

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS  
CURSO DE DIREITO

**ESTADO, FAMÍLIA E SUBSIDIARIEDADE  
EM JOHN FINNIS**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Giovanni Marramarco Lovato

SANTA MARIA, RS, BRASIL  
2013

# ESTADO, FAMÍLIA E SUBSIDIARIEDADE EM JOHN FINNIS

**Giovanni Marramarco Lovato**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa Maria, como requisito parcial para  
obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

**Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Maria Ester Toaldo Bopp**

**Santa Maria, RS, Brasil  
2013**

**Universidade Federal de Santa Maria  
Centro de Ciências Sociais e Humanas  
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de  
Graduação

**ESTADO, FAMÍLIA E SUBSIDIARIEDADE  
EM JOHN FINNIS**

elaborada por  
**Giovanni Marramarco Lovato**

como requisito parcial para obtenção do grau de  
**Bacharel em Direito**

**COMISSÃO EXAMINADORA:**

**Prof.<sup>a</sup> Ms. Maria Ester Toaldo Bopp**  
(Presidente/Orientador)

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Rosane Leal da Silva**  
(Universidade Federal de Santa Maria)

**Prof.<sup>a</sup> Ms. Bernadete Schleder dos Santos**  
(Centro Universitário Franciscano)

Santa Maria, 13 de dezembro de 2013.

*O canal mais importante de transmissão da cultura, porém, continua sendo, de longe, a família: e quando a vida familiar fracassa em sua tarefa, devemos esperar que nossa cultura se deteriore. Ora, a família é uma instituição acerca da qual quase todos falam bem; é aconselhável, porém, lembrar que esse é um termo que pode variar em sua extensão. Atualmente, ele significa pouco mais do que seus membros vivos. E mesmo desses, é uma rara exceção que um anúncio qualquer represente uma família grande, ou três gerações: a família comum dos anúncios é composta por um casal e um ou dois filhos. (...) No entanto, quando falo de família, tenho em mente um laço que abarca um período de tempo mais longo do que este: uma piedade com relação aos mortos, não importa quão obscuros, e uma preocupação com os que ainda não nasceram, ainda que remotos. A menos que essa reverência pelo passado e pelo futuro seja cultivada em casa, ela jamais poderá ser mais do que uma convenção verbal na comunidade. Tal interesse pelo passado é diferente das vaidades e pretensões da genealogia; tal responsabilidade pelo futuro é diferente daquela do construtor de programas sociais.*

*(T. S. Eliot)*

Agradeço a Deus, autor e princípio da vida, e a MTA, pelo perfeito cuidado;  
A minha Amanda, pelo carinho, amor e compreensão;  
A meus pais, Thomé e Rosângela, pela dedicação exemplar à família;  
A meus irmãos, Pietro, Tobias, Maria Clara, Lorenzo e Mariana,  
pelas experiências e amor vivenciados;  
A minha orientadora Maria Ester, mãe e mestre de seus alunos, minha amiga;  
A meu colega Mateus Minuzzi, grande companheiro nestes cinco anos;  
A Bruno, Carlos, Everton, Falko, Mateus Minuzzi, Matheus Muniz, Thales e Tobias,  
pela amizade e inquietações compartilhadas.

**RESUMO**  
Monografia de Graduação  
Curso de Direito  
Universidade Federal de Santa Maria

## **ESTADO, FAMÍLIA E SUBSIDIARIEDADE EM JOHN FINNIS**

AUTOR: **GIOVANNI MARRAMARCO LOVATO**

ORIENTADORA: **MARIA ESTER TOALDO BOPP**

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 13 de dezembro de 2013.

Existem muitas possibilidades de intervenção estatal na vida familiar: planejamento familiar e esterilização forçada, educação moral pelo Estado, a perda da guarda de filhos, a obrigatoriedade e exclusividade da educação pública. A teoria do direito natural de John Finnis pode contribuir para o debate sobre os limites dessa intervenção. Finnis apresenta um rol de bens humanos básicos, entre os quais o matrimônio, assim como de exigências básicas da razoabilidade prática, que guiam o agir prático, inclusive do estadista. Finnis também aborda a incompletude da família como razão para que a sociedade civil, o Estado ou a comunidade internacional venham em seu socorro. Esse auxílio não é desregrado, a comunidade mais completa não pode ocupar o lugar da comunidade menor. A ajuda é guiada pelo princípio da subsidiariedade, que implica em a ordem maior não assumir os compromissos que a ordem menor é capaz de realizar por si mesma. Assim, inicialmente apresentou-se a teoria de John Finnis a respeito dos bens humanos, em especial no que toca ao casamento. Após, tratou-se do princípio da subsidiariedade como mediador das relações entre Estado e família. Por fim, analisou-se a prática da educação domiciliar à luz do ordenamento jurídico brasileiro, dos tratados internacionais e do princípio da subsidiariedade. Conclui-se, assim, que o princípio da subsidiariedade, negativamente, exige que o Estado não interfira arbitrariamente nas decisões da família e, positivamente, que cabe às comunidades mais completas garantir as condições mínimas de sobrevivência das pessoas.

Palavras-Chaves: John Finnis; bens humanos básicos; intervenção estatal; princípio da subsidiariedade; educação doméstica.

**ABSTRACT**  
Graduation Monograph  
Law School  
Federal University of Santa Maria

**STATE, FAMILY, AND SUBSIDIARITY IN JOHN FINNIS**

Author: Giovanni Marramarco Lovato

Adviser: Maria Ester Toaldo Bopp

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 13th, 2013.

There are many possibilities of state intervention in family life: compelled planned parenthood and sterilization, moral education by the State, loss of custody of children, compulsory and exclusivity of public education. The theory of natural law of John Finnis may contribute to debate of the limits of this intervention. Finnis presents a list of human basic goods, including marriage, as a list of the basic requirements of practical reasonableness, that advise the practical act, including of the statesman. Finnis also approaches the family's incompleteness as reason for community, State, or international community come to it aid. This relief is not without rules, the community more complete may not take the place of the smaller community. The aid is guided by the principle of subsidiarity, which implies a higher order does not make the compromises that the lowest order is capable of accomplishing by itself. So, initially, the present work introduced the theory of John Finnis about the human goods, especially about marriage. Afterwards, it was discussed about principle of subsidiarity as mediator of relationships between State and Family. At last, it was analyzed the practice of homeschooling in light of the Brazilian Law, the international treaties and the principle of subsidiarity. Thus, it is concluded that the principle of subsidiarity, in its negative dimension, requires that the State do not interfere arbitrarily in family decisions and, in its positive dimension, that it is the duty of the most complete communities guarantee minimum living conditions of people.

Key-Words: John Finnis; basic human good; state intervention; principle of subsidiarity; homeschooling.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>1 A TEORIA DOS BENS HUMANOS BÁSICOS DE JOHN FINNIS</b> ....	13
1.1 Apontamentos preliminares .....	14
1.2 Os bens humanos básicos .....	20
1.3 O matrimônio como bem humano básico .....	26
1.4 Os requisitos da razoabilidade prática .....	28
<b>2 COMUNIDADE E SUBSIDIARIEDADE</b> .....	34
2.1 Família .....	36
2.2 Estado e comunidade internacional .....	38
2.3 O princípio da subsidiariedade .....	40
2.3.1 Conceito de subsidiariedade .....	42
2.3.2 Dimensões da subsidiariedade .....	43
2.4 Subsidiariedade e família .....	45
<b>3 O ENSINO DOMÉSTICO NO BRASIL</b> .....	48
3.1 Educação e família na Constituição Federal de 1988 .....	48
3.2 Educação e família nos tratados internacionais de direitos humanos e na legislação infraconstitucional brasileira .....	50
3.3 Ensino doméstico e subsidiariedade .....	52
<b>CONCLUSÃO</b> .....	56
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	59

## INTRODUÇÃO

A população brasileira testemunhou, nos últimos anos, o surgimento de algumas decisões governamentais e propostas legislativas, algumas aprovadas e promulgadas, que interferem no cerne da vida das famílias brasileiras.

Entre as medidas de governo, uma que gerou grande polêmica foi a proposta de distribuição de materiais para crianças, nos primeiros anos do ensino fundamental, de combate à discriminação de homossexuais, apelidado de “kit-gay” pelos adversários da proposta e de “kit anti-homofobia” pelos simpatizantes. O projeto foi barrado antes de ser implantado<sup>1</sup>, mas destinou vultuosos recursos do Ministério da Educação a organizações não-governamentais, que reformulariam e rerepresentariam o material<sup>2</sup>.

O projeto de lei 7672/2010, conhecido como Lei da Palmada, em tramitação no Congresso Nacional, propõe alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente para proibir “o uso de castigo físico, ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto” por parte dos responsáveis por sua educação. Castigo físico engloba “o uso de força física que resulte em sofrimento ou lesão” e tratamento cruel ou degradante é considerado qualquer conduta “que humilhe, ameace gravemente ou ridicularize”. O debate se trava na necessidade de uma nova lei que proíba a aplicação da disciplina física por parte dos pais, quando o atual Código Penal contempla punição a qualquer agressão que ofenda a integridade física ou a saúde de alguém, incluindo filhos<sup>3</sup>; tratar-se-ia, portanto, de se imiscuir na intimidade da vida familiar, chegando ao ponto de determinar como os pais podem disciplinar ou não seus filhos.

O último diploma legislativo a ganhar destaque por se envolver na criação dos filhos foi a Lei 12.796, de 04 de abril de 2013, que, ao alterar a Lei de Diretrizes

---

<sup>1</sup> FLOR, Ana. Dilma suspende ‘kit gay’ após protesto da bancada evangélica. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 mai. 2011. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/920652-dilma-suspende-kit-gay-apos-protesto-da-bancada-evangelica.shtml>>. Acesso em 25 nov. 2013

<sup>2</sup> GOULART, Nathalia. ‘Kit gay’ será reformulado e lançado até fim do ano, diz Haddad. **Veja**, São Paulo, 27 mai. 2011. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/kit-gay-sera-reformulado-e-lancado-ate-fim-do-ano-diz-haddad>>. Acesso em 25 nov. 2013

<sup>3</sup> O art. 129 do Código Penal trata do crime de lesão corporal. Seu § 9º determina que “se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”, a pena será de detenção de três (03) meses a três (03) anos. (BRASIL, **Decreto-Lei n. 2848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 28 nov. 2013.)

Bases da Educação, tornou obrigatória a educação básica a partir dos quatro anos de idade. Com isso, os pais que não matricularem seus filhos nas pré-escolas poderão incorrer em crime de abandono intelectual.<sup>4</sup>

Paradoxalmente, há um grande déficit de vagas para crianças em creches. No Município de Santa Maria, por exemplo, apenas 6.227 crianças estão matriculadas em creches e pré-escolas, somando a rede privada e a rede pública. Para atender toda a demanda, segundo Tribunal de Contas do Estado/RS, seriam necessárias mais 6.040 vagas para crianças de até cinco anos. De forma geral, no Rio Grande do Sul, o déficit chega a 128.824 vagas em creches e 87 mil vagas em pré-escolas.<sup>5</sup>

No cenário internacional, a perspectiva não é diferente. Em Portugal, uma imigrante, mãe de 10 filhos, perdeu a guarda de sete deles por se recusar a realizar o procedimento de laqueadura das trompas<sup>6</sup>. A mulher, muçulmana, recusou-se a submeter-se à esterilização que o governo colocava como condição para auxiliá-la economicamente.

Na China, há décadas o regime ditatorial impõe a política do filho único, que proíbe os casais de terem mais de um filho. Há inúmeros relatos de mulheres obrigadas a abortar, sendo inclusive sequestradas para isso, e de perseguição a toda a família<sup>7</sup>. Em decorrência dessa medida, há hoje um déficit populacional de 24 milhões de mulheres<sup>8</sup>, tendo em conta a cultura chinesa, que impõe que a mulher abandone sua família de origem para cuidar apenas dos pais do marido na velhice, deixando seus genitores desamparados.

A esses fatos, agrega-se a discussão sobre o papel do Estado e as condições de intervenção na vida familiar e social. Nesse sentido, destaca-se o clássico *Lei Natural e Direitos Naturais*, de John Finnis; no Brasil, em 2009, foi publicado o livro

<sup>4</sup> O art. 246 do Código Penal dispõe que “deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar” sujeita os pais ou responsáveis à pena de detenção, de quinze dias a um mês, ou multa. (BRASIL, Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 28 nov. 2013.)

<sup>5</sup> VASCONCELLOS, Manuela; PAVAN, Pedro. Faltam mais de 6 mil vagas. **Diário de Santa Maria**, Santa Maria, 07 nov. 2013. Disponível em <<http://www.clicrbs.com.br/dsm/rs/imprensa/4,38,4325169,23102>>. Acesso em 25 nov. 2013.

<sup>6</sup> SANCHES, Andreia. Retirar filhos a mulher que recusou laquear trompas “fere os mais elementares direitos humanos”. **Público**, Lisboa, 23 jan. 2013. Disponível em <<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/retirar-filhos-a-mulher-que-recusou-laquear-trompas-fere-os-mais-elementares-direitos-humanos-1581801>>. Acesso em 01 nov. 2013

<sup>7</sup> TREVISAN, Cláudia. Escândalo abala política do filho único na China. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 08 jul. 2012. Disponível em <<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,escandalo-abala-politica-de-filho-unico-na-china-,897371,0.htm>> . Acesso em 25 nov. 2013.

<sup>8</sup> CHINA relaxa política do filho único. **BBC Brasil**, São Paulo, 15 nov. 2013. Disponível em <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/11/131115\\_china\\_um\\_filho\\_lei\\_fn.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/11/131115_china_um_filho_lei_fn.shtml)>. Acesso em 25 nov. 2013.

Teoria do Estado de Solidariedade, de Wambert Gomes di Lorenzo. Estas obras, inseridas na tradição aristotélico-tomista, apresentam importantes reflexões sobre o princípio da subsidiariedade como mediador das relações entre Estado e Família.

A obra de John Finnis, jusfilósofo australiano, professor emérito da Universidade de Oxford, no Reino Unido, e mais recentemente professor da Universidade de Notre Dame, nos Estados Unidos da América, tem se propagado nos últimos anos no Brasil, com a tradução de alguns de seus livros e ensaios<sup>9</sup>, assim como pela realização de estudos da sua obra em programas de pós-graduação em Direito<sup>10</sup>.

Herbert Lionel Adolphus Hart, principal jusfilósofo inglês da segunda metade do século XX e orientador do doutorado de Finnis em Oxford, após a publicação de *Natural Law and Natural Rights* (Lei Natural e Direitos Naturais), que ele próprio havia sugerido a Finnis, afirmou “que os temas das teorias do direito natural não poderiam mais ser discutidos nos termos em que até então vinham sendo”.<sup>11</sup>

Assim, estudar a obra de John Finnis, responsável pela retomada da corrente do jusnaturalismo tomista no mundo acadêmico anglo-saxão<sup>12</sup>, é oportuno em um momento em que as formações familiares e as relações entre Estado e família sofrem profundas alterações no Ocidente.

No campo jurídico, a Constituição Federal de 1988 define a família como “base da sociedade” e defere especial proteção do Estado. No mesmo sentido, o Pacto de San José da Costa Rica coloca a família como “o núcleo natural e fundamental da sociedade”, a “ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

Assim, compreender tanto o princípio da subsidiariedade e suas implicações quanto os mandamentos constitucionais e dos tratados de direito humanos é fundamental para a análise de quaisquer medidas que partam do Estado para interferir na vida familiar e pessoal.

<sup>9</sup> Além de Lei Natural e Direitos Naturais (Unisinos, 2007), foram traduzidos os livros Direito Natural em Tomás de Aquino (Sergio Antonio Fabris Editor, 2007) e Fundamentos de Ética (Elsevier, 2012).

<sup>10</sup> A obra de Finnis tem sido objeto de dissertações e teses nos Programas de Pós-Graduação em Direito da Unisinos e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

<sup>11</sup> CORDIOLI, Leandro. Prefácio. In: FINNIS, John. **Direito Natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico**. Tradução: Leandro Cordioli. Revisão: Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 12.

<sup>12</sup> John Finnis, antes de se interessar pela filosofia tomista, estava envolvido no debate da filosofia jurídica analítica (Hart, Fuller, Dworkin), da epistemologia de Hume e Russell e do conhecimento prático e teórico das instituições jurídicas e políticas do *common law*. (OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 18).

Desse contexto, surge o problema: O Estado pode impor planejamento da natalidade às famílias, bem como decidir sobre que tipo de educação sexual, moral e religiosa os filhos terão? Há critérios para a intervenção estatal na vida familiar segundo a teoria do direito natural e da filosofia prática de John Finnis?

