesse sentido, o desenvolvimento em profundidade a respeito do potencial epistêmico contido nos paradigmas não é impeditivo dos desenvolvimentos teóricos do objeto segundo as vertentes desse ou daquele paradigma. Há certa uniformidade, contudo, no debate sobre as ciências, em que se relevam as possíveis maturações que irão determinar fissuras em variados planos epistêmicos. Explicando melhor essa afirmação, as finalidades da ciência são colocadas em questão mas, sobremodo seu conteúdo e aspectos, podem assinalar, inclusive, a identidade propriamente dita de saberes genuinamente científicos ou não. Para tanto, ocorre a contextualização da ciência na pós-modernidade. Significa dizer que não apenas o vastíssimo lastro teórico que investigou as possibilidades de identificação da ciência encontra-se provocado. Essa deliberada perturbação trata de colocá-la em compasso ou mesmo em admitir os descompassos perante esse novo momento social, político, histórico e tecnológico. As elucidações da sociologia, da ciência política, da filosofia da ciência, entre outras áreas do saber, passam, assim, a recolocar suas principais temáticas diante da questão dos paradigmas, o que determina em seu interior também essa perturbação. Não estou afirmando que a pós- modernidade seja um paradigma. Estou sim, propositalmente, invertendo, tanto quanto possível, sem desnaturar a idéia mestra de Thomas Kuhn, que a eclosão da sociedade da informação devidamente acoplada a certos setores do capital mundial, sobretudo ocidental, devidamente aparamentados por uma ideologia econômica de consequências sociais abala, consistentemente, os fatores psicológicos e sociológicos admitidos por uma comunidade científica. Este abalo esvazia alguns sistemas de organização do trabalho científico propondo-lhes muito mais que uma reavaliação. Propõe-lhes a descontinuidade da prática de seus saberes tal como encontram-se, face à interterminação que se projeta perceptivelmente nos critérios de abordagem dos problemas científicos. Para a teoria social e para o direito, trata-se de discussão da qual não se pode desviar. (Santos, 1995, p.151)

> Existe uma grande ambiguidade no debate modernidade/pós-modernidade. Frente a certas posições sinto-me decididamente moderno, isto implica seguir confiando na capacidade do homens para alcançar formas de sociabilidade progressivamente mais humanas, justas, livres, equitativas. Quanto à pós-modernidade, expressa ceticismo, niilismo, decadentismo,... . Quando expressa, no entanto, uma crítica a respeito da modernidade como discurso ideológico portador de um garantismo não cumprido, mas propõe alternativas, parece ser atrativa.
>
> (...) uma compreensão pós-moderna do jurídico suporia um exercício de uma hermenêutica crítica, capaz a um tempo de desocultar, de desconstruir aspectos ideológicos do cânone da modernidade e de reconstruir tradições e práticas sociais capazes de gerar alternativas contra-hegemônicas.
>
> Como se vê, sob uma mesma denominação se cumprem múltiplas, complexas e às vezes contraditórias articulações de sentido. Contudo, parece-me produtivo e me situo nele a partir do lugar - como diria Foucault - dos homens que têm uma certa dificuldade comum para suportar o que está se passando e por isso - acrescento - confiam em poder mudá-lo. (Cárcova, 1996, p. 118-9)

Esses momentos não se cingem às representações do mundo. Extravasam seus potenciais em dupla frente. O marco teórico discute a si mesmo e provoca a rediscussão da realidade, que invariavelmente migra com seu conceitualismo para o potencial de suas vertentes epistemológicas. Embora sejam mais perceptíveis essas mudanças no esforço das tramas narrativas que elucidam os objetos pesquisados pelas mais variadas ocupações científicas, os cânones resgatados e aplicados para tanto são investigados como que em uma atividade paralela, que se já foi mais discreta e velada, hoje é explícita, veloz, constituinte e desconstituinte dos saberes em construção.

Karl Marx generalizadamente pontificou em seus escritos a necessidade da dúvida. Essa dúvida era imprescindível no instante da observação, face à possibilidade do erro antecipar-se à resposta já como resposta. Na raiz do marxismo está sua *episteme*. O materialismo histórico, segundo o desenvolvimento marxista, foi elevado a um plano capaz de dissolver o risco do erro quando da observação da sociedade e do capitalismo. Ele mantém a dúvida, mas altera o *logos* quanto aos mecanismos de duvidar. O materialismo histórico passou a ser recolocado pelos estudiosos marxistas e, se seu conteúdo genuíno não se desfez, contudo sua compreensão foi inovada em vários sentidos. É a aceleração dessa inovação e a percepção de significativas relações e intersecções entre os saberes - presentes nos variados campos da atividade científica - que desloca do centro da atividade científica a ilusão da edificação do conhecimento exato ou com coeficiente elevado de exatidão. Como visto, é a rigidez dos pontos de partida que sofrem abalo, porquanto a aceleração do modo de conhecer indica e impede a cristalização de planos axiomáticos alicerçadores de hipóteses de trabalho.

Essa constatação foi muito mais incisiva nas ciências naturais que nas humanas.

Partindo dessas colocações, não encetarei na discussão e não provocarei, no universo complexo constituído pelo estudo do direito e dos direitos humanos, qualquer referência a sua morfologia, a sua conformação legislativa ou mesmo ao estágio, em nível mundial, de suas características mais recentes.

Buscarei a retomada de algumas interrogações originadas em plano e espaço riquíssimos da crítica da cultura, da crítica das sociedades contemporâneas e liberais e, também, no fenômeno do pluralismo jurídico. Todos são, a meu ver, extensamente relacionáveis segundo desenvolvimentos teóricos produzidos quer na teoria crítica, quer na sociologia, quer na teoria jurídica. Mais sensíveis aos objetivos deste trabalho, não somente encerram o problema dos paradigmas, mas explicitam este aspecto de modo mais eloquente. Não se fala de crítica, de sociedade ou de direito se o pensamento não se encontra lastreado em uma orientação prévia.

Alguns enfoques sobre os Direitos Humanos no contexto do Direito brasileiro

São vastíssimos os desenvolvimentos em que se fundamentam as correntes compreensivas do direito. Essas correntes desenvolvem-se segundo marcos teóricos que podem elucidar mais especificamente cada face do universo da jurisprudência. A fim de que o leitor perceba isso, mesmo que parcialmente, impõe-se breve explanação.

"O marco teórico discute a si mesmo e provoca a rediscussão da realidade, que migra com seu conceitualismo para o potencial de suas vertentes epistemológicas."

O estudioso do direito que vislumbra na lei um dado relevante e que desconsidera em certa medida outros setores da sociedade que se relacionam nessa totalidade elege para sí o marco teórico positivista. O positivismo contém, mercê de seu conteúdo complexo, também um método e uma ideologia. O direito expressa-se por uma legislação coativa, imperativa, territorialista. Igualmente, esse direito é representado num bloco monolítico, totalizante e passível de ser elucidado por meio de mecanismos interpretativos que esse mesmo direito admite.

Essa realidade normativa é explorada multifacetariamente, constituindo em sí mesmo um saber. A versão mais elaborada do positivismo no ocidente é representada pela obra do jurista austríaco Hans Kelsen que buscou, na Teoria Pura do Direito, severamente, eliminar as contigências por ele denominadas impuras da concepção do direito tal como por ele também elaborada.

A fecundidade de outras áreas de investigação da sociedade, da política, da economia, da sociologia são retratadas como momentos pré-jurídicos, que podem ou não ser absorvidos pela juridicidade, porque esta é um todo que, após sua elaboração, resiste e é refratária às influências externas. O purismo kelseniano justifica um pensar puro. O que não se identifica com a concepção teórica do direito desenvolvida segundo esse rigor lógico e metodológico não é direito. Há uma separação nítida e formal entre direito e a sociedade.

As relações entre o direito e o positivismo não se estabeleceram a partir dos trabalhos do jurista austríaco. O direito representado unicamente pela lei observa sérios desenvolvimentos a partir das codificações européias. O positivismo traz, entre seus fundamentos, a necessidade da certeza científica. A jurisprudência carece de apontar sua viga, sua estrutura conformadora. Trata-se da lei ou de algo que possa ser determinado. Esse conjunto, sobretudo a base normativa, reorganizou o plano que definitivamente justificaria as teorias que buscavam fundamentar o estudo do direito segundo moldes científicos. A Escola da Exegese na França e a Escola Pandectista na Alemanha desenvolveram-se explorando os desafios a que se propuseram. Os mais consistentes eram o de demonstrar, *more geometrico*, a certeza que poderia ser colhida da expressão legal do direito. Ela seria suficiente para a resolução das interações sociais porque essas interações, quando qualificadas juridicamente, continham interesses não meramente econômicos ou de base costumeira mas, também, certa carga valorativa que destacava nelas a justificação da intervenção legal.

A riqueza de outras áreas de observação da sociedade, notadamente a economia, a cultura, a sociologia, eram relevantes, podendo gerar alguma influência nos setores pré-jurídicos, mas não no plano normativo. Coloca-se o pensamento jurídico em uma ante-sala que lhe permite observar os detalhes e possivelmente antecipar o todo, mas ele não faz parte do todo. Esse saber edifica-se segundo figuras que lhe são específicas, formais. Sua linguagem é conceitual, seu plano de exploração é dogmático e conforma-

dor da realidade. Passa a existir uma realidade social elaborada segundo uma moldagem técnica porque vislumbrada por meio dessa moldagem, que é também constitutiva dessa realidade e que, portanto, pode muito bem deslocá-la, administrá-la. Na medida em que o plano jurídico expande-se legislativamente e reclama continuamente sua auto-legitimação, sua justificação opera-se segundo seus próprios critérios.

No plano da justificação, objetivando a perenização desse *corpus*, a dogmática jurídica utiliza-se de um artifício que Ferraz Jr. denomina de astúcia da razão dogmática, que atua mediante mecanismos de deslocamentos ideológico-discursivos. Esta astúcia da razão dogmática põe-se, assim, a serviço do enfraquecimento das tensões sociais, na medida em que neutraliza a pressão exercida pelos problemas de distribuição de poder, de recursos e de benefícios escassos. E o faz, ao torná-los conflitos abstratos, isto é, definidos em termos jurídicos e em termos juridicamente interpretáveis e decidíveis. (Ferraz Jr., apud Streck, 1999, p. 20)

Ou seja, a partir desse deslocamento, não se discute, por exemplo, o problema dos direitos humanos e da cidadania, mas, sim, sobre (e a partir) deles. Uma das operações fundamentais do processo ideológico consiste na passagem do discurso de ao discurso sobre (Claude Lefort) : é assim que podemos quase detectar os momentos nos quais ocorre o surgimento de um discurso ideológico: por exemplo, quando o discurso da unidade social se tornou realmente impossível em virtude da divisão social, surgiu o discurso sobre a unidade; quando o discurso da loucura tem de ser silenciado, em seu lugar surge o discurso sobre a loucura; onde não pode haver um discurso da revolução, surge um outro, sobre a revolução; ali onde não pode haver um discurso da mulher, surge um discurso sobre a mulher, etc. (Chauí, apud Streck, 1999, p. 20)

Graças a isso, o contexto da dogmática jurídica, os fenômenos sociais que chegam ao Judiciário passam a ser analisados como meras abstrações jurídicas, e as pessoas, protagonistas do processo, são transformados em autor e réu, reclamante e reclamado, e, não raras vezes, **suplicante e suplicado,** etc. Nesse sentido, pode-se dizer que ocorre uma espécie de **coisificação** das relações jurídicas. (Streck, 1999, p .20)

Parece correto afirmar que o teor dos diálogos desenvolvidos a respeito dos direitos humanos também assinala essa abordagem positivista na medida em que há evidente recepção do tema pelo direito brasileiro e, por extensão, pelo seu senso teórico predominante. Isso significa dizer que o senso comum teórico do jurista e do estudioso dos direitos humanos no Brasil explanam as relações dos direitos humanos e da recepção segundo os problemas decorrentes da base legal e de seus contornos principais. Mas os direitos humanos não poderão ser abordados unicamente segundo os cânones teóricos do positivismo ainda sedimentados, nem mesmo ser tomados em sentido puro.

> A consideração do direito como uma prática que se desenrola a partir de uma combinação específica de certos elementos estruturais e que, através da natureza destes, se relaciona com outras estruturas, subjacentes a práticas de outro nível, contribui para um desvendamento mais completo do modelo de intercausalidade a que o direito está sujeito no seio da totalidade social. (Castro, 1998, p.2)

Esse destaque poderá recolocar a base original de fundamentação que deu suporte ao nascimento dos direitos humanos no ocidente e que hoje reside na flexibilidade entre uma ética de princípios em determinadas circunstâncias de tempo, lugar, pessoa e a natureza da ação e das funções de legitimidade que não anime simplesmente um poder fático. Não permitir o estiolamento dessa base original e universal de direito face aos descompassos legislativos de um território, de um regime político e de um momento sócio-histórico é uma tarefa teórica. É interessante também, em tom explicativo, destacar que as bases universais dos direitos humanos hoje passam a ser colocadas em imperativos legais, de sorte a impedir que as nações lhes sacrifiquem a natureza, porque é impossível, mesmo em um mundo despolarizado, antecipar quais serão os conteúdos e práticas de certos regimes políticos.

A busca de evidenciar a possibilidade de ocorrer o esvaziamento, em certa medida, dos ideais contidos nos direitos humanos decorre de seu impacto no senso teórico, na legislação e no direito brasileiro. A palavra impacto sugere também as implicações da imersão dos direitos humanos no todo social brasileiro. Na primeira hipótese, relevam-se as conexões e os sentidos que os direitos humanos passam a ter no quadro geral de um direito conservador, liberal e legalista. A segunda, evidencia o imperativo da presença dos direitos humanos entre nós, dada a imprescindibilidade de que sejam considerados todos os veículos que possam contribuir para a formação das mentalidades política e jurídica segundo um plano mais ou menos uniforme, por meio de uma constante perquirição da base dos direitos e de sua manutenção, a fim de que se renovem, principalmente, as concepções sobre igualdade e minimização das desigualdades não jurídicas, mas sociais.

> ... a miséria em nosso país chegou a níveis tão terríveis, que as pessoas "normais" começam a desenvolver um sentimento cada vez mais palpável de desconforto frente à miséria que se amontoa debaixo dos viadutos e incomoda na parada dos semáforos, sentimento esse que dá corpo à impressão de que há um **excedente** de população que já não serve para nada: mendigos, meninos de rua, moradores de rua, etc...., em relação aos quais pode facilmente germinar uma mentalidade exterminatória. (Oliveira, 1996, p. 175)

A base do direito nacional ainda revela concepção conservadora, que se perpetua segundo moldes de pensamento jurídico há muito sedimentados na mentalidade brasileira. Essa mentalidade esteve e ainda está geneticamente ligada às formas jurídicas liberais. O redimensionamento dessa base é recentíssima. Ela encontra estrutura no novo pacto político e social presente na Constituição de outubro de 1988. Mas a ortodoxia calcada ainda nos conceitos jurídicos elementares elucida o pensar de modo parcial e não comprometido com a realidade. Nem poderia, dada sua epistême. Ela é inóspita, detentora de posturas fixas. Constitui uma sistematicidade em perspectiva unidimensional, que vislumbra o direito em sentido positivo já incorporado o axiológico. Contrapõe-se às emergências sociais que são melhor captadas pelas compreensões pluralistas da juridicidade porque suas estruturas são incapazes de absorver problemas da totalidade social.

Trata-se de um compreender falho. Complexa é a constatação da existência de um plano fértil e simpático à manutencão desse compreender falho. Ele revela a incapacidade do senso comum teórico tradicional em gerar fissuras no bloco monolítico do direito brasileiro não somente em razão das especificidades desse, mas da conformação da mentalidade do estudioso do direito no Brasil, que se vê cativo, desde a graduação, de uma legislação exagerada, de conceitos infinitos, de uma trama jurídica seríssima que se torna cada vez mais delicada, tanto em seu manejo, quanto em sua aplicação. A insegurança dessa realidade reduz o estudioso ao conhecedor e explorador de textos legais, porquanto na ausência de um referencial mais seguro, mesmo que a lei transpire certa questionabilidade, ela é tomada como referencial.

> Difusamente, o sentido comum teórico é o conhecimento que se encontra na base de todos os discursos científicos e epistemológicos do Direito. O sentido comum teórico institui uma espécie de *habitus* (Bordieu), ou seja, predisposições compartidas, no âmbito do imaginário dos juristas. Isto porque, segundo Bordieu, há, na verdade, um conjunto de crenças e práticas que, mascaradas e ocultadas pela *communis opinio doctorum*, propiciam que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas, o que faz do exercício do operador jurídico um mero *habitus*, ou seja, um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, e converte o seu saber profissional em uma espécie de capital simbólico, isto é, numa riqueza reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos. (Faria apud Streck, 1999, p. 19)

"É interessante também, em tom explicativo, destacar que as bases universais dos direitos humanos hoje passam a ser colocadas em imperativos legais."

As figuras dogmáticas do direito privado desempenham um papel relevante diante dessa realidade porque tudo reduzem às suas frias relações. Elas delineiam, inconscientemente, a *forma mentis* do estudioso de ontem e de hoje, sempre hesitante entre a realidade e o que é real segundo o conceitualismo do direito. Esse mesmo direito privado exerce uma atração ambivalente. Partindo da artificial constatação de que há um público e um privado na sociedade, ele é convidativo mais à sua observação originária, histórica, ratificando essa base, ao mesmo tempo em que se choca, evidentemente, com o fato de sua constitucionalização . Essa divisão, ainda observável, confirma a diferença.

> Em nosso país, não há dúvida de que, sob a ótica do Estado Democrático de Direito - em que o Direito deve ser visto como instrumento de transformação social - ocorre uma disfuncionalidade, tanto da juridicidade quanto das instituições encarregadas de aplicar a lei. O Direito e a dogmática jurídica que o instrumentaliza estão assentados em um paradigma liberal-individualista que sustenta essa disfuncionalidade. Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem desse Direito produto de um modo liberal-individualista-normativista de produção de direito. Lidamos, ainda, com um modelo forjado para resolver disputas interindividuais, ou, como diriam os manuais de direito, disputas entre Caio e Tício. Assim, se Caio invadir a propriedade de Tício, é fácil para o operador do Direito resolver o problema. Neste caso, a dogmática coloca à disposição desse operador um *pret-à-porter* significativo, contendo uma resposta pronta e rápida. Mas, quando Caio e milhares de pessoas sem teto e sem terra invadem a propriedade de Tício, os juristas só conseguem "pensar" o problema a partir da ótica liberal-individualista. Não surpreende, pois, que institutos jurídicos importantes como o mandado de injunção e a substituição processual, previstos pela nova Constituição, tenham sido redefinidos e tornados ineficazes pelo *establishiment* jurídico-dogmático. Como muito bem lembra um juiz de Direito de São Paulo, José Roberto Lino Machado, 'não há emprego para pobres. Não há moradia para pobres. Mas os juristas insistem em defender a intangibilidade da propriedade dos bens de produção e de terra não utilizadas para nenhum fim social com a única intenção especulativa ou por simples inércia de seu proprietário. As grandes corporações e as instituições financeiras impõem suas cláusulas e condições aos consumidores, mas, por iníqua ou unilateral que seja a condição, a iniquidade e a unilateralidade estão cobertas pelo ato jurídico.... (Streck, 1999, p. 13)

A distância entre os apelos sociais e as construções teóricas dos juristas só é comparável à não efetividade da lei diante da arcaica e questionável estrutura das instituições que são responsáveis pela sua aplicação. O marginalismo do discurso jurídico insinua seu distanciamento. Como mensurá-lo ante aos crescentes estágios da barbárie social e das distorções sistêmicas de um modelo político e econômico que também perpetua diferenças, enquanto os mecanismos sociais de resistência se desagregam, sendo mesmo impensável que pudessem resistir, dada sua heterogeneidade de fins?

> O que vemos no Brasil hoje é o espalhafatoso crescimento da cultura de massas sem traços de tradição, num descaramento cultural só igualado pela bruta corrupção da vida administrativa. ... Nunca tivemos tanta vitalidade na ala estúpida da vida brasileira. Uma economia **casa da mãe Joana** vende o país na bacia das almas, uma cultura sem defesa leva à ditadura dos ratinhos, das chiquititas. Não se trata, como pensávamos, da invasão de mensagens "ideológicas". Conteúdos se esvanecem. O perigo americano é a forma mercantil desbragada que a cultura brasileira tomou, a baixa democracia da ignorância.
> Hoje estamos sem o velho Estado-Nação e sem um nicho no mundo global. Nem centro, nem periferia; somos uns juros altos, somos um dólar flutuante, somos apenas um suspense econômico. A democracia é vivida como tolerância à ilegalidade e, na cultura, equaliza todas as mediocridades **pagodizando** a vida nacional... (Jabor, 1999, p.3)

Síntese conclusiva

O exame panorâmico dos direitos humanos no Brasil deve considerar os potenciais epistêmicos dos saberes que se interseccionam no objeto direito. Face ao seus potenciais intrínsecos, eles alargam as discussões em torno dos direitos universais básicos. A historicidade recente dos direitos humanos, seu conteúdo delineado na base constitucional e também sua factibilidade devem ser resgatadas no plano jurídico de gênese propriamente nacional, porquanto essa implementa e viabiliza, segundo seus limites e possibilidades, a interferência de um modelo econômico sob o tecido jurídico que carece de proteção. Os direitos humanos, quando analisados segundo esses potenciais, poderão fundamentar a resistência dos direitos básicos face às parcialidades negativas originadas em outros interesses incidentes e presentes na sociedade, mas que não estão comprometidos com mudanças.

> O que se pode observar é a predominância de uma ótica que podemos considerar pertencendo ao liberalismo que é o estabelecimento de uma distinção entre os direitos civis e políticos de um lado e os direitos sociais de outro. Não há dúvida de que é uma divisão metodológica, mas que significa uma diferenciação e se esquece de que na realidade os direitos humanos são indivisíveis. A realização de um depende da efetivação do outro. Assim como dar ao homem mediano a liberdade de pensamento sem o direito ao trabalho e um arremedo de seguro desemprego. (Mello, 1999, p. 275-6)

Essa intersecção, em nível teórico, por sua vez, valer-se-á, dos desenvolvimentos desses saberes, já admitidas as interrogações contidas nos movimentos paradigmáticos próximos deles, o que poderá contribuir para evitar que o tema direitos humanos se perca, ou mesmo oscile, entre as justificações de *episteme* jurídicas detentoras de significativa carga hegemônica, porque monistas, porque legitimadoras do direito estatal e oficial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CÁRCOVA, Carlos Maria. Direito, Estado e Democracia. In: Arguello, Kátie. **Direito e Democracia.** Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996. p.115-20.

CASTRO, Claúdio Henrique de. **A importância do Direito Romano**. Curitiba. 1998. (mimeografado)

CHAUÍ, Marilena de Souza. Ideologia e Educação. In : _____. **Educação e Sociedade**. N. 5. São Paulo : Cortez, 1980.

JABOR, Arnaldo. Vivemos a grande pagodização da cultura brasileira. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 13 abril. 1999. Caderno Mais, p. 3.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Sobre a Crise dos Paradigmas Jurídicos e a Questão do Direito Alternativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, ano 30, nº 30, 1998.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque *et al*. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito**. Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

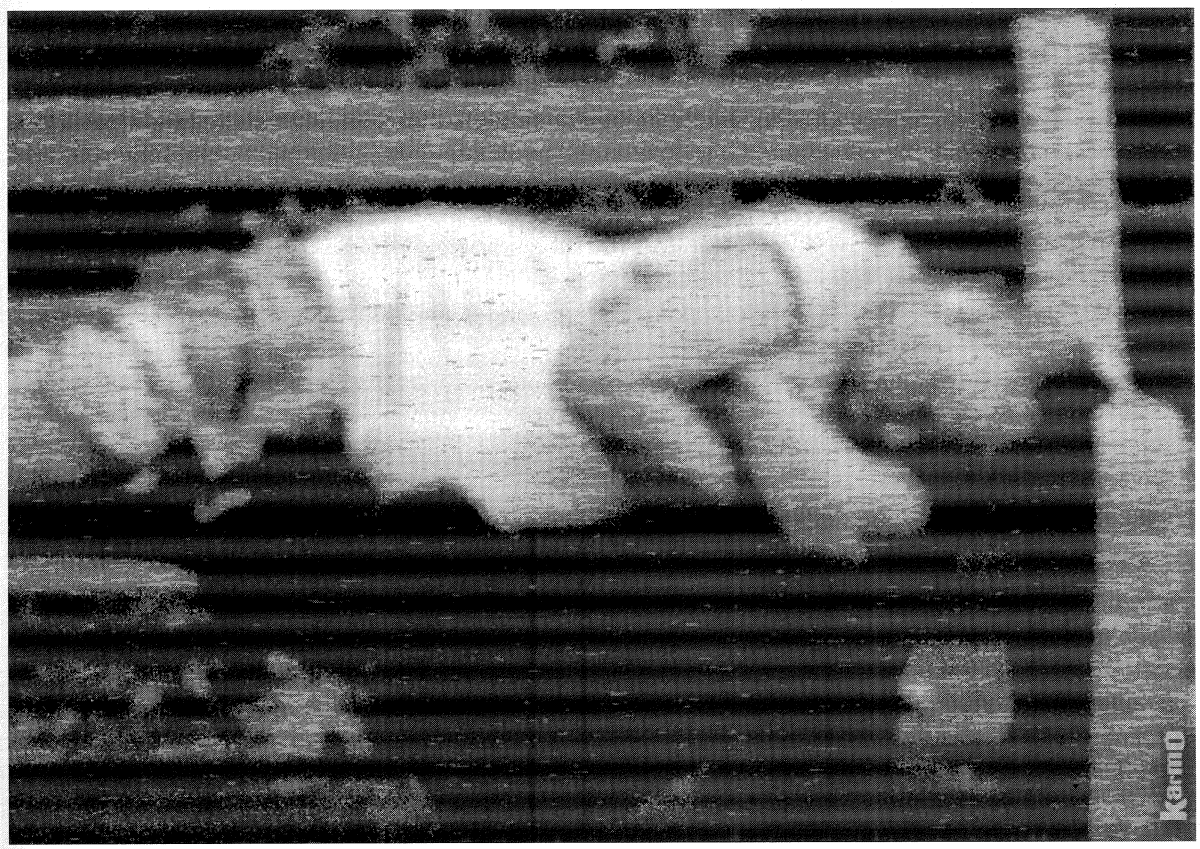
OLIVEIRA, Luciano. Democracia e direitos humanos. In: Arguello, Katie. **Direito e Democracia**. Florianópolis : Letras Contemporâneas, 1996. p. 175-85.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Uma Introdução à Ciência Pós-Moderna.** Porto : Afrontamento, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica (em crise).** Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1999.

DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL: A QUESTÃO DA NOÇÃO DE NECESSITADO ADOTADA PELA LEI 8.742, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1993, E OUTRAS FORMAS DE ANULAÇÃO DO DIREITO ASSISTENCIAL ESTABELECIDAS NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

*Flávio Bento**



RESUMO

O presente artigo procura demonstrar uma das faces da anulação que o direito à assistência social vem sofrendo no Brasil. Esta situação é percebida, mesmo constando a assistência social como um dos direitos sociais expressos na Constituição Federal de 1988. O instrumento desta invalidação, ora analisado, é a própria legislação complementar que regulamenta a assistência pública.

PALAVRAS-CHAVE

Assistência social; direito à assistência social; direito assistencial; seguridade social; direitos sociais; cidadania.

***Flávio Bento** é Professor dos cursos de graduação e pós-graduação *latu sensu* e coordenador da monografia jurídica da Faculdade de Direito de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha; professor da Universidade do Oeste Paulista de Presidente Prudente; mestre em direito pela Universidade Estadual de Londrina.

A efetivação, a ampliação e a extensão dos direitos sociais dependem portanto da dimensão dos recursos nacionais que estão condicionados às prioridades do governo. No entanto, na medida em que as instituições políticas tenham condições de exercerem seus direitos políticos, as prioridades podem ser alteradas. Isto significa que, embora os direitos sociais estejam inscritos na Constituição, como aconteceu na Constituição de 1988, em que a assistência passa a ser considerada ***direito social para ampliação da cidadania****, constituindo juntamente com a saúde e a previdência social o tripé de seguridade social, o direito social é anulado na medida em que ele não se concretiza.* Kameyama

A título introdutório

A assistência é um termo genérico que representa ajuda aos indigentes, às pessoas desprovidas de recursos para satisfação de suas necessidades mínimas de subsistência, significando amparo aos necessitados e aos carentes. Ela pode ser dividida em: assistência familiar; assistência privada, proporcionada por grupos profissionais, por empresas, por instituições religiosas e de benemerência; e assistência pública.

A assistência é uma das formas de proteção que o homem desenvolveu para se defender dos eventos que diminuem ou suprimem a capacidade de prover sua subsistência e a de seus familiares. Esses eventos são as chamadas contingências sociais [1]. As formas de proteção desenvolvidas, que representam ações que visam prevenir ou reparar as conseqüências causadas pelas contingências sociais, são: a assistência, privada ou pública; a previdência privada, individual ou coletiva; a previdência social, também denominada pela expressão seguro social; e a seguridade social. O problema analisado neste artigo está vinculado à assistência pública e à seguridade social.

A Constituição Federal de 1988 consagrou a seguridade social como a forma de proteção contra as contingências sociais, em nosso País, abrangendo as ações de proteção à saúde, à previdência e à assistência social. O artigo 194 da Carta Constitucional estabelece que: "A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social". Pode-se afirmar que a seguridade social representa o estágio mais evoluído e amplo dos sistemas de proteção social. Entende-se, por seguridade social: o sistema de proteção social, estendido a toda população, que objetiva amparar as pessoas que necessitem de proteção à sua saúde; benefícios assistenciais, em virtude de necessidade; e prestações previdenciárias, previstas na legislação.

Assistência social: breve análise da legislação posterior à Constituição Federal de 1988 e a verificação de restrições, impostas pela lei, ao acesso da população carente à política assistencial praticada pelo governo federal.

A assistência pública representa auxílio, amparo, ajuda, prestado pelos órgãos públicos às pessoas que deles necessitarem, independentemente de contribuição. O artigo 203, da Constituição, estabelece que:

> A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
> I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
> II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
> III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
> IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
> V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

Verifica-se que a Constituição, ao prever o direito à assistência social, limitou a concessão de benefício pecuniário à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, "... conforme dispuser a lei ...". Neste primeiro destaque, já é possível perceber a pouca extensão que se procurou conferir a este direito básico da ordem social brasileira [2]. Em um país como o Brasil, em que a pobreza e a desigualdade social imperam, a simples limitação da ajuda pecuniária assistencial à pessoa portadora de deficiência e ao idoso afasta do campo de abrangência da assistência social milhões de brasileiros necessitados.

Após a promulgação da Constituição de 1988, a legislação complementar reguladora da assistência social somente foi editada em 7 de dezembro de 1993, por meio da Lei 8.742 [3]. Dentre os benefícios que correspondem às prestações que representam ajuda pecuniária, encontra-se o que destina um salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família, conforme os termos do inciso V, do artigo 2º. O benefício em questão foi regulamentado por outros artigos da Lei 8.742. Pode-se organizar a atual situação deste benefício assistencial como segue:

Primeiro: O benefício pecuniário à pessoa portadora de deficiência e ao idoso é devido pela União, conforme os termos do inciso I, do artigo 12 [4].

Segundo: O idoso que pode se beneficiar com esta prestação de um salário mínimo é, a partir de 1º de janeiro de 1998, aquele com 67 (sessenta e sete) anos ou mais, conforme alteração legislativa que modificou a redação do artigo 38 da Lei 8.742 [5], por meio da Lei 9.720, de 30 de novembro de 1998. Antes dessa alteração, a idade prevista era de 70 (setenta) anos ou mais, conforme consta no *caput* do artigo 20. Verifica-se, nesse ponto, mesmo com a alteração legislativa posterior, outra limitação ao direito à assistência social, com a fixação da noção de idoso somente a partir dos 70 (setenta) anos, e, após, a partir dos 67 (sessenta e sete) anos. Apenas para recordar outra norma do ordenamento jurídico brasileiro que estabelece critérios para a fixação de idade avançada, destaca-se que a legislação previdenciária fixa como um dos requisitos para a concessão da aposentadoria por idade o alcance de 65 (sessenta e cinco) anos para o trabalhador urbano, de 60 (sessenta) para o trabalhador rural e a trabalhadora urbana, e de 55 (cinqüen-

ta e cinco) para a trabalhadora rural [6].

Terceiro: O parágrafo 3°, do artigo 20, fixou um conceito legal de necessidade, com vistas à aplicação da legislação de assistência social. Estabelece a norma citada que se considera incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa - com mais de 67 (sessenta e sete) anos, como já visto - a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. Duas situações merecem ser melhor analisadas neste terceiro item: as idéias de família e de necessidade, conforme estabelecidas pela legislação de assistência social.

O texto original do artigo 20, da Lei 8.742, entendia por família, "... a unidade mononuclear, vivendo sob o mesmo teto, cuja economia é mantida pela contribuição de seus integrantes". Esse conceito permitia a inserção, na figura da unidade familiar, de uma série de pessoas unidas por laços familiares e afetivos. A Lei 9.720, de 30 de novembro de 1998, deu nova redação ao artigo em destaque, estabelecendo que se entende como família o conjunto de pessoas elencadas no artigo 16 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, que trata dos planos de benefícios da previdência social. As pessoas indicadas neste artigo são o cônjuge, a companheira, o companheiro, o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, os pais, o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido, e, observados os critérios legais, o enteado e o menor tutelado. A alteração legislativa impôs uma diminuição na noção de família para restringir, no plano jurídico, a extensão da entidade familiar; esta, no plano fático, pode apresentar-se - e geralmente apresenta-se - de forma mais abrangente, congregando outras figuras como a dos filhos plenamente capazes para os atos da vida civil e mais genros, noras, tios, sobrinhos, primos etc.

No outro ponto, o parágrafo 3°, do artigo 20, fixou a idéia de necessidade à entidade familiar cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo. É considerada necessitada a pessoa portadora de deficiência ou idosa, esta com 67 anos ou mais, que integre uma unidade familiar cuja renda mensal *per capita* seja inferior a R$ 37,75 (trinta e sete reais e setenta e cinco centavos), para o novo salário mínimo de R$ 151,00 (cento e cinqüenta e um reais). Para a legislação brasileira, portanto, se cinco pessoas devem sobreviver com uma renda de um salário mínimo, elas são consideradas necessitadas. Todavia, se quatro pessoas devem sobreviver com o mesmo valor, elas não são consideradas necessitadas, pois sua renda *per capita* é equivalente a um 1/4 (um quarto) do salário mínimo, mas não inferior, como determina a lei [7].

"A Constituição Federal de 1988 consagrou a seguridade social como a forma de proteção contra as contingências sociais"

A constitucionalidade da fixação do auxílio pecuniário ao deficiente ou idoso integrante de família com renda mensal *per capita* inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo foi questionada por meio da ação direta de inconstitucionalidade n. 1.232. O Supremo Tribunal Federal, entretanto, em decisão que julgou o mérito, entendeu não haver violação ao artigo 203 da Constituição, a fixação do critério adotado pelo parágrafo 3°, do artigo 20, pois a norma constitucional não estabeleceu limite de renda familiar para a concessão do benefício [8].

É possível perceber, entretanto, que recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça estão aplicando ao parágrafo 3°, do artigo 20, da Lei 8.742, uma interpretação mais flexível. O texto da norma referida, que, entende-se, impôs uma noção de necessidade inadequada às atuais exigências sociais presentes no Brasil, vem recebendo uma interpretação que procura atender o verdadeiro fim da assistência social que é o de amparar, com justiça, os menos favorecidos. Nesse sentido, destaca-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] A Lei 8.742/93, Art. 20, § 3°, quis apenas definir que a renda familiar inferior a 1/4 do salário mínimo é, objetivamente considerada, insuficiente para a subsistência do idoso ou portador de deficiência; tal regra não afasta, no caso em concreto, outros meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado.[9]

Espera-se que esta interpretação do parágrafo 3°, do artigo 20, possa consolidar-se nos Tribunais superiores para que seja afastada a idéia de que a pobreza pode ser mensurada por uma simples equação matemática. A miserabilidade do necessitado, cuja renda familiar ultrapasse o limite definido na lei, deve ser apurada através da análise da situação financeira da entidade familiar e o Estado deve estar estruturado para executar esta tarefa.

Conclusões

Em conclusão ao tema proposto, destacam-se as seguintes observações:

· A Constituição Federal de 1988 consagrou a assistência social como um dos direitos sociais do cidadão brasileiro (artigo 203);

· A norma constitucional assegura o direito à assistência social ao cidadão que se encontre em estado de necessidade. Todavia, esse mesmo dispositivo limita a concessão de auxílio pecuniário ao portador de deficiência e ao idoso sem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família;

· As leis infraconstitucionais, reguladoras da assistência social, editadas durante os governos que se sucederam após a promulgação da atual Carta, demonstram a não existência de compromisso, dos detentores do poder, com a concretização do direito à assistência social;

· Algumas normas demonstram a atuação do governo visando a restrição

ao acesso da população aos benefícios assistenciais como, por exemplo, a limitação da ajuda pecuniária assistencial ao idoso, somente se este contar com 67 anos ou mais; a alteração do conceito de família, vinculando-o à norma do artigo 16 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991; e, principalmente, a fixação da noção de necessidade à entidade familiar cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo;

· Em que pese a verificação dessas situações que demonstram restrições impostas pela lei ao acesso da população necessitada à assistência social, destaca-se, como ponto positivo para a realização deste direito social, a interpretação, mesmo que incipiente, praticada pelo Tribunal Superior de Justiça que defende que a condição de necessidade deve ser apreciada de forma mais adequada, por meio da análise da situação financeira da entidade familiar. Em qualquer caso, a limitação ao acesso da população carente ainda permanecerá de forma bastante significativa, pois o benefício assistencial de um salário mínimo somente pode ser concedido ao portador de deficiência e ao idoso com mais de 67 (sessenta e sete) anos;

· A discussão dessa realidade mostra-se necessária, entre outros aspectos, para que os operadores jurídicos estejam empenhados na concretização desse direito essencial à população carente, por meio do questionamento da legislação e da utilização dos instrumentos jurídicos disponíveis. Essa é uma das muitas lutas que devem ser travadas em defesa da cidadania.

NOTAS

[1] Pedro Vidal Neto ensina que contingências sociais "... são fatos ou eventos que ordinariamente ocorrem ou podem ocorrer na vida de cada indivíduo, diminuindo ou suprimindo sua capacidade de obter recursos para a satisfação de suas necessidades elementares e para prover a manutenção de sua família, assim como acontecimentos que aumentam seus encargos"; são certos acontecimentos que impedem as pessoas de "... satisfazer às necessidades básicas de uma vida digna, ou mesmo de prover à sua subsistência e a de seus familiares, por seus próprios meios" (1993, p. 10-1).

[2] Para MARLY A. CARDONE, "A palavra ordem no art. 193 é utilizada com o sentido de organização, organização da sociedade, portanto" (1990, p. 12).

[3] Ver ARISTEU DE OLIVEIRA, Previdência social: legislação, p. 296-304.

[4] Segundo o MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL, em junho de 1998, foram favorecidos 725,9 mil idosos e portadores de deficiência, com um gasto mensal de R$ 94.800.000,00 (noventa e quatro milhões e oitocentos mil reais) (http://www.mpas.gov.br/Informações). Estes dados, mesmo que possam ser considerados significativos, não atendem às necessidades da situação social do Brasil hoje. Deve ser destacado, ainda, que no Brasil dos escândalos políticos, da corrupção, do desvio de verbas públicas e de outras práticas de improbidade administrativa, diariamente apresentados pelos veículos de comunicação, percebe-se claramente que o dinheiro público é constantemente dilapidado; diante desta infeliz realidade, entre os diversos prejudicados está a população carente, que, afora estas situações, fica, na sua grande maioria, excluída da política assistencial praticada pelo governo federal - política esta, aliás, inadequada.

[5] O texto inicial do artigo 30 estabelecia que "A idade prevista no art. 20 desta Lei reduzir-se-á, respectivamente, para 67 e 65 anos após 24 e 48 meses de início da concessão" (Iara Purcote Fontoura e Emilio Sabatovski, 1999, p. 320).

[6] Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, artigo 48, caput e parágrafo 1°.

[7] Destaca-se que em vários municípios brasileiros a renda familiar per capita média é inferior a um quarto do salário mínimo. Álvaro Sólon de França apresenta indicadores de condições de vida, destacando que nas cidades de Lastro, Paraíba, e Tarrafas, Ceará, a renda familiar per capita média correspondia a 0,14 do salário mínimo, em setembro de 1991. O mesmo autor apresenta dezenas de outras cidades em que a renda média familiar per capita é inferior a 0,25 do salário mínimo (1999, p.411-3).

[8] Ver Iara Purcote Fontoura e Emilio Sabatovski, 1999, p. 316.

[9] Recurso especial 222778, julgado pela 5ª Turma, Diário da Justiça de 29.11.1999, página 190, Relator Ministro Edson Vidigal. No mesmo sentido: recurso especial 223603, julgado pela 5ª Turma, Diário da Justiça de 21.12.2000, página 163, Relator Ministro Edson Vidigal; agravo regimental no agravo de instrumento 227163, julgado pela 5ª Turma, Diário da Justiça de 28.02.2000, página 113, Relator Ministro Edson Vidigal (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. http://www.stj.gov.br/).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARDONE, Marly A. **Previdência, assistência, saúde :** o não trabalho na constituição de 1988. São Paulo : LTr, 1990.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil : promulgada em 5 de outubro de 1988. 24.ed. São Paulo : Saraiva, 2000.

FONTOURA, Iara Purcote, SABATOVSKI, Emilio (Orgs.) **Legislação previdenciária**. 3.ed. Curitiba : Juruá, 1999.

FRANÇA, Álvaro Sólon de. **Previdência social e a economia dos municípios**. Brasília : ANFIP, 1999.

KAMEYAMA, Nobuco. Prefácio. In: SCHONS. Selma Maria. **Assistência social entre a ordem e a des-ordem** : mistificação dos direitos sociais e da cidadania. São Paulo : Cortez, 1999.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL. Capturado em 31 de março de 2000. On line. Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.mpas.gov.br

OLIVEIRA, Aristeu de. **Previdência social** : legislação. São Paulo : Atlas, 2000.

RUPRECHT, Alfredo J. **Direito da seguridade social**. São Paulo : LTr, 1996.

SCHONS. Selma Maria. **Assistência social entre a ordem e a "des-ordem"** : mistificação dos direitos sociais e da cidadania. São Paulo : Cortez, 1999.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Capturado em 31 de março de 2000. On line. Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.stj.gov.br

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Capturado em 31 de março de 2000. On line. Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.stf.gov.br

VIDAL NETO, Pedro. **Natureza jurídica da seguridade social**. São Paulo : 1993. Tese. Faculdade de Direito da USP.

A BANALIZAÇÃO DAS LEIS COMO UMA DAS CAUSAS DA PERVERSÃO DOS SISTEMAS SOCIAIS

*Gílson César Augusto da Silva**

RESUMO

O número excessivo de leis existente no país, ao contrário do que possa parecer, gera muita inquietação e insegurança aos cidadãos. Não sabem o que pode acontecer quando têm um direito violado; as leis , na maioria das vezes, além de conflituosas são de qualidade duvidosa. Pensam os governantes que a lei seja o único remédio para a solução dos mais diversos problemas existentes na sociedade. Talvez legislem tanto porque imaginam que Direito e Justiça se façam com leis postas, escritas. Mas tal não acontece. Direito é muito mais que isso. Ele existe antes da lei. Nem toda regra de conduta posta num ordenamento jurídico indica que a lei seja justa. A lei pela lei não resguarda a cidadania. O excesso, a conflituosidade e a má qualidade das normas escritas colocam em cheque as pretensas garantias que o cidadão acredita ter.

PALAVRAS-CHAVE

Cidadania; leis; casuísmo; direito e justiça; desobediência; representação.

***Gílson César Augusto da Silva** é Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Marília, Fundação Eurípides Soares da Rocha, Mestrando em Direito Processual Penal pela PUC – SP, Promotor de Justiça.

Toda lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, como esmero, o sentido e alcance de suas prescrições. Korkounov

O Brasil é o país das leis. Aliás, de um número excessivo e quase incalculável de normas jurídicas. Tal fato, paradoxalmente, gera mais desobediência, desrespeito e, principalmente, a desmotivação em segui-las, do que a obediência aos seus ditames. O legislador brasileiro, agora também o Executivo – por meio de medidas provisórias -, é extremamente pródigo no que diz respeito a legislar sobre todas as matérias que lhes são postas, até mesmo naqueles casos que não podem e nem poderiam ser tratados por lei.

Quem, de outro país, visualiza a quantidade de leis existente no Brasil certamente fará, no mínimo, duas observações antagônicas. Uma primeira visão acreditará que esse excesso de leis faz do Brasil um país ordeiro e seus habitantes ávidos em obedecê-las, justificando, destarte, seu número excessivo. Outra, mais lógica, acreditará que esse excesso de leis faz delas uma banalização tão grande que dificilmente são obedecidas. São tantas as leis que a população não tem como conhecê-las e, ainda que as conheçam, não fazem nenhuma questão de cumpri-las, certas de que não serão alcançadas pela coerção por elas impostas.

A vida em sociedade pressupõe a existência de regras. Sem elas seria praticamente impossível o convívio comunitário. Socialmente falando, seria difícil viver democraticamente sem a presença de regras de conduta. É impensável imaginar uma sociedade tão complexa como a atual sem que seja alicerçada em regras preestabelecidas.

Não se pode, todavia, querer que a lei, tão-somente ela, resolva todos os problemas existentes em uma nação. Não é apenas ela que expressa a democracia de um povo. Não é apenas ela que demonstra que o país respeita os direitos de seus cidadãos. A cidadania não se expressa nas leis de uma Nação.

Direito e Justiça

Talvez esse excesso de leis ocorra, também, porque acreditam os seus autores que Direito e Justiça sejam uma coisa única. Para resolver as desigualdades, pensam, basta a edição de leis justas. Ora, mas o que é uma lei justa?

Como dizia Hans Kelsen , Direito e Justiça são coisas diferentes. Uma ordem justa jamais atingirá a todos. O que a justiça procura, afirma o filósofo, é atingir um maior número possível de felicidade social, até porque é difícil dizer quais são as reais necessidades sociais de um povo face a heterogeneidade da população. Determinada ordem social pode ser justa para os cristãos e injusta para os judeus ou muçulmanos. A controvérsia entre liberalismo e socialismo, pode ser citada como exemplo do que é e do que não é bom para determinado povo. (1998a, p.9)

No caso brasileiro, de realidades regionais tão distintas, o que seria justo para o Estado de São Paulo, talvez não seria para o Estado do Piauí. Veja o caso do salário mínimo. Será que o seu valor e importância são os mesmos para um habitante de São Paulo - capital ou interior - do que é para o morador do referido estado nordestino? Não seria essa fixação nacional mais uma das várias falácias existentes no Brasil ?

Apesar de costumeiramente serem confundidos, principalmente no pensamento político, o conceito de direito deve ser afastado do conceito de justiça. A positivação de toda e qualquer matéria não é a solução para busca da justiça, até porque o Direito positivo é distinto da Justiça. A justiça é a busca do justo, que nem sempre estará traduzido em uma norma jurídica.

O Direito sob a forma de regras escritas, não pode ter a pretensão de trazer a felicidade para cada um de nós. O direito é fruto de um processo de escolha. É escolher entre alternativas. Nem sempre se escolhe a melhor alternativa. Nem sempre ela alcança seus objetivos. Daí porque a lei não pode regular tudo em uma sociedade.

Normatização constitucional desnecessária

O afã de legislar sobre todas as matérias começa na nossa Carta Magna ao discorrer sobre assuntos que não dizem respeito a uma Constituição Federal. Não pode ser matéria constitucional, por exemplo - apenas para citar alguns casos -, tratar da estipulação da taxa de juros em 12% ao ano (art. 192, § 3º), que é matéria econômica e não constitucional; discorrer sobre o que o salário mínimo pode garantir – moradia, alimentação, saúde, educação, lazer, vestuário, etc. -, numa total hipocrisia, vez que ele não garante nem metade do que dispõe a lei (art. 6º. IV); estabelecer a existência de todas as polícias do país, fato que impossibilita aos governos estaduais e municipais promoverem sua própria política de segurança pública peculiar de cada localidade, vetando, por exemplo, a unificação das polícias civil e militar, talvez o único país do mundo que tenha duas polícias para tratar da mesma coisa (art. 144). E assim por diante. São extensos 245 artigos, dezenas de parágrafos, incisos, alíneas.

