



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

MAURO HENRIQUE VELTRINI TICIANELLI

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DO
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR
PRIVADO PELO JUIZ CONSTITUCIONAL**

MAURO HENRIQUE VELTRINI TICIANELLI

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DO
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR
PRIVADO PELO JUIZ CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Curso Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof^a Dr^a Valkiria Aparecida Lopes Ferraro

Londrina
2010

MAURO HENRIQUE VELTRINI TICIANELLI

**CONSIDERAÇÕES ACERCA DA INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO
DE PRESTAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR PRIVADO PELO JUIZ
CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada ao Curso Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Valkiria Aparecida Lopes Ferraro
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina

Prof. Dr. Alfredo José dos Santos
Unesp

Londrina, 06 de julho de 2010.

Aos meus ...

Os do fundo do meu coração!

AGRADECIMENTOS

A Deus, presente, vivo, rigoroso e amigo. Com Ele não celebramos contrato, mas pacto de aliança, vida, de existência e de amor verdadeiro, não sujeito à revisão sob qualquer hipótese e cujo cumprimento efetivo se dá através de premissas incompreensíveis;

À professora Doutora Valkiria Aparecida Lopes Ferraro, guerreira, incansável, prova de luta, que à frente de dificuldades, renasce;

Aos meus, Priscila, Enrico, Sofia e Marina, que não esqueço nem por um instante e de quem senti o tempo de distanciamento para finalização deste estudo;

A meus pais, Darci e Mauro, exemplos e incentivadores sempre.

A Marcos, Ana Karina e Adelina porque, por razões que não compreendo, marcaram meu caminho irremediavelmente.

Aos professores Gilbert, Nely e França a quem muito pouco pude agradecer pessoalmente.

À Universidade Estadual de Londrina e aos amigos que fiz aqui, por me receberem de braços abertos, sempre, nestes últimos vinte e dois anos.

*“É necessário crer para compreender
e compreender para crer”
(Santo Agostinho)*

TICIANELLI, Mauro Henrique Veltrini. **Considerações acerca da interpretação do contrato de prestação de ensino superior privado pelo juiz constitucional.** 2010. 168f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina. 2010.

RESUMO

O Estado Democrático de Direito não representa expressão vazia, mas modelo ou regime de tutela dos direitos dos cidadãos pela máquina governamental, com estrita submissão à norma vigente. O exercício dos direitos fundamentais do cidadão deve ser incentivado e promovido pelo Estado, cuja origem se calca exatamente para este propósito. É classificado como direito social e, portanto, fundamental o acesso do cidadão ao estudo formal, por toda a escada do conhecimento, cujos degraus se estendem desde a tenra infância até a produção da ciência de ponta, no ambiente universitário. Uma vez que o Estado não consegue, por uma gama variada de fatores, oferecer ensino universitário a todos, a delegação desta inestimável missão à iniciativa privada se apresenta inevitável, atualmente, inclusive mediante autorização constitucional, com controle e orientação permanentes pelo poder público. A relação jurídica negocial, desenvolvida entre a instituição de ensino superior e o cursista, deve ser implementada através de condições claras, públicas e do conhecimento prévio de todos, com lisura preservada antes, durante e mesmo depois de finda a vença. A edição de cláusulas abusivas no contrato de prestação de ensino superior deve ser rechaçada de imediato, porque o impedimento de acesso a este direito fundamental viola o exercício da cidadania e o próprio estado democrático de direito. A interpretação deste contrato não pode restringir-se às regras do estatuto da vida privada ou da lei do consumo senão a partir da perfeita avaliação de sua função social, razão pela qual demanda a atuação incisiva do juiz democrático ou constitucional, qual seja, absolutamente ciente e preparado para sua missão constitucional e compromissado com a construção da democracia.

Palavras-chave: Contrato. Ensino. Privado. Interpretação. Cláusulas. Abusivas. Função. Social. Estado. Democrático. Direito. Princípios. Juiz. Constitucional. CDC.

TICIANELLI, Mauro Henrique Veltrini. **Considerations about the Interpretation of Higher Education Contracts by the Constitucional Judge**. 2010. 168p. Master's Dissertation in Civil Law - Londrina State University, Londrina. 2011.

ABSTRACT

The Democratic State represents a model of guardianship of the rights of its citizens by the structure of the governmental, with strict adherence to valid legislation. The exercise of the fundamental rights of citizens must be encouraged and promoted by the State, whose origin is precisely founded on this very purpose. The access of citizens to formal education in all its levels, from primary education through the production of state-of-the-art technology is classified as a fundamental social right. Considering that the State cannot, for a number of different reasons, offer higher education to all its citizens, it is inevitable that this invaluable mission be delegated to private initiative; it is done currently through constitutional authorization with permanent control and supervision by the State. The negotiable juridical relationship carried out between higher education institutions and students must be implemented by means of previously known conditions which are clear and public, and whose good faith is preserved before, during and even after the end of their validity. The inclusion of abusive clauses in higher education contracts must be promptly rejected, considering that any action that blocks access to this fundamental right violates the exercise of citizenship and the principles of the Democratic State. The interpretation of such contracts cannot be restricted to the rules of private bylaws or consumer laws; instead, the evaluation of the social function of higher education must be taken into consideration. Thus, such interpretation requires incisive action by the democratic or constitutional judge who must be prepared and aware of their constitutional mission and committed to the betterment of democracy.

Key Words: Contract. Education. Private. Interpretation. Clauses. Abusive. Function. Social. State. Democratic. Principles. Law. Fundamental. Judge. Constitutional. Contract Clauses.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

| | |
|--------|--|
| CC/16 | Código Civil de 1916 |
| CC/02 | Código Civil de 2002 |
| CDC | Código de Defesa do Consumidor |
| CF/88 | Constituição Federal de 1988 |
| CI | Consumers International |
| CMN | Conselho Monetário Nacional |
| COPEL | Companhia Paranaense de Energia Elétrica |
| CPC | Código de Processo Civil |
| FIES | Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior |
| IOCU | International Organization of Consumers Unions |
| LDB | Lei de Diretrizes e Bases |
| LOMAN | Lei Orgânica da Magistratura |
| MEC | Ministério da Educação e Cultura |
| PCE | Programa de Crédito Educativo |
| PROUNI | Programa Universidade para Todos |
| STF | Supremo Tribunal Federal |
| STJ | Superior Tribunal de Justiça |
| TJPR | Tribunal de Justiça do Estado do Paraná |
| TJSP | Tribunal de Justiça de São Paulo |
| UEL | Universidade Estadual de Londrina |

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| 1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ENSINO | 14 |
| 1.1 NOÇÕES | 14 |
| 1.2 CIDADANIA | 23 |
| 1.3 DIREITOS DA PERSONALIDADE | 25 |
| 1.4 PRINCÍPIOS E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TEXTO CONSTITUCIONAL | 29 |
| 1.4.1 O Acesso ao Direito Fundamental da Educação como Direito Fundamental à Dignidade do Homem | 36 |
| 1.4.2 Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade | 40 |
| 1.4.3 Princípio da Indeclinabilidade ou Inafastabilidade da Jurisdição | 43 |
| 1.5 CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PELA FUNÇÃO JURISDICIONAL | 46 |
| 1.6 ATIVISMO JUDICIAL | 52 |
| 2 CONTRATOS | 56 |
| 2.1 CONCEITO, NOÇÕES E ELEMENTOS | 56 |
| 2.2 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS EM GERAL E SUA REVISIBILIDADE | 62 |
| 2.3 INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EM GERAL | 71 |
| 2.4 CLÁUSULAS GERAIS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA BOA-FÉ OBJETIVA | 74 |
| 2.5 RELAÇÃO CONSUMERISTA | 79 |
| 2.5.1 Noções | 79 |
| 2.5.2 Elementos e Princípios | 83 |
| 2.5.3 Tutela dos Interesses Individuais | 90 |
| 2.5.4 Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos | 93 |
| 3 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR PRIVADO | 97 |
| 3.1 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E LEGISLAÇÃO | 97 |
| 3.2 PLANO DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, PROUNI, FIES E BOLSA PERMANÊNCIA | 98 |

| | |
|--|------------|
| 3.3 CLÁUSULAS ABUSIVAS MAIS MARCANTES | 103 |
| 3.4 O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR E A GLOBALIZAÇÃO | 109 |
| 3.5 REVISÃO JUDICIAL DA CLÁUSULA ABUSIVA NO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR PRIVADO, O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A FUNÇÃO SOCIAL..... | 113 |
| CONCLUSÕES | 117 |
| REFERÊNCIAS | 120 |
| ANEXOS | 125 |
| ANEXO A - Lei n. 9394, de 20 de dezembro de 1996. | 126 |
| ANEXO B - Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999. | 142 |
| ANEXO C - Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001. | 145 |
| ANEXO D - Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. | 153 |

INTRODUÇÃO

Não há atualmente qualquer dúvida de que o acesso à educação representa direito fundamental do cidadão e, portanto, deve ser patrocinado pelo Estado, o que não significa dizer que seja promovido ou disponibilizado diretamente por este moral, cada vez mais onipresente, criado com a finalidade única de satisfazer todas as necessidades dos cidadãos, que não conseguiriam, sozinhos, promovê-las.

O Estado Democrático de Direito, longe de representar expressão vazia que se incorpora ao linguajar diário da imprensa e da população em geral, exige constante e incessante exercício para sua implementação, porque ainda se afigura como o modelo conhecido mais próximo do justo, do correto, do ideal, onde a liberdade ainda é valorizada e se presta como ponto de partida de toda a essência do seu mecanismo.

No sentido contrário, cresceriam e se enraizariam modelos onde a vontade do príncipe, eleito ou não, preponderaria, com inevitável perda de sentido da valorização da participação do homem do povo nas decisões sobre os rumos da nação¹.

Para entender as coisas do Estado e dele participar ativamente - os gregos chamavam de idiotas todos quantos podiam, mas intencionalmente deixavam de participavam das discussões públicas nas ágoras - se apresenta inevitável o acesso à educação, desde a pré-escola até a produção da ciência mais avançada no ambiente universitário, em todos os ramos do conhecimento humano.

Outrossim, é do conhecimento de todos a limitação do sistema público na produção do ensino superior, corolário de um processo desencadeado a partir de incontáveis fatores, preponderantemente a priorização da destinação dos recursos públicos ao ensino básico ou fundamental, a pouca importância política ou histórica dentro de um cenário mais amplo de incentivo à pesquisa, extensão e

¹ Já se disse que o *homem nasce fraco, estúpido e precisa de juízo e que tudo o que não temos ao nascer e de que precisamos quando grandes nos é dado pela educação* - ROUSSEAU, Jean Jacques. 'Emílio ou da Educação', 2ª Ed., Tradução de Roberto Leal Ferreira, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 8, in GOMES, Sérgio Alves Gomes. 'Hermenêutica Constitucional'. Curitiba: Juruá, 2008. p. 246.

ensino superior, o gerenciamento notoriamente deficitário de todo um modelo para território geográfico tão vasto e com contrastes regionais tão marcantes e os altos custos da sua produção.

Estas vicissitudes se ressaltam quando se pontuam necessidades mais prementes e imediatas, típicas de nação ainda em desenvolvimento, que precisa oferecer serviços essenciais para uma vida minimamente digna a seu povo.

Equacionar o erário entre a produção científica de excelência ao lado de campanhas para regularização de registro civil de nascimento ou campanhas de vacinação para patologias já erradicadas em outros cantos do mundo é, reconheça-se, tarefa árdua.

Com fundamento nestas premissas, tratou o Estado de garantir e até incentivar a produção do ensino superior através da iniciativa privada que, por seu turno, aceitou esta missão já de muito tempo, através da prestação de serviço com qualidade que se estende desde o grau mais inferior ao mais destacado, sempre a partir de premissas e técnicas modernas de gerenciamento, gestão e *marketing*.

Este processo culminou com a proliferação de instituições de ensino superior - estima-se mil cursos de direito no Brasil em 2010 - com conseqüente facilitação de acesso a praticamente todas as camadas sociais e econômicas à universidade, com inegável incremento de conhecimento e cultura, mas com conseqüente impacto econômico para o cursista que não consegue acesso às instituições públicas e gratuitas por definição, também aqui através de vários fatores cuja avaliação demanda outro tipo de estudo.

Com efeito, o cidadão que se vê aprovado no teste seletivo de ingresso, galga ao ensino superior privado e inevitavelmente submete-se a contratos jungidos de cláusulas rigorosas sob o aspecto econômico e que podem ser classificadas como juridicamente abusivas, inexoravelmente convencionadas de forma unilateral pela instituição de ensino, através de pacto adesivo com o objetivo claro de garantia do aspecto econômico/financeiro desta relação, contratos estes que são elaborados a partir de técnicas agressivas de gerenciamento.

A avaliação deste tipo de contrato, ora à luz da regra geral e ora a partir das regras próprias da relação de consumo demandam estudo acurado e constante porque não representa mecanismo de circulação de riqueza senão garantimento de acesso à educação, classificado como direito fundamental.

Para os casos de conflito de interesses entre cursistas e instituições

privadas de ensino superior, deve o magistrado interpretar as cláusulas do contrato na condição de juiz constitucional, ou seja, como aquele que busca avaliar o pacto para cumprimento de sua função social e como mecanismo de objetivação e concretização da democracia, por vezes além do interesse imediato e concreto dos interessados.

O presente estudo, então, tem início a partir de noções de Estado, de cidadania, de direitos da personalidade e dos princípios constitucionais mais relevantes atinentes ao tema, dentre eles e principalmente o princípio da dignidade do homem e o da proporcionalidade, com o objetivo de marcar a tese do acesso ao estudo formal como direito fundamental, promovido pelo Estado pessoalmente ou através de parceiros.

Passa-se, então a noções de contrato, com ênfase aos seus elementos e seus princípios norteadores, dentre eles a autonomia da vontade, a força obrigatória e a sua revisibilidade, através de excepcionalidade prevista em lei.

Inevitavelmente, abre-se espaço para avaliação de temas fundamentais atinentes à relação consumerista, através de estudo acurado mas breve dos contornos do micro-sistema que a todos encantou e desafiou vinte anos passados, através de princípios e cláusulas gerais que depois foram incorporados pelo estatuto da vida privada (o CC/02).

O terceiro e último capítulo se presta à avaliação do contrato de prestação de ensino superior privado especificamente, suas vicissitudes, características, numa tentativa de contextualização da realidade brasileira frente realidade do mundo globalizado, culminando com o estudo sobre a inevitável missão jurisdicional de promover a revisão do contrato de ensino que por qualquer circunstância, passe a deixar de cumprir com sua missão constitucional de promover o crescimento intelectual e cultural do cidadão.

CAPÍTULO I

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

1.1 NOÇÕES

O Estado Democrático de Direito constitui a República Federativa do Brasil, exatamente como se encontra previsto tanto no preâmbulo quanto no art. 1^a da carta magna nacional.

Portanto, não há Estado Brasileiro ou República Brasileira se afastadas as características da democracia e da submissão de todas as suas ações ao direito que passam, então, a ser deles considerados elementos.

Entende-se por Estado a junção dos elementos povo, território geográfico e governo além, para muitos, da soberania, mostrando-se pertinente a avaliação de cada um deles, com a brevidade que o presente estudo recomenda².

O povo representa o elemento subjetivo do Estado, de onde provém o poder que o legitima, chamado poder constituinte. Representa a massa orgânica do Estado, seu idealizador. É, ao mesmo tempo, produtor e consumidor de tudo quanto pratica o Estado, não havendo como deixá-lo sob a ótica da relação criador e criatura.

Entende-se por povo

O composto de indivíduos conscientes de sua dignidade e de sua responsabilidade perante a igual dignidade do outro. Povo estabelece consensualmente formas de convívio, elege valores básicos para convivência livre, justa, pacífica e solidária. Povo é feito de pessoas que buscam sempre compreender a realidade de si e do mundo em que vivem com outros indivíduos diferentes mas semelhantes. Povo, na nova concepção democrática, é quem deseja aperfeiçoar o modo de ser, de estar no mundo e de aí viver e conviver, compartilhando um núcleo de valores básicos que identificam algum sentido em comum. (GOMES, 2008).

² Estado é, na justa definição de Balladore Pallieri, uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a idéia de poder soberano, institucionalizado. O estado, como se nota, constitui-se de quatro elementos essenciais: um poder soberano de um povo situado num território com certas finalidades. E a constituição, como dissemos antes, é o conjunto de normas que organiza estes elementos constitutivos do Estado: povo, território, poder e afins (SILVA, 1996, p. 99/100).

Território, de modo simplista, pode ser compreendido como o elemento geográfico para delimitação física do ambiente para o exercício do poder pelo povo. Apresenta-se como o elemento de visualização ou representação mais marcante do Estado. Território é:

O limite espacial dentro do qual o Estado exerce de modo efetivo e exclusivo o poder de império sobre pessoas e bens. Ou como expressa Kelsen: é o âmbito de validade da ordenação jurídica chamada Estado (SILVA, 1996).

Governo, finalmente, representa o aparato burocrático composto pelos políticos e outros profissionais que compõem o quadro de organização da estrutura estatal, cuja missão é a implementação dos ideais previstos na Constituição Federal. Como o governante nada mais é senão a parcela do povo que recebe a atribuição de cuidar das coisas do Estado, então é absolutamente límpido o pensamento de que o governo reflete o povo que forma cada Estado - nada mais que isto.

A democracia, por si só, tema da mais alta relevância e que ainda demanda muito estudo criterioso, até porque se apresenta como conceito em constante evolução, pode ser, muito superficialmente, compreendida como o governo do povo.

Representa ela o modelo de atuação do Estado definido pelo povo e por ele exercitado em todas as suas instâncias, já que dele (povo) emana o poder que dá ânimo à coisa pública. O povo, portanto, cria o Estado e também indica aqueles dentro de seus quadros que melhor podem gerenciar a máquina estatal.

Democracia, mais do que um conceito milenar cujos contornos foram definidos na Grécia antiga, deve ser compreendida como nítido processo de convivência social, cuja finalidade é a edificação de uma sociedade mais justa, solidária e livre do julgo do governante esbulhador e ilegítimo. *'A democracia, pelo contrário, é algo dinâmico, em constante aperfeiçoamento, sendo válido dizer que nunca foi plenamente alcançada'* (BASTOS, 1996, p. 146).

Para tanto, justifica Rousseau que o processo de edição de leis pelo regime democrático pode ser corrompido pelos menos por duas maneiras: a primeira pela intervenção corrupta de algum partido para perverter o curso do processo e, segundo, pela ignorância ou ausência de interesses pelas pessoas envolvidas.

Ao contrário do que a princípio se pode pensar, a democracia já recebeu crítica aguçada ao longo da história recente, inclusive com cultores de seu declínio inexorável, que ora pretendem reduzi-la a mera ideologia e ora pretendem a sua completa revisão, notadamente em tempos de crise.

Para Rousseau, apud Dent, ao contrário, a democracia por vezes não se apresenta necessariamente como a melhor forma de governo para todas as comunidades.

Aquele que faz a lei sabe, melhor do que ninguém, como deve ser ela posta em execução e interpretada. Parece, pois, que não se poderia ter uma constituição melhor do que aquela em que o poder executivo estivesse jungido ao legislativo. No entanto ... não será bom que aquele que faz as leis as execute nem que o corpo do povo desvie sua atenção dos desígnios gerais para emprestá-la aos objetivos particulares ... o abuso da lei pelo governo é mal menor do que a corrupção do legislador, consequência infalível dos desígnios particulares (1996, p. 97).

Apenas para ilustração, não se pode nunca esquecer o pensamento marxista a respeito de democracia, que nunca a tem como forma de governo, mas apenas ideologia e também as seguidas rediscussões da democracia, notadamente nos e pelos países classificados como mais evoluídos, principalmente no plano econômico, em ambiente de crises monumentais, momentos em que liberdades são reavaliadas e passa por rediscussão o próprio papel do Estado, sendo atualmente tema de muito estudo o chamado 'preço da democracia'.

Como esquecer de Guantânamo, na paradisíaca ilha comunista cubana, patrocinada pela maior democracia mundial e que trancafia milhares de pessoas sem processo, sem prazo definido para formação concreta ou formal de culpa e sem notícia de agendamento dos julgamentos.

Constitucionalistas informam que a chave constitucional do futuro reside na democracia participativa, onde o cidadão é ao mesmo tempo o povo, a soberania, a nação e o governo. Através dela, o elemento político e o jurídico se aliam numa constitucionalidade baseada nos princípios, regras e valores que tornam normativo o sistema, fazendo da constituição a estrada real que conduz à democracia participativa.

A nossa ou vigente democracia representativa, já há muito desgastada, precisa repensar-se e, para alguns, apresenta-se inclusive não mais razoável ou legítima, já que as duas casas de leis que formam o Congresso Nacional

atualmente mais desfiguram o princípio da soberania popular, ora mediante aliança promíscua com o Executivo e ora ensimesmando-se em seus procedimentos internos e discussões políticas pontuais, sazonais, efêmeras, com completo esquecimento de sua missão constitucional.

Através da democracia participativa, o povo “... *passa a ser substantivo, e o é por significar a encarnação da soberania mesma em sua essência e eficácia, em sua titularidade e exercício, em sua materialidade e conteúdo, e, acima de tudo, em sua intangibilidade e inalienabilidade; soberania da qual o povo, agora, não conhece senão o nome, a falsa representatividade, o falso testemunho, a falsa valorização*” (BONAVIDES, 2007, p. 44).

A democracia participativa então, pode ser compreendida como a participação efetiva e ilimitada do povo nos atos do governo, qual seja, de forma direta, sem que representado, basicamente através do plebiscito, do *referendum* e da iniciativa popular, institutos que formam a base teórica deste modelo, mas que já se encontram positivados no Texto Constitucional, tal como se vê do art.1º, par. único e art. 14, técnicas que ainda não foram perfeitamente recepcionadas pelo povo, ora por ignorância, ora porque a princípio de eficácia muito reduzida, ora porque utilizados mediante direcionamento nefasto e ora, finalmente, porque simplesmente negados ao povo.

Não tem a democracia participativa outra missão senão concretizar o conceito chave da soberania constitucional como a verdadeira soberania do Estado e do povo, como pedra angular da democracia. Soberania é qualidade de poder e inspira as verdades políticas, sociais e morais da sociedade livre e não daquela viciada, dependente, imatura. Sob este enfoque, a soberania é poderosa e nada obsoleta arma para a libertação dos povos de um novo tipo de re-colonização, onde não mais apenas a cor da pele define o escravo, o não-livre.

Conclui o maior constitucionalista brasileiro, que todos estes conceitos são “... *a bandeira da democracia participativa, arvorada para lograr o triunfo de sua causa e derrotar, por conseqüência, as teses dissolventes empunhadas por globalizadores e neoliberais, a fina flor do capitalismo de última dimensão. Que a luta será feroz e implacável, ninguém há de duvidar. No Brasil, a resistência se organiza.*” (BONAVIDES, 2007, p. 51).

Todavia, isto é certo, que somente se pode cogitar da implementação da democracia participativa a partir de uma nova hermenêutica,

necessária para uma nova interpretação dos direitos fundamentais das derradeiras dimensões, com irrestrito respeito à sociedade, aos direitos sociais, ao desenvolvimento e à democracia, com concretização do princípio maior inserido na Carta Magna, da dignidade da pessoa humana.

Para Lênio Streck:

Nunca é demais lembrar que o Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais. Não há democracia sem o respeito e a realização dos direitos fundamentais sociais e não há direitos fundamentais-sociais – no sentido que lhe é dado pela tradição – sem democracia. Há assim, uma co-pertença entre ambos. O contemporâneo constitucionalismo pensou nessa necessária convivência entre o regime democrático e a realização dos direitos fundamentais, previstos nas Constituições (2002, 100).

Seriam, então, quatro os princípios estruturais da democracia participativa:

I - Princípio da Dignidade da Pessoa Humana: classificado como aquele sobre o qual se funda a totalidade dos direitos do povo, das gentes. É nele em que se inspiram as constituições da liberdade e o próprio espírito da Constituição Federal de 1988, edificada para atender aos interesses do homem e não para quem governa a máquina do Estado;

II - Princípio da Soberania Popular: representa a vontade maior do povo, do cidadão e seu direcionamento às conquistas e aspirações calcadas na democracia. Encerra o princípio do governo democrático e soberano que tem como destinatário o cidadão, através de regras básicas de governo e de organização;

III - Princípio da Unidade da Constituição: para sua compreensão é preciso conteúdo hermenêutico para elucidação das cláusulas constitucionais, compreendendo tanto a unidade lógica, a partir da hierarquia de normas dentro do arcabouço de rigidez constitucional, quanto de unidade axiológica, através da apreciação padronizada de valores, se é isto possível, com vistas a concretizar os princípios insculpidos na Constituição;

IV - Princípio da Soberania Nacional: através dele se afirma de maneira imperativa e categórica a independência do Estado perante outros Estados, com ingerência no plano jurídico internacional. É o Estado unitário visto ou dirigido para fora. A soberania nacional é princípio cada dia de mais difícil implemento, dadas as regras provenientes da globalização e das normas edificadas pelo

neoliberalismo.

A respeito de soberania, vale lembrar que o conceito acima reproduzido, de conotação político-jurídico, tem sua origem datada do século XVI, momento em que soberania e Estado se apresentavam como expressões quase sinônimas.

Soberania, então, representaria concentração de poder, monopólio de força e realidade da política, qual seja, para promoção da paz e da guerra.

O conceito de soberania, então, passou por seguidas interpretações, primeiro pelos autores da idade média, Hobbes e Rousseau mais marcadamente, que a compreendiam como algo perpétuo, absoluto e indivisível e, depois, pelos autores partidários da teoria da soberania realista ou abstrata, dentre eles Marx, Mills e Schmitt, para quem deveria haver perfeita diferenciação entre a soberania derivada do monarca, do soberano, da soberania do Estado, distinguindo-se o Estado pessoa-física do Estado pessoa-jurídica.

A soberania, então, passou por debate acalorado acerca de sua extensão e perfeita percepção, inevitavelmente dentro de um contexto de judicialização, onde ou se tem soberania, e se além o soberano à letra fria da lei, ou se tem o Estado de exceção, onde se opera o desvio da regra e da normalidade para que se possa atingir a coesão política, especialmente em momento de crise institucional relevante.