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo geral identificar o princípio da subsidiariedade, apresentado no contexto da obra de John Finnis, como mediador das relações entre Estado e família. Especificamente, busca, em primeiro lugar, descrever as premissas da teoria do direito natural de John Finnis, passando pela sua teoria dos bens humanos básicos, entre eles o matrimônio, e dos requisitos da razoabilidade prática; em segundo lugar, compreender a justificação dada por John Finnis ao Estado e à ordem internacional; em terceiro lugar, definir o conceito de subsidiariedade e seu papel na mediação entre Estado e Família; por fim, analisar os dispositivos da Constituição Federal, dos tratados internacionais e da legislação ordinária, referentes à família e à educação, tratando de um caso real envolvendo educação domiciliar (*homeschooling*).

Foi utilizado o método dedutivo, porque se partiu da compreensão geral da teoria do direito natural de John Finnis e da compreensão do papel da família e do Estado para se estabelecer o princípio da subsidiariedade como mediador das relações entre Estado e família.

O método de procedimento adotado foi o comparativo, ao se realizar estudo dos bens humanos, com destaque ao bem do casamento, das relações entre Estado e família e do princípio da subsidiariedade, e comparação com o ordenamento jurídico brasileiro e tratados internacionais, especialmente sobre o tratamento dado ao ensino domiciliar.

A técnica de pesquisa utilizada foi a revisão bibliográfica de livros e artigos de John Finnis, do livro “Teoria do Estado de Solidariedade”, de Wambert di Lorenzo, e de algumas dissertações sobre a obra de Finnis apresentadas junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Esta monografia está dividida em três capítulos. O primeiro busca compreender a metodologia e as premissas da teoria do direito natural proposta por John Finnis, bem como apresentar o rol de bens humanos básicos identificados por Finnis, entre os quais o matrimônio, e suas características, além dos requisitos da razoabilidade prática.

O segundo capítulo é destinado à análise da justificação dada por John Finnis à comunidade, passando pela família, o Estado e a ordem internacional, seguido do estudo do princípio da subsidiariedade como mediador das relações entre Estado e família, abordando alguns exemplos dessa relação.

O terceiro capítulo, de caráter menos teórico e mais jurídico, é dedicado ao estudo do ensino doméstico (*homeschooling*). Analisa-se sua possibilidade no Brasil frente aos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais (incluindo a Declaração Universal de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos). Por fim, aplica-se o princípio da subsidiariedade a um caso relativo ao ensino doméstico.

# 1 A TEORIA DOS BENS HUMANOS BÁSICOS DE JOHN FINNIS

Em sua obra clássica *Lei Natural e Direitos Naturais*, publicada em 1980, John Finnis apresenta sua teoria do direito natural<sup>13</sup>. O ponto de partida de sua teoria é a razão prática, uma vez que

Uma sólida teoria do direito natural é uma teoria que explicitamente [,,,] realiza uma crítica dos pontos de vista práticos, a fim de distinguir o que não é razoável na prática do que é razoável na prática e, assim, diferenciar o que realmente é importante daquilo que não é importante [...].  
[Uma teoria do direito natural] pode ser elaborada, tal como este livro, primariamente como uma contribuição às reflexões práticas daqueles que se preocupam em agir, quer como juízes, quer como estadistas, quer como cidadãos.<sup>14</sup>

A pré-condição para a razão prática é o livre arbítrio, a capacidade de se autodeterminar por escolhas livres diante de “possibilidades atrativas alternativas para ação”<sup>15</sup>. O contexto da razão prática é o horizonte aberto da vida humana como um todo, ou seja, cada escolha trata de

devotar uma parte de sua própria vida ao propósito que poderia ter sido qualquer da escala ilimitada de finalidades abertas à perseguição humana para o intento de beneficiar a todo ou a qualquer ser(es) humano(s).<sup>16</sup>

A partir disso, o sentido de direito natural para Finnis, fundamento de sua teoria, é assim indicado:

**existe (i) um conjunto de princípios práticos básicos que indica as formas básicas de florescimento humano como bens a serem buscados e realizados**, e que é de uma forma ou de outra usado por todos os que ponderam sobre o que fazer, por mais infundadas que sejam suas conclusões; **e (ii) um conjunto de requisitos metodológicos básicos de razoabilidade prática** (ela mesma uma das formas básicas de florescimento humano) **que distingue** entre pensamento prático bem fundado e infundado e que, quando são todos empregados, fornece os critérios para distinguir entre atos que (sempre ou em circunstâncias particulares) são razoáveis levando-se tudo em consideração (e não apenas em relação a um propósito particular) e atos que são desarrazoados levando-se tudo em consideração, isto é, **entre modos de agir que são**

---

<sup>13</sup> À primeira vista, o livro parece tratar-se de uma reflexão puramente tomista, quando na verdade distancia-se de algumas teses tradicionais do jusnaturalismo, fazendo coro a algumas concepções do juspositivismo analítico, de autores como H. L. A. Hart e Joseph Raz. (OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 18.)

<sup>14</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 30-31.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 30

<sup>16</sup> FINNIS, John. **Direito Natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Tradução: Leandro Cordioli. Revisão: Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 33.

**moralmente certos ou moralmente errados – permitindo, dessa forma, que se formule (iii) um conjunto de padrões morais gerais**<sup>17</sup>. (grifos nossos)

Este capítulo dedica-se, primeiro, a indicar a metodologia adotada por Finnis, bem como alguns esclarecimentos sobre sua teoria do direitos natural; segundo, a identificar “o conjunto de princípios práticos básicos que indicam as formas básicas de florescimento humano como bens a serem buscados e realizados”, entre os quais o matrimônio; terceiro, a apontar os requisitos metodológicos básicos da razão prática, que guiam o agir razoável.

### 1.1 Apontamentos preliminares

Sendo o direito uma instituição social, o método deve ser capaz de proporcionar “uma descrição e uma análise livres de valores dessa instituição, conforme ela exista de fato”<sup>18</sup>. Contudo, isso só é possível se o teórico também participar “do processo de avaliar, de entender o que é realmente bom para as pessoas e o que é realmente requerido pela razoabilidade prática”, o que significa levar em conta os aspectos das ações humanas influenciadas pelas causas naturais (estudadas pelas ciências naturais e pela psicologia), mas também o aspecto da finalidade das ações e práticas humanas.

O sentido de “prático”, para Finnis, remete a “com vistas para a decisão e ação”. Assim, “pensamento prático” significa pensar sobre o que fazer; razoabilidade prática é razoabilidade ao decidir, ao atuar<sup>19</sup>. “Por isso, não se pode ter em conta o prático sem se considerar a finalidade do agir”<sup>20</sup>.

Ter em conta a finalidade levanta um problema: como estruturar uma teoria geral descritiva diante da multiplicidade das ações e práticas humanas existentes? Para Finnis, é preciso ultrapassar o mero relato dos fatos sociais, seguindo a crítica de Hart a Kelsen e a John Austin, que propunham um “ponto de vista externo”, limitado a relatar os fatos sociais de modo neutro, sem valorações.

<sup>17</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 35.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 31.

O ponto de vista externo, segundo Santiago Legarre, poderia dizer que

“em algumas situações de exceção (semáforo fechado), é previsível que os condutores façam tal ou qual coisa. Porém nada nos diz do mais importante: Por que os carros freiam no semáforo? Que sentido têm as regras de trânsito? Que significado tem um semáforo fechado? O que é um semáforo?”<sup>21</sup>

Para resolver o problema, Finnis propõe a adoção de um instrumento filosófico aristotélico: a identificação do “significado focal”, capaz de diferenciar o direito de outras práticas sociais. A resposta a perguntas como “O que é o direito” e “Qual o objeto do teórico social que procura descrever o direito” vem a partir da distinção entre “caso central” e “caso periférico”. O caso central corresponde ao significado focal, à realidade absolutamente considerada. Os casos periféricos correspondem aos significados secundários, à realidade em algum aspecto.<sup>22</sup>

Essa distinção ainda não estabelece um critério ou um ponto de vista prático que distingue caso central de casos periféricos do direito. É preciso questionar-se sobre os motivos de considerar-se a lei justa, ou a conduta justa, como caso central do direito, ou ainda o direito internacional como caso periférico do direito. “Perguntar-se por motivos é trazer à tona o ‘ponto de vista interno’, ou seja, o ponto de vista daquele que está inserido no ambiente social em análise”<sup>23</sup>, o ponto de vista que elegerá o que é significativo e importante no objeto de estudo.

Finnis, após analisar as propostas de Hart e Joseph Raz<sup>24</sup>, conclui que o foco do teórico ao estudar as instituições jurídicas, o caso central do ponto de vista

<sup>21</sup> LEGARRE, Santiago, apud OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 32.

<sup>22</sup> Finnis usa como exemplo os casos centrais de governo constitucional e os casos periféricos (a Alemanha de Hitler, a Rússia de Stalin e a Uganda de Idi Amin Dada).

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>24</sup> Finnis critica as opiniões de Hart e Raz sobre o ponto de vista da avaliação “do que é importante e significativo”. Hart prioriza a descrição das preocupações, avaliações e linguagem das pessoas que usam as regras como padrões para a avaliação do comportamento (seu ou de outrem). Raz adota, primeiro, o “ponto de vista do homem comum” e, posteriormente, o ponto de vista jurídico, do homem que aceita a validade de todas as leis de seu país. Contudo, ambos não diferenciam o caso central dos casos periféricos; as atitudes apontadas por Hart e Raz tendem a manter um sistema jurídico existente, mas “não irão causar a transição de uma ordem social pré-jurídica de costumes ou discricção (ou pós-jurídica!) a uma ordem jurídica, pois elas não têm em comum a preocupação [...] de remediar os defeitos das ordens sociais pré-jurídicas”. Hart e Raz ainda oferecem outros tipos de ponto de vista internos: “o interesse desinteressado por outrem” e o daqueles que consideram as regras como “moralmente justificadas”. O primeiro é descartado por não ter um significado isolado muito claro. O segundo ponto de vista propõe que o “estabelecimento e a manutenção da ordem jurídica em distinção a uma ordem discricionária ou estaticamente consuetudinária são encarados como um ideal moral”, e poderá constituir o caso central do ponto de vista interno, pois passa a ser fundamental que o direito exista de forma distinta a outras formas de ordem social.

jurídico, “deveria ser aquele pelo qual essas instituições são consideradas como exigências, ao menos pressupostas, da razoabilidade prática”<sup>25</sup>, aquilo que tornaria imprescindível “o estabelecimento e a manutenção da ordem jurídica” como algo diverso de outras instituições sociais (moral, religião, política).

Finnis faz mais uma diferenciação dentre aqueles que encaram a lei como um aspecto da razoabilidade prática: há uns cujas opiniões são mais razoáveis que as de outros. Assim, o ponto de vista do caso central do direito é o ponto de vista daqueles que, além de apelas à razoabilidade prática, também

são razoáveis na prática, ou seja: consistentes; atentos a todos os aspectos das oportunidades e do florescimento dos seres humanos, bem como cientes de sua limitada comensurabilidade; preocupados em remediar deficiências e colapsos, bem como cientes de suas raízes nos vários aspectos da personalidade humana, nas condições econômicas e em outras condições materiais da interação social.<sup>26</sup>

O teórico, assim, busca um equilíbrio reflexivo entre sua visão e a visão da realidade em estudo, “buscando, com isso, um aprimoramento que garanta juízos de significado e importância que expressem o que é bom e razoável em termos práticos”<sup>27</sup>

A partir da adoção do ponto de vista da razoabilidade prática, Finnis, ao contrário de outros jusnaturalistas<sup>28</sup> e alinhado aos positivistas, entende o direito positivo como o caso central de direito e sistema jurídico<sup>29</sup>. Isso porque os operadores do direito (juízes, advogados, promotores etc.) são os protagonistas da área jurídica e seriam as referências adequadas para que o teórico chegasse a suas conclusões. Perceberia, a partir do contato com eles, que “somente aquele direito que fosse resultado do (a) labor humano e (b) estivesse dotado de obrigatoriedade derivada de sua positivação teria condições de receber o rótulo de caso central”<sup>30</sup>.

Consequentemente, o direito natural (“o conjunto de princípios da razoabilidade prática no ordenamento da vida humana e da comunidade humana”<sup>31</sup>)

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 37.

<sup>26</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 28.

<sup>27</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 38.

<sup>28</sup> Um resumo das diferenças conceituais entre Finnis e Michel Villey, Carlos Ignacio Massini Correias, Javier Hervada e Georges Kalinowski se encontra na dissertação de Elton Somensi de Oliveira, “Bem comum, razoabilidade prática e direito”, p. 33-42.

<sup>29</sup> FINNIS, *op. cit.*, p. 255.

<sup>30</sup> OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 39.

<sup>31</sup> FINNIS, *op. cit.*, p. 273.

é entendido como caso periférico do direito. Ao contrário do direito positivo, o direito natural não é fruto do trabalho humano, nem depende da positivação em um sistema jurídico para ser obrigatório.

A respeito do direito natural, cumpre repassar ainda alguns esclarecimentos feitos por Finnis. Hart objetava a ideia de fim ou bem humano presente nas teorias do direito natural, porque essa ideia seria “discutível”. Finnis, ao invés de discordar, como era de se esperar, concorda, esclarecendo que Tomás de Aquino também considerava o direito natural “discutível”.

Tomás de Aquino, ao discorrer sobre a extensão do conhecimento humano da lei natural, afirmava a existência de “princípios comuníssimos, que são conhecidos por todos”<sup>32</sup>; são a finalidade dos preceitos da lei natural e declaram as formas básicas de bem humano. Qualquer pessoa que tenha atingido a idade da razão e possua experiência suficiente pode reconhecê-los. Correspondem aos denominados “valores básicos” e “princípios práticos básicos” por Finnis.<sup>33</sup>

Depois, vêm as implicações morais mais básicas decorrentes dos “princípios comuníssimos”, que qualquer pessoa pode alcançar pelo uso da razão; é o caso da percepção de que é errado roubar. Porém, estão sujeitos a distorção e obscurecimento, individualmente ou por uma cultura toda. Por último, há aquelas questões morais que podem ser respondidas adequadamente apenas por um sábio e que as considera detalhadamente, com agudeza.<sup>34</sup>

Assim, fica claro que Tomás considerava apenas os primeiros princípios (“princípios comuníssimos”) como indiscutíveis; Finnis fala, como veremos, que os valores e princípios práticos básicos são auto evidentes, o que não significa que sejam reconhecidos imediatamente por todos como valores e princípios básicos,

<sup>32</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Vol. IV, 2ª edição. São Paulo: Loyola, 2010, p. 571. (ST, I-II, q. 94, a. 6.).

<sup>33</sup> OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 43-44.

<sup>34</sup> “[...] os preceitos morais têm eficácia pelo próprio ditame da razão natural, mesmo que nunca se estabeleçam em lei. Ora, é tríplice o grau desses preceitos. Alguns, com efeito, são certíssimos e de tal modo manifestos que não precisam de publicação, como os mandamentos de amor de Deus e do próximo, e outros semelhantes, como acima foi dito, os quais são como que fins dos preceitos. Portanto, neles ninguém pode errar segundo o juízo da razão. Alguns, porém, são mais determinados, aqueles cuja razão imediatamente qualquer um, mesmo popular, pode facilmente ver; e, entretanto, porque em poucos casos acerca de tais coisas acontece que o juízo humano se perverta, os mesmos precisam de publicação, e estes são os preceitos do decálogo. Alguns há, porém, cuja razão não é assim manifesta a qualquer um, mas só aos sábios [...]”. (AQUINO, *op. cit.*, p. 667. - ST, I-II, Q. 100, a. 11)

mas sim que são capazes de serem apreendidos por todos em razão de sua objetividade.

Finnis dedica-se ainda a defender a teoria do direito natural de dois argumentos comumente apresentados. O primeiro ataque parte de Hans Kelsen, que elabora duas objeções.

A primeira é que a teoria do direito natural tenta “fundamentar o direito positivo em uma delegação do direito natural”, o que seria “logicamente impossível”, porque essa delegação atribuiria “validade jurídica a normas não por serem justas, mas por causa de sua criação pelo delegado”<sup>35</sup> (no caso, o legislador que delega as normas do direito natural), que poderia ignorar e substituir o direito natural, porque o direito positivo não está limitado por sua validade material, pela sua justiça. Contudo, Finnis responde que a observação de Kelsen é improcedente; o delegado (o legislador) não deve delegar incondicionalmente e prova isso ao transcrever para as palavras de Kelsen a teoria de Tomás de Aquino:

A validade jurídica (no sentido focal, moral de “validade jurídica”) do direito positivo é derivada de sua conexão racional com o direito natural (isto é, derivada dele), e essa conexão é válida, normalmente, se, e somente se, (i) o direito surge de um modo que é juridicamente válido (no sentido especialmente restrito, puramente jurídico de “validade jurídica”) e (ii) o direito não é materialmente injusto nem em seu conteúdo, nem nas circunstâncias relevantes em que é postulado.<sup>36</sup>

Em outras palavras, o direito positivo só é derivado do natural se essa derivação é válida juridicamente e o direito é justo. Logo, existem critérios para essa delegação.