Uma constituição não pode disciplinar com tanta rigidez áreas como a econômica, a social, a política, como faz a constituição brasileira, como se a lei fosse o remédio para todos os males sociais e como se a sociedade não evoluísse tão rapidamente.

Não bastasse uma Constituição Federal tão extensa, existe ainda no Brasil uma constituição para cada Estado da Federação que, somada a do Distrito Federal, são mais 27 diplomas legais. A eles, somam-se as chamadas Leis Orgânicas Municipais, que são tão extensas e prolixas quanto a constituição federal e as estaduais. Como no Brasil temos hoje pouco mais de 5.000 (cinco mil municípios) - o número não é exato porque a cada mês um novo município está sendo emancipado - , já se pode ter uma noção da quantidade de dispositivos legais que temos.

Se, por exemplo, arredondarmos para duzentos artigos cada uma dessas "constituições" municipais, esquecendo os incisos, alíneas e parágrafos, e multiplicarmos por cinco mil municípios, teremos um milhão de dispositivos legais. Somados a eles, as leis ordinárias, delegadas, medidas provisórias, decretos-lei, portarias, regulamentos etc., sem medo de exagerar, e também sem nenhuma intenção de estabelecer a quantidade, isso seria impossível face a velocidade em que se promulgam leis no país, certamen-

te chegaríamos a mais de cinco milhões de dispositivos legais. talvez, apenas talvez, a convivência com tamanha quantidade não seria de todo ruim, não fossem tantas as repetições e conflitos existentes entres elas.

Como conciliar, por exemplo, a responsabilidade civil de um adolescente que pratique ou contra ele seja praticado um ato ilícito? Qual seria a legislação aplicável ao caso? O Código Civil ou do Estatuto da Criança e do Adolescente? Quem seria o responsável pelo menor? O que detem a guarda estipulada pelo Estatuto ou quem detem o pátrio poder previsto no Código Civil? Seriam os dois? E o pai destituído do pátrio poder, poderia ser co-responsável? E se houvesse relação de consumo entre o comerciante e o menor, quem o protegeria? Os dois institutos acima ou o Código de Defesa do Consumidor? Com se vê, em muitos casos, o conflito de leis compromete a lógica decisória. Não se sabe, minimamente, que caminho o profissional do direito deverá tomar e, muito menos, sabe-se a decisão a ser proferida.

Conviver com essa positivação exagerada inexoravelmente acaba pervertendo a própria lei. Ela passa a ser desacreditada e, pior, a não ser respeitada ou seguida, afetando a própria cidadania, vez que o cidadão fica totalmente desprotegido, não sabendo ele, diante de tantas normas e de tantas contradições, que caminho seguir e, pior, o que vai acontecer com o seu direito lesado ou ameaçado de lesão.

Questão da representação

Essa voracidade legiferante é um problema complexo, típico de sociedade aculturada como a nossa. Num país que ainda vive sob o império do coronelismo, analfabetismo, péssima qualidade do ensino público e privado, salvo raríssimas exceções, de uma corrupção endêmica, realmente não se pode exigir muita coisa de um legislativo que não é representativo.

E por que não é representativo? Ora, sabemos que no Brasil a eleição para a escolha dos nossos representantes nas diversas Casas Legislativas é, lamentavelmente, deixada para um segundo plano. A propaganda, os programas políticos, o interesse da imprensa e da população em geral, são unicamente dirigidos a eleição do Chefe do Executivo. Usando um linguajar popular, o povo só vota, só pensa, só discute, sobre a eleição para prefeitos, governadores e presidente da república. E os vereadores, deputados, senadores? Nesses, infelizmente, os votos em sua maioria são - mais de 50% nas últimas eleições - brancos e nulos, ou seja, os votos válidos são de uma minoria. E quando válidos raramente revelam um voto qualitativo, no sentido do voto pensado, analisado, refletido, do candidato escolhido.

Assim, se menos da metade do eleitorado vota no legislativo e a maioria dos que votam o fazem sem nenhum critério analítico, não se pode, destarte, dizer que realmente representam a maioria da população.

Diante desse quadro vem a famosa frase, principalmente quando o escolhido não cumpre as promessas de campanha ou não faz um bom mandato: **o povo tem o governo que merece**. Ouso, todavia, discordar desse pensamento. Como avaliar a escolha de um povo em que apenas quatro por cento têm acesso a jornais e revistas? Com avaliar o poder de discernimento do eleitorado que não tem escola e quando as têm são de precária qualidade? Como exigir de um povo que, na sua maioria, assiste apenas a um canal de televisão que idolatra ídolos com dotes corporais e não intelectuais? Como exigir desse eleitor que se alimenta mal, não lê, não estuda, não tem saúde, uma escolha sensata, ideológica, em resumo, qualitativa dos candidatos a ele apresentados? E quando esse candidato é um vereador, deputado ou senador, escolher entre tantos e sem qualquer informação é uma verdadeira aventura.

O que vemos, mormente na eleição parlamentar, é a vitória daquele que aparece mais, seja na imprensa, seja na propaganda política propriamente dita. E para aparecer mais, é necessário gastar mais, resultando que, sem dinheiro ou sem financiamento extra-partido político, a maioria escusos - não é crível que alguma empresa ou alguém em particular tenha o altruísmo de financiar campanhas políticas apenas por ideologia ou patriotismo -, dificilmente alguém se torna um parlamentar.

Do casuísmo das leis

Quando se critica uma lei por ser ela casuística, a resposta contrária diria que ela deve realmente refletir o momento em que foi elaborada, de sorte que ela tem que ser de fato casuística. Mas o casuísmo tem seu limite. Não obstante a constante evolução que vive o mundo atual, mormente neste século em que o que era moderno hoje não é mais daqui a alguns anos, é preciso garantir um mínimo de estabilidade e racionalidade da legislação. Tal velocidade não implica que uma norma não seja planejada, discutida e, apenas depois de todo um processo de análise de sua abrangência e conseqüências seja posta para deliberação, votação e afinal promulgação.

Essa modernidade implica realmente numa reflexão constante da legislação. O que não pode acontecer, e infelizmente isso acontece no Brasil, é o casuísmo demagógico e populista na elaboração de normas. Procuram os governantes responder as mazelas sociais tão-somente com a edição de leis e mais leis, sem qualquer reflexão mais aprofundada, sem nenhum plano de aplicação das mesmas, como aconteceu com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), com Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), com o Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) , com a Lei dos Juizados de Pequenas Causas

- Civil e Criminal (Lei 9.099/95) e, com a recente Lei de amparo a testemunhas (Lei n. 9.807/99). Todas de grande repercussão, mas, inaplicáveis na sua maior parte - protestamos tratar desses assuntos em outra oportunidade. Não se pode promulgar leis de tamanha importância sem uma discussão ampla e séria pautada na sua aplicabilidade.

O que acontece é que essa falta de racionalidade acaba criando leis natimortas, envelhecidas quando da sua publicação no Diário Oficial.

Esse casuísmo populista-demagógico acaba criando situações esdrúxulas e cômicas. Vejam o caso da Lei dos Crimes hediondos (Lei n. 8.072/90), criada para conter os inúmeros seqüestros, praticados principalmente no Estado do Rio de Janeiro, por quadrilhas ligadas ao tráfico de entorpecente, no final da década de oitenta. A referida lei punia mais severamente o atentado violento ao pudor (art. 214, do Código Penal), do que o crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º. do CP). Assim, se alguém desse um beijo lascivo em outro sem consentimento, teria que cumprir uma pena mínima de seis anos, em regime fechado, sem direito a progressão, anistia, graça ou indulto e liberdade provisória (art. 2º). Se, todavia, matasse essa mesma vítima com requintes de crueldade, teria direito a todos os benefícios acima. Vale dizer, poderia matar, mas não beijar. Apenas quatro anos depois, após a morte violenta de uma atriz, filha de uma roteirista famosa de novela de uma grande rede de televisão, e após muita pressão da mãe, indignada com os direitos dos assassinos da filha, é que o legislador incluiu na Lei de Crimes Hediondos o homicídio qualificado (Lei n. 8.930/94). Antes tarde do que nunca.

No caso acima, cumpre consignar, que a edição da Lei dos Crimes Hediondos não resolveu, sequer diminuiu, a criminalidade no Rio de Janeiro, e nem no país. Ao contrário, vive-se hoje uma verdadeira guerra civil, em que os cidadãos de bem estão "presos" em suas casas e os marginais soltos nas ruas, como se elas fossem unicamente deles.

Um dos problemas ocorre porque o governante, ao invés de aparelhar a polícia, promover uma política de combate à criminalidade, vale-se tão-somente de uma lei, como se ela substituísse a má preparação do policial, os seus baixos vencimentos, enfim toda as mazelas que envolvem a segurança pública, que é mais um dos graves problemas que não pode ser enfrentado apenas com a edição de leis que, como a que mencionamos, não têm racionalidade.

O casuísmo demagógico dessas leis não vem sozinho. O disparate, conforme observado, o acompanha. Tomemos mais um exemplo, agora mais recente: a nova lei de trânsito (Lei n. 9.503/97), em seu artigo 303, impõe

"A falta de racionalidade acaba criando leis natimortas, envelhecidas quando da sua publicação no Diário Oficial."

àquele que lesiona outrem culposamente, na direção de veículo automotor, a pena privativa de liberdade de 6 (seis) meses a 2 (dois). Se esse mesmo motorista ferisse a mesma pessoa levemente, dolosamente, isto é, intencionalmente, a pena seria de 3 (três) meses a 1 (um) ano (art. 129, *caput*, do Código Penal). Como se comportar o autor quando, interrogado na polícia ou em juízo em sua defesa, se o atropelamento fosse culposo e a lesão fosse leve? Deveria dizer, vejam, que o atropelamento foi proposital e não culposo, pois se disser que não teve a intenção de atropelar, a pena será maior que aquela do comportamento intencional.

A par dessa discrepância e de outras existentes no referido Código de Trânsito Brasileiro, a edição do mesmo foi colocado à população como a solução dos problemas de trânsito no Brasil, que mata a cada quatro anos o que se matou durante toda a guerra do Vietnã. Não que o referido código não fosse importante, mas ele não é, sozinho, a solução do trânsito. A melhoria das estradas e uma melhor fiscalização ajudaria muito a tirar o Brasil do triste recorde de ser o campeão mundial de acidentes de trânsito.

Os governantes não usam a lei como uma forma a mais de enfrentar os problemas a eles postos, mas sim, como uma única solução, como se ela realmente resolvesse todos os problemas do país.

Ao invés de promoverem o desenvolvimento sustentado, baseado em política de emprego e qualificação do trabalhador, combatendo o desemprego e a baixa remuneração, elabora-se uma lei em que o salário seja capaz de garantir moradia, alimentação, saúde, educação, lazer, vestuário etc.

Ao invés de combater a sonegação, cria-se uma lei que aumenta os imposto, impondo ao cidadão uma carga tributária ainda maior, enquanto o sonegador continua sonegando.

Ao invés de construir mais presídios, dando condições ao sentenciado de cumprir a pena que lhe foi imposta, criam-se leis - penas restritivas em substituição as penas privativas de liberdade -, com o fulcro de diminuir a população carcerária, como se quem estivesse lá não devesse estar.

A lógica é absurda e demagógica. É como se, por exemplo, o Presidente da República, apaixonado por futebol e sofrendo com o seu time que há anos não ganha um campeonato, editasse uma lei que preceituasse que, a partir daquele momento, seu time seria campeão pelo menos uma vez por ano. Isso substituiria, certamente, o planejamento, o investimento, a contratação de jogadores, enfim, para que se preocupar com tanta coisa se uma simples lei resolve tudo.

Eis, em resumo, a lógica da maioria dos mandatários de países subdesenvolvidos - agora chamados de emergentes, como se o nome alterasse sua realidade social - como o Brasil. Pobres? Basta uma lei. Fome? Basta uma lei? Analfabetismo? Basta uma lei. Desigualdade social? Basta uma lei. Desemprego? Basta uma lei. Insegurança, criminalidade? Basta uma lei? Educação precária? Basta uma lei. Justiça lenta? Basta uma lei. Proteção de testemunha? Basta uma lei. Enfim, apresentem o problema que teremos uma lei para solucioná-lo.

O Direito como ordem social

Ao contrário do que pensam boa parte dos legisladores, a lei, por si só, não institui o comportamento das pessoas numa sociedade. A função da lei e do direito como um todo é motivar as condutas das pessoas. O Direito, ao contrário de outras ordens sociais, motiva a conduta de acordo com uma ordem estabelecida, estipulando uma sanção motivadora dessa conduta, estabelecida pela própria ordem. Mas as pessoas fazem ou deixam de fazer alguma coisa não apenas porque uma norma as conduzam a isso, mas por inúmeros fatores, entre eles, os fatores morais e religiosos, que não podem ser esquecidos quando da normatização de determinada conduta.

O elemento coerção, dizia Kelsen (1998a, p. 32), é relevante apenas como parte do conteúdo da norma jurídica, apenas como um ato estipulado por essa norma, não como um processo na mente do indivíduo. Vale dizer, embora a "coerção" seja um elemento do direito, não significa dizer que as pessoas se comportem ou não de determinada maneira temendo a sanção. Não existe, necessariamente, essa "compulsão psíquica", razão pela qual não pode o legislador achar que com a edição de determinada lei necessariamente obrigará as pessoas a determinado comportamento. Se se lembrassem disso, talvez não editassem tantas leis.

A perversão dos sistemas

Essa voracidade normatizante vem pervertendo os Poderes da República.

Não bastasse o legislativo, agora também o executivo arvora-se no direito de legislar. Veja-se o caso das medidas provisórias criadas na Constituição de 1988 (art. 59, V, 62 e 84, XXVI). Conforme preceitua o próprio texto constitucional, é um instrumento posto à disposição do Presidente da República para adotar, em caso de urgência, que se não for convertida em lei no prazo de 30 dias, perderá sua eficácia.

Como se vê, referida medida é excepcional e deveria ser editada tão-somente em casos extremos. E o que vemos acontecer com ela? Praticamente, governa-se no Brasil com medidas provisórias que, mensalmente, são reeditadas pelo Poder Executivo com a complacência do Congresso Nacional. Vale dizer, o executivo está legislando mais que o próprio parlamento.

O Poder que mais sofre com isso, certamente, é o Poder Judiciário. Essa proliferação irracional de leis traz aos aplicadores do direito uma dificuldade imensa no trabalho cotidiano. Vejam o problema na advocacia. Como o advogado explica ao seu cliente que em uma mesma comarca, num pedido idêntico, com uma mesma causa de pedir, apenas com partes e protocolados em Varas diferentes, a decisão judicial em uma delas foi favorável ao postulante e na Vara de seu constituído a decisão judicial foi-lhe desfavorável? Isso acontece todos os dias. Não são decisões raras. Assim, mesmos para os profissionais do direito, é difícil acompanhar a complexidade normativa, principalmente, quando elas não têm um padrão de logicidade, integração e escalonamento minimamente orgânicos e coerentes (Campilongo, 1994, p.42).

O judiciário vive da credibilidade, postura. O Judiciário tem um lugar de afirmação dos direitos sociais (Campilongo, 1994, p. 32). Ele é a principal garantia da cidadania. Ele desempenha a função garantidora de direitos (Campilongo, 1994, p.50). Do contrário, seria banalizado, corrompido, deixando órfãos os cidadãos que vêem nele a garantia da manutenção e eventual retomada de seus direitos legalmente garantidos.

Uma legislação mais enxuta, lógica, coerente e estável, compilada de forma que o cidadão saiba onde procurar o seu direito e o aplicador onde basear o seu pedido e sua decisão, certamente traria uma maior segurança nas decisões judiciais, produzindo, por conseqüência, maior respeito e observância da população às leis e às instituições que compõem o Estado.

Leis, já temos demais. O que precisamos são de boas leis. Certamente, a cidadania ficaria mais protegida se vislumbrasse o cidadão que as normas que regulam a vida em sociedade, se não são justas - porque o conceito é realmente subjetivo -, têm um mínimo de coerência e racionalidade a ponto dele antecipar o que aconteceria quando o seu direito fosse lesado.

O Direito, em fim, não pode ser pensado e estudado apenas em relação às leis postas. Ele é muito mais que isto. Quem estuda e pensa apenas o direito positivo, não estuda e não pensa o Direito, estuda e pensa as leis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. São Paulo : Saraiva, 1986.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direitos Humanos, Sociais e Justiça**. São Paulo : Malheiros, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de Lógica Jurídica** . São Paulo : Max Limonad, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo : Ed. Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo : Martins Fontes, 1998.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 1983.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro : Forense, 1996.

Código Civil Brasileiro, Lei n. 3.071, de 1° de janeiro de 1916.

Código de Proteção e Defesa do Consumidor, Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990.

Código de Trânsito Brasileiro, Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Código Penal Brasileiro, Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940

Constituição da República Federativa do Brasil, publicada no Diário Oficial da União, de 5 de outubro de 1988

Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

Lei de amparo a testemunhas, Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999.

Lei de Execução Penal, Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984.

Leis dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

A INEFICÁCIA DA AÇÃO PRIVADA NA PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO DA PESSOA POBRE

*Jairo José Genova**

RESUMO
Os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos e a Constituição Federal garantem a todas as pessoas, independentemente de sua condição social, econômica, cultural e outras, o direito de acesso ao Poder Judiciário de modo rápido e eficaz, para a defesa e proteção dos bens e interesses tutelados. Entretanto, a pessoa pobre que é vítima de crimes de ação privada, tem encontrado enormes dificuldades para ter assegurado o direito de ação contra os autores desses crimes. Por isso, se faz necessária a mudança da legislação penal e processual penal para que o direito assegurado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, se torne uma realidade. Só assim, com a efetividade dos direitos fundamentais, é que a cidadania será atingida em sua plenitude.

PALAVRAS-CHAVE
Pessoa pobre; ação penal privada; ineficácia na proteção do bem jurídico.

* **Jairo José Gênova** é Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Marília, Fundação Eurípides Soares da Rocha; Promotor de Justiça em Marília-SP; Mestrando em Direito Penal pela PUC-SP

A convivência em sociedade só é possível se estiveram assegurados os direitos fundamentais de cada pessoa, razão pela qual os Estados Democráticos de Direito têm procurado dar efetividade a esses direitos através de Convenções, Tratados e das respectivas Constituições. Entre eles está o de amplo acesso ao Poder Judiciário, para a garantia e proteção dos bens jurídicos individuais.

Assim, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1.969, denominada de **Pacto de San José da Costa Rica**, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1.992, estabelece no artigo 25.1:

> Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, inciso XXXV, estabelece:"...a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Esses textos legais indicam que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação (Nery Junior apud Moraes, 1997, p. 196).

A respeito desse direito fundamental, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos o acesso ao Judiciário em concepção maior.Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível. *(Recurso Extraordinário nº 158655-9, 2ª T. rel. Min. Marco Aurélio, Diário da Justiça da União, Seção I, 02.05.1997, p. 16.567)*

Não obstante as garantias legais, constatamos que no campo penal, em especial nos crimes de ação privada, o direito fundamental da vítima pobre ter acesso ao Judiciário não tem saído do papel.

O Direito Penal tem, por finalidade, a defesa da sociedade por meio da proteção de bens jurídicos fundamentais como a vida, a integridade corporal, a honra, o patrimônio, etc.. Essa defesa, tarefa exclusiva do Estado, é feita, dentre outros modos, pelo exercício do *jus puniendi* perante o Poder Judiciário. Entretanto, em algumas situações, o Estado delega, ao ofendido, o direito de promover a ação penal, a denominada ação penal privada.

Militando na área criminal há cerca de 15 anos, podemos afirmar que a ação privada tem sido insuficiente à proteção dos bens e interesses das pessoas pobres. Das centenas de procedimentos policiais que noticiam crimes de ação penal privada, apenas alguns se transformam em ação penal.

Pesquisa junto ao Cartório Distribuidor da Comarca de Marília, onde atuamos como Promotor de Justiça, revelou que, no período de 01.01.98 a 31.08.99, foram registrados 293 procedimentos policiais que apuraram crimes contra a honra, mas tão-somente 25 queixas-crime foram ofertadas, ou seja, menos de 10%. Delas, 15 foram patrocinadas por advogados constituídos e, apenas 10, por advogados da assistência judiciária. E, o que é mais curioso, quase todos os procedimentos que tinham pessoas ricas como partes transformaram-se em ação penal, todas subscritas por brilhantes advogados.

Surge, então, a indagação de qual seria a causa desse irrisório número de queixas. A primeira resposta que vem à mente é que as vítimas não tiveram interesse em promover a ação penal, quer em razão da pouca gravidade dos crimes de ação privada, quer porque se conciliou com o autor.

Mas, na verdade, na maioria dos casos, a razão é a pobreza da vítima que a impossibilita de promover a ação penal. A atividade profissional nos autoriza afirmar que, não raras vezes, o pobre é espezinhado pelo empregador, pelo senhorio, pelo vizinho rico, e não dispõe de instituto eficaz à proteção de seu bem. Na maioria das vezes, ele procura a polícia e registra os fatos, querendo a persecução penal, mas essa acaba não se concretizando exatamente em razão da sua hipossuficiência.

Causas da ineficácia (ou pouca utilização) da ação penal privada

Inúmeras são as causas que impedem a vítima pobre de promover a ação penal privada e, procuraremos, dentro de um conhecimento haurido na atividade profissional, elencar os principais. Em primeiro lugar, a vítima já encontra sérias dificuldades no contato com os órgãos policiais. Quando o crime é de pouca gravidade (sob a ótica do policial, porque para a vítima o fato sempre é significativo), a vítima é mal atendida pois há grande diferença entre os interesses dela e do policial, até porque este tem que estabelecer prioridades. Além disso, muitas vezes, a vítima é vista com desconfiança e suas palavras não merecem crédito.

Mas, feito o boletim de ocorrência, em muitas oportunidades o ofendido é mal orientado. Não raras vezes deparamos com inquéritos policiais que apuram crimes de ação privada, onde a autoridade policial colheu a **representação** da vítima. Nesses casos, a vítima crê que nada mais precisa fazer, o que acarreta a decadência. Já atendemos em nossa Promotoria inúmeras vítimas que indagavam sobre o andamento da **queixa** que fizeram na Delegacia e, ao serem informadas da extinção da punibilidade, manifestaram o seu inconformismo.

Quando a vítima é devidamente orientada a constituir um advogado para promover a ação penal, a pobreza a impossibilita de constituir advogado. É certo que existe a assistência judiciária estatal, mas esta só atua com eficiência nas poucas cidades onde estão instaladas as Defensorias Públicas. Existem, também, os convênios com a OAB, mas também pouco eficazes na maioria das Comarcas brasileiras.

E, quando a vítima consegue um patrono pela assistência, não raras vezes o advogado - mais habituado com a defesa do que com a acusação - não sabe promover a queixa-crime, ora apresentando queixa inepta, ora desacompanhada de procuração com poderes especiais, ora desacompanhada de inquérito policial ou outras peças que dêem sustentação à acusação, o que acarreta o indeferimento da inicial.

Fora tudo isso, é patente a má vontade dos juízes para com as queixas-crimes, que tudo fazem para rejeitá-las. Essa é a realidade que a pessoa pobre, vítima de um crime de ação privada, tem que enfrentar.

Consequências da pouca eficácia da ação penal privada

Diante das dificuldades elencadas, muitos dos bens jurídicos dos pobres, principalmente a honra, acabam não recebendo a proteção eficaz em face a dificuldade de acesso ao Judiciário.

Preocupa-nos, ainda, o fato do legislador penal estar aumentando o número de crimes de ação privada, o que tornará outros bens insuscetíveis de proteção. Isso está em contradição com a tendência moderna do Direito Penal e do Processo Penal em dar uma maior proteção à vítima. Segundo o professor Scarance Fernandes, esse movimento de valorização da vítima levou a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas a aprovar, em 1985, por meio da Resolução 40/34, a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delito e Abuso de Poder (Resolução 40/34) que, na primeira parte, assegura ao ofendido o "...acesso à justiça e tratamento adequado no âmbito da estrutura judiciária" (1995, p. 21).

Ana Sofia Schimidt de Oliveira, citando Jesús María Silva Sánches, diz que são poucos aqueles que não concordam com a necessidade de orientar-se o direito penal para a vítima e sua maior satisfação. O problema não é mais saber se se deve ou não atender os interesses da vítima no direito penal, mas, sim, como fazê-lo (Sanches apud Oliveira, 1999, p. 138).

No Brasil, recentes leis são exemplos marcantes dessa preocupação para com o sujeito passivo do crime: a Lei 9.099/95 (Diário Oficial da União de 27/09/1995) possibilita a conciliação e a composição, a Lei 9.503/97, Código de Trânsito, (Diário Oficial da União de 24/09/1997) prevê a multa reparatória e a Lei 9.714/98 (Diário Oficial da União de 25/11/1998) prevê a pena de prestação pecuniária à vítima.

Nesse contexto, a manutenção da atual legislação, que praticamente alija a vítima pobre do processo penal, afronta a tendência internacional de revalorização da vítima.

A hipossuficiência como causa de transformação da ação privada em pública condicionada à representação

O conhecido debate acerca da necessidade ou não de se manter a ação privada divide opiniões. Alguns são favoráveis à sua eliminação dos sistemas penais, argumentando que é resquício da vingança privada e fonte de abusos e transações vergonhosas entre ofensores e ofendidos. Outros, como Scarance Fernandes, sustentam que ela deve ser mantida, pois o devido processo legal e as garantias do acusado afastam de plano o argumento de que é resquício da vingança privada. Além disso, a transação entre as partes raramente é vergonhosa e, na maioria das vezes envolve interesses legítimos do ofendido (1995, p. 85-6).

"A manutenção da atual legislação, que praticamente alija a vítima pobre do processo penal, afronta a tendência internacional de revalorização da vítima."

Essa espécie de ação não está prevista em todas as legislações. No México e na França, ela não existe. O Código de Processo Penal Uruguaio, que entrou em vigor em 1°/01/81, aboliu a ação exclusivamente privada. Na Itália, só existe a ação pública condicionada à representação, com permissão para a vítima perdoar o ofensor no curso da ação (Jardim, 1998).

Sem nos aprofundarmos no assunto, cremos que a ação penal privada deva permanecer na nossa legislação mas, pelo que foi dito, **entendemos que a pobreza da vítima deve transformá-la em pública condicionada**. Essa regra não traz nenhuma novidade, pois existe para os crimes sexuais (art. 225, § 1°, I, do Código Penal) e não encontramos razão plausível para não estendê-la aos demais crimes.

Por isso, temos que, se a regra do art. 225, § 1°, I, for deslocada para a Parte Geral do Código Penal, resolverá todos os problemas enfrentados pelas vítimas pobres, qualquer que seja o crime, pois a ela bastará manifestar o desejo de processar o autor do delito e declarar a pobreza que, então, a titularidade da ação passará ao Ministério Público.

Propomos, portanto, a alteração do artigo 100, § 2° do Código Penal, que passaria a ter a seguinte redação:

> A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. **Procede-se, entretanto, mediante ação pública condicionada à representação, se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família.**

Possíveis objeções à proposta

Sabemos que a proposta encontrará muitas objeções. As mais prováveis serão:

a) nos crimes contra a honra é possível a retratação do ofensor durante o processo. Refutamos: primeiro, na ação penal pública não cabe a retratação. Segundo, nos crimes contra a honra de funcionário público a ação é pública condicionada e nunca levantou-se essa objeção;

b) a vítima pode, no decorrer da instrução, voltar atrás e não querer mais o prosseguimento do processo. Respondemos que, sem a participação da vítima na produção da prova, qualquer ação penal estará fadada ao insucesso. Assim, nos crimes de ação pública condicionada, como ameaça, lesões dolosas leves, lesões culposas, etc. e até nos crimes de ação pública incondicionada, como o roubo, o estelionato e a não colaboração da vítima inviabilizam a ação penal.

c) a proposta está na contra-mão, pois a preocupação do legislador é aumentar o número de crimes de ação privada. Respondemos que um dos motivos da proposta é exatamente em virtude do aumento dos crimes de ação privada, pois a manutenção do atual sistema elevará o número de bens jurídicos desprotegidos.

O mais importante é criar mecanismos que possibilitem a efetiva participação da vítima no processo penal. Sabemos que a vítima que tem recursos consegue a prestação juris-

dicional penal, mas o mesmo não ocorre com a pessoa pobre.

Conclusão

Concluindo, entendemos que a vítima pobre está desprovida de instrumento eficaz de proteção ao seu bem jurídico. Isso não passou despercebido pelo ilustre professor Scarance Fernandes quando afirma:

> ...a ação penal privada tem pouca aplicação prática, principalmente em relação às pessoas mais pobres, sem condições de arcar com as despesas do processo e contratar advogado (1995, p. 86).

É certo que o genial Hans Kelsen (1999, p. 235-7) sustenta que norma válida é a que tem um mínimo de eficácia - como a ação privada é eficaz para o rico, é válida - mas, acrescentamos, esse mínimo de eficácia é pouco para garantia dos direitos dos não afortunados.

E se o ordenamento jurídico não dispõe dos meios necessários e eficazes é preciso modificá-lo. Ou, como diz Scarance Fernandes, cujos ensinamentos mais uma vez invoco:

> ...importante é buscar alternativas que, mantido o direito de a vítima acusar, dotem o sistema de instrumentos capazes de tornar efetivo esse direito para as vítimas pobres, criando-se e organizando eficiente serviço de assistência judiciária ou, na falta, aproveitando-se da estrutura e especialização do Ministério Público. (1995, p. 87)

Por isso propomos o deslocamento da regra do artigo 225, § 1º, I, para o artigo 100, § 2º, do Código Penal e, com isso, ao invés de ter que sair a procura da assistência judiciária gratuita, tão difícil de ser conseguida, a vítima terá à sua disposição toda a estrutura e especialização do Ministério Público.

Evidentemente, a adoção da proposta ensejará a alteração de outros dispositivos penais e processuais para a devida adaptação como, aliás, foi feito na Itália, mas esse assunto será objeto de outro trabalho. Reconhecemos que a proposta é polêmica, mas a sua apresentação visa exatamente levar o tema à reflexão e à discussão.

Com isso, temos que a pessoa pobre, vítima de um crime de ação privada, terá o efetivo direito de acesso ao Judiciário para a defesa de seus bens ou interesses jurídicos lesados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. São Paulo : Saraiva, 2000.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. In: **Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.** São Paulo : Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo : Malheiros Editores, 1995.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública. Princípio da obrigatoriedade**. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1998.

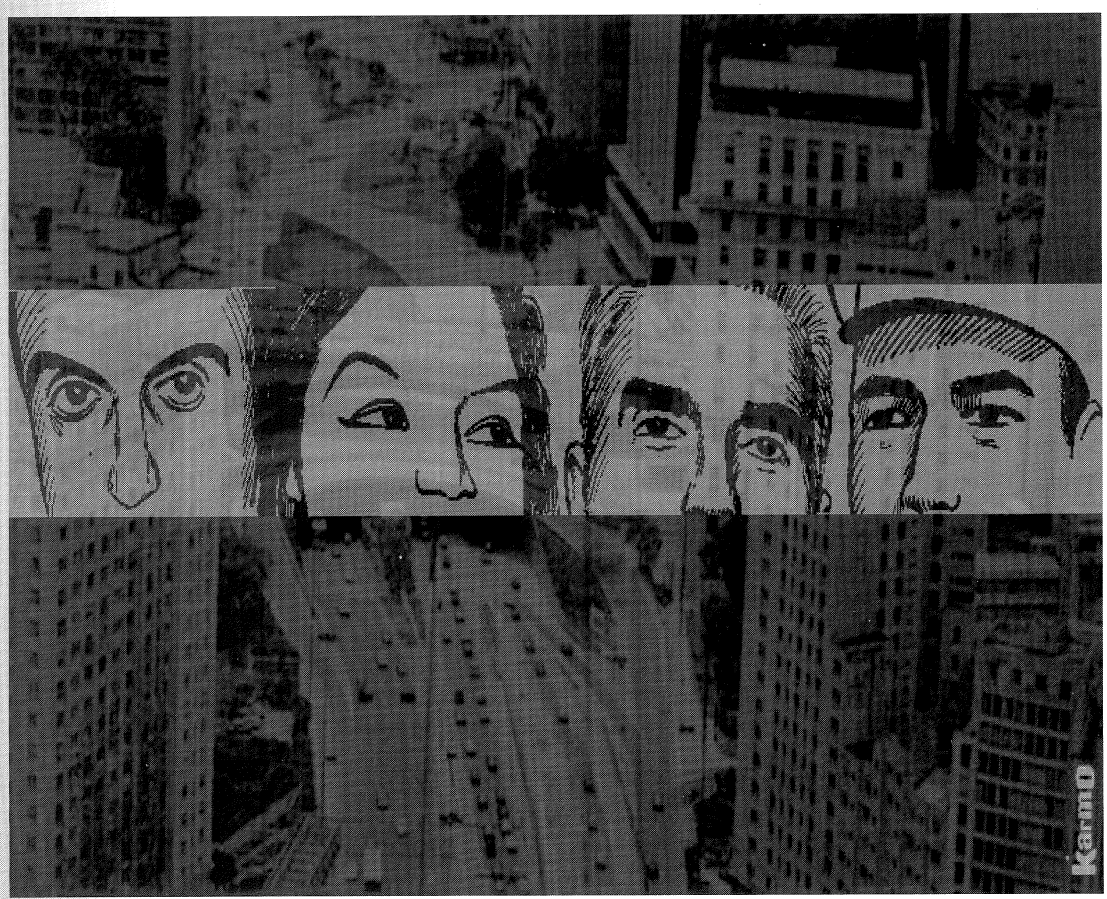
KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo : Atlas, 1997.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o Direito Penal**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999.

DIREITO FUNDAMENTAL DE VIVER EM FAMÍLIA E EM COMUNIDADE

Ivana Martini *



RESUMO

Trata-se de reflexão a respeito dos Direitos fundamentais da criança e do adolescente de viver em família e em comunidade, sob um enfoque histórico das tendências definidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA e o atual encaminhamento das crianças em situação de risco.

PALAVRAS-CHAVE

Abrigo; direito família; direito viver em comunidade; proteção integral; ECA.

* **Ivana Martini** é professora de Sociologia da Faculdade de Direito de Marília da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, bolsista pela mesma Instituição e doutoranda em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", UNESP - Araraquara.

> É a pena como justificativa à inação ante o desenvolvimento, é a construção de casas e mais casas, quaisquer que sejam as suas denominações, para internar o menor como se fossem educá-lo; é o numerar de "status sociais" indicadores apenas de recessos do desenvolvimento, agrupando menores favorecidos; é finalmente a interminável nomenclatura: abandonado, desassistido, carente, infrator, em perigo moral, com desvio de conduta; é a procura perene de uma guarda e responsabilidade, de uma tutela, de uma adoção, de uma legitimação fenomenologia social que, facilmente se transmutam em fenômenos jurídicos, esquecendo-se das causas ditadas pelos condicionamentos sociológicos. (Siqueira, 1979, p. 30)

A citação acima trata, mais especificamente, de atos infracionais praticados por crianças e adolescentes. No entanto, ela revela a antiga e sobrevivente mentalidade social que permeia a questão da criança e do adolescente que o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA tenta transformar e alterar. E, ainda mostra uma tênue preocupação com a formação e educação infanto-juvenil. É tênue pois, nessa época, (1979) não havia ainda amadurecido a necessidade da **proteção integral** da criança como hoje é defendida.

O leitor já parou para refletir, para saber como seria sua vida se não tivesse uma família? Quais as conseqüências dessa situação? Ou, se sua família fosse tão pobre, que não tivesse sido possível manter a união conjugal de seus pais e, para se alimentar, fosse obrigado a esmolar pelas ruas para auxiliar sua mãe ou seu pai ? O leitor, como uma pessoa adulta, já sentiu a solidão, já esteve em situações em que se viu encurralado, amedrontado...? Coloque-se o leitor no lugar de uma criança sentindo isso.

Essas e muitas outras questões são temas que provocam reflexões a respeito do direito fundamental de viver em família e comunidade, defendidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA. Cabe lembrar que o ECA foi influenciado pelos movimentos em prol do Direitos Humanos Internacionais, especialmente pela Declaração dos Direitos Humanos e a Convenção dos Direitos das Crianças-Decreto 99.710/90 da ONU. Nota-se que existe uma diferença entre Convenção e Declaração pois, na última, tem suas disposições força de lei para os países membros ou signatários. (Pereira,1992, p.396-424)

Na elaboração da Constituição de 1988, houve uma grande movimentação social de reivindicação em prol do problema da criança e do adolescente no Brasil. Era preciso aproveitar a nova Constituição e conquistar direitos dando novos rumos a essa problemática, o que culminou no art. 227 da Constituição Federal, em que se diz que é direito da criança e do adolescente ser criado e educado pela família. Conseqüentemente, vem o desenrolar dos outros direitos que são de vida, de saúde, da alimentação, da educação e da convivência comunitária, favorecendo a proteção contra a violência, crueldade e entorpecentes.

A exceção da não permanência da criança e do adolescente na família natural só é possível quando se torna insuportável a sua permanência na família, que será mais a frente discutido.

Os artigos 4º e 5º do Estatuto são inspirados no art. 227 da Constituição Federal, que enuncia os Direitos fundamentais e daí deriva as medidas de proteção. Dessa forma o ECA apresenta avanços que determinaram as políticas públicas e exige a primazia no atendimento da criança e do adolescente. (Constituição, 2000, p. 125-7)

É uma postura diametralmente oposta ao antigo Código de Menores que punia a miséria por meio das crianças. Pois quando elas se encontravam em **situação irregular**, (esse era o termo utilizado, para caracterizar as crianças e adolescentes que ficavam mendigando pelas ruas ou cometendo infrações), os pais perdiam o pátrio poder e esses seres, então, eram colocados em instituições que os abrigavam, denominadas orfanatos, casas de recolhimento.

No art. 20 do ECA são extintas todas as discriminações entre filhos do casamento, de relações extraconjugais e adotivos. Segundo Silvio Rodrigues, esse artigo vem romper com a mentalidade do patriarcalismo do início do século, quando o Código Civil entra em vigor em 11 de janeiro de 1917. Os filhos eram diferenciados em legítimos e ilegítimos, e havia, ainda, a classificação de filhos naturais e espúrios. Os naturais eram filhos de pessoas não casadas e os espúrios eram os concebidos em adultério. (CURY et al, 1996, p. 86)

No art. 358 do Código Civil, declarava-se que esses filhos não podiam ser reconhecidos, o que era fundamentado devido a questão da herança, ou seja, a sucessão da propriedade.

Continuando com a visão histórica, a situação dos filhos adulterinos começa a ser um pouco melhorada com a Lei 4.732/42 e a Lei 883/49. Essa última trouxe algumas inovações, tais como:

1. permitiu o reconhecimento do filho adulterino quando comprovado pela investigação da paternidade;
2. concedeu metade da herança dos filhos não espúrios;
3. e também a investigação de paternidade concedia alimentos.

A Lei do Divórcio nº. 6.515/77 propiciou a igualdade de filiação, que até então não existia, aos filhos de pais separados.

No campo jurídico, essa epopéia finda com a Constituição Federal de 1988 por meio do art. 227 § 6º, que declara a igualdade dos filhos de qualquer natureza, mesmo os adotivos.(Cury et al, 1996, p. 86-7)

A questão do filho ilegítimo, ou seja, da criança nascida fora do casamento, propiciava, também, um grande contingente de abandono infantil. Dessa forma, as leis mencionadas acima provocam um impacto social que minimiza um pouco o preconceito que envolve a sexualidade da mulher e a criança.

> Dado o grande número de filhos havidos fora do casamento, tornava-se indispensável protegê-los legalmente, pois não tinham eles culpa de terem vindo ao mundo; no entanto, nossa lei não lhes dava a devida proteção. (Nogueira,1991, p. 36)

O problema não é só o fato de serem filhos fora do casamento, há ainda as questões de filhos de outras uniões, que são deixados com familiares e/ou vizinhos, ficando desprotegidos.

Giglásio Cerqueira Filho afirma:

> Podemos dizer que estes direitos estiveram por longos anos submetidos aos interesses da propriedade, vinculados à questão da herança e ao poder do homem sobre a mulher, estabelecido historicamente com a monogamia. (Cury et al,1996, p. 88)

Sim, é adequado o comentário de Cerqueira Filho, no entanto, para a grande população da infância desprotegida, os pais estão no quadro de exclusão social no qual a questão de herança é elemento distante.

Outro avanço está estabelecido pelo art. 21 do ECA, que determina a igualdade de condições entre pai e mãe no exercício do pátrio poder e nos casos de discordância deve-se recorrer à autoridade judiciária. Pátrio poder, para Silvio Rodrigues, "...é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção deles". (Cury et al,1996, p. 89)

A idéia de pátrio poder está ligada à noção do homem como chefe da família, sendo que a participação da mulher estava subordinada à falta ou impedimento do homem. Essa situação foi alterada pela Lei 4.121/62 - Estatuto da Mulher Casada, no art. 380 do Código Civil, em que o pátrio poder era exercido pelo homem com a colaboração da mulher e enfatiza que, nos casos de divergência, o juiz solucionará a questão (Cury et al,1996, p. 90).

Isso posto, nota-se a conquista da emancipação feminina no decorrer da história e provoca-se, também, a melhoria dos direitos da criança e do adolescente, visto que a mulher e a criança não eram sujeitos de direitos.

A mulher ingressa no mercado de trabalho auxiliando o homem no papel de provedor do lar ao ponto de culminar, na atualidade, o fato das mulheres chefiarem as famílias da maior parte dos casos da dissolução da união estável do casal.

No entanto, apesar de alguns progressos, as mulheres ainda são discriminadas no trabalho, sofrem jornada dupla trabalho, salário desigual e discriminação de funções .

Discrimina-se, no art. 22, como deveres dos pais o sustento, a guarda, a educação e o cumprimento da lei. Dessa forma, a educação deixa de ser uma política de assistência e passa a ser um **direito** da criança e do adolescente. Assim, a educação pré-escolar (04 meses a 6 anos de idade) tem a função de propiciar uma estimulação psicomotora e cognitiva, específica para essa faixa etária que habilitará a criança a freqüentar programas futuros de educação. Não é caridade, é direito.

O art. 23 afirma que a carência econômica não poderá mais ser invocada como justificativa para a perda do pátrio poder e indiretamente endossa a afirmação anterior. No entanto, é um avanço pois, no Código de Menores anterior, o fato de não ter condições financeiras para suprir as necessidades dos filhos colocava a criança e o adolescente em **condição irregular**, o que gerava a sua institucionalização em orfanatos. Esse fato gerou uma mentalidade de omissão dos deveres dos pais com dificuldades financeiras que utilizavam como estratégia de sobrevivência abandonar os filhos delegando, assim, o pátrio poder.

Como diz Romero de Oliveira Andrade, hoje, em **situação irregular**, ficam o Estado e a sociedade que não propiciam condições para sanar esse problema social provocado por ele mesmo (Cury et al,1996, p. 96).

Apesar da justificativa de pobreza, problemas de saúde ou alcoolismo, os pais não perderão o pátrio-poder por esses motivos. Serão encaminhados, porém, como o art. 129 do ECA determina, as medidas aplicáveis aos pais:

> I - encaminhamento a programa oficial ou comunitário de promoção à família;
> II - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
> III - encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;
> IV - encaminhamento a cursos ou programas de orientação;
> V - obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua freqüência e aproveitamento escolar;
> VI - obrigação de encaminhar a criança ou o adolescente a tratamento especializado;
> VII - advertência;
> VIII - perda da guarda;
> IX - destituição da tutela; e
> X - suspensão ou destituição do pátrio poder.(ECA,1997, p. 38)

Observa-se, no texto do art. 129 acima descrito, a necessidade de uma rede de apoio à família e à criança. Instituições e programas que visem reabilitar os pais em desajuste econômico, saúde ou dependência de álcool ou drogas.

Cada município deveria ter esse serviço bem desenvolvido propiciando profissionalização, alfabetização, se for o caso, trabalhos cooperativos, acompanhamento médico, psicológico e pedagógico segundo a necessidade.

O Art. 24 define as situações da possível perda do pátrio poder que são discriminadas no arts. 394 e 395 do Código Civil, ou seja:

> Se o pai, ou mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e de seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder. Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe:
> I - que castigar imoderadamente o filho;
> II - que deixar em abandono;
> III - que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes. (Cury et al,1996, p. 99)

Ou seja, os pais que praticarem maus-tratos físicos ou psicológicos, exploração sexual e outros tipos de violência, serão afastados da residência, podendo até perder o pátrio poder.

Assim, a intervenção do juiz se faz necessária. Deve-se buscar uma família substituta para a criança e, ao mesmo tempo, encaminhar os pais a tratamento ou readaptação, dependendo de cada caso.

Nesses casos, também haverá a intervenção do art. 129 do ECA, encaminhando os pais para tratamento ou auxílio comunitário.

Nota-se que o encaminhamento das crianças e adolescentes aos internatos ou orfanatos como anteriormente se chamavam, só ocorre depois de esgotadas todas as possibilidades de manter a criança com a família, encaminhando-a à escola e a tratamentos quando necessário. Só quando são esgotadas todas as tentativas de uma criança ficar em casa de família substituta, a criança vai para o abrigo onde receberá a proteção.

> Art. 101. Parágrafo único. O abrigo é medida **provisória e excepcional**, utilizável como forma de **transição**

> para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade. (ECA,1997, p. 33) (grifo nosso)

Abrigo é o atual nome dos antigos internatos ou orfanatos. Isso é posto pois as crianças não são órfãos, possuem pais, ou o pai, ou a mãe, parentes, pois sempre haverá um responsável por ela que está momentaneamente impossibilitado de cuidar de suas crianças.

No caso de ser órfão mesmo, entrará na lista de adotando do Cartório de Menores para possível adoção legal.

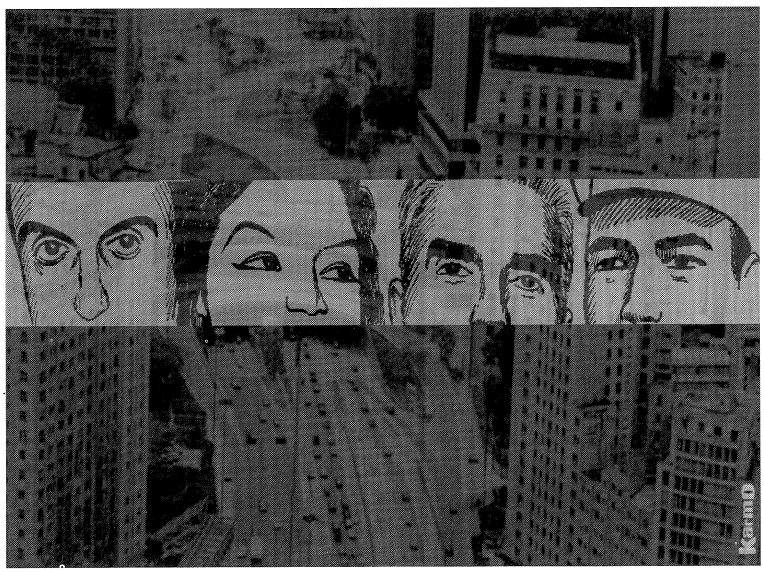
De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o abrigo não deve ter as mesmas características dos antigos internatos. Os antigos internatos eram para o sexo feminino ou para o sexo masculino, ou seja, separavam por sexo e por faixa etária e, muitas instituições, até hoje, referem-se às crianças internadas por meio de número, não pelo nome. Isso gerava sério problema, pois separavam os irmãos devido a rigidez institucional do tipo idade e sexo, destruindo os vínculos familiares que restavam.

Também possuíam enormes dormitórios coletivos, camas padronizadas, roupas e brinquedos coletivos que levavam a despersonalização da criança, dificultando a construção de sua própria identidade, ou seja, a criança não tinha nada seu, pessoal.