A percepção da soberania depois deste processo de judicialização, resultou em seu inevitável encarceramento a conceitos jurídicos, a partir de poderes constituídos e limitados juridicamente, legalmente.

Representa ela, então, efetivo poder constituinte e desta maneira deve ser exercitada, qual seja, através do exercício da soberania na sua forma mais essencial, mais pura, que é a vontade popular, daí a expressão soberania popular.

Com o surgimento do Estado Liberal, depois Estado Democrático, os conceitos do Estado Absoluto para a função da soberania, como neutralizadora de conflito e despolitizadora da sociedade, são substituídos pela presença marcante da participação popular, da atividade política dos partidos políticos e das disputas eleitorais.

Finalmente, há que se verificar que o conceito jurídico de soberania, ou político-jurídico, deve ser avaliado sob o prisma da crise do Estado moderno, dentro de uma realidade cada vez mais pluralista das nações democráticas, com

novo caráter dado às relações internacionais, através de evidente predomínio de conceitos da ciência econômica e com interdependência entre as nações de uma maneira não antes vista, resultando num gradativo desaparecimento da plenitude do poder estatal caracterizado pela soberania.

Norberto Bobbio ensina com precisão que:

A plenitude do poder estatal se encontra em seu ocaso; trata-se de um fenômeno que não pode ser ignorado. Com isso, porém, não desaparece o poder, desaparece apenas uma determinada forma de organização do poder, que teve seu ponto de força no conceito político-jurídico de Soberania (1995, p. 1187)³.

Com efeito, de forma avassaladora, as fronteiras físicas que haviam entre os Estados e que à custa de tantas guerras foram ora mantidas e ora alteradas, foram primeiro substituídas por fronteiras ideológicas e, atualmente, pela ausência de fronteiras para os planos do comércio e da cultura, primordialmente.

A concretização destes quatro princípios somente se faz possível dentro de uma sociedade aberta, livre, consciente e com base cultural e educacional, onde os instrumentos do governo não sejam utilizados por grupos pequenos que, de rigor, se alternam no comando da coisa pública, independentemente da vontade do povo, para cumprimento de interesses nada nobres e fundamentados na força do capital, verdadeiras castas que atuam para manutenção da ordem capitalista impessoal e antiga, e não da coisa pública.

Estado Democrático, então, é aquele que deve estrita obediência e subserviência à vontade pluralista do povo, com respeito às culturas, etnias e diferenças, em constante diálogo com opiniões e pensamentos divergentes.

No Estado Democrático o povo define os pontos de partida e de chegada. Para Canotilho, é o Estado representado pelo poder político estatal legitimado pelo povo (2002, p. 231).

Entende-se por Estado de Direito, finalmente, aquele cuja missão é

³ E continua o filósofo italiano: 'A grandeza histórica deste conceito consiste em haver visado uma síntese entre poder e direito, entre ser e dever ser, síntese sempre problemática e sempre possível, cujo objetivo era o de identificar um poder supremo e absoluto, porém legal ao mesmo tempo, e o de buscar a racionalização, através do direito, deste poder último, eliminando a força da sociedade política. Estando este supremo poder de direito em via de extinção, faz-se necessário agora, mediante uma leitura atenta dos fenômenos políticos que estão ocorrendo, proceder a uma nova síntese político-jurídica capaz de racionalizar e disciplinar juridicamente as novas formas de poder, as novas 'autoridades' que estão surgindo (p. 1188).

a obediência á norma posta, á lei, seja ela qual for e a que título tenha sido entregue ao povo. Representa-se pelo Estado limitado pelo direito, assim compreendido como o seu direito interno.

O Estado de Direito foi concebido pelo modelo liberal, através de movimento que varreu a Europa há alguns poucos séculos atrás e que tinha justamente na obediência irrestrita e desmedida é lei a sua pedra angular, já que até ali reinava a vontade do governante não escolhido pelo destinatário dos rumos do Estado e que a todos impingia sua vontade para a consecução dos fins por ele eleitos como ideais.

Guilhotinas afiadas por burgueses ávidos de justiça, julgamentos céleres e dinastias seculares enterradas - no sentido literal da expressão - fizeram surgir este modelo de Estado reduzido, temeroso da ausência de limites ao exercício do poder mas que se revelou sem compromisso com a massa humana que tanto ansiava pelos tempos em que o desenvolvimento da cultura do homem e da valorização do belo e do justo fossem os reais motivos da existência do Estado.

O Estado de Direito surge, então, como evolução ao modelo até então conhecido ou vigente^{4/5}.

Não obstante calcados em premissas a princípio contraditórias, nada impede que a força avassaladora do Estado de Direito una-se indissolúvelmente à juventude e a novidade do Estado Democrático, dando início à expressão Estado Democrático de Direito, para representar o ente moral criado pelo homem, cuja missão é o desenvolvimento de todas as aspirações do detentor do poder e, ao mesmo tempo, com submissão e respeito à regra imposta pelo seu criador, qual seja, o poder do povo.

Para Canotilho:

⁴ O Estado de Direito, mais do que um conceito jurídico, é um conceito político que vem á tona no final do século XVIII, início do século XIX. Ele é fruto dos movimentos burgueses revolucionários, que àquele momento se opunham ao absolutismo, ao Estado de Polícia. Surge como idéia força de um movimento que tinha por objetivo subjugar os governantes á vontade legal, porém, não de qualquer lei (CELSO RIBEIRO BASTOS, p. 147).

⁵ O Estado de Direito, como lembramos acima, é uma criação do liberalismo. Por isso, na doutrina clássica, repousa na concepção do Direito natural, imutável e universal, daí decorre que a lei, que realiza o princípio da legalidade, essência do conceito de Estado de Direito, constituía o fulcro do Estado de Direito (JOSÉ AFONSO DA SILVA, 2009, p. 118).

A articulação das dimensões de Estado de direito e de Estado democrático no moderno Estado constitucional democrático de direito permite-nos concluir que no fundo, a proclamada tensão entre 'constitucionalistas' e 'democratas', entre Estado de Direito e democracia, é um dos 'mitos' do pensamento político moderno. Saber se o 'governo de leis' é melhor que o 'governo de homens' ou vice-versa é, pois, uma questão mal posta: o governo dos homens é sempre um governo sub leis e através de leis. É basicamente, um governo de homens segundo a lei constitucional, ela própria imperativamente informada pelos princípios jurídicos radicados na consciência jurídica geral nacional e internacional (2002, p. 231).

Longe de expressões antagônicas ou apenas conceituais, o Estado Democrático de Direito significa exatamente a qualificação do direito como democrático, de modo que ao mesmo tempo se busca a satisfação das necessidades do povo à luz da lei vigente, já que por ele mesmo elaborada e que merece obediência em atendimento aos critérios da prudência dos antigos, dos que se foram, e da história vivida e que lhe proporcionou a origem.

Definitivamente, não há democracia sem cultura do povo e para o povo, sem estudo e sem acesso a informação de qualidade. Sem cultura e a educação não se metaboliza a informação de cunho político que é divulgada atualmente com a mesma velocidade dos ventos fortes.

Avizinham-se novos tempos, tempos de nova democracia participativa, em que toda a comunidade é instada a compreender e se adequar aos moldes da lei maior do Estado, diferentemente da democracia apenas representativa, em que o povo promove a escolha dos eleitos para representá-lo e deles se desprendem espiritualmente, como se entre eles - eleitor e eleito – não houvesse mais nenhuma relação jurídica.

Veja-se a lição clássica do constitucionalista nacional maior:

O princípio representativo parte em Montesquieu do desenvolvimento que ele faz dessa idéia de que o povo, conforme demonstra a história dos atenienses e romanos, nunca deu provas de aptidão para governar sozinho e diretamente. Convocado á missão governativa, seus movimentos oscilam da pressa é lentidão, de cem mil braços que tudo põem abaixo a cem mil pés que nem sequer se deslocam com a velocidade de um inseto. São leis fundamentais da democracia, segundo Montesquieu, o sufrágio pela sorte, a publicidade do voto, a elaboração das leis exclusivamente pelo povo, ponto este que ele submeterá mais adiante á restrição do governo representativo (BONAVIDES, 2007, p. 258/9).

A democracia participativa não é concebível sem cultura e educação, sob pena de se revelar, no futuro, apenas mais um mecanismo através do qual grupos sem compromisso com os ideais do povo podem dela se valer para a

consecução dos seus desígnios ilegítimos.

1.2 CIDADANIA

Os constitucionalistas mais heterodoxos, ou clássicos, tratam da cidadania como tema típico da relação existente entre os nacionais e o exercício dos seus direitos políticos. É por esta razão que Pimenta Bueno, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Rosah Russomano, apenas para exemplo, sempre se referem a cidadão como o sujeito politicamente apto a participar ativamente das decisões da *urbe* e das discussões sobre os rumos do Estado mas sempre no ambiente do voto, qual seja, votando ou sendo votado.

Dentro desta concepção, a cidadania é adquirida como corolário do procedimento de alistamento eleitoral, atualmente muito mais uma formalidade do que propriamente um processo, já que informatizada e extremamente célere, para não dizer instantânea, a obtenção de habilitação pelo eleitor.

Finalizado o procedimento de habilitação, está o cidadão pronto a votar e ser votado, respeitadas as regras de idade mínima previstas na Constituição Federal, dentre outros requisitos e não configuradas as espécies de impedimento previstas legalmente, valendo destaque apenas para ilustração a opção do legislador constitucional de ainda classificar como DEVER o que de rigor é um dos DIREITOS do cidadão mais marcantes, qual seja, o exercício do voto, inclusive com apenamento ao eleitor desidioso, faltante, como se deixar de participar das eleições não representasse a ausência de consciência política mas um quase crime, uma infração.

Para José Afonso da Silva:

O núcleo fundamental dos direitos políticos consubstancia-se no direito eleitoral de votar e ser votado, embora não se reduza a isso, mesmo quando se toma a expressão no seu sentido mais estreito. Essa característica fundamental dos direitos políticos possibilita falar em direitos políticos ativos e direitos políticos passivos, sem que isso constitua divisão deles. São apenas modalidades do seu exercício ligadas á capacidade eleitoral ativa, consubstanciada nas condições do direito de votar, e á capacidade eleitoral passiva, que assenta na elegibilidade, atributo de quem preenche as condições do direito de ser votado. Os direitos políticos ativos (ou direito eleitoral ativo) cuidam do eleitor e sua atividade; os direitos

políticos passivos (ou direito eleitoral passivo) referem-se aos elegíveis e aos eleitos. A distinção tem alguma importância prática, porque gera direitos fundados em pressupostos peculiares' (2009, p. 346).

Mas será cidadania apenas o atributo do cidadão eleitor ? Será que representa ela apenas o passaporte ao voto ? É apenas isto ou tudo isto ?

Com a evolução constante da democracia, através da rediscussão eterna de suas premissas, apresenta-se não mais suficiente classificar alguém do povo como cidadão apenas porque tem ele direito ao voto.

Para Jurgen Habermas:

É verdade que, na linguagem dos juristas, a 'cidadania', 'citoyenneté' ou 'citizenship' teve, durante longo tempo, apenas o sentido de nacionalidade ou de pertença a um Estado; só ultimamente o conceito foi ampliado no sentido de um status de cidadão envolvendo direitos civis (2003, p. 285).

Com a valorização de bens antes relegados a discussões apenas teóricas e sua elevação ao patamar dos direitos fundamentais, tal como acontece com a qualidade da água e do ar, a valorização do patrimônio artístico e cultural, o maior respeito aos direitos das minorias ou parcelas identificadas e estratificadas da população, como idosos, consumidores, infantes e portadores de deficiências as mais variadas, passa-se a ter em mente que cidadania deve receber conceito mais elástico, mais amplo, mais atualizado.

Na Grécia antiga, era chamado idiota quem detinha mas não exercia os seus direitos políticos. A massa do povo, ávida e aspirante do exercício de direitos políticos, reservada apenas aos nobres, não se conformava ao ver que a já tão diminuta parcela da população habilitada ao voto se abstinha das votações para atendimento de interesses particulares, relegando discussões relevantes de toda a nação para um outro tempo, uma outra hora.

Atualmente, deveríamos classificar de idiota quem pode votar e se abstém do voto para atendimento de interesses particulares ou aqueles que diuturna e invariavelmente deixam de participar das discussões mais interessantes e prementes da *urbe* em que está inserido ?

Cidadania, portanto, atualmente, comporta interpretação à luz de outras disciplinas, dentre elas a sociologia, já que pressupõe a qualidade do cidadão, o atributo de cidadão, de integrante da *urbe*, independentemente da sua condição de eleitor ou de candidato a cargo eletivo, mas que deseja e efetivamente

participar das discussões dos temas mais encantadores e relevantes do seu bairro, cidade, região, estado e país.

Devem ser classificados como cidadãos, portanto, tanto o menor de 16 anos, ainda não habilitado ao voto, quanto o adolescente entre os 16 e os 18 anos de idade, ainda não obrigado ao voto, quanto o maior de 70 anos de idade, dispensado do voto obrigatório, assim como o eleitor que se abstém do voto por razões pessoais ou que teve o título de eleitor 'cassado' por qualquer das causas previstas na lei eleitoral.

É cidadão o professor incansável, o idoso saudoso, o ecologista incorrigível, o panfleteiro um tanto deslocado atualmente, o artista solitário, o servidor público aflito, independentemente de estarem eles aptos ao voto.

Não deve ser classificado como cidadão, dentro desta nova proposta, aquele que pensa e atua apenas na resolução dos seus problemas pessoais, aquele que não acompanha as atividades daquele a quem elegeu como seu representante para ocupar cargo eletivo e que em nada contribui para as grandes discussões da nação, aquele que em suas atividades rotineiras se esquece de colocar em sua agenda diária de ações o cuidado com as coisas do meio ambiente, da qualidade de vida dos seus empregados e que não se avexaria em danificar ou eliminar uma obra de interesse cultural ou histórico para edificar alguns poucos metros quadrados de outra obra sem qualidade, sem estilo e sem cor, ainda que absolutamente habilitados para o voto.

1.3 DIREITOS DA PERSONALIDADE

A expressão 'direitos da personalidade' já recebeu outras denominações, dentre elas 'direitos personalíssimos', 'direitos essenciais da pessoa', 'direitos subjetivos essenciais', mas sempre objetivando a identificação dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Poder-se-ia conceituar o instituto como aqueles ditos '*absolutos, aos quais correspondem deveres jurídicos de todos os membros da comunidade, cujo objeto está na própria pessoa do titular*' (Wald, 1995, P. 111). Têm, portanto, natureza jurídica de direito subjetivo.

Para Paulo Nader (2003), seriam aqueles direitos que decorrem da condição humana e visam proteger os atributos da pessoa, da personalidade.

Por esta razão, não se podem confundir com os chamados direitos humanos porque deles se desprendem. Os direitos da personalidade, então, constituem expressão do Direito natural, já que a-históricos e derivam da ordem natural das coisas.

Para Venosa (2003, p. 26):

[...] há direitos que afetam diretamente a personalidade, que não possuem conteúdo econômico direto e imediato. A personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos.

São chamados direitos fundamentais, por seu turno, aqueles '*direitos ou as posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição*' (JORGE MIRANDA, *apud* FACHIN, 2008, p. 208).

Há evidente comunhão de identidade, então, entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, havendo algum consenso entre os doutrinadores ao indicar como exemplos de um e de outro a vida, a integridade física e moral, privacidade, dentre outros, assim também acontecendo com relação às características de ambos.

Para Canotilho:

Muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos da personalidade. Os direitos da personalidade abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão) (2002, p. 396).

Apenas para melhor compreensão, ainda que no plano apenas semântico, pode-se dizer que os direitos fundamentais se configuram como garantias dos indivíduos contra o Estado, ou seja, projetam-se da figura do titular para e contra a figura do ente estatal e, mais, a partir de previsão constitucional expressa. Os direitos da personalidade, por outro lado, seriam aqueles típicos da pessoa humana, dispensando previsão legal expressa de qualquer ordem e que independem de embate ou confrontação com o ente estatal para sua percepção e

conseqüente exercício.

O século XIX teve como uma de suas características o individualismo jurídico, com exacerbada valorização da realização humana apenas no que tange ao aspecto material, com incremento da propriedade e demais interesses privados. É por isto que o Código Civil anterior tanta importância e ênfase dava aos contratos e à propriedade.

Repersonalizar, portanto, significa avaliar o homem não apenas como agente capaz de direitos e obrigações, mas como inserido num conjunto de atributos inerentes a condição humana.

A partir deste novo contexto, é possível apresentar características aos direitos da personalidade através de rol simples, desprovido de qualquer critério científico:

a) são absolutos, no sentido de que oponíveis contra todos e porque rigorosamente íntegros. São eles absolutos não obstante sujeitos a repartição, isto porque a proteção à vida não impede o aborto do feto para salvamento da mãe, a proteção à liberdade não impede o decreto de prisão proveniente de ordem judicial definitiva, dentre outros exemplos;

b) são intransmissíveis, já que nunca deixam a figura do titular a título gratuito ou oneroso para aderir ao patrimônio de outro;

c) são vitalícios porque acompanham o titular do nascimento a morte, extinguindo-se apenas quando da cessação (morte) da pessoa natural;

d) são imprescritíveis já que não adquiríveis mediante decurso de tempo (usucapião ou prescrição aquisitiva), podendo ser invocados a qualquer tempo;

e) são irrenunciáveis, já que não são passíveis de disposição voluntária definitiva, o que não impede a suspensão do exercício voluntário e indefinidamente através de manifestação voluntária e incondicional da vontade pelo titular;

f) são indisponíveis, eis que insuscetíveis de alienação ou oneração;

g) inexpropriáveis, porque não se prestam como garantia do cumprimento de obrigações assumidas pelo titular;

h) são pluridisciplinares, eis que sua identificação não se presta apenas para fins jurídicos ou, dentro do Direito, ao ramo do Direito Civil;

i) têm tipicidade aberta porque sujeitos a elastecimento do seu rol a

partir da evolução dos tempos e dos costumes;

j) imateriais ou extra-patrimoniais: não são suscetíveis de avaliação econômica.

Podem ser apresentados, apenas para ilustração, como direitos da personalidade descritos na Constituição Federal a vida, liberdade, integridade física e psíquica, honra, moral, identidade pessoal e a privacidade, estando englobados neste último conceito a imagem, a intimidade, a vida privada e o sigilo.

É da essência do homem, ter e guardar para si todo o seu patrimônio psíquico, assim compreendido como tudo quanto se tem em mente, as suas aspirações, conclusões, objeções, sentimentos, pensamentos, idéias, segredos, ilações, tanto a partir da observação dos fatos comuns da vida, através do chamado senso comum, quanto daquilo proveniente da ciência, do estudo formal.

É da natureza humana a sua íntima relação com seu patrimônio moral, compreendido como o conjunto de valores percebidos pelo indivíduo intimamente, a partir de sua história, seu tempo e lugar.

Subsiste divergência, ainda, sobre a oportunidade e necessidade da diferenciação, pelos juristas, da integridade física da integridade moral, sendo reconhecido, todavia, que o primeiro se presta a proteger as coisas do corpo humano e da saúde, em geral, e o segundo à estrutura psicofísica do indivíduo, isto porque o elemento imaterial ou espiritual - alma ou psique - faz parte integrante do indivíduo, discussão que, não obstante intrigante, por agora resta relegada a segundo plano sob pena de perda do foco ao tema central proposto.

Podem ser arrolados como pertencentes à integridade psíquica os elementos típicos ou intrínsecos da personalidade, compreendendo a intimidade, a liberdade e o sigilo.

A liberdade pressupõe ausência de julgo ou de submissão a terceiros, desde o nascimento até a morte. É a opção pela locomoção, a partir de critérios puramente individuais, voluntários, sem ingerência de qualquer sorte.

A intimidade, ou privacidade, pressupõe tudo quanto se pretende guardar do acesso ao público externo, desejando-se exclusividade de domínio, sem compartilhamento com o outro. O corolário deste direito personalíssimo é a previsão constitucional da inviolabilidade do lar.

São classificados como representantes da classe da integridade moral, o direito a liberdade civil política e religiosa, o direito a honra, o recato, o

segredo pessoal, doméstico e profissional, a imagem e a identidade pessoal, familiar e social.

Os direitos da personalidade devem ser compreendidos, atualmente, como protegidos pela Constituição Federal e devem receber interpretação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, para tantos o princípio dos princípios, fundamentado no art. 1º da carta política nacional.

Para Tomaszewski:

A importância dos Direitos da Personalidade, como dantes mencionado, fez com que o atual Código Civil dedicasse um capítulo específico para tratar deste tema. Assim o fez, em atividade diversa do seu antecessor, priorizando o ser humano ao invés dos bens exclusivamente patrimoniais [...] Aliás, os principais institutos do Direito Civil eram a propriedade e o contrato. Torna-se mister ressaltar que nos momentos em que o Código tratava aparentemente da pessoa, como nas questões da tutela, curatela, casamento e seus impedimentos - neste caso o livro mais ligado á pessoa - percebia-se uma preocupação marcante com a questão patrimonial (2006, p. 12/13; omissão inexistente no original)⁶

Por esta razão, preocupou-se o legislador em procurar contemplá-los também no estatuto da vida privada, com previsão legal expressa entre os arts. 11 e 21 do Código Civil de 2002, com nítida preponderância dos direitos classificados como da personalidade - vida, honra, integridade moral - em comparação com interesses ou direitos puramente patrimoniais.

1.4 PRINCÍPIOS E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TEXTO CONSTITUCIONAL

Já há muito se discute sobre um potencial abismo existente entre o Estado, como ente criado pelo homem, e o espaço na sociedade onde se concretizam as relações humanas. A partir do conceito de possibilidades, idealizado por Heidegger, de transformação da condição do que é possível em acontecimento ou realização, então é permitido informar que o homem, somente depois de muito

⁶ E prossegue o autor informando que [...] *esta é uma crítica que se pode fazer também acerca do atual conjunto de normas que cuidam da União Estável. Isso fez com que o homem, em sua essência, ficasse abstraído de sua real dimensão e aparecesse basicamente como um dos pólos da relação jurídica - credor e deve-dor, contratante e contratado e assim por diante. Mas é claro que havia muito mais do que isto para ser destacado pelo ordenamento* (omissões inexistentes no original)

indagar e, portanto, conhecer, poderá educar-se na busca do perfeito conceito de Estado Democrático de Direito.

Esta compreensão, ou interpretação, somente se mostra possível através da hermenêutica, assim compreendida como o conjunto de conhecimentos necessários para que se tenha uma visão tanto mais ampla quanto possível a respeito do objeto que se põe a conhecer, conceito que vai bastante mais além do antigo conceito de hermenêutica, antes concebida apenas como um conjunto de métodos utilizados para a interpretação, dentre eles a interpretação teleológica, gramatical, histórica, sociológica.

Com efeito, é certo que somente através da hermenêutica constitucional se pode compreender, com segurança, o que se denomina Constituição, não sem invocação de conceitos que compõem uma nova teoria de interpretação do Direito, fruto da noção pós-positivista, que busca perceber o Direito como fator fundamental na ordenação justa da sociedade.

A superação da era positivista, que tanto imperou no século XX, parecia inevitável, já que os ideais deste movimento que tanto influenciou nas codificações mais famosas do mundo ocidental (Itália, Brasil, Alemanha), passaram a se mostrar não mais suficientes para auxiliar na busca da interpretação de um novo Direito e mesmo para a resolução dos novos problemas, isto considerando-se o Direito como concebido após a superação de modelos estatais conhecidos e já tão decantados: o absolutista, o liberal e o social.

Hans Kelsen, principal nome mundial na sistematização do Direito como teoria pura, muito lutou para tornar o Direito verdadeira ciência, com as mesmas características das ciências exatas e através da perfeita distinção entre juízos de fato e juízos de valor.

Veja-se o pensamento do filósofo italiano Bobbio:

O positivismo nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato (1995, p. 135)

Pregava Kelsen a organização das normas através de sistema hierarquizado, fechado, com relativização (depois verdadeiro desprezo) de sua carga

axiológica e não disponível para recepção de carga interpretativa nova, de modo que sempre haveria uma norma para dar validade a outra norma, indefinidamente, sistematização que resultou em inevitável afastamento da importância dos princípios.

Como já notamos, a norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é, em face desta, uma norma superior. Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação da causa de um determinado efeito, perder-se no interminável. Tem que terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada (HANS KELSEN, 1979, p. 109).

A valorização excessiva da norma posta, o sub-dimensionamento dos valores da sociedade para motivar a edição da norma, a relativização da função jurisdicional como criadora de direito e mesmo como intérprete final da norma, dentre outras, são características de um movimento que, se bem nascido, porque seu objetivo era limitar o poder dos dominantes e apresentar alguma certeza jurídica, posteriormente revelou-se descompassado com as evoluções e os anseios da sociedade, mostrando-se muito mais um sistema vedado à modernidade e enclausurado em seus dogmas.

Surge, então, o movimento denominado de 'Pós-positivismo', com vistas a fazer exercitar o tão almejado Estado Democrático de Direito a partir de uma nova hermenêutica, com fundamento em premissas de interpretação calcadas na axiologia, na racionalidade, na valorização das questões humanas mais relevantes e atuais e com retomada da retórica, da lógica razoável e dos valores éticos.

O pós-positivismo surge então calcado fundamentalmente no resgate da carga axiológica do fato que dá razão à norma e nos princípios de Direito, procurando conferir a eles nova definição.

Para Alexy

.Es fácil reconocer que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre si em um doble sentido: por uma parte, de la misma manera que puede hablarse de una colision de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por outra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente em la realización gradual de los valores (2002, p. 138).

A partir desta percepção, deixa-se de lado a norma como valor absoluto e único e, ao mesmo tempo, também os conceitos quiçá vagos do naturalismo que, não obstante calcado em valores fundamentais, deixava margem de atuação do governante por demais elástica, verdadeira alameda disponível ao despotismo e ao absolutismo.

Não é sem razão que já se disse que ninguém sabe exatamente nada de seguro sobre o chamado Direito natural, mas todos sentem com segurança que ele de fato existe.