O segundo argumento de Kelsen contra o direito natural é que, para os teóricos do direito natural, o direito positivo é uma mera cópia do direito natural, porque a validade do primeiro residiria em sua conformidade com o segundo. Tomás de Aquino concorda que a validade do direito positivo decorre de sua derivação do direito natural. Contudo, o legislador tem liberdade para criar o direito positivo, sendo o direito natural uma referência para que a criação seja a mais adequada para a comunidade do legislador.

Para Tomás, há duas formas de derivação da lei natural: primeiro, por conclusões derivadas dos princípios (“o princípio de não matar pode derivar como

---

<sup>35</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 38.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 39.

conclusão do princípio de que a ninguém se deve fazer o mal”); segundo, por determinações de certos princípios gerais (é um princípio geral que quem comete um crime seja punido, mas a pena deve ser determinada pelo direito positivo)<sup>37</sup>.

Tomás aponta duas razões para a existência do direito positivo: primeiro, o direito natural não fornece nem mesmo a maioria das soluções para os problemas de coordenação da vida em comunidade e, segundo, é necessário compelir as pessoas egoístas a agirem de modo razoável.

O segundo ataque parte de David Hume<sup>38</sup>, sendo compartilhado pelos autores modernos que criticam as teorias de direito natural: os jusnaturalistas não comprovam a possibilidade de derivação de normas éticas a partir de fatos, a passagem do factual para o normativo, ou seja, do ser para o deve ser.

Finnis não tenta provar essa derivação; mais ainda, nega que essa operação seja necessária e que os expoentes clássicos do direito natural tenham tentado fazê-la<sup>39</sup>:

Para Tomás, [...] o que é decisivo, ao se discernir o conteúdo do direito natural, é o entendimento das formas básicas do bem-estar humano (ainda não moral) como fins ou oportunidades desejáveis e potencialmente realizáveis e, dessa forma, como coisas a serem buscadas e realizadas na ação, ação para a qual a pessoa já está começando a se orientar nesse próprio ato de entendimento prático.<sup>40</sup>

Finnis, em sentido contrário a alguns intérpretes tomistas, nega que o bem e o mal, para Tomás de Aquino, sejam conceitos analisados e fixados na metafísica e, em um segundo momento, aplicados na ética. Na verdade, os primeiros princípios do direito natural, “que especificam as formas básicas do bem e do mal e que podem ser adequadamente apreendidos por qualquer um que tenha atingido a idade da razão”<sup>41</sup>, são evidentes por si mesmos e indemonstráveis.

Se o conhecimento do bem e do mal não é inferido de fatos ou proposições sobre a natureza humana, de onde vem, como o homem chega a esse conhecimento? Finnis aborda então a distinção proposta por Aristóteles de quatro ordens do conhecimento, adotada por Tomás de Aquino.

<sup>37</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Vol. IV, 2ª edição. São Paulo: Loyola, 2010, p. 576. (ST I-II, Q. 95, a. 2)

<sup>38</sup> Hume tinha em vista em sua crítica Samuel Clarke e Hugo Grotius, jusnaturalistas racionalistas que fundamentavam o direito natural (e, assim, a obrigação moral) em uma razão superior (razão de Deus), dirigida a uma razão de um ser inferior (razão humana).

<sup>39</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 44.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 44.

A primeira é a ordem natural, campo da realidade dada, não afetada pelo pensamento humano, estudada, por exemplo, pela matemática e química. A segunda é a ordem lógica, em que se busca conhecer as condições pelas quais podemos ordenar nosso pensamento, estudada pela lógica. Outra ordem é a prática ou moral, pela qual temos a ciência das condições que nos permitem ordenar nosso deliberar e nossas ações voluntárias, investigada pela ciência moral e política, entre outras ciências. A quarta é a ordem técnica, pela qual se conhece os meios de se ordenar as coisas constituídas pela razão humana, estudada pelas ciências tecnológicas.<sup>42</sup>

Alguns jusnaturalistas (Samuel Clarke e Hugo Grotius, por exemplo) confundem a ordem natural e a ordem moral ao fundamentar a ética na natureza humana. Como explica Elton Somensi de Oliveira,

[...] se eu quero explicar a ação de alguém, até posso fazê-lo baseando-me em uma concepção de natureza humana. Esta é a visão que têm um metafísico ou um antropólogo, mas, na melhor das hipóteses, seria uma excelente descrição da natureza das coisas [...]; mas nunca um conhecimento que explique a forma como se procede a ação do ponto de vista daquele que está agindo! Isso porque não se considera as efetivas motivações que fazem alguém optar por uma conduta. Se eu quero descrever a ação não posso me fundamentar no ser, mas no agir. Em outras palavras, devo ter em conta uma ordem de conhecimentos específica, que é a ordem moral.<sup>43</sup>

O caminho para chegar ao conhecimento do bem, portanto, “não passa pela pergunta do que está de acordo com a natureza humana”<sup>44</sup>, mas sim pelo que é razoável, como veremos adiante ao tratar dos bens humanos básicos e da definição de matrimônio.

## 1.2 Os bens humanos básicos

Para especificar as características gerais dos bens humanos básico, Finnis analisa, como exemplo, o conhecimento, mais propriamente o conhecimento especulativo, aquele que é buscado por si mesmo, pelo simples desejo de conhecer, não tendo em vista sua utilização para outro objetivo.

<sup>42</sup> FINNIS, John. **Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1998, p. 20-22.

<sup>43</sup> OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 56.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 57.

Há uma inclinação para a apreensão do valor (do conhecimento), quer dizer, há um desejo em querer descobrir algo apenas para sabê-lo. É o que ocorre quando, independentemente da utilidade para a resolução de um processo judicial, percebe-se que seria bom conhecer os recursos cabíveis em uma situação, uma dissidência recente na jurisprudência, ou o que significa uma nova disposição legal. Ou então o que ocasionou o acidente que levou Ayrton Senna à morte; como funciona um relógio etc. Finnis aponta que

Ao explicar, para si mesma e para outrem, o que está fazendo, a pessoa se descobre capaz e pronta para se referir a *descobrir, conhecimento, verdade* como explanações suficientes do propósito de sua atividade, projeto ou compromisso. A pessoa se descobre refletindo que ignorância e confusão devem ser evitadas, simplesmente por si mesmas, e não meramente em relação a uma lista fechada de questões que ela levantou. Ela começa a considerar a pessoa que é bem informada e lúcida como estando em boa situação (e não apenas por causa do uso lucrativo que pode fazer de seu conhecimento). “É bom ficar sabendo...” agora parece ser aplicável não apenas a si mesma e à questão que no momento prende sua atenção, mas em geral – a uma gama inexaurível de questões e assuntos, e a qualquer um.<sup>45</sup>

Assim, o conhecimento é um valor, porque é bom não apenas como um objetivo particular que alguém considera desejável, mas como “uma forma geral de bem da qual se pode participar ou a qual se pode realizar de infinitas maneiras em um número indefinido de ocasiões”<sup>46</sup>, como um bem humano básico.

A liberdade política, por exemplo, não constitui um bem básico, pois não realiza a pessoa em si mesma. Assim como os alimentos são necessários (bens instrumentais) para a manutenção da vida, a liberdade política torna a pessoa apta a realizar os bens básicos (vivendo em amizade, participando das atividades políticas, engajando-se em sua educação, prestando o culto que entender correto etc.), mas não realiza nada.

O primeiro princípio do raciocínio especulativo, segundo Tomás de Aquino, é o princípio da não contradição (não é possível afirmar e negar ao mesmo tempo). Negar que o conhecimento seja um bem é incorrer em contradição. A negação (dizer que “conhecer não é um bem em si mesmo”) é a afirmação de um conhecimento que se quer negar.

---

<sup>45</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 69.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 69.

Da mesma forma, o primeiro princípio da razão prática é “o bem é para ser feito e buscado e o mal evitado”. Assim, a fórmula a ser seguida é: “‘x é para ser feito e buscado’, onde x é um bem humano básico”.

Formulações como “o conhecimento é algo que é bom ter”, “é bom ser bem informado e lúcido”, “a confusão e a ignorância devem ser evitadas” e “o conhecimento é um bem a ser buscado e a ignorância deve ser evitada” são apenas algumas das inúmeras possíveis expressões de um princípio prático:

Um princípio prático básico serve para orientar o raciocínio prático e pode ser exemplificado (mais que “aplicado”) em um número indefinido de princípios práticos e premissas mais específicas. Em vez de restringir, sugere novos horizontes para a atividade humana.<sup>47</sup>

Os bens humanos básicos são evidentes por si mesmos. É óbvio o bem do conhecimento, o que não significa que todos o reconheçam, ou que não existam pré-condições para o reconhecimento de seu valor, pois esses princípios não são inatos, não estão inscritos na mente ao nascer.<sup>48</sup> Na realidade, apenas quem já se perguntou e encontrou respostas corretas “está ciente da possibilidade de mais perguntas e de outras pessoas que fazem perguntas que, como ele mesmo, poderiam se deleitar com a vantagem de chegar a respostas corretas”.<sup>49</sup>

Finnis propõe que os bens humanos básicos são incomensuráveis<sup>50</sup>. Elton Somensi de Oliveira aponta que Finnis reconheceu posteriormente ignorar ou confundir um duplo aspecto da incomensurabilidade. Por um lado (o que é reconhecido por Finnis em Lei Natural e Direitos Naturais), nenhum deles, em si, vale mais que qualquer outro, ou seja, não há um valor anterior que possa medir qualquer um deles, pois “expressam valores distintos do bem estar da pessoa”.<sup>51</sup> Se um deles fosse mais básico que outro, o primeiro seria básico e o segundo, não. Por outro lado, “é irrelevante a incomensurabilidade entre as categorias de bens, pois está presente até mesmo quando idêntico interesse torne as alternativas dignas de

<sup>47</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 71.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 97-99.

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 63.

escolha”<sup>52</sup>. O bem básico que justifica alguém de ir ao cinema não se manifestará de uma forma mais adequada se a escolha for por uma comédia ou um drama.

Cada alternativa tem algum apelo que não é encontrado naquilo que torna atrativa a outra alternativa, ou seja, nenhuma alternativa se iguala a qualquer outra no que se refere à manifestação do bem humano básico, mesmo que se trate do mesmo bem humano básico.<sup>53</sup>

Outra característica dos bens humanos básicos é a objetividade, pois não são subjetivos, mas independentes das avaliações de cada um. O valor básico é “uma razão última, já que a referência à busca de um valor básico torna inteligível ‘qualquer instância particular de atividade ou comprometimento humano envolvida em tal busca’.”<sup>54</sup>.

Os bens humanos também são pré-morais. Relembra-se aqui a distinção entre as ordens natural e moral de conhecimento. Ao analisar o conceito e as características de um bem humano, está-se investigando a ordem natural; ainda não se está buscando o que é o correto a ser feito.

Mesmo assim, é possível falar de possíveis implicações morais, porque esses valores compõem os juízos sobre o que fazer. “Por isso, sob certo aspecto, não seria errado chama-los de valores morais, com a condição de que isso não resulte a conclusão a respeito da incondicional correção da ação tomada com base neles”<sup>55</sup>. Isso significa que nem toda ação que busca o conhecimento é correta e adequada, ou que nem todo o tipo de conhecimento tem o mesmo valor.

Os sete<sup>56</sup> bens humanos básicos são vida, conhecimento, excelência na realização, sociabilidade (amizade), razoabilidade prática, religião e matrimônio<sup>57</sup>. Essa lista é exaustiva, porque uma análise de quaisquer outros bens demonstraria

---

<sup>52</sup> OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 64.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 64-65.

<sup>56</sup> Tomás de Aquino entendia haver três bens humanos básicos: a vida, a verdade e a comunidade. É impossível evitar a autocontradição ao tentar negar qualquer um desses bens. Dizer “a vida não é um bem” pressupõe que eu esteja vivo, utilize-me desse bem para negá-lo; negar que a verdade exista já é pretender dizer a verdade; negar a alguém que a comunidade seja um bem é entrar em comunidade de discurso com outrem, pretendo que mude seu posicionamento.

<sup>57</sup> Em *Nuclear Deterrence, Morality and Realism*, escrito em 1988 junto com Germain Grisez e Joseph Boyle, o bem básico “jogo” ou “lúdico” (*play*) passa a ser associado à noção de trabalho no bem básico “excelência na realização”. Da mesma forma, o bem básico “experiência estética” é englobado no bem básico “conhecimento”. Em *Aquinas*, de 1998, Finnis acrescentou o “matrimônio” como um bem humano básico, independente do bem “vida”, mantendo a conta final em sete bens humanos básicos: vida, conhecimento, excelência na realização, sociabilidade, razoabilidade prática, religião e matrimônio. (*Ibidem*, p. 24.)

que se tratam de combinações de modos de se realizar estes sete bens básicos, ou seja, “há infinitos aspectos de autodeterminação e auto realização humana além dos aspectos listados, mas os demais aspectos não são em si mesmos básicos”.<sup>58</sup> Todos esses bens humanos são igualmente fundamentais, mesmo que cada indivíduo possa dar mais valor a um ou outro em sua vida.<sup>59</sup>

O bem humano básico “vida” corresponde ao impulso de autopreservação, “cada aspecto da vitalidade que põe um ser humano em uma boa forma para a autodeterminação”. Não é preciso demonstrar o quanto qualquer comunidade humana reconhece, busca e realiza esse propósito humano básico por ações (de resgate a feridos, ajuda a afetados por tragédias), leis, campanhas (de erradicação da fome, de conscientização sobre hábitos prejudiciais à saúde e observância das leis de trânsito etc.).

O bem da “excelência na realização” é entendido como o poder das pessoas de transformar o “mundo natural pelo uso de realidades, começando com seus próprios corpos mesmos, para expressar significados e/ou servir propósitos dentro de culturas humanas”<sup>60</sup>. Essa capacidade se expressa nos mais diferentes graus através da ação pessoal nas circunstâncias em que cada um se encontra envolvido, seja emitindo sua opinião ou posicionamento, seja envolvendo-se em jogos/atividades lúdicas que “não têm qualquer propósito que não seu próprio desempenho”<sup>61</sup>, seja o trabalho humano em geral.

O valor da “sociabilidade” ou “amizade” se manifesta “por um mínimo de paz e harmonia entre os homens, passa por todas as formas de comunidade humana e vai até sua forma mais forte, no desabrochar da amizade plena”<sup>62</sup>, mais adiante analisada. Implica querer e buscar o bem do outro, do amigo, e o ponto de partida é uma relação pacífica e harmoniosa.

O bem básico da “razoabilidade prática” significa “ser capaz de utilizar com eficiência a inteligência (no raciocínio prático que resulta em ação) nos problemas de

---

<sup>58</sup> OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 66.

<sup>59</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 97-99.

<sup>60</sup> FINNIS, John; BOYLE, Joseph; GRISEZ, Germain. **Nuclear Deterrence, Morality and Realism**. Reimpressão da 1ª ed., 1987. Oxford: Clarendon, 1989, p. 279.

<sup>61</sup> FINNIS, *op. cit.*, p. 92.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 93.

escolher as ações, os estilos de vida e de dar forma ao caráter”<sup>63</sup>. A razoabilidade prática estrutura a busca dos demais bens, é “arquitetônica, diretiva”<sup>64</sup>, porque guia, comanda as escolhas. Envolve um aspecto negativo, ou seja, a pessoa precisa de um âmbito mínimo de liberdade efetiva, e um aspecto positivo, que acarreta que a pessoa tente impor uma ordem inteligente e razoável ao seu agir. O aspecto positivo expressa-se de uma forma interna, em que a pessoa busca uma harmonia interna das próprias emoções e disposições, e de uma forma externa, ao tentar agir autenticamente, como fruto de “suas próprias avaliações, preferências, esperanças e autodeterminação livremente ordenadas”<sup>65</sup>.

O bem da “religião” trata das perguntas que surgem diante da ordem dos bens básicos; entre elas:

(a) como estão todas essas ordens, que têm sua origem imediata na iniciativa humana e se extinguem com a morte, relacionadas com a ordem duradoura de todo o cosmo e com a origem, se é que ela existe, dessa ordem? (b) Não será, porventura, o caso de a liberdade humana, na qual a pessoa se eleva acima do determinismo do instinto e do impulso até uma apreensão inteligente de formas dignas de bem e por meio da qual a pessoa dá forma e controla seu ambiente e também seu próprio caráter, ser ela mesma, de alguma forma, subordinada a algo que torna essa liberdade humana, a inteligência humana e a maestria humana possíveis (não apenas “originalmente”, mas de instante a instante) e que é livre, inteligente e soberano de um modo (e com uma abrangência) como nenhum ser humano pode ser?<sup>66</sup>

O fato de que alguns duvidam ou negam uma origem além das origens que podem ser conhecidas pelas ciências naturais à ordem universal das coisas não tira o valor básico da religião. Isso porque não é razoável negar a importância da reflexão racional sobre essas questões das origens da ordem cósmica, da razão e da liberdade humana, qualquer que seja a resposta, positiva, negativa ou agnóstica. “E se existe uma ordem transcendente da ordem universal das coisas, da liberdade humana e da razão”<sup>67</sup>, a vida pessoal está em desordem, a não ser que seja colocada em harmonia com o que pode conhecido ou pensado sobre essa ordem duradoura e um ser transcendente (Deus).