Outro problema é a falta de referencial. A falta de atenção de um adulto específico (pai, mãe, irmãos), na ausência deles, pode ser substituído por um(a) funcionário(a) mais fixo ou família acolhedora para criar vínculos afetivos e socorrer esse aspecto emocional. Aquelas instituições caracterizavam-se como verdadeiros depósitos de seres humanos. A instituição também era quase auto-suficiente, os tratamentos médicos, odontológicos, cursos de alfabetização eram feitos na própria instituição. Isso gerava uma monotonia e o isolamento da criança do mundo. O que acarretava o problema sério de inadequação de convivência com outras crianças ou quando completava os 18 anos e tinham que partir para encaminhar sua própria vida.

No entanto, após dez anos do advento do ECA, muitas lutas estão sendo travadas para romper a resistência e transformar a mentalidade dos antigos orfanatos, visando adequá-los aos moldes do Estatuto que afirma:

> Art. 92. As entidades que desenvolvam programas de abrigo deverão adotar os seguintes princípios:
> I - preservação dos vínculos familiares;
> II - integração em família substituta, quando esgotados os recursos de manutenção na família de origem;
> III - atendimento personalizado e em pequenos grupos;
> IV - desenvolvimento de atividades em regime de co-educação;
> V - não desmembramento de grupo de irmãos;
> VI - evitar sempre que possível, a transferência para outras entidades de crianças e adolescentes abrigados;
> VII - participação na vida da comunidade local;
> VIII - preparação gradativa para o desligamento;



> IX - participação de pessoas da comunidade no processo educativo.
> Parágrafo único. O dirigente de entidade de abrigo é equiparado ao guardião, para todos os efeitos de direito. (ECA, 1997, p. 30-1)

O ideal, como preconiza a Lei nº 7.644/87, que criou a figura de mãe-social e de casa-lar para as crianças e adolescentes abrigados em instituição, seria propiciar um ambiente similar à família; viver, administrar e colaborar nas tarefas da casa, cabendo às mães-sociais a dedicação exclusiva às crianças aí abrigadas (Chaves, 1997, p. 435-41).

Com o art. 92, é possível perceber quais são as instituições que estão adequadas ao novo objetivo de enfocar a criança e o adolescente como sujeito de direito ou não. A mentalidade a ser alterada é a forma de encará-los. Não é prestação de serviços de caridade mas sim, garantir direitos para a formação desses indivíduos em formação.

Nesse artigo é priorizado a) o caracter provisório da permanência da criança e do adolescente em instituição; b)o conteúdo interdisciplinar de atuação na formação educacional; e c) propiciar oportunidade a criança ou o adolescente em situação irregular, uma experiência familiar.

Para tanto, é preciso o engajamento da comunidade, município e estado fornecendo os diversos serviços necessários ao bem estar da criança e do jovem, ou seja, aqui também, há a necessidade da chamada rede de apoio.

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, surgem políticas públicas que priorizam os berçários, creches onde as crianças vão estudar, ou são deixadas para que as mães possam trabalhar. Há um avanço que deve mesmo ser fiscalizado pela sociedade civil cobrando dos dirigentes municipais. Associados às creches, foram criados os centros de convivência, que têm a função de acolher a criança oferecendo atividades até completar a carga horária escolar de oito horas/dia evitando, assim, que as crianças fiquem mendigando, ou vagando pelas ruas sem nada aprender, quer seja por omissão dos pais, quer seja trabalho das mães.

À título de exemplificação das exigências que devem cumprir as instituições de acolhimento, pesquisou-se através da Secretaria Estadual de Desenvolvimento de Assistência Social - Divisão Regional de Assistência

Social - DRADS- Marília, visando conhecer os abrigos da região.

O DRADS- Marília, atua nas seguintes cidades da região: Alvinlândia, Álvaro de Carvalho, Echaporã, Ferrão, Gália, Garça, Júlio Mesquita, Lupércio, Marília, Ocauçu, Oriente, Oscar Bressane, Pompéia e Vera Cruz. Nessas 14 cidades relacionadas, existem apenas 06 (seis) abrigos à disposição da população, distribuídos da seguinte forma:

a) Garça, (01) uma instituição;
b) Marília, com (04) quatro instituições;
c) Pompéia, com (01) uma instituição.

Vejamos, em linhas gerais, a adequação ou não desse abrigos segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente. Adequação que deve ser caracterizada pela qualidade de atendimento, interação social, escolar, atividades educacionais e profissionalizantes de cada uma delas, sem a pretensão de fazer um estudo aprofundado das instituições que acolhem crianças e adolescentes nas cidades de Marília e Garça:

1. Associação Filantrópica de Marília, situada na rua Adolfo Pinto, 330. Existe desde 1949. Admite meninos de dois até sete anos de idade, que podem permanecer na instituição até os dezoito anos.
Recursos Humanos:
06 professores que trabalham de manhã e à tarde, 2ª a 6ª feira
01 professor de educação física e esportes em geral - todos os dias
16 funcionários
01 secretária cedida pela FEESR
01 assistente social
02 auxiliares administrativos
01 babá-noturna
02 babás-diurna
02 mães sociais
02 cozinheiras
05 serviços Gerais
04 professores cedidos pela Prefeitura Municipal

Atualmente, a Filantrópica abriga 58 crianças e adolescentes do sexo masculino.

Dos oito adolescentes existentes, dois estão desempregados, seis deles estão trabalhando sendo que, do salário que eles recebem, 50% fica em poder do adolescente e os outros 50% vai para sua poupança. Objetivo: Aprender a gerenciar seu salário e poupar para que, quando saírem da Instituição, possuam uma reserva econômica.

As crianças com até sete anos de idade vão estudar em EMEIS, e os maiores freqüentam escolas estaduais.

2. Lar de Meninas Amélie Boudet, situada na Rua Farah Salomão Farah, 155. Admite meninas de zero até oito anos de idade, que podem permanecer na Instituição até os dezoito anos.
Recursos Humanos:
01 psicólogo voluntário
04 serviços Gerais
01 auxiliar Administrativo
01 cozinheira
01 lavadeira
01 professor voluntário de dança

Atualmente, está com vinte e cinco crianças e adolescentes do sexo feminino abrigadas.

"De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o abrigo não deve ter as mesmas características dos antigos internatos."

3. Centro de Apoio à Criança e ao Adolescente de Marília – CACAM, situado na Rua Vidal Negreiros, 367. Admite crianças e adolescentes de ambos os sexos de zero a 18 anos. Com capacidade para 20 pessoas, que podem permanecer por até 45 dias. Se ultrapassa esse período, sua permanência só é possível por solicitação judicial. Em regime meio aberto e moradia. Podem permanecem na Instituição no caso da moradia. Quanto ao regime meio aberto, consiste em permanecer durante o dia e, à noite, retornar às suas residências.
Recursos Humanos:
01 assistente social
01 professora
06 monitores
01 merendeira
02 vigias
01 serviço geral
01 fonoaudióloga voluntária
01 psicóloga voluntária

Há atividades de alojamento, refeições, reforço escolar, atividades recreativas, culturais, atendimento médico e odontológico.

No entanto, mesmo com estas instituições aqui na cidade de Marília/SP, vários meninos e meninas vão para a cidade de Garça/SP, onde são abrigados em uma instituição denominada Associação Alfa e Ômega. Tal instituição comporta crianças e adolescentes de todas as idades e de ambos os sexos, mesmo que tenham cometido infração e que cumpram as medidas sócio-educativas de **Prestação de Serviços à Comunidade**, ou **Liberdade Assistida**, ou **Regime de Semiliberdade**, previstos pelo Estatuto. Há alto índice de recuperação e socialização. Não existindo fugas ou reincidência infracional.

Vejamos a instituição **Associação Alfa e Ômega**, sito à rua Victor Hugo Boareto, s/nº, Chácara Bela Vista em Garça/SP. Atende 85 crianças e adolescentes, recém-nascidos a 18 anos de idade.
Recursos Humanos:
28 voluntários
01 dentista
01 médico
11 professores voluntários
01 enfermeiro
02 pagens
01 cozinheira
01 carpinteiro
01 eletricista
02 técnicos de futebol
01 veterinário

Atividades realizadas na Alfa e Ômega: Atividades pertinentes à pré escola, educação ambiental, educação cultural, higiene e saúde, iniciação profissional, como pescaria, mármore, padaria, marcenaria, jardinagem, horticultura, tricô, crochê, pintura em tecido, minhocultura, cuidados com animais(aves, porcos, vacas, cavalos). Educação formal, reforço escolar, computação, inglês. Lazer: natação, jogos pedagógicos, beisebol, ping-pong, pebolim, basquete, hipismo, ciclismo, excursões. Todas essas atividades estão distribuídas no decorrer do dia,

conciliando com as aulas da escola.

Observa-se que, quanto mais atividades, maiores são as qualidades de estimulação da criança e do jovem, ocupando o tempo, e aprendendo a resolver problemas e se profissionalizando. O ócio dentro de instituições é um fator negativo.

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Abrigo deve acolher, educar e reintegrar a criança à família e à comunidade. Observa-se que, quanto maior as oportunidades de atividades oferecidas, melhor será a chance de envolvimento afetivo e reintegração social. Cabendo à instituições, ao Estado, ao Município, à comunidade e à família auxiliar nessa tarefa complexa.

Essas são tentativas para retirar das ruas, educar e proteger crianças e adolescentes que sofrem situações de risco como violência, drogas, falta de alimentação adequada, apoio afetivo e psicológico, médico, higiene, educação. Tudo isso serve de profilaxia da criminalidade. Não há, aqui, apologia da pobreza como determinante da criminalidade, mas cabe, perfeitamente, considerar que as circunstância adversas a provocam, sobretudo quando a criança e o jovem estão desamparados .

Caso isso não se efetive, pode redundar como no caso do último 22/03/2000, publicado pela Folha de São Paulo. O artigo de Alessandro Silva relata que uma menina de 08 anos foi violentada e morta com seu irmão de nove anos, por um garoto de nove anos e dois adolescentes de treze e dezesseis anos que tinham resolvido ir para Santos e, passando em São Roque a 42 Km de São Paulo, praticam os homicídios. Suas vidas, segundo o jornal:

D.L.A C. 9
· **Apelido**: Catarrento
· Onde **vive:** na rua, na casa de amigos e entidades assistenciais
· **Família**: disse que não tem pai e que as tias moram na periferia de São Paulo
· **Situação**: não pode ser internado na FEBEM, porque está abaixo da idade mínima exigida pela instituição (12 anos). A promotoria vai encaminhá-lo para um abrigo

L.C.S., 13
· **Apelido**: Neguinho
· Onde **vive:** com a mãe, na periferia de Jandira, e na rua
· **Família**: disse que às vezes acompanhava os amigos e ficava um tempo na rua
· **Situação**: o Ministério Público pediu a internação provisória dele na FEBEM. Foi atendido apenas uma vez pelo SOS Criança

J.V.C., 16
· **Apelido**: Doidão
· Onde **vive**: coma mãe e o padrasto em Jandira e, às vezes, na rua junto com os amigos
· **Família**: diz ter problemas com o padrasto. O pai está morando em outro Estado
· **Situação**: o Ministério Público pediu a internação provisória na FEBEM, até o julgamento do processo
Fonte: (Silva, 2000, p. 3)

Dos dados acima, podemos analisar que os três infratores, uma criança de 9 anos e os dois adolescentes, têm três pontos em comum: 1. família com relações tênues; 2. vivência em rua; 3. situação econômica difícil. Esse é parte do perfil da maioria das crianças que vivem na rua a mendigar e que dificulta o desenvolvimento de uma sociabilidade sadia, assunto discutido no texto, sob o título **Uma Sociabilidade para a Violência?** (Martini, 1999), em que os elementos socializadores adversos geram esse tipo de sociabilidade que culmina, muitas vezes, em crimes.

A criança e jovem que vive afastado de sua família e que vive na rua em busca de **amigos** eventuais pode ou não ter passado por experiência violenta como a publicada. Mas é no ambiente de rua, sem limites e nem parâmetros positivos, na ausência de metas ou ideais cultivados pela família, que surge a oportunidade de cometer furtos, roubos, estupros, assassinatos...

Dessa forma, as instituições têm que, como obrigação, oferecer oportunidades reais de reintegração e ressocialização para a parcela infanto-juvenil da sociedade, não como dádiva ou caridade, mas como cumprimento do **direito fundamental de viver em família e comunidade estruturadas**. Caso contrário, é a sociedade, o município e o Estado que estão em situação infracional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHAVES, Antônio. **Comentários ao estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo : LTr, 1997.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. São Paulo : Saraiva, 2000.

CURY, Munir et al (Coords.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado:** comentários jurídicos e sociais. São Paulo : Malheiros, 1996.

DIREITOS da Criança e do Adolescente. São Paulo : Imprensa Oficial, 1997.

MARICONDI, Maria Angela (Coord.). **Falando de Abrigo: cinco anos de experiência do Projeto Casas de Convivência**. São Paulo : FEBEM, 1997.

MARTINI, Ivana. Uma sociabilidade para a violência? In: D'INCAO, Maria Angela (Org.). **Sociabilidade:** espaço e sociedade. São Paulo : Grupo Editores, 1999.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. São Paulo : Saraiva, 1991.

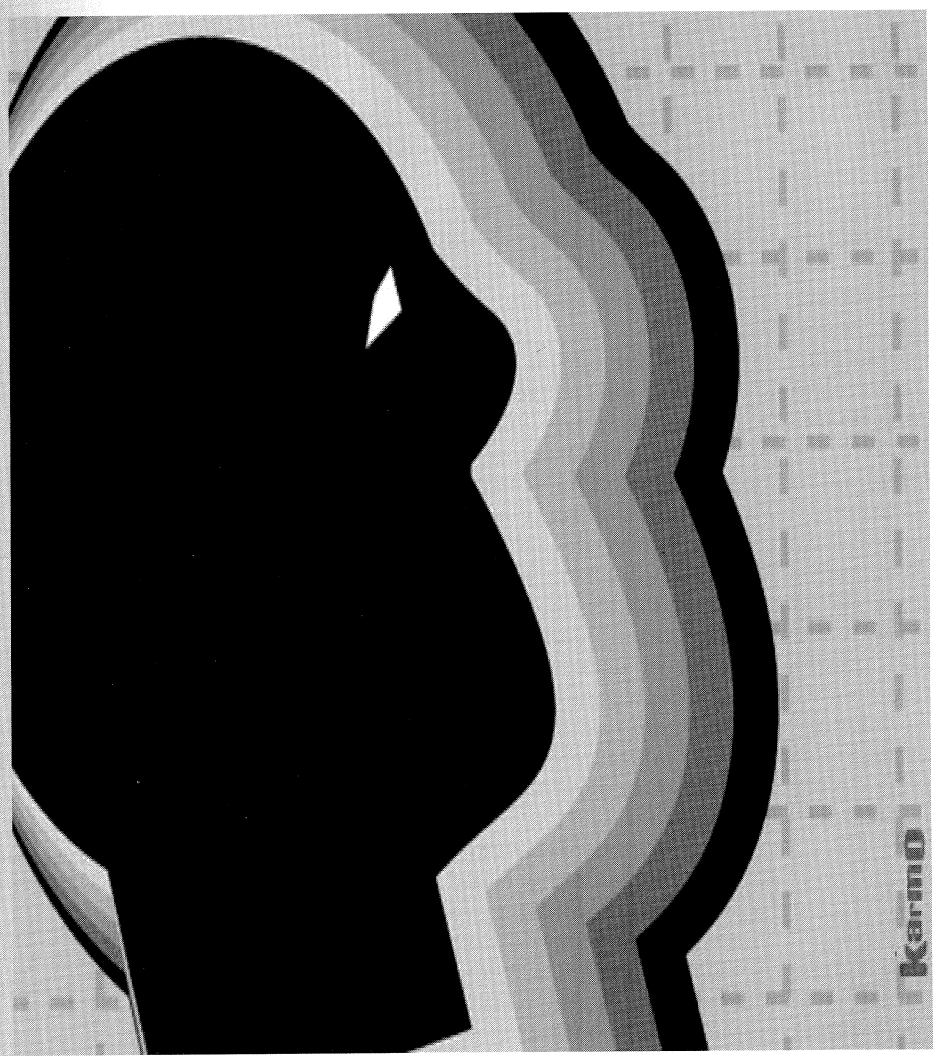
PEREIRA, Tânia da Silva. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Estudos Sócio-Jurídicos. Rio de Janeiro : Renovar, 1992.

SILVA, Alessandro. Menino de 9 diz que matou menina de 8. **Folha de São Paulo**. São Paulo, p. 3. 22/03/2000. Cotidiano, p. 3.

SIQUEIRA, Liborne. **Sociologia do Direito do Menor.** Rio de Janeiro : Âmbito Cultural, 1979.

DIREITO COMO FUNÇÃO PROMOCIONAL DA PESSOA HUMANA

*Lafayette Pozzoli**



RESUMO
O operador do direito, ao interpretar as normas sem resultar numa sistemática fechada ou com pretensões a resolver, por meio de mecanismos lógicos, todos os problemas que lhe são postos, pode fazer do direito um instrumento a ser visto como um discurso persuasivo, dotado de uma força evocadora, que leva o destinatário da norma a ver verdade naquilo que até então não conseguia identificar. Nesse sentido, a adesão do destinatário do discurso normativo nunca é simples submissão, mas decisão, comprometimento e participação. Este é o direito como função promocional. Ele pode assegurar a justiça social, distributiva, comutativa e participativa na sociedade, na busca da realização do bem comum no exercício da cidadania.

PALAVRAS-CHAVE
Direito promocional; cidadania; iniciativa popular; interpretação; dignidade humana; lógica jurídica.

* **Lafayette Pozzoli** é Professor na Pós-graduação da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha; professor na faculdade de Direito da PUC/SP; Secretário Executivo do Instituto Jacques Maritain do Brasil, membro da Comissão da Pessoa Portadora de Deficiência da OAB/SP; advogado militante; Doutor em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC/SP. (lafayette@sti.com.br).

Para melhor orientar o trabalho de sistematização e possibilitar a compreensão, numa amplitude maior, do conjunto de normas jurídicas federais, estaduais e municipais que regulam as atividades relativas ao exercício da cidadania e a interação social do Estado, é necessário pressupor três situações que se projetam por todos os quadrantes do direito moderno:

a) o direito contemporâneo tornou-se um instrumento de gestão governamental;

b) o direito contemporâneo caracteriza-se pelo processo de contínua mudança no conteúdo das normas jurídicas;

c) estão presentes no direito contemporâneo vetores que apontam para uma função promocional da pessoa humana.

A gênese dessas três situações se localizam, historicamente, no final do período medieval, momento inicial da consolidação das novas relações decorrentes do modo de produção capitalista. Com a consolidação do Estado moderno tem início o processo que culminou no monopólio pelo Estado do poder exclusivo de dizer o direito.

O direito - como expressão da soberania estatal e tendo nela o seu único foco irradiador - resulta num instrumento de gestão da sociedade que busca dar segurança e garantia aos cidadãos. Com fundamento na soberania estatal é posto um conjunto de normas jurídicas que regulam a efetivação dos direitos e garantias. Esse conjunto é conservado, aplicado e, a todo momento, modificado.

O desenvolvimento do sistema capitalista e a subsequente elevação da complexidade social impôs, gradativamente, ao Estado a função de produzir uma legislação que passa a ter a condição de principal fonte do direito. Essa codificação surge em virtude de um duplo imperativo sócio-econômico. O primeiro, calcado na imperiosidade de garantir a segurança das expectativas e atender, dessa maneira, às necessidades do cálculo econômico-racional de uma economia capitalista em expansão. O segundo, tratava de fornecer ao Estado, por meio da lei, um instrumento eficaz de intervenção na vida social, tanto para possibilitar o financiamento e a concentração industrial, quanto para dar cobertura às necessidades a longo prazo do sistema, atribuindo-se-lhe a função de prestador de serviços básicos. Portanto, realçou o papel do direito como instrumento de gestão e comando da sociedade.

De fato, com o aumento da complexidade da sociedade industrial, o Estado, que antes exercia basicamente a função de garantidor da ordem pública, expandiu seu campo de atuação para além dessa função meramente repressiva. Já no século passado, o Estado tomava para si a responsabilidade pela execução dos serviços básicos, como educação e saúde. Modernamente, o Estado teve que ampliar esse conjunto de atribuições para responder à crescente complexidade sócio-econômica de uma economia capitalista em expansão, de modo que o seu papel primordial tem sido o de regulamentador da sociedade.

"A presença ostensiva do Estado explica-se, em parte, pela necessidade de equacionar o cálculo econômico de uma economia em crise."

Ao dispor de mecanismos jurídicos que lhe possibilitam agir no campo monetário e fiscal, interferir no sistema de preços, financiar atividades de pesquisa e até mesmo participar diretamente da produção, o Estado, efetivamente, consolidou a sua função de controlar, estimular e planejar as atividades da sociedade.

O resultado dessa ação estatal, no âmbito do direito, foi o de transformar a lei num instrumento de gestão governamental. Assim, na consecução dos fins a que se propõe, o Estado utiliza-se de mecanismos jurídicos que lhe permitem criar, manter ou modificar estruturas. A lei tem, nesse contexto, a função de assinalar metas e objetivos para o futuro, configurando ou afirmando novas relações econômicas. A política social e econômica que caracteriza o Estado Moderno busca seu fundamento na legislação. Essa é uma das causas da enorme importância que a legislação tem modernamente.

Essa presença ostensiva do Estado explica-se, em parte, pela necessidade de equacionar o cálculo econômico de uma economia em crise. Em um Estado com sua economia em crise, o seu cálculo é reorganizado em espaços de tempo relativamente curtos. A utilização do direito, como instrumento dessa reorganização, implica não só num número excessivo de normas jurídicas mas, também, numa intensa mutabilidade do conteúdo das mesmas.

Ademais, o aumento das funções do Estado implica no surgimento de um aparelho burocrático de grande proporção que deve ser administrado pelo próprio Estado. Portanto, a institucionalização da mutabilidade do conteúdo do direito resulta, também, da submissão deste à funcionalidade da burocracia estatal. Mas, tal controle será melhor averiguado na seqüência.

O poder de controle do Estado

Para operacionalizar a sua função de regulamentador da sociedade, o Estado dispõe de instrumentos jurídicos que lhe possibilitam ordenar a sua própria máquina administrativa e, ao mesmo tempo, coordenar a atividade econômica por meio de um imenso sistema de estímulos e incentivos, determinando preços, salários, criando tributos, promovendo isenções fiscais, aumentando ou simplificando e reduzindo as obrigações administrativas etc.

Essa posição do Estado intervencionista reflete-se em todos os campos do universo jurídico, no direito administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, penal, comercial etc. Enfim, não há momento mais propício para perceber-se a força conformadora do econômico sobre o jurídico mas, também, não há melhor exemplo de ação recíproca.

Na medida em que o papel do econômico se torna mais presente e mais complexo o seu funcionamento, esta complexidade e este funcionamen-

to refletem-se diretamente no direito. A função do Estado cresce em complexidade. No exercício dessa função, percebemos, de modo cabal, a utilização do direito como instrumento de gestão governamental e de comando da sociedade. Por isso mesmo, o direito moderno caracteriza-se pelo processo de contínua mudança de seu conteúdo com a manutenção da sua forma.

Assim, em decorrência da velocidade sem precedentes das mudanças no nosso tempo e, pelo desafio que estas mudanças significam para a ordem legal, sustenta-se que a mudança pode ser efetuada pela lei. Ora, a lei realmente pode estabilizar, legalizar e coordenar uma mudança já ocorrida, mas a mudança em si é sempre resultado de uma ação extralegal. Razão pela qual é possível afirmar que a positivação dos direitos humanos não é obra de um legislador que subitamente foi despertado pela crueza de uma injustiça, pelo contrário, surge da necessidade de reorganizar o corpo social.

Essas mudanças contínuas que observamos no conteúdo do direito estão intimamente ligadas às relações que se desenvolvem ou se modificam na estrutura econômica. São relações que se pautam pelos interesses dos grupos que ali atuam e pelo próprio crescimento da complexidade da sociedade. A ordem jurídica, portanto, pode ser vista como o reflexo da realidade social subjacente mas, também, como fator condicionante dessa realidade.

O aumento da complexidade da sociedade industrial impõe novas relações que modificam as já existentes. A recomposição jurídica do novo estado de coisas é realizada mediante um processo legislativo que envolve a elaboração de uma quantidade imensa de normas jurídicas que, por sua vez, revogam outras tantas normas jurídicas.

A necessidade de equacionar o cálculo econômico, o avanço tecnológico os novos hábitos sociais, impulsionam e intensificam o processo legislativo. A partir daí, inicia-se uma produção contínua de disposições normativas que resulta numa dispersão da legislação. Deparamos com a superposição de novas normas sobre as antigas, sendo que aquelas, muitas vezes, não derrogam estas inteiramente. Esse fenômeno implica num processo de fusão de leis com leis, regulamentos com regulamentos, deliberações com deliberações, portarias com portarias.

No Município de São Paulo, por exemplo, o ordenamento jurídico da Microempresa foi elaborado primeiramente pela Lei 9.801/84. Depois, esta lei foi revogada pela Lei 10.201/86, a seguir a Lei 10.423/87 revogou as anteriores, depois a Lei 10.816/89 e, agora, vigora a Lei 12.666/98, que revogou a anterior. A cada lei seguiu-se um Decreto Regulamentador e, a cada Decreto, uma série de portarias, detalhando, minuciosamente, os comportamentos desejados. O mesmo fenômeno pode ser observado nos âmbitos Estadual e Federal.

Vemos, então, que no âmbito municipal, num espaço pequeno de tempo, o ordenamento jurídico pertinente à microempresa mudou várias vezes. Como a principal fonte do direito é, no Estado contemporâneo, a lei, compreende-se a dificuldade do profissional do direito em sistematizar e interpretar conteúdos contingentes que se modificam cada vez em velocidade maior.

Por isso que o direito, utilizado como instrumento de atuação, de controle e de planejamento pelo Estado, implica em dar maior ênfase às normas de organização e de condicionamentos que antecipam os comportamentos desejáveis. Nesse sentido, o profissional do direito, além de sistematizador e intérprete, passa a ser também um teórico do aconselhamento, exercendo uma espécie de advocacia preventiva, na medida em que indica opções, oportunidades, avalia a necessidade e a demora nos processos judiciais, tudo isso conforme um cálculo de custo-benefício.

Com efeito, deve ser considerado como operador do direito aquele profissional advindo dos bancos acadêmicos jurídicos. Mas, também, é aplicador do direito o leigo que, por exemplo, compra um imóvel e elabora o respectivo contrato - por meio de agência imobiliária ou particularmente - sempre com observância à legislação vigente.

Assim, não é difícil identificar no direito um instrumento promocional da pessoa humana, não sendo tão somente um direito punitivo. Passamos à análise do direito como função promocional das pessoas e das instituições.

O direito como função promocional

A tarefa do operador do direito, em sistematizar um conjunto de normas jurídicas, nunca poderá resultar numa sistemática fechada, com pretensões a resolver, por meio de mecanismos meramente lógicos, todos os problemas que lhe são postos.

Não se reduzindo a mecanismos lógicos, o direito pode ser visto como um discurso persuasivo, um discurso de conversão, dotado de uma força evocadora, que leva o destinatário da norma jurídica a ver verdade naquilo que até então não conseguia identificar. Nesse sentido, a adesão do destinatário do discurso normativo nunca é simples submissão mas decisão, comprometimento e participação. O direito aparece, pois, como uma lógica de argumentação, uma lógica de juízos de valor, em que o comportamento preferível, desejável, toma contornos relevantes.

Portanto, o direito, hoje, deve ser visto, também, como um direito que tem uma função promocional, que se interessa por comportamentos tidos como desejáveis e, por isso, não se circunscreve a proibir, obrigar ou permitir, mas almeja estimular comportamentos, por meio de medidas diretas ou indiretas.

Ilustrando, não se pode negar que o Estatuto da Microempresa, originariamente, foi uma mensagem dirigida às centenas de milhares de pequenos empresários que atuavam na economia informal no sentido de regularizarem-se perante os órgãos estatais. Também não se pode negar a expectativa do Poder Executivo de que ocorra uma adesão em massa dos pequenos empresários ao recente sistema instituído pela Lei do SIMPLES[1].

Ora, um direito desse tipo não pode, evidentemente, restringir-se ao tema da validade formal, mas requer, para uma apropriada consideração do princípio da efetividade, a análise da conduta dos destinatários da norma. Quer dizer, é necessário verificar se a norma produziu efeitos concretos, se ela se firmou e se obteve sucesso.

Anotamos que a visão do di-

reito, como um sistema aberto, encontra apoio metodológico na teoria da linguagem, notadamente na pragmática da qual Tércio Sampaio Ferraz Júnior é, no Brasil, o principal expoente desta linha de pensamento. Na pragmática, há uma preocupação com o comportamento do destinatário da norma. Por isso mesmo, na análise do efetivo cumprimento da norma, tem papel preponderante a análise do seu impacto persuasório, isto é, a análise do trabalho argumentativo que caracteriza a prática do direito.

Como exemplo dessa realidade podemos citar as isenções tributárias concedidas às pequenas empresas que, enquanto previstas em normas esparsas do ordenamento jurídico, pouco interesse surtiram nos empresários clandestinos. Porém, com o advento do processo de desburocratização do Estado, quando consolidadas no Estatuto da Microempresa de 1984, produziram impacto de considerável repercussão.

Ainda, é preciso acentuar que o entendimento e as argüições de que o direito tem finalidades sociais é extremamente útil. É relevante, para as necessidades práticas do profissional do direito, lidar com o direito como um sistema aberto aos fatos sociais que o abrangem e circunscrevem. Permite, inclusive, evidenciar a interpretação como constitutiva de um direito atualizado que leva em conta o novo no fato social.

Todavia, embora seja o direito positivo o ponto de partida de uma argumentação jurídica processual, o fato é que todos os operadores do direito necessitam ir além do direito positivo para melhor explicar o próprio direito posto.

Ademais, é possível afirmar que o direito é uma técnica de invenção, algo que não está pronto, mas está sendo constantemente construído nas interações sociais. Da mesma forma, deve ser consignado que, se é verdade que o profissional do direito trata com proposições normativas e não com fatos, não é menos verdade que a experiência jurídica pressupõe uma referibilidade destas proposições normativas a comportamentos reais.

André Franco Montoro, no estimulante e vigoroso **Estudos de Filosofia do Direito**[2] (1999), analisando a estrutura lógica da norma jurídica, consigna, como a maioria dos juristas, uma endonorma indicadora do comando contido na própria norma, seja a sanção propriamente dita ou a declaração de um direito ou dever. A diferença na análise proferida pelo saudoso Professor, fica por conta dos efeitos jurídicos produzidos a partir da endonorma, analisando as perinormas positiva e negativa, isso porque a função do direito vai além da aplicação das sanções punitivas.

É neste sentido que afirma Franco Montoro:

> O fim do Direito é ordenar a vida da sociedade, orientando a conduta de seus membros e a atividade de suas instituições. Para esse objetivo, ele estabelece normas e procura garantir a eficácia das mesmas, atribuindo conseqüências positivas a seu cumprimento e negativas ou punitivas à sua violação. **Ver no Direito apenas o aplicador de sanções punitivas é diminuí-lo**[3]. (1999, p. 252) (grifo nosso)

Ilustrando, por meio da norma do Art. 64, do Código de Defesa do Consumidor, temos a seguinte análise, considerando os efeitos múltiplos da respectiva norma:

> Artigo 64[4] - Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado:
> Pena - Detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.
> Parágrafo Único - Incorrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo."

Endonorma

Dado o conhecimento da nocividade ou periculosidade de produto, já circulante no mercado, o produtor deverá isto comunicar imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores.

Perinormas Positivas

- não ser processado por descumprir as normas do Código de Defesa do Consumidor;
- não ser processado criminalmente, possibilidade de acordo com o Art. 61 do CDC;
- não sofrer as sanções administrativas previstas no Art. 56 do CDC;
- não responder civilmente pelas indenizações (Código Civil Art. 159), oriundas de fato omissivo;
- se processado deverá ser absolvido, ou ter o inquérito arquivado;
- ser respeitado nos meios mercantis no qual atua, pelo fato de respeitar e considerar os consumidores, zelando pelo seu bem estar.

Perinormas Negativas

- as conseqüências penais estabelecidas no CDC, que seriam a detenção e a multa;
- a incidência de infração penal do CDC, que afasta a incidência do delito previsto no Código Penal em virtude do princípio da especialidade;
- a incidência das medidas adminis-

trativas estabelecidas no CDC, Art. 56, além de sanções oriundas dos órgãos estaduais e municipais, como por exemplo a interdição, pela saúde pública;
- a possibilidade de ressarcir os consumidores através de indenizações advindas do fato omissivo praticado pelo produtor / comerciante;
- o seu produto passar a ser mal visto pelos consumidores, os quais vão acabar optando pela não utilização do mesmo, acarretando assim, futura quebra do produtor / comerciante.

É a nova forma de ver/analisar/aplicar o direito. Aliás, o uso de estímulos positivos, de maneira preponderante em relação aos aspectos negativos, passa a ser uma característica das diversas ciências, não se circunscrevendo, tão somente, ao direito, afinal, os humanistas e o humanismo estão presentes nos diversos setores da sociedade.

Norberto Bobbio (1992) é também um dos expoentes da concepção do direito como instrumento promocional. Aliás, afirma ser o **direito premial**, valendo-se de técnicas de encorajamento aos comportamentos desejados do cidadão. A sua teoria do **direito premial** é amplamente compartida por juristas brasileiros e com reflexos na legislação, como procurou demonstrar-se com a referência anterior à Lei do Simples.

Do mesmo modo, instrumentos como a chamada **Súmula Vinculante**[5] pode ajudar no empreendimento de um Poder Judiciário que busca no respeito ao cidadão a sua maneira de fazer justiça.

Seguindo a orientação da lógica do direito promocional, outro instituto jurídico criado pelo Constituinte de 1988 foi a Iniciativa Legislativa Popular. Face à omissão da parte do Legislador, surge, então, o problema do preenchimento da respectiva lacuna, ou seja, a questão de controlar juridicamente a omissão legislativa. Trata-se de trabalho integrado ao exercício da cidadania, dependente de uma ação individual do cidadão.

Assim, podem os cidadãos - por meio de entidades representativas - propor a iniciativa de uma lei, em qualquer esfera, conforme faculta-lhes a Constituição. É evidente que referido projeto tem o seu trâmite normal dentro do Parlamento, inclusive sob o crivo dos institutos jurídicos da sanção ou veto presidencial. Uma legitimidade alcançada no projeto, porém, poderá ajudar no encaminhamento para aprovação e efetividade da respectiva norma.

A admissão da Iniciativa Legislativa Popular na Constituição Federal - também existe no plano Estadual e Municipal, na sua maioria - demonstrou uma preocupação do constituinte quanto à colaboração direta do cidadão com o órgão legislativo representativo. Este desempenha o papel de

"Na democracia da Grécia, as decisões políticas que eram tomadas nas assembléias populares haviam de refletir-se depois em textos normativos."

obter garantia que a lei surja como autêntica expressão da vontade popular. Diante de críticas como no procedimento da convocação do corpo eleitoral - para eleger os representantes - criou-se, portanto, um instrumento que possa suprir a respectiva falha e dar maior vazão no desempenho do processo representativo, que é a iniciativa popular.

Existem outras formas de manifestações diretas do todo social na feitura de leis. Na democracia da Grécia, as decisões políticas que eram tomadas nas assembléias populares haviam de refletir-se depois em textos normativos. O sufrágio universal acabou por substituir, em grande parte, esta forma de manifestação direta, principalmente nas democracias contemporâneas, salvo nos cantões suíços, onde, em reduzidos núcleos populacionais, é ainda possível captar a vontade popular na praça pública da cidade e, em alguns aspectos, na República de São Marino, encravada no território italiano.

Não obstante as observações acima, a Constituição brasileira adotou como forma de auscultar a vontade popular o plebiscito, o referendo e a iniciativa legislativa popular. São institutos que dependem de regulamentação por meio de leis ordinárias. O princípio basilar deles foi traçado no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal: "Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou **diretamente**, nos termos desta Constituição." (grifo nosso)

A parte final do artigo transcrito traz para a própria Constituição as formas definidoras da aplicabilidade da democracia direta.

A Iniciativa Legislativa Popular está prevista nos artigos 14, inciso III[6] e 61, parágrafo 2º[7], da Constituição Federal e tende assegurar a participação daqueles que ficam à margem da dinâmica política, nos intervalos das eleições, com seus interesses simplesmente implícitos na representatividade em que as decisões são tomadas pela maioria, salvo aquelas que não são objeto de deliberação como, por exemplo, os direitos e garantias fundamentais.

A lei de crimes hediondos foi fruto de um projeto de iniciativa popular. Aconteceu que no início dos anos 90, após a morte cruel e violenta da atriz Daniela Perez, quando sua mãe empreendeu uma campanha pública para implementar o projeto de iniciativa popular, valendo-se da oportuna participação da Rede Globo de Televisão.

Um outro exemplo, diz respeito ao projeto de Iniciativa Popular contra a corrupção eleitoral que transformou em lei aprovada no Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República. A Lei nº. 9.840 de 28 de setembro de 1999, visa dar à Justiça Eleitoral condições de coibir, com mais eficácia, o crime da compra de votos de eleitores e foi subscrito, enquanto projeto, por mais de um milhão de brasileiros.

Com a aprovação da Lei contra a corrupção eleitoral avançaremos muito rumo à completa eliminação desse flagelo de nossa democracia que é a compra de votos. A tarefa, após sua aprovação, é torná-lo cada vez mais conhecido, para que sua aplicação seja

fiscalizada por todos, como exercício de cidadania.

Mas, quando nenhum dos instrumentos citados forem eficazes, o que fazer? Resta valer-se do Poder Judiciário como forma de efetivação de direitos, por meio, por exemplo, da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que tem uma maior eficácia do que o Mandado de Injunção, que deve ser objeto de investigação em outro artigo.

O direito, aplicado visando uma função promocional, pode assegurar a justiça social, distributiva, comutativa e participativa na sociedade, estando-lhe reservada nesta perspectiva uma condição significativa no que diz respeito à realização do bem comum e, especialmente, no exercício pleno da cidadania.

Seja na doutrina, na legislação ou no ensino jurídico, essa nova fórmula de analisar o direito acaba, seguramente, abrangendo o produto das decisões dos Tribunais, o que chamamos jurisprudência. Em síntese, um direito voltado para a proteção e segurança da dignidade da pessoa humana, ajudando na construção de uma sociedade solidária.

Notas

[1] Lei Federal Nº 9.317/96, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

[2] Livro **Estudos de Filosofia do Direito**, publicado no 1º semestre de 1999 - 3ª Edição, com 343 páginas, modificada e ampliada pelo autor. Esta foi a última publicação em vida de André Franco Montoro, falecido em julho/1999. A 2ª Edição foi publicada em 1995, com 276 páginas.

[3] Montoro, André Franco. **Estudos de Filosofia do Direito**, p. 252

[4] **Código de Defesa do Consumidor** - Lei n.º 8.078/90.

[5] Atualmente encontra-se no Congresso Nacional um Projeto de Reforma Constitucional do Poder Judiciário onde faz parte a Súmula Vinculante.

[6] Art. 14, da Constituição Federal.
"Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: III - iniciativa popular."

[7] Art. 61, parágrafo 2º, da Constituição Federal.
"A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles."

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro** . São Paulo : Perspectiva, 1979.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Brasília : UNB, 1992

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

CHALITA, Gabriel. **Vivendo a filosofia** São Paulo : Minden, 1998.

CHARDIN, Pierre Teilhard. **Hino do universo**. São Paulo : Paulus, 1994. (Educadores da Humanidade)

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável** . São Paulo : Max Limonad, 1997.

FOUCAULT, **Michel. Microfísica do poder.** Rio de Janeiro : Graal, 1979.

GIORDANI, Igino. **Diário de fogo** . São Paulo : Cidade Nova, 1986.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo direito**. Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro : Forense, 1990.

LAFER. Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**. São Paulo : Cia. das Letras, 1988.

LIMA, Alceu Amoroso. **O problema do trabalho.** Agir, Rio de Janeiro : 1956.

LOCKE, John. **Carta acerca da tolerância**. São Paulo : Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores)

MARCÍLIO, Maria Luiza. RAMOS, Ernesto Lopes. (Coord.) **Ética na virada do milênio** - busca do sentido da vida. Coleção Instituto Jacques Maritain. São Paulo : LTr, 1999

MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem**. Tradução de Afranio Coutinho. Prefácio de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro : José Olympio Ed., 1967.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo : RT, 1991.

_____. **Estudos de filosofia do direito.** São Paulo : RT, 1999.

MORENTE, Manuel Garcia. **Fundamentos de filosofia** . São Paulo : Mestre Jou, 1980.

NUNES. Luiz Antônio Rizzatto. **A intuição e o direito** - um novo caminho. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.

PLATÃO . **A República**. 5ª ed., Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

PUSSOLI, Lafaiete. **Justiça dos tribunais ou da cidadania?** São Paulo : Cidade Nova, 1996.

_____, e **ASSIS,** Olney Queiroz. **Pessoa deficiente** - direitos e garantias. São Paulo : Edipro, 1992.

SICHES, Luis Recaséns. **Nueva Filosofia de la interpretación del derecho**. México : Editorial Porrúa, 1973.

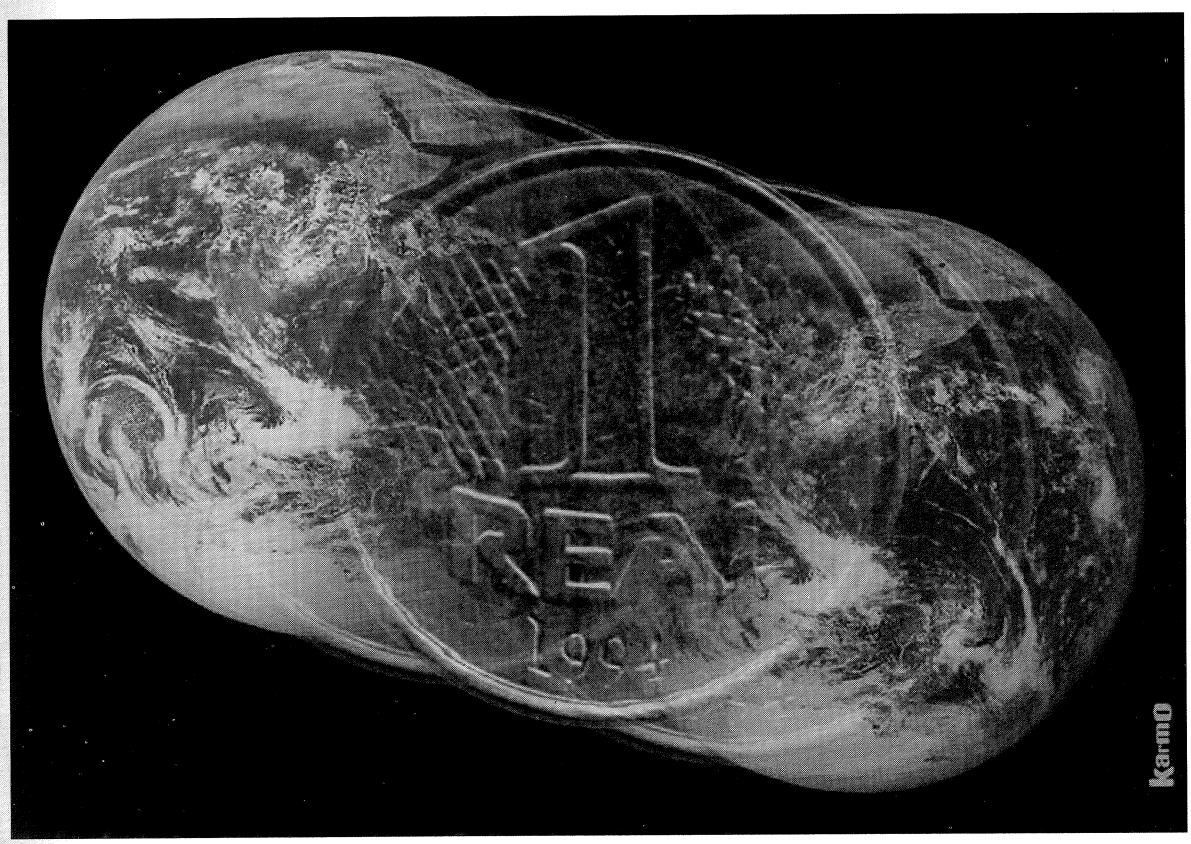
SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência** - um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo : LTr, 1996.

_____. **Direitos humanos, urgente!** São Paulo : Oliveira Mendes, 1998.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. São Paulo : RT, 1987.

A DEFESA COMERCIAL NO BRASIL CONTRA A PRÁTICA DE "DUMPING" E O INTERESSE SOCIAL

*Marcelo Gazzi Taddei**



RESUMO

A abertura da economia brasileira, no final da década de oitenta, expôs de forma corajosa o mercado nacional à concorrência internacional, submetendo os consumidores e empresas do país a todos os efeitos do comércio mundial. Práticas empresariais desleais, como o *dumping*, passaram a ocorrer com maior freqüência, ampliando a aplicação da respectiva legislação brasileira de defesa comercial, baseada nas regras *antidumping* da Organização Mundial do Comércio (OMC). As leis de defesa comercial, visando à preservação e manutenção das empresas existentes, desempenham o importante papel de assegurar os níveis de emprego e resguardar os interesses relacionados às atividades empresariais desenvolvidas no país.

PALAVRAS-CHAVE

Dumping; defesa comercial; concorrência; prática empresarial condenável; organização mundial do comércio.

* **Marcelo Gazzi Taddei** é professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Marília – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha e da UNIRP – Centro Universitário Rio Preto; advogado; mestrando em Direito pela UNESP, Franca-SP; pesquisador da FAPESP.

No final da década de 80, verificou-se no Brasil o fim da política protecionista dirigida às importações que por longo tempo caracterizou as relações comerciais internacionais e foi objeto de constantes críticas dos principais parceiros comerciais brasileiros. Intensificada em 1994 mediante a redução tarifária e a desregulamentação das operações de comércio exterior, a abertura econômica contribuiu para inserir o país no cenário do comércio internacional de forma definitiva, submetendo-o aos efeitos da concorrência internacional e proporcionando uma verdadeira revolução produtiva na economia brasileira.

A exposição à concorrência externa tem obrigado as empresas nacionais a reduzir custos, investir no processo de inovação e realizar alianças estratégicas. Essa busca de adequação aos padrões internacionais contribuiu para gerar ganhos de qualidade e de produtividade com reflexos na queda do nível geral de preços dos produtos. A concorrência internacional incentivou o desenvolvimento das empresas, proporcionando nova dinamicidade às relações empresariais. Os resultados alcançados são evidenciados pela patente melhoria da qualidade dos produtos nacionais e diante da sensível redução dos preços, constatados nos vários setores do mercado brasileiro, demonstrando as vantagens apresentadas pelo processo de abertura econômica.

No atual processo de integração econômica, as empresas que não se propõem a desenvolver seus produtos conforme os padrões mundiais deixam de ser competitivas e têm a existência ameaçada. As restrições impostas aos produtos importados na fase protecionista retardaram o desenvolvimento empresarial no país. Os empresários encontravam-se **desestimulados** em aplicar grandes investimentos no desenvolvimento da qualidade dos produtos em decorrência da ausência de grandes competidores. Na fase protecionista, muitos dos produtos vendidos aos consumidores caracterizavam-se pelo alto preço e pela qualidade inferior em relação aos similares importados.

Essa fase de reestruturação das empresas e consolidação dos benefícios resultantes da concorrência internacional exige do governo atenção constante quanto às condições em que os produtos estrangeiros ingressam no país, pois eventuais práticas desleais de comércio podem causar efeitos danosos a uma indústria que precisa ajustar-se rapidamente a um novo paradigma tecnológico e cuja proteção repousa praticamente na tarifa aduaneira. A atuação da defesa comercial mostra-se fundamental para assegurar a sobrevivência das empresas nacionais, principalmente em decorrência do importante papel econômico, político e social que desempenham. Nesse contexto, a defesa comercial tem

"O dumping existe desde o início do século e sempre representou uma prática desleal prejudicial ao livre desenvolvimento do comércio."

por finalidade acompanhar e interferir nas importações, restringindo apenas aquelas que se destinam a prejudicar o desenvolvimento normal do comércio por meio de práticas desleais.