Para Margarida Maria Lacombe Camargo:

O pós-positivismo, como movimento de reação ao modelo kelseniano de negação de valores, abre-se a duas vertentes. Uma delas, que segue a linha de Dworkin e Alexy, busca recuperar a força normativa dos princípios de direito, com todo seu potencial valorativo (2001, p. 141).

A instituição deste novo modelo - o pós-positivismo -, com efeito, faz nascer entre os doutrinadores uma nova apreciação dos princípios, porém sempre a partir de um ponto de partida inevitável e comum, qual seja, o de que o princípio tem força normativa, tem cogência.

É esta nova percepção que afasta o temor, fundamentado diga-se, dos positivistas com relação à carga axiológica imprecisa dos princípios. O medo que se tinha no início do século XX, alaistrado depois das duas grandes guerras, era justamente a utilização da imprecisão dos princípios para consecução, pelo príncipe, de seus ideais nada nobres, violentos, separados dos ideais da nação.

Veja-se, apenas para ilustração, que a Alemanha chancelou o nazismo sem necessidade de instituição de Estado de Exceção ou através da publicação de éditos ditatoriais, mas apenas com base na interpretação da regra posta pelas cortes superiores.

Volta-se agora a carga sobre o princípio como regra, dotado de cogência.

Como se sabe, Dworkin e Alexy são reconhecidamente cultores da teoria pós-positivista⁷.

⁷ Essa idéia de um pós-positivismo está conectada com uma nova visão que vem sendo elaborado com o apoio da Filosofia do Direito, da Teoria do Direito, da Teoria do Direito Constitucional e que, no âmbito desta última, passa a configurar o novo constitucionalismo. A fusão de horizontes entre tais perspectivas vem produzindo uma teoria jurídica adequada a trabalhar com princípios e regras no Estado Democrático de Direito em construção. Este paradigma estatal sucede e pretende

O norte-americano Dworkin traça paralelo entre os princípios e as regras a partir de uma natureza lógica. A utilização da norma permite ao intérprete avaliar o litígio no plano do tudo-ou-nada, de modo que ao caso concreto ou a norma pode ou não pode ser invocada.

Utiliza, para tanto, exemplo extraído dos esportes, mais precisamente do beisebol, onde depois do terceiro erro o bateador é desclassificado e não há regra que o faça permanecer ou que lhe seja oferecida outra oportunidade.

Já o princípio, para o autor, representa a liberdade do intérprete de apreciar o caso posto a partir de carga axiológica que evidentemente não existe nas normas, a partir de uma dimensão de peso ou importância que não se encontra na norma, razão pela qual somente através deles (princípios) se pode apreciar e julgar questões onde se encontram envolvidos valores ou expressões como 'razoável', 'negligente', 'injusto' ou 'significativo'.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão ... Um princípio ... ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas (ainda assim) necessita uma decisão particular (DWORKIN, 2002, p. 39/40, omissão inexistente no original).

Nosso constitucionalista maior aponta vários doutrinadores como responsáveis por compilar as várias diferenças entre as normas e os princípios e aponta Dworkin como quem capitanearia o movimento pós-positivista, trazendo abaixo as noções positivistas e naturalistas, *'para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios'*⁸.

Faz, igualmente, menção a Alexy e a juristas espanhóis e italianos como precursores, sem se esquecer de Boulanger, a quem classifica como o primeiro a conferir normatividade aos princípios além de apontar, dentro do direito constitucional brasileiro, o jurista Eros Grau como quem proclamou com segurança a força normativa dos princípios, tal como fizeram os europeus⁹.

superar paradigmas estatais anteriores (absolutista, liberal, social, socialista) (GOMES, 2008, p. 142).

⁸ BONAVIDES, 2002, p. 265.

⁹ É dele a assertiva: 'Pois bem, quanto aos princípios positivos do Direito, evidentemente reproduzem

Assim, o pós-positivismo busca alterar a agenda de problemas relevantes. Pelo positivismo, a resposta a um problema, ou caso difícil, era buscada sempre nas convenções do passado e na própria norma, sempre.

Se o problema, todavia, não encontrava solução na norma positivada, encontra-se o intérprete em terreno desconhecido ao passo que, a partir do pós-positivismo, tem o intérprete perfeita noção de que as fontes do Direito não oferecem resposta a muitos problemas e, algumas vezes, é preciso elaborar um contraponto entre normas prescritivas e descritivas, além de ir a outras fontes do conhecimento, dentre elas a jurisprudência valorativa, a filosofia moral e política e outras disciplinas como instrumentos para resolver problemas.

Margarida Maria Lacombe Camargo¹⁰, informa que com o início do século XX houve um despertar para o questionamento da real contribuição da dogmática jurídica tradicional para a sociedade, destinatária final ou principal do Direito, apontando Chaim Perelman como o autor que busca a força lógico-legitimante da decisão judicial.

Assim, é possível concluir que o cerne do movimento pós-positivista é a valorização dos princípios e a conferência a eles da força da normatividade, qual seja, a capacidade de invocação para resolver problemas concretos quando do exercício do direito subjetivo de ação, uma vez que sua edição (ou elaboração) decorre de um anseio de um sistema e não apenas de uma norma posta, o que de um lado inviabiliza o seu mau uso, ainda que transitório, por governantes não afinados com as coisas próprias do Estado Democrático de Direito e, por outro lado, não deixa a posição do intérprete (ou consumidor) do Direito desprotegida, ou sem segurança, tal como se daria com a vigência apenas da norma natural.

Rudolfo Luis Vigo¹¹, informa que '*os problemas se avolumam e as tentativas de solucioná-los se diversificam*'.

Através da interpretação jurídica, coloca-se em pauta a estrutura e validade das diferentes fontes do Direito e do próprio ordenamento jurídico, de modo que seu estudo não se dá apenas através do Direito Civil, como ramo, mas à

a estrutura peculiar das normas jurídicas. Quem o contestasse, forçosamente teria de admitir, tomando-se a Constituição, que nela divisa enunciados que não são normas jurídicas. Assim, p. ex., quem o fizesse haveria de admitir que o art. 5º., caput, da Constituição de 1988 não enuncia norma jurídica ao afirmar que 'todos são iguais perante a lei [...]'. (p. 293).

¹⁰ 'Hermenêutica e Interpretação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito', Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

¹¹ 2005, p. 46.

filosofia jurídica e à teoria geral do Direito.

Há uma diferenciação nítida entre a vontade do legislador (*voluntas legislatoris*) e a vontade da lei positiva (*voluntas legis*) para a tentativa de se encontrar um sentido para a norma posta, como se o texto publicado pudesse ser interpretado sozinho, independentemente das necessidades e história do homem.

A interpretação da lei, então, demandaria esforço metódico em nível prudencial, para se apurar a sua finalidade e determinar a sua natureza de 'alguém'.

Estaríamos a viver, talvez, uma crise de hermenêutica, muito provavelmente proveniente de uma crise mais identificada com a do Poder Judiciário ou do próprio Estado, fruto de um processo de globalização perpetrado pelos presidentes civis mais recentes, que não conseguiram implementar a reforma constitucional (ou reformas) e permitiram uma nítida fragilização do Estado.

Esta crise se incrementaria, igualmente, pela incapacidade histórica da dogmática jurídica de lidar com a realidade social, de modo que se apresenta muito mais útil o enfrentamento da crise através da hermenêutica fundada na filosofia da linguagem, estabelecendo-se uma relação próxima entre o texto da norma e os fatos sociais, através das relações do operador do direito com a norma e os fatos sociais, qual seja, sujeito-sujeito.

Disto resulta em inevitável crise do Poder Judiciário, que não consegue interpretar e aplicar a norma porque não compreende as estruturas socioeconômicas em que os problemas são travados.

Eros Grau, quando lança nota de apresentação à obra 'Hermenêutica Jurídica', de Lenio Luiz Streck, destaca que:

Em segundo lugar, cumpre observar que a fragilização do Poder Judiciário atende a interesses bem marcados dos Executivos fortes, que se nutrem de projetos desdobrados de uma nítida transposição, hoje, dos quadros do privado para os do público, do individualismo possessivo. Penso podermos afirmar que, se de um lado o capitalismo já não padece do temor da contestação social, os executivos não têm pejo de violar as Constituições e de violentar as exigências de harmonia entre os Poderes. A América Latina tem sido profusa e generosa em exemplos ... O desconforto provocado por essa crise coloca os estudiosos do Direito sob o desafio do descobrimento de caminhos que conduzem à produção de justiça material, no mínimo a uma eticização do Direito (2004, p. 15/16)

Fala-se sobre crise do Poder Judiciário quando se vem à mente a estrutura defasada das varas e comarcas e no atraso na prestação da tutela jurisdicional através da prolação das decisões (ou sentenças), invariavelmente

quando a imprensa noticia mais destes casos rumorosos que a todos tanto choca.

Todavia, certamente a crise do distanciamento do julgador da sua efetiva missão de julgar para construção do Estado Democrático de Direito decisivamente não é objeto do estudo merecido e da atenção de todos, tanto do consumidor deste serviço essencial (o povo) quanto da opinião pública e da imprensa.

1.4.1 O Acesso ao Direito Fundamental da Educação como Direito Fundamental á Dignidade do Homem

Dá-se o nome de educação, para o jurista, o sistema formal representado por um conjunto de normas que se destinam a regulamentar a relação de ensino, ou de aprendizagem, com relação ao seu aspecto estrutural.

Para Goldschmidt:

[...] a educação, como norma, é concebida como o sistema de regras que regem a relação de ensino-aprendizagem, na sua estrutura e no seu desenvolvimento (2005, p. 43).

Mas educação é mais que isto, ou não apenas isto.

É constituída ela tanto dos processos de aprendizado quanto de ensino. É, então, verdadeiro fenômeno observado em todas as sociedades e grupos humanos, em qualquer lugar e em qualquer tempo.

É através da educação que se consegue a socialização e se aprende a passar às gerações futuras a cultura de um povo, de modo que toda conduta ou todo procedimento dedicado a este fim passa a integrar o chamado processo educativo.

Requer, para tanto, humildade e esforço hercúleo, já que precisa o estudioso, o educando, dedicar-se á escrita, á leitura, ao verbo, aos rigores e á formalidade da língua para atingir o resultado maravilhoso que o fim deste processo franqueia ao vencedor, o prazer que só a compreensão de um bom texto permite.

Através da educação portas são abertas para não mais serem cerradas. Através da educação a cor cinza da ignorância e do isolamento são

substituídas por todas as cores que a imaginação humana dentro de sua finitude pode perceber.

Veja-se para ilustração comentário apresentado pelo maior educador brasileiro de todos os tempos, em publicação denominada 'Carta de Paulo Freire aos Professores':

A compreensão do que se está lendo, estudando, não estala assim, de repente, como se fosse um milagre. A compreensão é trabalhada, é forjada, por quem lê, por quem estuda que, sendo sujeito dela, se deve instrumentar para melhor fazê-la. Por isso mesmo, *ler, estudar*, é um trabalho paciente, desafiador, persistente. Não é tarefa para gente demasiado apressada ou pouco humilde que, em lugar de assumir suas deficiências, as transfere para o autor ou autora do livro, considerado como impossível de ser estudado (fragmento retirado da obra '*Professora sim, tia não. Cartas a quem ousa ensinar*' (Editora Olho D'Água, 10ª ed., p. 27-8).

Denomina-se educação formal aquela exercitada ou promovida na escola, que portanto se estende da tenra idade, na chamada pré-escola, bercários, maternais ou jardim de infância até a educação científica, praticada nas universidades a partir da utilização de recursos técnicos e tecnológicos, com instrumentos e ferramentas típicas de dada comunidade.

Para Gomes:

Somente o processo educacional pode possibilitar o mais amplo desabrochar e a mais larga atuação das faculdades físicas e psíquicas (sensoriais, volitivas, espirituais) de cada indivíduo, somente ela é capaz de trazer-lhe o autoconhecimento, bem como o conhecimento do entorno em que vive e das demais pessoas com quem convive. É pelo processo educacional que o indivíduo percebe-se com alguém inacabado, alguém que pode viver durante toda sua existência o empolgante processo vital que Carl Rogers denominou tornar-se pessoa (2005, p. 89).

Para o presente texto, interessa o estudo da educação como direito, isto porque não há espaço (e nem competência do autor) para compreender a Educação como ciência, como ramo do conhecimento.

Educação, portanto, para o jurista, representa o direito protegido pelo Estado e contemplado constitucionalmente, disponibilizado a todo cidadão para receber conhecimento formal com o objetivo de se preparar para a vida em comunidade, tanto no ambiente social em que se encontra inserido quanto para sua relação com o Estado, objetivando retirá-lo do ambiente da obscuridade e da ignorância.

O homem busca sempre dignidade, que pode ser compreendida como o sentimento ou sensação proveniente de ensinamento cristão construído ao longo dos séculos e de tão arraigado á identidade humana, não se cogita mais de sua ausência ou desprezo. E, definitivamente, o caminho para a dignidade é extremamente dificultado, para não dizer impossível, sem educação.

Dignidade é a condição ou atributo do homem que desenvolve condutas típicas do homem. É digno o homem que se apresenta e objetiva as realizações do homem. Tem dignidade aquele que pensa e age na busca da consecução deste plano. Simples assim.

Tem dignidade o homem que se locomove sozinho, que pensa, reage, sonha, age e tem as aspirações típicas do homem, a partir de iniciativa, sem imposição, sem intermediação do Estado ou de alguém do povo. Só tem dignidade o homem em pé, em todos os sentidos que a expressão pode representar.

De tão indissociável á condição humana, foi a dignidade da pessoa elevada à categoria de fundamento do Estado Democrático de Direito, tal como inserido no art. 1º, inciso III da Carta Magna nacional.

Trata-se, então, de princípio constitucional, para alguns chamado princípio dos princípios, justamente porque protege a condição humana, já que vivemos em uma sociedade onde a vontade e os anseios do homem ainda regem as coisas do Estado e onde o Estado, exatamente por isto, tem por missão única patrocinar e desenvolver políticas para a consecução da felicidade dos seus.

Para Canotilho:

O que é ou que sentido tem uma República baseada na dignidade da pessoa humana? A resposta deve tomar em consideração o principio material subjacente á idéia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da dignitas-hominis (Pico della Mirandola) ou seja, do individuo conformados de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (plastest et fíctor) (2002, p. 225)

O art. 205 da Constituição Federal, de forma clara e expressa, classificou o acesso á educação ao mesmo tempo como direito de todo o cidadão e dever do Estado e da família, mediante colaboração da sociedade.

Informa o mesmo diploma legal que se trata de direito fundamental destinado ao pleno desenvolvimento da pessoa e como requisito essencial de preparo para o exercício da cidadania, apelidando-o sob a rubrica de direito social e

reproduzindo o pensamento externado no Artigo XXVI da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n. 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, que agora recentemente comemorou 60 anos de edição.

Para o constitucionalista Paulo Bonavides, o direito à educação foi elevado à categoria de direito social, apelidado como de segunda geração e, portanto, com aplicabilidade imediata, não obstante previsto a partir de regra nitidamente programática, mesma esteira de pensamento pela qual transita Zulmar Fachin¹², para quem se trata de direito fundamental e que, portanto, deve ser implementado pelos agentes públicos, sob pena de omissão¹³

Os direitos de segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social ... De juridicidade questionada neta fase, foram eles remetidos á chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação' (2007, p. 121).

Depois da definição do direito material, prossegue o Texto Constitucional a apresentar no art. 206 os princípios sobre os quais deve ser ministrado o ensino, com destaque, apenas por agora, já que do interesse direto do presente estudo, o princípio do pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, a partir da coexistência de instituições públicas e privadas.

Com efeito, apresenta o texto constitucional como garantia do cidadão o acesso aos níveis mais elevados de ensino, pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um (art. 208, V) e finaliza o espaço de previsão deste relevante direito atribuindo à iniciativa privada a oportunidade de oferecer ensino, desde que a partir das premissas ditadas no art. 209, quais sejam, o

¹² Curso de Direito Constitucional. 3.ed. São Paulo: Método, 2008.

¹³ Regina Maria Fonseca Muniz, apud Gomes, informa que [...] *a educação é um processo contínuo de informação e de formação física e psíquica do ser humano para uma existência e coexistência: o individual que, ao mesmo tempo, é social* (2005, p. 90).

cumprimento das normas gerais da educação nacional e a autorização e avaliação da qualidade pelo Poder Público.

A preocupação do legislador constituinte originário do final da década de oitenta, portanto, deixa em segundo plano o ambiente estrito do apenas oferecer do ensino como direito e passa a fazê-lo a partir da premissa do reconhecimento de que esta missão se apresenta impossível sem a participação da iniciativa privada e de toda a sociedade, desde os primeiros degraus do chamado ensino fundamental até a produção científica e os programas de extensão, realizáveis, por definição, apenas por meio das universidades.

A realidade atual, então, de visível proliferação de cursos superiores patrocinados pela iniciativa privada não revela apenas preocupação mercadológica ou modismo senão cumprimento de regra estabelecida na carta constitucional.

O abuso desta prerrogativa, pela iniciativa privada, deve ser reprimido com veemência pelo Poder Público, como já informado, já que indicado pelo texto constitucional como o autorizador e avaliador da qualidade do ensino prestado por estas instituições.

1.4.2 Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade

As expressões razoabilidade e proporcionalidade não derivam de construção ou criação de juristas, senão típicas da rica língua portuguesa e que se prestam a adjetivar a tudo e a todos, indistintamente, dentro dos mais variados ramos da vida humana e da natureza. Não pode (ou não poderia) o jurista, portanto, emprestar-lhes extensão ou importância diferente daquelas que já as tipificam, sob pena de subversão.

Proporcionalidade, então, pode ser compreendida como a qualidade do proporcional que, por seu turno, é substantivo que significa a relação entre coisas, a dimensão ou igualdade entre duas razões. Razoável, por outro lado, é adjetivo utilizado para designar a razão, a moderação, o satisfatório¹⁴.

Partindo desta breve compreensão, é possível concluir que os

¹⁴ BUENO, Francisco da Silveira. Minidicionário da língua portuguesa. São Paulo: FTD, 1996.

princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nada mais fazem senão significar o contexto gramatical, quase literal, que suas expressões empregam.

O princípio da proporcionalidade, assim, pode ser percebido como a norma abstrata que se fundamenta no ideal de harmonia entre direitos aparentemente conflitantes, através do qual procura o intérprete a avaliação do justo, do ideal, do preponderante, sempre sob a concepção da ponderação.

A ponderação norteando a construção lógica da decisão judicial fundamentada é que dá vida ao princípio da proporcionalidade.

Veja-se a lapidar lição de Alexy, quando discorre sobre os princípios como mandamentos de otimização das possibilidades jurídicas e fáticas:

Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación (2002, p. 112)¹⁵.

Para o gaúcho Goldschmidt:

Estabelecidas estas noções jurídicas sobre 'princípio', passa-se á abordagem do 'princípio da proporcionalidade' propriamente dito, que se fundamenta, num sentido amplo, nas idéias da harmonia, do equilíbrio e da justa medida entre dois ou mais direitos conflitantes. Nesse sentido, a proporcionalidade aqui tratada reside na harmonia ou no equilíbrio entre dois ou mais direitos conflitantes, nesses considerados as dimensões fática, axiológica e jurídica' (2003, p. 21).

Trata-se de princípio utilizado para resolver questão controvertida, clara, posta, para dirimir conflito aparente entre normas, entre normas e princípios e

¹⁵ E prossegue Alexy: 'De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas. Para mostrar cómo la máxima de la necesidad se infiere del carácter de principio, habrá de considerarse qué la constelación más simple de un examen de necesidad. El hecho de que la máxima de la necesidad presente dificultades en constelaciones más complejas no dice nada acerca de su deducibilidad del carácter de principio; tan solo pone de manifiesto sus límites (2002, p. 113).

entre princípios, prestando-se como mecanismo disponível ao intérprete que demanda fundamentação clara, jurídica e faticamente mas com nítida preponderância da valoração do bem jurídico que se procura proteger, razão pela qual é para alguns denominado de meta-princípio ou princípio dos princípios.

A partir da lição de Guerra Filho¹⁶, o princípio da proporcionalidade pode ser compreendido como um mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental em situação de conflito com um ou mais princípios, dentro de um contexto jurídico e fático possível, traduzindo um conteúdo que se reparte em três princípios parciais: a exigibilidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito.

Para Fachin:

O princípio da proporcionalidade tem por escopo solucionar colisão de direitos fundamentais. Quando dois direitos fundamentais (exemplo: privacidade e publicidade) estiverem em colisão entre si, de modo que não for possível proteger a ambos, um deverá ser sacrificado. Deve-se fazer um sopesamento, colocando frente a frente os bens colidentes, e escolher qual dos dois, diante do caso concreto, será sacrificado e qual deverá ser preservado (2008, p. 138).

O princípio da razoabilidade possui semelhança por demais visível com o princípio da proporcionalidade, até porque derivam, ambos, de conceitos amplos e que se equivalem, circunstância que fez com que parte da doutrina os considerasse inclusive sinônimos ou aquele (razoabilidade) como expressão deste (proporcionalidade), fungibilidade que para o intérprete certamente em nada prejudicaria na qualidade do julgamento do juízo (ou direito) que lhe é dado avaliar.

O fato é que porque calcados em bases amplas, até vagas, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, como de resto todos os demais princípios, comportam invocação a partir de percepções diferentes ao longo do tempo, em diferentes momentos históricos.

Através da perfeita invocação do princípio da proporcionalidade, apenas para exemplo e dentro do objeto do tema em estudo, poder-se-á aquilatar e distribuir valor entre o direito do cursista universitário à colação de grau em situação de inadimplência e a prerrogativa da instituição de ensino superior privado de negar colação de grau a quem desrespeitou as condições estabelecidas previamente no contrato.

Trata-se de tema por demais tormentoso e que pode, dependendo do momento histórico e do elemento geográfico, receber avaliação diferenciada.

Veja-se, para tanto, que o intérprete poderia conferir avaliação na última década do século passado de forma consideravelmente diferente de como procederia hoje, onde o cenário acena para um nítido aumento no número de instituições privadas de ensino, muitas vezes geograficamente muito próximas, com apresentação de uma gama de incentivos oficiais jamais vista para ingresso no curso superior e a permanência do aluno nos bancos escolares.

Para invocar o princípio da proporcionalidade, deve o julgador munido do propósito de construtor da democracia, avaliar o direito efetivamente violado e que, se não reparado, pode arranhar a edificação do estado democrático de direito a partir de critério de dimensão, de medida, de proporção.

1.4.3 Princípio da Indeclinabilidade ou Inafastabilidade da Jurisdição

O princípio da indeclinabilidade da jurisdição está expressamente previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal e se apresenta como corolário dos princípios do acesso à justiça e da própria ação¹⁷, além da previsão específica no art. 126 do Código de Processo Civil¹⁸.

Representa ele norma de objetivação do acesso à justiça porque autoriza a provocação do estado-juiz para dirimir qualquer controvérsia entre os cidadãos e entre eles e o Estado, ao mesmo tempo em que obriga a todos os órgãos de Poder Judiciário a recepcionar o pedido formulado pelo autor e a ele oferecer resposta específica, direito este inevitavelmente representado pela ação.

Para o processualista Ernane Fidelis dos Santos:

A jurisdição também é indeclinável (CPC, art. 126), ou seja, o juiz, em nenhuma hipótese, dentro dos limites de competência que a lei lhe traça, pode transferir função para outros, nem negar o exercício da jurisdição, quando devidamente provocado (1985, p. 12)

¹⁶ 1997, p. 245.

¹⁷ Art. 5º -

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁸ Art. 126 - O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito;

Ao menos duas limitações existem ao seu exercício, limitação que de resto ocorre invariavelmente com todos os princípios, inclusive os que regulamentam direitos fundamentais¹⁹.

A primeira delas dá conta que o órgão do poder judiciário indicado pelas regras de competência previstas na Constituição Federal somente deixará de apreciar e decidir a lide posta se incidentes as hipóteses do art. 134 e 135 do CPC²⁰, especificamente através da invocação das causas de impedimento ou suspeição, oportunidade em que o magistrado deixa a lide a partir de decisão fundamentada e outro passa a presidi-la.

Tratam-se, portanto, de motivações que resultam na exclusão pessoal do magistrado jungido da competência original para apreciação do feito, em atendimento ao princípio do juiz natural e que, portanto, não impede o acesso ao judiciário, já que outro componente do poder judiciário será indicado, também ele, a partir das regras de competência, para presidir a demanda até o termo final.

A segunda causa se dá pela detecção, pelo magistrado da causa, de defeitos intransponíveis ao recebimento, processamento ou julgamento da demanda, isto para as hipóteses de ausência ou defeito irremediável nos pressupostos

¹⁹ Para J. J. Calmon de Passos [...] a conclusão a que chego é a de que o magistrado, numa democracia, nem é o seus que alguns ingenuamente pensam que são, nem monarcas soberbos ou semideuses que olham de cima para baixo, com desprezo ou piedade, o restante dos mortais. Nem os senhores absolutos, que muitos desejam ser, mas um servidor indispensável e qualificado a quem se defere a delicada, difícil e desafiadora função de garantir um máximo de segurança para os integrantes do grupo social no avaliarem as consequências dos conflitos em que se envolverem, buscando sempre e incansavelmente lograr o máximo de coerência entre as expectativas que o direito positivo colocou para os que interagem na sociedade e as soluções que lhe darão, quando fracassarem as instituições sociais nessa tarefa (artigo publicado na obra Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais, coordenação por José Miguel Garcia Medina. São Paulo: RT, 2008. p. 222).

²⁰ Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I - de que for parte; II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha; III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão; IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau; V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa. Parágrafo único. No caso do nº IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz. Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes; II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau; III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes; IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio; V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes. Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

processuais de qualquer das condições da ação, a saber, interesse de agir, legitimidade das partes ou possibilidade jurídica do pedido, exatamente como previsto no art. 267, VI do CPC²¹.

Trata-se, também aqui, de defeito de natureza técnica e que impede o bom transcurso da lide, mas que a rigor também não impede o interessado de buscar a tutela jurisdicional invocada.