<sup>63</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 93-94.

<sup>64</sup> FINNIS, John. **Fundamentos de Ética**. Tradução: Arthur M. Ferreira Neto. Revisão: Elton Somensi de Oliveira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 71.

<sup>65</sup> FINNIS, *op. cit.*, p. 94.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 95.

Sobre o bem do “conhecimento”, tratou-se acima. Resta falar sobre o casamento, o último dos bens humanos básicos a ser assim reconhecido por Finnis.

### 1.3 O matrimônio como bem humano básico

Em *Lei Natural e Direitos Naturais*, de 1980, Finnis entendia a procriação e a vida familiar como a busca da realização de aspectos dos bens básicos vida, sociabilidade (ou amizade) e conhecimento (ou verdade).

Talvez devêssemos incluir nessa categoria a propagação da vida pela procriação. Certamente é tentador tratar a procriação como um valor irreduzivelmente básico distinto, correspondente à inclinação para acasalar/procriar/criar. Mas, embora haja boas razões para se distinguir o ímpeto de copular tanto do ímpeto da autopreservação quanto dos instintos maternais ou paternais, a situação analítica é diferente quando passamos do nível dos ímpetos/instintos/impulsos ao nível das formas do bem apreendidas com inteligência. Pode-se dizer que existe um impulso (de copular, digamos) e um canal de expressão física para esse impulso (ou uma gama de tais formas físicas); mas enquanto ação, busca e realização humana de valor, o intercuro sexual pode ser um jogo, e/ou expressão de amor ou amizade, e/ou tentativa de procriação. Então, da mesma forma, não precisamos nos contentar analiticamente com uma convenção antropológica que trata a sexualidade, o acasalamento e a vida em família como uma única categoria ou unidade de investigação; nem com um juízo ético que trata a família, a procriação e a educação das crianças como um aglomerado indistinguível de responsabilidades morais. Podemos distinguir o desejo e a decisão de ter um filho simplesmente para parir um filho do desejo e da decisão de cuidar e educar a criança. O primeiro caso é uma busca do bom da vida – nesse caso, a vida em seu aspecto de propagação; no segundo, o desejo e a decisão são aspectos da busca dos valores básicos distintos de sociabilidade (ou amizade) e verdade (verdade em sua comunicação), que andam lado a lado na busca contínua do valor da vida que está envolvido em simplesmente manter a criança viva e bem até que ela possa se virar sozinha.<sup>68</sup>

Em 1998, foi publicado *Aquinas: Moral, political and legal theory*, em que Finnis propôs uma nova interpretação da filosofia social, moral, política e jurídica de Tomás de Aquino. Nesse livro, Finnis alterou seu rol de bens humanos básicos, acrescentando o matrimônio, não mais compreendido como parte do bem humano básico “vida”<sup>69</sup>.

O matrimônio é um bem humano primário que apresenta dois objetivos, insubordinados entre si: a) a procriação e o desenvolvimento das crianças; e b)

<sup>68</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 92.

<sup>69</sup> OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 27.

*fides*, compreendendo, além de exclusividade e permanência da relação entre o casal (fidelidade), “a prontidão e o compromisso positivo de estar unido com seu cônjuge na mente, no corpo e em uma vida doméstica de mútua assistência”.<sup>70</sup>

A *fides* é entendida como um bem e uma razão bastante para que os cônjuges se comprometam ao tipo de ato sexual permitido ao casal “experimentar e de uma maneira particular realizar o bem de seu matrimônio”<sup>71</sup>, tendo o prazer do ato sexual como símbolo desse compromisso.

A partir disso, Tomás de Aquino considera injustos vários tipos de relações sexuais, os quais traduzem o “querer contra o bem do matrimônio (*contra bonum matrimonii*)”, que constitui a chave para a compreensão da ética sexual tomista. O tipo de escolha injusta mais frequente é a de se envolver em uma relação sexual com seu cônjuge sem *fides*, por dois motivos: em primeiro lugar, estaria pensando em seu cônjuge como pensaria em um(a) prostituto(a), despersonalizando-o; e/ou, em segundo lugar, estaria disposto a manter intercurso sexual com alguém mais, se outra pessoa atraente estivesse disponível. Outro exemplo, muito mais grave em si próprio, é uma pessoa casada optar por manter uma relação sexual extraconjugal, mesmo que com o consentimento do cônjuge.

Todos os tipos injustos de ato sexual

têm sua injustiça não por serem inaturais, em algum sentido biológico ou sociológico de ‘inatural’, mas sim porque eles são contra a diretiva da razão de respeitar, se não também de buscar, o bem do matrimônio. Um respeito que exige reservar à união e ao intercurso verdadeiramente marital todos os usos da capacidade de se comprometer em uma busca intencional da satisfação sexual.<sup>72</sup>

Assim, a estrutura dos argumentos morais formulados por Tomás de Aquino é isso é “‘bom/razoável correto’, por conseguinte natural (e similarmente, claro, para o irrazoável e inatural)”<sup>73</sup>.

Alguém que não considere a reserva dos atos sexuais ao matrimônio como necessária tem uma posição *contra bonum matrimonii* e irrazoável, porque não pode sustentar, de modo coerente, “que o intercurso dos cônjuges lhes permite realizar e

<sup>70</sup> FINNIS, John. **Direito Natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Tradução: Leandro Cordioli. Revisão: Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p. 47.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 47.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 48.

experimentar sua *fides* e seu matrimônio”<sup>74</sup>. Finnis ressalta que esse pensamento é essencial ao florescimento do matrimônio “e, por isso, das crianças e da comunidade mais amplamente vista como um todo”<sup>75</sup>, tendo em vista que há uma relação de dependência entre vários aspectos do florescimento individual e social e a instituição do matrimônio e o modo em que ela existe na vida real dos adultos e das crianças.<sup>76</sup>

#### 1.4 Os requisitos da razoabilidade prática

O bem da razoabilidade prática dá “forma à própria participação nos outros bens básicos, direcionando os compromissos, a seleção de projetos e o que a pessoa faz ao levá-los a cabo”<sup>77</sup>. A razoabilidade é, assim, “tanto um aspecto básico do bem-estar humano quanto diz respeito à participação da pessoa em todos os (outros) aspectos básicos do bem estar humano”.<sup>78</sup> A importância de analisar os requisitos da razoabilidade prática reside no fato de que tratam do que “a pessoa deve fazer, pensar ou ser para que participe do valor básico da razoabilidade prática”, e conseqüentemente de todos os outros bens básicos, conformando a pessoa prudente, tão ressaltada por Aristóteles e Tomás de Aquino.

Finnis considera que as reflexões aristotélicas sobre a razoabilidade prática, como a noção de meio-termo ou que “o que é correto e moralmente bom é simplesmente *visto* pelo homem (*phronimos*<sup>79</sup>, ou então o *spoudaios*<sup>80</sup>) que tem discernimento e é moralmente bom”, embora corretas, são um tanto indeterminadas, tendo os filósofos posteriores identificado vários requisitos de método no raciocínio prático:

Cada um desses requisitos tem sido tratado, de fato, por alguns filósofos com respeito excessivo, como se ele fosse o único requisito controlador e formador. Pois [...] cada um desses requisitos é fundamental, não-derivado, irreduzível e, portanto, capaz, quando focado, de parecer ser o mais importante.<sup>81</sup>

<sup>74</sup> FINNIS, John. **Direito Natural em Tomás de Aquino**: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico. Tradução: Leandro Cordioli. Revisão: Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007, p.48.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>77</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 106.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>79</sup> Prudente ou sensato.

<sup>80</sup> Maduro.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 107.

Os requisitos da razoabilidade prática “expressam o ‘método da lei natural’ de elaborar a ‘lei natural’ (moral) a partir dos primeiros (pré-morais) ‘princípios da lei natural’”. Constituem, portanto, “tipos de razões pelas quais (e portanto os modos segundo os quais) existem coisas que moralmente (não) deveriam ser feitas”.<sup>82</sup>

O primeiro requisito pode ser formulado como “manter plano coerente de vida”. A pessoa deve ter um conjunto de compromissos efetivos (propósitos, orientações), que não variem de pouco em pouco. “Esse esforço de ‘ver’ nossa vida como um todo só é um esforço racional se permanece no nível de compromissos genéricos e da harmonização deles”<sup>83</sup>, pois a vida é feita de contingências imprevisíveis e, obviamente, um ou outro compromisso específico acaba frustrado, não sendo, contudo, razão para o fracasso do plano de vida do homem prudente. Esse requisito se aplica, por exemplo, à formação de uma família, ao devotamento a uma profissão ou carreira.

A segunda exigência da razoabilidade prática consiste em “não ter preferências arbitrárias por valores”, ou seja, nenhum dos bens humanos básicos deve ser deixado de lado em detrimento de outros, temporária ou permanentemente, sem uma “avaliação que a pessoa faça de suas capacidades, circunstâncias e mesmo de seus gostos”<sup>84</sup>. Uma coisa é não ter “vocaçãõ” para a erudição ou para a amizade; “outra muito diferente, e muito estúpida ou arbitrária, é pensar, falar ou agir como se essas não fossem verdadeiras formas de bem”<sup>85</sup>. Aqui, Finnis alerta o perigo de legisladores e pais ignorarem esse requisito, que será novamente comentado mais adiante.

É bem razoável que muitos homens escolham não se comprometer com qualquer verdadeira busca do conhecimento e bem desarrazoado que um estadista-erudito ou pai-erudito exija que todos os seus súditos ou seus filhos se conformem, a contragosto, aos estilos e padrões de excelência que ele escolhe e estabelece para si mesmo. Mas é ainda mais desarrazoado que qualquer pessoa negue que o conhecimento é (e assim deve ser tratado como) uma forma de excelência, e que o erro, a ilusão, a confusão, a superstição e a ignorância são males que ninguém deve desejar, planejar ou encorajar para si mesmo ou para outrem. **Se um estadista, um pai ou qualquer outro indivíduo autônomo trata a verdade, a amizade, o jogo ou qualquer outra das formas básicas de bem como sem importância e nunca se pergunta se seu plano de vida leva em conta, de modo razoável, a participação nesses valores humanos intrínsecos (e a evitação de seus opostos), então ele pode ser acusado tanto de ser**

<sup>82</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 108.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 110.

**irracional quanto de tolher e mutilar a si mesmo e àqueles que estão sob seus cuidados.**<sup>86</sup> (grifos nossos)

O terceiro requisito é “não ter preferências arbitrárias por pessoas”. Isso implica em reconhecer que o pleno florescimento de qualquer pessoa é um bem, em ser imparcial para com as pessoas que participam, ou podem vir a participar, dos bens humanos básicos. Requer que “os juízos morais e as preferências das pessoas sejam *universalizáveis*”, possam ser estendidos a qualquer um<sup>87</sup>.

A expressão clássica desse requisito é a conhecida Regra de Ouro: “faça a outrem (ou pelos outros) o que você gostaria que fizessem a você (ou por você)”. É tão universalmente conhecida e praticada que é um dos primeiros ensinamentos que uma criança recebe.

Coloque-se no lugar dos outros. Não condene os outros por aquilo que você mesmo está propenso a fazer. Não impeça (sem razões especiais) os outros de conseguirem para eles mesmos o que você está tentando conseguir para você mesmo. Esses são requisitos da razão, porque ignorá-los é ser arbitrário em relação aos indivíduos.<sup>88</sup>

Essa exigência não ignora que cada um se preocupe primeiro com seu bem-estar (que inclui o interesse pelo bem-estar dos meus amigos), mas isso é devido ao fato de que “por meio da minha participação autônoma e que traz realização pessoal nos bens básicos que posso fazer o que a razoabilidade sugere”.

O quarto (“desprendimento dos projetos específicos e limitados”) e o quinto (“compromisso com os planos gerais”) requisitos são complementares entre si e em relação ao primeiro. É preciso um distanciamento dos projetos específicos e limitados, não ser uma espécie de fanático, desiludido com um fracasso a ponto de perder o sentido de sua vida. Por outro lado, não se deve

abandonar levemente os compromissos gerais depois que eles foram assumidos [...]. A pessoa deve ficar procurando, criativamente, modos novos e melhores de cumprir com seus compromissos, em vez de ficar

<sup>86</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 110-111.

<sup>87</sup> Finnis prefere a figura do “observador imparcial” ao instrumento proposto por John Rawls, chamado “véu da ignorância”. Este propõe que as pessoas escolham, em uma posição original, condições sociais sem saber a posição social que viriam a ter, sem estarem atentos aos bens humanos básicos. Em sentido contrário, o “observador imparcial” é “plenamente consciente e considera igualmente a sério cada um dos interesses de cada um daqueles que tomam parte” na cena que observa. (OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 91)

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 112.

restringindo seus horizontes e seus esforços a projetos, métodos e rotinas com as quais está familiarizada.<sup>89</sup>

A busca criativa de modos de realizar seus compromissos mostra uma pessoa que vive no nível do princípio básico, e não apenas sob o ditame dos hábitos.

O sexto requisito determina “a realização do bem no mundo por meio de ações eficientes para seus propósitos”, o que implicar julgar as ações por sua adequação aos seus propósitos.

Onde uma escolha deve ser feita, é razoável preferir bens humanos básicos (como a vida) a bens meramente instrumentais (tal como o direito à propriedade). Onde o dano é inevitável, é razoável preferir atordoar a ferir, ferir a aleijar, aleijar a matar: isto é, menor grau em preferência a maior grau de dano a um mesmo bem básico, em um mesmo caso. [...] Em uma vasta gama de preferências e carências, é razoável que um indivíduo ou uma sociedade busque maximizar a satisfação dessas preferências ou carências.<sup>90</sup>

Contudo, estar atento às consequências, à proporção entre dano e benefício, é só mais um dos requisitos da razoabilidade prática. Esse requisito, portanto, não defende um utilitarismo<sup>91</sup>, consequencialismo<sup>92</sup> ou proporcionalismo<sup>93</sup> ético, que propõe a mensuração do ato que proporcionará “o maior bem líquido no todo e com o decorrer do tempo”<sup>94</sup>. Finnis aponta várias razões para concluir que o proporcionalismo (ou as versões anteriores, utilitarismo e consequencialismo) como guia exclusivo da ação prática é irracional, mas não cabe aqui nos determos nelas<sup>95</sup>.

O sétimo requisito impõe o “respeito por cada valor básico em cada ato”, isto é, ninguém deve optar por realizar um ato que “*em si não faz outra coisa além de danificar ou impedir a realização ou participação em qualquer uma ou em mais de*

<sup>89</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 114.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 115-116.

<sup>91</sup> Corrente que defende a maximização de um bem (escolhido como o bem humano) por uma ação de maior utilidade como critério moral. Teve Bentham, William James e Bertrand Russel como expoentes.

<sup>92</sup> Corrente ética que propõe que a otimização das consequências das próprias escolhas é ou o princípio supremo da ética, ou um princípio geral para resolver “casos difíceis”.

<sup>93</sup> Derivação do consequencialismo que prega que “uma avaliação global dos benefícios e danos, sem depender de qualquer outro julgamento moral” seja o critério exclusivo do juízo moral.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>95</sup> Finnis aponta que o cálculo das consequências é impraticável, por ser impossível medir com uma mesma medida dor e prazer, sofrimento e satisfação, bem como saber todas as consequências de um ato no decorrer do tempo.

uma das formas básicas de bem humano”<sup>96</sup>. Esse requisito, ao contrário do raciocínio consequencialista, mostra a irrazoabilidade do gênero de atos acima referido, como “matar alguma pessoa inocente para salvar a vida de alguns reféns”:

Os bens que se espera estarem garantidos na, e por meio da, libertação resultante dos reféns (se ela ocorrer) estariam garantidos não em um aspecto, ou como um aspecto, do ato de matar o inocente, mas no aspecto, ou como um aspecto, de um ato distinto subsequente, um ato que seria uma “consequência” dentre a inúmera multidão de consequências incomensuráveis do ato de matar. Quando excluimos o raciocínio consequencialista, com sua humanamente compreensível, mas na verdade ingenuamente arbitrária, limitação de foco ao suposto cálculo da “vida de um *versus* a vida de muitos”, o sétimo requisito fica evidente por si mesmo.<sup>97</sup>

Assim, conclui Elton Somensi de Oliveira que

[...] no momento em que tenho de respeitar cada valor básico presente em cada um dos atos que pratico, necessariamente as consequências da ação deixam de ser critério para o agir, permanecendo como meros instrumentos avaliativos. Mas há outro aspecto muito importante nesta sétima exigência básica. Quando se fala em respeito a cada um dos valores básicos, quer-se expressar a falta de razoabilidade em se escolher diretamente contra qualquer um dos bens humanos básicos. Agir diretamente contra um bem básico significa impedir ou prejudicar diretamente, e não por via reflexa, a sua realização.<sup>98</sup>

A oitava exigência pode ser rotulada de “favorecer e promover o bem comum da comunidade”. Em uma comunidade de “negócios”<sup>99</sup>, há interesse entre as partes de manter o conjunto de condições para a busca dos objetivos das partes; esse conjunto de condições mínimas é um bem comum às partes. Nas relações de jogo, por exemplo, o bem comum é que “o jogo seja bem jogado”<sup>100</sup>. É o suficiente para

<sup>96</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 122.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>98</sup> OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 95

<sup>99</sup> Considere um professor que atende apenas a pares de alunos. Os dois alunos são indiferentes ao sucesso do outro em conseguir seus objetivos, podem até ser concorrentes; mas ambos têm interesse em manter as condições para o aprendizado: chegar no horário, sentar cada um em uma cadeira, abster-se de interromper incessantemente um ao outro. Ao mesmo tempo, a relação entre o professor e cada aluno requer, minimamente, que o professor efetivamente ensine e o aluno pague pelo ensino. No meio empresarial, equivaleria, por exemplo, em manter, entre outras coisas, a paz e a livre concorrência, sem interferência estatal arbitrária em favor de uma ou outra empresa, bem como ao cumprimento dos contratos.