Entre as práticas desleais existentes no comércio internacional, destaca-se aquela que se caracteriza pela introdução de um bem no mercado internacional com preço de exportação inferior ao valor normal praticado no mercado interno do país exportador (Casella, 1998, p.299). Geralmente, essa prática desleal conhecida por dumping causa prejuízo material a uma indústria estabelecida no território do país importador, podendo também retardar o estabelecimento de uma indústria nacional, prejudicando a livre concorrência.

O dumping existe desde o início do século e sempre representou uma prática desleal prejudicial ao livre desenvolvimento do comércio, motivando a reação dos países, que passaram a elaborar leis para coibi-lo. A primeira lei antidumping foi adotada pelo Canadá em 1904, seguindo-se a lei da Nova Zelândia em 1905 e a lei da Austrália em 1906. Os Estados Unidos e o Reino Unido criaram suas leis antidumping antes da Primeira Guerra Mundial, enquanto que as primeiras regulamentações européias de proteção às indústrias locais surgiram após a Primeira Guerra Mundial, iniciando-se na Alemanha (Johannepeter, 1996, p.62).

Além das legislações internas dos países, o dumping ganhou tratamento especial no âmbito do General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1947 e nas Rodadas Kennedy (1967), Tóquio (1979) e Uruguai (1994). A Rodada Uruguai destaca-se pela criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) e pela sensível evolução que proporcionou à legislação antidumping, adaptando-a às atuais exigências do comércio internacional (Costa, 1996, p.3).

O atual Código Antidumping, aprovado em 1994 na Rodada Uruguai, regula a matéria no âmbito mundial e os países membros da OMC devem adequar suas legislações internas aos princípios vigentes nas normas da Organização. O Brasil incorporou os novos conceitos relativos ao Código Antidumping da OMC por meio do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, que juntamente com a Lei nº 9.019, de 30 de março de 1995 e o Decreto nº 1.602, de 23 de agosto de 1995 (Juris Síntese, 1999, n.19), constituem a legislação brasileira vigente sobre dumping.

De acordo com a OMC, a mera exportação de produtos a preços mais baixos que aqueles praticados no mercado interno do país exportador não justifica a aplicação de direitos antidumping. É imprescindível a prova do prejuízo ou de uma ameaça de prejuízo para autorizar a aplicação desses direitos, além da comprovação do nexo causal entre o alegado dumping e o prejuízo (Thorstensen, 1999, p.108). Essa relação existente entre as importações a preços de dumping e o dano causado à indústria nacional é de extrema importância, pois a constatação do dano determina todo o processo que decidirá sobre a aplicação ou não de um direito antidumping.

Assim, pode-se dizer que a simples prática de dumping não configu-

ra necessariamente uma prática desleal. É preciso que ele seja condenável, quer seja no plano internacional ou no âmbito doméstico. Nesse sentido, mostra-se de extrema relevância a relação causal entre preço do produto e dano à indústria nacional do país importador, visto que a importação de pequena quantidade de mercadoria, pelo seu inexpressivo valor e quantidade, não chega a causar dano à indústria instalada ou em vias de instalação, razão que afasta a aplicação de medidas antidumping.

Uma das razões de caráter intrínseco da prática de dumping é a eliminação da concorrência do fabricante de produto similar. O princípio é o mesmo da competição predadora no âmbito do mercado doméstico. Uma empresa com práticas comerciais agressivas, visando a conquistar aquele segmento de mercado, vende seus produtos por preços extremamente baixos, pretendendo, em curto espaço de tempo, aniquilar os concorrentes, ficando, em última instância, sozinha no mercado para, posteriormente, gozando de situação privilegiada, aumentar os preços e atingir lucros decorrentes de uma atividade sem concorrentes.

Ressalta-se que a doutrina dominante entende que a ocorrência de dumping somente é possível no mercado internacional. A introdução de produto no mercado interno do produtor com preço inferior àquele normalmente praticado em circunstâncias normais de competição, ou seja, a venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo, não corresponde a prática de dumping. Equivale, isto sim, à conduta caracterizadora de infração contra a ordem econômica prevista no Brasil pelo art. 21, XVIII, da Lei nº 8.884/94, Lei Antitruste Brasileira (Juris Síntese, 1999, n.19), conhecida como preço predatório ou underselling, destinada a tentativa de domínio de mercado.

No Brasil, o procedimento administrativo relativo à aplicação de medidas antidumping é disciplinado pelo Decreto nº 1.602/95 (Juris Síntese, 1999, n.19), estando, de forma genérica, em consonância com as normas da OMC. Os órgãos diretamente envolvidos nas investigações antidumping são a Secretaria de Comércio Exterior (SECEX), o Departamento de Defesa Comercial (DECOM) e o Comitê Consultivo de Defesa Comercial (CCDC), integrantes do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Além desses órgãos, atuam na aplicação de medidas antidumping a Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda e os Ministros de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e da Fazenda.

Em termos genéricos, o procedimento antidumping abrange um processo de investigação para a determinação da existência, do grau e do efeito da prática de dumping, tendo início por meio de petição encaminhada pela indústria doméstica à SECEX ou, ainda em casos excepcionais, de ofício pelas autoridades encarregadas da defesa comercial no país importador. Se a SECEX chegar a uma determinação final da existência de dumping, de dano e de nexo causal entre eles, a investigação poderá ser encerrada com aplicação de direitos antidumping, conforme a decisão dos Ministros de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior e da Fazenda.

O direito antidumping significa um montante em dinheiro igual ou inferior à margem de dumping apurada e tem por finalidade exclusiva neutralizar os efeitos danosos das importações caracterizadoras da prática desleal, restabelecendo o equilíbrio de competitividade rompido no mercado interno. O direito antidumping é aplicado às importações, sendo adicionado ao Imposto de Importação já existente, resultando em um preço mais elevado de aquisição da mercadoria estrangeira pelo importador. Ressalta-se que o direito antidumping não apresenta natureza tributária, constituindo conteúdo de norma de direito internacional que impõe ao produto importado condições de acesso ao mercado do país importador, objetivando a comercialização condizente com o interesse global da economia (Ferraz Júnior, 1994, p.96).

Os mecanismos utilizados para combater os efeitos do dumping no mercado interno do país importador, além da aplicação de direitos antidumping, abrangem também medidas antidumping provisórias e compromissos de preços, encontrando-se submetidos a uma série de requisitos disciplinados no Decreto nº 1.602/95. Medidas antidumping provisórias têm por finalidade antecipar a correção de uma situação irregular, correspondendo a uma proteção temporária e cautelar, diante do longo tempo demandado no julgamento em decorrência da complexidade do procedimento, que pode prejudicar definitivamente as empresas vítimas dos danos. Os compromissos de preços são firmados pelas partes interessadas nas investigações antidumping, podendo suspender o prosseguimento da investigação sem a aplicação de medidas se o exportador assumir voluntariamente compromissos satisfatórios de revisão dos preços ou de cessação das exportações a preços de dumping.

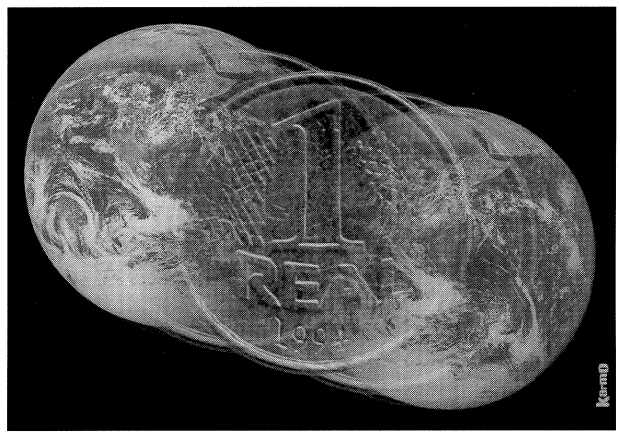
A primeira aplicação de medidas antidumping no Brasil ocorreu em 1988 e, desde 1991, o país vem ampliando a utilização desses instrumentos (Meziat, 1999, p.55). Atualmente, de acordo com as informações divulgadas pela SECEX em 30 de abril de 2000 (http://www.mdic.gov.br/publica/secex, obtido na internet em 20/06/2000), existem no Brasil vinte e seis medidas de proteção comercial em vigor, das quais vinte e três correspondem a medidas antidumping. Duas referem-se a direitos compensatórios e uma corresponde a aplicação de salvaguarda. No tocante às investigações antidumping realizadas pelo Brasil, existem sete em curso. A cobertura das ações antidumping iniciadas no país é variada, já envolveram mais de quarenta países, entre os quais destacam-se a China, Estados Unidos, Rússia, Argentina, Romênia, Taiwan, Tailândia, Chile, México, entre outros (Naidin, 1999, p. 57).

O Brasil também é vítima de ações antidumping iniciadas contra suas exportações. Na Argentina, entre 1992 e 1996, o Brasil foi o país mais afetado pelas ações antidumping (Araújo Júnior, 1997, p. 248). Recentemente, o Canadá iniciou processo antidumping contra as exportações de chapas grossas de aço provenientes no Brasil. Em 1999, o aço carbono laminado a frio brasileiro sofreu sérias restrições nos Estados Unidos. As empresas norte-americanas alegavam que as siderúrgicas brasileiras praticavam no mercado norte-americano preços inferiores aos praticados no Brasil e que

ainda se beneficiavam dos subsídios recebidos na época em que eram estatais. No entanto, em março de 2000, a International Trade Comission, órgão do governo dos Estados Unidos, decidiu pela inexistência de dano à indústria norte-americana causado pelas importações do aço brasileiro, permitindo que o produto encontre novamente condições de venda no mercado norte-americano, já que as exportações desse tipo de aço estão livres das taxas antidumping aplicadas pelos Estados Unidos, que variavam de 46,6% a 63,2% (Gazeta Mercantil Latino Americana, 18/10/1999).

Considerando a evolução da legislação antidumping no âmbito mundial e o tratamento à referida legislação no Brasil, conclui-se que o país vem cumprindo seu papel no desenvolvimento de mecanismos de defesa comercial capazes de assegurar a proteção das empresas contra a concorrência externa predatória. Os efeitos da globalização econômica impedem que um país apresente desenvolvimento paralelo e indiferente aos efeitos resultantes da economia mundial, não se podendo negar ou mesmo ignorar essa realidade. O país que pretende alcançar repercussão no comércio internacional, além de aplicar os mecanismos internos de defesa comercial existentes contra as práticas desleais, deve desenvolver eficiente estrutura que possibilite aos seus representantes defender seus interesses no âmbito da Organização Mundial do Comércio, a quem compete a supervisão da aplicação de medidas de defesa comercial pelos países membros e a solução de controvérsias resultantes da aplicação inadequada dessas medidas, objetivando assegurar o recíproco respeito e atendimento às normas que regem o comércio internacional.

Por fim, cumpre ressaltar o aspecto social relacionado às leis de defesa comercial. Objetivando a proteção das empresas em atividade no país, referidas leis têm por finalidade impedir que práticas empresariais condenáveis decorrentes da concorrência internacional produzam seus efeitos, prejudicando os interesses existentes em torno da empresa, como são os dos sócios, empregados, consumidores e de toda a comunidade cuja atividade encontra-se vinculada à vida das empresas. A preservação e manutenção das empresas existentes constituem preocupação constante dos dirigentes estatais dos países industrializados e em fase de industrialização diante de sua importância econômica, tecnológica e social.



As leis de defesa comercial são aplicadas com a finalidade precípua de defender a atividade empresarial desenvolvida no país, assegurando, em consequência, os interesses sociais relacionados à existência das empresas. Assim, pode-se dizer que a legislação de defesa comercial, ao proteger a atividade empresarial, também se destaca como importante meio de garantir o nível de emprego no país e os interesses sociais diretamente envolvidos nas atividades desenvolvidas pelos empresários, o que evidencia a relevância dessas leis no quadro legislativo dos países participantes do comércio internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO JR., José Tavares, TINEO, Luis. Integração regional e política da concorrência. **Revista do IBRAC**, v.4, n.6, p. 245-261, 1997.

CASELLA, Paulo Borba, MERCADANTE, Araminta de Azevedo (Coord.). **Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio?:** A OMC e o Brasil. São Paulo : Ltr, 1998. 854 p.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio et al. Direitos antidumping e compensatórios: sua natureza jurídica e conseqüências de tal caracterização. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro.** São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 96, p. 87-96, out./dez. 1994.

JOHANNPETER, Guilherme Chagas Gerdau. **Antidumping** - Prática desleal no comércio internacional. Porto Alegre : Editora do Advogado, 1996. 130 p.

JURIS SÍNTESE - LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA. (cd rom). n.19, Porto Alegre : Síntese, set./out. 1999.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O dumping como forma de abuso do poder econômico. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 91, p. 05-15, jul./set. 1993.

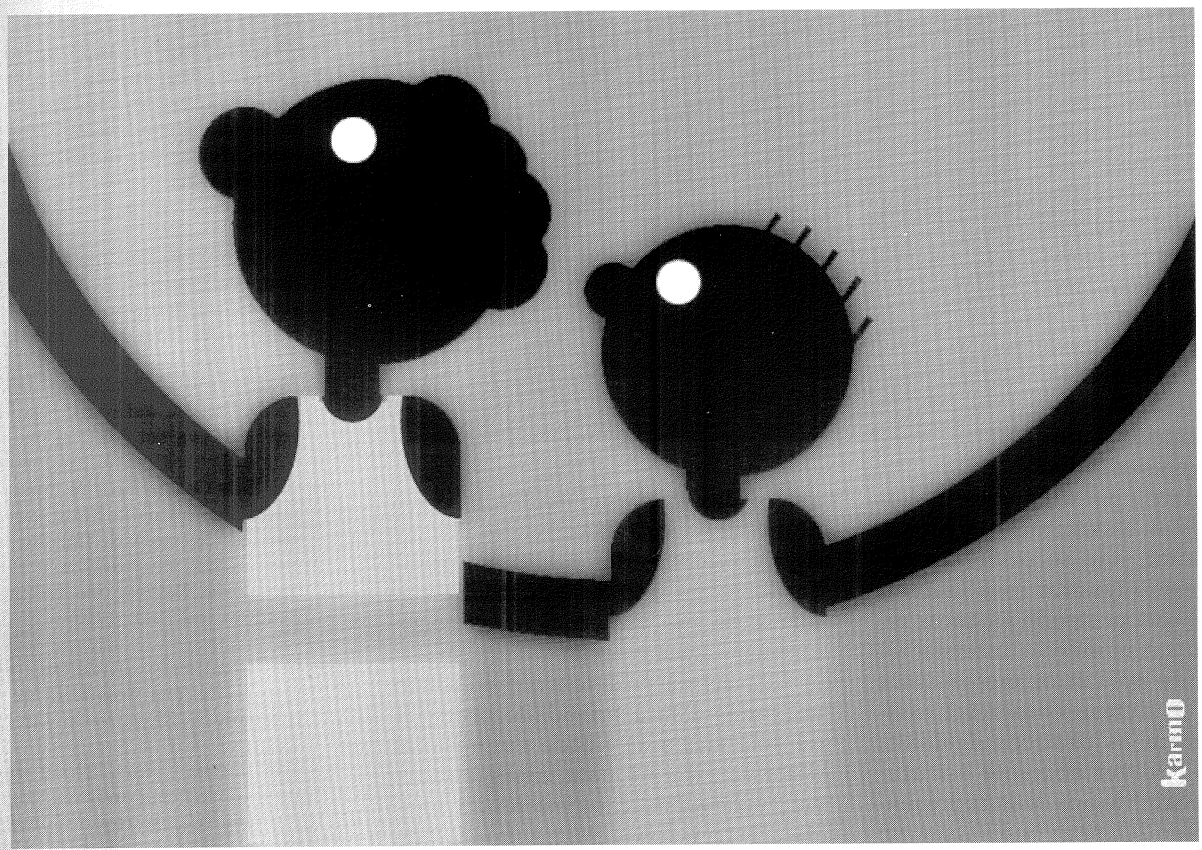
MEZIAT, Armando. A defesa comercial no Brasil. **Revista Brasileira de Comércio Exterior.** N. 58, p. 54-56, jan./mar.1999.

NAIDIN, Leane Cornet. Nove anos de aplicação da política antidumping no Brasil. **Revista Brasileira de Comércio Exterior.** |s.c.p.|, n. 58, p. 57-63, jan/mar. 1999.

THORSTENSEN, Vera. **OMC** - Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio. São Paulo : Aduaneiras, 1999. 406 p.

REPRESENTAÇÕES DE ADOLESCENTES SOBRE LEIS, REBAIXAMENTO PENAL E ESTATUTO DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Maria Suzana De Stefano Menin *



RESUMO

Este artigo discute algumas das implicações educacionais e éticas da formação de cidadãos principalmente no que se refere às representações que jovens têm sobre leis, rebaixamento penal e Estatuto dos direitos da criança e da adolescência. Para tanto, é descrita uma pesquisa realizada junto a 480 estudantes de 8ª série e de 1º colegial de escolas públicas e particulares da cidade de Presidente Prudente.

PALAVRAS-CHAVE

Representação de leis; educação moral; formação de cidadãos.

* **Maria Suzana De Stefano Menin** é Professora Dra. do Departamento de Educação da UNESP – Faculdade de Ciências e Tecnologia - Presidente Prudente; e.mail: menin@prudente.unesp.br

Tem se discutido, cada vez mais, que uma das funções da educação é de preparar o cidadão: o indivíduo conhecedor de seus direitos, respeitador de seus deveres e que convive em sociedade de forma construtiva. Quando a escola assume essa função, lida, simultaneamente, com questões informativas e éticas.

Do ponto de vista educacional - informativo, uma primeira decorrência da tarefa de preparar o cidadão pode-se colocar na seguinte questão: se cidadão é aquele que usufrui de direitos e cumpre deveres definidos pelas leis e costumes, não é necessário, então, que os conheça?

Essa questão se enriquece quando é levada para o campo da ética. Além de conhecer os direitos e deveres estabelecidos, não cabe ao cidadão refletir sobre quais direitos e deveres acharia justos para si e para sua comunidade? Ou seja, a que direitos e deveres gostaríamos de nos submeter, como cidadãos?

Além disso, poderíamos levar esse questionamento para a Psicologia e perguntar o que pensam as pessoas sobre seus direitos e deveres? Quando começam a se debruçar sobre isso? Ou ainda, como as pessoas se relacionam com os direitos e deveres a que se defrontam no longo processo de sua socialização?

Este artigo tem a finalidade de aprofundar esse último questionamento, o da Psicologia, tendo como referência adolescentes e a mais atual declaração de direitos e deveres que os atingem que é o Estatuto dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes. Será exposta uma pesquisa que está sendo realizada sobre este tema à convite do Conselho Municipal dos Direitos das Crianças e Adolescentes[1].

Como é sabido de todos, não vivemos numa sociedade tranqüila, onde possamos nos desenvolver plenamente, num ambiente de segurança, proteção e conforto. Cada vez mais aumentam as pesquisas que nos apontam (Brasil) como uma sociedade extremamente violenta na qual os índices de mortes por homicídio são semelhantes aos de países em guerra. Essa situação de violência diária faz com que cidadãos assustados peçam por mais segurança e, entre os pedidos mais requisitados pelo senso comum sobressai o mais imediato: a punição aos bandidos, prisão aos infratores. Assim começa o tema desta pesquisa: pede-se o rebaixamento criminal aos menores de 18 anos. Podemos perguntar, porém, o que esses adolescentes pensam disso?

A solicitação de parte da sociedade brasileira pelo rebaixamento penal vem sendo debatida em diferentes instâncias, entre elas, os Conselhos Municipais dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes. Foi requisitado aos mesmos, pelos governos estadual e federal, que incrementassem a discussão sobre o rebaixamento penal. É

"Aumentam as pesquisas que nos apontam como uma sociedade violenta, na qual os índices de mortes por homicídio são semelhantes aos de países em guerra."

justo punir um adolescente como um adulto (usando o código penal) quando ele comete um crime? Por outro lado, é justo que um adolescente que tenha assaltado e ferido alguém não seja preso por ser menor?

Inspirados nessas questões, fizemos outra: o que pensa o menor sobre isso? Ou seja, quais são as representações dos adolescentes sobre leis, sobre justiça, sobre jovens que cometem crimes, sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente? Os adolescentes são cidadãos que conhecem seus direitos e deveres? E, se os conhecem, como os consideram? Refletem eticamente sobre os mesmos? Ou seja, fazem um julgamento sobre a justiça, ou não, das leis a que são submetidos?

Na Psicologia Cognitivista, Piaget (1932/1977) e , depois dele, Kohlberg (1992) já se colocaram questões como essas. Piaget, estudando crianças e adolescentes e contando histórias que envolviam pequenas infrações ou fazendo perguntas abertas (por exemplo: "O que é uma injustiça, para você?") chegou a descrever três tendências sobre como as crianças concebem a justiça em suas várias dimensões.

1- até cerca de 7 a 8 anos, predominam as noções de justiça como subordinada à autoridade adulta. Na justiça retributiva as sanções expiatórias são mais escolhidas que as por reciprocidade. Ao considerarem uma situação que envolve as duas justiças, a retributiva e a distributiva, as crianças tendem a achar a necessidade de punição (justiça retributiva) mais importante que o tratamento igualitário (justiça distributiva). Há a crença na justiça imanente e, em resposta à questão sobre o que é algo injusto, tendem a apontar as condutas que são contrárias às ordens dos adultos, como mentir, roubar, quebrar...enfim, tudo o que é proibido;

2- entre 8 a 11 anos, no campo da justiça retributiva, as sanções por reciprocidade são preferidas às expiatórias. Na justiça distributiva, a igualdade prevalece sobre a autoridade ou sobre a necessidade de sanção (justiça retributiva).É considerado como injusto aquilo que quebra as regras de um jogo ou as condutas contrárias à igualdade;

3- acima de 12 anos, em média, a justiça igualitária passa a ser enriquecida pela noção de equidade. Assim, na justiça distributiva, não se trata de afirmar a lei igual para todos, mas de considerar as circunstâncias pessoais de cada um. Do mesmo modo, na justiça retributiva, consideram-se os atenuantes ao julgar-se uma ação. Além das condutas contrárias à igualdade, esses adolescentes tendem a considerar como injustiça fatos relativos à sociedade adulta, como as injustiças de ordem econômica e política(Menin, 2000, p.59).

Para Piaget (1932/77), essas tendências de julgamento ou raciocínio sobre a justiça marcam duas diferentes formas de moralidade: a moral da heteronomia e a da autonomia. Como se pode ver, na primeira, o justo ou o dever é concebido como algo exterior ao próprio sujeito. A justiça confunde-se com a obediência e a razão da obediência é igualmente externa, deve-se obedecer para não ser punido, por conformidade ou prudên-

cia... Na moral da autonomia, ao contrário, a justiça passa a ser pensada pelo próprio indivíduo como condição de vida em comum e é sinônimo de reciprocidade e igualdade, a justiça é entendida como forma de equilíbrio das relações sociais garantindo as mesmas condições para todos.

Kohlberg (1992), a partir da década de sessenta, deu continuidade aos estudos de Piaget no campo da moral e, por meio do uso de histórias que continham dilemas morais, encontrou três estagios de julgamento que foram denominados pré-convencional, convencional e pós-convencional. Cada nível foi subdividido em estágios com diferentes orientações do julgamento que revelam diferentes concepções de justiça:

> ... no primeiro nível há a orientação ao castigo ou obediência, onde o justo se confunde com o não castigado ou com o premiado e a orientação ingenuamente egoísta, onde o correto é o que nos satisfaz e, casualmente aos outros. No segundo nível há a orientação do "bom menino", onde predomina a necessidade de agradar às autoridades próximas, e a orientação pela manutenção da autoridade e da ordem social. No terceiro nível há a orientação legalista-contratual na qual o dever se define em termos de contrato, evitando a violação dos direitos dos outros e segundo a vontade e bem estar da maioria e a orientação de consciência ou por princípio, onde é considerado correto aquilo que pode se universalizar como princípio. (Menin, 2000, p.60)

Os mesmos três estágios foram encontrados (Kohlberg e Tapp, 1971) quando se questionaram crianças e adolescentes de diversos países (Dinamarca, Grécia, Índia, Itália, Japão e EUA) sobre o que são leis, por que elas existem, por que devem ser obedecidas , se podem ser modificadas e se existe alguma situação em que podem ser desobedecidas. O quadro I resume os principais resultados.

Pode-se notar, no quadro I, que o primeiro estágio sobre a "consciência das leis", como diria Piaget (1932/1977) é, por um lado, extremamente rígido, já que as leis não podem ser nunca desobedecidas e, por outro lado, infantil, na medida que as leis se apresentam como externas aos homens e cuja obediência deve-se dar para evitar punições.

No segundo estágio, as leis tornam-se mais relativas, podendo ser mudadas ou desobedecidas dependendo de circunstâncias pessoais, mas ainda têm um caráter de exterioridade na medida que são vistas como vindas de autoridades distantes e devem ser seguidas conforme as expectativas dessas autoridades.

Finalmente, num terceiro estágio, que Kohlberg coloca como análogo ao terceiro estágio de julgamento moral, as leis são vistas como fruto de contratos sociais que se justificam com base nos princípios morais subjacentes, que devem ser obedecidas por motivos racionais e sociais e que não só podem ser mudadas como devem ser desobedecidas se estiverem contra o benefício de uma maioria de pessoas ou mostrarem-se incompatíveis com princípios morais mais universalizantes como o valor e a dignidade da vida humana.

QUADRO I: DESENVOLVIMENTO DA NOÇÕES DE LEI E DE JUSTIÇA

(Kohlberg e Tapp, 1971)

Pré-convencional	Convencional	Pós-convencional
	O que aconteceria se não tivéssemos leis?	
Conseqüências físicas; Leis previnem crimes e violência.	Controlar desejos e impulsos; Manter a ordem social; Prevenir o caos.	Distinguir leis e princípios morais; Auto-regulação por princípios.
	O que é uma lei?	
Proibição, restrição; Não distinção entre regras e leis.	Guias para comportar-se; Um mando; distinção entre regras e leis.	Significado racional e de benefícios sociais.
	Por que as pessoas devem obedecer às leis? Porque você obedece às leis?	
Para fugir de conseqüências negativas; Por obediência à autoridade.	Por conformidade às expectativas das autoridades.	Por motivos racionais, utilitários e de benefícios sociais.
	As leis podem ser mudadas?	
Não podem ser mudadas.	Podem, se não são fortes ou boas.	Podem, se não são justas; Depende da maioria.
	As vezes é certo desobedecer uma lei?	
Toda desobediência é errada.	Depende das circunstâncias; Podem haver razões mais fortes que a lei.	Depende da moralidade da lei.

Por mais que uma visão de estágios de julgamento moral, numa evolução possível em todos os seres humanos possa ser criticada à luz de outras concepções psicológicas mais sociais como as ligadas ao estudo da moral dentro de uma perspectiva de representações sociais como em Duveen e Lloyd (1990) ou Emler (1987), queremos ressaltar duas implicações importantes dessa teoria de estágios de desenvolvimento moral.

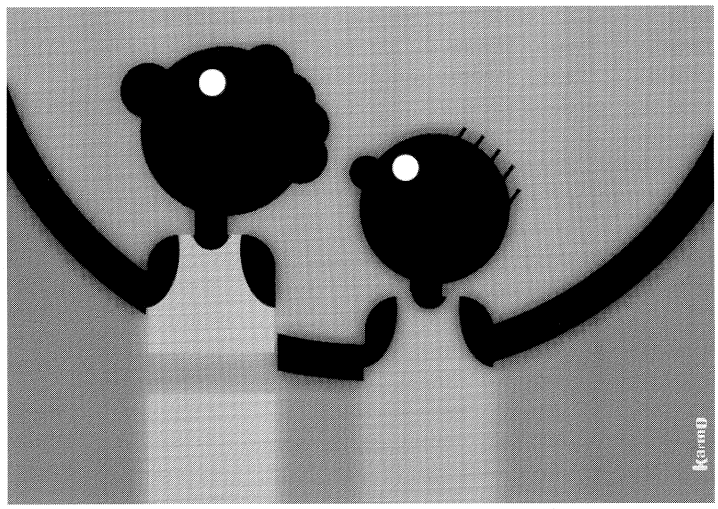
Em primeiro lugar, Kohlberg tem demonstrado (1992) que seus estágios podem ser encontrados nas mais diferentes culturas sendo, portanto, possíveis de serem desenvolvidos e, em segundo lugar, têm sido demonstrado (por exemplo, por Candee, 1992) que um estágio de julgamento moral mais avançado correlaciona-se com comportamentos mais coerentes com os mesmos. Ora, em termos educacionais, esses dados implicam que podem haver opções para os fins de uma educação moral: podemos visar a formação moral de adolescentes que vejam as leis como no terceiro estágio de consciência e que, assim, poderão ser respeitadores de leis que considerem as mais justas possíveis para qualquer pessoa, ou podemos deixá-los num estágio mais simples, para não dizer, primitivo, no qual as leis são respeitadas na medida em que há o risco de punição. Qual será nossa opção? Qual desses possíveis cidadãos nos interessa formar?

Tendo colocado essas questões, passamos a relatar alguns resultados da pesquisa cujos dados coletamos em dezembro de 1998 por meio de um questionário aplicado nas 8ª. séries de oito escolas públicas e nos primeiros colegiais de três escolas particulares de Presidente Prudente, em cerca de 480 adolescentes, contando com a ajuda da Delegacia de Ensino, da Secretaria de Assistência Social, da Polícia Militar e da Febem.

Fizemos aos jovens as mesmas perguntas que Kohlberg e Tapp (1971) fizeram sobre as leis e obtivemos alguns resultados que destaco a seguir.

Sobre **o que são as leis,** as respostas mais freqüentes, tanto para escolas públicas como para as particu-

lares, apontaram as leis como ordens que devem ser obedecidas incondicionalmente, como no lema "lei é lei"(47% para as escolas particulares e 57% para as públicas). Destacou-se, portanto, um caráter convencional , como diria Kohlberg, onde a lei é definida por si mesma. Poucas foram as respostas que apontaram as leis como guias de ação que dizem o que as pessoas devem ou não fazer (23% para escolas particulares e 13% para as públicas) e que evidenciam uma reflexão um pouco maior sobre as leis.



Quando questionamos **por que as leis devem ser obedecidas**, obtivemos algumas diferenças entre as escolas. Nas particulares duas respostas sobressaíram: as leis devem ser obedecidas para o bem da população (52%) e para evitar o caos provocado pelas arbitrariedades que ocorreriam se não houvessem leis (16%). Já nas escolas públicas, 30% dos alunos afirmou que as leis devem ser obedecidas em função do benefício da população, o restante dispersou-se em várias outras categorias, entre as quais, as que afirmavam que as leis devem ser obedecidas por que são leis (23%) ou que com elas se evitaria o caos ligado às arbitrariedades (14%). Quando perguntamos mais diretamente **Por que você obedece às leis?**, encontramos, de novo, certas diferenças entre as escolas particulares e públicas. Enquanto nas particulares as categorias mais freqüentes foram: "Para o bem das pessoas"(18%), ou "para a organização da sociedade"(14%), ou ainda "para o próprio bem"(12%) ou "por ser lei"(15%), nas públicas as respostas que mais apareceram foram "por ser lei"(30%) e, bem menos freqüente, "para o bem das pessoas"(10%), seguindo-se grande dispersão entre os outros tipos de respostas. Ou seja, nessa questão, as respostas dos alunos das escolas particulares apontam, mais do que nas públicas, para um entendimento de que as leis devem ser obedecidas se relacionadas ao benefício de uma maioria e não por serem leis, apenas.

Com relação à questão **As leis podem ser mudadas? Em que casos?** , a maioria dos jovens respondeu que sim (92%, nas particulares, 71% nas públicas). E, em ambas as escolas, os motivos mais apontados indicavam que se poderiam modificar as leis, para as tornarem mais justas, aperfeiçoando-as, sem especificar a idéia de serem mais pesadas ou mais leves (54% nas particulares e 27% nas públicas). No entanto, quando perguntamos se pode ser certo, alguma vez, desobedecer uma lei, e em que circunstância, obtivemos novamente diferenças entre as escolas particulares e as públicas. Enquanto 72% dos alunos das **particulares** acreditam que podem haver circunstâncias em que pode ser certa a desobediência, só 29% dos alunos das escolas públicas pensam assim. Ou ao contrário, 60% dos alunos das públicas acreditam que a desobediência às leis é sempre incorreta, enquanto que 32% das particulares pensam assim!

Esses dados revelam, se os compararmos com os obtidos por Kohlberg, uma visão bem mais infantil, de primeiro e segundo estágios de consciência sobre as leis nos adolescentes das escolas públicas que das particulares, onde parecem prevalecer o segundo e terceiro estágios. Pode-se evidenciar que essa diferença não é devida à idade pois tentamos igualá-la entre as escolas.

Dentre outras questões sobre histórias que envolviam infrações, pedimos para que os adolescentes opinassem **se consideravam justa ou injusta a seguinte situação**: " Uma diretora de escola chama a polícia para dar um jeito em uns garotos do colegial que estão aprontando muito". Essa foi uma questão que dividiu muito os jovens. Enquanto que nas escolas particulares a maior porcentagem de respostas é a que acha a ação da diretora injusta (51% para injusta e 27% para justo), nas públicas houve uma certa inversão desses resultados, sendo que uma maioria de 59% achou a diretora correta e 29% a achou incorreta, ou injusta. Dos que acharam a ação da diretora injusta, duas razões sobressaíram-se : a diretora foi injusta, pois deveria ter autoridade para resolver por si mesma (22% nas particulares e 10% nas públicas), ou ela deveria primeiro ter conversado com os alunos (18% nas particulares 6% nas públicas). Daqueles que acharam justo a diretora chamar a polícia, apareceram justificativas como; "é certo apelar para a autoridade quando necessário" (11% nas particulares e 11% nas públicas) ou "escola não é lugar de bagunça"(14% nas públicas, 6% nas particulares) ou ainda, "é preciso controlar os alunos"(14% nas públicas e 5% nas particulares).

Sobre a questão da **imputabilidade de menores**, fizemos a seguinte pergunta: **Você acha que um adolescente que tenha cometido algum ato ilegal deveria ser punido como um adulto? Por quê?** Tanto nas escolas particulares como nas públicas, a maioria dos alunos respondeu afirmativamente (**53**% nas particulares e **72**% nas públicas). Um minoria foi contra: 34% nas particulares, 17% nas públicas e houve, ainda, os que disseram "depende..." (12% nas particulares e 10% nas públicas). Os motivos mais alegados para ser a favor da penalização de um adolescente de 16 anos foram: " ele tem consciência do que é certo ou errado"(23% nas particulares e 23% nas públicas) ou, "se pode votar, pode ser punido"(8% nas particulares e 4% nas públicas", ou, ainda, "deve ser punido por que cometeu um crime"(11% nas particulares e 16% nas públicas) ou, por último, "ser mais novo não justifica

o erro "(7% nas particulares e 13% nas públicas).

Finalmente, temos os resultados da **questão sobre o ECA** (Estatuto dos Direitos da Criança e do Adolescente). Perguntamos: **O que você sabe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente?**. E obtivemos as seguintes respostas mais freqüentes: nas particulares, cerca de 30% dizem nada saber **ou não responderam à questão,** 26% dizem ser leis que protegem e defendem os menores e 11% dizem ser leis e deveres sobre os menores, enquanto que, nas públicas , 53% não sabem nada (ou não responderam), 13% dizem ser pessoas ou instituições que protegem os menores , ou ainda, 9% dizem ser leis que protegem e defendem os menores.

Aonde essas respostas nos levam? Em poucas palavras, embora a maioria das respostas obtidas evidencie pouco conhecimento e reflexão dos adolescentes sobre leis em geral e sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, mostra, também, que os jovens são rigorosos em seu julgamento sobre os outros jovens e, ao mesmo tempo, imaturos em suas reflexões que evidenciam estágios pré-convencionais e convencionais em seus julgamentos. E isso é mais grave entre os adolescentes das escolas públicas. Ora, que jovem será mais vítima do rebaixamento penal pedido por parte da população brasileira? Justamente aqueles que mais necessitam, tanto de informação sobre as leis, como de formação moral, aqueles que, se estiverem na escola, estão na rede pública.

Voltando às questões sobre cidadania, ética e educação, que colocamos no início deste texto, concluímos que nossa sociedade não é só injusta pelas más condições de vida que impõe a maior parte das pessoas, dos cidadãos que nela vivem, é injusta, também, na medida em que nega, à maioria de nós, a reflexão sobre as próprias leis a que estamos submetidos e pelas quais somos julgados. Nesse sentido, os adolescentes são **semi-cidadãos;** são vítimas de leis que não conhecem e ao mesmo tempo são fortes algozes de si mesmos.

Acreditamos que se evidencia uma necessidade de se mostrar à escola possíveis caminhos de educação voltada para a ética. No caso desta pesquisa, torna-se clara a urgência de uma educação moral dos jovens para que possam conhecer e julgar as leis a que se submetem. Essa educação não pode ser aquela que já tivemos anteriormente, em "Educação Moral e Cívica", que , sabemos, de pouco nos servia. Como diz Piaget: "...do ponto de vista dos fins perseguidos: é evidente que os métodos serão muito diferentes se desejarmos formar uma personalidade livre ou um indivíduo submetido ao grupo social a que ele pertence." (Macedo, 1996, p.1) Para este autor, assim como para Kolhberg, uma educação moral passa necessariamente e, no mínimo, pela discussão das regras e leis a que nos submetemos, de forma a conhecê-las, criticá-las, e transformá-las , se for o caso. A escola pode começar essa tarefa pelas suas próprias regras, de modo a construir-se como um espaço mais justo para seus alunos e, simultaneamente, tomar nossas leis como foco de estudo e reflexão pelos cidadãos que pretende formar.

NOTAS

[1]A presidência do Conselho estava a cargo de Maria Inês Pagnosi Pacheco.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANDEE, D. *Rélacion del juicio moral con la acción moral.* In: Kohlberg, L. ***Psicologia del Desarrollo Moral.*** Bilbao : Editorial Desclée de Brouwer S.A, 1992.

DUVEEN, G., LLOYD B. **The underlife of the nursey school:** yong children's social representations of adults rules; Social representations and the development of knowledge. Cambridge : University Press, 1990.

EMLER, N. Socio-Moral development from the perspective of social representations. **Journal of Theory of social behaviour.**,17:4, december, 1987, p.371-388.

KOHLBERG, L. ***Psicologia del Desarrollo Moral.*** Bilbao : Editorial Desclée de Brouwer S.A . 1992

KOHLBERG, L e TAPP, J. *Developing sense of law and legal justice.* ***Journal of social issues.*** 27, n.2, 1971, p.65-91.

MENIN, M. S. S. Representações sociais de justiça em adolescentes infratores. Discutindo novas possibilidades de pesquisa. **Psicologia: reflexão e crítica; v.13, n.1, p. 59-72.**

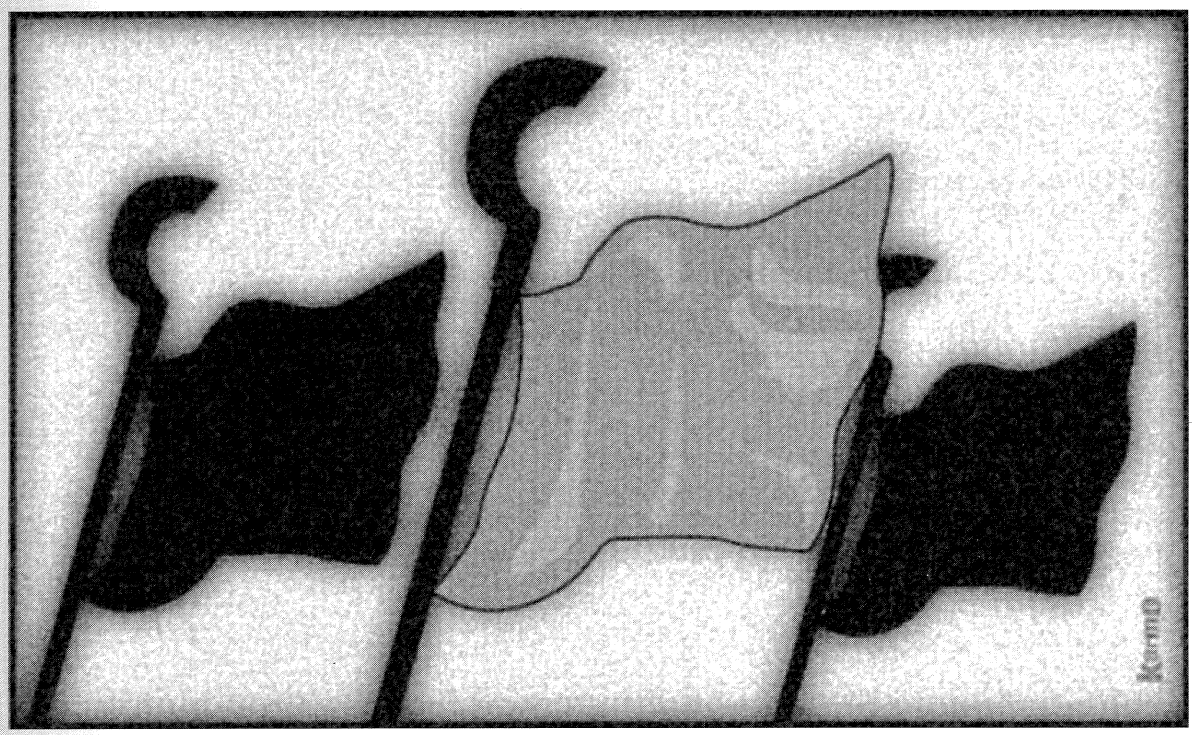
OLIVEIRA, Juarez de.(Org) **Estatuto da Criança e do Adolescente.** São Paulo : Saraiva, 1990

PIAGET. J. Os procedimentos da educação moral. In: Macedo, L. **Cinco estudos de educação moral.** São Paulo : Casa do Psicólogo, 1996.

PIAGET, J. (1932) **O julgamento moral na criança.** São Paulo : Mestre Jou, 1977.

AS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA ATUAÇÃO DO MOVIMENTO DOS SEM-TERRA

*Olavo de Oliveira Neto**



RESUMO

O Movimento dos Sem Terra - MST, ao optar pela idéia de que os fins justificam os meios, passou a praticar condutas que ferem o sistema jurídico, seja no aspecto cível, seja no aspecto penal. Por isso cabe às autoridades constituídas, sob pena de prevaricação, a imediata aplicação das penalidades cabíveis, visando eliminar o clima de insegurança e violência gerado no País.

PALAVRAS-CHAVE

Movimento dos Sem-Terra; repercussões penais; repercussões civis.

* **Olavo de Oliveira Neto** é Doutor pela PUC-SP, Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Marília, Fundação Eurípedes Soares da Rocha, Juiz de Direito.

Advertência inicial

No cotidiano humano e na vida de uma Nação existem determinados temas que parecem possuir vocação nata para gerar polêmicas. São questões que, muito mais do que uma observação científica e isenta de paixões, fazem com que as pessoas levem em consideração, antes de tudo, sua formação individual, marcada por valores moldados por convicções políticas, religiosas e sociais decorrentes da sua formação como indivíduo.

Assim, sempre que se discute qualquer assunto envolvendo a pena de morte, a maioridade civil ou penal, o aborto, a união entre pessoas do mesmo sexo ou a função social da propriedade ou da posse, com certeza teremos terreno bastante fértil para discussões acaloradas e marcadas pela visão de certo ou errado que cada um faz dos valores que devem moldar a vida em sociedade. Dentre tais temas, tomaremos como objeto deste pequeno estudo a atuação do movimento dos sem-terra.

Procuraremos analisar a atuação deste importante movimento, organizado com a finalidade de colaborar com a efetivação da reforma agrária no País, de maneira científica, levando em conta apenas os aspectos jurídicos decorrentes de sua forma de atuação, o que não é tarefa das mais fáceis, tendo em vista que, também nós, possuímos convicções pessoais a respeito do assunto. Deixaremos, porém, quaisquer considerações que possam ser influenciadas por tal realidade para a parte conclusiva do texto, explanando ao longo do desenvolvimento deste estudo apenas as implicações jurídicas decorrentes das condutas atualmente praticadas.

O nascimento do MST

A posse da terra, considerada como símbolo de Poder, é pretensão que nasceu no mesmo momento em que nasceu a vida em sociedade. Mesmo as tribos mais primitivas possuíam territórios onde exerciam seus domínios, afastando intrusos mediante o uso da força. No decorrer da história, por sua vez, talvez tenha sido esse o principal motivo que levou a expansão dos povos, como os romanos e bárbaros, dentre outros, bem como a deflagração das duas grandes guerras mundiais.

Não seria diverso no Brasil. Negar que sempre houve em nosso País a luta pela posse da terra seria, em última análise, negar a própria história da nossa Nação. Começamos pela luta travada entre os países do velho continente pela dominação da nova área descoberta, passando às lutas internas, travadas em época mais recente, pelas oligarquias rurais, principalmente no nordeste brasileiro.

O que não se via de forma clara, porém, era a existência de um grande grupo organizado, formado em sua maioria por agricultores pobres, reivindicando a propriedade ou requerendo a posse de áreas onde pudessem morar e produzir. Com tal perfil, nascem alguns movimentos na metade deste século, que são prontamente sufocados pelo regime autoritário implantado com a revolução de 1964 (Stédile e Gogen, 1996).

Observa-se, também neste período, a implementação de uma tendência de abandono do campo por parte do trabalhador rural, isso devido à diversificação e mecanização das lavouras com a concentração da posse e propriedade da terra em mãos de poucas pessoas, fenômeno que tomou a denominação de **sístole** da propriedade (Marquesi, 1997, p.202). A maioria destes trabalhadores rurais migrou para as grandes cidades, morando em favelas e vivendo de subempregos às margens da marginalidade.

Com a abertura política e a anistia de antigos lideres exilados que retornaram ao Brasil, foi retomado o movimento de luta pela posse da terra por essa categoria de trabalhadores, sendo fundado em 1994, na Cidade de Cascavel, o Movimento dos Sem-Terra - MST, com o apoio da Comissão Pastoral da Terra. A partir de então, tal movimento passou a se organizar em todo País.

A conduta

Analisando os propósitos declarados do MST, alerta Marquesi que:

> ...as reivindicações compreendem objetivos estruturais, como a alteração do perfil fundiário, até objetivos estranhos ao movimento, como a questão do índio. As reivindicações declaradas são as seguintes: desapropriação dos latifúndios e de terras sob o domínio de empresas estrangeiras; definição de uma extensão máxima para os imóveis rurais; extinção dos processos de colonização; prestigiamento do pequeno agricultor; autonomia das áreas indígenas; desapropriação de todas as áreas circunvizinhas aos açudes da Região Nordeste para assentamento de sem-terras; punição efetiva dos responsáveis pelas mortes de trabalhadores rurais e a cobrança sumária do ITR. (1997, p. 203)

Visando implantar tais objetivos, é possível detectar três fases distintas na conduta do movimento. Inicialmente, o movimento houve por bem utilizar como meio de pressão a invasão das propriedades improdutivas, exigindo sua desapropriação e assentamento dos sem-terra. Tal conduta não se mostrou eficiente para que o objetivo almejado fosse de pronto obtido. Isso porque dependia-se de processos administrativos e judiciais morosos, bem como porque, tratando-se de terras de **ninguém,** a pressão exercida não se apresentava como suficiente para forçar o Estado a tomar uma posição mais efetiva no que toca a aceleração do processo de assentamento das famílias.

Partiu-se, então, numa segunda fase, para a invasão das terras produtivas, com a entrada em áreas exploradas, tudo com a finalidade de aumentar a pressão sobre o Estado e a opinião pública, visando a aceleração dos assentamentos. Tal situação passou a gerar enorme inquietação social, já que os proprietários das áreas passaram a organizar milícias privadas para repelir as invasões, surgindo grandes conflitos com agressões reciprocas entre os integrantes do movimento e os particulares.

Não satisfeitos, ainda, com repercussão de sua atuação, os integrantes do movimento passaram, então, a terceira e atual fase, com a invasão de prédios públicos, o que ganhou enorme destaque na imprensa.