Muito ainda se discute sobre mecanismos de vedação de acesso ao judiciário, quer pela instituição da cláusula de arbitragem para resolução de eventual controvérsia - principalmente para contratos internacionais -, ora obrigando-se o interessado a vencer a fase administrativa como requisito prévio para ajuizamento de ação e ora, finalmente, através da imposição de penalidade ao interessado que busca o judiciário antes de pronunciamento definitivo do organismo a que pertence funcionalmente, o que ocorre, apenas para exemplo, pela legislação esportiva que prevê penalidade para as agremiações que buscam primeiro a tutela jurisdicional antes de vencida a fase dos recursos administrativos.

Trata-se de mecanismos legítimos, cada um a partir de suas peculiaridades, já que objetivam num primeiro momento a valorização da instituição ou organismo a que pertencem os envolvidos na contenda e, num segundo momento, para se evitar demora demasiada para julgamento de causas que demandariam resolução mais célere e, a princípio, a partir de especialização que por vezes não encontra eco dentre os membros do Poder Judiciário.

Relativamente aos contratos de prestação de ensino privado, apresenta-se absolutamente nula qualquer disposição contratual que impeça ou inviabilize o contratante de buscar a tutela jurisdicional para dirimir controvérsia oriunda do contrato celebrado, exatamente como se vê do art. 6º, incisos V, VI e VII da Lei n. 8078/90 (CDC)²², tanto de forma expressa quanto de forma sub-reptícia,

²¹ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: I - quando o juiz indeferir a petição inicial ... IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo ... VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual (omissões inexistentes no original).

²² Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:
V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos
VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica,

como nas cláusulas de eleição de foro para comarca absolutamente distante do local da contratação ou do local da prestação do serviço de ensino.

Desta forma, uma vez invocado através do exercício do direito de ação, compreendido como o direito subjetivo de que dispõe o cidadão de buscar a tutela jurisdicional, a pretensão ao autor será objeto de avaliação específica, dentro dos limites impostos pela lide resistida.

1.5 CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PELA FUNÇÃO JURISDICIONAL

Não se sabe, e muito provavelmente nunca se saberá, como se deu ou em que momento exato da história a figura do Estado foi concebida. Este ente moral, hoje gigantesco, intrometido, lento mas ainda instigante, criado pelo homem para servi-lo e desempenhar funções que sozinhos não poderiam realizar, não tem na linha reta da história o marco inicial de sua existência.

Várias razões podem ser apontadas para que esta conclusão simplória possa ser elaborada. Diferentes níveis de desenvolvimento social e político e percepções diferentes por povos diferenciados podem ser indicados como relevantes na busca deste marco inicial da história do Estado, que certamente teve seu ensaio mais concreto nas grandes cidades-estado de pouco antes e pouco depois do nascimento de Cristo.

Veneza contratava seus primeiros servidores públicos, os lixeiros para suas passarelas românticas e seus canais inspiradores, ao mesmo tempo em que os andinos ainda contemplavam os encantos, derradeiros, é certo, de sua civilização inca, gigantesca e rica.

Leonardo da Vinci retocava os esboços da Gioconda quando no Brasil índios vagavam ainda nus pelas imensas terras verdes onde, ainda que sem se plantasse, tudo se tinha.

A Europa procurava entender os rumos do mundo para o décimo quinto século quando nas areias escaldantes das arábias, tendas e tapetes representavam uma tribo inteira, com todos os seus costumes, suas tradições, seu

poder, seu passado, sua força e riqueza.

Mas aonde havia Estado ? Como se caracterizava o Estado ? As nações Inca, Asteca e Maia podem ser comparadas ao Estado Italiano sob o ponto de vista de civilização, de Estado ?

Impressões mais precisas de lado, inevitavelmente, certo é que há Estado sempre que a concepção clássica dos gregos for empregada de forma objetiva e evidente, ou seja, há Estado onde se pode perceber a partição de suas funções e a atuação incisiva e direta de seus agentes, valendo a lição de BASTOS:

Segundo uma tradição muito antiga, são três as funções estatais: legislativa, executiva e judiciária. Segundo muitos autores, Aristóteles teria sido o primeiro a isolar, no funcionamento do complexo estatal, três tipos de atos: deliberações sobre os assuntos do interesse comum, a organização de cargos e magistraturas e atos judiciais. O valor da descoberta aristotélica é muito relativo. Em nada influenciou a vida política durante, no mínimo, o milênio que se seguiu à sua vida. Durante este imenso lapso histórico, dominou sem contestação a vontade do monarca que reunia em si mesmo as três funções estatais, embora, por razões de ordem prática, estas pudessem vir a ser delegadas a prepostos. Segundo o seu arbítrio. A teoria apenas voltou a aflorar nos séculos XVII e XVIII, cabendo a Montesquieu sua formulação acabada e perfeita juridicamente²³.

Muito já se disse e se criticou sobre a teoria tripartite das funções do Estado, idealizada pelos gregos e apenas sistematizada por Montesquieu, especialmente porque representaria ela o ideal do estado liberal. Todavia, ainda não se concebeu, ao menos para os povos ditos ocidentalizados, um modelo diferente e que se mostrasse mais eficaz.

É possível identificar e dividir as funções estatais típicas em três: a função de elaborar a lei, a partir da concretização da vontade popular, a administração da máquina estatal, com atribuição de direcionamento dos rumos políticos deste organismo tanto interna quanto externamente e, por último, a função de dirimir o conflito jurídico representado pela lide resistida, dentro do caso concreto. À primeira deu-se o nome de função legislativa, à segunda o apelido de função administrativa e à terceira, o nome de função jurisdicional.

Estas funções, imprecisamente também denominadas poderes, são dotadas de atribuições típicas e atípicas. Típicas são chamadas aquelas que lhe são únicas e peculiares. Ao legislador é dato legislar, ao administrador administrar e ao julgador, julgar. Simples assim.

Todavia, para coroar de êxito a independência que deve entre estas funções imperar, prerrogativa inclusive prevista na constituição brasileira, tal como se vê do art. 2^o²⁴, são às funções clássicas somadas atribuições atípicas, ditas assim justamente porque mais se assemelhavam às funções de suas co-irmãs.

Desta forma, o legislador julga (o agente de poder politicamente, através de processo próprio), o julgador administra (quando contrata os ocupantes dos seus cargos ou manipula seu orçamento), o administrador legisla, quando assim amparado por lei tanto para atendimento de seus diretos interesses quanto para os cidadãos em geral, como o faz, apenas para exemplo, ao editar medidas provisórias, de forte impacto popular, artifício aliás utilizado em profusão pelos governos brasileiros recentes e para regulamentar temas os mais variados, inclusive fundamentais para a vida civil dos cidadãos.

Para Bonavides:

Os três poderes são o legislativo, o executivo e o judiciário, ou, na linguagem de Montesquieu, o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes (executivo) e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil (judiciário). Ao poder legislativo compete elaborar as leis, corrigir ou ab-rogar as que se fizeram. O poder executivo tem na sua esfera de competência a política externa e a promoção da segurança. O poder judiciário incumbe-se de punir os crimes e julgar as pendências entre particulares (2007, p. 267).

Importa, para conclusão deste breve relato, asseverar que o perfeito funcionamento da máquina do Estado somente se faz possível através do desempenho das atribuições típicas e atípicas pelos três poderes de forma independente mas harmônica, todos buscando um mesmo objetivo que é unicamente tornar concretas as aspirações do povo, detentor do poder único e soberano.

O desrespeito ao cumprimento da missão constitucional prevista para cada função implica em promiscuidade perigosa, atentatória aos princípios basilares da constituição do Estado, resultado que deve ser coibido com ênfase através dos mecanismos de proteção previstos também constitucionalmente, sob pena de instauração de ditaduras funcionais ou pequenos Estados dentro do Estado, em flagrante prejuízo à missão democrática que lhes é incumbida.

²³ Bastos, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, p. 310/11.

²⁴ Art. 2^o. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

O Poder Judiciário tem por missão constitucional e original, portanto, concretizar o Estado Democrático de Direito, em cumprimento ao art. 1º da carta magna da federação brasileira²⁵ objetivamente buscando construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, com redução das desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem qualquer tipo de distinção, exatamente como disciplinado no art. 3º²⁶ da Constituição Federal.

Deve procurar, então, dentro da lide concreta que lhe é posta a julgamento, concretizar os objetivos da nação previstos constitucionalmente, tanto através da aplicação pura e simples da norma editada quanto através da aplicação dos princípios constitucionais, sempre que a norma se apresentar nitidamente dissonante com as aspirações do titular do poder ou simplesmente não existir, oportunidade em que se deve por prerrogativa invocar a regra do art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil²⁷.

Todos os encarregados da efetivação ou concretização das atribuições das funções são dotados de poder, de força, legitimado pelo povo, que lhe dá substrato, daí porque são denominados agentes de poder ou detentores do poder, característica que os diferencia sobremaneira dos demais agentes da máquina, chamados servidores.

Aos agentes de poder, portanto, é dada a missão de definir os rumos do Estado, através de conduta positiva sólida e reta, cujo marco final é aquele definido na espinha dorsal legislativa da nação, a Constituição Federal.

O juiz, como agente de poder, por princípio, não pode deixar de

²⁵ Constituição Federal - Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

²⁶ Constituição Federal - Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

²⁷ LICC - Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

cumprir sua missão constitucional de julgar e, mais, além de compor a lide para o caso concreto, não pode quedar-se de promover o julgamento segundo os mandamentos típicos do Estado Democrático de Direito.

Daí porque não se exige do julgador apenas a missão de julgar, mas julgar para cumprimento da Carta Constitucional.

Gomes leciona que:

Este 'novo juiz' caracteriza-se não em razão da idade mas da mentalidade, isto é, do *pensamento* que orienta suas ações. Trata-se do *juiz-intérprete* preocupado com a concretização dos valores constitucionais, por meio da efetividade dos direitos humanos fundamentais. Por isso, preocupa-se ele com a formação da *consciência constitucional*, capaz de *compreender* que, para a concretização do Estado Democrático de Direito, é indispensável - como condição *sine qua non* - seja reconhecido por todos o *valor da Constituição* como Lei Fundamental disciplinadora da convivência democrática. Esta mesma consciência deve entender também que, por meio da Constituição, a sociedade quer não apenas instituir e estruturar o Estado, mas também, refundar e organizar a si mesma, como uma nova sociedade: a sociedade democrática ou *sociedade aberta* (para lembrar Karl Popper e Peter Habermas) (2008, P. 362/3).

Esta missão, a partir de um novo tipo de comprometimento do magistrado, em todas as instâncias diga-se, tem se apresentado cada vez mais exigida por uma massa de gente que não tolera mais tanta subversão, tanto desmando e tanta ousadia, praticados por prepostos do Estado absolutamente descrentes de sua missão constitucional, que atuam objetivando ganhos pessoais mediatos e imediatos, ou de partidos políticos que têm por bandeira a fisiologia desmedida ou aparelhamento de grupelhos amorfos, efêmeros e cretinos, cujos integrantes muitas vezes se reúnem exatamente como fazem os criminosos armados ávidos na direção de um trem-pagador.

É chegado o momento do Poder Judiciário buscar apoio popular e institucional para reformular seu modelo de atuação, inevitavelmente pelo desempenho das missões típicas das outras duas funções estatais, para atuar através de procedimento novo que lhe possibilite julgar de um lado demandas consideradas como de menor ou nenhum impacto para os ideais federativos, ao lado de julgamento moderno, acurado e pontual para as demandas cujo resultado tenha impacto direto na vida e no cotidiano do cidadão, para utilizar expressão típica do processualista, causas que tenham repercussão nacional.

Todavia, inegavelmente, trata-se de postura, de iniciativa e opção

institucionais, que somente se farão possíveis através da aplicação da denominada hermenêutica constitucional e da constitucionalização do direito, em todos os seus ramos.

Para Lobo:

De todos os ramos jurídicos são o direito civil e o direito constitucional os que mais dizem respeito ao cotidiano de cada pessoa humana e de cada cidadão, respectivamente. As normas constitucionais e civis incidem diária e permanentemente [...] A constitucionalização do direito civil não é episódica ou circunstancial. É consequência inevitável da natureza do Estado social, que é a etapa que a humanidade vive contemporaneamente do Estado moderno, apesar de suas crises, das frustrações de suas promessas e dos prenúncios de retorno ao modelo liberal, apregoados pelo liberalismo, que pretende afastar qualquer intervenção estatal ou consideração de interesse social das relações privadas (2008, p. 19/20 – omissão inexistente no original)²⁸.

A constitucionalização do Direito não se limitou a transformar o Direito mas o estilo do pensamento de juristas e teóricos. A constitucionalização, então, tem cedido espaço ao constitucionalismo, que pode ser compreendido como o conjunto de teorias que tem proporcionado uma cobertura justeórica conceitual e normativa à constitucionalização do Direito.

O desenvolvimento deste novo conceito de constitucionalismo tem influência direta em aspectos implícitos da constitucionalização, dentre eles:

I - Aspecto material: com forte carga axiológica, através de um sistema jurídico ligado conceitualmente á moral;

II - Aspecto estrutural: através da ampliação do âmbito de influência da constitucionalização pelos princípios constitucionais, através de influência direta de Alexy;

III - Aspecto político: com nova perspectiva sobre a forma ou sistema de divisão de funções ou poderes do Estado, quiçá com acentuação da influência do Poder Judiciário sobre o Poder Legislativo.

Os novos tratados de processo civil, processo penal, estatuto das famílias, além de outros diplomas legais, previstos para finalização do processo legislativo e vigência ainda em 2010 pelo Congresso Nacional, certamente municiarão o julgador de armas para julgamentos mais céleres e nem por isso

²⁸ Paulo Lobo, fragmento de artigo extraído da obra Direito contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2008. vários autores, organizado por Gustavo Tepedino.

menos eficazes e em nada ofensivos ao sagrado direito de defesa, com o que se poderá focar ou reservar energias para julgamentos de demandas mais relevantes sob o enfoque do resguardo de interesses da democracia.

Estes instrumentos legislativos, ao que se sabe, virão à luz com uma característica marcante para este início de terceiro milênio, que é valorização do Estado-Juiz e com conseqüente atribuição de maiores poderes ao magistrado, ao julgador.

1.6 ATIVISMO JUDICIAL

Tema antigo, mas nem por isso menos palpitante e perigoso, o ativismo judicial tem recebido ao longo da história, interpretação na sua maioria equivocada.

Muito se tem cobrado e exigido do Poder Judiciário, e do magistrado pessoalmente, uma atuação mais marcante, mais presente e mais incisiva, tanto para cumprimento de suas próprias ordens, promovidas no processo, quanto na vida cotidiana da população.

Mais e mais o juiz é chamado a participar mais ativamente da discussão de temas importantes da nação, sempre sendo cobrado a se pronunciar, dentro e fora do processo, conduta que por vezes é evitada por uma série de razões, sendo as mais comuns a falta de trato e de habilidade para o trato com a imprensa e a opinião pública e, ora, apenas em cumprimento ao comando do art. 36, inciso III da Lei Complementar n. 35/79, que instituiu a Lei Orgânica da Magistratura²⁹.

Estes instrumentos legislativos, como se sabe, virão à luz com uma característica marcante para este início de terceiro milênio, que é valorização do Estado-Juiz e com conseqüente atribuição de maiores poderes ao magistrado, ao julgador.

Compreende-se o ativismo judicial como a conduta do magistrado

²⁹ Loman, Art. 36 - É vedado ao magistrado: ... III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério (omissão inexistente no original).

qualificada pela iniciativa de substituição às funções dos demais poderes, através de decisões proferidas em processos formalmente constituídos.

Trata-se, portanto, de conduta deliberada, fundamentada, porque assim o exige a Constituição Federal, que tem por finalidade a resolução do caso concreto através da lide resistida mas sobre temas a princípio típicos dos demais poderes, proveniente de substituição à atuação inexistente ou inoperante.

Não há ativismo na atividade judicial de promover o controle da constitucionalidade da lei, já que se trata esta de uma de suas atividades típicas, previstas constitucionalmente e que se apresenta como um exemplo concreto de mecanismo para um perfeito relacionamento entre os Poderes.

Houve ativismo, todavia, quando o Poder Judicial não aguardou o pronunciamento do legislativo nacional a respeito da definição do termo inicial da vida humana (a matéria foi decidida em julgamento classificado por muitos como o mais importante em décadas pela justiça brasileira), quando estabeleceu a nova regra para preenchimento das vagas dos legislativos municipais a partir de critério de proporcionalidade não previsto em lei ordinária, quando chancelou o sistema de cotas raciais e sociais para ingresso nas universidades antes da edição de lei específica.

Houve ativismo quando se decidiu sobre a vedação do uso de algemas para presos não violentos, quando se definiu regras sobre fidelidade partidária e verticalização nas coligações antes de que outras décadas se passassem até que o legislativo federal resolvesse debruçar-se sobre a questão, quando foi autorizada a retificação do registro civil do cidadão que cirurgicamente passa a se apresentar com sexo físico coincidente com o sexo psicológico, dentre tantos outros exemplos.

Tratam-se, estas, de hipóteses reais, extraídas do cotidiano jurídico nacional recente, através de rol desprovido de qualquer critério técnico, mas que apenas se presta a exemplificar a atuação do magistrado brasileiro atual para questões da mais alta relevância mas que ainda não sensibilizaram o legislador infraconstitucional, em atuação justificada pela inoperância do legislativo nacional, invariavelmente com sua pauta, tempo, esforços e estruturas canalizados à resolução de problemas internos graves, que demandam depuração moral provenientes de seguidos e cada vez mais escabrosos escândalos.

Para Bonavides:

Assim, sob a égide de um Judiciário guardião efetivo da supremacia constitucional e da ordem democrática, recompor-se-á a esfera da harmonia e equilíbrio dos Três Poderes. A importância do juiz legislador de terceiro grau avultará na práxis da democracia participativa do futuro, designadamente nas sociedades da periferia. E, de certa forma, se fará a expensas do legislador de segundo grau, cuja servidão ao Executivo, na conjuntura contemporânea do neoliberalismo e da globalização, configura já a decadência do ramo representativo do poder, prisioneiro das elites e, não raro, de seus egoísmos e interesses adversos ao País (2003, p. 21/22).

Dentro deste contexto, surge o Judiciário atual, de mãos dadas com o Ministério Público igualmente novo, ao lado de outras instituições igualmente relevantes, e que se têm mostrado hábeis no combate à corrupção.

E não há mal algum nisto, principalmente porque o resultado deste tipo de julgamento é o cumprimento dos preceitos constitucionais e a construção da democracia efetiva, viva, proveniente de atuação de agente do Estado, ou agente de poder, que não tem pretensão político-eleitoral e nem se presta a servir a grupos econômicos, ideologias ou programas partidários.

Também não há risco de perenidade, isto porque basta que o legislativo de volte a cumprir sua missão constitucional, regulamentando a matéria relevante e objeto de atuação ativista do juiz, para que se tenha regra emanada de processo legislativo regular, desta feita legitimado pelo povo, através de seus representantes legitimamente constituídos.

Finalmente, penso, não há perigo da instituição de verdadeira juristocracia, já que entre os órgãos do Poder Judiciário não existe qualquer relação de dependência ou cuja intimidade possa minar este processo de julgamento legítimo, não existindo por trás deste cenário qualquer pretensão de implantação de um plano ou sistema de poder, com contornos de eternidade.

Para LADEIRA:

O ativismo judicial, defendido por parcela da opinião pública como uma garantia de que a 'racionalidade' do STF conteria a 'irracionalidade' da ação política do Legislativo, produziu outras crias. O Supremo ocupou cada vez mais espaços - hoje não apenas tem o instrumento constitucional da súmula vinculante, mas desfrutou (pelo menos até agora) de uma legitimidade autoconferida por um entendimento do que é o 'clamor público', e com esse mandato promoveu a adequação das leis à sua própria racionalidade (do Tribunal) [...] as questões até aqui apontadas chamam a atenção para o risco de uma 'juristocracia'; um aristocrático governo de juízes exercido sob o manto de uma atividade aparentemente técnica de interpretação de dispositivos jurídicos mediante conceitos da dogmática especificamente constitucional' (2008, p. 5448/9; omissões inexistentes no original).

É, muito ao contrário disto, missão do Poder Judiciário atuar de forma incisiva e com indicação de falha ou descumprimento da missão constitucional dos demais poderes, tratando-se, portanto, de atuação desprovida de ideologia política e que apenas se presta à retomada dos rumos da nação na trilha do desenvolvimento e da erradicação da pobreza, com incremento dos índices que medem o desenvolvimento humano entre as nações.

A eventualidade, a fundamentação das decisões judiciais a partir de hermenêutica nova, voltada à construção da democracia, assim como a atuação pontual para resolução de caso concreto são as características mais marcantes da atuação judicial ativista.

CAPÍTULO II CONTRATOS

2.1 CONCEITO, NOÇÕES E ELEMENTOS

Entende-se por obrigação a relação jurídica que se estabelece entre duas pessoas - devedor e credor - de caráter não perene, ao menos a partir do conceito de perenidade do direito das coisas, cujo objeto é uma prestação assumida pelo devedor ao credor, de natureza pessoal e com expressão econômica, negativa ou positiva, com garantia de cumprimento deitada naturalmente sobre o patrimônio do devedor.

Para Wald:

Obrigação é o vínculo jurídico temporário pelo qual a parte credora (uma ou mais pessoas) pode exigir da parte devedora (uma ou mais pessoas) uma prestação patrimonial e agir judicialmente sobre o seu patrimônio, se não for satisfeita espontaneamente (1995, p.24)

Depois de procurar conceituar a obrigação como resultado de uma operação volitiva e espiritual do homem³⁰, Bevilacqua informa que:

³⁰ Para Bevilacqua: 'Na idéia de obrigação, facilmente descobre a analyse dois elementos essenciaes: a limitação, o encadeamento da liberdade psychica, refreindo a expansão da personalidade, e, concomitantemente, um estímulo que vem determinar a vasão, por um determinado sulco, das energias assim refreidas. O primeiro destes elementos, da acção negativa, age sobre o nosso espírito, falando á razão e ao sentimento para nele impedir o surto de volições contrárias ás que vier provocar o segundo elemento, ou para que sejam sacrificadas as que, não obstante, sobrenadarem na mente agitada, em ordem a que não transponham as orlas do mundo psyqchico, externando-se factos. Da combinação dessa força inhibitória com esse estímulo, resulta o estado de consciência, a que se dá o nome de - obrigação - o qual só aparece, porque somente nesses, a boa orientação da intelligencia e das emoções permite a disciplina da vontade (1957, p. 16)

A palavra obrigações trouxe, do direito romano, um sentido técnico e restrito, que se têm mantido ao lado dessa aceção mais lata. Sob este ponto de vista, a obrigação era definida pelas Institutas (3, 13, PR): - vinculum júris quo necessitate adstringitur alicujus solveudae rei, um vínculo do direito que nos constrange a pagar alguma coisa ou, mais claramente, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa (1957, p. 18).

Representa o direito das obrigações dentre os demais ramos do direito civil aquele que menos se sujeita a regionalismos, modismos e mutações sociais.

É seguramente o ramo do direito que mais valoriza a manifestação volitiva humana e a iniciativa do homem, daí porque não tem rol definido, tal como ocorre com o direito das coisas ou com o direito de família.

Para Villaça:

O que se quer mostrar é que o Direito das Obrigações, não sofrendo muito essas injunções locais, é universal, quase que imutável, pois as situações dele decorrentes são, praticamente, as mesmas em todo o mundo. Por exemplo, a compra e venda apresenta-se com as mesmas características gerais em qualquer país (2004, p. 27)

Toda obrigação deriva da lei, indelevelmente, quer assim queiram, quer não queiram os agentes, ainda que ao conteúdo da avença não se tenha conferido apelido pela lei.

Todavia, apenas para melhor apreensão didática, têm os doutrinadores concluído que as fontes das obrigações podem ser agrupadas em dois grandes ramos: de um lado são elas resultantes da vontade estatal, ou propriamente a lei e, de outro lado, são as provenientes da vontade do indivíduo, que, por seu turno, pode ser dividida entre a vontade lícita, através dos contratos e das declarações unilaterais e a ilícita, através do delito, da conduta humana contrária á regra e que gera obrigação.

O contrato, então, pode ser compreendido como fonte da obrigação, representado pela ação voluntária humana ou manifestação inequívoca e querida da vontade, através da constituição ou modificação de vínculo jurídico mas com fim específico e original de circulação de riqueza, com assunção de prestações de parte a parte.

As expressões contratos e negócios jurídicos se confundem, razão pela qual não raro são utilizadas como sinônimas.

Tecnicamente, todavia, trata-se de institutos diversos.

Negócio jurídico para a lei civil atual é espécie do gênero fato jurídico, juntamente com os atos jurídicos, os atos ilícitos e as provas, exatamente como se vê a partir do artigo 104.

Para o lusitano Moncada:

É preciso que este conceito puramente formal de vontade e este conceito tão elevadamente abstracto de 'negócio jurídico' tomem mais vida e se aproximem da realidade. Na vida real, com efeito, não existe uma 'vontade jurídica' nem um 'negócio jurídico' abstracto, únicos e típicos. Estes não são senão puras abstrações duma requintada teoria geral que a ciência se esforça por construir. O que existe são vontades, negócios e actos jurídicos em concreto, como realidades, no domínio do ser ou da existência, e o que faz distinguir estas e estes dos primeiros é precisamente um certo determinado conteúdo deles e um certo e determinado grau particular de eficácia dependente das variadíssimas condições que para eles se dão. Poderia dizer-se que o que, de facto, existe, não é o negócio jurídico, mas sim os negócios jurídicos dos homens no seu variadíssimo e infinito conteúdo, como a 'existência' contraposta à 'essência' (1995, p. 658).

São os negócios jurídicos, então, as declarações de vontade caracterizadas pela negociabilidade, qual seja, com intenção de fim certo e pretendido pelos agentes em perfeito exercício que a autonomia da vontade os brinda, com correspondente assunção dos efeitos que a lei prevê.