<sup>100</sup> Se, em um campeonato esportivo, uma das equipes abandona a competição por estar desclassificada após alguns maus resultados, ou ignora as regras do jogo, inscrevendo atletas irregulares, a comunidade se desfaz. Na vida familiar, se um dos cônjuges atua contra um dos objetivos do matrimônio, a vida em comum, a “comum unidade” se enfraquece.

perceber que esse requisito aplica-se em todas as situações envolvendo comunidades, principalmente formas mais completas que estas.

O nono requisito da razoabilidade prático consiste, em resumo, em “agir de acordo com sua consciência”, ou seja, não fazer o que julga não deva ser feito. A escolha de fazer o que entende ser errado, mesmo que o julgamento da consciência seja imperfeito e o errado na realidade seja o certo, é uma decisão desarrazoada.

Uma última exigência foi acrescentada em Fundamentos de Ética, decorrente da análise de Finnis sobre a máquina de experiências (detalhada no estudo sobre a subsidiariedade): não escolher bens aparentes, mesmo que eles tragam satisfação real.

Cada um dos requisitos tem seu papel em uma escolha racional de ações, projetos e compromissos particulares, bem como “contribui para o sentido, a importância e a força de termos como ‘moral’, ‘deveria [moralmente]’, e ‘correto’”<sup>101</sup>. Cada um deles gera argumentos, que serão encontrados mais na estrutura profunda que na superfície do pensamento prático e moral, do seguinte modo:

1. Harmonia de propósitos/reconhecimento de bens/ausências de arbitrariedade em relação às pessoas/distanciamento das realizações particulares do bem/fidelidade a compromissos/eficiência na esfera técnica/respeito em atos por cada valor básico/comunidade/autenticidade ao seguir a própria razão... são (todos) aspectos do verdadeiro bem básico da liberdade e da razão;
2. A harmonia de propósitos, ou..., pode em tais e tais circunstâncias ser alcançada/feita/expressa/etc. apenas (ou melhor, ou mais adequadamente) (não) realizando o ato  $\Phi$ ; então
3. O ato  $\Phi$  (não) devia/(não) deve/(não) deveria... ser realizado.<sup>102</sup>

Frente ao complexo de princípios e exigências básicas da razoabilidade prática, percebe-se naturalmente que a diversidade de opiniões morais decorre de uma atenção maior a algum valor básico ou a algum requisito básico, e falta de atenção a outros.

---

<sup>101</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 128.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 129.

## 2 COMUNIDADE E SUBSIDIARIEDADE

O primeiro capítulo concluiu-se com a descrição de como surge o campo moral. A ação racional se baseia na percepção de bens básicos. Assim, os preceitos morais são a prescrição do modo plenamente razoável de participação nestes bens, levando ao florescimento humano integral.

Na sequência da análise dos bens humanos básicos, Finnis inicia a análise do bem comum, pois a realização integral, o pleno florescimento, não consiste em um agir egoísta: entre os bens humanos básicos, estão a sociabilidade/amizade e a razoabilidade prática, que demandam altruísmo<sup>103</sup>. Qual a relação adequada entre o bem-estar individual e o bem-estar comum, de outrem?

Preliminarmente, Finnis observa, primeiro, que não ignora a distinção entre comunidade e sociedade proposta por Ferdinand Tönnies, mas não encontra vantagem nenhum em seguir a diferenciação, optando por falar de “comunidades”.

Depois, fala de comunidade como um “estado ativo de coisas, um compartilhar de vida, de ações ou de interesses, um associar-se ou reunir-se”, enfim, “uma forma de relação unificadora entre seres humanos [...], resultado da inteligência humana, da razoabilidade prática e do esforço”<sup>104</sup>. As relações unificadoras são, em parte, “o resultado da inteligência humana, da razoabilidade prática e de esforço”<sup>105</sup>, sendo possível identificar quatro modos básicos de como o entendimento humano está para as relações unificadoras, bem como o envolvimento das relações dessas quatro ordens na comunidade humana.

Primeiro, há uma comunidade natural ou físico-biológica, “uma ordem que podemos entender, mas que não fazemos acontecer”, estudada pelas ciências naturais, expressa na unidade genética de toda a raça. Uma família possui uma unidade especial: “proximidade genética, interação sexual entre os pais, alimentação dos filhos em gestação a partir do corpo da mãe, [...] semelhanças herdadas de compleição física e talvez de sentimentos, temperamento, inteligência...”<sup>106</sup>

---

<sup>103</sup> OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 98.

<sup>104</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p.138.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>106</sup> *Ibidem*, p. 139.

Em segundo lugar, há a ordem que pode ser imposta ao nosso entendimento, estudada na lógica, na epistemologia e na metodologia, e “manifestada na coerência interna de cada corpo de conhecimento, cada área de discurso”<sup>107</sup>. Esta comunidade de cognição está presente na comunicação humana: “quando o ouvinte *ouve a exposição, os argumentos e as explicações*, o ouvinte alinha seu entendimento com o do palestrante, mesmo que apenas no grau necessário para discordar”<sup>108</sup>. Essa ordem pode se manifestar em uma família em que os membros aprendem juntos, formando um fundo em comum de experiência.

Há uma terceira ordem, imposta a qualquer questão sujeita aos poderes dos homens, estudada nas artes e nas ciências aplicadas; é a comunidade técnica, resultante da unidade cultural de uma linguagem, de tecnologias e técnicas. Voltando ao exemplo do ouvinte e do palestrante, o primeiro tem em comum com o segundo “fazer e decodificar os símbolos formalizados de uma linguagem e os símbolos, sinais e expressões menos formalizados (e.g., gestos e sorrisos) que [...] podem ser transformados em portadores de significado”<sup>109</sup>. Uma família participa dessa unidade porque seus membros dividem “toda uma gama de modos especialmente sutis de comunicação entre si”<sup>110</sup>.

A última ordem é aquela imposta pelos homens às suas próprias ações ao deliberar e escolher com inteligência, estudada, em um aspecto, pela psicologia; em outro, pela história; e, em outro, pela ética e filosofia política. O ouvinte ouve o palestrante enquanto professor e pessoa; ambos tomam uma decisão autoconstituidora: o ouvinte compromete-se a tentar adquirir conhecimento de outra pessoa, enquanto o palestrante “dedica parte de sua vida a tentar comunicar conhecimento a outra pessoa (talvez em nome da verdade e da amizade, talvez apenas para ganhar a vida)”<sup>111</sup>. É uma comunidade de ação conjunta, de comprometimento em comum com a busca do bem comum.

Finnis, na esteira de Aristóteles, considera a amizade como caso central de comunidade de ação conjunta, enquanto as comunidades de “negócios” e de “jogos” são vistos como casos periféricos. Na comunidade de “negócios”, as partes buscam manter as condições favoráveis a que ambas possam obter seus próprios objetivos,

---

<sup>107</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 139

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 139.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 140.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 140.

um bem comum às duas partes, mesmo que uma seja indiferente ao objetivo da outra; há uma relação de utilidade. Na comunidade de “jogos”, as partes valorizam, tem por objetivo a coordenação da ação. “O bem comum nas relações de jogo é, portanto, que ‘o jogo seja bem jogado’”<sup>112</sup>.

Na amizade, não basta que “o jogo seja bem jogado”; uma parte é feliz e sente-se realizada apenas com a felicidade e a realização da outra parte, do seu amigo. Ter um amigo é um aspecto básico do bem-estar de uma pessoa, é uma fonte de satisfação. Além disso, a amizade deve ser recíproca, ou não é amizade; significa que

o amor-próprio (o desejo da pessoa de participar plenamente, ela mesma, dos aspectos básicos do florescimento humano) requer que o indivíduo vá além do amor-próprio (interesse pessoal, priorizar a si mesmo, a racionalidade imperfeita do egoísmo...). Esse requisito é não apenas em seu conteúdo um componente do requisito da razoabilidade prática; em sua forma, também, é um paralelo ou equivalente, pois tal requisito é, em ambos os casos, que as inclinações da pessoa a priorizar a si mesma sejam sujeitas a uma crítica em pensamento e a uma subordinação em atos. As exigências da amizade podem, assim, poderosamente reforçar as outras exigências da razoabilidade prática, principalmente as exigências da imparcialidade para com as pessoas.<sup>113</sup>

A comunidade de ação e interesse perfeita, o caso central, é a amizade, porque

há comunidade em um sentido pleno quando (i) A faz do bem-estar de B e de sua participação auto constituidora nos bens humanos um de seus (de A) compromissos auto constituidores, e (ii) B faz do bem-estar de A igualmente um de seus (de B) compromissos básicos, e (iii) A e B colaboram de acordo com esses compromissos.<sup>114</sup>

Não sendo a amizade “a forma mais estendida ou elaborada de comunidade humana”, a família é a primeira e menor comunidade formada, à qual dedicamos o próximo ponto.

## 2.1 Família

Como visto acima, a família compreende as quatro ordens de relacionamento humano. A família tem uma unidade física especial através da genética comum. Também “pode proporcionar, na medida em que todos pensam e aprendem juntos,

<sup>112</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 142.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 145.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 145.

um conjunto comum de experiências e discernimento”.<sup>115</sup> A unidade técnica, na família, se desenvolve com a vivência prolongada que propicia a geração, por exemplo, de uma linguagem própria. Por fim, a unidade de ação conjunta se faz presente na família na medida em que algum(ns) de seus membros se dedica(m) “a encontrar sua própria realização (pelo menos em parte) ajudando os outros membros a se realizarem”.<sup>116</sup>

Finnis relembra a proposta de Platão de que as mulheres e as crianças fossem compartilhadas, assim como todos os bens, pela comunidade política, sem que ninguém pudesse tratar nada como “meu, e não teu”.

A amizade é querer o bem do amigo, “comprometendo-se a ajudá-lo em sua participação auto constituidora em qualquer um ou todos os aspectos básicos do florescimento humano”<sup>117</sup>. Finnis então endossa Aristóteles, que refutou a opção pelo comunismo sustentando a depreciação que a amizade entre os homens sofreria, com base em três argumentos. Primeiro, sem compromissos não haverá amizade, e comprometer-se é afastar-se de inúmeras alternativas possíveis. Segundo, sem possuir nada, nada é possível dar ao amigo. Sem uma casa e alimentos minimamente a mais que o necessário para a subsistência, não posso convidar um amigo para um jantar. Em terceiro lugar, muito do que tenho pode ser dado apenas a uns poucos que têm uma relação permanente ou quase permanente.

Uma mulher pode oferecer sua afeição maternal apenas a uma criança que é seu filho (ou que ela pode tratar como se o fosse). Apenas uma família ou uma quase-família pode construir com o tempo esse estoque em comum – de afeto, conexão física e psicológica espontâneas, de proteção, meio de sustento e bases materiais para novos projetos, de lembranças e experiência, de símbolos, sinais e gestos que transmitem disposições de ânimo e significados, de conhecimento uns dos outros das forças e fraquezas, amores e aversões, e de compromissos e devotamento formais e informais, mas confiáveis – que cada membro mantém à disposição dos outros e que, sendo rico nas quatro ordens da realidade, constitui uma coisa incomparavelmente boa para que um amigo dê ou receba. Para resumir, devemos dizer claramente que a proposta de Platão, feita em nome da amizade, é o mesmo que uma drástica diluição, “atenuação”, da amizade – uma emaciação radical de um aspecto básico do bem-estar humano.<sup>118</sup>

<sup>115</sup> OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 101.

<sup>116</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 140.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 146.

Ao mesmo tempo em que a família é base de cada uma das quatro ordens de relações, também é inadequada e incompleta, por ser incapaz de perpetuar-se como comunidade e de oferecer os meios de realização a seus membros. É adequado que haja uma divisão do trabalho entre as famílias para que seus membros não necessitem trabalhar sem cessar para suprir as necessidades materiais. Os recursos de linguagem, de conhecimento, de experiência estética, de atividades lúdicas e de aspiração religiosa “são todos mais abundantes do que qualquer família pode intermediar sozinha para seus membros”<sup>119</sup>. Assim, os membros da família florescerão mais se a família fizer parte de uma rede de associações com os vizinhos, sem dissolver a família de origem.

Essa justificativa, alerta John Finnis, só é válida “na medida em que cada membro da família tenha cada vez mais autodomínio”<sup>120</sup>, o que significa, por exemplo, que cada filho deve escolher seus compromissos básicos, e não seus pais. Esse é um exemplo de aplicação do princípio da subsidiariedade na vida familiar.

## 2.2 Estado e comunidade internacional

A família, embora seja muito completa e influente em vários aspectos da vida de seus membros, é inadequada e incompleta. A transmissão de sua base genética não pode ocorrer adequadamente entre seus membros (unidade biológica), assim como é clara sua debilidade enquanto unidade econômica e promotora da saúde e cultura de seus membros (unidade técnica). É necessário aos membros da família participar de uma comunidade completa, capaz de satisfazer os aspectos básicos humanos que a família não pode atender.

O propósito é “garantir todo o conjunto de condições materiais e outras, inclusive formas de colaboração, que tendem a favorecer, facilitar e promover a realização, por parte de cada indivíduo, de seu desenvolvimento pessoal”<sup>121</sup>. Finnis observa que, entre as condições a serem asseguradas, está a “coordenação de todo e qualquer plano de vida individual e toda e qualquer forma de associação”<sup>122</sup>, do

---

<sup>119</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 147.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 147.

<sup>121</sup> *Ibidem*, p. 149.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 149.

que resulta que nenhum aspecto dos assuntos humanos está fora do âmbito da comunidade completa.

Aristóteles considerava a *polis* grega como paradigma de comunidade completa; hoje, essa condição de comunidade perfeita é apontada ao estado territorial. Contudo, John Finnis discorda da pretensão dos Estados considerarem-se completos e autossuficientes, concedendo à comunidade internacional esse status.

Os sistemas legais estatais, em geral, a) reivindicam “a autoridade de regular todas as formas de comportamento humano” e, portanto, não teriam omissões; b) reivindicam “ser a autoridade suprema para sua comunidade e regular as condições de acordo com as quais cada um dos membros dessa comunidade pode participar de qualquer outro sistema ou associação normativa”; c) professam “‘adotar’ regras e arranjos normativos (e.g., contratos) de outras associações de dentro e de fora da comunidade completa, dessa forma ‘dando a elas força legal’ para essa comunidade”, o que mantém a noção de completude e supremacia dos sistemas<sup>123</sup>.

Essas alegações são fundamentadas na “auto interpretação como comunidade completa e autossuficiente”. Mas não é possível ignorar que existem relações humanas que transcendem os limites estatais, especialmente em três das quatro ordens de relacionamento humano:

há interdependência física, biológica e ecológica, um vasto estoque em comum de conhecimento (inclusive conhecimento mútuo da existência, das preocupações e das condições de cada um) e um vasto estoque em comum de tecnologias, sistemas de intercomunicação, simbolismos ideológicos, religiões universais...<sup>124</sup>.

Assim, não há razão para se negar o bem da comunidade internacional na quarta ordem, aquela de interações recíprocas e compromissos mútuos, de ação conjunta. Daí que o bem dos indivíduos só pode ser totalmente garantido e realizado no contexto da comunidade internacional<sup>125</sup>. Disso decorre também que é

<sup>123</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 149.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>125</sup> Nos dias de hoje, a globalização impõe que, por exemplo, um cidadão brasileiro se importe com a situação econômica da China ou da Rússia, ou um cidadão alemão tema pela quebra do Estado grego. Se a economia russa vai mal, as exportações de carne bovina do Brasil são afetadas; se a China decide não importar minérios brasileiros, a economia brasileira sofrerá. Caso a Grécia quebre, será o banco central alemão a prestar socorro com impostos do povo alemão.

injustificada, é uma ficção legal, a alegação de que um estado nacional é uma comunidade completa<sup>126</sup>.