Todas essas condutas vieram acompanhadas da destruição de plantações, abate de animais, cobrança de **pedágio**, piquetes em agências bancárias, saques de estabelecimentos comerciais e em veículos de carga e danos ao patrimônio público e particular, dentre outras atitudes.

Observada, assim, a atuação

empírica do movimento, torna-se possível examinar suas principais implicações em face do sistema positivo, o que se passará a fazer apenas no que toca às principais condutas praticadas e desprezando-se todos os atos que possam representar a atuação individual de seus componentes. Também não serão levadas em conta as condutas que poderiam, em tese, ser enquadradas na Lei de Segurança Nacional, já que nos parece inadmissível ao Estado, hoje dirigido por numerosas pessoas que foram **vítimas** desta legislação de exceção, fazer vista grossa a tudo aquilo que ela representa e aplicá-la para punir a atuação de qualquer cidadão brasileiro, num real retrocesso aos direitos do cidadão.

As repercussões no âmbito penal

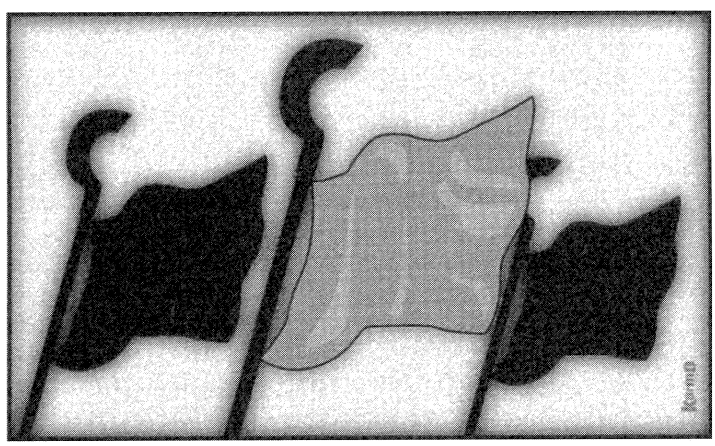
. Esbulho possessório

A posse e a propriedade são asseguradas pela lei civil, mas também geram implicações no âmbito do Direito Penal. Assim, aquele que invade imóvel de outrem, além de estar sujeito a ação cível adequada, também comete o crime previsto no art. 161, § 1º, inciso II, do Código Penal, cuja redação é "§ 1º. Na mesma pena incorre quem: II- invade, com violência a pessoa ou grave ameaça, ou mediante concurso de duas ou mais pessoas, terreno ou edifício alheio, para fins de esbulho possessório."

Observando a conduta descrita no tipo penal em epígrafe, poder-se-ia supor, desde logo, que a atuação do MST tipificaria o esbulho possessório, cuja pena é de detenção, de um ano a seis meses, e multa. Afinal, trata-se de invasão de propriedade alheia, onde normalmente existe ao menos grave ameaça, que pode ser aferida no simples fato de uma multidão munida de foices e facões, que são ostensivamente expostos, adentrar numa fazenda entoando hinos próprios.

Entretanto, sustenta-se que apenas o tipo objetivo está caracterizado em tal conduta. O tipo subjetivo, que grosso modo corresponde a intenção do agente, não se caracteriza. Isso porque a vontade declarada não é esbulhar a posse para si, apoderando-se da coisa, mas sim pressionar o Estado a efetivar desapropriação para a reforma agrária. É por isso que Celso Delmanto, ao comentar a questão, sustenta que:

> Quanto a movimentos populares cujos integrantes que invadem fazendas, visando exclusiva e unicamente pressionar o governo a desapropriá-las, a fim de acelerar a implementação da reforma agrária prevista na Constituição da República (arts. 184 a 191), é nossa opinião que essa conduta não configura o crime do art. 161, § 1º, II, constante do capítulo III, do Título II do CP, que trata dos crimes contra o patrimônio. Com efeito, inexiste elemento subjetivo exigido pelo tipo, ou seja, a intenção de tomar a propriedade alheia, apropriando-se da terra. Nesses termos, não há confundir-se a turbação e o esbulho da posse, previstos no Código Civil (arts. 499 e segs), com o crime de esbulho possessório aqui tratado, que exige o referido elemento subjetivo. (2000, p. 339)



Também nesse sentido, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme pode-se observar no arresto publicado na RT 747/608, embora o julgamento tenha sido por maioria de votos.

Cremos, todavia, que tal lição não pode ser aceita. Isso porque estaríamos, em última análise, a sustentar que os fins justificariam os meios e, com isso, subverter a ordem natural das coisas, permitindo qualquer tipo de conduta criminosa se a finalidade procurada fosse nobre, como ocorre no caso em questão, em que se busca maior Justiça social mediante a distribuição da terra.

Ora, ao invadir propriedade rural alheia, seja ou não produtiva, podemos detectar duas intenções por parte do MST. A primeira intenção é pressionar o Estado para acelerar a reforma agrária, enquanto a segunda intenção é valer-se do esbulho possessório, vedado por lei, como o meio ideal de pressionar o Estado. Desconsiderar a eleição de tal meio, quando se poderia utilizar de meios pacíficos, não é correto. Há sim a intenção de esbulhar, embora seja utilizada como meio para alcançar outro resultado.

Considerar que essa intenção-meio não tipifica o delito poderia, em última análise, justificar também a eutanásia, já que, nessa hipótese, mata-se uma pessoa apenas com a finalidade de libertá-la de um sofrimento. E embora discuta-se se a eutanásia deveria ou não ser considerada um crime devido a esse fim nobre, nenhum penalista sustenta que, frente ao nosso sistema, deixe de tratar-se de um homicídio, embora considerado tipo privilegiado, diante do que dispões o art. 121, § 1º, do Código Penal.

Ademais, deve-se observar que existe diferença entre a intenção do agente e a sua finalidade. Se a finalidade aqui pode ser considerada como a aceleração da reforma agrária, a intenção da conduta é a prática do esbulho como meio de obter aquela finalidade. Noutras palavras, não cremos que o elemento subjetivo do tipo seja a finalidade esperada, mas sim a intenção consciente de esbulhar a posse de propriedade alheia para obter tal fim.

Em suma, pois, a conduta praticada pelo MST caracteriza o crime de esbulho possessório, tendo em vista que a intenção-meio é praticar o esbulho em propriedade alheia e assim alcançar os fins do movimento.

. Invasão de estabelecimento comercial ou agrícola e invasão de domicilio

O art. 202 do Código Penal prevê os crimes de invasão de estabelecimento industrial, comercial ou agrícola e de sabotagem, cuja primeira figura consiste em invadir ou ocu-

par estabelecimento industrial, comercial ou agrícola com a finalidade de impedir ou embaraçar o curso normal do trabalho.

Nesse tipo penal, concretiza-se a conduta, hoje tão comum, de impedir a entrada de funcionários ou ocupar agências bancárias com a finalidade de obter crédito agrícola por parte de integrantes do movimento já assentados.

Aqui, ocorre a mesma situação descrita no item anterior. Embora a finalidade seja a obtenção de crédito, é certo que a forma eleita para obtê-lo é impedir o trabalho dos estabelecimentos bancários, o que caracteriza tal delito, cuja pena é de reclusão de um a três anos e multa.

Não há que se falar, porém, na existência do crime de invasão de domicílio. Isso porque tais tipos de estabelecimento comercial não se enquadram na definição de domicílio contida no art. 150, do Código Penal. Também não é possível, pela mesma razão, considerar tal delito no que diz respeito a invasão de prédio público (RT 608/330) ou de propriedade agrícola (RT516/347).

. Dano qualificado

Tem-se visto que as invasões em propriedades rurais têm sido acompanhadas da destruição de construções e plantações, enquanto a invasão de prédios públicos têm sido acompanhadas da destruição de partes dos edifícios e de seus móveis e utensílios, o que tipifica o delito de dano qualificado, previsto no parágrafo único do art. 163, do Código Penal. Aliás, as condutas que têm sido descritas pelos meios de comunicação chegam a preencher todas as hipóteses previstas pela lei, já que existe violência contra pessoas ou grave ameaça, emprego de substância inflamável, ataque ao patrimônio de pessoa jurídica de direito público e empresas da administração direta, bem como considerável prejuízo para as vítimas.

Nessas hipóteses resta nítida a finalidade de prejudicar o sujeito passivo do crime mediante o dano, já que não há qualquer motivo que justifique destruir bens de terceiros quando ocorrem as invasões.

. Seqüestro e cárcere privado

Os crimes de seqüestro e cárcere privado, previstos no art. 148, do Código Penal, ocorrem quando se priva alguém de seu direito de ir e vir, havendo, no segundo, uma maior restrição da liberdade. Justamente o que se tem visto quando os integrantes do movimento retêm dirigentes de empresas do Estado nos prédios invadidos com a finalidade de forçar uma negociação.

A estrutura de tal delito, de caráter permanente, prescinde de tempo mínimo ou do consentimento da vítima para sua consumação. Basta ocorrer a privação da liberdade e o delito está configurado. Assim, mesmo que tais dirigentes tenham sido impedidos de ir e vir por poucos minutos, existe o delito, cuja pena é de reclusão de um a três anos.

. Incitação ao crime

Em todas as condutas acima descritas é fato notório que a multidão é organizada e conduzida pelas lideranças do movimento, que os incitam, publicamente, a praticar as condutas criminosas. Com isso, tipifica-se o delito de incitação ao crime, em que o tipo objetivo é caracterizado pelo fato de provocar alguém para que pratique ato criminoso.

Aqui, além da pratica das condutas acima descritas, ainda existe a incitação ao descumprimento de ordens judiciais, principalmente quando emanadas de processos de reintegração de posse promovidos contra os integrantes do movimento, o que tem gerado conflitos violentos com policiais e tragédias que repercutem de forma negativa em todos os Países do mundo. Nesse sentido, já decidiu-se que comete o delito em epígrafe aquele que incita, publicamente, ao descumprimento de ordem judicial (RT 495/319).

. Quadrilha ou bando

O art. 288 do Código Penal diz que existe o crime de quadrilha ou bando quando mais de três pessoas se associam para o fim de cometer crimes, o que acontece no caso da atuação do MST, já que reúnem-se multidões para invadir propriedade privada ou pública.

Embora o tipo comine pena de reclusão de um a três anos pela pratica do delito, há de se ressalvar que, normalmente, incide a causa de aumento de pena prevista no parágrafo único do artigo, já que os integrantes do movimento costumam invadir armados de foices e facões, quando não se utilizam de armas de fogo ou armas brancas.

Outros delitos

Existem ainda inúmeros outros delitos que poderiam ser considerados, como o furto ou o roubo, conforme a situação, quando ocorre o saque de supermercados ou da carga de caminhões, a extorsão quando se cobram os chamados **pedágios** em rodovias, além de várias contravenções penais.

Ocorre, porém, que tais delitos não podem, ao nosso ver, ser imputados ao movimento como organização, partindo mais de grupos isolados e que por isso devem responder individualmente, assim como acontece com certos líderes do movimento que possuem processos até mesmo por homicídio, crime que não pode ultrapassar a pessoa do criminoso, já que não seria crível acreditar que também tal tipo de delito tenha sido eleito como meio de se obter Justa distribuição da terra.

Também deixaremos de observar a prática de crimes contra o meio ambiente, como a destruição de florestas ou da mata ciliar, bem como o abatimento de animais silvestres, bem como outros delitos que poderiam ser tratados em face da atuação do MST, como a desobediência, a resistência e a ameaça, dentre outros, mas que tornariam esse trabalho por demais extenso, o que justifica sejam deixados *a latere* para que possam ser devidamente estudados em trabalho de maior vulto.

As repercussões no âmbito cível

A invasão de uma propriedade gera para o possuidor o direito a ser reintegrado na posse ou, se trata-se apenas de ameaça à sua posse, de ser nela mantido. Em outras palavras, é o campo propício para a atuação mediante o uso das ações possessórias, seja a de reintegração, seja a de manutenção. Tais ações vêm previstas nos artigos 920 e seguintes do Código de Processo Civil. Existe, ali, uma parte geral aplicável a todas as ações possessórias e, em seguida, a ação de reintegração e manutenção de posse e o interdito proibitório.

Interessam, especialmente, os pedidos que podem ser efetuados nas ações possessórias, conforme o dispos-

to no art. 921, do Código de Processo Civil, que procura fornecer ao jurisdicionado uma plêiade de providências que possam proteger não só a posse, mas assegurar também o retorno ao *status quo* anterior ao ato praticado.

Tomando por base a ação de reintegração de posse, já que estamos a tratar de invasões consumadas, o pedido principal diz respeito a própria reintegração na posse da área esbulhada. Pouco há, porém, para tratar a tal respeito. Isso porque o esbulho, com a exclusão da posse do antigo possuidor, por si só é suficiente para legitimá-lo a pedir a proteção e obter seu retorno a área. Os pedidos cumulados, entretanto, ganham importância.

O primeiro deles vem previsto no art. 921, inciso I: "I - condenação em perdas e danos". Além da tutela reintegratória, cuja natureza é dúbia em doutrina, pois discute-se se trata-se de tutela mandamental ou executiva *latu-senso*, o autor também pode formular pedido ressarcitório, de óbvia natureza condenatória. Aqui há de apurar-se, provavelmente em liquidação de sentença, já que não se conhece a extensão do dano, quais foram os prejuízos causados pela invasão e atribuir ao próprio movimento a responsabilidade de indenizar, já que ele responde pelos atos de seus integrantes.

O segundo pedido cumulado diz respeito a fixação por parte do juízo de "II - cominação de pena para o caso de nova turbação ou esbulho". Atente-se que o preceito não fala em cominação de multa, conhecida por *astreints*, mas sim de pena, o que permite a aplicação subsidiária do art. 461, § 5º, do Código de Processo Civil. Isto é: trata-se de tutela de natureza inibitória, que visa fazer cessar ou impedir que ocorra novamente um ilícito de natureza civil, com eficácia mandamental e que poderá implicar, até mesmo, na prisão daquele que reiterar na prática da conduta.

O terceiro tipo de pedido que pode ser cumulado, "III - desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento de sua posse.", segundo acreditamos, possui eficácia mandamental e pode dar ensejo a imediata demolição de prédio novo ou destruição de cultura existente, sem ensejar qualquer tipo de indenização aqueles que agiram em detrimento da posse, já que não se trata, evidentemente, de posse de boa-fé.

Em resumo, pois, existe a possibilidade de uma decisão de eficácia composta ou plúrima, se é que se pode usar tal termo no que diz respeito a eficácia de decisões exclusivamente nacionais, que importa na devolução da posse e também na plena composição do dano sofrido por parte do autor, sem qualquer direito a retenção ou indenização para os integrantes do MST.

Além de tal tipo de provimento jurisdicional ganha relevo, também, a utilização de ação ressarcitória por parte do Estado no que diz respeito aos danos causados ao patrimônio público, em que a responsabilidade do MST pela conduta de seus integrantes o legitima, como responsável executivo principal por força da lei civil, a figurar no pólo passivo da ação, tendo de arcar com todos os prejuízos decorrentes das invasões praticadas, indenização pela paralisação do serviço público e eventuais lucros cessantes para o Estado, conforme o caso da atividade desenvolvida.

"Tomando por base a ação de reintegração de posse, o pedido principal diz respeito a própria reintegração na posse da área esbulhada."

Conclusões

Na sucinta análise acima efetivada, observa-se que o MST possui uma finalidade última bastante nobre, qual seja, objetiva alcançar a Justiça Social mediante uma melhor distribuição da terra àqueles que em verdade estão excluídos da sociedade e vivem em condições subumanas. Todavia, para alcançar tal desiderato, os meios utilizados apresentam-se como criminosos e passíveis de responsabilização na área cível e penal.

Houve, em nosso entender, a escolha das formas erradas para a obtenção de um fim nobre, com a idéia de que os fins justificam os meios, situação absolutamente contrária aquilo que se deve entender por Estado de Direito. Tal atuação, além de gerar enorme insegurança e tensão na sociedade civil, também gera o direito à utilização da força física para a defesa do patrimônio daquele que se vê ofendido, tornando perfeitamente legal a conduta dos que defendem sua posse **à bala**.

Nesse sentido é perfeita a lição de Marquesi, que após analisar os limites da legitima defesa frente ao art. 502 do Código Civil e arts. 23, II, e 25, do Código Penal, concluiu:

> Da exegese de ambos os preceitos extraem-se importantes conclusões. A principal delas reside no fato de ser lícito ao possuir terçar armas para prevenir ou repelir a agressão. É que o vocábulo força deve ser entendido como toda reação apta a afastar a ameaça ou a agressão e, nesse sentido, a reação deve ser proporcional à agressão. Ora, se a intensidade da agressão é tal que somente o emprego de armas terá o condão de dissuadi-la ou repeli-la, então não há óbice para que assim se proceda. Não se pode olvidar que as ocupações no campo têm sido promovidas com o concurso de centenas de pessoas, sendo essa também a orientação das lideranças do MST, porque têm o efeito de reduzir as chances de defesa do possuidor. (1997, p.214)

Estamos, destarte, diante de uma situação bastante perigosa, em que o Estado possui apenas duas opções, ou implementa de vez a reforma agrária, assentando as famílias na terra e fornecendo crédito para que elas possam permanecer nas áreas dos assentamentos plantando, produzindo e tendo uma vida digna, ou reprime o movimento e impede que ele promova novas ocupações.

A primeira opção, cremos, aceitável por qualquer pessoa de bom senso e bom coração, é a que deve ser tomada, já que a finalidade do Estado é implementar a Justiça social. Todavia, as condutas já realizadas devem ser também devidamente punidas, com a responsabilização dos líderes do movimento e dos integrantes que praticaram os delitos acima descritos,

sob pena de prevaricação por parte do próprio Estado e de seus dirigentes. É inadmissível, do ponto de vista jurídico, que quem pratica um delito fique sem a respectiva responsabilização. Pressões, tentando evitar julgamento de lideres do MST acusados de homicídio, como já se viu, é uma afronta a qualquer indivíduo que tenha hombridade e honestidade, na mesma medida que a proteção de políticos acusados de crimes comuns pela imunidade parlamentar o é.

Se quisermos atingir uma sociedade justa, em que o respeito às normas jurídicas é normal, não podemos compactuar com a impunidade. Seja ela com relação a membros de qualquer um dos Poderes do Estado, seja ela com relação a qualquer indivíduo ou movimento, sob pena de conferir-se a qualquer pessoa o Direito de fazer Justiça pelas próprias mãos, situação que nos faria voltar a época dos bárbaros.

Assim sendo, acreditamos que o Estado deve tomar uma das providências acima aduzidas, de preferência a mais justa e aceitável que é representada pela efetiva realização da reforma agrária no Brasil, coibindo a atual situação de desobediência cívica que assistimos, estopim acesso e curto de uma convulsão social que está por gerar verdadeira guerra civil em nosso País.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado.** 5ª ed. São Paulo : Renovar, 2000.

FULGÊNCIO, Tito, **Direitos de vizinhança.** Rio de Janeiro : Forense, 1959.

_____. **Da posse e das ações possessórias,** 6ª ed. Rio de Janeiro : Forense,1984. V.1.

JESUS, Damásio E. . **Direito Penal.** 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 1985.

MARQUESI, Roberto Wagner. **A função social da propriedade e da posse** . (Dissertação de Mestrado). UEL. Londrina : 1997.

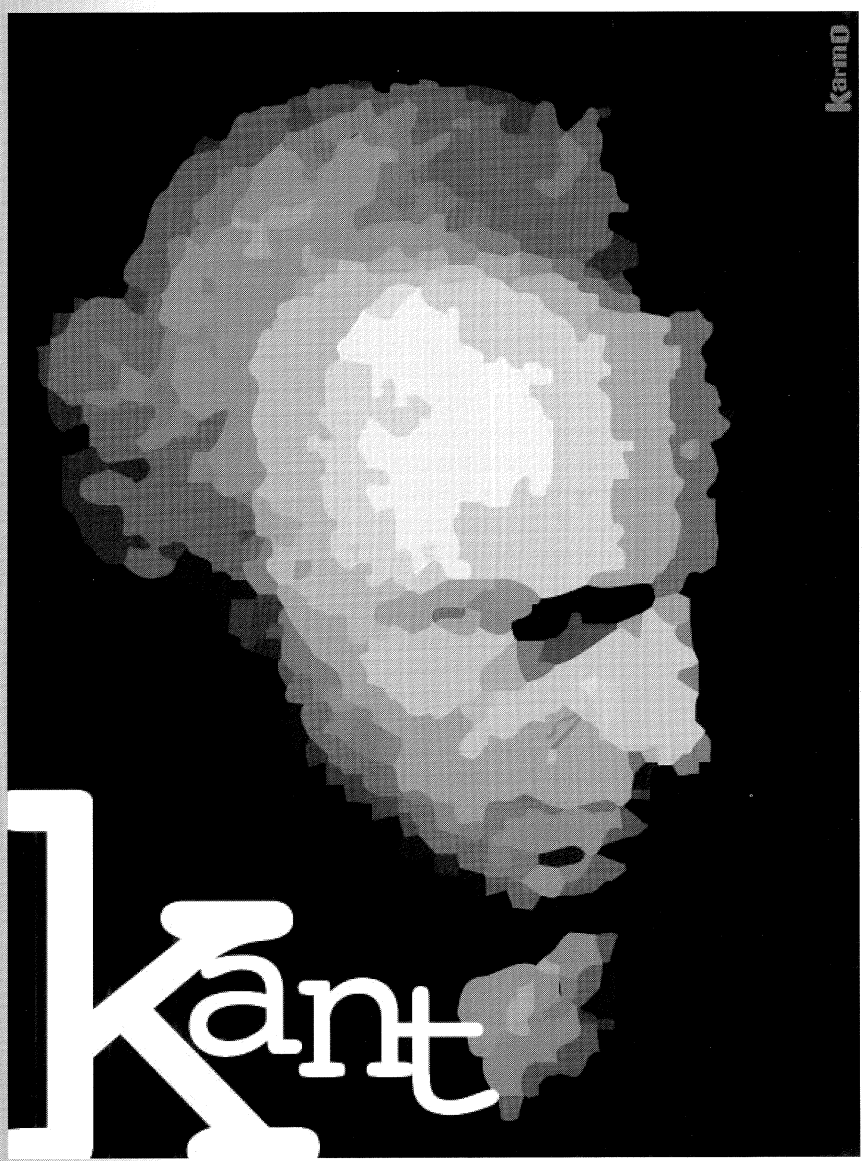
SANTOS, A. P. do. **Instituições de direito agrário.** Recife : Universitária, 1979.

PRADO, Luiz Régis. Crimes contra o ambiente. **Revista dos Tribunais,** São Paulo, 1998.

STÉDILE, João Pedro, GOGEN, Sérgio Antonio. **A luta pela terra no Brasil.** 3ª ed. Porto Alegre : Página Aberta, 1996.

ENSINO JURÍDICO: O USO DA TEORIA KANTIANA NA BUSCA DA AUTONOMIA DO CIDADÃO

Raquel Rosan Christino Gitahy *



RESUMO
O presente artigo busca evidenciar as influências da teoria kantiana, quanto ao conceito de autonomia, para a renovação do ensino jurídico conservador, tradicionalista, positivista, alienado e alienante. Analisando o Direito como um fenômeno político, parcial e a lei como expressão da influência de classes sociais, segundo seu maior ou menor potencial financeiro, o conceito de autonomia kantiano auxilia o ensino jurídico a considerar a necessidade do operador jurídico ser revolucionário quando encontrar a lei em conflito com a justiça.

PALAVRAS-CHAVE
Kant; autonomia; ensino jurídico; justiça; lei.

* **Raquel Rosan Christino Gitahy** é Professora de Direito Civil da Faculdade de Direito de Marília, Fundação Eurípides Soares da Rocha, doutoranda em Educação pela UNESP, Campus de Marília, pedagoga, bacharel em Direito (E-mail: gitahy@fundanet.br)

Todo ato pedagógico é um ato de violência simbólica, no sentido de que é sempre a imposição arbitrária de um determinado arbitrário cultural.

Bourdieu e Passeron

O ensino do Direito, confirmando a idéia de Bourdieu e Passeron, é caracterizado pela imposição apenas do ensino de uma caricatura, uma faceta tradicionalista e conservadora, desconhecendo-se as reais necessidades sociais, divulgando amplamente a ideologia dominante, servindo como mediação das decisões políticas, legitimando uma sociedade que se apresenta desigual, criando a expectativa da sociedade justa.

Com esse perfil de ensino, o presente artigo vem repensar as diretrizes do ensino jurídico para que ele seja a base de construção do operador jurídico autonômo, já que tanto o senso comum como os artigos de leis atribuem à escola a responsabilidade pela formação de vários aspectos do ser humano. Nesse sentido a declaração dos Direitos Humanos propõe que:

> A educação deve visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e ao reforço do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades futuras (art. 26)

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, afirma que:

> 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 (art. 205)

A LDB, lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996, por sua vez, contempla, em seu texto, que:

> 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 organização da sociedade civil e nas manifestações culturais (art. 1º)

O Conselho Federal da OAB pronuncia-se a respeito que:

> Qualquer reformulação dos cursos de Direito deve também referir-se à reforma do método de ensino. Será imprescindível observar um método que envolva uma abordagem crítica e questionadora dos institutos jurídicos, abordagem essa voltada para a realidade brasileira, com o objetivo de formar profissionais capazes de causar reformulações sociais e jurídicas (Conselho Federal da OAB apud Mello Filho, 1986, p. 29)

Um estudioso do ensino jurídico afirma que:

> A metodologia do ensino jurídico visa a estimular o esforço do aluno e desenvolver-lhe as aptidões, tornando-o escultor de seu próprio cérebro (Mello Filho, 1986, p. 29)

À educação, incluindo-se o ensino jurídico, cabe, portanto, formar o cidadão um indivíduo íntegro, capaz de autonomia intelectual e moral e respeitador da autonomia do próximo.

A deficiência na formação de operadores jurídicos autônomos pelo ensino jurídico nos coloca a questão da necessidade de reflexão a respeito do conceito de autonomia como medida saneadora em face da proliferação de cursos jurídicos formadores de profissionais heterônomos. Tal realidade é vista na frase de Álvaro Mello Filho:

> O discente, sem maiores participações no processo de educação jurídica e sem questionar a validade dos ensinamentos que lhe são **impostos** de forma autoritária pelo professor, certamente falhará diante de sua meta primordial, que é o desenvolvimento do senso crítico e do pensar autônomo (Mello Filho, 1986, p. 45)

No estudo da necessidade de um ensino jurídico que se preocupe com a autonomia, pode ser dado destaque para os conceitos de Kant que, na sua obra **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**, expõe suas idéias principais sobre a moral da autonomia, salientando a importância da mesma. Afirma o filósofo que agir autonomamente não significa agir de acordo com regras sociais ou leis, pois o dever moral é um dever em si mesmo, que obriga necessariamente, pois é um *a priori* da razão prática.

Se a boa ação não se mede pelo princípio da felicidade e do prazer, qual é o critério? Kant responde afirmando que, mesmo no senso comum, o critério é seguir um dever, fazer algo pelo dever em si, sendo que são três as proposições da **boa** ação em si:

- a que se faz por dever, e não por inclinação, ou por intenções egoísticas;
- a que se faz por um princípio **a priori**, ou seja, por um motivo anterior à boa ação. Pensa-se no motivo da ação e não em sua conseqüência.
- a que se faz por respeito à representação de uma lei.

Das três proposições ditas acima percebemos que, quando se tem um indivíduo que age somente por dever, retiradas todas as inclinações, se questionado por que age de determinada forma e não de outra, ele responderia: **porque devo**. Esse dever é a representação de uma lei que só o ser humano possui.

Segundo Kant, como há **formas puras do conhecimento**, há **formas puras da moral** não particulares ou contingentes. Essas formas puras da moral são regidas pelo imperativo categórico, fundamento moral que garante aos seres humanos deixarem de ser **coisas** para se autodeterminarem. Esse imperativo Kant, didaticamente, transformou em algumas fórmulas para facilitar a análise moral das ações. Essas fórmulas, segundo Mondim, podem ser expressas da seguinte maneira:

> **Fórmula baseada na universalidade da lei**: age de tal modo que a máxima da tua ação possa sempre valer também como princípio universal de conduta.
> **Fórmula baseada na humanidade como fim**: age de modo que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na dos outros, como fim e nunca como meio.
> **Fórmula baseada na vontade legisladora universal**: age de tal modo que a tua vontade possa considerar a si mesma como instituidora de uma legislação universal (1981, p. 187)

Sem dúvida, as fórmulas apresentadas revelam, mais uma vez, um Kant racionalista colocando todo o peso da razão lógica sobre a moral. Enfim, o que define o ser moral é a coerência lógica das nossas conclusões. Ser moral, para o racionalista kantiano, é transformar o motivo pes-

soal em uma lei universal, mas todas as vezes que, logicamente, esse motivo trouxer uma contradição, não se estará agindo moralmente.

Fica claro que o sujeito moral é aquele que toma sua máxima e verifica se a mesma pode se tornar uma lei universal. Se tal ocorrer com coerência lógica, ou seja, se o sujeito mantiver sua máxima e, ao mesmo tempo, quiser que ela se torne uma lei universal, sua ação estará sendo regida pela moral.

Outros autores, porém, sabendo da importância do imperativo categórico na teoria moral de Kant, buscaram construir uma estrutura para o mesmo, explicando-o melhor. De acordo com as observações de Hill:

> *(1) Any fully rational agent (necessarily) wills the necessary (and available) means to his ends.*
> *(2) So one ought to will the necessary (and available) means to one's ends. (The Hypothetical imperative)*
> *(3)M is a necessary (and available) means to E.*
> *(4) So if one wills E, one ought to will M.*
> *(5) P (a person) wills E.*
> *(6) So P ought to will M.* (Hill, 1989, p. 365)

Segundo Hill, a primeira premissa é, para Kant, uma verdade a respeito do agente e a Segunda, simplesmente, re-expressa a idéia com a palavra **deveria.** A terceira e quinta afirmações expressam crenças sobre fatos relevantes, conexões causais e os fins a que o agente é submetido. A hipótese é que a força racional é inteiramente dependente dos fatos pressupostos nos argumentos.

Mas, afinal, como garantir a concretude da auto-determinação e a chegada ao reino da dignidade? Segundo Kant, é necessária a presença de algumas condições que o filósofo denomina postulados da razão, que são a liberdade, a imortalidade e a existência de Deus.

A **liberdade** é a característica possuída por todos os seres autônomos. Significa, para o indivíduo moral, a liberação das determinações da natureza e, ao mesmo tempo, o dever de autodeterminar-se pela razão.

Segundo Kant, portanto, a liberdade não pertence ao campo da experiência, mas sim à razão. Tanto isso é verdade que os filósofos, fiéis ao pensamento kantiano, consideram a liberdade uma categoria fundamental de nossa mente da mesma ordem que o espaço e o tempo.

Pode-se afirmar que, para Kant, a liberdade não é um fenômeno, pois não é governada por princípios de causalidade, segundo os quais tudo que começa a existir tem sua causa. A liberdade é o poder de produzir começos absolutos e pertence à ordem das coisas-em-si, **à realidade transcedental**.

Enfim, para Kant, a liberdade é a chave da explicitação da autonomia da vontade do homem como ser, não só pertencente à causalidade determinante da natureza, mas, sobretudo, como ser moral que se autodetermina pelas leis de sua razão.

"Segundo Kant, como há formas puras do conhecimento, há formas puras da moral não particulares ou contingentes."

A imortalidade é assim entendida:

> A vontade determinável pela lei moral tem como objetivo necessário a realização do sumo bem no mundo. Mas a condição suprema para isto é a adequação completa da intenção à lei. (...). E a adequação completa da vontade à lei moral é a santidade, perfeição esta da qual não é capaz nenhum ser racional do mundo sensível(...) Este progresso infinito só é possível se se postula uma duração indefinida para a existência e para a personalidade do ser racional, o que se chama imortalidade da alma(Kant apud Mondim, 1981, p. 188)

Cassirer (1968, p. 311-2) salienta que Kant, com o conceito de imortalidade, sustenta o postulado de uma possibilidade infinita de desenvolvimento do sujeito moral. A energia moral do homem teria de ser sua própria garantia. Qualquer impulso exterior que se abatesse sobre ela apenas iria enfraquecê-la . Além disso, uma certeza da justiça futura evitaria as transgressões da lei moral.

Sobre a Existência de Deus, diz Kant que:

> Na análise precedente, a lei moral conduziu à necessidade de que o elemento primeiro do sumo bem - a moralidade- seja completo e, com isso, levou ao postulado da imortalidade. Precisamente esta lei conduz à possibilidade também do segundo elemento do sumo bem, isto é, ao pressuposto da existência de uma das causas adequadas deste efeito, à existência de Deus, como elemento necessário da possibilidade do sumo bem. (Kant apud Mondim, 1981, p. 189)

Comentando a respeito do item **existência de Deus**, é preciso lembrar que, na filosofia kantiana, a demonstração da existência de Deus sofreu um deslocamento do campo fundador. Não é mais a partir do saber, da razão teórica que se demonstra a existência de Deus. É na razão prática, construída sob a presença de leis morais, que se realiza essa tarefa. Assim, a prova da existência de Deus não se apresenta como uma dedução lógica, mas antes como inscrição de Deus no âmago do sujeito moral. Portanto, para o homem moral , é o sujeito moral que afirma a existência de Deus.

Porém, é preciso ter cuidado para não se opor um sujeito moral de um lado e um sujeito do saber de outro. Propor que se veja no sujeito kantiano uma real filosofia do sujeito supõe que se veja igualmente no sujeito moral o fundamento do saber.

Mas, afinal, por que ser moral? Por que seguir a exigência do imperativo categórico kantiano? Quais são as vantagens do ser moral? Porque todo ser moral, ou seja, todo aquele que consegue que sua vontade descenda da razão, é autônomo, é digno e é um ser que não obedece a outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente se dá.

Em Kant, portanto, o conceito de autonomia fundamenta toda a ética. Cassirer, um dos maiores comen-

tadores de Kant, salienta o que é a autonomia para o autor:

> A autonomia é aquela vinculação da razão teórica e da razão moral em que esta tem a consciência de vincular-se a si mesma. (Cassirer, 1968, p. 287)

Assim, pode-se dizer que, para Kant, a autonomia é a vontade própria e é governar-se por si mesmo. É a escolha racional e emocional. É a escolha que não leva em conta as conseqüências externas e imediatas dos atos e nem as regras, por pura prudência, inclinação, interesse ou conformidade.

Ou ainda, para aclarar mais o conceito de autonomia exposto, basta lembrar os pareceres tradicionais dos comandos de Deus, com a renovação de que, em Kant, a vontade legislativa está atribuída a cada agente racional e não mais a um Deus externo.

Segundo Kant, a obediência a uma dada regra decorre da compreensão de sua validade universal pelo ser autônomo e de sua concordância com essa validade (ditado pelas três fórmulas do imperativo categórico) e não simplesmente pelo medo de punição ou do interesse por vantagens a serem obtidas pessoalmente. Para Kant, quando se obedece às prescrições ou regras morais apenas por conformidade, interesse ou prudência, os imperativos que orientam o ser são hipotéticos e a moral é heterônoma. Assim, pode-se resumir salientando que, em Kant, o princípio incondicional da moralidade é chamado autonomia da vontade e o princípio condicional, heteronomia.

É evidente que a validade universal significa que as vontades autônomas racionais não são, num certo sentido, relativas a indivíduos. Mas há, na natureza racional algo comum a todos os indivíduos evitando-se, assim, razões relativizadas segundo características de um agente individual. Kant assegura um imparcialismo extremo. A razão em questão garante, de certa forma, que um prazer será promovido e uma dor da civilização evitada, independentemente de qual será o ser racional que irá executá-la.

Afinal, segundo Menin, para Kant,

> Ser moral implica em pensar nos outros, em qualquer outro, na humanidade...
> Ser moral implica em ter vontade: querer e raciocinar além do próprio eu...
> Ser moral implica, às vezes, em perder vantagens imediatas para si em prol de outros que nunca conheceremos...
> Às vezes, implica até em sermos revolucionários, em sermos contrários a leis que nos humilham, a leis que nos tornam submissos, sem dignidade...(Menin, 1996, p. 41-2) (grifo nosso)

Pela citação acima, pode-se concluir que o ensino jurídico para a construção do operador jurídico autônomo não deve ser conservador, tradicionalista, apegado à dogmática jurídica e restringindo-se à letra rígida da norma, pois o Direito continua a ser político e parcial. A idéia proclamada de que a lei não atenta contra a justiça está sendo, cada vez mais, refutada com a existência de classes, as quais, pelo seu maior ou menor potencial financeiro, são privilegiadas e protegidas na aplicação do Direito.

Assim, o ensino jurídico não deve se ater ao sentido legalista racional (complexo de leis a serem seguidas), mas deve ir além deste, afinal:

> A formação jurídica não se confunde com o simples conhecimento de leis vigentes, para a sua aplicação mecânica aos casos concretos. Essa formação legalista pode convir à figura ridícula de um João das Regras, decorador de textos e autômato na sua aplicação. A formação jurídica, objetivo fundamental do ensino do Direito, é outra coisa (Montoro apud Melo Filho, 1986, p. 8)
>
> Se o papel do professor de Direito devesse limitar-se a comentar leis positivas, não valeria a pena um minuto de esforço e trabalho (Duguit apud Melo Filho, 1986, p. 23)

Para concluir, pode-se afirmar que a formação de um operador jurídico autonômo, segundo os conceitos kantianos, exige que o ensino não reduza o Direito a um simples sistema de normas que se limita a dar sentido jurídico aos fatos sociais à medida que eles são enquadrados no esquena normativo. O ensino jurídico não deve desprezar a discussão relativa à função social das leis e dos códigos pois, segundo o imperativo categórico de Kant, ser autônomo implica, às vezes, em atitudes contrárias às leis, quando elas expressam a injustiça.

> Teu dever é lutar pelo Direito; porém , quando encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça
> (4º Mandamento do Advogado- Parte do decálogo de autoria do processualista Eduardo Couture. http://www.rio.nutecnet.com.br/amaerj/noticias/j_legal.htm)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOURDIEU, Pierre & PASSERON, Jean Claude. **A reprodução:** elementos para uma teoria do sistema de ensino. 2ª ed. Rio de Janeiro : F. Alves, 1982.

BRASIL. Lei nº 9394- 20. dez. 1996. Dispõe sobre educação geral. São Paulo : Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino, 1997.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. 05 de out. 1988. Dispõe sore educação, cultura e desporto. Brasília : Centro gráfico do Senado Federal, 1988.

CARTA das Nações Unidas e Declaração dos Direitos Humanos. São Paulo : Sugestões Literárias, 1978

CASSIRER, Ernst . ***Kant, vida y doctrina.*** Tradução de W. Roges. México : Fondo de Cultura Económica, 1968.

HILL JR, Thomas E. The hypothetical imperative. ***Phill Rev,*** v. 82. , p.429-50, oct./dec. 1973.

HILL JR, Thomas E. Kant's theory of practical reason. ***Monist,*** v.72. p.363-83, Jul. 1989.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Trad. Antonio Pinto de Carvalho. São Paulo : Nacional, 1984.

MELO FILHO, Álvaro. **Reflexões sobre o ensino jurídico**. Rio de Janeiro : Forense, 1986.

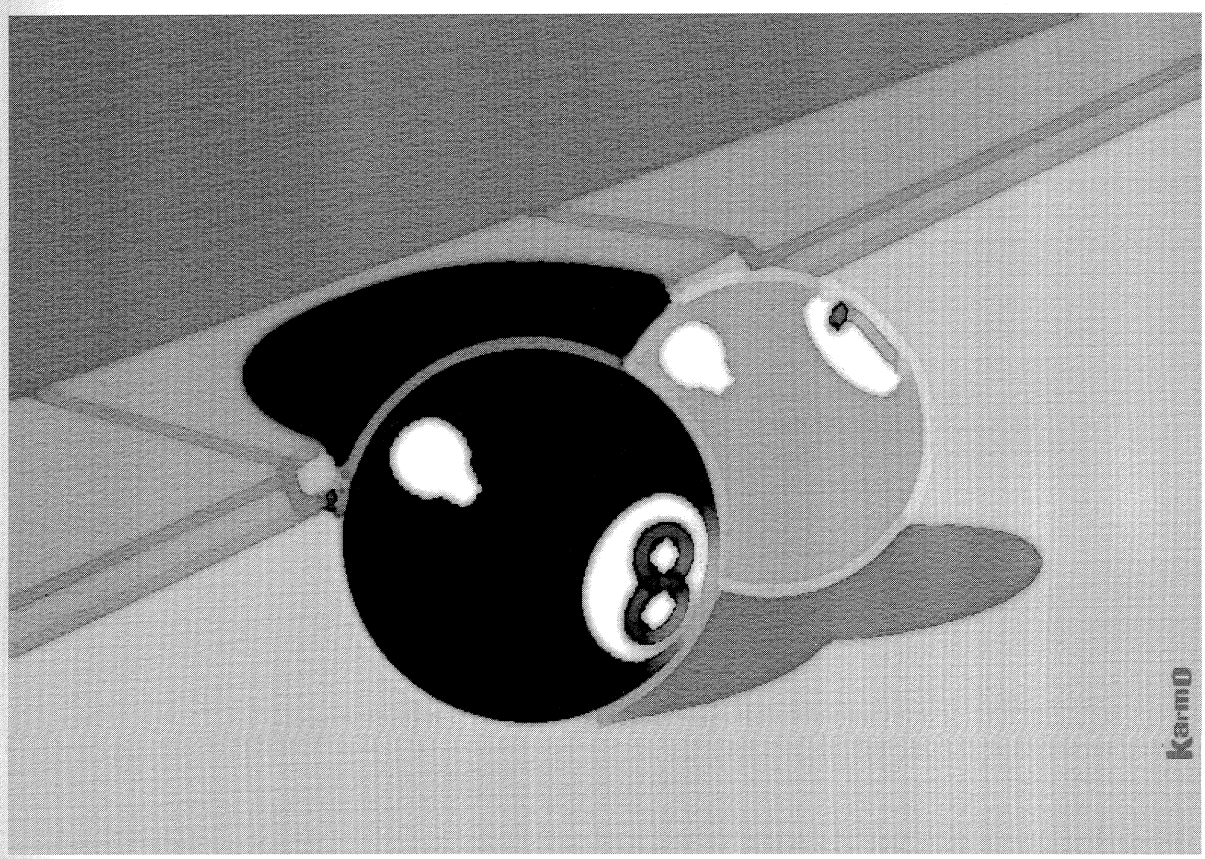
MENIN, Maria Suzana de Stefano. Desenvolvimento moral In : Macedo, L. (Org.) **Cinco estudos de educação moral**. São Paulo : Casa do psicólogo, 1996

MONDIN, Batista. **Curso de Filosofia**. São Paulo: Edições Paulinas, 1981.

O justo é o legal? Capturado em 03 Set. 1998. Online. Disponível na Internet http://www.rio.nutecnet.com.br/amaerj/noticias/j_legal.htm

COLISÃO DE DIREITOS E PONDERAÇÃO DE BENS

*Vera Adelina Correia Bonini**



RESUMO

Ao aplicar a lei, o aplicador do direito vê-se, com frequência, em face de uma colisão de direitos e necessita de critérios eficientes para dirimir a questão. Ocorre a colisão de direitos fundamentais em duas hipóteses: 1) quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício de direito fundamental por parte de outro titular (colisão autêntica), como quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos (colisão em sentido impróprio). A ponderação de bens é o método que propicia o equilíbrio e a ordenação de bens colidentes, num determinado caso concreto. Como bem coloca Canotilho: "A ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face de dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens." (1999, p. 1162)

PALAVRAS-CHAVE

Direitos fundamentais; colisão de direitos; ponderação.

* **Vera Adelina Correia Bonini** é advogada, Procuradora do Estado aposentada, mestranda em Direito do Estado-PUC/SP, professora de Direito Constitucional da Fundação "Eurípides Soares da Rocha"

1 - Introdução

O dia a dia desfia, sob nossos olhos, conflitos entre direitos constitucionalmente garantidos. Assim, poderíamos falar em um conflito entre o **direito à vida e a liberdade de convicção religiosa** na hipótese bastante freqüente de um determinado indivíduo estar gravemente enfermo e os médicos recomendarem uma transfusão de sangue como recurso indispensável ao seu tratamento, porém o enfermo recusar-se, terminantemente, a recebê-la indicando, como óbice, sua convicção religiosa que o proíbe de submeter-se a tal prática médica. Deve prevalecer o direito à vida ou a escolha fundada na liberdade de convicção religiosa?

Poderíamos vislumbrar conflito entre o **direito à propriedade e o direito de sobrevivência** quando um grupo de sem-terra invade uma propriedade rural e se instala iniciando, de imediato, o preparo da terra, a fim de cultivar cereais. O proprietário reage reivindicando a reintegração de posse. Os invasores argumentam que agiram esteados em seu direito à vida e à sobrevivência, alegando que, sem a terra, ficam impossibilitados de desenvolver a atividade rural que lhes garanta a sobrevivência. Quando indivíduos invadem uma propriedade particular, em óbvia ofensa ao direito de propriedade constitucionalmente garantido, invocando, como fundamento dessa ação, seu direito a ter um pedaço de terra de onde tirar seu sustento, há de prevalecer o direito do proprietário ou o direito de sobrevivência do invasor?

Temos **direito de livre manifestação do pensamento *versus* direito à honra** quando um indivíduo manifesta, com sinceridade, o que pensa sobre a senhora X, numa roda restrita de conhecidos; mas esta, sentindo-se atacada em sua honra subjetiva pelos comentários, processa o referido indivíduo, o qual reage invocando sua liberdade de manifestação do pensamento. A Constituição garante a todos o direito de manifestar livremente seu pensamento, mas esta liberdade esbarra no direito que todos têm de exigir o respeito à sua honra. Assim, em que medida posso manifestar meu pensamento sobre alguém, mesmo que ele consista em comentário desonroso à conduta de outrem?

Interessante o conflito que se estabelece entre o **direito à informação e o direito à ressocialização individual**, delineado num caso paradigmático da jurisprudência alemã:

> Um determinado indivíduo cometeu um crime grave (assassínio de sentinelas de um quartel militar) e por esse facto foi julgado e condenado à pena de prisão. Pouco antes do termo da sua pena e conseqüente regresso à liberdade e à sociedade, um canal de televisão anunciou a emissão de um filme-documentário sobre este caso. Reagiu o condenado argumentando que a passagem televisiva do filme implicava uma nova condenação pública perturbando seriamente a sua ressocialização. Replicou a estação de televisão com o argumento do direito e liberdade de informação.(Canotilho, 1998, p.1110)[1]

Outro caso paragmático da jurisprudência alemã é aquele em que o **direto à vida se opõe ao dever do Estado de proteção de bens constitucionais e o direito das vítimas**:

> ...um outro indivíduo (Lüth), também autor de um crime grave, estava em vésperas de julgamento público. No entanto, ancorado em relatórios médicos, invocou o risco de perder a vida (por enfarte) se fosse submetido a uma audiência pública de julgamento. O conflito entre o direito à vida e o direito/dever do estado de prossecução da ação penal colocou-se com toda a acuidade. Além disso, deveria ainda ter-se em conta o direito das vítimas a uma decisão judicial justa e eventual reparação. (Canotilho, 1998, p.1110)

Tais casos constituem exemplos daquilo que Canotilho denominou "**casos de tensão** (Ossenbühl) entre bens juridicamente protegidos".(Canotilho, 1.998, p.1110-1111)

A referida tensão entre bens juridicamente protegidos não caracteriza uma antinomia de normas, pois as normas antinômicas repelem-se e excluem-se. Trata-se de direitos constitucionalmente garantidos. Admitir-se a existência de antinomia entre eles levaria à necessidade de afastar um deles em razão de reconhecer-se a prevalência do outro. Tal solução não se revela possível por estarmos diante de direitos garantidos por normas do mesmo escalão hierárquico.

Assim, faz-se necessário lançar mão de critérios eficientes para orientar a interpretação da normas constitucionais com vistas a dirimir as colisões que se verifiquem entre elas.