Para Caio Mario:

Foi a doutrina alemã que elaborou o conceito do negócio jurídico (*rechtsgeschäft*), encarecido pelos escritores tedescos como dos mais importantes da moderna ciência do direito, e imaginou-o como um pressuposto de fato, querido ou posto em jogo pela vontade, e reconhecido como base do efeito jurídico perseguido. O fundamento e os efeitos do negócio jurídico assentam então na vontade, não uma vontade qualquer, mas aquela que atua em conformidade com os preceitos ditados pela ordem legal (1994, p. 303)^{31/32}

Veja-se no mesmo sentido a lição do civilista paranaense Alberto Junior Veloso:

³¹ E prossegue o civilista Caio Mario: O negócio jurídico, no dizer de Ennecerus, citado linhas acima, é um pressuposto de fato, que contém uma ou várias declarações de vontade, como base para a produção de efeitos jurídicos queridos. No dizer de Oertmann, é o fato produzido dentro do ordenamento jurídico, que com relação á vontade dos interessados, nela manifestada, deve provocar determinados efeitos jurídicos. Ruggieo e Maroi conceituam-no como uma declaração de vontade do indivíduo, tendente a um fim protegido pelo ordenamento jurídico (1994, p. 304).

³² Para o civilista Tomaszewski: A diferença básica entre o ato jurídico e negócio jurídico é que no primeiro há simples manifestação da vontade, sem conteúdo negocial; há um simples comportamento de efeitos previamente estabelecidos por lei, enquanto no segundo há o elemento negocial, dispositivo em que as partes convergem a um objetivo comum, através da manifestação de sua vontade que comporta inclusive condição, termo ou encargo (2006, p. 59).

É possível dizer, quanto ao negócio jurídico - chamado por alguns como ato negocial, que o Direito não recebe a vontade manifestada somente como elemento nuclear do suporte fático da categoria que for escolhida pelas pessoas, mas, lhe reconhece, dentro de certos parâmetros, o poder de regular a amplitude, o surgimento, a permanência e a intensidade dos efeitos que constituem o conteúdo de efeitos das relações jurídicas que nascem do ato jurídico (2009, p. 35).

Diferenciam-se dos atos jurídicos estrito senso porque estes representam a manifestação da vontade humana materializada através de comportamento cujos efeitos já são previstos em lei e que não permitem margem ao exercício da criatividade. É o que ocorre, apenas para exemplo, com o reconhecimento tardio da paternidade, o testamento ou a doação, onde o ato praticado emana da vontade mas tem efeitos já predeterminados.

O contrato, portanto, é apenas a mais expressiva representação dos negócios jurídicos, daí porque conceito, classificação e enumeração de elementos de um e outro serem apresentados sempre a partir de parâmetros idênticos.

Contrato, então, deve ser compreendido como o ato jurídico, com fim certo, praticado por agente capaz, a partir de objeto lícito, com atendimento da forma prevista em lei, mas inexoravelmente formulado e cumprido para consecução da sua função social e a partir da boa-fé dos dois atores (ou partes) envolvidos.

Sua finalidade é o cumprimento efetivo e integral pelo devedor da prestação convencionada em benefício do credor, tal como previsto nos arts. 421 e 422 do Código Civil/02³³, com constrangimento de antemão do patrimônio do devedor como garantia ao cumprimento.

Para Diniz:

[...] Poder-se-á dizer que contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de direito patrimonial (2009, p. 12).

São elementos dos contratos, portanto, a capacidade do agente, o objeto, a forma, a função social e a boa-fé objetiva.

Capacidade é a atribuição do agente de praticar os atos da vida civil,

³³ Art. 421 - A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422 – Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

sujeitando-se aos seus efeitos dentro dos limites da lei, para todos os fins. São capazes os agentes maiores de dezoito anos de idade, sem qualquer comprometimento de natureza psíquica e, portanto, aptos a compreender e se determinar de acordo com os limites do ato praticado.

O ato praticado pelo absolutamente incapaz, assim definido no art. 3º do Código Civil é nulo de pleno direito, sendo anuláveis aqueles praticados pelos relativamente incapazes, tal como indicados taxativamente no art. 4º do mesmo diploma de lei³⁴.

Leciona Wald:

A capacidade de fato dos contratantes é condição imprescritível para a eficácia do contrato, importando a incapacidade relativa em anulabilidade do ato e a incapacidade absoluta em nulidade do mesmo (1995, p. 171).

Os contratos podem ser celebrados pelos incapazes, desde que, para tanto, estejam devidamente representados ou assistidos, isto porque, tal como consta no art. 1º do estatuto da vida privada brasileiro³⁵ basta a condição de pessoa para percepção de direitos e assunção de deveres, sendo o contrato a via mais facilitada e disponível para este mister³⁶.

Veja-se, apenas para ilustração, que os relativa e os absolutamente incapazes celebram contratos quando compram e vendem imóveis, administram valores, celebram permuta ou financiamento, tudo evidentemente desde que representados civilmente ou mediante ordem judicial.

O objeto do contrato além de ser contemplado pela regra vigente, qual seja, lícito, deve ser possível, determinado ou determinável no momento do

³⁴ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, ao puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento meral completo; IV – os pródigos.

³⁵ Art. 1º - Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

³⁶ Para Paulo Nader: São incapazes de praticar negócio jurídico, por si mesmo, as pessoas indicadas nos artigos 3º e 4º do Código Civil, que cuidam, respectivamente, da incapacidade absoluta e relativa. É relevante atentar-se para a capacidade da pessoa no momento em que a vontade é declarada, não importando a sua condição antes ou depois do ato negocial. Os incapazes podem praticar negócios jurídicos, desde que representados ou assistidos na forma da lei (2003, p. 491)

cumprimento e valorável economicamente.

Esta última característica se deve porque, repita-se, o contrato tem por fim imediato o atendimento da vontade das duas partes envolvidas, mais precisamente para satisfação do interesse do credor da prestação e, mediamente, a circulação de riqueza, daí porque eventual inadimplemento constrangerá o patrimônio do devedor na mesma medida, na mesma proporção.

O direito, portanto, não empresta validade aos contratos que tenham por objeto coisa ilícita (compra e venda de droga ilícita, permuta com mercadoria contrabandeada) e nem àqueles impossíveis de apropriação ou sem expressão econômica, isto porque, como informado, a finalidade do contrato é a circulação de riqueza economicamente apreciável.

O atendimento da forma se apresenta fundamental sempre que a lei assim o exigir isto porque, via de regra, os contratantes elegem a forma que pretendem revestir o ato jurídico praticado.

Exige-se forma para a declaração unilateral de vontade do reconhecimento da filiação, para a transferência da titularidade do bem imóvel, para a convenção do penhor rural ou mercantil, dentre tantas outras.

Inexistindo forma prevista em lei, podem as partes eleger aquela que melhor lhes assegure o cumprimento da avença, situação que de um lado exprime liberdade, autonomia, informalidade mas, ao mesmo tempo, representa elemento de insegurança para comprovação da existência e extensão do pacto celebrado para os casos de litígio.

São milhares, para não dizer milhões, os contratos de compra e venda celebrados diariamente em todos os supermercados brasileiros sem que palavra seja dita, sem que instrumento seja lavrado, o mesmo acontecendo no meio rural, onde negociações de mercadorias de valores expressivos são celebradas sem formalidade, sem sequer lavrar-se escrito e sem que, via de regra, haja descumprimento.

Relativamente aos temas da boa-fé objetiva e função social dos contratos, vide itens 2.4 e 2.6 do presente estudo.

2.2 CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS EM GERAL E SUA REVISIBILIDADE

Várias são, entre os doutrinadores, as características dos contratos, consideradas por alguns inclusive como verdadeiros princípios.

À ausência de consenso, mas também para direcionamento do estudo e facilitação da leitura, três podem ser apresentadas como características mais marcantes dos contratos em geral, a saber: a autonomia da vontade, a força obrigatória e a revisibilidade.

A teoria geral dos contratos tem seu pilar fincado na valorização da autonomia da vontade.

Para o italiano Betti:

Negli atti di autonomia privata, per contro, l'iniziativa individual é libera di perseguire ogni interesse socialmente apprezzabile, dital natura da richiedere e meritare la tutela giuridica secondo le vedute generali della coscienza sociale, quali si rispecchiano nell'ordinamento (1971, p. 110).

Mais do que em outros atos jurídicos validamente praticados, através do contrato pode o ser humano agir com liberdade quase ilimitada, com percepção da evolução dos tempos, com adequação de suas necessidades às de um desconhecido, com quem não mantém laço de sangue, de amizade ou por força da lei, com o objetivo imediato de atingir resultado certo e, mediato, de promover a troca de patrimônio, a transferência de fortuna, através da circulação de produtos ou serviços.

Esta autonomia é exercitada desde as tratativas preliminares, na fase do comprometimento e na celebração das cláusulas de regência do pacto, oportunidade em que devem restar claros os objetivos de parte a parte, através de boa-fé que se estenderá desde o primeiro contato (tratativas) até depois do próprio cumprimento do pacto, o que ocorre, apenas para exemplo, com o respeito á garantia oferecida e ao compromisso de manutenção do segredo ou confidencialidade.

Para Diniz:

[...] da autonomia da vontade, no qual se funda a liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica (2009, p. 20/1).

A autonomia da vontade se estabelece, então, desde a iniciativa pela própria contratação, até porque, por definição, não existem contratos obrigatórios, passa pela liberdade de escolha do outro contratante e atinge seu máximo na liberdade de fixação dos limites e conteúdo do pacto, através de suas cláusulas.

Venosa informa que:

Essa liberdade de contratar pode ser vista sob dois aspectos. Pelo prisma da liberdade propriamente dita de contratar ou não, estabelecendo-se o conteúdo do contrato, ou pelo prisma da escolha da modalidade do contrato. A liberdade contratual permite que as partes se valham dos modelos contratuais constantes do ordenamento jurídico (contratos típicos), ou criem uma modalidade de contrato de acordo com suas necessidades (contratos atípicos) (2003, p. 375).

A autonomia da vontade contratual, como de resto acontece com todos os princípios do direito, encontra óbices que resultam em limitação.

A primordial limitação deriva da regra do art. 421 do Código Civil, basicamente proveniente da potencial ofensa à ordem pública, quando a liberdade contratual se apresenta lesiva aos interesses de toda a comunidade, com predomínio da vontade da coletividade sobre o interesse individual, egoísta, dos contratantes.

Trata-se de restrição conceitualmente derivada da própria lei, através de comandos de natureza administrativa, tal como ocorre com a restrição de edificação de determinada obra ou sobre sua vocação (comercial, residencial) ou para o teor e extensão dos contratos educacionais, cuja importância e relevância exigem o cumprimento da lei específica vigente e às demais orientações constantes de normas infra-constitucionais.

Esta é a razão pela qual, nos contratos de prestação de ensino superior particular, não podem as partes dispor sobre tempo de conclusão do curso por prazo menor que o previsto em lei, não podem eleger cláusula de foro para lugar que dificulte o exercício do direito de defesa pelo cursista para os casos de litígio, não podem impedir o recebimento do certificado de conclusão por pendência de dívida, não podem estipular cláusulas para correção e juros para as parcelas em atraso em desconformidade com a lei vigente, exemplos todos apenas para ilustração.

Para Diniz:

É preciso não olvidar que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contratantes está subordinada ao interesse coletivo (2009, p. 22)

Desta maneira, podem as partes convencionar com quem querem e da maneira como querem, desde que respeitados os limites da ordem pública.

Para Wald:

Em tese, a liberdade contratual só sofre restrições em virtude da ordem pública, que representa a projeção do interesse social nas relações interindividuais (1995, p. 163).

É importante anotar que esta limitação do poder de contratar em seus dois planos - com quem contratar e como contatar, a partir da necessidade de respeito irrestrito e incondicional aos interesses da coletividade, pode representar outro fenômeno, comumente denominado intervenção estatal ou dirigismo contratual.

Isto se dá porque, não raro, o Estado se antecipa á vontade dos particulares e lança mão do arsenal normativo que lhe é disponibilizado constitucionalmente para ditar regras básicas para direcionamento (daí o nome) dos efeitos e da extensão dos pactos que são celebrados indistintamente, no tempo e espaço pelo particular.

Para Theodoro Junior:

É inegável, nos tempos atuais, que os contratos, de acordo com visão social do Estado Democrático de Direito, há de submeter-se ao intervencionismo estatal manejado com o propósito de superar o individualismo egoístico e buscar a implantação de uma sociedade presidida pelo bem-estar e sob 'efetiva prevalência da garantia jurídica dos direitos humanos.' (2008, p. 6)

Trata-se de tema polêmico mas já de muito sedimentado, sendo aqui incidentes as mesmas regras que autorizam o predomínio do interesse da coletividade sobre o particular para as questões de direito administrativo, qual seja, o mandamento de que a manutenção da ordem e da segurança no plano da coletividade é proporcional e razoavelmente preponderante sobre o interesse individual do contratante, corolário de todos os conceitos que nutrem o Estado Democrático de Direito.

Com efeito, igualmente reconhecido na literatura, é que o

intervencionismo estatal somente pode se apresentar para regulamentação de contratos que tenham, mediata ou imediatamente, impacto geral para a sociedade, aqueles que tenham por objeto bem jurídico cuja importância escapa da compreensão e do domínio apenas dos contratantes.

É o que se passa com o contrato de prestação de serviço educacional superior disponibilizado por instituição privada.

Trata-se, como visto, de negócio jurídico que se calca sobre objeto classificado como direito fundamental e que portanto, deve ser celebrado em absoluta consonância com a regra positivada vigente, os princípios incertos na lei de consumo e na lei civil, tudo objetivando-se o seu desenvolvimento pleno e eficaz desde as tratativas, passando pelo ingresso na instituição pelo cursista, o implemento de todas as atividades pedagógicas até a colação de grau, com registro do certificado de conclusão no órgão competente e conseqüente autorização para exercício de atividade profissional pelo cidadão.

Duas, ao menos, são as hipóteses de restrição à autonomia da vontade para esta modalidade específica de contrato.

A primeira restrição se apresenta na fase da eleição do contratante.

A eleição da instituição de ensino deve se dar de acordo com a vontade do cursista, depois de avaliadas todas as características típicas desta avença, dentre elas qualidade da instituição, fama, comprometimento, seriedade, atualização constante e cumprimento fiel da trilogia ensino, pesquisa e extensão.

Esta limitação, então, se apresenta nas regiões geográficas de atuação de apenas uma instituição particular de ensino superior, onde o cursista vê inevitável restrição à sua liberdade de escolha do contratante, circunstância que deve ser objeto de avaliação pontual pelo julgador nas demandas provenientes de interpretação das cláusulas constantes dos contratos celebrados com esta instituição.

A segunda hipótese de limitação se dá com relação à estipulação dos termos e condições do contrato de ensino superior privado, liberdade que encontra verdadeira muralha nos contratos por adesão, apresentados prontos, fruto da massificação das relações jurídicas decorrentes da revolução industrial.

Relativamente à natureza adesiva do pacto, vide item 3.1 do presente estudo, já que a quantidade de cursistas, a sujeição do pacto a regras estritas definidas por legislação própria e a identidade de objeto, autorizam a celebração dos contratos a partir de plataforma única, sem prejuízo da possibilidade

de discussão judicial superveniente, circunstância que, contudo, não se presta como salvo-conduto para a prática de ilegalidade pelas instituições de ensino.

A força obrigatória dos contratos é outro princípio basilar.

A escravização do contratante apresenta-se o contraponto justamente da autonomia da vontade.

A partir de elemento subjetivo intrínseco, com supedâneo nas suas necessidades particulares, o cidadão decide contratar, elege com quem contratar e, dentro de um espaço de liberdade que não ofenda a ordem pública, estabelece os termos do contrato.

Todavia, depois de 'ob-ligar-se' a terceiro, até então desconhecido e com quem não mantenha qualquer outra sorte de relação jurídica, deve o contratante sujeitar-se aos estritos termos e limites do contrato, objetivando a integral satisfação do interesse do credor.

É com base nesta premissa maior, de que o exercício da autonomia da vontade e o comprometimento entre os contratantes, é inevitável asseverar que sim, o contrato escraviza.

Escraviza no plano psicológico, através do liame subjetivo que une devedor e credor, escraviza com relação a sua extensão e efeitos e escraviza, por fim, através do natural constrangimento do patrimônio do devedor, nos limites do impacto financeiro que sua inadimplência pode repercutir no patrimônio do credor.

Os contratos foram feitos para serem cumpridos.

Assim aconteceu desde os primórdios da civilização, época em que o descumprimento ensejava a escravização - agora no sentido técnico da expressão - e mesmo autorização para a morte.

O agricultor, que depois de muito esforço entrega o resultado da colheita ao atravessador, quer receber o preço ajustado a qualquer custo. E quer recebê-lo no valor, forma e tempo determinados porque também tem ele seus compromissos financeiros assumidos, cujo inadimplemento resultará em multa e dissídio.

O professor que leciona arduamente, dias a fio, quer receber seu salário no fim do mês da instituição a que tanto dedicou seu tempo e seu estudo. E quer recebê-lo no valor, forma e tempo ajustados porque também seus compromissos financeiros inadiáveis, dentre eles pagar a mensalidade escolar de seu filho em outra instituição de ensino, pagar o rateio do condomínio, o combustível

que comprou em parcelas, dentre tantas outras.

O assalariado que trabalha incessantemente na fundição, quer receber da loja de departamentos o televisor que comprou em parcelas a perder de vista, no modelo e cor escolhidos. E mais, quer recebê-lo em casa, em perfeitas condições de uso, na data ajustada para a entrega porque através dela espera por momentos de tranquilidade ao lado da família para que, depois de descanso merecido, volte a trabalhar e gerar riqueza.

Nos três pueris exemplos apresentados, é possível perceber que o agricultor, o industrial e o professor não querem receber o cumprimento da prestação ajustada pela parte contrária por outra forma.

O agricultor não quer receber bônus do tesouro nacional ou sacas de café em troca das sacas de soja que entregou. Quer dinheiro. O industrial não quer receber um refrigerador ou mesmo o dinheiro de volta. Quer o televisor. E o professor não quer receber um crédito para compras em lojas da cidade. Quer apenas seu salário.

Muito evoluiu o pensamento jurídico no sentido de conferir ao contrato a prerrogativa de receber adequações ao longo de seu cumprimento, circunstância que resultou na evidente perda da força obrigatória utilizada pelo credor para impor verdadeiro julgo ou rigor excessivo ao devedor desprotegido.

Quando se informa que o contrato escraviza, quer-se concluir que ele compromete irremediável e indelevelmente o patrimônio do devedor e não que exija sacrifício desmedido.

Esta obrigatoriedade de cumprimento, através de comprometimento pessoal pelo devedor, como visto, interessa primeiramente ao credor mas, ao mesmo tempo, a todo o sistema de circulação de riqueza, toda a economia, através de um círculo que se quebrado, implica em efeitos que escapam da compreensão dos contratantes individualmente.

Se o professor não recebe o salário, deixa de pagar o condomínio; o edifício então demite um de seus funcionários, que deixa de pagar a mensalidade da faculdade do filho; a universidade então atrasa o pagamento aos professores ou inicia processo de demissão.

A força escravizante, portanto, não interessa apenas aos contratantes.

O mesmo processo de interpretação retrógrada e pequena

aconteceu com o positivismo.

O positivismo teve como premissa basilar e original o garantimento da ordem, já que antes dele vigorava o sistema da vontade do príncipe, esta sim sem critério, sem segurança, lastreada apenas no humor do governante.

Mais tarde, o positivismo foi utilizado, hoje se admite, equivocadamente, para a escravização do cidadão à letra fria da lei, sem espaço para evolução, sem espaço para a interpretação a partir de conceitos mais abstratos, principalmente a partir do ensinamento de juristas consagrados no início do século passado, sendo Hans Kelsen o mais emblemático deles.

Esta interpretação equivocada, deixou de lado a valorização da vontade do povo, detentor do poder verdadeiro, o poder do povo, valorizando-se a vontade do legislador que, como já informado no presente estudo, promovia a edição de leis a partir de critérios nada nobres, espúrios muitas vezes.

Tal como ali, a força escravizante do contrato foi utilizada como prova de fogo, como elemento de imposição de força, com julgo da parte menos favorecida economicamente na relação contratual.

Foi utilizada equivocadamente pelos magistrados mais antigos, que para todos os casos de inadimplemento ou de revisão de contrato e invocavam como verdadeira cláusula pétrea, com supervalorização do escrito em detrimento da intenção, da imutabilidade como elemento de segurança e como verdadeira sentença penal condenatória.

A partir da segunda metade do século XX, de forma apenas mais clara, o direito ocidental passou a admitir cada vez mais a revisão dos contratos a partir de algumas modalidades.

Numa ordem cronológica sem qualquer critério técnico, seria possível admitir que a primeira delas foi a revisibilidade a partir da invocação da cláusula *rebus*, depois pela teoria da imprevisão e, finalmente, a revisão a partir da configuração da onerosidade excessiva, estas duas últimas com proteção tanto pelo CDC (art. 6º) quanto pelo Código Civil/02 (art. 472)³⁷.

³⁷ CDC, art. 6º - São direitos básicos do consumidor: [...] V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.
CC/02, art. 478: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Tratam-se de verdadeiras teses, com premissas subjetivas e critérios técnicos, que demandariam estudo aprofundado incompatível com a dinâmica estabelecida no presente estudo.

Todavia, inevitavelmente, apresentam-se quatro elementos comuns a todas elas que podem ser perfeitamente identificados.

O primeiro deles é a condição de contrato que se protraí no tempo, qual seja, cuja execução não é continuada e portanto, está sujeito às intempéries que somente o passar do tempo, num país com economia estável embrionária e sujeito a toda sorte de impacto proveniente de débâcles do mundo econômico estrangeiro, são capazes de ofertar.

O segundo deles é a desproporcionalidade entre as prestações de credor e devedor, com nítido aproveitamento ou mesmo locupletamento por uma das partes em direta proporção ao desfalque da outra.

Nestes casos, a prestação torna-se excessivamente onerosa, qual seja, demanda esforço para cumprimento absolutamente desproporcional ao proveito econômico que lhe adviria por fora da manutenção das condições vigentes ao tempo das tratativas e da conclusão do negócio.

O terceiro elemento é o implemento de fato novo, superveniente à conclusão do negócio, mas anterior ao cumprimento efeito e integral pelo devedor.

O quarto e último deles, é a excepcionalidade, a extraordinariedade desta situação de fato, qual seja, somente se cogita da revisão do pacto a partir de fato efetiva e nitidamente diferenciador da regra geral, da regra do comum, sob pena de banalização, apresentando-se interessante apenas informar que a regra para os contratos é a da obrigatoriedade.

Se o fato superveniente é previsto, então podem as partes buscar a recomposição da reciprocidade das prestações apenas a partir do rigor da onerosidade excessiva.

Se o fato era imprevisível, então invocará o devedor moroso (ou mesmo inadimplente) a teoria da imprevisão, com fundamento na implementação de circunstância não prevista pelos contratantes ao tempo da conclusão do negócio, sem culpa por qualquer dos atores da avença, mas que onera ou mesmo inviabiliza o cumprimento da prestação assumida.

Veja-se a lição de Maria Helena Diniz:

Contudo, a cláusula rebus é uma ressalva ao princípio da imutabilidade dos contratos, de aplicação excepcional e restrita. A força vinculante dos contratos somente poderá ser contida pela autoridade judicial em certas circunstâncias excepcionais e extraordinárias, que impossibilitem a previsão de excessiva onerosidade no cumprimento da prestação, requerendo a alteração do conteúdo da avença, a fim de que se restaure o equilíbrio entre os contratantes (2009, p. 29/30).

A pretensão de adequação das prestações pode ser deduzida pela via administrativa diretamente junto ao credor, o que poderá resultar na lavratura de novos termos para cumprimento do contrato, mantendo-se a mesma via de negociação antes empregada (por escrito, oralmente, instrumento público), tanto para manutenção do pacto a partir de novas premissas quanto para extinção do contrato.

Não havendo consenso, deve o devedor procurar deduzir sua pretensão através de demanda judicial, através da formulação de pedido certo tanto para revisão, com conseqüente manutenção do contrato, quanto para sua extinção, operando-se apuração de haveres de parte a parte.

É o que acontece nas demandas envolvendo instituição superior privada de ensino e o cursista, para discussão dos encargos decorrentes da mora no pagamento das mensalidades, para redução ou adequação de correção monetária, juros de mora e multa, ou para compelir a instituição a manter o vínculo com o aluno até a colação de grau, quer porque caracterizada indevidamente a mora, quer porque há necessidade de discussão dos critérios de reprovação do aluno diante de faltas ou desempenho insatisfatório das atividades pedagógicas.

Seja qual for a modalidade de revisão invocada pelo devedor, ter-se-á nítida intromissão do Estado-Juiz na vida privada, com intervenção estatal na relação jurídica eminentemente particular desenvolvida entre as partes.

Com efeito, esta intervenção que se justifica primeiro porque ao Estado-Juiz não é dado, como já visto, negar a prestação jurisdicional para nenhuma pretensão deduzida dentro das regras de processo e segundo, porque o direito brasileiro contempla por lei a hipótese de revisão judicial do contrato de execução diferida, que se protraí no tempo.

Mais precisamente para os casos dos contratos de prestação de ensino superior privado, é certo que se trata de negócio jurídico que pode admitir revisão a partir das premissas até aqui esmiuçadas e mais:

I - porque celebrado através de contrato adesivo, representativo de

relação protegida pela lei consumerista e que demanda interpretação restrita;

II - porque tem por objeto direito fundamental - o acesso à educação - que é prestado pelo Estado de forma como obrigação constitucional ou por instituições por ele autorizadas e fiscalizadas;

III - porque se tratam de contratos cujos efeitos não aproveitam somente aos interessados diretos senão a toda a coletividade.

Para o civilista Bevilacqua:

O vínculo obrigacional não produz efeitos somente dentro das raias do systema jurídico onde foi creado. Com as relações dia por dia mais numerosas, entre os povos occidentaes, muitas vezes terão as obrigações de echoar longe, no vasto circulo da sociedade internacional (1957, p. 133).

Não é irracional pensar, portanto, que a demanda judicial ajuizada para o fim de manter o vínculo educacional efetivamente produzirá resultado que extrapola o campo de atuação ou do interesse direto imediato do cursista, que cada vez mais se aproxima da colação de grau e também da instituição de ensino, que prossegue no cumprimento de sua missão constitucional de proporcionar educação de ponta, final, aos cidadãos e sem comprometimento direto da sua existência ou da sua razão de existir.