Sendo a comunidade internacional a comunidade perfeita, não se deduz daí que é apenas sua a responsabilidade de agir. “A existência da comunidade perfeita não pode eliminar os demais graus de comunidade (família, associações, Estado etc.)”<sup>127</sup>, ou seja, os diversos graus de comunidade coexistem, sem substituição ou eliminação. A mediação das relações entre os graus de comunidades deve ser feita com base no princípio da subsidiariedade, tema do próximo capítulo.

### 2.3 O princípio da subsidiariedade

A pessoa não deve apenas receber e experienciar os benefícios desejáveis dos bens humanos, mas os bens humanos requerem que a pessoa aja, faça, obtenha, de preferência, os objetos e experiências desejados por meio de sua própria ação<sup>128</sup>. Wambert Di Lorenzo coloca, em outras palavras, que “a dignidade da pessoa requer o protagonismo individual, que é limitado pela insuficiência do indivíduo de realizá-la (a dignidade) isoladamente”<sup>129</sup>.

Finnis clarificou esse ponto ao tratar da máquina de experiências, proposta anteriormente por Robert Nozick:

Suponhamos que houvesse uma máquina de experiências que daria a você qualquer experiência que desejasse. [...] Durante todo o tempo você estaria flutuando em um tanque com eletrodos ligados ao cérebro. Deveria você conectar-se com essa máquina por toda a vida, programando as experiências que teria enquanto vivesse? [...] Você poderia selecionar e escolher em uma grande biblioteca ou repositório de tais experiências, decidindo-se pelas que quer [...]. Você se ligaria? *O que mais pode nos importar, a não ser como a vida nos parece a partir da dimensão interna?* Nem deve você abster-se por causa dos poucos momentos de sofrimento, entre o momento em que se decidiu e o momento em que é ligado. O que são alguns momentos de sofrimento em comparação com uma vida inteira de bem-aventurança (se for isso o que escolher) e por que sentir o menor sofrimento se sua decisão é a melhor?<sup>130</sup>

<sup>126</sup> Vê-se hoje como a comunidade internacional, em muitos casos, socorre as famílias e seus membros em situações de calamidade pública, não ficando esse papel restrito ao Estado nacional.

<sup>127</sup> OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 109.

<sup>128</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 148.

<sup>129</sup> <sup>129</sup> DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 103.

<sup>130</sup> NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991, p. 58-59.

A vida na máquina de experiência não é feita de atividades, realizações e objetivos alcançados, mas de sentimentos de satisfação. Equivale a um suicídio, pois não se é nada em uma realidade concreta, apenas *sente-se* em uma realidade artificial.

A escolha de não se conectar à máquina por toda a vida aponta que

a forma pela qual a nossa vida é sentida “de dentro” não é a única coisa que nos interessa. Sentimentos, não importando quão refinados e complexos sejam, não são os constituintes básicos nem os guias críticos para as formas básicas do bem humano.

Algo ser agradável, gratificante e, dessa forma, desejável é intrínseco a algo ser um bem humano, valoroso e justificável como escolha; mais fundamental, porém, para o seu valor é que o objet(iv)o em questão seja realizador, ou seja, um aspecto do florescimento humano.<sup>131</sup>

Da rejeição por viver na máquina de experiência, proposta por Nozick, surgem três implicações. A primeira é que a atividade tem sua própria razão de ser, quer dizer, o bem deve ser encontrado na atividade, mesmo contemplativa, e não simplesmente no sentimento:

A máquina de experiência poderia dar-lhe a experiência de escrever um grande romance ou de enfrentar o perigo na companhia de um amigo. Na verdade, porém, você não teria feito nada, alcançado nada. Quando, no final, seu cérebro viesse a apodrecer dentro do tanque, poderia ser dito que, do tempo que você foi conectado até o momento de sua morte, “você nunca viveu”.<sup>132</sup>

A segunda implicação é que optar pela máquina é abandonar a própria identidade. Finnis remete a uma passagem de Aristóteles e a outra de Nozick:

Cada Humano deseja para si próprio o bem, contudo ninguém o escolheria se para o obter tivesse de se transformar noutra pessoa, nem mesmo se aquele outro em que se tivesse tornado possuísse todas as coisas [...]. Ou seja, cada Humano escolhe para o bem, mas apenas se puder continuar a ser o que quer que desde sempre já seja.<sup>133</sup>

Não há resposta à pergunta de como é uma pessoa que passou muito tempo no tanque. Será ela corajosa, bondosa, inteligente, espirituosa, amorosa? Não se trata meramente de ser difícil responder a isso. Não há maneira de ela poder ser. Conectar-se à máquina é uma espécie de suicídio.<sup>134</sup>

<sup>131</sup> FINNIS, John. **Fundamentos de Ética**. Tradução: Arthur M. Ferreira Neto. Revisão: Elton Somensi de Oliveira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 38-39.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>133</sup> Aristóteles. **Ética a Nicômaco**. Tradução do grego de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009, p. 204.

<sup>134</sup> NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991, p. 59.

Assim, há um bem em ser quem se é, em ter sua própria identidade, e manter seu caráter “é mais fundamental do que as suas ‘conquistas’”.

A terceira implicação parte do princípio platônico de que a realidade é para ser preferida em relação às aparências: “a compreensão, o conhecimento e a vida conectada com a realidade são para serem preferidos em relação aos prazeres da ilusão, da ignorância e da vida de sonhos”<sup>135</sup>.

A reflexão da máquina de experiência reforça o entendimento de que a vida boa é a vida de atividade, prática ou reflexiva, de uma pessoa engajada em projetos pessoais, e não apenas uma vida em que se é um corpo que apenas sente, uma engrenagem que faz parte da máquina social.

### 2.3.1 Conceito de subsidiariedade

Nas palavras de Wambert Gomes di Lorenzo, a subsidiariedade, postulado da razão prática e princípio de justiça, “regula a solidariedade na realização do bem comum nos diversos estratos sociais e nas suas relações entre si”<sup>136</sup>. É, portanto, “critério de ação na economia, na política e no Direito”<sup>137</sup>, implicando em intervenção apenas necessária na economia, tendo em vista o bem comum, e em fortalecimento do federalismo (e das estruturas menores, mais próximas de cada pessoa), na esfera jurídico-política.

As relações entre os indivíduos, famílias, organizações da sociedade social e os poderes públicos encontra uma regulação no princípio da subsidiariedade, quando este estabelece que

a função própria da associação é ajudar os participantes da associação a ajudar a si mesmos, ou, mais precisamente, a constituir-se a si próprios por meio das iniciativas individuais de escolher compromissos (inclusive compromissos com amizade e outras formas de associação) e de cumprir esses compromissos por meio de inventividade pessoal e esforço em projetos (muitos dos quais irão, obviamente, ser executados em cooperação e terão propósito comunal).<sup>138</sup>

<sup>135</sup> FINNIS, John. **Fundamentos de Ética**. Tradução: Arthur M. Ferreira Neto. Revisão: Elton Somensi de Oliveira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 41.

<sup>136</sup> DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 102.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 103.

<sup>138</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 147-148.

Na origem da palavra subsidiariedade está o vocábulo latino *subsidium*, traduzido por assistência, ajuda, socorro. A partir disso, sendo possível à pessoa buscar os bens necessários à sua dignidade, as ordens superiores devem abster-se de interferir na sua realização, na sua auto constituição. “Todavia, não sendo possível à pessoa realizar sozinha sua dignidade, é dever da ordem que lhe é superior subsidiá-la”<sup>139</sup>.

Em outras palavras coloca Finnis:

O bem humano requer não apenas que a pessoa receba e experiencie benefícios ou estados desejáveis; ele requer que a pessoa faça certas coisas, que a pessoa aja, com integridade e autenticidade. Se a pessoa puder obter os objetos e as experiências desejados por meio de sua própria ação, melhor. Apenas na ação (no sentido amplo que inclui a investigação e a contemplação da verdade) a pessoa participa plenamente dos bens humanos. Ninguém pode passar todo o seu tempo, em todas as suas associações, liderando e tomando iniciativas; mas a pessoa que não é mais do que um dente de engrenagem em um mecanismo tocado por outros tem negada sua participação em um importante aspecto do bem-estar humano.<sup>140</sup>

Assim, o princípio da subsidiariedade é um “princípio de justiça que insiste que as pessoas não sejam absorvidas por empreendimentos gigantes, nos quais sejam meras engrenagens, sem possibilidade de agir por iniciativa própria”.<sup>141</sup> É injusto confiar a um grupo, a uma associação maior o que pode ser realizado de forma adequada por um grupo menor<sup>142</sup>. A toda pessoa, portanto, deve ser dada a possibilidade de desenvolver suas potencialidades, seu próprio bem, sem coações familiares, comunitárias, sociais ou estatais.

### 2.3.2 Dimensões da subsidiariedade

A subsidiariedade apresenta dois gêneros, negativo e positivo. A subsidiariedade negativa é assim formulada por Di Lorenzo: “não pode a ordem maior fazer aquilo que está ao alcance da ordem menor”. É o caso da educação moral: na grande maioria dos casos, cabe à família educar os filhos nos valores

<sup>139</sup> DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 103.

<sup>140</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 148.

<sup>141</sup> FINNIS, John. **Fundamentos de Ética**. Tradução: Arthur M. Ferreira Neto. Revisão: Elton Somensi de Oliveira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 39.

<sup>142</sup> É notório o espaço que o chamado “terceiro setor” tem conquistado na execução de tarefas que o poder público assume, mas não é capaz de cumprir adequadamente.

morais; portanto, a escola (a educação pública, estatal) deve se omitir de modificar o que é ensinado no ambiente doméstico. Outro exemplo diz respeito à intervenção internacional, que se justifica apenas quando “os imperativos do bem comum universal e a solidariedade”<sup>143</sup> impõem uma medida pontual.

A subsidiariedade positiva, em sentido oposto, determina à ordem maior “subsidiar a ordem menor quando esta, isoladamente, não alcança sozinha os bens que lhe são necessários”.<sup>144</sup> Exemplo disso é a ação do Estado em garantir o mínimo para a subsistência da população mais desfavorecida através de programas sociais.

São várias as espécies da subsidiariedade: negativa e positiva; direta e indireta; jurídica; operativa e regulativa; indutiva e dedutiva; política.

A subsidiariedade direta ocorre quando a relação entre o autor do subsídio e o destinatário ocorre sem planos de mediação, como uma bolsa de pesquisa concedida por um organismo internacional a um estudante. Em sentido contrário, há subsidiariedade indireta quando um mediador faz o contrato entre o ente subsidiário e o ente subsidiado. É o que ocorre quando o Estado, em um programa de distribuição de renda, disponibiliza uma ajuda à família na pessoa de um dos pais, quando os destinatários últimos do benefício são os filhos.

A subsidiariedade jurídica ocorre em dois aspectos: hermenêutico e normativo. O primeiro se dá “quando o vaziu ou a omissão de uma norma concreta requer a aplicação de uma norma superior ou mais abstrata”<sup>145</sup>, como quando uma lacuna no direito processual trabalhista é suprida recorrendo-se ao direito processual civil. O segundo aspecto é de natureza negativa, pois afirma a reserva de competência dos agentes, “havendo uma precedência da atividade jurisdicional, na qual tanto a legislação ordinária quanto a norma constitucional exercem um papel subsidiário”. Como Cezar Saldanha Souza Júnior lembra:

Não é tanto o juiz, enquanto juiz, que existe para servir os legisladores. antes, as legislações é que existem para ajudarem o juiz a fazer justiça no caso concreto. Também não é tanto a legislação que existe para fazer a grandeza ou preservar a eficácia das constituições; antes, as constituições é que foram inventadas para defender, proteger e amparar as boas legislações, aprimorando, corrigindo e suprimindo as defeituosas.<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 106.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 108.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 108.

A subsidiariedade operativa e a regulativa ocorrem frente à ordem econômica. A primeira exige ação direta do ente subsidiário, que exerce atividade econômica quando o bem comum exige. A segunda espécie tem lugar quando o Estado atua como regulador e agente normativo da atividade econômica, como prevê o artigo 174, *caput*, da Constituição Federal.

A subsidiariedade indutiva (passiva) ocorre quando o sujeito (uma organização), não tendo recursos suficientes para atingir sua atividade-fim, recebe recursos exteriores para auxiliar quem necessita. Em sentido oposto, a subsidiariedade dedutiva (ativa) acontece quando o sujeito atua diretamente em auxílio a uma ordem menor e menos autossuficiente.

Por fim, a subsidiariedade política refere-se à divisão de competência entre os entes estatais. É o grande princípio do federalismo, que divide as tarefas entre Municípios, Estados e a União; quando não observado, gera uma crise política, como a que se vive atualmente no Brasil, em que os representantes municipais e estaduais conclamam por um novo pacto federativo que partilhe as receitas estatais proporcionalmente às competências de cada ente.

## **2.4 Subsidiariedade e família**

Há limites para a intervenção estatal no âmbito familiar. A partir do princípio da subsidiariedade, chega-se a duas conclusões: cabe ao Estado, em primeiro lugar, não impedir as famílias e seus membros de realizarem o que podem por seus próprios meios. Em segundo lugar, está o dever estatal de socorrer as famílias, comunidades incompletas e inadequadas em aspectos econômicos, biológicos, tecnológicos, religiosos, etc., como visto acima. Contudo, mesmo esse socorro deve respeitar as ordens intermediárias entre Estado e família, tais como organizações da sociedade civil voltadas a diversas finalidades, associações de moradores de um bairro e igrejas.

Cabe aqui repetir o alerta feito por Finnis e mencionado ao tratar do segundo princípio da razoabilidade prática:

Se um estadista, um pai ou qualquer outro indivíduo autônomo trata a verdade, a amizade, o jogo ou qualquer outra das formas básicas de bem como sem importância e nunca se pergunta se seu plano de vida leva em conta, de modo razoável, a participação nesses valores humanos intrínsecos (e a evitação de seus opostos), então ele pode ser acusado

tanto de ser irracional quanto de tolher e mutilar a si mesmo e àqueles que estão sob seus cuidados.<sup>147</sup>

Nesse sentido, passa-se à análise de alguns pontos em que a ação estatal intervém na vida da família. O primeiro exemplo é de subsidiariedade positiva, de espécie indireta. É o auxílio do Estado na garantia ou manutenção das condições mínimas de sobrevivência da população miserável. No Brasil, essa ação já ganhou vários nomes: Bolsa Escola, auxílio gás, Bolsa Alimentação, Bolsa Família<sup>148</sup>.

A reflexão a partir da segunda e sétima exigências da razoabilidade prática pode auxiliar nesse debate: como, na posição de estadista, agir contra o bem humano “vida” ao omitir-se, deixando que morram de fome os miseráveis? Omitir-se, nesse caso, não é, em si, não fazer outra coisa além de danificar ou impedir a realização ou participação em qualquer uma ou em mais de uma das formas básicas de bem humano? Como Alexis de Tocqueville observou, “quem é tão ousado ao ponto de deixar morrer de fome o pobre porque morre por própria culpa?”<sup>149</sup>.

Tais medidas também devem propiciar que as famílias e seus membros auxiliados encontrem meios de subsistência próprios, para que saiam da pobreza mais cruel por suas próprias forças e tenham uma vida de atividade, desenvolvendo suas capacidades, não sendo apenas um número nos cadastros de assistência social.

O segundo exemplo diz respeito ao planejamento familiar<sup>150</sup>. Cabe a cada casal refletir sobre o número de filhos que terão, bem como sobre o espaçamento entre eles, tendo o Estado aqui um papel secundário, não impositivo. Não esqueça-se os requisitos da razoabilidade prática: agir diretamente contra o bem vida é irracional.

Salta aos olhos a agressão ao princípio da subsidiariedade praticada pelo Estado chinês ao impor a política do filho único. Da mesma forma, o caso da mulher

<sup>147</sup> FINNIS, John. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007, p. 110-111.

<sup>148</sup> Aqui não se entrará no debate sobre o modo como essas medidas são adotadas especificamente pelos governos (se são medidas populistas, de cunho eleitoral, se o governo cria uma atmosfera que estimula a preguiça em detrimento do trabalho etc.); é um debate necessário e sério, mas que foge aos objetivos deste trabalho.

<sup>149</sup> TOCQUEVILLE, Alexis de, apud DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 89.

<sup>150</sup> O artigo 226, § 7º, da Constituição Federal dispõe sobre o planejamento familiar: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

que perdeu a guarda de sete filhos por se recusar a realizar o procedimento cirúrgico de laqueadura de trompas. Recentemente, uma mulher italiana foi anestesiada à força e teve seu filho literalmente retirado de sua barriga, por uma cirurgia de cesariana, pelo serviço social inglês<sup>151</sup>. O motivo: preocupação com a saúde mental da mãe, que sofrera um ataque de pânico por não ter tomado seu remédio para transtorno bipolar. Sem que qualquer contato tivesse sido feito com seus familiares na Itália, a Justiça ordenou a cesariana. Apesar dos apelos à justiça, a criança, passados 15 meses, permanece em uma instituição pública.