2 - Os princípios constitucionais como condicionantes da interpretação constitucional

2.1 - Princípios e regras constitucionais

Os princípios constitucionais hão de ser o ponto de partida do intérprete, porque "são o conjunto de normas que espelham a ideologia da constituição, seus postulados básicos e seus fins"(Barroso, 1999, p. 147). Além disso, eles são a espinha dorsal do ordenamento jurídico, conferindo-lhe unidade e coerência, oferecendo diretrizes para a solução de tensões normativas. Decorre de tais características a função dos princípios de condicionantes da interpretação constitucional. Neste sentido a lição de Celso Bastos:

> O princípio, ainda quando adotado de forma expressa pelo texto normativo, quase nunca está voltado para ser aplicado na prática, em casos concretos, mas se dirige precipuamente para resolver problemas interpretativos. (Bastos, 1997, p. 60).

A moderna metodologia jurídica entende que norma é um gênero que abrange duas espécies, a saber, as regras e os princípios (Canotilho, 1998, p. 1034). Canotilho também compreende a Constituição como "sistema aberto de regras e princípios"(Canotilho, 1998, p. 1036), afirmando:

> ...os **princípios** são normas jurídicas impositivas de uma **optimização**, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as **regras** são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*). (Canotilho, 1998, p. 1035).

Luís Roberto Barroso prefere usar a nomenclatura normas-princípio e normas-disposicão. As normas-disposição correspondem às regras e "têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm,

normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema."(1999. p. 147).

Edilsom P. de Farias, citando Robert Alexy (*Teoria de los derechos fundamentales*), assevera que entre regras e princípios há uma diferença não só **qualitativa**, pois os princípios:

> ...são normas que prescrevem algo para ser efetivado da melhor forma possível, tendo em conta as possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, os princípios seriam *mandados de optimización* que se caracterizaram pelo fato de poderem ser cumpridos proporcionalmente às condições reais e jurídicas existentes. Ao revés, as regras são normas que se acham submetidas à lógica do *all-or-nothing*, isto é, devem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, contém, portanto, uma ordem peremptória que deve ser cumprida sem admitir graduação. (Farias, 1996, p. 26)

2.2- O papel dos princípios constitucionais

Celso Antônio Bandeira de Mello define princípio constitucional como:

> ...mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico... (Bandeira de Mello, 1986, p. 230)

e tal definição sintetiza os papéis dos princípios constitucionais. Vejamos.

Num primeiro momento, quando da criação de um novo Estado com a elaboração de uma nova Constituição, os princípios funcionam como fundamento das decisões políticas fundamentais tomadas pelo legislador-constituinte. Então expressam os valores que inspiraram a criação do novo Estado.

Dado seu caráter de disposições fundamentais, ao molde de alicerces, os princípios se irradiam não só por todo o texto da Constituição, mas também por todo o ordenamento jurídico que tem por fundamento de validade essa Constituição. Em função de referida irradiação, conferem unidade ao ordenamento jurídico. Sendo a Constituição um documento marcadamente político, resultado da confluência de correntes distintas (e, à vezes, até opostas) de opinião, é normal que albergue disposições conflitantes. São os princípios que fornecem as diretrizes para a compatibilização indispensável à harmonia do sistema.

Os princípios têm, também, uma função hermenêutica: por seu caráter de disposições fundamentais, que definem a lógica e a racionalidade dos sistema normativo, os princípios condicionam e direcionam a tarefa interpretativa, servindo de critério para a exata compreensão e inteligência não só das normas integrantes da Constituição, mas também daquelas que integram o sistema normativo em geral.

"A Constituição o direito de manifestar livremente seu pensamento, mas esta liberdade esbarra no direito que todos têm de exigir o respeito à sua honra."

Além de fornecerem ao intérprete fios condutores, diretrizes que nortearão a tarefa interpretativa, os princípios constitucionais funcionam como limites interpretativos máximos do texto constitucional.

3- Conflito de normas

Exatamente por ser a Constituição um documento marcadamente político, fundado em compromissos entre correntes opostas de opinião, que abrigam idéias, aspirações e interesses diversos e por vezes até antagônicos ou contraditórios, é inevitável que abrigue normas que à primeira vista se contradizem. O conflito de normas constitucionais apresenta caráter diferente, conforme sejam essas normas princípios ou regras.

A convivência dos princípios é conflitual, enquanto que a convivência das regras é antinômica (Canotilho, 1998, p. 1035). A antinomia exige a exclusão de uma regra em favor de outra. As regras, se válidas, devem ser cumpridas na exata medida de suas prescrições. O conflito, por sua vez, permite a harmonização. Isto porque, os princípios, ao constituírem "...**exigências de optimização**, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem como as regras, à 'lógica do tudo ou nada'), consoante seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes" (Canotilho, 1998, p. 1035). Assim, há dois tipos de contradição de normas jurídicas: o conflito de regras e a colisão de princípios.

3.1- Conflito de regras

O conflito de regras está relacionado com a validade das mesmas, ou seja,

> ...estabelecido o conflito entre duas ou mais regras jurídicas, apenas uma delas pode ser declarada válida e pertencente ao ordenamento jurídico, pois o sistema jurídico não tolera a existência de regras jurídicas em oposição entre si. (Farias, 1996, p. 95)

O conflito de regras jurídicas em geral, ou seja, a antinomia aparente, resolve-se pela aplicação dos critérios cronológico *(lex posterior derogat legi priori)*, hierárquico (*lex suprerior derogat legi inferior)* e da especialidade *(lex specialis derogat legi generali).*

Em se tratando de conflito de regras constitucionais, apenas o critério da especialidade tem aplicabilidade, uma vez que entre as regras constitucionais existe contemporaneidade e inexiste hierarquia. Quanto à contemporaneidade, temos que tais normas são posta concomitantemente quando da promulgação da Constituição e aquelas que são postas posteriormente através da edição de emendas, se estiverem em conflito com as normas constitucionais pré-postas, caracterizam hipótese de inconstitucionalidade e não de antinomia. Quanto à hierarquia, as normas constitucionais, sejam elas regras ou princípios, sejam normas materiais ou formais, têm todas elas o mesmo status, sendo impossível vislumbrar hierarquia entre elas. Isto porque, em direito, existe hierarquia de normas quando uma colhe seu fundamento de validade em outra que lhe é superior. Não é isso que ocorre entre as normas postas originariamente com a promulgação da Constituição.

3.2- Colisão de Princípios

Ao contrário do conflito de regras, a colisão de princípios não ocorre na dimensão da validade, acontece dentro do ordenamento jurídico, pois, conforme observa Robert Alexy:

> *Las contradicones de normas em sentido amplio que tienen lugar dentro del ordinamiento juridico son siempre* colisiones de princípios y las colisiones de princípios se dan siempre dentro del ordenamento jurídico. Esto pone claramente de manifesto que el concepto de colisión de principios pressupone la validez de los principios que entran en colisión. (Alexy *apud* Farias, 1996, p. 96)

Assim, a colisão de princípios não se resolve com a supressão de um em favor de outro. No dizer de Mártires. Coelho:

> É que, diferentemente das regras - que determinam conseqüências precisas e reciprocamente excludentes - , os princípios não se apresentam como imperativos categóricos, mas apenas enunciam motivos para decidir num certo sentido.(1997, p. 82)

Não impondo ao intérprete uma única decisão concreta, os princípios admitem a convivência e conciliação com outros princípios eventualmente concorrentes. Portanto, a colisão há que ser solucionada

> ...levando-se em conta o peso ou importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual deles no caso concreto prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que o outro. (Farias, 1996, p. 96)

Ao realizar-se a ponderação sobre o peso dos princípios a fim de determinar , no caso concreto, qual o princípio prevalente, há que se levar em conta que "...é inegável o destaque de algumas normas, quer por expressa eleição do constituinte, quer pela lógica do sistema."(Barroso, 1999, p. 194)

Por exemplo, é evidente o destaque dado às normas que tratam das matérias integrante do núcleo imodificável da Constituição, ou seja, as cláusulas pétreas previstas no § 4º, do art. 60, a saber: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. Verifica-se, facilmente, que esses itens estão ligados a alguns dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, a saber: princípio federativo, princípio democrático, princípio da separação dos poderes, princípio republicano, que, tradicionalmente, conferem os contornos do Estado brasileiro. Reconhecida a fundamentalidade de tais princípios, é compreensível que eles sejam as grandes diretrizes interpretativas da Constituição brasileira. Em segundo plano, viriam os princípios gerais e, por fim, os setoriais.

Barroso, citando Raúl Canosa Usera e Diogo Figueiro Moreira Neto, reconhece a existência, entre as normas constitucionais, de uma hierarquia de ordem axiológica decorrente da ordenação dos valores constitucionais, sendo que as disposições valorizadas são as normas de princípio (Barroso, 1999, p. 194-5).

Mártires Coelho, por sua vez, entende que, em face de uma colisão de princípios:

> ...quando mais de uma pauta de valoração for aplicável à mesma situação de fato, ao invés de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio - com exclusão de todos os demais, que, em tese, também poderiam ser utilizados como norma de decisão - , o intérprete-aplicador fará uma ponderação entre os princípios concorrentes, optando, afinal, por aquele que, nas **circunstâncias**, segundo sua avaliação, deve ter um **peso** relativamente maior. Porque se trata de um método de ponderação de bens **no caso concreto**, é intuitivo que, sob esse prisma, não exista uma hierarquia fixa, abstrata e apriorística, entre os diversos valores constitucionais, ressalvado, é claro, o valor da **dignidade da pessoa humana**, porque a pessoa é o **valor-fonte** de todos os valores ou o valor fundante da experiência ética. (1997, p. 84).

3.3- A colisão de direitos fundamentais e colisão de princípios

Conforme observa Edilsom Pereira de Farias, em interessante monografia intitulada **Colisão de Direitos**, em razão da heterogeneidade dos direitos fundamentais e do fato de seu conteúdo ser, muitas vezes, aberto e variável, apenas evidenciado no caso concreto e na relações dos direitos entre si ou nas relações destes com outros valores constitucionais, ocorre, na prática, a colisão de direitos fundamentais ou o choque destes com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente (1996, p. 93).

Ocorre a colisão entre direitos fundamentais

> ...quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. (Canotilho, 1998, p. 1137).

Assim, por exemplo, temos a colisão entre direitos fundamentais quando, ao exercer seu direito de liberdade de expressão, ou de criação intelectual e artística, o titular desse direito ofende o direito à honra, à vida privada, ou à intimidade de outrem.

A colisão entre direito fundamental e bens jurídicos ocorre quando o exercício de um direito por seu titular colide com um bem jurídico da comunidade ou do Estado, constitucionalmente garantido. Por exemplo, ao direito de propriedade de um indivíduo pode colidir com o a defesa do patrimônio cultural de uma comunidade ou a liberdade de locomoção poderá conflitar com o bem da comunidade saúde pública.

Edilsom Pereira de Farias, citando Robert Alexy, afirma: "Como os direitos fundamentais são outorgados por normas jurídicas que possuem as características de princípios, o que foi dito sobre a colisão de princípios se aplica, em regra, ao caso da colisão entre direitos fundamentais"(Farias, 1996, p. 96). Portanto, para a solução das colisões de direitos fundamentais há que seguir os critérios adequados à solução das colisões de princípios, ou seja, não pode o intérprete se guiar pela lógica do tudo ou nada, própria da solução das antinomias, devendo buscar realizar a "...ponderação e concordância prática, consoante o seu **peso** e as circunstâncias do caso"(Canotilho, 1998, p. 1056).

3.4- Hipóteses de falsas colisões de direitos fundamentais

Há falsas colisões de direitos fundamentais quando a norma constitucional não proteger determinada forma de exercício de um direito. Constituem hipóteses de falsas colisões de direitos: invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos ou para casar mais de uma vez; invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um ator no palco, para pintar no meio da rua ou para furtar o

material necessário à execução de uma obra de arte; invocar o direito de propriedade para não pagar impostos; invocar o direito de educar os filhos para espancá-los com violência[2]; invocar o direito de sobrevivência para adquirir a posse sobre propriedade alheia; invocar a liberdade de expressão para denegrir a honra de outrem.

Portanto, constatando o intérprete que no caso concreto:

> ...o âmbito de proteção do direito ou o limite imanente do direito excluem a forma e o tipo de exercício do direito invocado, não haverá a preservação deste por meio do processo de ponderação, conforme sucede nos verdadeiros casos de colisão de direitos fundamentais.(Farias, 1996, p. 97)

4- Os princípios de interpretação constitucional e a solução da colisão de princípios

Embora a interpretação seja imprescindível tanto para as normas jurídicas em geral, como para as normas constitucionais, verifica-se que a interpretação das normas constitucionais reveste-se de especificidade o que levou a doutrina a elaborar um catálogo de princípios de interpretação da Constituição. Segundo Canotilho:

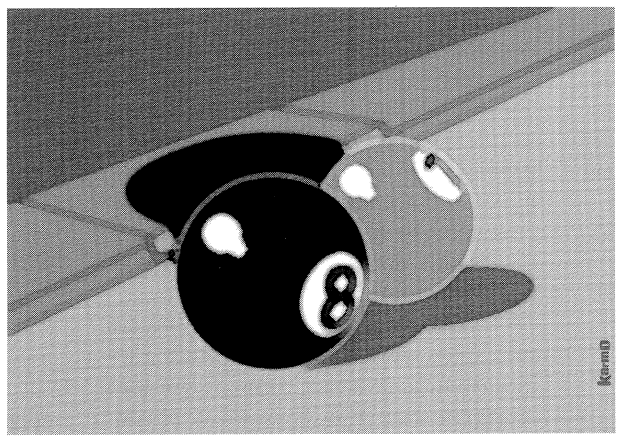
> A elaboração (indutiva) de um catálogo de tópicos relevantes para a interpretação constitucional está relacionada com a necessidade sentida pela doutrina e *praxis* jurídicas de encontrar princípios tópicos auxiliares da tarefa interpretativa: (1) relevantes para a decisão (=resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do direito constitucional, articulando direito constitucional formal e material, princípios jurídico-funcionais (ex.: princípio da interpretação conforme a constituição e princípios jurídico-materiais (ex.: princípio da unidade da constituição, princípio da efetividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, suscetíveis de ser esgrimidos na discussão de problemas constitucionais dentro da 'base de compromisso' cristalizada na normas constitucionais (princípio da praticabilidade). (Canotilho, 1998. p. 1096)

Dentre os princípios de interpretação constitucional equacionados pela doutrina, têm especial importância para a solução do conflito de princípios os seguintes princípios: princípio da unidade da constituição, princípio da máxima efetividade e princípio da concordância prática que passaremos a analisar a seguir.

O **princípio da unidade da Constituição** implica considerar a Constituição como um sistema "...que necessita compatibilizar preceitos discrepantes..."(Farias, 1996. p. 98) e traduz a idéia de que o Direito Constitucional deve ser interpretado de modo a harmonizar todas as suas normas, eliminando-se contradições entre as mesmas.

Para que se atenda a referido princípio:

> ...é necessário que o intérprete procure as recíprocas implicações de preceitos e princípios, até chegar a uma vontade unitária na Constituição. Ele terá de evitar as contradições, antagonismos e antinomias. As constituições, compromissárias, sobretudo, apresentam princípios que expressam ideologias diferentes. Se, portanto, do ponto de vista estritamente lógico, elas podem encerrar verdadeiras contradições, do ponto de vista jurídico são sem dúvida passíveis de harmonização desde que se utilizem as técnicas próprias do direito.(Bastos, 1997, p. 62)



Canotilho considera que citado postulado:

> ...obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (...) Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos interligados num sistema interno unitário de normas e princípios. (Canotilho, 1998, p. 1097)

Destarte, a interpretação da Constituição será sempre sistemática, o que significa que:

> ...as normas constitucionais devem ser consideradas como coesas e mutuamente imbricadas. Não se poderá jamais tomar determinada norma isoladamente, como suficiente em si mesma. É que a Constituição pode perfeitamente prever determinada solução jurídica num determinado passo seu, para noutro tomar posição contrária, dando lugar a uma relação entre norma geral e outra específica. Esta predomina no espaço que abrange. Não há, pois, qualquer fratura constitucional. E isso porque a Constituição é una, e se é ela o documento supremo de uma nação, todas as normas que contempla encontram-se em igualdade de condições, nenhuma podendo se sobrepor à outra para lhe afastar o cumprimento. As duas normas vigem por inteiro, apenas que em situações diversas (nunca para a mesma situação). Assim, cada uma vige em seu campo próprio, do que resulta a aplicação de ambas(Bastos, 1997, p. 103).

O princípio da unidade da Constituição constitui-se em preciosa diretriz para a solução dos conflitos que existam no âmbito da Constituição, pois seu principal papel é o de reconhecer as contradições e tensões - reais ou imaginárias - que existem entre as normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas.

A Constituição brasileira de 1.988 apresenta vários dispositivos que consagram valores e bens jurídicos que se contrapõe e que precisam ser harmonizados através do trabalho do intérprete. Assim, por exemplo, a liberdade de manifestação do pensamento e de expressão (art. 5º, incisos IV e X) esbarra no direito à honra, à intimidade, à própria imagem. O direito de propriedade há que ser conciliado com o princípio da função social da propriedade.

Enfim,

> ...cabe ao intérprete, por força do prin-

> cípio da unidade, um esforço de otimização: é necessário estabelecer os limites de ambos os bens, a fim de que cada um deles alcance um efetividade ótima. (Barroso, 1999, p. 193)

O **princípio da máxima efetividade,** também chamado de **princípio da eficiência** ou **princípio da interpretação efetiva,** significa que "...sempre que possível, deverá ser o dispositivo constitucional interpretado num sentido que lhe atribua maior eficácia"(Bastos, 1997, p. 104).

Conforme explica Canotilho:

> É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thomas), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.(1998, p.1097)

O **princípio da concordância prática** ou **da harmonização** "...impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros".(Canotilho, 1998, p. 1099)

Conforme preleciona Celso Bastos:

> ...através do princípio da harmonização se busca conformar as diversas normas ou valores em conflito no texto constitucional, de forma que se evite a necessidade da exclusão (sacrifício) total de um ou de alguns deles. (1997, p. 106)

Além de possibilitar a máxima efetividade normativa possível, o princípio da harmonização relaciona-se ao princípio da unidade na medida em que propicia a eliminação de contradições:

> Assim, o postulado da harmonização impõe que a um princípio ou regra constitucional não se deva atribuir um significado tal que resulte ser contraditório com outros princípios ou regras pertencentes à Constituição. Também não se lhe deve atribuir um significado tal que reste incoerente com os demais princípios ou regras.(Bastos, 1997, p. 106)

5- Conclusões

· A moderna metodologia jurídica entende que norma é o gênero que abrange duas espécies: as regras e os princípios. Princípios são "...normas jurídicas impositivas de uma optmização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante condicionalismos fáticos e jurídicos"(Canotilho, 1998, p. 1035). Regras são normas que prescrevem imperativamente um exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não cumprida (Canotilho, 1998, p. 1035).

· Os princípios constitucionais, além de conferirem unidade aos sistema normativo, na medida em que indicam as diretrizes para a compatibilização de idéias conflitantes albergadas pelo texto Constitucional, têm fundamental importância como condicionadores da tarefa interpretativa e como limites interpretativos máximos do texto constitucional.

· Quando as normas-disposição ou regras são antagônicas ou contraditórias, configura-se o conflito de regras (antinomia aparente). A convivência das regras é antinômica, pois como o sistema não pode albergar duas regras que se excluem, apenas uma delas tem validade. O conflito de regras jurídicas em geral se resolve pela aplicação dos critérios cronológico, hierárquico e da especialidade. Todavia, para solução do conflito de regras constitucionais apenas o critério de especialidade tem aplicação.

· A colisão de princípios é conflitual. Os princípios não convivem segundo a lógica do tudo ou nada, como ocorre com as regras, mas pela lógica da convivência e da conciliação. A colisão de princípios será solucionada levando-se em consideração o **peso** e a **importância** de cada princípio e as **circunstâncias** do caso concreto, variáveis estas que indicarão qual dos princípios prevalecerá ou sofrerá menor constrição que o outro. Nesta ponderação o intérprete deve optar por aquele princípio que, segundo sua avaliação, deve ter peso maior.

· A hipótese de colisão de direitos fundamentais caracteriza-se por ser uma colisão de princípios. Destarte, tanto a colisão de direitos fundamentais entre si, como a colisão destes com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente, há que seguir os critérios adequados à solução da colisão de princípios, ou seja, diante das circunstâncias do caso concreto, há que se ponderar o peso e a importância dos princípios colidentes para concluir a qual princípio, nessa conjuntura, deve-se atribuir maior peso. Por se tratar de uma ponderação de bens no caso concreto, não há uma hierarquia fixa, abstrata e apriorística entre os diversos valores constitucionais, com exceção do valor da dignidade da pessoa humana, porque é o valor-fonte de todos os outros.

· Os princípios de interpretação constitucional da unidade da constituição, da máxima efetividade e da concordância prática fornecem critérios seguros para a realização da ponderação de princípios (valores).

NOTAS

[1] Gomes Canotilho cita este exemplo e o seguinte, com a indicação de que foram retirados de dois casos paradigmáticos da jurisprudência alemã;

[2] Estes exemplos foram formulados por José Carlos Vieira de Andrade na obra **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 1987 e são citados por Edilsom Pereira de Farias, 1996, p. 97.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 5ª ed. São Paulo : Malheiros Editores, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** São Paulo : Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional** . São Paulo : Celso Bastos Editor, 1997.

-------- **Curso de Direito Constitucional**. 18ª ed. São Paulo : Saraiva, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra : Almedina, 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** Porto Alegre : Ségio Antonio Fabris Editor, 1997

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos:** Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 5ª ed. São Paulo : RT, 1989.

EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS UMA INICIATIVA COLETIVA[1]

Vinício Carrilho Martinez *

RESUMO

O texto aborda parte dos trabalhos, da metodologia e do espírito norteador que se fizeram presentes nos quase cinco anos de existência do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania de Marília, na área da educação e, notadamente, no recorte atribuído à Educação em Direitos Humanos. Resumidamente, o que denomino aqui de Projeto Educação em Direitos Humanos, teve, por objetivo principal, a reflexão e a sistematização de algumas propostas teóricas e práticas na área da educação que devem orientar formas de enfrentamento das várias manifestações de violência aflitivas da realidade social e escolar de grupos e movimentos sociais[2].

PALAVRAS-CHAVE

Direitos humanos; educação e propostas alternativas.

*__Vinício Carrilho Martinez__ é Professor de Teoria geral do Estado da Faculdade de Direito de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, doutorando pela Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo (FEUSP). citizen@mailbr.com.br - http://demo.meex.com.br

Inicialmente, devo ressaltar que o cultivo e a prática da tolerância constituem a melhor maneira de se enfrentar manifestações de violência. Daí que, também com esse objetivo, o Projeto procurou articular a análise empírica à propositura dos referenciais teóricos da Educação em Direitos Humanos. Porque, antes de tudo, é importante esclarecer que uma proposta desse nível requer mudanças culturais nos termos do que consideramos valores humanos: tolerância e eqüidade diante da diferença. Pois uma Educação em Direitos Humanos necessita, acima de tudo, da descoberta do outro e da conseqüente visualização de que o outro é portador dos mesmos direitos, garantias, prerrogativas e liberdades.

Breve história

Quando iniciamos os trabalhos, a proposta apresentada teve a inconteste vantagem de contar com a experiência acumulada de vários membros do Núcleo de Direitos Humanos e Cidadania de Marília (NUDHUC). O Núcleo constitui-se, hoje, em uma entidade representativa da sociedade civil de Marília, tendo-se notabilizado pelo trabalho de divulgação dos direitos humanos em nossa região em 1998, em face às comemorações dos 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e concluindo até o momento, sobretudo em 1999, com a apresentação do Programa de Direitos Humanos do Município de Marília.

A instituição do Núcleo, no entanto, remonta ao ano de 1995, a partir de uma idéia comum surgida com a VI Jornada Pedagógica, Educação Pela Paz, organizada na Unesp, relembrando os 50 anos de lançamento das Bombas A, no Japão, ao final da Segunda Guerra Mundial, e que teve como propósitos mais amplos discutir a cidadania e promover os direitos humanos no município e região.

Em 1998, várias entidades civis, de representação profissional, sindical (patronal e de trabalhadores), instituições e organismos, públicos e privados, representados por meio de seus prepostos e/ou representantes legais, firmaram compromisso público (assinando documento) com o intuito de participar, discutir e propor sugestões para a co-elaboração do Programa de Direitos Humanos de Marília e em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nesse tempo, o NUDHUC, dentre outras coisas, organizou dois grandes seminários e dois fóruns de Direitos Humanos e áreas transversais. Em 1999, como parte de sua tentativa de fixar o debate na região, o NUDHUC centrou esforços na elaboração do Programa de Direitos Humanos do Município de Marília. Com esse fim, e tendo por base o Programa Estadual de Direitos Humanos de São Paulo, os trabalhos foram divididos em várias áreas temáticas[3].

"Não será exagero afirmar que a Educação em Direitos Humanos constitui-se em uma Educação Para a Liberdade."

A área temática da educação, que é o objeto principal do artigo, por sua vez, formulou e encaminhou uma pauta de temas e teses para todas as escolas públicas e privadas, do ensino fundamental e médio, da cidade. Depois, transcorridas inúmeras reuniões ampliadas com todos os segmentos da comunidade escolar, a comissão organizadora da área temática considerou relevante organizar o I Encontro de Pais e Mestres de Marília; evento que contou com a participação efetiva, e não meramente presencial, de mais de 300 pessoas.

Em seguida, as sugestões foram reorganizadas em uma nova síntese, dessa vez publicada no Boletim da Escola, o primeiro informativo da área - com tiragem de mil exemplares - que foi enviado a todas as escolas de Marília e também distribuído no II Fórum de Direitos Humanos de Marília. A área temática ainda divulgou inúmeros textos-base dessa discussão em vários jornais regionais, por meio de artigos.

Ainda cabe salientar que, o sentido generalista que orientou a área da educação, sempre esteve pautado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, com base no artigo I, pois "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade."

E quanto à educação, priorizamos o enunciado do artigo XXVI:

> Todo homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.

Portanto, de acordo com o sentido mais global da mesma Declaração Universal:

> Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Assim, não será exagero afirmar que a Educação em Direitos Humanos constitui-se em uma Educação Para a Liberdade. Uma vez que o objetivo básico, não somente deste projeto, mas de toda modalidade de Educação em Direitos Humanos, é desestimular, condenar e combater qualquer forma de discriminação, preconceito, privilégio e desigualdade, isto é, práticas intolerantes que inibam, defendam, acentuem ou estimulem o

não-reconhecimento, o descompromisso ou a violação dos direitos humanos. De tal forma que a tolerância em relação a essas práticas será muito específica, como alerta Bobbio:

> A tolerância positiva consiste na remoção de formas tradicionais de repressão; a tolerância negativa chega mesmo à exaltação de uma sociedade anti-repressiva, maximamente permissiva (...) Não é que a tolerância seja ou deva ser ilimitada. Nenhuma forma de tolerância é tão ampla que compreenda todas as idéias possíveis. A tolerância é sempre tolerância em face de alguma coisa e exclusão de outra coisa (...) O único critério razoável é o que deriva da idéia mesma de tolerância, e pode ser formulado assim: a tolerância deve ser deve estendida a todos, salvo àqueles que negam o princípio de tolerância, ou, mais brevemente, todos devem ser tolerados, salvo os intolerantes. (1992, pp. 212-13)

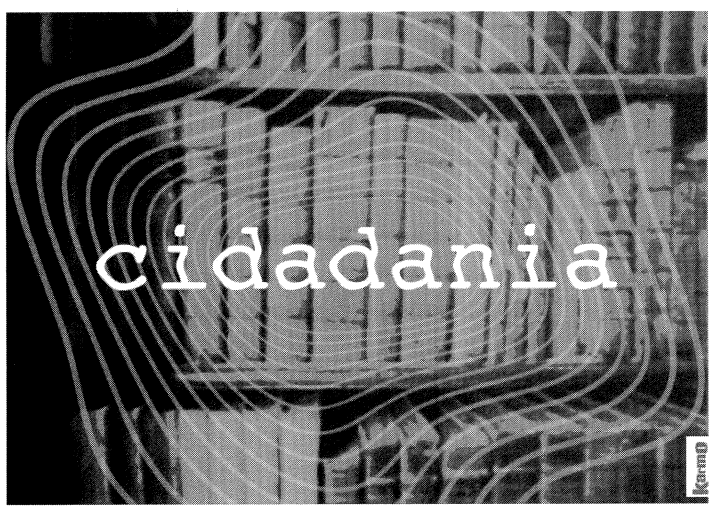
No sentido sociológico, trata-se de uma educação que propugna pela elevação dos níveis de interação e tolerância com os outros sujeitos e com a realidade social:

> É uma apropriação que faz o homem da posição que ocupa no seu aqui e no seu agora, do que resulta (e ao mesmo tempo produz) o descobrir-se em uma totalidade, em uma estrutura e não preso, ou aderido a ela ou às partes que a constituem. Ao não perceber a realidade como totalidade, na qual se encontram as partes em processo de interação, se perde o homem da visão focalista da mesma. A percepção parcializada da realidade rouba ao homem a possibilidade de uma ação autêntica sobre ela (Freire$_a$, 1983, p. 34).

Desse modo, e em conformidade com a temática dos direitos humanos, os fundamentos que orientam essa proposta estão pautados pelas diretrizes de uma educação voltada aos valores humanitários e centrados em práticas democráticas, efetivamente de relevo social, e que visem o desenvolvimento da tolerância e da paz e inibam sentimentos e posturas vinculados ou próprios do sentimento da desigualdade, além de acentuar a perspectiva da diferença, diversidade e complementariedade.

De forma mais sistemática, contudo, a temática dos direitos humanos deve ser transversal a todo o processo educativo e não exclusividade desta ou daquela especialidade ou ramo do conhecimento. Há sentido, porém, em falar-se de disciplinas específicas quando a referência é o ensino superior ou cursos centrados no tema porque, nesse caso, trata-se de um aprofundamento e alicerçamento do tema, das teorias e da história, de suas conseqüências sociais, além de pedagógicas, etc. Daí que se fala unicamente de Educação em Direitos Humanos e não de Educação para Direitos Humanos (como se fosse algo que se quisesse alcançar) porque a efetivação ou a violação da realidade dos direitos humanos promove ou obstrui a todos os seres.

A maior vantagem dessa perspectiva está na afirmação de que os Direitos Humanos recobrem toda a realidade da pessoa humana. Ainda que, infelizmente, hoje seja necessário esclarecer que os Direitos Humanos não se aplicam a este ou àquele grupo social de interesses, independentemente até mesmo da inequívoca justiça que recubra suas aspirações. Como exemplo, tome-se o movimento feminista. A adaptação do lema internacional (nenhum direito a menos) à noção universalista dos direitos humanos (nenhum direito a menos, alguns direitos a mais) tem dupla conseqüência: a) considera-se a história de luta e organização que o conforma e b) alarga-se o sentido empregado, exatamente com a incorporação. É a revelação do princípio universal, na medida em que desperta o universal presente no local. A luta feminina transformando-se num novo polo de acessibilidade dos Direitos Humanos, com homens e mulheres em igualdade, é um ótimo exemplo de transversalidade dos Direitos Humanos.



Por fim, mais uma vez, projeta-se a idéia matriz de sempre estarmos em conformidade com os elementos do direito à educação, como um direito público-subjetivo, uma vez que, além de discutir, definir e compreender adequadamente o que significa tal direito, devemos nos sentir obrigados a pensar, elaborar e propor metas, métodos, práticas e conteúdos que se adeqüem à democratização do ensino.

Enfim, se ainda pudesse reafirmar o sentido exposto, ressaltaria mais uma vez o espírito que sempre norteou os trabalhos realizados no NUDHUC, por mais de quatro anos:

> A educação deve estar voltada aos valores humanitários e centrados em práticas democráticas - efetivamente de relevo social - e que visem o desenvolvimento da tolerância e da paz, inibindo sentimentos e posturas vinculados ou próprios do sentimento da desigualdade alimentadora de preconceitos; além de acentuar a perspectiva da diferença, diversidade e complementariedade.

NOTAS

[1] Revisão geral a cargo de Sandra Mara Carrilho Andreatta.

[2] Escrevo na primeira pessoa e nesse nível devem ser atribuídas as falhas e inconclusões, mas os acertos gostaria de vê-los partilhados com os professores Carmem Sílvia Sanches Justo e José Antonio de Andrade

[3] Comunicação e Cultura; Criança e Adolescente; Educação; Emprego e Geração de Renda; Infra-estrutura Urbana; Meio Ambiente; Minorias e Discriminação; Saúde;

Segurança Pública; Justiça e Sistema Prisional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, H. **A crise na educação. In : Entre o passado e o futuro.** São Paulo : Editora Perspectiva, 1992.

____. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1994.

BENEVIDES, M. V. de M. Os direitos humanos como valor universal. **Lua Nova, Revista de Cultura e Política**. São Paulo : Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1994b - nº 34.

_____ . Educação para a democracia. **Lua Nova, Revista de Cultura e Política**. São Paulo : Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, 1996a - nº 38.

_____ . Educação para a cidadania. **Jornal da Tarde**, São Paulo, 05 dez. 1996b, p. 02.

_____ . Educação, democracia e Direitos Humanos. **Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos**, São Paulo, maio. 1997.

BOBBIO, N. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de janeiro : Paz e Terra, 1986.

____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro : Campus, 1992.

____. **As ideologias e o poder em crise**: pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, terceira via e terceira força. Brasília-DF : Universidade de Brasília, 3ª ed., 1994.

FREIRE, P. **Extensão ou comunicação?**. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1983a.

_____. **Pedagogia do oprimido.** Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1983.

_____. **Política e educação.** São Paulo: Cortez, 1993.

KANT, I. **A paz perpétua e outros opúsculos.** Lisboa : Edições 70, 1990.

LA BOETIE. **Discurso sobre a servidão voluntária.** Lisboa-Portugal : Edições Antígona, 1986.

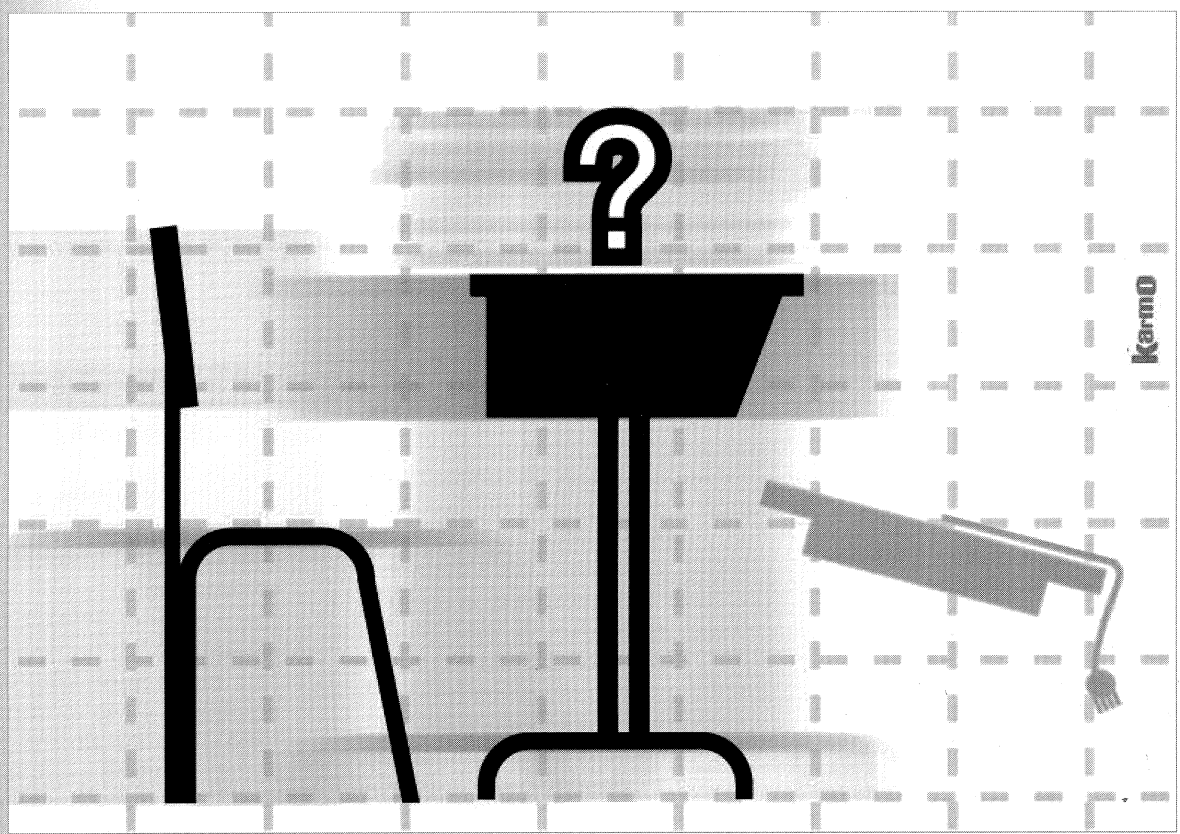
MARTINEZ, V. C. **O cidadão de silício**. Marília : UNESP - Faculdade de Filosofia e Ciências, 1997.

_____. **Violência, tolerância e educação**. São Paulo : CEAr/DLO/FFLCHUSP; Editora Mandruvá, 1999. (Videtur)

ROUANET, S. P. Dilemas da moral iluminista. In : NOVAES, Adauto. **Ética**. São Paulo : Companhia das Letras : Secretaria Municipal de Cultura, 1992.

DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO: DESAFIOS E OPORTUNIDADES

*Wilton C. L. Silva**



RESUMO

O texto discute de que forma se articulam as necessidades urgentes de nossa sociedade, nos campos sócio-econômico, político e jurídico, e a educação como instrumento de implantação de um projeto educacional para a afirmação dos direitos humanos e dos princípios de cidadania, enquanto reconhecimento, aplicação e ampliação destes, a partir de um projeto educacional que envolva os diferentes níveis do ensino e, em particular, o Curso de Direito.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos humanos; cidadania; educação e ensino jurídico.

* **Wilton C. L. Silva** é Professor de Metodologia Científica da Faculdade de Direito de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, doutorando em História pela UNESP – Assis.; e-mail: professor@pcpostal.com

Em geral as nossas leis não são conhecidas, senão que constituem um segredo do pequeno grupo de aristocratas que nos governam. Embora estejamos convencidos de que estas antigas leis são cumpridas com exatidão é extremamente mortificante ver-se regido por leis que não se conhecem. Não penso aqui nas diversas possibilidades de interpretação nem nas desvantagens que se derivam de que apenas algumas pessoas, e não todo o povo, possam participar da interpretação. Talvez estas desvantagens não sejam tão grandes. As leis são tão antigas que os séculos contribuíram para sua interpretação e esta interpretação já se tornou lei também, mas as liberdades possíveis a respeito da interpretação, mesmo que ainda subsistam, acham-se muito restringidas. Além do mais a nobreza não tem evidentemente nenhum motivo para deixar-se influir na interpretação por seu interesse pessoal em nosso prejuízo, já que as leis foram estabelecidas desde as suas origens por ela mesma; a qual se acha fora da lei, que, precisamente por isso, parece ter-se posto exclusivamente em suas mãos. Isto, naturalmente, encerra uma sabedoria – quem duvida da sabedoria das antigas leis – mas ao mesmo tempo nos é mortificante, o que provavelmente é inevitável. Além do mais, estas aparências de leis apenas podem ser na realidade suspeitadas (...) e as temos perseguido conscienciosamente até acreditar discernir nos fatos inumeráveis certas linhas diretrizes que permitem concluir sobre esta ou aquela determinação histórica, e se depois destas deduções finais cuidadosamente peneiradas e ordenadas procuramos adaptar-nos de certo modo ao presente e ao futuro, tudo aparece então como incerto e talvez como simples jogo de inteligência, pois talvez essas leis que aqui procuramos decifrar não existam.

Franz Kafka, Sobre a questão das leis

Na Antiguidade Clássica, criou-se um curioso estratagema para a leitura da sorte futura: utilizava-se como instrumento a escolha ao acaso do trecho de um livro consagrado, sendo comum o uso de versos do poeta romano Virgílio (daí as *sortes Virgilianae*, cf. Manguel, 1999, p. 237), e esse costume liga-se ao ato de escolher parte de um texto como abertura de uma exposição na esperança de, assim, sensibilizar o leitor para alguma nuance ou sinal do que se seguirá.

De alguma forma, a nossa sociedade mostra-se como uma simetria e uma oposição do mundo imaginado por Kafka quando também não conseguimos gestar um sistema jurídico capaz de apresentar leis conhecidas por todos, e são fundamentadas as críticas por não se cumprirem aquelas que fizemos e que, na sua inexeqüibilidade, servem à certas aristocracias.

As necessidades urgentes de nossa sociedade, provenientes de tensões nos campos sócio-econômico, político e jurídico, nos quais se processam a privatização do bem público e a segregação das massas[1], colocam a questão dos direitos humanos e da cidadania[2] em um ponto central da discussão sobre o projeto de país a ser empreendido não só para as gerações futuras mas, também, para o momento presente.[3]

Como todo projeto que é uma projeção de desejos e expectativas, acreditamos que o redimensionamento da questão dos direitos humanos, enquanto reconhecimento, aplicação e ampliação desses, coloca a educação em uma posição de ponto de partida.

O projeto educacional coloca-se ao mesmo tempo como uma meta urgente, cuja implementação é condição para a conscientização individual e a construção social de uma real cidadania, e um desafio utópico, frente ao quadro cotidiano de crise moral, ética, política e econômica. (Singer, 2000)

O processo educacional, portanto, vislumbrado como um esforço de amplos setores da sociedade organizada para a utilização de variados recursos, humanos, materiais e técnicos, para o reconhecimento, aceitação e defesa dos direitos humanos, seus fundamentos e garantias, tanto na sociedade como nas instituições, permitindo a consolidação de consciências individuais, grupos organizados, instâncias governamentais e mecanismos jurídicos que subsidiem a construção e manutenção de uma real cidadania.

Na sociedade brasileira atual, herdeira de um sistema aristocrático e escravista, de um lado os indivíduos simplesmente desconhecem seus direitos, soterrados pela realidade de miséria, discriminação e exploração, e de outro, as instituições que deveriam delimitar e resguardar os direitos e garantias não são totalmente capazes de implementa-los, originando um claro descolamento entre a positivação e a efetividade da cidadania.

> O problema aqui apresentado tem raízes históricas, que ultrapassam os marcos do sistema escravocrata e colonial. Historicamente, a formação jurídica em nosso país está vinculada ao sistema ideológico, político e burocrático do Estado liberal em formação, que reflete uma mentalidade dominante em inícios do século XIX, constituída pelo liberalismo individualista. Não contraditoriamente, a educação na sociedade brasileira, historicamente, tem se pautado em habilitar os grupos sociais de trabalhadores técnica, social e ideologicamente para o trabalho, induzida por exigências de desenvolvimento do sistema econômico. A relação entre cidadania e direitos constitui-se como secundária, frente às articulações de interesses das frações dominantes de expansão capitalista. (Berwig, 1997)

Esses interesses, na busca de suas justificações, moldaram não só um aparato jurídico-institucional e as normas que o regem, como também um sistema de reprodução ideológico-cultural estabelecido em diferentes instâncias e níveis.

O processo educacional, particularmente a educação formal, mostrou-se desobrigada de contribuir para a formação de identidades individuais e grupais que incorporassem a responsabilidade social e a direção política, restringindo-se ao duplo papel de:

> ...além de reprodutora da ideologia e das relações de classe, está destinada a criar em pouco tempo, a baixo custo e em baixo nível, um exército alfabetizado e letrado de reserva (Chauí, 1985, p. 57)

A proposta de ensino que se proponha somente a formar profissionais com uma visão fragmentada ou compartimentada do conhecimento, em que o próprio conteúdo é o fator determinante de sua importância, sem abrir-se a outros referenciais culturais, éticos e políticos, é não só instrumentalmente falha como moralmente iníqua.

Embora a simples educação formal não seja um mecanismo suficientemente forte para a garantia de validação dos direitos humanos e da consolidação da cidadania, mostra-se imprescindível para a construção de sólidos referenciais de uma cidadania efetiva.

A política punitiva, embora tenha uma **função manifesta** socialmente justificada (a diminuição da violência e do comportamento criminoso), não é elemento capaz de garantir por si só a afirmação da garantia de direitos, surtindo efeitos perversos, que a sociologia identifica como desdobramento da **função latente**:

> ...a) a criminalização coletiva da subclasse urbana negra, b) o enfraquecimento da vida social e econômica das minorias, c) a diminuição do efeito simbólico da punição criminal entre as minorias, d) o abalo da legitimidade do sistema de justiça criminal e da cooperação das comunidades e, finalmente, e) o enfraquecimento da autoconfiança dos profissionais do sistema criminal. (Savelsberg, apud Singer, 2000)

A educação mostra-se como um caminho para a reversão desse quadro de desarticulação social para a afirmação de um projeto que permita romper com a base do pensamento punitivo, no qual se mede valores, equivalências e trocas na esperança de produzirem-se remorso, culpa, previsão e confiabilidade, como entre um credor e um devedor.[4]

As palavras e as coisas

No mundo abstrato dos léxicos, **cidadão** é entendido como um indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos de um Estado, ou no desempenho de seus deveres para com este e, **cidadania,** enquanto **qualidade ou estado de cidadão,** mostrando de que forma se manifesta a ambição de traduzir idéias complexas com a utilização de poucas palavras.

Os textos jurídicos, em que tal ambição é inerente à sua gênese, esboçam diferentes interpretações parciais sobre a mesma condição sócio-política, abordando-a diluída no texto constitucional em diversos títulos, capítulos e artigos que embora busquem afirmar ***o* exercício da cidadania,** perdem-se em uma multiplicidade de nuanças da mesma forma que no senso comum ocorre semelhante diversidade.

A origem histórica dos direitos humanos está na busca da defesa dos cidadãos contra o arbítrio dos governantes e abusos do Estado, entendido não mais como uma instituição que se sobrepõe à sociedade, mas sim como uma das partes de um contrato social:

> ...os direitos ditos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação. (Bobbio, 1992, p. 32)

A historização dos direitos humanos pode ser afirmada a partir de dois modelos básicos:

· o proposto por Bobbio (1992, p. 28-30) que identifica três momentos, inicialmente como direitos naturais universais delimitados pelas teorias filosóficas que originaram o jusnaturalismo, depois como direitos positivos particulares afirmados pelos legisladores dentro de Estados específicos e, finalmente, como direitos positivos universais, como na Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948 que afirma tais direitos como trans-nacionais;

· a divisão proposta por Lafer (1991, p. 125-134) , segundo critérios da ONU,

"As necessidades urgentes da sociedade, provenientes de tensões nos campos sócio-econômico, político e jurídico, colocam a questão dos direitos humanos e da cidadania."

que os identifica em três gerações, na qual a primeira seria a da afirmação os direitos civis e políticos (de caráter individual, mesmo quando exercidos coletivamente, representariam a liberdade do homem contra o poder absoluto do Estado), os de segunda geração, também chamados de sócioeconômicos (que surgem como reivindicação de participação no **bem-estar social**) e os de terceira e quarta gerações (direitos de titularidade coletiva)[5].

Embora na cultura jurídica a cidadania seja identificada como um atributo concedido pelo Estado ao indivíduo nacional, tornando a nacionalidade como condição para a cidadania e esta como condição que acompanha, de forma não dinâmica, o indivíduo por toda a sua vida (Andrade, 1993, p. 28), por outro lado as interpretações sócio-políticas enfatizam mais do que a simples equivalência à nacionalidade, estabelecendo relação com o auto-reconhecimento enquanto sujeito dotado de direitos e com a capacidade de gerar ações que implementem tais direitos e possam gerar outros (Bobbio, 1992) (Adorno, 1997).

Embora juridicamente a cidadania confunda-se com a nacionalidade e com o direito de voto, politicamente ela deve ser percebida pelo reconhecimento do sujeito como membro da comunidade pelos setores de controle do setor político que dispõe de vínculos jurídicos (a cidadania da criança que tem seus direitos protegidos pelo Estado é um exemplo que demonstra essa ampliação para além do gozo dos direitos políticos).

A escola, entre outros diversos canais de comunicação na sociedade, tem uma posição privilegiada para possibilitar a efetivação dos conhecimentos para a construção de condições no sentido de buscar a efetivação dos direitos existentes (efetivos ou não) e de sua ampliação.