2.3 INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EM GERAL

Exatamente como nas leis, os contratos devem ser objeto de interpretação, primeiro pelas próprias partes e, depois, pelo magistrado, se instaurada lide justamente por divergência na interpretação de sua extensão e efeitos.

Na interpretação da lei, busca o intérprete extrair dela todo o poder que encerra, toda a força que lhe dá legitimidade, dentro de um contexto histórico, social e sistemático, sem se esquecer, todavia, da força de cada uma das palavras objetiva e atentamente utilizadas pelo legislador.

Para Villaça de Azevedo:

Vemos aqui, o verdadeiro trabalho do artista, pois incumbe ao intérprete buscar na materialidade das palavras o verdadeiro espírito que as fez nascer (2004, P. 59).

Para os contratos, não é diferente.

Como já informado, o contrato revela fato jurídico caracterizado pelo ajuste voluntário de vontade para fim determinado.

Por esta razão, une ao menos duas partes, dois vértices de uma relação, que trazem consigo cada um sua história, suas efetivas intenções mas, invariavelmente, pessoas que não se conhecem e não nutrem relação derivada de sangue, como na família, ou jurídica desprovida de vontade, como acontece nas obrigações decorrentes dos atos lícitos.

São os contratantes estranhos que se encontram em dado momento cronológico e espaço geográfico, daí porque a necessidade de interpretação do pacto celebrado, muitas vezes, com termos inicial e final muito distanciados (imaginem-se o contrato de arrendamento agrícola com décadas de vigência).

Não é sem razão que o legislador guardou tantos artigos no estatuto da vida civil (CC/02) para regulamentar todas as relações decorrentes do inadimplemento, das causas de pagamento indireto, mora, cláusula penal e juros para a mora, justamente porque não se pode esperar dos contratantes sentimentos como compaixão ou afeto para resolução de eventual pendência decorrente da interpretação do contrato.

Regra geral para interpretação dos contratos, portanto, é a busca da efetiva intenção dos contratantes, com nítida prevalência da vontade querida sobre a vontade declarada, qual seja, com valorização da voluntariedade e iniciativa em detrimento do escrito, do proclamado.

Veja-se, para tanto, a indubitável redação do art. 112 do Código Civil/02, que neste particular apenas reproduziu a redação do art. 85 do Código Civil/16, antes dedicada aos atos jurídicos e hoje focada diretamente aos negócios jurídicos³⁸, mesma regra utilizada pelo Código Comercial de 1850, em seu art. 131³⁹.

³⁸ CC/02 - Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais á vontade nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

³⁹ Código Comercial/1850 - Art. 131. Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme á boa-fé e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato; 2. as cláusulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem, e que as

Deve o intérprete, ainda, promover a interpretação do negócio jurídico conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. A primeira dá conta de apurar a ausência de conhecimento prévio e específico de um dos contratantes sobre as razões ou motivos que, depois, vieram resultar no conflito.

Boa-fé, portanto, tanto para o direito das coisas quanto para o direito de obrigações, representa a ausência de conhecimento do ilícito, do equivocado, do errado, exatamente como se vê da redação do art. 113 do Código Civil/02⁴⁰.

Os usos e costumes do lugar da celebração ou execução do contrato, por fim, se apresentam como procedimento para interpretação do contrato já que não é dado presumir que as partes, a partir de avença individualizada, pretendam alterar toda uma história típica da avença eleita. Assim, em subsistindo dúvida a partir da grafia utilizada, deve-se observar quais são os critérios utilizados para fato idêntico no lugar da execução do contrato para que se possa extrair a vontade efetiva em detrimento daquela declarada.

Os usos e costumes, portanto, podem indicar se um alqueire de terra, numa negociação de compra e venda, representa 24.200 m², como no Estado do Paraná ou de São Paulo (daí porque apelidado de alqueire paulista) ou 48.400 m², como acontece em Minas Gerais (daí porque alqueire mineiro) ou ainda 9.680 m², como ocorre na Bahia, assim como indicarão se o preço oferecido pelo frigorífico ao pecuarista deve ser pago á vista ou com vinte dias de prazo.

Para Fran Martins:

Muitas vezes a obscuridade com que as cláusulas estão expostas no contrato faz com que ele se descubra facilmente qual a verdadeira vontade das partes. Entretanto, poderão os contratantes praticar atos relacionados com o objeto principal do contrato, posteriormente, ao aperfeiçoamento deste. A lei (Código Comercial, art. 131, n. 3) reconhece esse fato 'como a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato'. É, assim, como que a exemplificação daquilo que não ficou bem claro no contrato. Os usos e as práticas comerciais, bem como o costume do lugar em que o contrato deva ter execução, são fontes interpretativas dos contratos. Em casos da mesma natureza prevalecerão eles a qualquer inteligência em contrário que se queira dar às palavras dos contratos (1996, p.69)

partes tiverem admitido, e as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambíguas; 3. o fato dos contraentes posterior ao contrato, que tiver relação com o objeto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram no ato da celebração do mesmo contrato; 4. o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; 5. nos casos duvidosos, que não possam resolver-se segundo as bases estabelecidas, decidir-se-á em favor do devedor.

⁴⁰ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Clovis Bevilacqua, idealizador do Código Civil revogado, valendo-se das lições do francês Pothier, apresenta três regras fundamentais da hermenêutica dos contratos, a última delas bastante peculiar e não recepcionada pelos civilistas que o sucederam, a saber:

1ª. Nas convenções, devemos indagar, de preferência, qual foi a vontade *commum* das partes, em vez de prender-nos ao sentido literal das expressões, às vezes inexatas por ignorância de quem as empregou ou por má-fé; 2ª. As palavras e cláusulas ambíguas e as omissões se devem interpretar, segundo o uso recebido no país ou no lugar onde é celebrado o contrato; 3ª. Na dúvida, que resistir às regras estabelecidas precedentemente, e á penetração do espírito esclarecido pelo bom senso e pela boa-fé, decidir-se-á em favor do devedor (*ferre secundum promissorem interpretamur*) (1957, p. 253/4)

A avaliação da intenção dos negociantes, todavia, exige trabalho hercúleo do magistrado que deverá, a partir de toda a prova permitida em direito, procurar perceber se um dos contratantes utilizou-se da linguagem (escrita ou verbal) para fazer prevalecer sua vontade individual em detrimento dos efeitos pretendidos por ambos desde a apresentação das proposições preliminares até a celebração da avença, efetivamente.

2.4 CLÁUSULAS GERAIS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA BOA-FÉ OBJETIVA

O legislador infraconstitucional que trouxe ao mundo jurídico o Código Civil/02, sabidamente valeu-se de conceitos jurídicos abertos e cláusulas gerais para todos os livros do estatuto da vida privada brasileiro, certamente objetivando livrar os contratantes dos rigores da letra fria da lei, valorizando-se muito mais a vontade querida que aquela declarada, tal como já informado no item 2.3, mas com inegável requisição de esforço hermenêutico inédito do julgador⁴¹.

Para Tomaszewski:

⁴¹ Art. 2035. A validade dos negócios jurídicos e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.
Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos

O Código Civil vigente é um documento marcado pela adoção de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, permeadas de conteúdo ético e moral que norteiam o julgador para além do ordenamento jurídico. Para tanto, utiliza-se inclusive de conceitos metajurídicos. Hodiernamente, é de grande importância a incidência destes novos dispositivos na esfera negocial. É que este se encontrava enclausurado em um arcabouço estritamente legal, norteado pela concepção oitocentista-liberal, que se apresentava como a expressão liberalista a serviço do capitalismo (2006, p. 33).

Desta forma, contemplou nos artigos 421 e 421 as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da função social não como coadjuvantes da teoria dos contratos senão como regras de aplicação cogente, de plano, inclusive com previsão de nulidade para os casos de constatação de sua ausência, tal como se vê da regra do art. 2035 do CC/02⁴², tratamento conferido apenas aos demais elementos do contrato.

Todos temos noção muito arraigada sobre os contornos da boa-fé subjetiva, ou *bona fides*, primeiro porque presente em vários ramos do direito e, segundo, porque se trata de um elemento típico do direito natural incorporado ao direito, revelando quase um elemento espiritual á avença e, por fim, porque prevista no Código Civil/16.

Há boa-fé subjetiva sempre que o agente celebra o ato crente de que se trata de conduta absolutamente lícita, protegida pelo direito e por isto materializadora de segurança. Há boa-fé subjetiva para aquele que promove a colheita de frutos em área que pensa ser sua e que sobre ela deitou esforços para a boa colheita; para aquele que ocupa área para exploração comercial ou para subsistência da família sabendo que a terá como sua se preenchidos alguns outros requisitos em lei; para o herdeiro aparente que pratica atos em nome da herança.

A norma protege a boa-fé e a ela dá importância inegável, inclusive com previsão legal de efeitos inclusive quando se trata de atos nulos. Não é sem razão que a lei convalida efeitos do contrato nulo para o contratante de boa-fé (e só para ele), para quem paga a credor putativo, para o cônjuge enganado.

Para o presente estudo, importa a avaliação da boa-fé objetiva.

É chamada objetiva a boa-fé do contratante que se apresenta ao parceiro de avença antes, durante e depois da contratação com lealdade, franqueza e publicidade, com objetivo claro de fazer cumprir ou exercer os estritos limites do contrato que ambos se propõem a celebrar, dentro dos padrões da normalidade,

contratos.

⁴² Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

assim compreendidos os aspectos temporal, geográfico e social⁴³.

Veja-se a lição de Villaça de Azevedo:

Assim, desde o início devem os contratantes manter seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, prestando informações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa (2004, p. 29).

No mesmo sentido, veja-se o pensamento de THEODORO JUNIOR:

Não penetra a atividade judicante no mundo psíquico do contratante e de seus propósitos subjetivos (campo próprio da boa-fé-subjetiva). A boa-fé objetiva é pesquisada por meio de regras de conduta não escritas, mas que se mostram necessárias diante de 'padrões sociais estabelecidos e reconhecidos' como corretos no meio e no tempo em que o contrato se aperfeiçoou e se cumpriu (2008, p. 20)

Age com lealdade o contratante que em momento algum omite fatos relevantes, não pratica o engodo, não se vale de subterfúgios ou estratégias.

Age com boa-fé o vendedor que informa o comprador de que há planos do executivo municipal para edificação de um presídio ou de uma estação de tratamento de esgotos nas vizinhanças, se estas obras por qualquer maneira puderem afetar o uso do bem objeto do negócio.

Age com boa-fé objetiva o médico que informa ao paciente de maneira clara, transparente e antecipada sobre todos os riscos do procedimento cirúrgico e sobre a necessidade de novas intervenções no futuro, para adequações e reparações, objetivando-se o resultado próximo do ótimo.

Boa-fé subjetiva e objetiva, portanto, podem ser diferenciadas com alguma facilidade, já que a primeira representa estado de espírito, ao passo que a segunda representa princípio, regra, de incidência cogente.

Esta é, em linhas gerais, a regra estampada de forma expressa no

⁴³ Para Gagliano e Pamplona Filho [...] *Assim, em uma dada relação jurídica, presente o imperativo dessa espécie de boa-fé, as partes devem guardar entre si lealdade e o respeito que se esperam do homem comum* (2007, . 68).

art. 402 do Código Civil/02⁴⁴, inovando com relação à legislação revogada, através de incentivo promovido pelo Código de Defesa do Consumidor, que já previa a sua presença como elemento do contrato classificado como de consumo, tal como se vê do art. 4º, III da Lei n. 8078/90 Civil/02⁴⁵, regra que, é sabido, serviu de base para a reprodução do instituto no CC vigente.

Se novidade no Brasil, não o era no estrangeiro, já que prevista a boa-fé objetiva na Alemanha desde o BGB, na Suíça desde 1912, na Itália desde 1942 e em Portugal desde 1966, apenas a título de exemplo.

A função social do contrato, por seu turno, pode ser compreendida como a cláusula geral, aberta, que se presta a vincular a legitimidade e validade do contrato para ambiente metaindividual, para fora do ambiente restrito ou de interesse privado dos contratantes.

Tem a função social do contrato a exata extensão da função social da propriedade, tal como constitucionalmente previsto no art. 5º, XXIII⁴⁶,

Como já se viu nos itens 2.1 e 2.2, os contratos têm dentre suas características e funções, as missões de pacificação das relações sociais e de intercâmbio de riquezas.

Apenas a partir destes dois aspectos já se pode perceber que o contrato celebrado produz, por si só, efeitos diversos daqueles previstos pelos contratantes.

Clovis Bevilacqua, amparado na literatura estrangeira, imagina a função social do contrato para momento anterior, como sinônimo de civilidade, de valorização da vontade individual em detrimento da vontade do grupo primitivo, como exemplo de evolução humana, quase como fenômeno antropológico.

⁴⁴ Código Civil. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

⁴⁵ CDC. Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios [...].

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

⁴⁶ Art. 5º ...

XXIII – a propriedade atenderá a sua função social.

I. O preclaro jurista inglês, a quem tanto deve a archeologia jurídica, disse, uma vez, que a sociedade moderna distinguiu-se da antiga, principalmente, pela grande parte que nella ocupam os contractos. 'Entre os povos primitivos, accrescenta elle, o individuo cria bem poucos direitos e deveres; as regras, a que obedece, surgem das condições, em que nascem, ou das ordens dadas pelo chefe de família, restando pouco espaço para os contractos. O dever de manter a própria palavra, é uma das conquistas mais lentas da civilização. Não retrata o trecho, que acaba de ser transcripto, somente uma situação econômica; caracteriza também um estado ethico. O coletivismo social, traduzindo-se, economicamente, pela comunhão dos haveres, não permittia os pactos individuaes; nem o senso moral havia ainda inclinado os espíritos no sentido de julgar-se uma deshonra o menoscabo pela palavra empenhada. Os grupos primitivos preferiam tomar aquillo de que necessitavam, a obtê-lo por troca (1957, p. 209/10)⁴⁷.

Não é com estas características, infelizmente, que se preocupa o presente estudo.

Hoje, a função social representa princípio que deve ser invariavelmente respeitado pelos contratantes, sob pena de nulidade (vide art. 2035 do CC/02).

Representa nítida limitação ao poder de contratação, já que através dela se busca a valorização de interesses de estranhos, terceiros alheios à relação negocial em tela, identificados ou indeterminados, interesses e direitos muitas vezes até do completo desconhecimento dos contratantes.

O descumprimento da boa-fé objetiva gera efeitos apenas entre os contratantes, já que o lesado pode pedir indenização, revisão ou mesmo a rescisão junto ao contratante, além das penas previstas no pacto.

O descumprimento da função social ocasiona lesão a terceiros, tenham ou não os contratantes ciência deste potencial poder danoso do pacto, sendo absolutamente dispensado o elemento volitivo, ou seja, ainda que assim não

⁴⁷ E prossegue BEVILAQUA: 'GAIO nos attesta que os romanos consideravam de melhor titulo a propriedade que tomavam aos inimigos. Mas, esse reinado de luctas continuas não poderia perdurar, indefinidamente, sem que fosse sacrificada a humanidade. Foi preciso achar caminhos, por onde se pudesse salvar a sociabilidade, condição essencial para a vida humana. Quem diz vida humana diz, implicitamente, coexistencia social. Entre os diversos factores, que concorreram para esse resultado, o commercio, tomada esta palavra em uma accepção mais lata do que a que lhe é commumente as-signada de direito. Pode-se, portanto considerar o contracto como um conciliador dos interesses coli-dentes, como um pacificador dos egoísmos em lucta. É certamente esta a primeira e mais elevada função social do contracto. E para avaliar-se de sua importância, basta dizer que, debaixo deste ponto de vista, o contracto corresponde ao direito, substitue a lei no campo restricto do negocio por elle regulado. Ninguém dirá que seja o contracto o único factor da pacificação dos interesses, sendo o direito mesmo o principal delles, o mais geral e o mais forte; mas impossível será desconhecer que também lhe cabe essa nobre função civilizadora (1957, p. 210)

tenham atuado ou pretendido os contratantes.

É lícito o contrato de empreitada para implantação de reflorestamento em área degradada mas não o será se resultar em danos a área de proteção ambiental; é lícito o contrato de veiculação de publicidade por *outdoors*, mas não o será se ofender o patrimônio histórico ou cultural ou ofender a interesses ou direitos de minorias.

Para estes casos, o contrato, repita-se, a princípio validamente celebrado, representa dano que demanda reparo na exata medida de sua extensão, na forma da lei civil, danos inevitavelmente típicos da coletividade, dentre os quais o meio ambiente e o patrimônio histórico, cultural e paisagístico, todos protegidos constitucionalmente.

Para Fábio Ulhoa Coelho:

Desses poucos elementos extraídos do direito positivado, pode-se já notar que a cláusula geral da função social dos contratos prestigia interesses que extrapolam os dos contratantes [...] Não atende à função social, assim, os contratos cuja execução possa sacrificar, comprometer ou lesar, de qualquer modo, interesses metaindividuais. É o caso, por exemplo, da empreitada, em que o dono de gleba de terra vizinha a um rio contrata a construção de edifício fabril com a derrubada da mata ciliar; do mandato, em que o anunciante incumbe á agência de propaganda a tarefa de produzir e providenciar a veiculação de publicidade abusiva; da locação de imóvel urbano tombado pelo patrimônio histórico, em que o locatário é autorizado a promover eventos que exponham a risco o bem a preservar, como ruidosas raves ou insalubres exposições de animais (2005, p. 36/7, omissão inexistente no original).

2.5 RELAÇÃO CONSUMERISTA

2.5.1 Noções

A Revolução Industrial pode ser compreendida muito mais como um momento histórico, sem termo inicial definido, do que uma clássica revolução (sob o prisma da quebra do sistema), período em que foi apresentado ao mundo um conjunto de mudanças tecnológicas com imediato impacto nos processos de produção.

Deixava-se de lado o modelo de produção arcaico, manufaturado, com base no trabalho quase artesanal, para se buscar através da mecanização a produção em massa de produtos, disponibilizando-se-os a uma população cada vez mais ávida de novidades. A produção agrícola foi superada pela industrial e a máquina passou a cooptar os postos de trabalhos antes sob a responsabilidade exclusiva do homem.

Com início na Inglaterra no século XIX (para alguns século XVIII), o movimento que teve por mascote a máquina a vapor tomou o mundo a partir do século XIX e início do século XX, estando ao que parece ainda em processo de implantação.

Como corolário deste processo de massificação de serviços e produtos, inevitável que se encontrasse uma forma igualmente massificada de contratação, daí surgindo o contrato pré-elaborado. Através dele, para um mesmo produto ou serviço, produzido por um só fornecedor, reserva-se um único contrato, independentemente do consumidor final do serviço.

O contrato de adesão é, portanto, aquele “... *cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo*”⁴⁸.

Justamente porque celebrado aos milhares, a partir de uma gama identificada e comum de consumidores, então se aceita que as cláusulas do contrato sejam previamente estabelecidas pelo fornecedor, que se vale de conceitos e contornos já de antemão apurados, o que retira uma aleatoriedade negativa aos interesses e propósitos do consumidor final.

É exatamente o que ocorre com a compra e venda de produtos nas redes de supermercado, com as apostas nas casas lotéricas, os contratos de crédito bancário nos caixas eletrônicos, contratos de seguro, dentre outros.

Para Lima Marques:

⁴⁸ CDC, art. 54.

O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço. Assim, aqueles que, como consumidores, desejarem contratar com a empresa para adquirirem os produtos ou serviços já receberão pronta e regulamentada a relação contratual, não poderão efetivamente discutir, nem negociar singularmente os termos e condições mais importantes do contrato (2002, p. 59).

Não se sabe ao certo quem é criatura ou criador na relação entre contrato de massa e a proteção ao consumidor.

Todavia é certo que a partir da massificação do contrato teve início uma corrida pela proteção legislativa à parte hipossuficiente na relação negocial classificada como consumerista, justamente pela impossibilidade de discussão prévia dos termos do contrato e da vulnerabilidade do consumidor frente às grandes corporações que se valem, não raro abusivamente, dos contratos adesivos.

Esta preocupação fez com que o legislador constituinte fizesse elevar à categoria de direito individual e coletivo a proteção ao consumidor, tal como se vê no art. 5º, XXXII e, depois, fizesse editar o micro-sistema provavelmente até então mais moderno do mundo, cujo processo legislativo teve início no começo de 1989, qual seja, já no ano seguinte ao da promulgação da Constituição Federal, por iniciativa dos Deputados Federais Geraldo Alkmin filho e Raquel Cândido, resultando na edição da Lei. 8078 de 11.09.90, logo apelidada de Código de Defesa do Consumidor, ou ainda, CDC.

Contrato de adesão, todavia, não é contrato nulo por definição.

Haverá nulidade no contrato de adesão se, como de resto acontece com os demais contratos regidos pelo CDC (não adesivos), as cláusulas nele inseridas ofenderem as regras de proteção ditadas no art. 51 que trata das cláusulas abusivas ou que implicam em onerosidade excessiva ao consumidor.

As patologias decorrentes do contrato adesivo, por seu turno, decorrem de alguns fatores, identificados com menos ou mais ênfase pelos doutrinadores.

A primeira hipótese é o intencional direcionamento do contrato pelo fornecedor, sem correta informação desta intenção ao consumidor, como ocorre com a venda casada, a renovação automática, dentre outros.

A segunda hipótese é o contrato redigido a partir de texto incompreensível, quer do ponto de vista teórico quer pela redação utilizada e o

acesso a seu texto;

A terceira hipótese é o contrato eivado de disposições (cláusulas) nulas, dentre elas cláusulas que ofendam aos princípios da transparência, boa-fé objetiva, equilíbrio contratual ou a confiança.

Para dar vazão a uma gama maior de contratos celebrados, igualmente inevitável se apresentava a criação de mecanismos para proteção do consumidor de massa, que rotineiramente tem direitos violados por conta do descumprimento, pelos produtores ou fornecedores, dos princípios que devem nortear a relação de consumo.

Três são os mecanismos que se prestariam a uma proteção efetiva e institucionalizada do consumidor: os procons, os juizados especiais e as associações especializadas, dentre elas e apenas para exemplo, a Apadeco, a Adecon, a IOCU (International Organization of Consumers Unions) e a CI (Consumers International).

Os procons têm previsão expressa no art. 55 do CDC e são instituídos nos Estados e Municípios através de secretarias ou fundações públicas. Têm missão de educação para o consumo e a promover o controle de práticas abusivas, além de se prestar como palco para composições entre fornecedores/produtores e os consumidores finais, através de suas câmaras de conciliação permanentes, fora do ambiente judicial de composição de conflitos.

Em 23 de julho de 1991 foi criada no Paraná, através do Decreto 609, a Coordenadoria Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor - PROCON/PR, inserida na estrutura programática da Secretaria de Estado da Justiça e da Cidadania - SEJU, e o Conselho Estadual de Defesa do Consumidor - CONDEF. Em 2002 é extinta a SEJU e criada pela Lei 13.667, de 5 de julho, a Secretaria de Estado da Segurança, da Justiça e da Cidadania - SESJ -, a que se vincula o PROCON/PR.

Os juizados especiais cíveis não foram criados unicamente como mecanismo de proteção ao consumidor.

Todavia, depois da edição da Lei n. 9099, de 26.09.95, de imediato verificou-se palco perfeito para demandas entre consumidores e fornecedores ou produtores, justamente porque seu procedimento enxuto e reduzido, mas de cognição plena, se implementa a partir dos princípios da simplicidade, oralidade e economia de atos, inclusive com dispensa da presença obrigatória de advogados.

Assim, para causas cujo proveito econômico não supere o equivalente a 40 salários mínimos nacionais, os Jecs se apresentam como mecanismo efetivo de acesso à justiça para o consumidor final lesado.

A crescente utilização deste sistema para este tipo de tutela acarretou fenômeno inicialmente não previsto, de trazer para a lide judiciária um público que a princípio dela não se valeria, resultando num acúmulo de demanda que recebe crítica ácida da doutrina.

Para Kazuo Watanabe:

Os antigos Juizados Especiais de Pequenas Causas foram concebidos para propiciar um acesso mais facilitado à justiça para o cidadão comum, principalmente para a camada mais humilde da população. O objetivo jamais foi o de resolver a crise da justiça, sua morosidade e ineficiência na solução dos conflitos ... Isto ocorreu sem que tivesse havido a correspondente melhoria das infra-estruturas pessoal e material, demais, agravando essa situação, consta que alguns órgãos de cúpula dos Judiciários Estaduais estão com pouco entusiasmo, para não dizer má vontade, em relação a esses Juizados. Hoje, em alguns centros, como São Paulo, apesar do ingente sacrifício e extrema dedicação dos juízes que estão à testa desses Juizados, estamos presenciando a burocratização cada vez mais crescente dos Juizados, chegando alguns deles a distribuir senhas de atendimento, fazendo com que o jurisdicionado compareça a primeira vez apenas para receber a senha, ficando o atendimento efetivo, com o registro de sua reclamação, marcado para daí 30, 60 e, em alguns Juizados, até 90 dias' (GRINOVER, 2001, p. 121)

Todavia, o aumento significativo da demanda nos juizados especiais cíveis, com conseqüente atraso na prestação jurisdicional, deve ser interpretado sob dupla perspectiva: de um lado apresenta problema pontual e que deve ser resolvido pelos tribunais de justiça dentro da realidade de cada Estado da Federação, a partir de técnicas modernas de gerenciamento e, de outro lado, representa a certeza de que se trata de mecanismo que foi facilmente absorvido pela população em geral para demandas de pequeno potencial econômico, mas cruciais para a satisfação de direitos violados ligados à relação de consumo.

2.5.2 Elementos e Princípios

Para conhecimento da relação consumerista, inevitável breve intróito acerca de seus elementos essenciais, quais sejam, os seus atores – consumidor e

prestador de serviço ou fornecedor da mercadoria – e o seu objeto.

Deixando-se de lado a discussão acerca das diferenças entre as concepções minimalistas e maximalistas, pode ser entendido como consumidor o sujeito de direitos e deveres que participa da relação jurídica negocial para adquirir produto ou receber a prestação de serviço como destinatário final desta operação⁴⁹.

Diferencia-se ele, portanto, daquele que celebra o mesmo contrato mas na condição de profissional, qual seja, para dar nova destinação em operação superveniente, a quem, em tese, não incidem as disposições do CDC senão do CC/02.