Também não se desconhece as ações antinatalistas capitaneadas pela Organização das Nações Unidas e financiadas por fundações internacionais, reunidas no Conselho Populacional (*Population Council*)<sup>152</sup>, fundado em 1952, que promovem os novos “direitos sexuais e reprodutivos”<sup>153</sup>, que incluem aborto livre, anticoncepção e, contraditoriamente, até a gestação de um filho<sup>154</sup> como direitos.

---

<sup>151</sup> FREEMAN, Colin. Child taken from womb by social services. **The Telegraph**, Londres, 30 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/10486452/Child-taken-from-womb-by-social-services.html>>. Acesso em 02 dez. 2013.

<sup>152</sup> A ideia de controle de natalidade já está presente na Antiguidade, mas encontrou seu maior defensor em Thomas Malthus (1766-1834), que via a necessidade de controle populacional como a solução para aumentar o bem-estar, uma vez que, enquanto a produção de alimentos aumentava aritmeticamente, a população se expandia geometricamente. Uma interessante análise histórica das ideias antinatalistas, bem como questionamentos aos diagnósticos alarmistas com base em estudos recentes pode ser encontrada em SCHOOYANS, Michel. Controle dos nascimentos e implosão demográfica. p. 147-160. In: Pontifício Conselho para a Família. **Lexicon: Termos ambíguos e discutidos sobre família, vida e questões éticas**. Brasília, Edições CNBB, 2007.

<sup>153</sup> Em 1990, a Fundação Ford lançou um estratégia de promoção dos “direitos reprodutivos”, ao qual destinou inicialmente 125 milhões de dólares. (THE FORD FOUNDATION. **Reproductive Health: a strategy for the 1990s**. Disponível em: <<http://www.votopelavida.com/fordfoundation1990.pdf>>. Acesso em 01 dez. 2013.) Também está documentado o apoio financeiro da Fundação MacArthur à promoção do controle de natalidade. (THE J. D. AND CATHERINE T. MACARTHUR FOUNDATION, **1990-2002. The Population and Reproductive Health Program in Brazil: Lessons Learned**. 2003. Disponível em: <<http://www.votopelavida.com/macarthurlessonslearned.pdf>>. Acesso em 01 dez. 2013.)

<sup>154</sup> As portarias 426/2005 e 3149/2012 regulamentam o acesso à fertilização *in vitro* no Sistema Único de Saúde. Indiretamente, é a declaração do “direito a filhos”.

### 3 O ENSINO DOMÉSTICO NO BRASIL

A instrução básica no Brasil é fornecida, em regra, pelas escolas, públicas ou privadas. Contudo, cada vez mais pais estão repensando essa concepção e optando por instruir seus filhos em casa. Essa prática, muito difundida nos Estados Unidos da América<sup>155</sup>, onde recebe o nome de *homeschooling*, é adotada por cerca de mil famílias no Brasil<sup>156</sup>, onde foram criadas a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED) e a Aliança Nacional para Proteção à Liberdade de Instruir e Aprender (Anplia).

O tema ganhou forte repercussão na imprensa brasileira em 2010, com o caso da família Nunes, ocorrido em Timóteo, Minas Gerais. Os pais Cléber e Bernadeth retiraram os filhos Jônatas e Davi da escola em 2008, quando tinham 13 e 14 anos, respectivamente, e passaram a educá-los em casa, sem seguir o currículo recomendado pelo Ministério da Educação, priorizando o estudo de matérias afins a cada um. A partir disso, iniciou-se uma briga judicial: de um lado, o Ministério Público sustentando o descumprimento do dever legal de educar os filhos; de outro, os pais, alegando que o Estado é incapaz de promover uma educação de qualidade a seus filhos. Esse caso será usado como base para a análise do ensino doméstico a partir do princípio da subsidiariedade.

Diante desse cenário, cabe analisar o que a Constituição Federal, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica e a legislação infraconstitucional sob o prisma do princípio da subsidiariedade.

#### 3.1 Educação e família na Constituição Federal

O título VIII da Constituição Federal brasileira trata da Ordem Social; enquanto o capítulo III, seção I, artigos 205 a 214, dispõe sobre a Educação, o

---

<sup>155</sup> Dados do Departamento de Educação americano dão conta do crescimento no número de crianças sendo educadas por este método: em 2003, eram 1,1 milhão; em 2007, 1,5 milhão; em 2012, 1,77 milhão de crianças era educada através de ensino doméstico, o que corresponde a 3,4% das crianças em idade escolar. (CORRÊA, Alessandra. Educação domiciliar cresce nos EUA. **BBC Brasil**, Nova York, 04 nov. 2013. Disponível em: <[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/11/131031\\_educacao\\_domiciliar\\_eua\\_mdb\\_ac.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/11/131031_educacao_domiciliar_eua_mdb_ac.shtml)>. Acesso em 26 nov. 2013)

<sup>156</sup> ENSINO domiciliar ganha força mesmo com escola obrigatória aos 4 anos. **Terra**, São Paulo, 04 mai. 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/educacao/ensino-domiciliar-ganha-forca-mesmo-com-escola-obrigatoria-aos-4-anos,f41caae4efb6e310VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>. Acesso em 26 nov. 2013.

capítulo VII trata “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”, compreendendo os artigos 226 a 230.

O artigo 205 coloca a educação, direito de todos, como dever tanto do Estado quanto da família; à sociedade cabe colaborar na promoção e incentivo da educação, que tem por objetivo levar a pessoa a seu pleno desenvolvimento, bem como a seu preparo para a cidadania e a qualificação para o trabalho. O dever do Estado com a educação, segundo o artigo 208, consiste, entre outras coisas, em garantir a educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade.

Entre os princípios que guiam o ensino, elencados no artigo 206, estão a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber e o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas.

O ensino não é exclusivamente público, podendo a iniciativa privada assumi-lo, conforme o artigo 209, desde que cumpra as normas gerais da educação nacional, receba autorização e seja avaliado pelo Poder Público.

Igualmente, dispõe o artigo 210 que haverá conteúdos mínimos para o ensino fundamental, com a finalidade de assegurar “formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais”.

Como observa Domingos Franciulli Netto, ex-ministro do Superior Tribunal de Justiça, “conclui-se que o Estado brasileiro se obrigou a garantir a prestação do ensino fundamental a todos os seus cidadãos, independentemente da idade e sob responsabilidade da autoridade competente”<sup>157</sup>.

O artigo 226, *caput*, declara a família base da sociedade e, portanto, digna de especial proteção do Estado. O § 7º afirma que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo vedada a coerção por instituições oficiais ou privadas, devendo o Estado “propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito”<sup>158</sup>. O § 8º determina ao Estado assegurar a assistência aos membros da família e coibir a violência familiar.

---

<sup>157</sup> NETTO, Domingos Franciulli. **Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família**. Associação Nacional de Educação Domiciliar, 21 fev. 2005, p. 06. Disponível em: <[http://www.aned.org.br/downloads/Aspectos\\_Constitucionais.pdf](http://www.aned.org.br/downloads/Aspectos_Constitucionais.pdf)>. Acesso em 25 nov. 2013.

<sup>158</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2013.

Por fim, à família incumbe garantir direitos básicos às próximas gerações, segundo o artigo 227. Os pais, conforme o artigo 229, devem assistir os filhos menores, enquanto os filhos maiores têm o dever de cuidado para com os pais nas situações de vulnerabilidade (velhice, carência ou enfermidade).

A partir da leitura das disposições constitucionais sobre a família, percebe-se o reconhecimento da “precedência da família a qualquer organização social, até mesmo ao Estado, já que constitui ela a própria base da sociedade”<sup>159</sup>.

Como interpretar de maneira consonante o texto constitucional relativo à família e à educação? “Se é dever do Estado e da família garantir a educação e ao Estado a promoção do bem-estar da família, a vontade familiar prevalece na determinação dos métodos e concepções pedagógicas”.<sup>160</sup>

Além disso, levando-se em conta o princípio da legalidade<sup>161</sup>, conclui-se que a modalidade de educação doméstica, embora não prevista expressamente na Constituição Federal, não se encontra proibida e, portanto, é permitida aos genitores.

Ao Estado, em uma leitura constitucional, caberia, portanto, a tarefa de fiscalizar se o ensino doméstico cumpre os fins da educação (pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para a cidadania e a qualificação para o trabalho), assegurada a formação básica comum e o respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

### 3.2 Educação e família nos tratados internacionais de direitos humanos e na legislação infraconstitucional brasileira

A Emenda Constitucional 45/2004 incluiu o § 3º do artigo 5º, dispondo que

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.<sup>162</sup>

<sup>159</sup> NETTO, Domingos Franciulli. **Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família**. Associação Nacional de Educação Domiciliar, 21 fev. 2005, p. 7. Disponível em: <[http://www.aned.org.br/downloads/Aspectos\\_Constitucionais.pdf](http://www.aned.org.br/downloads/Aspectos_Constitucionais.pdf)>. Acesso em 25 nov. 2013.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 6.

<sup>161</sup> O artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal dispõe: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

<sup>162</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

Assim, tendo os tratados de direitos humanos, para terem status constitucional, de passar pelo crivo do Congresso Nacional na forma estabelecida, os tratados, convenções e declarações ratificados e promulgados anteriormente gozam de status infraconstitucional.<sup>163</sup>

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, ao tratar do direito à instrução no artigo XXVI, no ponto 3 declara que “os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos”.

O Decreto nº 99.710/1990 promulgou a Convenção sobre os Direitos da Criança, que, em seu artigo 18.1, afirma que “caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança”<sup>164</sup>.

O Decreto nº 591/1992 promulgou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O artigo 10.1 reconhece que

Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ela for responsável pela criação e educação dos filhos.<sup>165</sup>

O Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, promulgado pelo Decreto nº 592/1992, em seu artigo 18.4, garante o compromisso dos Estados signatários a “respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções”<sup>166</sup>.

O Pacto de San José da Costa Rica (ou Convenção Americana de Direitos Humanos), promulgado no Brasil pelo Decreto nº 678, de 1992, também tratou do

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2013.

<sup>163</sup> Uma análise em torno da discussão em torno do status dos tratados ratificados anteriormente à Emenda Constitucional pode ser encontrada em COSTA, Aldo de Campos. **Tratados de direitos humanos anteriores à EC 45/04**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-30/toda-prova-tratados-direitos-humanos-antigos-ec-4504>>. Acesso em 25 nov. 2013.

<sup>164</sup> BRASIL, **Decreto n. 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em 01 dez. 2013.

<sup>165</sup> BRASIL, **Decreto n. 591**, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_economicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm)>. Acesso em 01 dez. 2013.

<sup>166</sup> BRASIL, **Decreto n. 592**, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em 01 dez. 2013.

âmbito de liberdade da família e da relação com o Estado. O artigo 12, ao tratar da liberdade de consciência e de religião, no ponto 4 estabelece que “os pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções”<sup>167</sup>.

Os tratados internacionais são mais explícitos que a Constituição Federal ao garantir o primado da educação dos filhos aos pais. A estes, responsáveis primordiais pela educação dos filhos, cumpre determinar o gênero de instrução e a educação religiosa e moral.

A Lei nº 9394/1996, conhecida como lei de diretrizes e bases da educação nacional, no artigo 6º, coloca como “dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade”<sup>168</sup>.

O artigo 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8069/1990), no mesmo sentido, estabelece que “os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”<sup>169</sup>. Por outro lado, o artigo 22 do mesmo diploma legal incumbe aos pais o dever de educar os filhos.

Assim, há uma aparente contradição entre a Constituição Federal e os tratados internacionais, de um lado, e as leis ordinárias brasileiras, de outro. Contudo, mesmo as leis ordinárias não proíbem o ensino domiciliar, havendo uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual a Associação Nacional de Educação Domiciliar (ANED) pleiteia não a legalização da educação domiciliar, mas a sua regulamentação<sup>170</sup>, evitando transtornos com entendimentos judiciais em sentido contrário, como enfrentou a família Nunes.

### 3.3 Ensino doméstico e subsidiariedade

O caso da família Nunes, que, ao optar pela modalidade de ensino doméstico, viu-se confrontada pela Justiça Estadual mineira, ilustra as contradições da

---

<sup>167</sup> BRASIL, **Decreto n. 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em 01 dez. 2013.

<sup>168</sup> BRASIL, **Lei n. 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm)>. Acesso em 01 dez. 2013.

<sup>169</sup> BRASIL, **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em 01 dez. 2013.

<sup>170</sup> ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR. **Objetivos**. Disponível em: <<http://www.aned.org.br/index.php/quem-somos/objetivos>>. Acesso em 01 dez. 2013.

demasiada intervenção estatal sobre a família. No âmbito cível, os pais foram condenados a pagar multa de seis salários mínimos por deixarem de dirigir a educação dos filhos (art. 1634, inciso I, do Código Civil e art. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) e de matriculá-los na rede regular de ensino (art. 55 do ECA). Criminalmente, foram condenados, por abandono intelectual (art. 246 do Código Penal), a pena de multa, mas se recusaram a pagar.<sup>171</sup>

Durante os processos judiciais, Davi e Jônatas realizaram um concurso vestibular para o curso de Direito (quando tinham 14 e 13 anos, respectivamente) e submeteram-se a testes exigentes, com pouco tempo de preparação. Em ambos os testes, os irmãos foram bem sucedidos. Mesmo assim, as sentenças de primeiro grau foram mantidas em segunda instância.

Atualmente, Davi e Jônatas, mesmo sem estarem fazendo qualquer curso superior, estão atuando, respectivamente, como programador e *webdesigner*. Por seus trabalhos, já receberam prêmios, inclusive no Campus Party, grande feira de inovação tecnológica, concorrendo com mais de sete mil universitários brasileiros. Com isso, ganharam uma viagem para participaram de uma edição da feira nos Estados Unidos.<sup>172</sup>

No presente caso, os pais comprovaram, pelos resultados dos filhos nos exames e no próprio trabalho tecnológico por eles desenvolvido, a capacidade de educá-los. Assim, conforme o princípio da subsidiariedade, nesse caso, não há justificativa possível para a não permissão do ensino doméstico, quanto mais para a condenação dos pais por abandono intelectual.

O ensino doméstico promovido pela família Nunes cumpriu os fins da educação: Davi e Jônatas estão melhor qualificados para o mercado de trabalho que os jovens de sua idade, ainda nos bancos universitários; estão integrados à sociedade, seja pelo trabalho, seja pelas amizades que cultivam; e estão preparados para a cidadania, como prova o trabalho que os levou à conquista de um prêmio: um

<sup>171</sup> NOGUEIRA, Fernanda. Condenado pela Justiça, casal de MG mantém filhos fora da escola. **G1**, São Paulo, 16 fev. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2011/02/condenado-pela-justica-casal-de-mg-mantem-filhos-fora-da-escola.html>>. Acesso em 26 nov. 2013.

<sup>172</sup> BALMANT, Ocimara; BASSETTE, Fernanda. Sem educação formal, irmãos ganham prêmios. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 26 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,sem-educacao-formal-irmaos-ganham-premios-,878400,0.htm>>. Acesso em 26 nov. 2013.

projeto de “reestruturação do portal Acessa SP e uma plataforma de aprendizagem online”<sup>173</sup>.

Além disso, salienta-se que não deve ser a família obrigada a demonstrar, de início, ser capaz de educar eficientemente seus filhos. Se fosse assim, poder-se-ia questionar se o Estado brasileiro mostrou alguma vez a capacidade de educar as crianças e jovens.

Assim, permitir a prática da educação domiciliar é razoável em dois aspectos. Em primeiro lugar, em respeito aos requisitos da razoabilidade prática, que impõem não agir diretamente contra qualquer bem humano básico, nesse caso o bem do matrimônio. Lembra-se que um dos objetivos do matrimônio é gerar e criar (educar) os filhos. Portanto, impedir os pais de educarem em casa os filhos ou propiciar uma educação moral e/ou religiosa que esteja em desacordo com a que desejam a seus filhos fere gravemente o bem do matrimônio.

Algo que não pode ser ignorado é a mudança de foco por que passam as escolas, não só no Brasil. O escritor francês Pascal Bernardin denuncia, citando documento por documento, uma mudança de concepção dos fins da escola, guiada pela UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) e imposta no plano internacional. A partir da aplicação de técnicas de manipulação psicológica<sup>174</sup>, Deixa-se de dar uma formação intelectual para focar na modificação de valores:

O educador do futuro deverá trabalhar muito mais para estabelecer e desenvolver relações humanas e uma rede social em sua classe, abstendo-se da orientação mediante o ensino exclusivamente intelectual. Cabe aos professores tanto transmitir os saberes quanto compreender seus alunos, bem como as atitudes destes para com a educação, as atividades recreativas, o trabalho e as relações sexuais.