O auto-reconhecimento como sujeito dotado de direitos inscreve-se como o grande desafio dentro das democracias recentemente consolidadas, desafiadas por demandas sociais emergenciais, assim como pelo decalque entre a existência formal e a falta de efetividade das normas e leis, no qual o processo educacional poderia agir como um fundamental catalisador da emancipação da população e à luta pelos direitos já elencados na Constituição.

Esse papel de foco de ampliação da cidadania a ser assumido pela escola pressupõe uma nova prática didático-pedagógica na qual se afirme um conhecimento interdisciplinar e se estabeleça a construção de laços de reciprocidade entre a escola, a comunidade e a sociedade.

> Para tanto, não basta teorizar os direitos humanos em sala de aula. É necessário tornar a vivência entre professores e alunos uma prática de direitos, onde cada um desempenhe seu papel. É necessário também que os professores tenham uma visão crítica da realidade e sejam conscientes do papel que desempenham para o desenvolvimento da cidadania. A partir da idéia de cidadania e direitos humanos é possível construir interdisciplinarmente um referencial comprometido com mudanças, priorizando a relação aluno-professor, que desencadeará a busca de uma nova relação indivíduo-Estado. (Berwig, 1997)

O exercício dos direitos huma-

nos implica primeiramente na constituição dos indivíduos em cidadãos subjetiva e objetivamente, ou seja, que se reconheçam como sujeitos de direitos. As especificidades das formações sociais, das formas de distribuição social das riquezas, dos valores culturais, das perspectivas ideológicas e dos sistemas jurídicos refletem-se diretamente na forma como os direitos humanos e a cidadania constituem-se em concepções, significados e valores de cada época e de cada segmento social.

O reconhecimento dos direitos por parte da população possibilita uma ruptura da acomodação cotidiana, e só se torna possível pela percepção consciente destes direitos e que tornaria realmente viável oferecer um serviço de assessoria jurídica para a busca de soluções pela via forense.

O processo de conscientização crescente sobre direitos humanos e cidadania é um fator de democratização real, permitindo atender as demandas dos excluídos e resgatar o projeto libertário que os originou a partir da teoria contratualista do iluminismo (Rouanet, 1985) (Rouanet, 1989) (Bobbio, 1992) (Hobsbawm, 1998), e que, hoje, restringe-se a sua limitação aos direitos de liberdade, identificados como os direitos naturais, a liberdade de pensamento, de religião, de reunião, de ir e vir, de produção e de comércio, que se contrapõem ao poder coercitivo do Estado (Marshall, 1967, p. 63-64).

> A nova ordem burguesa de caráter libertário postulou direitos dentro de um projeto político de organização social com base jurídica 'todos são igualmente sujeitos jurídicos', apresentando o direito como substitutivo moderno do privilégio feudal. A cidadania surge como configuração da igualdade dos proprietários de mercadorias na plena liberdade de mercado. Igualdade e liberdade formais desenham o novo status da cidadania. (Corrêa, 1996, p. 210)

Embora ocorra esta ruptura, Hobsbawm (1996, p. 77) identifica a **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão** como um manifesto contra os privilégios hierárquicos da nobreza e não como a favor de uma sociedade democrática e igualitária.

Essas idéias concretizam-se no discurso jurídico contemporâneo na forma de uma idéia de cidadania enquanto uma categoria estática e cristalizada, ora identificada com a nacionalidade, ora dela diferenciada.

Segundo Andrade (1993), não há um aprofundamento das análises acerca da cidadania por parte dos juristas, figurando uma aparente indeterminação significativa, com a ausência de um estatuto próprio. Há alguns que a identificam com a nacionalidade frisam os aspectos que consolidam ou suspendem a nacionalidade, e há outros que a ampliam para além da nacionalidade somente incorporando os direitos políticos de votar e ser votado.

Ainda segundo Andrade(1993), no discurso jurídico o tema da cidadania está vinculado às disciplinas de Direito Constitucional (em que se privilegiam o tema relacionado à **nacionalidade** e aos **direitos políticos**) e Teoria Geral do Estado (na qual o elemento *povo* aparece como constitutivo do Estado, contrapondo o conceito de nacional face ao de estrangeiro)[6].

A percepção estática da cidadania no discurso jurídico enquanto exercício dos direitos políticos tem uma função reguladora da participação política do indivíduo, limitando sua intervenção dentro do universo da participação pelo voto, descaracterizando as possibilidades da instituição de autonomias sociais e individuais que possibilitariam uma cidadania efetiva, além das limitações conservadoras do discurso burguês lapidado a partir dos referenciais iluministas (Andrade, 1993, p. 29) (Castoriadis, 1982).

Por outro lado, a cidadania enquanto nacionalidade, é considerada um atributo concedido pelo Estado ao indivíduo que evoca a igualdade perante a lei e os outros indivíduos, tornando-o portador de direitos e obrigações, no qual ocorrem, ao mesmo tempo, o descarte de desigualdades institucionalizadas e a inefetividade dos direitos formalmente reconhecidos.

O enfoque molecular dos fenômenos jurídicos trata a cidadania como espaço de ação limitada de indivíduos atomizados, colocados como sujeitos abstratos livres e iguais, capazes de contratar livremente, sob a supervisão do Estado. Esse discurso jurídico é dominante, apoiando-se numa percepção restrita dos fenômenos jurídicos, na qual se negam processos políticos e sociais por meio de categorias abstratas como a de cidadania, reduzidas a normatização desvinculada dos conteúdos históricos, socioeconômicos e políticos que possuem.

Um enfoque para além do juridicismo, com perspectiva molar, deve romper com as limitações da cidadania dentro de seus aspectos formais e da titularidade de direitos políticos, afirmando-se espaço público em que o indivíduo seja reverenciado como um ser humano, semelhante e parte de um todo emposição de igualdade. (Arendt apud Lafer, 1991, p. 151)

A marginalização, produzida tanto pelo desconhecimento como pela inefitividade dos direitos, pode ser superada pela constituição de atores sociais organizados e pela construção de instituições permeabilizadas pelas demandas efetivas dos imensos setores excluídos do espaço público.

A afirmação de atores sociais autônomos e de espaços sociais que reconheçam a autonomia como conseqüência da inserção individual para além do espaço privado, por meio do acesso ao espaço público, é condição *sine qua non* para a legitimização do estatuto jurídico vigente.

Essa real democratização da cidadania deve postular a ordem jurídica que incorpore os dissensos sociais, reconheça a pluralidade dos atores sociais, suas falas e reivindicações e desenvolva uma auto-percepção da sua existência enquanto fenômeno social e histórico que se justifica para garantir a efetividade de todos os direitos ao sujeito, grupo ou comunidade para além de fórmulas estáticas, reducionistas e despolitizadas:

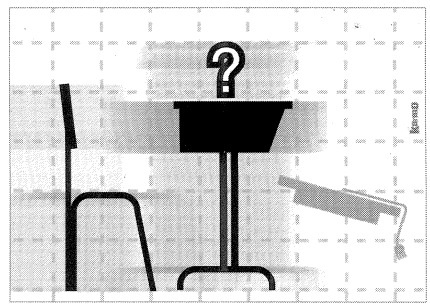
> E, se é verossímil a idéia de que na base da democracia encontra-se a preocupação em realizar direitos (...) e que a cidadania é o espaço político pelo qual a reivindicação e o exercício dos direitos se exteriorizam, a construção da democracia, onde ela inexiste, passa, fundamentalmente, pela realização da cidadania. (...) O processo de conquista e ampliação dos direitos civis, políticos e socioeconômicos que definem a configuração hegemônica do discurso da cidadania (constitucionalizado e institucionalizado nas sociedades capitalistas) é acompanhado, mal ou bem, do seu reconhecimento legal e da existência de instituições estatais, como seus canais de expressão. É constituído, enfim, através da dialética permanente do instituinte ao instituído. (Andrade, 1993, p. 131-3)

Se o direito de colocar-se como ator social instituinte, afirmando novos direitos, passa pelo reconhecimento de vínculos jurídicos com o Estado, a condição para a afirmação da cidadania, no entanto, só afirma-se na sua efetividade, no acesso aos espaços públicos. A cidadania efetivada deve relacionar-se com o discurso jurídico mas também superá-lo para além dos vínculos formais entre os indivíduos e o Estado em um fazer político que se manifeste nas instituições e nos grupos sociais organizados que promovam o bem-estar coletivo e a efetividade dos direitos humanos.

Portanto, a cidadania ativa pressupõe um componente jurídico formal na afirmação de direitos reconhecidos pelas instituições, e outro político, na ação dos sujeitos sociais que se mobilizam constantemente para a sua efetividade e ampliação que, segundo Marshall (1967), manifestar-se-ia socialmente como uma **aspiração dirigida** de efetiva igualdade. Enquanto a existência do componente jurídico formal torna possível o exercício da cidadania, somente a mobilização dos atores sociais garantem a sua implementação:

> Neste sentido, a cidadania é a condição de reclamação, de reivindicação de direitos e do exercício destes direitos. A cidadania é o acesso ao espaço público: em primeiro lugar ela é o acesso jurídico e político; em segundo, ela é a participação no processo de construção desse espaço público. O acesso jurídico confere ao sujeito o direito de participar da comunidade o *status* da cidadania. Porém, não basta o sujeito ter a nacionalidade, pois esta não garante a efetividade dos direitos humanos. A cidadania é também participar e ser responsável pela construção do espaço público, que é justamente a concretização dos direitos formais e a conquista de novos direitos. Portanto a cidadania, juntamente com o sentido jurídico legal, é o processo de construção de direitos e do espaço onde o sujeito tenha condições de viver plenamente. (...) A cidadania é a condição jurídica acrescida da luta pela construção desses direitos na esfera pública. E neste sentido temos que admitir o sujeito como pertencente a uma comunidade juridicamente regulada. O ordenamento jurídico é que dá a condição do sujeito poder cobrar direitos e participar da construção do espaço público. (Berwig, 1997)

Direito, Educação e Cidadania



Se a cidadania surge como consequência do estabelecimento de espaços institucionais e para além das instituições, o componente político tem no processo educacional uma posição fundamental, quando nos diferentes níveis de ensino (o básico, o fundamental, o médio e o superior) que permitiriam a tomada de consciência necessária para a formação de sujeitos capazes de exigir a efetividade e ampliação dos direitos humanos e da cidadania para uma sociedade autônoma capaz de propor:

> ... novas formas de cidadania coletivas e não meramente individuais; assentes em formas político-jurídicas que, ao contrário dos direitos gerais e abstratos, incentivem a autonomia e combatam a dependência burocrática, personalizem e localizem as competências interpessoais e coletivas em vez de as sujeitar a padrões abstratos; atentas às novas formas de exclusão social baseadas no sexo, na raça, na perda de qualidade de vida, no consumo, na guerra, que ora ocultam ou legitimam, ora complementam e aprofundam a exclusão baseada na classe social. (Santos, 1995, p. 263-4)

A escola, em quaisquer de seus níveis, deve permitir o reconhecimento dos direitos humanos e a sua implementação e constante ampliação como um processo de concretização da cidadania.

> Um requisito essencial para se alcançar a cidadania plena é que o sujeito seja um sujeito autônomo. Pela educação pode-se mostrar o caminho para a busca de uma verdadeira autonomia. E isto é possível ao se criar um discurso próprio, autônomo, no qual se desenvolva uma pedagogia realmente transformadora, que considere a relação entre o sujeito de direitos e o poder do Estado, numa dimensão que privilegie as próprias experiências vividas.
>
> Desta forma a educação pode auxiliar a construção de uma verdadeira cidadania. Essa educação tem que ser construída pelos sujeitos envolvidos onde participe toda a sociedade. (Berwig, 1997)

Enquanto o ensino básico e fundamental tem inerente a si o objetivo da conscientização dos direitos por parte do corpo discente e da comunidade em que se insere, o ensino médio e o superior podem ampliar os referenciais e gestar modelos de participação social e política que se sirvam das instituições de ensino como catalisadores da construção dessa cidadania participativa.

No campo jurídico, cabe tanto aos professores quanto aos alunos dos cursos de Direito desenvolverem uma postura crítica e modelos de intervenção que tirem os direitos humanos da posição de área onde ocorre a maior defasagem entre a norma e sua efetiva aplicação, quer pela ênfase na formação de profissionais eticamente comprometidos com essa mudança, quer pela criação de mecanismos acadêmicos que visem colocar ao alcance da população, a compreensão de seus direitos e condições de intervenção sobre suas necessidades e expectativas.

Esses compromissos de conscientização, mobilização e intervenção convergem para a ampliação do curso universitário para além dos *campus*, para a formação menos bacharelesca dos estudantes, para a valorização ética da prática jurídica, para um fortalecimento da sociedade civil e para uma crescente permeabilização do poder público aos anseios de setores sociais até então excluídos do espaço político.

Essa mudança de perspectiva no ensino jurídico, à médio prazo, contriburia significativamente para a efetividade dos meios legais responsáveis pelas garantias do contrato social, possibilitando a reversão dos processos de desintegração social que vêm comprometendo a eficácia da lei, sua expressão moral e a legitimidade do poder institucional da autoridade legal.

Logicamente que, somente mudanças de perspectivas no ensino jurídico, não garantem alterações tão significativas, mas servem como ponto de apoio para reivindicações jurídicas dos desprivilegiados que se podem colocar como força motriz nas transformações necessárias que permitam, a partir de práticas coletivas, a conquista do espaço público e da autonomia.

> Um requisito essencial para se alcançar a cidadania plena é que o sujeito seja um sujeito autônomo. Pela educação pode-se mostrar o caminho para a busca de uma verdadeira autonomia. E isto é possível ao se criar um discurso próprio, autônomo, no qual se desenvolva uma pedagogia realmente transformadora, que considere a relação entre o sujeito de direitos e o poder do Estado, numa dimensão que privilegie as próprias experiências vividas.
>
> Desta forma a educação pode auxiliar a construção de uma verdadeira cidadania. Essa educação tem que ser construída pelos sujeitos envolvidos onde participe toda a sociedade, sendo que as professoras tenham claro seu papel enquanto educadoras. (Berwig, 1997)

Novos projetos educacionais que contribuam para a firmação da cidadania e defesa dos direitos humanos podem ser gestados dentro de diferentes processos de ensino, do nível básico ao superior e da educação formal e informal, possibilitando o desenvolvimento de uma perspectiva de intervenção transformadora da sociedade, socialmente justa e eticamente responsável.

Podemos perceber que mais que discursar sobre cidadania é necessário assumir práticas cidadãs de modo a criar situações de aprendizagem institucional e/ou vivencial que exijam a construção de oportunidades a todos.

Parafraseando ECO (1998, p. 121), deve-se perceber que diante de acontecimentos excepcionais, a sociedade não se pode permitir aplicar leis vigentes, mas deve assumir a responsabilidade de sancionar novas leis, e o processo educacional (inclusive o jurídico) deve ter a mesma permeabilidade que as leis para as demandas histórico-sociais, impedindo a anarquia hobbesiana ou a anomia durkheimiana.

Notas

[1] O processo de isolamento da temática dos direitos humanos da imensa maioria da população brasileira foi estudado por Teresa Pires do Rio Caldeira (***City of Walls**: Crime, Segregation and Citizenship* in São Paulo, Tese de PhD em Antropologia, Universidade da Califórnia, 1992) através do exemplo de S. Paulo na história recente do país, onde a luta pelos direitos humanos, que no período da ditadura estava ligado aos presos políticos, a partir do começo dos anos 80 desloca o discurso das organizações civis e mesmo do governo estadual para a "humanização dos presídios" e uma necessária reestruturação da polícia, enquanto se processava uma escalada da violência paralelamente à ataques de políticos de direita e membros da polícia e do judiciário que identificavam direitos como privilégios e direitos humanos como "direitos de bandidos". (Singer, 1998)

[2] "Embora possa haver muita semelhança entre cidadania e direitos humanos, é necessário diferenciá-la destes, pois ter acesso garantido a esses direitos significa sua inserção no espaço público. Para garantir acesso ao espaço público, é necessário o vínculo jurídico que o torne sujeito de direitos. Assim, não podemos simplesmente reduzir a cidadania a direitos civis, políticos, socioeconômicos, de solidariedade e outros que normalmente podemos ter conhecimento. Como salienta Darcísio Corrêa (1996, p.219), o próprio Marshall faz sua análise da cidadania vinculando-a ao surgimento dos direitos civis, políticos e sociais. E que hoje a cidadania é vinculada à reivindicação de direitos por grupos sociais, diferenciados por categorias. São eles os trabalhadores rurais, negros, mulheres, crianças, idosos, dentre outros. Mas com isso não se afirma que a cidadania são os próprios direitos." (Berwig, 1997)

[3] Ribeiro (1997) identifica a dificuldade de permeabilização da sociedade como um todo ao tema dos direitos humanos, dotados de um viés iluminista voltado a liberdade, igualdade e fraternidade que talvez não seja o desejo da maioria, que prefere o oposto, a "dependência de um chefe" e a "não-realização pessoal", identificando-se historicamente com as elites que propunham a heteronomia e a opressão. Já Singer (1998) identifica como razão para o isolamento do tema frente às massas na ênfase à penalização, que é fundamentalmente conservador, ao invés de frisar seu aspecto libertário, trocando sua mensagem de igualdade, felicidade e liberdade pela culpabilização, penalização e punição.

[4] As origens históricas da punição e da premiação como manifestação de tecnologias disciplinares tem em Foucault (1977) um estudo fundamental, no qual a comparação, a exclusão, a normalização e a homogeneização dos indivíduos é abordada como estratégias de controle sobre os corpos.

[5] "Depois da 2ª Guerra Mundial ocorre a universalização e multiplicação dos direitos humanos que, segundo Norberto Bobbio (1992, p.68-9), ocorre devido ao aumento da quantidade de bens merecedores de tutela; à extensão da titularidade de alguns direitos humanos típicos a sujeitos diversos do homem individual, ou seja, os direitos das coletividades, como por exemplo, a família, as minorias étnicas e religiosas; e, ao próprio homem, não considerado mais como ente genérico, mas na especificidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, deficiente, etc. Ocorre a passagem dos direitos do homem genérico ao específico, levando-se em conta os diversos *status* sociais. Assim, surgem as Declarações de Direitos da criança, do deficiente mental, do deficiente físico, de Direitos Políticos da mulher, dentre outros." (Berwig, 1997)

[6] "De acordo com Celso Lafer esses termos (nacionalidade e cidadania) freqüentemente são utilizados como sinônimos em distintos sistemas jurídicos, sendo que para eles 'a cidadania pressupõe a nacionalidade, mas o nacional pode estar legalmente incapacitado para exercer a cidadania, ou seja, os seus direitos políticos', para depois complementar exemplificando que é o caso 'do menor, até ele atingir a maioridade política, dos interditados e, em certos países, dos analfabetos ou condenados a penas de reclusão' (Lafer, 1991, p. 135). Esta (sic) cidadania a que Celso Lafer faz alusão considera-se tão somente para caracterizar um aspecto do vínculo jurídico Estado-indivíduo. Esta é uma atribuição da cidadania, quando ocorre uma exclusão daqueles que ao Estado não interessa que estejam participando da sociedade." (Berwig, 1997)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. O Social e a Sociologia em uma era de incertezas. **Plural**: Pós-Graduação em Sociologia, São Paulo, n. 4, p. 1-27, 1997.

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, Poder e Opressão**. São Paulo : Alfa-Omega, 1984.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania:** do direito aos direitos humanos. São Paulo : Acadêmica, 1993.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana.** Rio de Janeiro : Forense-Universitária, 1983.

BERWIG, Aldemir. **Cidadania e Direitos Humanos na mediação da escola**. Ijuí, 1997. Dissertação (Mestrado em Educação nas Ciências). Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul.

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

CASTORIADIS, Cornelius. **A instituição imaginária da sociedade.** Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1982.

CHAUÍ, Marilena S. O que é ser educador hoje? Da arte a ciência: a morte do educador. In: BRANDÃO, Carlos (Org.). **O educador vida e morte.** Rio de Janeiro : Graal, 1985. p. 52-70.

CORRÊA, Darcísio. **Implicações jurídico-políticas da dicotomia público-privado na sociedade capitalista.** Florianópolis. 1996. 259 p. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de Pós-Graduação em Direito, UFSC.

ECO, Umberto. **Cinco escritos morais**. São Paulo : Record, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Petrópolis : Vozes, 1991.

HOBSBAWM, Eric. **A era das revoluções.** Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1996.

HOBSBAWM, Eric. Barbárie: manual do usuário. In : _____. **Sobre História.** S. Paulo : Companhia das Letras, 1998. p. 268-280.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos**: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo : Companhia das Letras, 1991. **leitura**. São Paulo : Companhia das Letras, 1999.

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

RIBEIRO, Renato Janine. O desejo de ser tutelado. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 22 ago. 1997. p. A-2.

RIOS, Terezinha Azerêdo. **Ética e Competência**. São Paulo : Cortez, 1999.

ROUANET, Sérgio Paulo. **A razão cativa**. S. Paulo : Brasiliense, 1985.

ROUANET, Sérgio Paulo. **As razões do iluminismo**. São Paulo : Companhia das Letras, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice :** O social e o político na pós-modernidade. São Paulo : Cortez, 1995.

SINGER, Helena. Direitos Humanos e volúpia punitiva. In : Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. USP. Capturado em 1/2/2000. Dis-ponível na Internet http//www.direitoshumanos.usp.br/bibliografia/helena/html.

SOUZA, Mériti de. **A Experiência da lei e a lei da experiência**. S. Paulo : FAPESP, 1999.

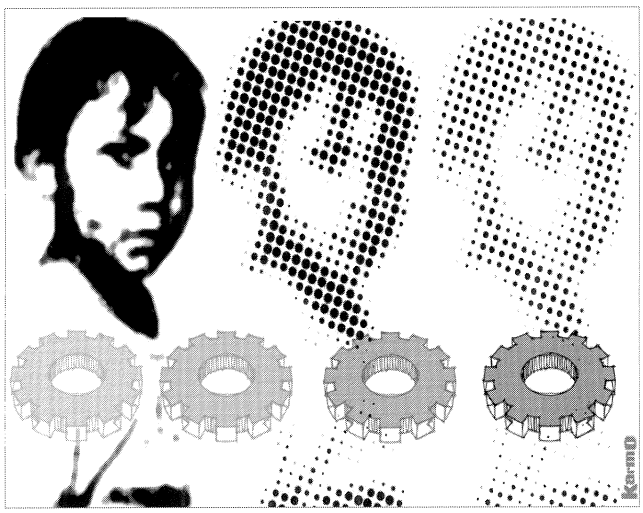
Ponto de Vista

TRABALHO INFANTIL

Anderson Cega *

Governo e sociedade dizem não ao trabalho infantil. Sem desprezar alguns estudos já realizados sobre o tema, é forçoso reconhecer que nenhum destes oferece uma análise situacional capaz de subsidiar programas e planos de ação a fim de que se intervenha de forma eficiente e adequada na realidade.

Muito embora as autoridades brasileiras tenham emendado a Constituição Brasileira, para que a mesma venha a proibir o trabalho infantil, não é esta a realidade que vem ocorrendo, e isto mais precisamente nos estados do Norte e Nordeste. Nesses Estados, inúmeras são as famílias onde as crianças trabalham para sustentar o próprio lar. Dados que por si só me motivaram pesquisar mais a fundo a problemática social que aflige a essas crianças, porque deveriam estar nos bancos escolares e não trabalhando. Porém, antes da análise propriamente dita, recolhi para o leitor alguns fragmentos, falas e contextos desse trabalho muito precoce.



Fragmentos de vida de meninos trabalhadores

Você estava vendendo amendoim?
- Não, eu estava na rua e deu um negócio lá em Jardim da Pedia, tinham roubado cerâmica, então falaram que foi a gente e pegou a gente, isso aí não tá certo não, e também tem que aumentar o salário pra gente.

Você tem pai ou mãe?
- Meu pai ganha menos que um salário mínimo por mês, isso é muito pouco.

Tem mais gente que ajuda em casa?
- Tem, mas o certo mesmo é as crianças não dever trabalhar não, era só para estudar: O trabalho ajuda em casa e o estudo ajuda na vida.
- No futuro quero ser motorista de firma. Se eu não for varredor de rua, é, isso mesmo. Não sei se dá pra mim tirar diploma.
- Não dá pra estudar de dia, eu tenho que trabalhar. De noite não tem vaga e chove de bandido.
- Eu vendo picolé e quebraram minha caixa. Zé Sarney vai ter de me dar outra caixa.

Fragmentos da realidade do trabalho precoce

· Carvoaria

Dezembro é um mês muito quente em Mato Grosso do Sul. No eucaliptal da Fazenda Rio Verde, no município de Água Clara, 180 km a leste de Campo Grande, inúmeras baterias de fornos de carvão ajudam a tornar o ambiente semelhante às proximidades de um vulcão. A fumaça que sai dos grandes iglús de barro, queimando a madeira, faz os olhos e o nariz arderem. No chão, uma mistura de areia e carvão triturado.

Na região, metade das crianças trabalham mais de 40 horas semanais e a maioria ganha apenas o salário mínimo. É uma regra quase geral os pais trabalharem por produção, sem vínculo empregatício fixo, e levarem seus filhos para engrossá-la. Assim os pequenos logo abandonam a escola pelo trabalho por causa das duras jornadas a que se submetem, comprometendo, inevitavelmente, seu futuro.

· Britas

Como freqüentar a escola depois de um dia trabalhando na brita de pedras, por exemplo? Esta é a realidade de quase 3 mil crianças nos municípios do Nordeste baiano, como Santa Luz, cerca de 200 km de Salvador. A região vive da cultura do sisal e quando não há sisal para cuidar, colher, desfiar ou bater, muitas crianças ajudam seus pais na lavra de paralelepípedos ou na brita manual de pedra.

Quem vai em direção a Monte Santo passa pela Sena do Lajeado, e logo vê uma grande afloração de pedra no meio da planície do Agreste baiano. Ali, crianças e jovens acompanham seus pais no duro oficio de lavrar paralelepípedos durante o dia inteiro, com sol escaldante, pagos a 12 dólares o milheiro: para se fazer mil paralelos, são precisos de dois a três dias. Osiel Sousa da Silva, 10 anos, trabalha lá, acompanhando o pai. São eles que sustentam a família numerosa, que ficou numa roça a 10 km dali, fracassada pela seca.

Na cidade de Santa Luz, todo um bairro existe e vive da pedra: o Morro do Lopes. De manhã à tarde, famílias inteiras britam pedras ou lavram paralelos para as casas de material de construção. Antero Dantas, 43 anos, é o típico exemplo do morador local. A mãe não gosta de falar sobre o trabalho das crianças, mas assegura Com o que Antero ganha, a gente é obrigada a colocar os

* **Anderson Cega** é Advogado, especialista em Direito Tributário e aluno especial na Unesp de Franca, na cadeira de DIREITO COLETIVO, sendo ainda professor na cadeira de Direito Tributário, Instituições de Direito Público e Privado, e Direito Empresarial, na Faculdade de Ciências Gerenciais de Garça, nos cursos de Administração de Empresa com Ênfase em Informática e Ciências Contábeis.

filhos no serviço. Se não, passa fome!

· **Campo**

Quase metade das crianças trabalhadoras está na agricultura, em educação mais vulnerável do que as que vivem nas cidades, O trabalho na lavoura é exaustivo, além do contato com agrotóxicos, e, em alguns casos, há o risco de mutilação com o uso de ferramentas ou instrumentos inadequados como no corte de cana.

· **Cola de sapateiro**

De acordo com pesquisa realizada pelo DIEESE (Departamento Internacional de Estatística e Estudo Sócio-Econômico), junto com o Sindicato dos Calçadistas de Franca, a 400km da capital paulista, 73% das crianças de 7 a 13 anos daquela cidade trabalham, de alguma forma, no processo terceirizado de fabricação de calçados.

Franca especializou-se na indústria de calçados masculinos para exportação, contribuindo substancialmente para colocar o Brasil em quarto lugar na produção mundial de sapatos e em sexto como exportador. As grandes empresas entregam uma parte da produção às bancas, que fazem a costura da gáspea e o pesponto. Quase 60% das bancas de Franca são clandestinas e nelas, atividades como colar, sobrar, aparar, cortar linha e lixar peças de couro são reservadas para crianças e jovens. As bancas funcionam em locais improvisados como garagens ou fundos de quintal, mal ventilados e insalubres, permitindo que o cheiro da cola de sapateiro faça parte permanente do cotidiano desses trabalhadores mirins.

· **Os sem-escola**

Questionada sobre o silêncio dos pais quanto às péssimas condições em que seus filhos trabalham, a enfermeira Neide Friedrich, do Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente de Novo Hamburgo (RS), explica: não há outra alternativa para socializar essas crianças. Em cada 100 crianças, apenas 30 conseguem concluir o segundo grau, principalmente pela falta de escolas públicas.

Aspectos do trabalho infantil

Hoje, em toda parte, o crescimento do setor de serviços, dos empregos de meio expediente e de relações de trabalho precarizadas, ou de mão-de-obra flexível - como muitos denominam - facilita a entrada de crianças no mercado de trabalho. Algumas entidades sindicais têm desenvolvido ações, várias delas com o apoio da OIT/ IPEC, que incluem investigações e pesquisas para conhecer a realidade e formular propostas de políticas para erradicar a exploração do trabalho infantil. Dentro desse contexto, a CNTE encomendou ao DLEESE um trabalho com o objetivo de, ao mesmo tempo, colher e analisar dados sobre a realidade do trabalho infantil em grandes cidades e sensibilizar e mobilizar a família, a escola, professores e a sociedade em geral para a solução do problema.

"É errônea a concepção, uma verdadeira pane social, de que é melhor trabalhar do que estar na rua."

Na pesquisa encomendada ao DLEESE, delimitou-se a abrangência da pesquisa a crianças que freqüentam regularmente a escola e que estão na faixa etária em que o trabalho é proibido sob qualquer forma, ou seja, até os doze anos (2). Entretanto, já que é com catorze anos que se chega à 8ª série, encerrando o ciclo de escolaridade considerado fundamental, o 1º grau, incluíram-se na pesquisa alunos dessa série frequentando cursos regulares, independentemente da idade. Outro limite previamente estabelecido, foi o do trabalho urbano em grandes cidades. No mesmo contexto, já existem, no Brasil, alguns estudos, investigações e reportagens sobre o trabalho de crianças no campo ou na produção de carvão, mas é muito pouco o que se conhece do trabalho tipicamente urbano. Seria necessário investigar por que, como e com que consequências, nas grandes cidades do país, estudantes trabalham antes da idade permitida por lei.

Nos últimos tempos, os meios de comunicação têm dado destaque ao trabalho infantil. Com razão, as grandes manchetes se referem, de um modo geral, ao trabalho imediatamente reconhecido como intolerável, como o do corte de cana-de-açúcar, o trabalho em carvoarias, na produção do sisal. Mostram, também, crianças que moram nas ruas das grandes cidades e que fazem todo tipo de bicos para sobreviver. Porém, o maior problema surge na conclusão precipitada, a partir desses noticiários, de que o trabalho de crianças no Brasil está restrito a esses casos limites, o que traria distorções importantes em projetos e ações que buscam sua erradicação.

No fundo, pouco se fala, porque pouco se sabe, do trabalho feito por crianças nas cidades, especialmente nas maiores do país. Trabalho tipicamente urbano, em sua maioria, passa despercebido aos olhos da mídia, tanto em termos qualitativos quanto quantitativos.

Assim é que, por serem considerados serviços normais e cotidianos, as pessoas não se dão conta de que são executados por crianças. Quem presta atenção, de verdade, se é uma criança de nove anos ou um adulto que atende ao balcão de um bar de esquina? Quem, ao perceber a situação, tem algum mal-estar que dure mais que o momento?

Dados e mitos

No que se refere a números, de acordo com a PNAD - Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (3), em 1993, trabalhavam no Brasil 4.547.944 crianças de cinco a catorze anos. Contudo, pouca gente sabe que, dentre estas, 1.834.026 exerciam atividades não agrícolas. Em outras palavras, 40% das crianças entre cinco e catorze anos que trabalham no Brasil estão nas cidades, fazendo trabalho tipicamente urbano. No mundo, em 1996, dados divulgados pela Organização Internacional do Trabalho (0IT) revelam que 250 milhões de crianças entre cinco e catorze anos já trabalham, sendo 120 milhões em período integral: em con-

dições penosas, perigosas ou insalubres. Esse número pode ser considerado muito superior, se forem contabilizadas as crianças que desempenham outros tipos de ocupação, como o trabalho doméstico, considerado invisível, pois não aparecem nas estatísticas convencionais.

O DIEESE também coordenou uma pesquisa em seis capitais com o objetivo de conhecer, analisar e discutir esse trabalho e, com isso, subsidiar propostas para sua erradicação. A pesquisa foi encomendada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação (CNTE), no âmbito do Programa Internacional para Erradicação do Trabalho Infantil (IPEC), da OIT. A partir desta primeira investigação, pode-se verificar que alguns fatores têm contribuído para a inserção precoce das crianças e dos adolescentes no mercado formal e informal de trabalho.

A questão da complementação da renda familiar pode ser considerada como o fator preponderante. Mas é errônea a concepção, uma verdadeira pane social, de que é melhor trabalhar do que estar na rua, entendendo-se que este aspecto cultural pode ser alterado com o tempo, quando demonstrados os comprometimentos à saúde provocados pelo trabalho precoce, em atividades incompatíveis com o estágio biológico e psíquico das crianças. Além destes, o desemprego dos pais e a falta de alternativas de trabalho e renda, a oferta insuficiente de escolas públicas e a expectativa de algum tipo de aprendizagem também contribuem para que as crianças ingressem precocemente no mercado de trabalho.

Do ponto de vista do empregador, a utilização deste tipo de mão-de-obra é conveniente pelo seu baixo custo, além de outras características como docilidade, agilidade e destreza. Do mesmo modo como é revelador da estrutura econômica do país o fato de que crianças e adolescentes estão sendo explorados das mais variadas formas, em todo o território nacional, com destaque para as atividades agrícolas, onde o isolamento e o abandono importam em uma qualidade de vida extremamente desfavorável.

Mas o problema deve ser globalizado, pois, ainda que a maior incidência de trabalho infantil ocorra na Ásia, África e América Latina, os países desenvolvidos também utilizam trabalho de crianças: o trabalho infantil não é um fenômeno moderno, mas até recentemente havia uma tendência de extinção, especialmente onde vigoravam condições de trabalho mais humanas, resultados de anos de luta dos trabalhadores (CNTE/DLEESE, 1996:2).

No Brasil, dados mais detalhados do IBGE mostram que 21,6% das crianças na faixa de 10 a 14 anos estavam trabalhando em 1995. Aqui, como nos demais países, o que vem facilitando o emprego desse tipo de força de trabalho é o crescimento do setor de serviços, dos empregos de meio expediente e do estabelecimento de relações de trabalho precários ou de mão de obra flexível.

Como a situação é de extrema urgência, a OIT está desenvolvendo em cerca de 20 países, entre eles o Brasil, o Programa Internacional para a Erradicação do Trabalho Infantil — LPEG, cuja principal meta é a eliminação progressiva do trabalho antes da idade mínima permitida por lei, e que, vale relembrar, em nosso país é de 14 anos. Análises demonstram que o trabalho precoce acarreta danos ao desenvolvimento físico e psicológico de crianças, como estatura e peso inferiores relativamente às crianças que não trabalham. Por outro lado, há também indícios que sinalizam a existência de experiências significativas de combate ao trabalho infantil, principalmente em países onde o uso dessa força de trabalho é rotina, mostrando que é possível deixar de explorar as crianças.

Quais as reais condições de trabalho e de educação das crianças reabilitadoras?

Em 1996, em seis capitais brasileiras, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação — CNTE, sob a Coordenação técnica do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos — DIEESE e apoio da Central Única dos Trabalhadores — CUT e da 0IT-IPEC Brasil, realizou pesquisa em seis capitais brasileiras.

O intuito da pesquisa era o de realizar um levantamento das condições de trabalho e de educação de crianças de 7 a 14 anos, para subsidiar o debate sobre as conseqüências que o trabalho precoce traz para o desenvolvimento físico, psicológico, intelectual e social das crianças e sobre a convivência trabalho-estudo no cotidiano desta população.

Ao reunir, sistematizar e analisar dados sobre a situação da criança trabalhadora, a CNTE dá sua contribuição ao processo de elaboração de políticas de erradicação do trabalho infantil no Brasil. Além disso, e tratando-se de uma entidade do movimento sindical de trabalhadores de caráter nacional, objetiva sensibilizar e mobilizar a escola, seus profissionais e a família de seus alunos para, juntos, buscarem soluções.

PERCENTUAL DE CRIANÇAS QUE TRABALHAM POR FAIXA ETÁRIA

Região	Faixa etária	
	5 a 9 anos	10 a 14 anos
Norte	4,4%	4,5%
Nordeste	51,7%	47,4%
Sudeste	16,5%	23,8%
Sul	19,8%	17,8%
Centro-Oeste	7,6%	6,4%
Total	100%	100%

Fonte: PNAD - IBGE, 1995

Se não estão na escola, onde estão as crianças?

Os maiores percentuais de presença de mão de obra infantil estão nos Estados do Maranhão, Ceará, Santa Catarina e Rio Grande do Norte, e, os menores, em São Paulo, Rio de Janeiro e Distrito Federal. Em todo o país existem 2,7 milhões de crianças fora da escola. A tabela acima clarifica a informação.

Segundo dados do IBGE (1995), na faixa etária de 10 a 17 anos, 4,6 milhões estudam e trabalham e 2,7 milhões, na mesma fixa etária, só trabalham. Somando esses dois grupos, 3,5 milhões trabalham mais de 40 horas semanais. Na mesma faixa etária têm-se 658 mil que não estudam, não

trabalham e nem realizam afazeres domésticos. Daí que, se não estudam, não trabalham, não ajudam em casa, é preciso saber onde eles estão.

A incorporação de crianças no trabalho, no Brasil, dá-se por uma conjunção de fatores: um modelo socio-econômico que não privilegia a igualdade e a equidade social, obrigando famílias a colocarem seus filhos no mercado de trabalho; a divisão do trabalho, que atualmente é reforçada pela preconização das relações de trabalho ou mão de obra flexível, a incipiente formação escolar e profissional da população economicamente ativa. Além do mito de que o trabalho de crianças, obviamente das camadas populares, é, por excelência, formativo da pessoa e prepara para a vida adulta: como remédio preventivo da ociosidade e da marginalidade. E assim, para uma parte da sociedade, o trabalho infantil mantém-se como valor de política pública, uma vez que também precede e prescinde da escolaridade e da formação profissional.

De um modo geral, portanto, as análises e intervenções sobre a situação da infância empobrecida têm indicado a falência das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento sadio e adequado dessa faixa da população, como a saúde, a educação, o desporto, o lazer e a cultura. Por isso, as carências infantis de toda ordem têm sido associadas a uma questão maior que é a do desenvolvimento econômico (em muitos casos de tipo industrial), reconhecido como elemento chave para a solução dos problemas.

Conclusão

Apesar das proibições legais, quase dois milhões de crianças, entre 10 e 13 anos trabalham no Brasil. Meninos e meninas perdem, nos cabos de enxada, marretas ou foices, anos de estudo. Trocam a infância, a saúde e o futuro por diminutos mas preciosos salários, com os quais reforçam o orçamento familiar.

Pode-se, assim, facilmente concluir que apesar de trabalho infantil estar proibido e regulamentado pela emenda constitucional de número 20, em todos os Estados brasileiros ele continua existindo, e isto, apenas porque nosso país não oferece condições de vida melhor para seus habitantes. Vimos como, se os filhos, ou seja, crianças, não forem para a labuta, desde cedo, a família toda perece de fome, não havendo alternativa. É certo que o lugar de criança realmente é na escola, mas como mantê-la aí?

Como conscientizar suas famílias, se as mesmas não tem condições? Muitos órgãos bem que tentam, mas se não houver uma participação melhor e mais direta da própria Administração Pública, não há como resolver tais problemas.

Realmente não é tarefa fácil, mas lhes devemos nossos esforços, pois, caso contrário, estaremos sendo omissos em relação a estes fatores, e ainda cúmplices do trabalho infantil. Isto é, cúmplices de um hediondo crime social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBORNOZ, Suzana. **O que é trabalho**. São Paulo : Brasiliense, 1986.

BEQUELE, Assefa. **O trabalho infantil**: perguntas e respostas. Brasília : OLT, 1993.

BLANES, Denise e PEREIRA, Irandi. Cidadão-criança, cidadão-adolescente: construindo uma política pública. Brasília : MNMMR, 1994.

CALLADO, Antônio. Romaria e viagem do Brasil de J-Jerodes. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 04/Maio/1994. Cotidiono, C1.

CERVINI, Ruben e BURGUER, Freda. O menino trabalhador no Brasil urbano dos anos 80. In: CERVINI, R. e FAUSTO, A. **O trabalho e a rua**: crianças e adolescentes no Brasil urbano dos anos 80. São Paulo : Cortez/Unicef/FLACSO/CBA, 1991.

CONSTITUIÇÃO Federal. São Paulo : LTR, 1998.

CONSOLIDAÇÃO das Leis do Trabalho. 22 ed. São Paulo : LTR, 1997.

CUT. Cláusula social e estratégias sindicais. São Paulo : CUT, 1994.

CONSULTA à World Wide Web - Rede mundial de computadores. Disponível em http://www.angelfire.com/vt/rossoni/cria.html. Acessado em 09/Junho/2000 (página em construção).

BRASIL, 500 ANOS SEM DESCOBRIMENTO!

Benedito Pereira Filho *

O Brasil preparou sua festa! 500 anos do seu descobrimento! Mas, comemorar o quê? Se não fomos colonizados e sim invadidos, não fomos educados e sim marginalizados, não fomos cultivados, povoados, mas sim explorados. Aliás, devemos ser os únicos no mundo a comemorar a data da sua invasão.

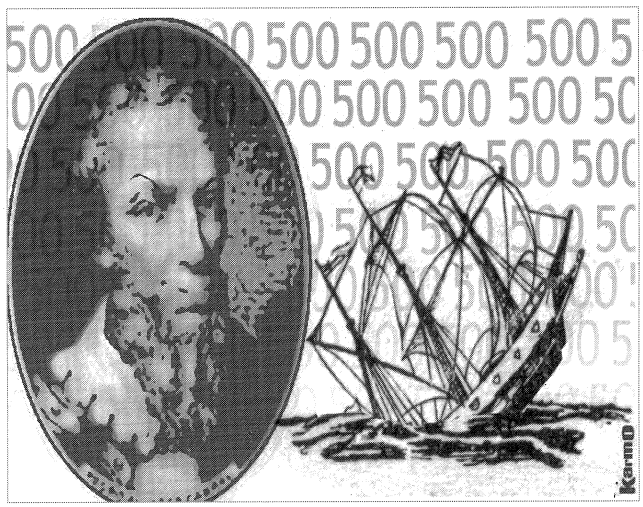
Mas isso não é mesmo capaz de causar abespinhamento a nenhum brasileiro, pois é comum, por aqui, preservar e explorar, sob o rótulo de cultura do povo, como sendo lugares **turísticos**, as senzalas, os troncos e as correntes que serviam de cativeiros aos **seres humanos** negros.

Essas construções devem ser mantidas como dado histórico que precisa ser lembrado para não cair no esquecimento como se nada tivesse existido, porém, cultivá-las, deixando-as vivas na memória das pessoas, como algo de positivo no passado, não passa de mais uma forma de dizer ao negro que ele tem de saber qual e onde é o seu lugar.

"Eu tenho um sonho de que um dia meus quatro filhos vivam em uma nação onde não sejam julgados pela cor de sua pele, mas pelo seu caráter." Esse desabafo de Martin Luther King - lider americano da luta pelos direitos civis, em discurso durante a Marcha para Washington, em 1963, infelizmente, não obteve eco.

O sonho do líder negro não se realizou nos seu país e quiçá no nosso. Aqui há, ainda, o gravame do preconceito ser, também, de índole econômica. As conquistas das classes menos favorecidas são meramente formais e a aplicação, sempre nas mãos dos mais abastados, acaba saindo conforme a conveniência da minoria que não sofre de nenhum dos dois preconceitos acima citados.

O racismo, no Brasil, é o pior que pode existir. Por aqui, não se discrimina transparentemente como ocorre na Sodoma e Gomorra pós-moderna, ou seja, Estados Unidos. O nosso é covarde, oculto e recheado de uma forte dose de desprezo. Simplesmente, ignora-se o negro.



A situação do negro no Brasil é difícil em todos os sentidos. Não bastasse o total desprezo, foi forçado a adotar uma pátria e a amá-la. Diferentemente dos imigrantes italianos, que a Rede Globo insiste em comparar com a escravidão, a vinda do negro nunca foi uma opção. Pelo contrário, foi imposição, banimento e, aqui, ele não tem para onde ir e ninguém a socorrer, ou seja, terá que esquecer todo o sofrimento e fazer do cativeiro a pátria amada.

Não bastasse isso, o legislador, engenhosamente, deu vida a um verdadeiro mito: a **igualdade de todos perante a lei**. Com essa suposta igualdade, o possível fracasso do negro no seio da sociedade será por sua exclusiva culpa, pois todos são iguais. Se ele não conseguir angariar posição de destaque, será por pura incompetência, já que as oportunidades são as mesmas dos brancos, afinal, a legislação iguala a todos.

Por isso, se alguém não se lembra de ter tido aulas com um professor negro, realizado uma audiência com um juiz ou promotor negro, ser atendido por oftalmologista, cardiologista ou otorrinolaringologista negro etc., é porque a característica dos negros é a submissão e a inferioridade.

Até quando se quer sair na defesa de um negro, resta estampado o racismo. Ou será que não é puro preconceito a apresentadora de televisão Simony dizer na reportagem da revista Veja, nº 17, edição 1.646, publicada em 26.04.2000, pág. 32, que o cantor "Alexandre Pires é negro, mas é muito íntegro". Quem nunca ouviu dizer que fulano é negro mas é limpinho ou então frases do tipo "é um negro de alma branca".

O padrão de beleza imposto pela sociedade é todo preconceituoso. Criança bonita é a branca, de cabelos lisos, olhos verdes ou azuis. Afinal, esse é o biótipo do Salvador, Jesus Cristo. Resta a esperança que Ele salve a todos. Você já pensou em comprar uma boneca negra para sua filha? É melhor tingir uma, porque não vai encontrar no mercado, salvo raríssimas exceções e surgidas há pouquíssimo tempo.

Inclusive, nas propagandas enganosas de sabão em pó está estampado o preconceito. Nunca se lava uma roupa preta para demonstrar que ficou limpa com o uso de determinado produto de limpeza. Deve ser porque o preto não se limpa nunca.

Não bastasse essas desagradáveis circunstâncias, temos, ainda, que suportar, quando a criança não é tão negra, mas também não é branca, o cartorário lavrar a certidão de nascimento indicando a cor do re-

* **Benedito Pereira Filho** é professor nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Marília, mantida pela Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha" e doutorando em Direito Processual Civil, na área das relações sociais, na Universidade Federal do Paraná.

cém-nascido como sendo parda. Interessante não? Qual sua cor? Parda.

Por tudo isso, é mister lembrar que a denominada libertação dos escravos foi, em verdade, uma alforria para os brancos, pois ficaram, inexplicavelmente, livres de encargos sociais, trabalhistas, previdenciários e, principalmente, impunes da responsabilidade por danos materiais e morais.

Poderá alguém dizer que naquela época não se tinha nenhum desses direitos. É verdade, porém, que durante o covarde regime militar também não havia muitos desses mesmos direitos e, não obstante a isso, os familiares daqueles **presos políticos** foram ou estão sendo indenizados pelas atrocidades sofridas. E os familiares dos negros? Tem que se contentar com senzalas, troncos e correntes, guardadas como cultura do país e exibidas em dias de **comemoração** ou no carnaval carioca.

A situação do negro seria curiosa se não fosse tão trágica. Foi capturado e trazido à força para cá, depois recebeu uma suposta liberdade, cantada como ato de louvor de uma **heroína** denominada de princesa Isabel, mas ficou com a **liberdade**, sem, contudo, ter onde morar, terras para cultivar, enfim, condições mínimas de subsistência. Pode-se afirmar que essa foi a liberdade mais vigiada, cerceada, que se tem notícia na história.