Assim, tanto a lei (CDC) quanto a jurisprudência deram preponderância à percepção econômica da destinação final do produto ou serviço, como elemento indispensável para a caracterização da relação de consumo, em atendimento aos preceitos da chamada concepção maximalista ou objetiva.

Para Cavalieri Filho:

O conceito de consumidor, na esteira do finalismo, portanto, restringe-se, em princípio, às pessoas, físicas ou jurídicas, não profissionais, que não visam lucro em suas atividades e que contratam com profissionais. Entende-se que não se há falar em consumo final, mas intermediário, quando um profissional adquire produto ou usufrui de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo (2008, p. 51)

O cursista é, então, consumidor final do serviço educacional proporcionado pela instituição privada de ensino, para todos os fins, porque se submete às regras estabelecidas pela lei e pela instituição, através de pacto adesivo, com o objetivo de absorver conhecimentos e receber colação de grau, sendo nada interessante, nesta relação, discutir-se sobre a utilização do diploma auferido para exercício de atividade profissional.

Fornecedor ou produtor é o profissional que pratica conduta específica ou promove o fabrico de produto com finalidade de circulação de riqueza⁵⁰.

Para Lima Marques:

⁴⁹ CDC, art. 2º. – Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

⁵⁰ CDC, art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição e

Quanto ao fornecimento de produtos o critério caracterizador é desenvolver atividades tipicamente profissionais, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de uma certa habilidade, como a transformação, a distribuição de produtos [...] Quanto ao fornecimento de serviços [...] segundo a doutrina brasileira, fornecer significa 'prover, abastecer, guarnecer, dar, ministrar, facilitar, proporcionar' uma atividade, portanto, independente de quem realmente detém a propriedade dos eventuais bens utilizados para prestar o serviço e seus deveres anexos (2002, p. 327).

Dúvida ainda subsiste sobre a razão do legislador diferenciar o fornecedor do prestador de serviço na parte que toca à remuneração, já que faz expressa menção à necessidade de contraprestação financeira para a prestação de serviço mas não o faz para o fabricante ou comerciante de produto⁵¹.

A princípio, trata-se de nítida impropriedade, isto porque, conceitualmente, tanto aquele que presta serviço quanto quem fabrica ou comercializa (fornece) produtos o faz a título de profissão, qual seja, dentro de sua atividade profissional regular e habitual e com intenção evidente de lucro.

Não obstante o diletantismo que tantas vezes move os profissionais da medicina, da odontologia, da advocacia ou mesmo instituições privadas de ensino, através de sistemas internos de bolsa de estudos, que os autoriza a prestar serviços por cortesia, certo é que esta não é a regra.

Deste modo tanto a empresa que circula mercadoria a título gratuito, por questões de *marketing* ou graciosidade quanto o profissional que desenvolve seu mister igualmente sem paga, praticam contratos que comportam interpretação à luz da lei do consumo, para todos os fins, tal como se remunerados tivessem sido.

Nesta esteira de pensamento, não é porque o produto e o serviço são disponibilizados gratuitamente que a eles não se aplicam as regras da garantia, da devolução, do refazimento, da troca e da responsabilização civil para os casos de lesão ao patrimônio do consumidor final⁵².

comercialização de produtos ou prestações de serviços.

⁵¹ CDC, art. 3º - [...]

Par. 1º. Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial;

Par. 2º. Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

⁵² Para Cláudia Limar Marques: Parece-me que a opção pela expressão 'remunerado' significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no prelo de todos) ou quando ele paga indiretamente o 'benefício gratuito' que está recebendo, a expressão remuneração permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar no sinalagma escolhido (contraprestação escondida) uma remuneração indireta do serviço de consumo (p. 328).

Não há, portanto, necessidade de lucro para o fornecedor na operação negocial desenvolvida, de modo que a prestação do serviço educacional, ainda que desprovido de lucro, faz caracterizar a relação contratual como consumerista.

Reconhecidamente uma das leis de proteção ao consumo mais modernas do mundo ocidental, o CDC é fruto da regra inserida no art. 5º, XXXII da Constituição Federal⁵³ e muito ensinou a todos os operadores do Direito na interpretação de conceitos e princípios hoje consolidados mas até então distantes de nossa realidade.

Assim é que os princípios da eticidade e boa-fé objetiva passaram a marcar também o estatuto da vida privada, o Código Civil de 2003, não apenas para as relações obrigacionais, mas para todos os demais ramos nele contemplados, prestando-se o CDC como autêntico estágio probatório ou período de ambientação para o novo Código Civil que adviria doze anos depois.

Podem ser indicadas quatro características, chamadas também princípios, que informam a relação consumerista:

I - Transparência

O princípio da transparência está previsto na cabeça do art. 4º do CDC e se apresenta como um dos objetos da Política Nacional das Relações de Consumo.

Revela ele a necessidade de estabelecimento entre os contratantes de sinceridade e clareza sobre todos os fatos envolvendo o produto e o serviço apresentados ao consumidor e sobre o próprio texto do contrato, se escrito, ainda desde a fase das tratativas preliminares e não apenas na época do cumprimento.

Nas relações entre cursista e instituição privada de ensino, há transparência quando a escola indica com correção e sem subterfúgios a fase em que se encontra o procedimento de autorização ou reconhecimento do curso, ou quando publica a titulação do quadro de professores.

Veja-se a lição de Lima Marques:

⁵³ CF/88, art. 5º [...]

XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

A idéia central é possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor. Transparência significa informação clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado, significa lealdade e respeito nas relações entre fornecedor e consumidor, mesmo na fase pré-contratual, isto é, na fase negocial dos contratos de consumo (2002, p. 595).

Do princípio da transparência decorre outro. Trata-se do direito a informação, também muito atinado à publicidade, para alguns chamado dever lateral de conduta pelo produtor/prestador.

O consumidor tem direito a Informação, conforme previsto em vários momentos no CDC, mas preponderantemente no art. 6º, III⁵⁴, que reserva ao consumidor o direito de receber com clareza e em todas as fases do contrato, todas as informações necessárias à perfeita compreensão do produto ou serviço que acaba de adquirir, além dos riscos deles decorrentes.

Veja-se a lição lapidar por Alvim:

Há uma proporção direta entre o nível de informação franqueada ao consumidor e o grau de segurança que este terá em relação ao produto ou serviço, isto é, quanto melhor, mais completa e eficiente for a informação sobre as características do produto e sua forma de mais correta utilização e possíveis perigos, mais seguro, na acepção jurídica do termo, estará o usuário (1995, p. 61).

A ausência de informação ou a prestação de informação insuficiente ou errônea deve ser interpretada como produto ou serviço defeituoso e, via de conseqüência, pode dar ensejo tanto à adequação do contrato quanto à sua extinção com culpa atribuída ao produtor/fornecedor, para todos os fins.

II - Boa-fé

A rigor, boa-fé é princípio informador de toda a Política Nacional das Relações Consumo e mesmo do CDC, não sendo exagero afirmar que todos os demais dela decorrem.

A boa-fé objetiva já é objeto de estudo no presente trabalho (vide item 2.4), invocada como uma das cláusulas gerais que informam o Código Civil/02 e todos os conceitos ali expostos se aplicam à boa-fé objetiva prevista nas relações de

⁵⁴ CDC, art. 6º. São direitos básicos do consumidor:: [...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

consumo.

Aqui, mais especificamente, a boa-fé se apresenta em dois momentos ou ambientes distintos.

O primeiro deles é a publicidade, assim compreendida como a veiculação de informação através de todas as mídias disponíveis, com o objetivo de cooptar ou cativar clientela.

A publicidade tem efeito vinculativo, daí porque a veracidade da informação é pressuposto da sinceridade e lealdade que devem caracterizar a relação negocial consumerista desde o primeiro momento, ou seja, na fase ainda pré-contratual.

Para Cavalieri Filho:

O Código de Defesa do Consumidor confere um novo tratamento á publicidade, a começar pela sua força vinculante. Qualquer informação ou publicidade relacionado a produtos ou serviços, desde que suficientemente precisa, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, independentemente da forma ou do veículo de comunicação e, mais ainda, passa a fazer parte integrante do contrato que vier a ser declarado (2008, p. 86).

Deve imperar boa-fé na publicidade porque fornecedor/produtor se obriga a oferecer exatamente o serviço/produto divulgado, nem mais e nem menos, o mesmo acontecendo com o consumidor final, que deseja, depois de concluído o contrato, receber exatamente aquilo que restou veiculado e que o cativou no plano psicológico e o motivou a adquiri-lo ou solicitá-lo.

O segundo momento para implementação da boa-fé se dá com relação às práticas comerciais abusivas que restaram controladas a partir da edição do CDC.

Antes do CDC, imperavam para as relações contratuais as regras arcaicas do CC/16 ou as pré-históricas do Código Comercial, dois diplomas legais que tinham como princípios norteadores a liberdade de mercado e a manutenção da ética de mercado, através do respeito às práticas vigentes em dado tempo e espaço.

Não havia, por evidente, preocupação com a situação do consumidor final do produto/serviço, especialmente sob o plano da sua inevitável vulnerabilidade.

O CDC, então, passou a vedar determinadas práticas comerciais, exatamente como se vê do longo e não taxativo rol do art. 39, dentre elas apenas

para exemplo a proibição de manutenção de situação fática de excessivamente onerosa para o consumidor, a execução de serviços sem prévio orçamento, a elevação do preço sem justa causa e sem aviso anterior.

Da boa-fé deriva outra regra geral ou princípio. Trata-se da confiança que deve imperar entre as partes.

Se de um lado a instituição de ensino espera do cursista a freqüência e o aproveitamento mínimo de toda a atividade pedagógica que lhe é ofertada, além do pagamento do preço mensal, também o aluno espera da instituição o oferecimento de toda a jornada e carga pedagógica exigidas em lei, a partir de quadro qualificado de professores, com o resultado lógico e único de percepção do certificado de conclusão.

III - Vulnerabilidade

Henry Ford, norte americano idealizador da montagem de veículos em série e idealizador da fábrica Ford de automóveis, certa feita informou que “... o consumidor é o elo mais fraco da economia; e nenhuma corrente pode ser mais forte do que seu elo mais fraco.” (GRINOVER, 2001, p. 54).

A vulnerabilidade do consumidor tem previsão no art. 4º, I do CDC⁵⁵ e decorre do simples fato de que ele não participa do processo de fabrico do produto ou da prestação de serviço, tendo com o produtor/fornecedor contato apenas no momento de sua conclusão e já para o seu consumo direto, por vezes imediato.

Esta primazia de controle dos meios de produção, então, cabe com exclusividade ao fornecedor do produto ou ao prestador do serviço que, em contrapartida, recebe a incumbência de, também com exclusividade, responder pela qualidade daquilo que ofereceu ao cidadão, o consumidor final.

Assim, a reciprocidade nas prestações e a recomposição da situação de desigualdade que entre ambas as partes se opera somente pode ser suavizada através dos mecanismos específicos de defesa do consumidor previstos no CDC, dentre eles, e apenas para exemplo, a facilitação do direito de defesa nas demandas judiciais e a inversão da regra geral de ônus da prova

⁵⁵ CDC, art. 4º, I - A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito á sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

IV - Equidade

Equidade é princípio geral de direito, previsto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil⁵⁶, invocado especificamente para ordenar o julgamento de demanda, cuja solução não é encontrada em regra de lei vigente e disponível.

Veja-se o ensinamento de NADER:

Esta é recurso técnico de aplicação do Direito, destinado a situar a decisão judicial, no prumo da justiça. É tarefa que exige sensibilidade e experiência do aplicador, pois ao decidir por equidade, de certa forma desenvolve tarefa análoga à do legislador. Justiça do caso concreto – eis a idéia nuclear deste valioso instrumento (2003, p. 96).

A equidade, na relação de consumo, tem função tanto integradora quanto corretiva, exatamente porque autoriza o julgador (Estado-Juiz) a utilizar critério não previsto expressamente em lei, substituindo-a para resolução do caso concreto, mas com atuação limitada a todos os demais princípios, cláusulas gerais e características da relação de consumo.

2.5.3 Tutela dos Interesses Individuais

A defesa individual e coletiva do consumidor em juízo tem previsão expressa a partir do art. 81 do CDC.

Uma vez impossibilitada a resolução extrajudicial do conflito resultante de contrato celebrado à égide da lei do consumo, cabe ao consumidor valer-se da demanda judicial individual para procurar a satisfação específica da obrigação de fazer ou não fazer, a invalidade do negócio ou a revisão de cláusula tendente á retomada da sinalagmaticidade ou equilíbrio que deve subsistir antes, durante e até depois da execução do negócio entre consumidor e fornecedor do produto ou serviço.

Ao menos sete características se apresentam marcantes na demanda judicial para tutela dos direitos do consumidor:

⁵⁶ LICC, art. 4o - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

a) Ao direito material lesado devem corresponder mecanismos processuais para sua tutela, isto porque, como informado no art. 1º do CDC, trata-se de relação elevada à categoria de ordem pública e de interesse social;

b) A competência para julgamento destas demandas é o do domicílio do consumidor, restando nula por abusividade a eleição de cláusula de foro da sede do fornecedor através de contrato de adesão;

c) Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz pode ordenar medidas que assegurem o resultado prático equivalente ao cumprimento integral e voluntário, além da tutela específica pretendida, cogitando-se na conversão em perdas e danos somente para a hipótese de impossibilidade efetiva de cumprimento;

d) É vedada a denunciação à lide, porque todos os envolvidos na cadeia que se estabelece entre produção e circulação são naturalmente responsáveis solidários e podem ser demandados individualmente;

e) A inversão do ônus da prova configura regra de importância impar, dado que altera a regra geral na produção da prova. Presta-se como medida de equilíbrio todas às vezes em que a hipossuficiência da parte mais fraca impossibilita ou dificulta sobremaneira a produção da prova necessária à comprovação dos elementos necessários para a comprovação da causa de pedir.

Trata-se de mecanismo previsto no art. 6º, VIII do CDC e que deve ser aplicado somente se presentes os requisitos da verossimilhança das alegações do consumidor e a sua hipossuficiência, tanto técnica ou econômica.

Cavaliere Filho informa que *‘o Código do Consumidor prevê duas espécies de inversão do ônus da prova: ope iudicis e ope legis. A primeira tem lugar quando a inversão decorre de ato do juiz por estarem presentes os requisitos previstos no inciso VIII do art. 6º. Do CDC. Reza o dispositivo que a inversão poderá ser feita quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação do consumidor ou quando for ele hipossuficiente, segundo regras ordinárias de experiência’* (2008).

Não há consenso na doutrina acerca do momento do anúncio judicial para a incidência da regra da inversão. Para alguns, deve o juiz da causa informar logo na decisão liminar; se incidente, para outros basta que ocorra na decisão de saneamento e, para outros, pode ser indicada já na sentença, sendo certo que o temor de ofensa ao contraditório é que ainda inviabiliza o consenso.

Assim, a partir de julgados recentes, é possível concluir que nas

causas que demandam instrução, a regra da inversão deve ser anunciada na decisão de saneamento, ao passo que nas demandas que autorizam o julgamento antecipado, devem as partes de antemão saber, apenas a partir da fundamentação fática e jurídica apresentada na peça inicial, se ao caso concreto se aplicará a inversão, cabendo a prolação da sentença apenas com fundamentação nesta regra já prevista em lei.

f) A Desconsideração da personalidade jurídica, prevista no art. 28 do CDC é medida que garante o acesso á justiça tanto na fase de conhecimento quanto na execução.

Através deste eficaz mecanismo, é possível evitar manobras do fornecedor para se esquivar da citação no processo ou para ocultar bens, já na fase da execução, para frustrar o cumprimento do comando judicial definitivo (sentença), já que é possível a identificação física e pessoal, com desconsideração momentânea e pontual da personalidade jurídica da empresa, sempre que esta condição inviabilizar o acesso á justiça ou o cumprimento do julgado pelo consumidor lesado.

g) A tutela de urgência poderá ser requerida pelo consumidor, sendo bastante a comprovação de plano dos dois requisitos elencados tanto no art. 273 quanto no art. 461 da lei de processo e ainda art. 84, par. 3º do CDC, quais sejam, a verossimilhança das alegações e o perigo de dano, ou urgência.

A antecipação de tutela presta-se como mecanismo eficaz, com rapidez evidente para debelar, ao menos em parte e pontualmente, o dano sofrido pelo consumidor lesado, já que autorizada de plano judicialmente, inclusive antes da participação da parte contrária, já que o contraditório nesta fase é apenas postergado.

Através do mecanismo da tutela antecipatória é que o cursista consegue o cancelamento da inscrição de seu nome junto a organismos de proteção ao crédito, promovida pela instituição de ensino a partir de dívida inexistente, ou consegue a tutela específica para colação de grau diante de negativa infundada pela instituição de ensino, providências que somente seriam possíveis na fase de execução da ação de conhecimento, depois do trânsito em julgado da sentença, em evidente prejuízo.

2.5.4 Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos

Por vezes, a ofensa praticada pelo produtor ou fornecedor, através da circulação de produto ou serviço com defeito ou a partir de contrato inquinado de abusividade, pode deixar o ambiente individual do consumidor e atingir uma gama maior deles, uma categoria com interesse comum.

Direitos ou interesses (o CDC utiliza os dois termos como sinônimos e assim prosseguiremos) coletivos são aqueles com indeterminação dos titulares e indivisibilidade do objeto, exatamente como ocorre com os interesses relacionados ao meio ambiente (poluição), saúde (remédio deteriorado) e educação.

São classificados como direitos de terceira geração (os de primeira são os políticos, os de segunda os sociais, lembremo-nos). Estão classificados no meio caminho entre o interesse público e o estritamente privado (como mensalidade escolar, por exemplo).

Os direitos coletivos são classificados em três categorias:

a) direitos difusos: o art. 81, par. único, I do CDC, define direito difuso como os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

São características dos direitos difusos a transindividualidade (escapam do interesse pessoal e por isso não admitem transação), indivisibilidade do seu objeto (resolvendo-se o problema para um resolve-se para todos os demais), a indeterminação dos titulares (não se sabe o número de titulares do direito) e a comunhão de interesses entre os titulares a partir de circunstância de fato (e não jurídica, qual seja, ligada a uma situação peculiar e pontual, como a residência em um mesmo município, a ingestão de um mesmo medicamento, a exposição ao mesmo elemento de risco).

b) direitos coletivos estrito senso: têm previsão no art. 81, par. único, II do CDC.

Mantém todas as características dos direitos difusos, mas deles se diferenciam porque existe uma mesma relação jurídica-base, qual seja, os sujeitos são determinados ou determináveis.

Nos direitos difusos a união entre os titulares se dá por circunstância de fato e aqui por circunstância jurídica, como acontece com todos os sócios de uma empresa, todos os sócios de uma agremiação esportiva, todos os condôminos de

um edifício; todos os alunos de uma escola.

c) direitos individuais homogêneos: previstos no art. 81, par. único, III do CDC.

De rigor, são direitos individuais na essência, já que o sujeito é determinado ou determinável e seu objeto é divisível. Todavia, a origem comum faz com que receba tratamento equivalente ou reservado ao direito coletivo.

É o que acontece entre os vitimados por determinado produto ou acidente (de aviação), os assinantes de TV por assinatura. A homogeneidade decorre, portanto, da identidade da lesão para uma mesma gama de lesados.

O CDC reserva para os artigos 82 e seguintes o regime de tutela da ação coletiva que, portanto, pode ser exercitada para defesa dos três tipos de direito coletivo apresentados (difuso, coletivo mesmo e individual homogêneo).

O art. 83 é claro em deixar à disposição de todos os titulares legitimados no art. 82 qualquer ação, desde que estritamente vinculada ao resultado almejado, até para satisfação da condição da ação do interesse de agir (pela utilidade, necessidade e adequação).

Caberia para a tutela desta gama de interesses a ação declaratória de nulidade (do contrato ou de cláusulas), a ação declaratória de quitação, ação de rescisão, ação de obrigação de fazer ou não fazer, ação de indenização pura e simples, dentre outras, além, por evidente, da ação civil pública.

A respeito da ação de obrigação de fazer (e não fazer) o CDC prevê expressamente que se deve por primeiro buscar a satisfação da obrigação contratada a todo o custo, cogitando-se de conversão em perdas e danos apenas para a hipótese de impossibilidade de cumprimento efetivo, na forma do art. 84, par. 1º, daí porque coloca à disposição do interessado todas as medidas necessárias ao cumprimento efetivo, dentre elas busca e apreensão, remoção, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, requisição de força policial e imposição de multa (vide art. 84, par. 5º).

A ação coletiva para defesa do interesse individual homogêneo será ajuizada pelo lesado ou pelos legitimados do art. 81, preferencialmente no foro do domicílio onde ocorreu o dano; terá participação do Ministério Público como fiscal da lei onde não funcionar ele como parte, e demandará a publicação de edital para convocação de tantos quantos queiram integrar o pólo ativo.

A sentença de procedência será genérica, com fixação da extensão

e limite da responsabilidade do produtor ou fornecedor e terá efeito *erga omnes*, protegendo até quem não integrou o pólo ativo da demanda, ao passo que a execução do julgado se dará na forma do art. 98 do CDC, tanto coletiva quanto individualmente, servindo-se como título judicial a certidão da sentença.

A ação civil pública possui regime disciplinado pela Lei n. 7347, de 24.7.85 e se presta especificamente à proteção de danos morais e patrimoniais sofridos pelo consumidor, tal como se vê no art. 1º, II, dentre outras hipóteses, desinteressantes para o presente estudo.

A ação civil pública tem como características:

a) o foro competente para seu processamento é o local da ocorrência do dano (art. 2º);

b) haverá prevenção pela primeira ação com relação a todas as demais envolvendo a mesma conduta danosa (art. 2º, par. único);

c) pode ter por objeto condenação em dinheiro ou cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3º);

d) pode ser precedida de ação cautelar (art. 4º);

e) tem por legitimados extraordinários o Ministério Público, a defensoria pública, as três pessoas de direito público interno, autarquia (a UEL, por exemplo), empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista (a COPEL, por exemplo) - art. 5º;

f) qualquer pessoa pode provocar o Ministério Público a demandar para reparação de danos, tratando-se de atribuição funcional se servidor público (art. 6º);

g) a petição inicial atenderá aos requisitos do art. 282 do CPC e poderá ser precedida de tantos pedidos para obtenção de documentos ou certidões quantos se apresentarem necessários, sendo atribuição de todos os órgãos públicos a sua emissão gratuita (art. 8º);

h) poderá o magistrado deferir medida liminar, com ou sem justificção prévia (art. 12);

i) o eventual produto econômico decorrente de condenação em obrigação de pagar pelo réu, será revertido a fundo específico gerido na forma da lei (art. 13);

j) a sentença na ação civil pública tem efeito *erga omnes* (art. 16);

l) o ajuizamento da ação independe de recolhimento de custas;

m) a eventual configuração de litigância de má-fé pelo legitimado, se pessoa jurídica, resultará na responsabilização solidária de todos os seus diretores, além da condenação em honorários advocatícios e o décuplo das custas, sem prejuízo de perdas e danos.

CAPÍTULO III

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR PRIVADO

3.1 CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E LEGISLAÇÃO

A relação jurídica entre o cursista e a instituição de ensino privada se dá através de negócio jurídico regido pelo direito material obrigacional sendo, portanto, exigência da lei, a capacidade das partes, o licitude do objeto, a obediência à forma prescrita, além da causa prevista em lei e mediante o cumprimento da função social do contrato, exatamente como preconiza o art. 104 do Código Civil/02.

Dúvida inexistente, atualmente, na doutrina ou na jurisprudência, que o negócio jurídico celebrado entre o cidadão e a instituição privada de ensino é regido pela lei do consumo, isto porque se tem de um lado a pessoa jurídica prestadora do serviço e de outro a pessoa física que se utiliza do serviço posto à disposição como destinatário final, tudo em perfeita sintonia com a regra dos arts. 2º e 3º da Lei n. 8078/90^{57/58}.

Inevitável, por força das regras de mercado, da massificação da avença e da agilidade que o sistema impõe, que o instrumento do negócio jurídico celebrado entre as partes se dê por adesão, assim compreendido como o pacto previamente preparado pela instituição de ensino e oferecido ao cursista, sem que se possa colocar em pauta a discussão ou modificação substancial de seu conteúdo.

Deste modo, a adesão ao contrato se dá com restrição da discussão de temas relevantes, deixando-se espaço apenas, quase sempre, às disciplinas que se pretende cursar, à forma de pagamento da mensalidade e oferecimento de garantias, nos termos do art. 54 do CDC⁵⁹.

⁵⁷ Art. 2º. Consumidor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Art. 3º. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

⁵⁸ Vide julgados recentes do STJ em Resp. 2005/0135336-0, T3, Min. Nancy Andrighi, j. 22.05.07 e Resp. n. 1081936/SP, Min. Benedito Gonçalves, T1, j. 18.11.08.

⁵⁹ Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

A tão somente celebração do contrato pela via adesiva não implica em abusividade ou nulidade. Contrato de adesão não é contrato nulo ou abusivo por definição, senão apenas um mecanismo que muito nitidamente representa o fenômeno da massificação dos contratos, intensificada a partir da década de 50 do século passado, com previsão expressa na lei do consumo.

A adesão, então, se apresenta inevitável onde a massificação dos contratos impede a disponibilização de espaço, leia-se tempo, para discussão pormenorizada entre a instituição e cada cursista sobre todos os seus contornos, especialmente considerando que o produto oferecido é avaliado e fiscalizado pelo Poder Público e possui exata dimensão e idêntico interesse por todos os consumidores que se apresentam interessados.

É o mesmo pensamento que se aplica, apenas para exemplo, aos contratos de compra e venda em hipermercados, aos contratos bancários na sua totalidade e aos contratos celebrados com concessionárias e prestadoras de serviços públicos, dentre elas as telefônicas, empresas de fornecimento de água e energia elétrica.

O contrato de prestação de ensino superior, celebrado entre cursista e instituição privada, autorizada e fiscalizada pelo Poder Público, deve receber interpretação à luz do CDC, Constituição Federal e as leis específicas a eles atinentes, dentre elas a Lei n. 9394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, a Lei n. 9870/99, que regulamenta sobre mensalidade escolar, a Lei n. 10260/01, que disciplina o Fundo de Financiamento ao Estudante do ensino Superior (FIES) e a Lei n. 11096/05, que regulamenta a atuação das entidades beneficentes de assistência social de ensino superior (PROUNI).