O professor deve estar aberto ao diálogo com os jovens e lhes falar das relações humanas, da ética, dos valores, das atitudes e das modificações de atitudes, das ideologias, das minoridades étnicas, das enfermidades, dos ideias e das visões do futuro.<sup>175</sup>

Como consequência dessa preocupação maior pela educação “para a vida”, “os professores não possuem mais, evidentemente, nem tempo, nem as

<sup>173</sup> FERREIRA, Alex. Jovens Nunes obtêm sucesso com TI. **Diário do Aço**, 12 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.diariodoaco.com.br/noticias.aspx?cd=63334>>. Acesso em 27 nov. 2013.

<sup>174</sup> BERNARDIN, Pascal. **Maquiavel Pedagogo**. Ou o ministério da reforma psicológica. Tradução de Alexandre Müller Ribeiro. Campinas: Ecclesiae e Vide Editorial, 2013, p. 15-48.

<sup>175</sup> UNESCO apud BERNARDIN, *Ibidem*, p. 49.

competências<sup>176</sup>, nem o desejo de prestar um ensino sólido. O desmoronamento do nível escolar é, pois, a consequência inelutável dessa redefinição de escola”<sup>177</sup>. Nesse contexto, não espantam os resultados pífios da educação brasileira em testes internacionais, abaixo da média mundial<sup>178</sup>, nem o tipo de educação recebido nas salas de aula.<sup>179</sup>

Em segundo lugar, a prática do ensino doméstico diz respeito ao princípio da subsidiariedade. Se os pais, responsáveis imediatos pelos filhos, desejam educá-los, fornecendo-lhes a instrução básica por meio próprio ou por professores e cursos particulares, portanto, deve o Estado respeitar essa decisão, auxiliando e fiscalizando a educação domiciliar.

---

<sup>176</sup> Em audiência pública na Câmara dos Deputados, realizada em 28 de novembro de 2013, ao debater as metodologias de alfabetização na educação infantil, especialistas concluíram que há excesso de ideologia na formação dos cursos da área de Educação, temas transversais que enfraquecem formação dos futuros professores. (ESPECIALISTAS criticam excesso de ideologia na formação de professores. **Agência Câmara Notícias**, Brasília, 28 nov. 2013. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/EDUCACAO-E-CULTURA/458195-ESPECIALISTAS-CRITICAM-EXCESSO-DE-IDEOLOGIA-NA-FORMACAO-DE-PROFESSORES.html>>. Acesso em 02 dez. 2013.).

<sup>177</sup> BERNARDIN, Pascal. **Maquiavel Pedagogo**. Ou o ministério da reforma psicológica. Tradução de Alexandre Müller Ribeiro. Campinas: Ecclesiae e Vide Editorial, 2013, p. 51.

<sup>178</sup> TAKAHASHI, Fábio; RIGHETTI, Sabine; FOREQUE, Flávia. Brasil avança em matemática, mas continua entre piores em ranking. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 03 dez. 2013. <<http://www1.folha.uol.com.br/educacao/2013/12/1379972-entre-os-piores-do-mundo-em-ensino-brasil-melhora-nota-mas-em-ritmo-menor.shtml>>. Acesso em 04 dez. 2013.

<sup>179</sup> Nos últimos anos, muitos casos de materiais didáticos com conteúdo sexual explícito, distribuídos ora pelo governo federal, ora por governos estaduais e municipais, geraram revolta de pais Brasil afora. Cartilhas como da “Coleção Educação Sexual – Perguntas e Respostas”, distribuída na rede pública de Minas Gerais, e “O Caderno das Coisas Importantes”, distribuído com apoio da UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância), UNESCO, Ministério da Saúde, Ministério da Educação e do governo federal desde 2007 nas escolas públicas de todo o Brasil, ensinam crianças a partir dos 6 anos a masturbarem-se, a manter relações sexuais e segredos do prazer sexual, etc., através de figuras explícitas.

## CONCLUSÃO

Esta monografia, ao partir da filosofia de John Finnis, assumiu também o ponto de vista prático, pretendendo ser uma pequena contribuição às reflexões práticas de quem se preocupa com o agir, individual e político, diante das múltiplas opções atrativas que dizem respeito ao relacionamento na comunidade humana.

Nesse sentido, no primeiro capítulo, buscou-se, antes de tudo, trazer alguns esclarecimentos sobre a teoria do direito natural proposta por John Finnis, desfazendo-se alguns pré-juízos sobre metodologia do direito e direito natural. Finnis entende que o ponto de vista da razoabilidade prática é o adequado para entender-se por que o direito é diferente de outras práticas sociais.

Também se rebateu alguns argumentos de Kelsen contra o que este entendia por direito natural. Em primeiro lugar, há critérios para a derivação do direito positivo do direito natural. O direito positivo só é adequadamente derivado do direito natural se essa derivação é válida juridicamente, obedece aos parâmetros legais, e o direito não é injusto. Assim, ao contrário do que Kelsen argumentara, o delegado não tem poderes ilimitados nesse processo.

Em segundo lugar, sendo a validade do direito positivo decorrente de sua derivação do direito natural, o legislador tem liberdade para criar o direito positivo (por exemplo, determinar a pena a uma conduta injusta); o direito natural é uma referência de justiça ao legislador.

Duas são as razões para a existência do direito positivo: uma que o direito natural não fornece nem mesmo a maioria das soluções para os problemas de coordenação da vida em comunidade, é um tanto indeterminado (para usar o mesmo exemplo, não define penas aos crimes, nem especifica multas aos devedores). Outra é a necessidade de coação para que as pessoas egoístas ajam de modo razoável.

Finnis rechaça que a lei de Hume (não derivar o dever ser do ser) seja infringida pelo direito natural. O fundamental no discernimento do direito natural é a compreensão das formas básicas do bem-estar humano (ainda não moral) como oportunidades desejáveis e potencialmente realizáveis, quer dizer, como coisas a serem buscadas e realizadas na ação.

Os bens humanos básicos (formas básicas do bem-estar humano, valores básicos) são evidentes por si mesmos, incomensuráveis, indemonstráveis, objetivos e pré-morais. O rol apresentado por Finnis é o seguinte: vida, conhecimento, excelência na realização, sociabilidade ou amizade, religião, razoabilidade prática e matrimônio.

O matrimônio possui um duplo objetivo: a procriação e a criação dos filhos e a *fides*, entendida como mais que a fidelidade; é também a prontidão para e o compromisso de viver em comunhão. Injustas são as relações sexuais que vão contra o bem do matrimônio, ou seja, que não reservam à união e ao intercuro marital todos os usos da capacidade de se comprometer em uma busca intencional da satisfação sexual. Esse entendimento não parte do que é natural para concluir sem bom/razoável, mas, por ser bom/razoável, é natural.

Os requisitos da razoabilidade prática guiam o agir a participar de todos os demais bens humanos básicos. Tais exigências expressam o método de elaborar a lei natural (moral) a partir dos primeiros princípios da lei natural (pré-morais). Constituem, portanto, razões pelas quais existem coisas que moralmente (não) deveriam ser feitas.

São dez as exigências da razoabilidade prática: a) manter um plano coerente de vida; b) não ter preferências arbitrárias por valores, nem c) por pessoas; d) desprendimento dos projetos específicos e limitados; e) compromisso com os planos gerais; f) a relevância limitada das consequências (consequências não são o padrão último de julgamento); g) respeito por cada valor básico em cada ato; h) favorecer e promover o bem comum da comunidade; i) agir de acordo com sua consciência; e j) não escolher bens aparentes.

No segundo capítulo, tratou-se de compreender os quatro modos de relacionamento humano e as formas de comunidade humana, em especial a família, o Estado e a comunidade internacional. A família, embora possua os elementos naturais, cognitivos, técnicos e de ação conjunta, é incompleta e inadequada para fornecer todos os bens necessários a seus membros.

Em razão disso, é necessário que uma ordem de comunidade maior, mais completa (Estado ou comunidade internacional; Finnis considera apenas a segunda completa) venha em auxílio da ordem menor. Essa ajuda é guiada pelo princípio da subsidiariedade, que impõe à ordem maior não fazer o que está ao alcance da ordem menor. Uma das razões para isso é que o bem se encontra em realizar, em

agir; se a família, o Estado ou a comunidade internacional impedem uma pessoa de agir por suas próprias mãos para garantir o seu sustento ou desenvolver suas potencialidades, há infração desse princípio e uma injustiça contra o indivíduo.

Finalizando o capítulo, passou-se por dois exemplos de intervenção do Estado na vida familiar. O primeiro é sobre o auxílio do Estado ao assegurar condições mínimas de sobrevivência aos cidadãos. O segundo tratou das intervenções quanto ao planejamento familiar.

No terceiro capítulo, observou-se que a Constituição e os tratados de direitos humanos fazem coro às reivindicações do princípio da subsidiariedade, deixando em aberto aos pais a decisão sobre a melhor modalidade de ensino, assim como sobre o tipo de educação moral-religiosa que desejam dispensar a seus filhos. Nesse sentido, entendeu-se que a permissão da educação domiciliar é uma exigência do princípio da subsidiariedade.

A experiência histórica mostra que os totalitarismos resultaram não apenas da propaganda de massa, mas também da educação ideológica imposta às crianças e jovens, massificando lentamente os costumes e abafando a divergência. A família, comunidade-base da sociedade e do Estado, mesmo que incompleta e inadequada, é o fundamento do desenvolvimento pessoal e da própria sociedade. É objetivo do casamento não só ter filhos, mas também ajudar em seu desenvolvimento, transmitindo-lhes a cultura, educando-os em valores morais e religiosos. Ao Estado, cumpre apoiar a família, nunca substituí-la, nunca sufocá-la.

Esse posicionamento é fortalecido pela exigência de respeito aos bens humanos básicos em cada ato; ao estadista, aos cônjuges, às pessoas em geral, a razoabilidade prática impõe, portanto, o respeito e a promoção do casamento e da autonomia familiar.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Volume IV. 2ª edição. São Paulo: Loyola, 2010.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução do grego de António de Castro Caeiro. São Paulo: Atlas, 2009.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DOMICILIAR. **Objetivos**. Disponível em: <<http://www.aned.org.br/index.php/quem-somos/objetivos>>. Acesso em 01 dez. 2013.

BALMANT, Ocimara e BASSETTE, Fernanda. Sem educação formal, irmãos ganham prêmios. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 26 mai. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,sem-educacao-formal-irmaos-ganham-premios-,878400,0.htm>>. Acesso em 26 nov. 2013.

BERNARDIN, Pascal. **Maquiavel Pedagogo**. Ou o ministério da reforma psicológica. Tradução de Alexandre Müller Ribeiro. Campinas: Ecclesiae e Vide Editorial, 2013

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 29 nov. 2013.

\_\_\_\_\_, **Decreto-Lei n. 2848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 28 nov. 2013.

\_\_\_\_\_, **Decreto n. 99.710**, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em 01 dez. 2013.

\_\_\_\_\_, **Decreto n. 591**, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_economicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm)>. Acesso em 01 dez. 2013.

\_\_\_\_\_, **Decreto n. 592**, de 6 de julho de 1992. Promulga o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em 01 dez. 2013.

\_\_\_\_\_, **Decreto n. 678**, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em 01 dez. 2013.

\_\_\_\_\_, **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em 01 dez. 2013.

\_\_\_\_\_, **Lei n. 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm)>. Acesso em 01 dez. 2013.

CHINA relaxa política do filho único. **BBC Brasil**, São Paulo, 15 nov. 2013.

Disponível em:

<[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/11/131115\\_china\\_um\\_filho\\_lei\\_fn.s.html](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/11/131115_china_um_filho_lei_fn.s.html)>. Acesso em 25 nov. 2013.

CORRÊA, Alessandra. Educação domiciliar cresce nos EUA. **BBC Brasil**, Nova York, 04 nov. 2013. Disponível em:

<[http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/11/131031\\_educacao\\_domiciliar\\_eu\\_a\\_mdb\\_ac.shtml](http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/11/131031_educacao_domiciliar_eu_a_mdb_ac.shtml)>. Acesso em 26 nov. 2013.

COSTA, Aldo de Campos. **Tratados de direitos humanos anteriores à EC 45/04**.

Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-30/toda-prova-tratados-direitos-humanos-anteriores-ec-4504>>. Acesso em 25 nov. 2013

DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ENSINO domiciliar ganha força mesmo com escola obrigatória aos 4 anos. **Terra**, São Paulo, 04 mai. 2013. Disponível em:

<<http://noticias.terra.com.br/educacao/ensino-domiciliar-ganha-forca-mesmo-com-escola-obrigatoria-aos-4-anos,f41caae4efb6e310VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>>. Acesso em 26 nov. 2013.

ESPECIALISTAS criticam excesso de ideologia na formação de professores. **Agência Câmara Notícias**, Brasília, 28 nov. 2013. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/EDUCACAO-E-CULTURA/458195-ESPECIALISTAS-CRITICAM-EXCESSO-DE-IDEOLOGIA-NA-FORMACAO-DE-PROFESSORES.html>>. Acesso em 02 dez. 2013.

FLOR, Ana. Dilma suspende 'kit gay' após protesto da bancada evangélica. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 mai. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/920652-dilma-suspende-kit-gay-apos-protesto-da-bancada-evangelica.shtml>>. Acesso em 25 nov. 2013

FINNIS, John. **Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory**. New York: Oxford University Press, 1998.

\_\_\_\_\_. **Direito Natural em Tomás de Aquino: sua reinserção no contexto do juspositivismo analítico**. Tradução: Leandro Cordioli. Revisão: Elton Somensi de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2007.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos de Ética**. Tradução: Arthur M. Ferreira Neto. Revisão: Elton Somensi de Oliveira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei Natural e Direitos Naturais**. Tradução: Leila Mendes. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2007.

\_\_\_\_\_; BOYLE, Joseph; GRISEZ, Germain. **Nuclear deterrence, Morality and Realism**. Reimpressão da 1ª ed., 1987. Oxford: Clarendon, 1989.

FREEMAN, Colin. Child taken from womb by social services. **The Telegraph**, Londres, 30 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/10486452/Child-taken-from-womb-by-social-services.html>>. Acesso em 02 dez. 2013.

GOULART, Nathalia. 'Kit gay' será reformulado e lançado até fim do ano, diz Haddad. **Veja**, São Paulo, 27 mai. 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/educacao/kit-gay-sera-reformulado-e-lancado-ate-fim-do-ano-diz-haddad>>. Acesso em 25 nov. 2013

NETTO, Domingos Franciulli. **Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família**. Associação Nacional de Educação Domiciliar, 21 fev. 2005. Disponível em:

<[http://www.aned.org.br/downloads/Aspectos\\_Constitucionais.pdf](http://www.aned.org.br/downloads/Aspectos_Constitucionais.pdf)>. Acesso em 25 nov. 2013.

NOGUEIRA, Fernanda. Condenado pela Justiça, casal de MG mantém filhos fora da escola. **G1**, São Paulo, 16 fev. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2011/02/condenado-pela-justica-casal-de-mg-mantem-filhos-fora-da-escola.html>>. Acesso em 26 nov. 2013.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução: Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

OLIVEIRA, Elton Somensi de. **Bem comum, razoabilidade prática e direito**. Porto Alegre: UFRGS, 2002, 145 p. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

SANCHES, Andreia. Retirar filhos a mulher que recusou laquear trompas “fere os mais elementares direitos humanos”. **Público**, Lisboa, 23 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.publico.pt/sociedade/noticia/retirar-filhos-a-mulher-que-recusou-laquear-trompas-fere-os-mais-elementares-direitos-humanos-1581801>>. Acesso em 01 nov. 2013

SCHOOYANS, Michel. Controle dos nascimentos e implosão demográfica. In: Pontifício Conselho para a Família. **Lexicon: Termos ambíguos e discutidos sobre família, vida e questões éticas**. Brasília, Edições CNBB, 2007, p. 147-160.

THE FORD FOUNDATION. **Reproductive Health: a strategy for the 1990s**. Disponível em: <<http://www.votopelavida.com/fordfoundation1990.pdf>>. Acesso em 01 dez. 2013.

THE J. D. AND CATHERINE T. MACARTHUR FOUNDATION, **1990-2002. The Population and Reproductive Health Program in Brazil: Lessons Learned**. 2003. Disponível em: <<http://www.votopelavida.com/macarthurlessonslearned.pdf>>. Acesso em 01 dez. 2013.

TREVISAN, Cláudia. Escândalo abala política do filho único na China. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 08 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,escandalo-abala-politica-de-filho-unico-na-china-,897371,0.htm>> . Acesso em 25 nov. 2013.

VASCONCELLOS, Manuela e PAVAN, Pedro. Faltam mais de 6 mil vagas. **Diário de Santa Maria**, Santa Maria, 07 nov. 2013. Disponível em:

<<http://www.clicrbs.com.br/dsm/rs/impressa/4,38,4325169,23102>>. Acesso em 25 nov. 2013.