Nesse diapasão, com tudo sendo-lhe desfavorável, a legislação também não poderia ser diferente. Tivemos, 28 (vinte e oito) anos após a clamorosa libertação dos escravos, a elaboração, acreditem, do nosso atual código civil. No seu artigo 1º está estampado, com todas as letras que o código regulará, a relação entre as pessoas e seus bens. Ora, sem muito esforço de interpretação, pode-se indagar quem tinha bens naquele momento? Negros? Claro que não, só a minoria branca detentora do poder político e econômico que se mantém até os dias atuais.

Portanto, a desigualdade mascarada justamente pelo seu antônimo, a igualdade, foi sempre um fator decisivo e marcante em todos os setores da nossa pátria. Só não podemos saber até quando o povo vai continuar acreditando que Deus é brasileiro e que tudo irá melhorar sem ser necessária uma mudança, ainda que radical, de posição.

O pacto, "vamos fazer de conta que você não é discriminado, você faz de conta que não acredita, e vamos tocando a vida" (Revista Caros Amigos, ano III, nº 35, fevereiro de 2.000, p. 27), deve ser urgentemente repensado, não só no tocante ao negro, mas em toda e qualquer desigualdade social. O que não se pode admitir é o fingimento de que realmente vivemos num país democrático de direito e que devemos comemorar os 500 anos da invasão como se fosse um triunfo e como se tudo estivesse na sua mais perfeita harmonia.

A brutal desigualdade faz surgir a miséria e com ela conseqüências desastrosas, principalmente o aumento alarmante da criminalidade. No entanto, o combate à doença é só paliativo. Chegamos ao ridículo de propagandas politiqueiras vangloriarem governadores por terem construído, em seus mandatos e com o dinheiro do povo é lógico, mais de 22 (vinte e duas) penitenciárias, negligenciando acerca de novas escolas e melhorias no ensino.

"A desigualdade mascarada justamente pelo seu antônimo, a igualdade, foi sempre um fator decisivo e marcante em todos os setores da nossa pátria."

Lamentável, como bem salienta Frei Beto: "Infeliz do país que se gaba de construir mais cadeias que escolas. Mais infeliz quando não é capaz de fazer de suas cadeias escolas de reeducação".

A educação é a base de tudo. Conhecimento é poder e só por meio dele que se consegue a liberdade. Alienar pela fome e pela falta de conhecimento deveria ser considerado crime contra a humanidade, contudo, ao contrário, isso é uma arma nas mãos dos detentores do poder econômico que, por via oblíqua, detêm, também, o poder político. Pois, mantendo o povo com fome, portanto, submisso e ignorante, pode-se manipulá-lo com facilidade.

Hamilton Werneck denunciou isso por toda sua obra intitulada **Se você finge que ensina, eu finjo que aprendo** (1992), merecendo transcrição, ainda que um pouco extensa, do seguinte trecho que expressa a realidade do nosso ensino como um todo. Relata o autor, na página 18, intitulando a passagem de **Conseqüências do fingimento**:

Quem não come
não aprende na escola

Eu tive fome e não me deste de comer
Por isso sofro a ignorância
Porque apesar da relutância
Jamais consegui aprender.
Matriculei-me aos sete anos como manda a legislação
Numa escola simples em qualquer canto da União,
Nada aprendi, livro não tinha,
Não conheço nenhuma lição
Só aquelas que estão escritas
Num velho e amassado papel pão.
Dormia nas aulas em plena manhã
Sentia fome do estômago doer
Esperava aflito a hora da merenda
Momento alegre em que ficava entregue
À melhor lição: encher o prato e comer.
Voltava à sala, nada aprendia
Nem me lembro bem da sinfonia
Que nas aulas se perdia
Com cinco vezes quatro,
O sete vezes sete, o nove vezes nove...
Na hora da prova quase sempre errava
O que escrevia a professora riscava.
E, no fim do ano, triste, me reprovava.
Repeti três anos e saí da escola
Lavei carros, fui engraxate,
Limpei vidros, fui até mascate.
Juntei-me a **gangs**, conheci bandidos
Fui ventanista e puxador de carros...
Cinco vezes quatro foram as paradas
Junto às casas assaltadas.
Sete vezes sete as voltas que dei no camburão
Por crimes cometidos por minha mão
Que sem saber escrever uma lição
Matava, roubava, escapando à punição.
Até que me prenderam, as mãos me algemaram
Um processo muito grande escreveram
Contando os crimes meus e os ou-

tros
Que meus amigos cometeram.
Aos vinte e cincos anos vividos
Somando dias e dias sofridos
Fui condenado a viver trancafiado
De toda a sociedade separado
Para ver se aprendia, agora, a lição.
Tarde, muito tarde, nove vezes Nove
Serão os anos da soma da condenação
Sem esperança alguma de libertação.
Assinei a sentença final do julgamento
Pressionando o polegar com a força da minha mão.
Nada aprendi, estava condenado
E nem percebi que tinha sido destinado
À condenação e à prisão de meu Estado
Quando antes da escola, aos quatro anos, fui abandonado.
Nada sei, nada estudei
Não tive condição de aprender
Porque não me deram pão para comer.

Dirão alguns que o texto carece de teor científico. Mas do que nos vale a ciência se ela não for capaz de trazer a realidade dos fatos e, por meio dela, a exigência da mudança de comportamento?

A nossa legislação é apontada por muitos como um monumento científico do mundo jurídico. E daí? O que isso tem contribuído positivamente para a sociedade que "optou" por viver em harmonia coletiva? A nossa Constituição prevê direitos de dar inveja a qualquer cidadão de país de primeiro mundo, mas sua aplicabilidade é letárgica, enganosa e vergonhosamente manipulada.

O retrato da nossa Constituição está estampado na internet, mostrando ao mundo que aqui todos são iguais, porém, há uns que são mais iguais do que os outros. Apesar da falta de autoria, merece transcrição:

Constituição da República Federativa do Brasil
Artigo 1° - Todos os brasileiros são iguais perante a lei, exceto:
a - Os componentes do poder judiciário, por serem os pilares da democracia;
b - Os políticos, por terem imunidade parlamentar;
c - Os militares, por serem responsáveis pela segurança da nação;
d - As pessoas jurídicas, por serem o sustentáculo financeiro do país, oferecendo emprego produzindo os bens e serviços necessários à sobrevivência do povo;
e - Os banqueiros, porque são banqueiros;
f - Os donos de rádio, TV e jornais, que colaboram diariamente para o fiel cumprimento dessa lei, omitindo fatos que poderiam levar o resto do povo à revolta;
g - Aqueles que forem julgados "especiais" pela Suprema Corte do País, pelos motivos que eles considerarem justo.
Artigo 2° - Caberá aos brasileiros, salvo as exceções previstas no artigo anterior:
a - Pagar seus impostos federais, estaduais e municipais, sob pena de prisão;
b - Obedecer as leis, leis estas elaboradas e aprovadas pelas pessoas inclusas no artigo 1°;
c - Agradecer, toda manhã, o pão de cada dia, a escola pública de graça, o atendimento hospitalar fornecido pelo poder público, o transporte público, a água e a luz , desde que não se atrasem os respectivos pagamentos, sendo que o uso de telefone fica transferido para a iniciativa privada, devendo a mesma estipular os seus regulamentos;
d - Não se sentir ofendido quando um ministro do Supremo Tribunal Federal for a TV e dizer ao povo, que vive com um salário mínimo de R$136,00, que o salário dos magistrados, hoje em torno de R$13000,00 é insuficiente para sua sobrevivência, requerendo um abono de 20 salários mínimos a título de ajuda de moradia, moradia que, por sinal, ele já tem...
Revoga-se a lei natural da REVOLTA E DA INDIGNAÇÃO, objetivando manter as categorias previstas no artigo 1° eternamente como os supremos mandatários do país.
Essa lei entra em vigência na data de sua publicação, e tem validade até que o povo, não incluso no artigo 1°, abra os olhos e veja como funciona toda a engrenagem.

Concluindo, ao invés de comemorarmos os 500 anos do descobrimento, urge descobrirmos, primeiro, o verdadeiro Brasil. Sua realidade, estampada na miséria, no alarmante índice de desemprego e, o pior de todos, na corrupção no Poder que está virando regra, enquanto a honestidade caminha para a exceção.

É preciso enxergar a existência de uma real guerra civil, representada pelas mais variadas chacinas e desmandos que demonstram o massacre dos cidadãos brasileiros, condenados a viver totalmente desprotegidos numa terra de ninguém.

Enquanto não se descobrir e aceitar esse verdadeiro Brasil, palavras como direitos humanos, cidadania, repartição de terras etc., não passarão de meras construções teóricas e continuar-se-á, salvo as exceções aqui apontadas, a levar uma vida severina, como magnificamente demonstrou João Cabral de Melo Neto no seu imortal poema **Morte e vida severina** (1994).

Destarte, a educação, seguida de condições de sobrevivência - saúde e alimentação, precisa ser priorizada dentro de uma consciência de que ter não significa nada enquanto que ser significa tudo. Houve e há gravíssimos erros. O importante é reconhecê-los e erradicá-los, afinal, "todo homem é maior do que sua culpa". Que Deus nos ajude!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARNEIRO, Sueli. Uma guerreira contra o racismo. **Caros Amigos** São Paulo, fev. 2000.

CÓDIGO Civil. 50 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONSTITUIÇÃO da República Federativa doBrasil. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GALEANO, Eduardo. **Ser como eles**. Rio de Janeiro: Revan, 1993.

MELO NETO, João Cabral de. **Morte e vida severina e outros poemas para vozes**. 34. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

VEJA. São Paulo: n.17, 26 abr. 2000. p. 32.

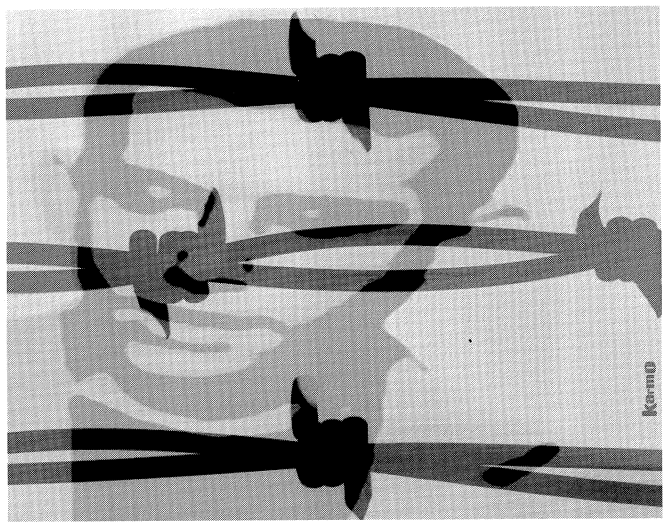
WERNECK, Hamilton. **Se você finge que ensina, eu finjo que aprendo**. 10. ed. Petrópolis : Vozes: 1992.

O 50º ANIVERSÁRIO DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS: ODE OU ELEGIA?

José Augusto Lindgren Alves *

A passagem do 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no dia 10 de dezembro de 1998, ensejou eventos comemorativos oficiais em muitas partes do mundo, mas não em todas. Na Rússia, por exemplo, segundo noticiou a imprensa norte-americana, não teriam ocorrido celebrações governamentais, como tampouco é de supor, na maior parte da Ásia e da África e em alguns países da América Latina. É improvável que tal aniversário tenha sido simplesmente esquecido em qualquer lugar. As omissões podem ter sido deliberadas por razões políticas, determinadas por dificuldades econômico-financeiras ou motivadas por rejeição cultural. Podem também, em alguns casos, ter sido causadas por catástrofes naturais, como o furacão Mitch no Caribe e na América Central, ou situações de guerra, nas quais, nada há para comemorar. As celebrações foram numerosas em S.Francisco, Califórnia, local de nascimento da Organização das Nações Unidas, como o devem ter sido em quase todo o Ocidente desenvolvido, *locus* de origem da idéia de tais direitos. Assim como o foram no Brasil no âmbito dos Governos federal e estaduais e da Academia.

Para o Brasil democrático, o aniversário da Declaração teve significação especial. Transcorreu no ano em que o país reconheceu a competência judicial da Corte Interamericana de São José, completando assim, praticamente, sua inserção na arquitetura do sistema hemisférico de proteção aos direitos humanos. E coincidiu, ainda, com a primeira outorga do prêmio de direitos humanos das Nações Unidas a um cidadão brasileiro: o Doutor José Gregori. Louvável em qualquer circunstância, essa premiação foi ainda mais significativa por tratar-se de autoridade do Estado, Secretário Nacional dos Direitos Humanos, cujos méritos reais pela dedicação à causa não teriam sido tão ostensivamente reconhecidos se não se tivessem registrado avanços nos esforços governamentais para a promoção de tais direitos.



Num dos eventos brasileiros comemorativos do aniversário, o representante da Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Senhor Bacre Ndiaye, enumerou os principais progressos realizados pela ONU desde 1994 para a proteção internacional dos direitos humanos: a própria criação do posto de Alto Comissário dentro da estrutura do Secretariado; a subseqüente abertura de escritórios locais e operações de campo em 22 áreas de maior periculosidade; o envolvimento do Secretário Geral, por meio de representantes, nas investigações de massacres; a incorporação dos direitos humanos em todas as atividades e agências do sistema das Nações Unidas; a tentativa de sensibilização dos fundos bilaterais de assistência econômica, do FMI e do Banco Mundial para o tema dos direitos humanos; e a decisão da Conferência de Roma, em julho de 1998, de criar um Tribunal Criminal Internacional. No passivo do trabalho internacional citou ele a permanência de grande número de reservas aos instrumentos jurídicos existentes; o desligamento, sem precedentes, por alguns países de convenções de que eram partes; o encerramento da operação de campo em Ruanda por decisão do Governo de Kigali;.a inação do Conselho de Segurança diante de conflitos como os do Kossovo e da República Democrática do Congo, a inadministrabilidade do processo de globalização e a falta de estruturas institucionais para se lidar com uma realidade internacional com tantos atores não-estatais influentes. (Ndiaye, 1998)

Os progressos escassos e retrocessos ilustrativos apontados por Bacre Ndiaye e que podem ser atribuídos aos dois elementos finais de sua análise são a falta de administração para o processo de globalização e a inexistência de estruturas institucionais adequadas à nova realidade internacional afiguram-se particularmente decepcionantes após a Conferência de Viena de 1993. Nela, como se sabe, reafirmou-se a universalidade do direitos humanos (Artigo 1º da Declaração de Viena), estabelecendo-

* **José Agusto Lindgren Alves** é Diplomata, atualmente Cônsul Geral do Brasil em São Francisco, EUA, ex-Diretor Geral do Departamento de Direitos Humanos e Temas Sociais do Ministério das Relações Exteriores, autor dos livros **Os direitos humanos como tema global** (São Paulo, Perspectiva, 1994) e **A arquitetura internacional dos direitos *humanos*** (São Paulo, FTD, 1997).

se o nexo entre tais direitos, a democracia e o desenvolvimento (Artigo 8º), numa época em que a democracia liberal se apresenta como ideologia dominante - tão dominante a ponto de alguns autores norte-americanos interpretarem sua ascendência, juntamente com a da liberdade de mercado, como equivalentes contemporâneos do cristianismo medieval, num mundo que se "medievaliza" pelo enfraquecimento dos Estados (Lewis, 1999, p.A15). E é aí, justamente, que se encontra o cerne do problema.

Quando a Declaração de Viena reafirmou a universalidade dos direitos humanos, fê-lo com relação a **todos** esses direitos, há muito reputados indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, e por ela assim reconfirmados (Artigo 5º). O discurso contemporâneo dos direitos humanos, contudo, não reproduz esse entendimento. Concentra-se, como antes, predominantemente nos direitos civis e políticos. Abrange agora, também, é verdade, alguns componentes econômico-sociais ao condenar o trabalho infantil e outras formas contemporâneas de escravidão, assim como a situação de abandono e perseguição a imigrantes, crianças "de rua" ou minorias étnicas e raciais. Aborda, porém, tais problemas sem a visão de conjunto da Declaração de Viena e sem a visão integrada da própria Declaração Universal. Essa parcialidade do discurso dos direitos humanos é decorrência inelutável do segundo aspecto da ideologia contemporânea acima referido: o culto do mercado como instrumento suficiente de regulação social. Tal culto, na verdade mais predominante do que a crença na democracia, longe de promover o universalismo dos direitos humanos, estimula seus contrários: os fundamentalismos religiosos e seculares como antídoto consolatório à exclusão socio-econômica e os particularismos culturais autoritários, expressados sobretudo nos chamados "valores asiáticos", como caminho para o crescimento econômico.

Alguns desenvolvimentos recentes poderiam, ou deveriam, levar a uma correção desses fatores negativos no Século XXI. A multiplicação de crises financeiras de efeitos globalizados, inclusive entre países de sistemas autoritários como os chamado "Tigres Asiáticos", evidencia uma vez mais que o autoritarismo não é opção adequada de desenvolvimento, até porque não controla a volatilidade dos capitais especulativos. A extensão da crise ao Japão demonstrou, por suas vez, que nem as economias mais fortes de regimes democráticos estão imunes às fugas de capitais. A idéia de controles

"Para ser bem sucedida nos tempos presentes, a Declaração Universal de 1948 exigirá uma nova aliança entre todas as forças que lutam por tais direitos."

supranacionais para os investimentos financeiros, a serem estabelecidos em negociações democráticas multilaterais, começa a ganhar fôlego. Os incidentes de Seattle no final de 1999, por sua vez, demonstraram que, no que tange a seus cidadãos não-privilegiados, nem a maior potência econômica do mundo, única que tem tido crescimento incessante nos últimos dez anos, está plenamente satisfeita e imune aos efeitos colaterais do descontrole da economia mundializada. Com isso tende a perder supremacia o fundamentalismo da liberdade absoluta do mercado, surgindo novas esperanças para a idéia dos direitos econômicos e sociais regulados.

Dentro da ótica estrita dos direitos civis e políticos, a publicação, em 1998, pela Anistia Internacional, de relatório sobre violações nos Estados Unidos, a exemplo do que vinha fazendo há tempos a Human Rights Watch sobre esse e outros países desenvolvidos, demonstrou, por sua vez, a incorreção das interpretações nas quais apenas se viam preconceitos anti-Terceiro Mundo na atuação da organizações não-governamentais atuantes no exterior. Essa mensagem não parece ter sido ainda assimilada pelos governos que se opuseram à participação de ONGs nas comemorações no 50º aniversário da Declaração Universal pelas Nações Unidas em Nova York. Esqueceram-se eles, provavelmente, do apoio histórico que delas receberam, com base na Declaração Universal, em sua luta anticolonial. Não atinaram, tampouco, para um outro fato que se consolida crescentemente: o de que, em paralelo ao trabalho inestimável de entidades como a Anistia Internacional na área dos direitos civis e políticos, a maioria das novas ONGs dedica-se direta e preferencialmente aos direitos econômicos e sociais, inclusive o direito ao desenvolvimento, nas acepções coletivas e individuais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao longo de meio século, comprovou à saciedade seu potencial emancipatório quando adequadamente utilizada como instrumento de lutas e reivindicações dos oprimidos. O mesmo potencial está disponível para a correção das dificuldades presentes, inclusive na luta dos excluídos, desde que os direitos humanos sejam utilizados de forma correta, universalista e indivisa, como referencial legítimo de pressão.

Para ser bem sucedida nos tempos presentes, a Declaração Universal de 1948 como instrumento corretivo de iniqüidades, exigirá uma nova aliança entre todas as forças que lutam por tais direitos, governamentais e não-governamentais, nos contextos nacionais e em escala planetária. Caso essa aliança venha a ocorrer, as recentes celebrações de seu jubileu soarão, no futuro, como uma ode alvissareira. Nas circunstâncias atuais em que transcorreram, elas tendem a soar mais como elegia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LEWIS, V. Paul. As nations shed roles, is medieval the future?, **The New York Times**, 2jan. 1999, p.A15.

NDIAYE, Brace Waly. Limitando a arbitrariedade do Estado. In: Paulo Sergio Pinheiro & Samuel Pinheiro Guimarães (orgs.). **Direitos humanos no Século XXI**, IPRI/FUNAG, 1998.

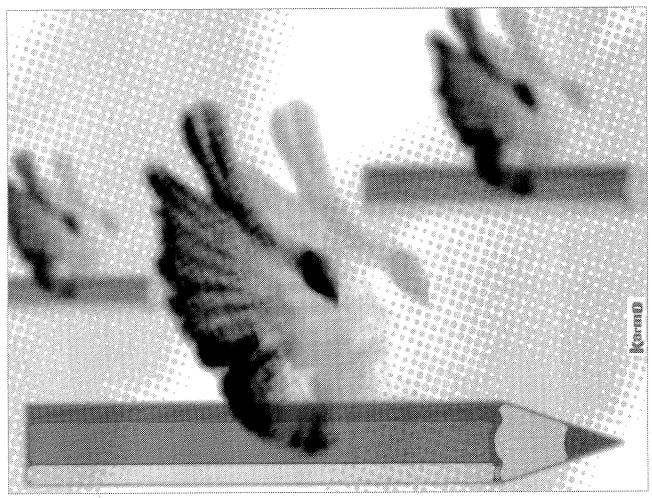
O SABOR DA AUTONOMIA

*Marcelo Aymar Ortiz**
*Denise Dantas de Alcântara***

Muitas vezes aquilo que um professor busca transmitir em sala de aula pouco parece fazer sentido frente à realidade vivida pelos seus alunos fora das quatro paredes. Poder-se-ia arriscar afirmar que, na ausência de comunicação eficiente entre o saber teórico em que se especializa o educador e aquilo que o educando almeja conhecer e que este espera ser útil num mundo tão pragmático e veloz como o nosso, residem os maiores fracassos constantemente ocorridos na atualidade quanto à prática do ensino. Há tempos, é notório o desânimo do estudante em estar numa sala a ouvir o aparentemente desgastado discurso de seus mestres.

Dificilmente, pode-se esperar de um mestre o mesmo papel de enorme respeito e carisma que o consagravam os antigos. Não se pode esperar que nossos estudantes tenham o mesmo fascínio pelos educadores que os discípulos nutriam em relação aos mestres dos tempos antigos. As pessoas que freqüentam as escolas atuais - em particular, as faculdades - não são discípulos admiradores de mestres e isso a despeito do professor ser admirado e respeitado enquanto formador de opiniões ou como aquele que busca fazer com que o aluno crie suas próprias convicções e posições críticas. Afinal de contas, os mestres antigos não concorriam com os recursos atuais proporcionados pelo nosso mundo das imagens. A concorrência é mesmo desleal com mundo virtual do fascínio lá fora versus voz solitária qual sonífero em sala quadrada. Quem pode chamar mais atenção?!

Os atrativos da pedagogia de uma relação mestre-discípulo como a dos antigos em nada se compara com a nossa relação professor-estudante. Aqueles cultivavam o convívio constante em todos os lugares. Nós, ao contrário, estamos trancados, envoltos pelas paredes da sala de aula e por algumas tantas horas-aula. Enquanto, lá fora, fervem os contrastes da vida, entre múltiplos recursos tecnológicos e misérias escandalosas. O



mundo da sala de aula é árido se comparado ao mundo fascinante das imagens transmitidas fora da mesma. Não temos sequer o **prazer** das aparências das imagens, esquecendo as lições que nos guiavam ao entendimento de que para se **saber** é necessário adquirir o **sabor** (prazer) pelo conhecimento, termos etimologicamente advindos da mesma raiz, do latim *sapore*. Barthes já nos chamava atenção a esse respeito em sua aula inaugural proferida no Collège du France. (Barthes, 1978).

Nossos alunos precisam saber que o prazer em conhecer existe de verdade, sendo que o que não pode ser aprazível e nem deixar ninguém satisfeito é o fato de ser um ignorante. Hoje, os envolvidos no processo ensino-aprendizagem não encaram o ensino com prazer. Os estudantes, muitas vezes, afirmam que detestam estudar. Daí a atual relação professor-aluno, conforme aqui mencionado, em nada aproximar-se da antiga relação mestre-discípulo, cujo pressuposto principal era uma concepção de pedagogia que nunca desvinculava prazer (e amor) de conhecer e buscar a verdade.

'Vejamos o que nos diz o professor Pessanha:

> Percebe-se: tanto quanto o vínculo intelectual, liga fortemente os discípulos ao mestre (...) a *philia*, vínculo afetivo, devotado e grato amor. A relação mestre-discípulo aparece no epicurismo como modalidade do erotismo docente-discente que já marcara a mesma relação entre pitagóricos e socráticos. Eros, o mediador, como mostra o *Banquete* de Platão, patrocina o magistério filosófico, pois a verdade é conquistada em dupla ascese, teorética e erótica. (Pessanha, 1992, p.56).

Neste sentido, o prazer (sabor) dos antigos discípulos residia no amor (*philia* e Eros) ao conhecimento (saber), fazendo confluir o vínculo intelectual e o vínculo afetivo, o que os unia aos mestres. Discípulos de Epicuro, de Sócrates, e de Platão, entre outros, mantinham uma relação intelectual e afetiva com seus mestres, pois não havia separação entre intelecto e afeto, entre saber e sabor, entre teoria e erotismo. Vale lembrar o significado etimológico da palavra Filosofia *philos sophia que quer dizer* amor ao saber.

É lógico que não se pode esperar que em nossos dias ocorra um convívio tão estreito entre professores e alunos ao estilo dos antigos mestres e seus discípulos. É preciso perceber o que nos fez perder o gosto pelo ato do conhecimento refletido, e quando perdemos o fio que nos unia a tal modelo, afinal, a educação fora do seio da família tem seu surgimento justamente nesse modelo grego antigo. Algo foi perdido no meio do caminho da história cujo

* **Marcelo Aymar Ortiz** é Professor de Filosofia da Faculdade de Direito da Universidade do Oeste Paulista (Unoeste). Mestrando em Literatura Brasileira pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual Paulista (UNESP-Campus de São José do Rio Preto), e pelo Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Estadual de Londrina (UEL).

** **Denise Dantas de Alcântara** é Professora de Sociologia da Faculdade de Direito da Universidade do Oeste Paulista (Unoeste). Mestre em História Social da Universidade Estadual Paulista (UNESP-Campus de Assis).

desdobramento tem tornado a base dessa educação cada vez mais infrutífera.

O debate levantado por este artigo não pretende apresentar uma discussão acerca dos rumos da educação no que diz respeito ao advento de sua massificação e institucionalização na modernidade. Nem pretende-se aqui discutir sobre os efeitos de uma economia política capitalista na educação, embora tais temas não se dissociem. Apenas dá-se vazão a um enfoque da educação sob o prisma das relações cotidianas do contato entre professor e aluno para colaborar com um debate sobre como é possível atingirmos de modo salutar uma convivência mais virtuosa num ambiente escolar.

Trata-se de um debate sobre a pedagogia decorrente de seu enlace ético. Se na antiguidade a virtude norteadora da relação mestre-discípulo era o próprio conhecimento e tal relação dava-se por meio da *philia*, atualmente, que valor norteia a relação e que tipo de pacto mestre e discípulo podem fazer? Portanto, trata-se de se redefinir o conhecimento como uma busca constante do educando, em sua relação com o educador, enquanto atitude de virtude, ou seja, enquanto ato para a **cidadania**. Repensar o conhecimento como virtude (como na origem antiga do modelo pedagógico no qual espelha-se o nosso) de certa forma redimensiona educador e educando frente à **cidadania**; ao invés de sermos, no proceder das instituições educativas, marcadamemente vendedores ou consumidores de diplomas.

O único ponto que, aqui, torna-se imprescindível tocar no que diz respeito aos aspectos do processo social burguês em relação aos rumos da educação, é a questão do caráter de **autonomia** ostentado pelo indivíduo moderno (Bornheim, 1992). Se de um lado perdemos o prazer em saber, no sentido antigo, de outro a modernidade nos trouxe o destaque para um tipo de conhecimento menos reflexivo do que aquele exercido em conjunto na relação mestre-discípulo, para então concentrar o prazer em questões mais pragmáticas exercidas através da concorrência individualista.

Este caráter de autonomia sem dúvida criou e vem criando relações aparentemente ambíguas em nossas relações sócio-culturais, ocasionando grandes contrastes entre as ações do indivíduo no âmbito de sua vida privada e suas ações em sociedade. Contrastes que modificam o modo de entendimento do que venha a ser útil enquanto informação para a formação do conhecimento, para a educação. Isso esbarra em questões de ordem cultural, ética e, até mesmo, de filosofia do direito. Gerd Bornheim já chamou a atenção para o caráter da denominada autonomia, a qual aparece como fator decisivo do projeto burguês: criar uma noção de **sujeito** plenamente dissociado das raízes de seus valores morais. Trata-se da contraposição entre sujeito e norma, visto que nos rumos da modernidade ocorre a revolucionária ruptura do distanciamento entre o universal e o indivíduo humano, o que sempre constituiu, no passado, a vigência e a legitimidade da norma. A vigência da norma sempre dependia da crença no fundamento divino da norma. A autonomia do sujeito burguês, diversamente, faz com que o mesmo possa sempre discutir a norma, rompendo com a aparente eternização da universalidade da norma.

"É preciso perceber o que nos fez perder o gosto pelo ato do conhecimento refletido, e quando perdemos o fio que nos unia a tal modelo."

O contraste entre o universal e o singular criou uma nova dinâmica entre o sujeito e a norma na modernidade. Este aspecto é bastante salutar ao debate acerca das falhas da atual relação professor-aluno. De certa forma vê-se refletido nos meios institucionalizados da educação o advento da busca de autonomia: esta que transforma o sujeito em um ser competitivo num mundo individualista e pragmático.

A mesma autonomia que liberta o sujeito humano para discutir mais livremente a relação entre singularidade e universalidade, entre os direitos do sujeito e seus deveres frente a universalidade da norma, vem gerando paradoxalmente em nossos tempos certa falta de autonomia crítica do sujeito frente a sua educação. Nas universidades, por exemplo, vemos cada vez mais educandos que pouco se importam com a ampliação de sua capacidade crítica e de seu poder de reflexão, justamente em nome de sua realização enquanto sujeito pragmático no mundo competidor resultante do projeto burguês acima mencionado.

Isso quer dizer que muitos alunos nos meios escolares estão efetivamente desinteressados quanto ao seu poder de autonomia reflexiva, esta que é fruto da conquista da liberdade do sujeito frente aos seus deveres éticos, frente às normas e o seu poder de imposição de obrigação universal. O poder normativo ganha nova dimensão com o sujeito autônomo moderno, visto que este passa a redimensionar suas ações e obrigações: afinal a norma sempre, enquanto norma fundamental, significa imposição de obrigações (Bobbio, p.1995).

Entretanto, a **outra autonomia** - a que parece Ter se perdido enquanto o sujeito pragmático moderno ganhava autonomia frente às questões de direito que redimensionaram a função da norma na modernidade - por assim dizer teve seu retrocesso marcante. A autonomia de ação reflexiva, de poder crítico, teve seu empobrecimento nos meios universais do que se vem compreendendo ser a educação. Antonio Joaquim Severino destaca que a aprendizagem somente se dilata quando o estudante possui condições de **autonomia** (Severino, p.1985). Tendo este, então, poder de crítica, o qual apenas pode se desenvolver quando o mesmo puder caminhar com seus próprios passos, com **autodidatismo**. Passamos a pensar como pode a universidade, que assim deixa de ser um espaço de reflexão e passa a ser o espaço da pseudoautonomia do sujeito no mundo pragmático, verdadeiramente ser atraente !?

A escola (a faculdade) deixa de ser atraente porque parece não acompanhar as necessidades práticas da vida fora dela. É como se as pessoas que a freqüentam sentissem que estão ali para cumprir uma pena de reclusão a qual lhes desse em troca um diploma salvador. Esse sentimento de

desagrado e de desprazer, o qual dizia-se aqui ser o motivo do desinteresse pela prática do ato do conhecimento nos ambientes escolares - a falta de saber pela falta de sabor - termina por criar uma ruptura de ordem moral nas instituições educacionais. Ou seja, estas instituições passam a ser o teste de resistência para ver se o aluno, após tanto sofrer, consegue o diploma, como uma senha ou um passaporte ao mercado de trabalho com maior *status*.

O ponto central de discussão acima exposto diz respeito à perda, no mundo contemporâneo, da virtude do conhecimento. Trata-se da mesma idéia antiga presente em Sócrates: a virtude como algo que consiste no saber e no pensar bem.(Maritain, 1964, p.33-38). Os alunos de hoje não buscam, em geral, o conhecimento como virtude que engrandece sua existência ética. Buscam apenas uma forma de adentrar no mercado de trabalho, ainda que isto seja equivalente à pretensão de participar de um mundo criado com imagens surreais.

Criamos, em nossos tempos, um mundo feito de imagens com tamanho poder que terminamos por ceder às tentações dos brilhos da sua fantasia. É importante reconhecer, pesando na balança da justa compreensão, o que vem a ser mais atraente aos educandos contemporâneos, em plena era das aparências anunciadas por tantas imagens saturadas: ficar algumas horas sentado, preferencialmente em sepulcral silêncio, rodeado por quatro paredes, dedicando total concentração aos assuntos transmitidos por uma única pessoa (o mestre), a qual encontra-se desprovida dos efeitos especiais dos vídeos; ou ficar brincando com as luzes lá fora, dentre a explosão imagética das telas da realidade virtual (da ficção verídica)?!?

Conforme já ressaltado acima, a concorrência é desleal. O professor tem sua aula considerada desinteressante pelo aluno porque o mundo lá fora, virtual ou não, tem muito mais brilho, chama mais a atenção do que as paredes e o quadro negro.

Olhar para o passado para compreender melhor os erros presentes trata-se de uma postura bastante saudável, no entanto não se trata de recuperar a pedagogia dos antigos. Entretanto, a sua sabedoria ética ainda é, deveras, útil, conforme destacou-se aqui a virtude do conhecimento de acordo com Sócrates. Por outro lado há outra postura que olha para o passado e que, infelizmente, tem pouco resultado: aquela que quer imaginar que a educação atual, por todos os seus problemas, deve espelhar-se na rigidez autoritária da educação das gerações passadas: é comum ver pessoas envolvidas no trabalho pedagógico explicarem os erros atuais através da idéia de falta de mãos pesadas, próprias de outros tempos ainda relativamente recentes; não seria também correto manifestar ares de autoridade como solução para o aparente desinteresse dos alunos em ir às aulas, correndo o risco de eliminarmos os avanços da expressão de liberdade nos meios escolares.

Grande parte dos educadores, além de outras pessoas que freqüentemente preocupam-se com o tipo de educação que se vem realizando, com destaque para os pais dos jovens em formação, têm, em geral, tomado certa postura saudosista frente aos problemas da educação: ou afirmando que falta recorrer à imposição de uma postura disciplinar mais rígida, a qual fosse mais próxima ao modelo das escolas de outrora; ou argumentando que as escolas estão cada vez mais inoperantes quanto ao seu já histórico papel de formadoras de cidadãos, sendo que os estudantes não possuem mais o hábito de **estudar** (entendendo-se este termo como uma capacidade resultante do ato de ler e escrever, não necessariamente de maneira independente, criativa ou crítica).

De fato, tal postura em defesa desse hábito de **estudar** tem sua razão de ser. Torna-se mesmo imprescindível, para se gerar conhecimento em nível teórico, enquanto fonte essencial de conhecimento científico, a utilização das ferramentas fundamentais de registro do saber, haja visto a vital função comunicativa desse conhecimento. É irrefutável que o ato educacional não dissocia linguagem e conhecimento. Educar é comunicar o que se sabe àqueles que perpetuarão a espécie humana; podendo-se inferir essa afirmação sem o menor exagero, haja visto que o conhecimento comunicado de geração a geração serve justamente para manter avivadas em nossas memórias as técnicas que nos permitem a sobrevivência.

Realmente, por diversas vezes, o educador vislumbra o desinteresse do educando sem se dar conta do por que um estudante não pode enxergar a necessidade vital daquelas informações estudadas naquele momento. -Para que serve estudar aquilo?, clama o estudante que vive num mundo como o nosso, tão pragmático. O aluno quer saber para que serve e para que servirá aquilo que vai aprender. Falta a ele entender que o conhecimento como virtude é bem mais que um conjunto de técnicas que alimentem o mundo pragmático. Por não entender termina por se achar obrigado a deixar sua autonomia reflexiva e criativa de lado para cumprir sua pena escolar. E um pensamento lhe escapa: as escolas seriam mais interessantes num *videoclip*?!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, M. L. de A. **Filosofia da educação.** São Paulo : Moderna, 1996.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Trad. L. Vallandro, G. Bornheim. São Paulo : Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores, IV)

BARTHES, R. **Aula**. São Paulo : Cultrix, 1978.

BECKER, F. **A Epistemologia do professor:** o Cotidiano da Escola. Petrópolis : Vozes,1993.

BOBBIO, N. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. L. dos Santos. Brasília : Editora UnB, 6ª ed., 1995.

BORNHEIM, G. O sujeito e a norma. In: NOVAES, Adauto(Org). **Ética.** São Paulo : Companhia das Letras : Secretaria Municipal de Cultura,1992.

CASSIRER, E. **Antropologia filosófica**. Trad. Vicente F. de Queiroz. São Paulo : Mestre Jou,1977.

CHAUÍ, M. **Introdução à história da filosofia**. São Paulo : Brasiliense,1994.

MARITAIN, J. **A filosofia moral**. Trad. Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro : Agir,1964.

PESSANHA, J.A. .M. As delícias do jardim In: NOVAES, Adauto(Org). **Ética.** São Paulo : Companhia das Letras : Secretaria Municipal de Cultura, 1992.

RADBRUCH, G. **Filosofia do Direito.** Trad. L. Cabral de Moncada. São Paulo : Saraiva,1937.

RAWLS, J. **Uma teoria da justiça**. Trad. Vamireh Chacon. Brasília : UnB,1981.

SAVIANI, D. **Educação:** do senso comum à consciência filosófica. São Paulo : Cortez,1980.

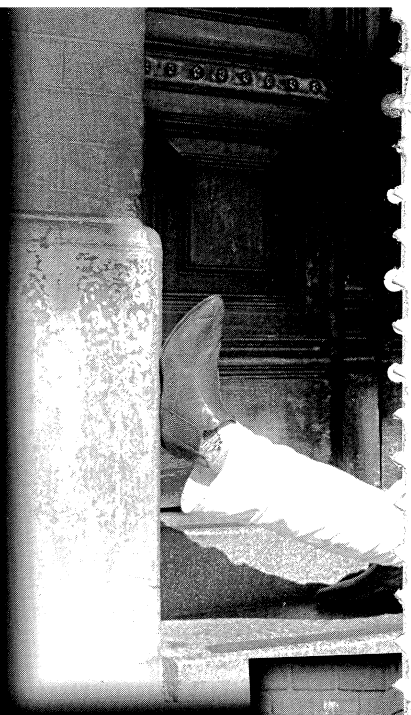
SEVERINO, A. J. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo:Cortez,1985.

VASQUEZ, A. S. **Ética**. Trad. João Dell'Anna. Rio de Janeiro : Civ. Brasileira,1984.

Outro olhar

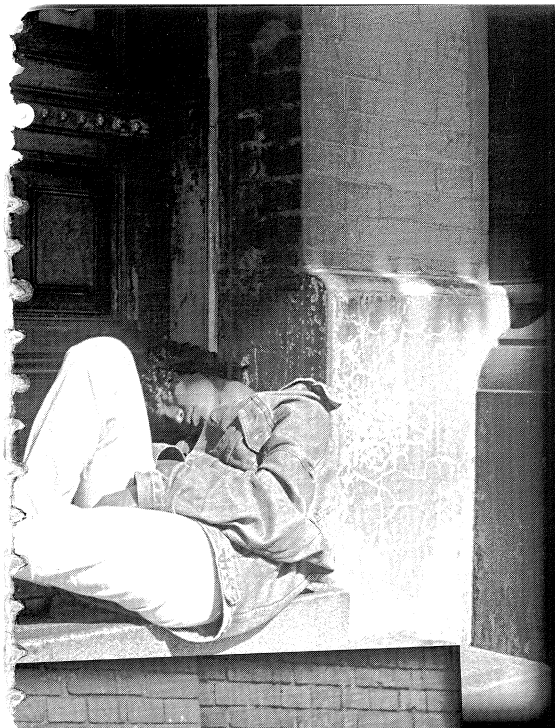
Su Stathopoulos

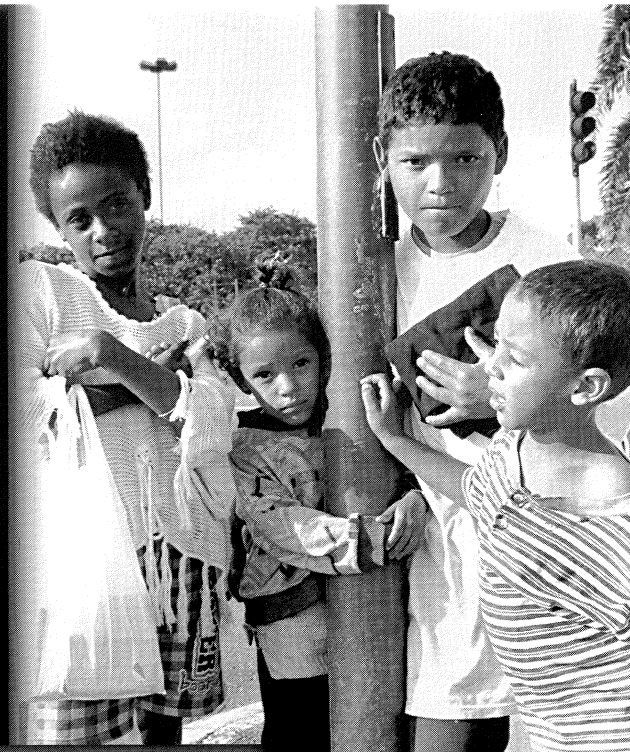
Ensaios fotográficos

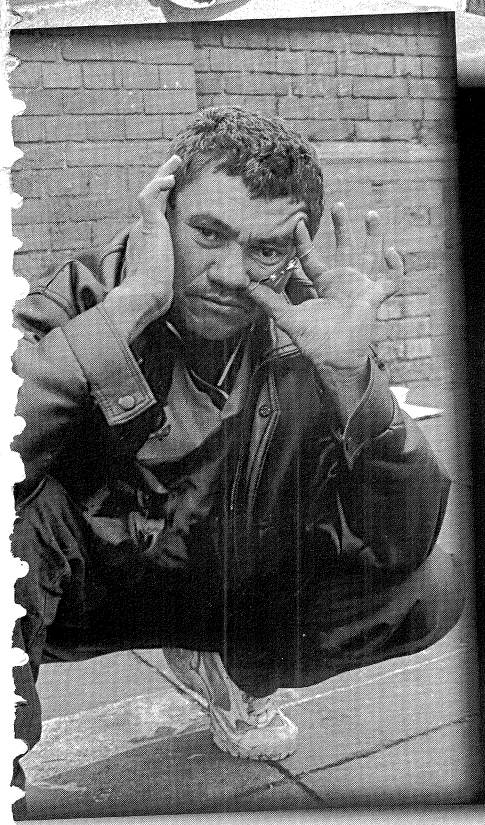


Autor: **Fernando Gimenes Ramos**, bacharelando em Fotografia pelo Senac e desenhista industrial pela Faculdade de Tecnologia de Birigui. Projeto "Personagens da Luz" *(Estação Ferroviária da Luz, SP)*

Autor: **Beto Miyakawa**, fotógrafo amador. Trabalha com os temas cultura e periferia. As fotos retratam as oficinnas ministradas pelo grupo "Moleque de Rua", na periferia de São Paulo.







Autor: **Fábio Marcel Alexandre da Silva**, bacharelando em Fotografia pelo Senac, São Paulo. Projeto "Anjos da Rua"

Autora: **Su Stathopoulos**, estudante de História, fotojornalista do *Jornal da Cidade* (Bauru) e free-lance da *IstoÉ* e de *O Globo*. Tem como temática predominante as denúncias sociais.

NORMAS TÉCNICAS PARA PUBLICAÇÃO

Apresentação de artigos

1-Formato:
Os artigos devem ser apresentados em disquetes identificados (editor de texto word for windows 97), acompanhados de 4 cópias impressas (3 delas sem identificação do autor) em papel branco, tamanho A4 (21,0 x 29,7 cm), com entrelinhamento 1,5, fonte 12, Times New Roman, observada a ortografia oficial. As páginas devem ser numeradas consecutivamente no canto inferior direito. Os artigos devem contar com no mínimo 12.000 e no máximo 20.000 caracteres.

2-Seqüência:
Os artigos devem apresentar a seguinte seqüência:
a) Título;
b) Autor(es) ;
c) Resumo (máximo de 10 linhas);
d) Palavras-chave (máximo de 06 palavras);
e) Texto;
f) Notas finais. A nota de rodapé só é permitida na primeira lauda e para indicar vínculo profissional, auxílios recebidos, apresentação em eventos e atribuição de créditos. As demais notas (apenas explicativas) deverão constar no final do texto e numeradas de acordo com o seu aparecimento, em conformidade com as recomendações da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).
g) Referências bibliográficas;
h) Abstract

Obs: As citações devem ser elaboradas de acordo com a NBR 10520 da ABNT, através do sistema autor-data.
Obs: As referências bibliográficas devem ser indicadas de acordo com a NBR 6023 da ABNT, de forma completa quando obra considerada no todo: autor; título; organização, revisão e tradução; edição; local; editor; ano de publicação; número de páginas; volumes; série ou coleção.
Obs: Os artigos devem obedecer ao rigor científico e devem estar adaptados aos temas centrais da revista.

3-Fotografias:
3.1.-Fotografias devem ser nítidas, em papel brilhante, em preto e branco, tamanho máximo 9 x 14 cm. Assinalar no texto pelo número de ordem, o local de inclusão. Para reimpressão de fotografias devem ser indicadas as fontes de referência e anexadas as autorizações da fonte e do autor.

4-Anexo:
Os textos devem ser acompanhados de anexo contendo identificação completa, endereço completo para contato, e-mail e/ou número de telefone.

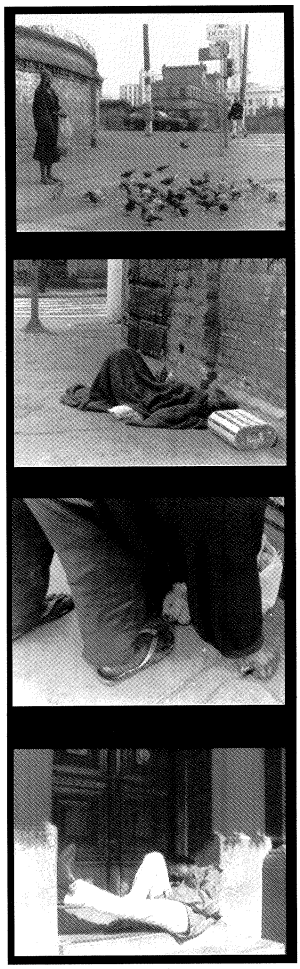
5-Temas:
Direitos Humanos, Cidadania e temas afins.

6-Endereço:
O material deve ser enviado para: Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (Revista **Em tempo**), Av. Hygino Muzzi Filho, 529 - Caixa Postal 2041.
Marília - SP - Cep: 17.525-901 - Tel: (14) 421-0833.
E-mail: revista@fundanet.br

7-Prazo de recebimento:
A Revista **Em tempo** estará recebendo artigos, a serem publicados no próximo número, até **15/3/2001**.

Disposições Gerais

1- As decisões do conselho editorial da Revista **Em tempo** são soberanas, não cabendo recurso de espécie algum.
2- Todos os direitos autorais são reservados, sendo que nenhuma parte da publicação poderá ser reproduzida, destacada ou transformada por qualquer forma ou meio, sem constar o crédito da referência, de acordo com as leis de direitos autorais vigentes no Brasil.
3- A aceitação do trabalho para publicação implica na transferência de direitos do autor para a revista, sendo assegurada à Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha o direito à mais ampla divulgação da informação.
4- Os autores receberão dois exemplares do número da revista em que foi publicado seu trabalho.
5- O conteúdo dos trabalhos é de exclusiva responsabilidade dos autores.



IX

ISSN 1516-8964