3.2 PLANO DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, PROUNI, FIES E BOLSA PERMANÊNCIA

O executivo federal, especificamente através do Ministério de Educação e Cultura, instituiu o Plano de Desenvolvimento da Educação - PDE, que pode ser compreendido como um compêndio da política pública de educação para todo o estado nacional, desde a pré-escola até a educação superior.

Integram o PDE, dentre outras iniciativas, o investimento na

educação básica, na educação profissional, na educação superior, na permanência do aluno dentro de sala de aula, na constante avaliação de desempenho do aluno desde os 6 anos de idade, na ampliação de acesso dos educadores às universidades, na facilitação de acesso do aluno rural às escolas, na oferta de equipamento, tecnologia e energia elétrica a todas as escolas, chegando-se até à implementação de sistemas de padronização de vencimentos entre professores de mesmo nível, isto depois da constatação de que 50% dos professores brasileiros, independentemente do nível de escolaridade ou ambiente de trabalho, percebe em torno de R\$.800,00 por 40 horas de trabalho.

O objetivo do sistema é o oferecimento de ensino de qualidade em todas as fases da educação formal, a partir de apuração de dados e informações e, no momento posterior, pela implementação de planos para padronização para, ao final, instituir-se centros de excelência vocacionados para a formação profissional e capacitação do corpo docente.

Vários são os programas específicos para cada área de atuação, merecendo destaque o Programa Brasil Alfabetizado, para adultos com dificuldades de leitura ou que nunca freqüentaram escola regular, olimpíadas de língua portuguesa e de matemática, Prouni, Fies e Bolsa Permanência.

A proliferação dos cursos superiores privados, depois de 1988, implicou de pronto em maior oferta de vagas para os mais diversos cursos superiores, desde os mais tradicionais - medicina, direito, engenharia - aos mais modernos, no mais das vezes ligados às novas tecnologias - alimentos, materiais, recursos renováveis.

Veja-se, apenas para ilustração que os 4908 cursos superiores oferecidos em universidades privadas brasileiras em 1991 saltaram para 23488, ou 4.8 vezes, crescimento vertiginoso que acompanhou o número de vagas oferecidas, de 516.663 para 2.823.942, com aumento de 5.5 vezes⁶⁰, para o mesmo período.

De norte a sul do país, o sonho do acesso ao ensino superior, muitas vezes drástica e dolorosamente interrompido pelos concursos vestibulares cada mais disputados e concorridos, tornou-se realidade mais palpável.

Todavia, a partir deste período, um verdadeiro contra-senso ou uma

⁶⁰ Os dados constam do sítio www.inpe.gov, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacional Anísio Teixeira, que promove o Censo da Educação Superior, do Ministério da Educação e que tem atualizados os dados apenas até 2007.

deturpação do sistema consentido pelas autoridades públicas, instalou-se de forma inarredável.

Os alunos oriundos das escolas privadas mais caras, com ensino médio vocacionado aos concursos públicos de ingresso, os vestibulares, através de metodologia moderna e agressiva, passam a galgar às vagas nos cursos mais concorridos das universidades públicas ao mesmo tempo em que os alunos das escolas públicas de ensino médio não conseguem concorrer em igualdade de condições com seus adversários das escolas privadas, somente conseguindo acesso às universidades privadas, caras e de qualidade muitas vezes sofrível⁶¹.

Com efeito, se a dificuldade anterior era apenas o acesso aos cursos superiores públicos pelo concurso vestibular, agora a dificuldade maior é o compromisso financeiro mensal assumido pelo cursista através do contrato de prestação de ensino superior e com a qualidade do ensino oferecido.

Objetivando viabilizar o acesso do estudante economicamente desprotegido à instituição privada, o administrativo federal instituiu três programas, dentro do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), vocacionados a auxiliar no acesso e na manutenção do aluno com dificuldade de ordem financeira na instituição privada por ele eleita, mostrando-se interessante avaliação superficial sobre cada um deles.

O Programa Universidade para Todos - PROUNI, idealizado em 2004, mas efetivamente instituído pela Lei n. 11.096/05, para convalidar os termos da Medida Provisória n. 213/04, tem por fim a concessão de bolsa de estudo, integral ou parcial, ao aluno brasileiro, ainda não graduado, que completou em escola pública o ensino médio ou oriundo de escola privada desde que bolsista integral, mas cuja renda *per capita* dentro do núcleo familiar não supere os três salários mínimos nacionais mensais, além de portadores de deficiências e professores de instituições públicas, exatamente como se vê dos arts. 1º e 2º⁶².

⁶¹ Em 2008 o MEC encerrou as atividades de trinta faculdades ou centros de estudos universitários por todo o Brasil por deficiência técnica, quadro de professores sem qualificação e ausência de pesquisa.

⁶² Art. 1º Fica instituído, sob a gestão do Ministério da Educação, o Programa Universidade para Todos - PROUNI, destinado à concessão de bolsas de estudo integrais e bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudantes de cursos de graduação e seqüenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos.

A seleção do aluno tem início com o seu desempenho no Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM, instituído em 1998 e que tem por objetivo avaliar o aluno ao cabo do ensino básico a partir de critérios definidos e com incidência em âmbito nacional, com publicação do desempenho de alunos e escolas. Tem sido este resultado atualmente utilizado como ingresso em instituições públicas federais, como critério único ou concomitante com o processo seletivo da instituição.

Munido de seu resultado no ENEM, o aluno então elege a instituição privada de sua preferência e promove sua inscrição, sujeitando-se ao processo de seleção próprio da instituição. Depois de vencidas todas as formalidades e concedida, a bolsa é classificada como definitiva, ou seja, não há previsão para reembolso no futuro pelo aluno.

Para a instituição de ensino, com ou sem finalidade de lucro, deve haver a celebração de instrumento de adesão ao plano, com oferecimento de vagas a partir de proporção entre os alunos pagantes e efetivamente matriculados, a partir de tabela prevista em lei, sendo certo que a efetiva concessão da bolsa integral ou parcial implicará na isenção de Imposto de Renda, da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, da Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social e da Contribuição para o Programa de Integração Social, em estrito cumprimento à regra do art. 8º da Lei n. 11.096/05⁶³.

A instituição que adere ao Prouni fica isenta dos seguintes impostos e contribuições no período de vigência do termo de adesão: I - Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas; II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido; III - Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social; IV - Contribuição para o Programa de Integração Social.

§ 1º A bolsa de estudo integral será concedida a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 1 (um) salário-mínimo e 1/2 (meio).

§ 2º As bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), cujos critérios de distribuição serão definidos em regulamento pelo Ministério da Educação, serão concedidas a brasileiros não-portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 3 (três) salários-mínimos, mediante critérios definidos pelo Ministério da Educação ...

Art. 2º A bolsa será destinada: I - a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral; II - o estudante portador de deficiência, nos termos da lei; III - a professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 1º desta Lei.

⁶³ Art. 8º A instituição que aderir ao Prouni ficará isenta dos seguintes impostos e contribuições no período de vigência do termo de adesão: I - Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas; II -

O FIES, Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior é o nome conferido ao programa desenvolvido pelo MEC e instituído pela Lei n. 10.260/01, dirigido ao estudante de curso de graduação oriundos de escola privada de ensino médio, qual seja, não gratuita.

Trata-se de fundo que tem seus recursos oriundos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), a partir de: I - dotações orçamentárias consignadas ao MEC, ressalvado o disposto no art. 16; II - trinta por cento da renda líquida dos concursos de prognósticos administrados pela Caixa Econômica Federal, bem como a totalidade dos recursos de premiação não procurados pelos contemplados dentro do prazo de prescrição, ressalvado o disposto no art. 16, III - encargos e sanções contratualmente cobrados nos financiamentos concedidos ao amparo desta Lei; IV - taxas e emolumentos cobrados dos participantes dos processos de seleção para o financiamento; V - encargos e sanções contratualmente cobrados nos financiamentos concedidos no âmbito do Programa de Crédito Educativo, de que trata a Lei n. 8436/92, ressalvado o disposto no art. 16, VI - rendimento de aplicações financeiras sobre suas disponibilidades, VII - receitas patrimoniais e VIII - outras receitas⁶⁴.

O aluno apresenta o pedido, acompanhado da documentação exigida em lei e, para o caso de sucesso, celebra o contrato de financiamento para pagamento do valor da mensalidade regular em prazo não superior ao da graduação, com juros estipulados pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), oferece as garantias adequadas mediante iniciativa do estudante financiado ou exigidas pela entidade mantenedora da instituição de ensino, tem carência de 18 (dezoito) meses contados a partir do mês imediatamente subsequente ao da conclusão do curso para início dos pagamentos e pode promover amortizações com no décimo nono mês ao da conclusão do curso, ou antecipadamente, por iniciativa do estudante financiado, parcelando-se o saldo devedor em período equivalente a até três vezes o prazo de permanência do estudante na condição de financiado, acrescido de 12 (doze) meses, exatamente como se vê da redação do art. 5º da Lei n. 10.260/01.

Por fim, a chamada Bolsa Permanência é o programa ainda embrionário dirigido aos alunos de curso superior com dívidas perante a instituição

Contribuição Social sobre o Lucro Líquido; III - Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social; IV - Contribuição para o Programa de Integração Social.

⁶⁴ Art. 2º da Lei n. 10.260/01.

privada e que, por ventura, não conseguirem enquadrar-se no Prouni ou Fies.

Trata-se de tentativa de auxílio ao cursista de baixa renda para os programas de pró-licenciatura e proformação, com preferência aos cursos de período integral que inviabilizam ou dificultam sobremaneira o trabalho concomitantemente ao estudo e que, não houvesse o socorro da bolsa, inevitavelmente buscariam os cancelamentos ou trancamentos de matrícula dada a dificuldade de ordem financeira instalada e que os afastaria da colação de grau no termo final das atividades acadêmicas.

3.3 CLÁUSULAS ABUSIVAS MAIS MARCANTES

A atualidade do tema se faz nítida diante da notícia de proliferação de cursos superiores e do acesso mais facilitado às universidades por uma camada maior da população, que aceita o ingresso tanto a instituições antigas e renomadas quanto àquelas classificadas como novas e despreparadas, estas últimas não raro munidas do nada nobre objetivo de obtenção de ganho sem o conseqüente compromisso com qualidade na prestação deste serviço classificado pela carta magna como fundamental, deixando de oferecer cultura e nova oportunidade profissional ao cidadão para focar seu interesse no ganho, no lucro, no dinheiro.

Para garantia deste regime de convocação desenfreada de interessados, algumas vezes através de exames de seleção apenas formais, sem critérios, o contrato de ensino superior algumas vezes se apresenta jungido de rigor excessivo apenas para uma das partes na avença - o consumidor do serviço - notadamente na parte referente ao equilíbrio econômico-financeiro.

Este desequilíbrio é usual mas incorretamente justificado pela necessidade de se garantir a instituição contra o inadimplemento que decorre justamente do chamamento do aluno muitas vezes não comprometido com os ideais nobres do contrato firmado, que acaba abandonando as atividades pedagógicas, com conseqüente queda de faturamento.

Assim, de um lado se tem o cidadão interessado na obtenção do curso superior para crescimento intelectual e profissional e de outro se encontra a instituição de ensino que, se bem intencionada em seu propósito central,

efetivamente necessita de garantia para cumprimento da parte que lhe toca em contrato tão relevante para a edificação da democracia, qualificado e diferenciado das demais formas de contrato já que tem como escopo o oferecimento de direito classificado como social e por isto essencial, cujo objetivo é a garantia de uma sociedade mais livre, justa e solidária, exatamente como se vê na regra do art. 4º. da Constituição Federal, o que somente se pode almejar a partir de regra rígida para controle do aspecto econômico-financeiro.

Esta dualidade ou dicotomia de interesses tão diversos, travada entre o cursista e a instituição de ensino, traduzida pelo contrato de adesão, pode resultar em conflitos menos ou mais relevantes, inclusive com possibilidade de interrupção ou cessação do serviço essencial oferecido, ora por iniciativa da instituição (através da dispensa) e ora pelo cursista (abandono), em evidente prejuízo ao propósito original do sistema, de acesso ao modelo de ensino superior por organismos privados.

A partir de tudo quanto restou exposto, alguns focos de conflito decorrentes da interpretação de cláusulas contratuais, podem ser apresentados e brevemente avaliados, ainda que apenas exemplificativamente.

Não se apresenta abusiva a cláusula que permite à instituição de ensino deixar de oferecer as atividades pedagógicas regulares ao cursista inadimplente com relação ao pagamento das mensalidades dentro do ano letivo respectivo, assim como negar matrícula ao cursista diante de pendência financeira relativa ao período letivo imediatamente anterior, medida que se encontra inclusive regulamentada nos arts. 5º e 6º da Lei n. 9870/99.

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RENOVAÇÃO DE MATRÍCULA. ALUNO INADIMPLENTE. RECUSA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. O contrato de prestação de serviços educacionais constitui uma relação jurídica material de direito privado, de natureza sinalagmática, no qual não há previsão de gratuidade, de modo que são exigíveis as mensalidades vencidas a título de contraprestação pelos serviços educacionais postos à disposição dos alunos. Nos termos do artigo 5º da Lei n. 9870/99, a recusa à renovação da matrícula ao aluno inadimplente consiste em exercício regular de direito, porque embora o ordenamento proteja o aluno inadimplente de 'sanções pedagógicas', não lhe confere direito à renovação da matrícula naquela situação. RECURSO PROVIDO (TJSP, 25ª Câmara de Direito Privado, Rel. Dês. AMORIM CANTUÁRIA, j. 07.07.2009).

Não há abusividade na previsão contratual de responsabilização de ambos os genitores pelos efeitos decorrentes do contrato de prestação de serviço educacional celebrado em favor de cursista menor de idade.

AÇÃO MONITORIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS A MENOR. COBRANÇA DIRIGIDA CONTRA. PAIS DE MENORES. ALEGAÇÃO DE QUE A ASSINATURA NO CONTRATO NÃO FOI DO PAI, MAS DA MÃE DA CRIANÇA MATRICULADA. IRRELEVÂNCIA. PRECEITOS CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL QUE DETERMINAM A OBRIGAÇÃO DE AMBOS OS PAIS PELA EDUCAÇÃO E SUSTENTO DOS FILHOS. RECURSO PROVIDO (TJSP, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. EMANUEL OLIVEIRA, j. 04.08.2009).

Não é admitida a cobrança de multa moratória por índice superior a 2%, estando aqui incidente a regra simples e clara do art. 52, par. 1º do CDC.

Prestação de serviço. Ensino, Cobrança. Contrato celebrado com menor. Não há a nulidade pretendida. A alegação de que por ocasião da contratação da prestação de serviço educacional, o aluno menor não tenha sido assistido por seu responsável não restou comprovada, tampouco de que omitiu tal fato ingenuamente, ou ainda que a parte adversa sabia da sua incapacidade civil; de qualquer forma, não lhe é dada possibilidade de eximir-se da obrigação assumida sob tal pecha quando se utilizou o serviço e não efetuou nenhum pagamento com exceção do primeiro. Prestação de serviço. Ensino. Cobrança. Inexistindo comprovação do pagamento das mensalidades escolares de rigor a procedência da ação. A situação financeira precária não é justificativa para eximir-se da obrigação. Prestação de serviços. Cobrança. Ensino. Multa. A multa prevista em contrato no caso de inadimplemento de mensalidades escolares não pode ultrapassar 2% (art. 52, § 1º do CDC). (TJPS, 28ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. JULIO VIDAL, j. 26.04.2007).

Não é abusiva a exigência de prestação de garantia real, principalmente quando o débito original é objeto de seguidas renegociações e seguidos atrasos.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. INSTRUMENTO PÚBLICO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA COM GARANTIA HIPOTECÁRIA. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. NOVAÇÃO. MERAS TRATATIVAS DE DILAÇÃO DE PRAZO E ATENUAÇÃO DOS ENCARGOS NÃO TRADUZEM ANIMUS NOVANDI. NÃO CABE CONFUNDIR INTENÇÃO DE FAVORECER PAGAMENTO DE DÍVIDA COM PROPÓSITO DE SUBSTITUIÇÃO DA DÍVIDA CONFESSADA POR OUTRA. MERO ABRANDAMENTO OBRIGACIONAL POR LIBERALIDADE DO CREDOR NÃO INDUZ NOVAÇÃO. EXIGIBILIDADE DO TÍTULO. CONFIGURAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (TJPR, Acórdão nº 7336, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Edson Vidal Pinto, j. 11/07/2007).

É abusiva a exigência de prestação de garantia real por familiares do cursista.

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO – CONFISSÃO DE DÍVIDA POR ESCRITURA PÚBLICA COM GARANTIA HIPOTECÁRIA, NOTAS PROMISSÓRIAS E DUPLICATAS - CONFITENTE - ILEGITIMIDADE - NULIDADE DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E DAS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS (GARANTIA HIPOTECÁRIA E NOTAS PROMISSÓRIAS) - DUPLICATAS - AUTONOMIA - PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS COMPROVADA - ADEQUAÇÃO DA EXECUÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A liberdade de contratar jamais foi ilimitada, impondo a ordem jurídica que, para a celebração de determinados contratos, tenha o agente, além da capacidade geral, aptidão específica para o negócio jurídico. 2. Assim é que somente pode confessar-se devedor aquele que figura como sujeito passivo na relação jurídica de direito material, sob pena de faltar-lhe legitimação para o ato (confissão de dívida); 3. Uma vez reconhecida a invalidade da obrigação principal, inválidas serão também as obrigações acessórias, a teor da expressa disposição do art. 184 do Código Civil (TJPR, Acórdão n. 10192, 14ª Câmara Cível, rel. Des. GLADEMIR VIDAL ANTUNES PANIZZI, j. 04.06.2008)

É abusiva e, portanto, nula, a disposição contratual ou regimental que impede o cursista inadimplente de colar grau diante de pendência financeira, desde que relativa ao último ano letivo.

Prestação de serviços educacionais. Inadimplemento. Retenção do diploma. 1. É vedado á instituição de ensino lançar mão de meios de pressão para obter a quitação do débito de seus alunos. 2. É inadmissível a recusa da instituição de ensino á entrega do diploma ao aluno regularmente aprovado, com fulcro no inadimplemento das mensalidades, certo que há meios eficazes á disposição da credora para tanto. 3. Deram provimento ao recurso (TJSP, 25ª Câmara de Direito Privado, j. 18.03.2010, Rel. Des. VANDERCI ALVARES).

É nula a cláusula de eleição de foro que beneficia somente a instituição de ensino e, ao mesmo tempo, implica em dificuldade ao exercício do direito de defesa pelo cursista, para os casos de discussão do contrato em ação judicial.

AÇÃO DE COBRANÇA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL. Relação de consumo. Contrato de adesão. Estipulação unilateral de foro. Inviabilidade. Restrição ao consumidor do pleno exercício de defesa. Compreensão do parágrafo único do art. 112 do Código de Processo Civil. Súmula n. 335 do STF. Não incidência. Recurso desprovido recurso (TJSP, 27ª Câmara de Direito Privado, j. 01.12.2009, Rel. Des. DIMAS RUBENS FONSECA).

É abusiva e, portanto, nula, a cláusula prevista no contrato que permite a instituição de ensino interromper definitivamente as atividades

pedagógicas e encerrar a turma ao argumento de inviabilidade financeira decorrente de insuficiência de matrículas.

CONTRATO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. DESCONTINUIDADE DE CURSO UNIVERSITÁRIO. CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. ABUSIVIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE PERMITE À UNIVERSIDADE A EXTINÇÃO DE TURMAS POR INSUFICIÊNCIA DE ALUNOS MATRICULADOS. CLÁUSULA NULA DE PLENO DIREITO. Exegese dos arts. 209 da CF e 43, II da Lei n. 9394/96, em conformidade com os arts. 6º e 51 do CDC. Prática abusiva por parte da instituição de ensino que conduziu à desistência de alunos. Caracterização do vício do serviço. Art. 2º do CDC. Responsabilidade objetiva pelos prejuízos resultantes. Indenização pelos danos materiais consistentes nas despesas efetivamente demonstradas, suportadas com o curso que não pode ser concluído por fato imputável unicamente à instituição de ensino. Improcedência do pedido de indenização por lucros cessantes, meramente hipotéticos no caso dos autos. Danos morais reconhecidos, pela frustração do objetivo de concluir o curso superior para o exercício da profissão escolhida, após considerável período de dedicação. Ação parcialmente procedente. Sucumbência da ré recurso parcialmente provido (TJSP, 30ª Câmara de Direito Privado, j. 14.04.2010, Rel. Des. EDGARD ROSA).

Finalmente, apenas para ilustração e mesmo provocação, as seguintes matérias não são objeto de consenso na doutrina ou jurisprudência, mas se apresentam igualmente relevantes:

a) A princípio, não há qualquer possibilidade de majoração no preço da mensalidade sem prévia motivação ou por mais de uma vez no ano;

b) Deve ser reconhecida abusiva a cláusula contratual ou a decisão administrativa interna da prestadora do serviço educacional que se nega à apresentação ou expedição de documentos indispensáveis para transferência do cursista para outra instituição de ensino, diante de débitos ainda pendentes de pagamento;

c) A oferta de curso à população em geral, antes de decorridas as fases do procedimento para validação ou autorização, representa ofensa ao patrimônio moral e material do cursista, conduta ofensiva que somente pode ser reparada através de compensação financeira pela instituição de ensino;

d) Juros, multa e índices de correção monetária para as parcelas em atraso devem ser previstos no contrato de forma expressa, inclusive com índices certos, sob pena de serem considerados como não incidentes;

e) É ilícita e moralmente incorreta a exigência de emissão de títulos de crédito ou cambiariformes em branco pelo cursista no ato da celebração do contrato, como forma de garantia ao cumprimento, o que não impede que o aluno

emita cheques pré-datados, desde que esta seja a forma avançada para o pagamento da mensalidade;

f) É absolutamente reprovável e, portanto, nula, qualquer iniciativa de publicidade da pendência financeira do aluno dentro do ambiente da instituição, caracterizando ilícito civil a cobrança através de meios vexatórios e que exponham ao ridículo o cursista, na forma do art. 42 do CDC;

g) É lícito exigir que terceiros prestem garantias em favor do cursista, especialmente seus genitores ou familiares, desde que se trate de fato de amplo conhecimento e informação de todos os envolvidos, desde que comprovado que o cursista não pode fazê-lo a partir de suas próprias forças ou de qualquer outra forma de garantia e, mais, se os outros meios de garantia originalmente estipulados não tenham surtido efeito e não evitaram a subsistência do débito.

Tratam-se, como visto, de hipóteses usuais de conflito entre o cursista e a instituição de ensino, a maciça maioria delas passível de resolução apenas a partir da incidência de regras simples do CDC ou da Lei n. 9394/96 e Lei n. 9870/99.

Isto se dá porque se tratam de querelas individuais, cujo efeito da decisão judicial, em tese, não tem reflexo para o mundo de fora, o que, a princípio, dispensa a invocação de técnicas de julgamento e de hermenêutica calcadas na ofensa à democracia ou à lesão a direito fundamental.

A dificuldade se apresenta sempre que estas pendências se caracterizam pelo comprometimento do sistema, com conseqüente violação do direito de acesso à educação por uma ou outra parte.

É o que acontece, também aqui apenas para exemplo, com a instituição de ensino superior que prossegue oferecendo vagas aos cidadãos em geral, mesmo já notificada pelo Ministério da Educação e Cultura sobre a impossibilidade de fazê-lo por conta de irregularidades apontadas por seus agentes e classificadas como intransponíveis.

É o que se vê com o encerramento definitivo das atividades de determinada instituição privada de ensino superior, por decisão administrativa ou em cumprimento à decisão judicial, que resulta em inegável prejuízo não apenas aos alunos atingidos, mas à coletividade, que passa a não ter segurança no sistema implantado pelo Poder Público para fiscalização das instituições por ele mesmo autorizadas, a princípio, a operar.

Nestes casos, em que a conduta abusiva, ilegal e perigosa de instituições particulares de ensino superior, descomprometidas com seu mister constitucional, tem resultado concreto, toda a coletividade é atingida, o que demanda atuação judicial através de outro arsenal hermenêutico, desta feita não para resolução de pendenga individual, mas para recomposição de uma situação de fato que macula ou ofende a toda a coletividade, a partir de lesão a direito fundamental.

É para este segundo grupo de litígio, caracterizado pela ofensa a todo o sistema de promoção da educação, em detrimento da vontade individual das partes, que ao julgador é dado lançar mão de interpretação da relação privada no contexto da constitucionalização, o que justifica dirigismo ou mesmo conduta ativista, em nome do garantimento do Estado Democrático de Direito.

3.4 O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR E GLOBALIZAÇÃO - TRATADO DE BOLOGNA

Globalização é o nome que se dá a um fenômeno, muito mais que um momento ou modismo, de intercâmbio de informação e circulação de riquezas entre diferentes nações, a partir de mecanismos facilitados e efetivos, diferentemente do que até hoje se concebeu.

A civilização humana já passou por outras grandes ondas de intercâmbio, sendo as mais marcantes aquelas que decorreram ou foram implementadas pelos impérios dominadores, que tinham por característica o monopólio da distribuição da riqueza cultural através da dominação bruta, pura e simples sobre os seus subjugados, processos que resultaram em efeitos concretos que se protraíram por tempo longo, inclusive depois de amainado o domínio antes imposto. Veja-se, apenas para ilustração, a influência moura na península ibérica que perdura na arquitetura, hábitos alimentares e cultura até os dias de hoje ou na língua francesa, ainda utilizada por vários países africanos.

A globalização, diferentemente de outros processos de intercâmbio entre povos, caracteriza-se pelo predomínio da rapidez na implantação de seus propósitos, principalmente através da rede mundial de computadores, e pelo seu

inapelável viés econômico, muito mais que cultural, como antes acontecia, através de processo que inapelavelmente ignora barreiras alfandegárias ou as fronteiras físicas entre as nações, governos, políticas e ideologias.

Para Habermas:

A expressão globalização evoca, em contraposição ao lastro territorial do Estado nacional, a imagem de rios transbordando que minam os controles de fronteira e que podem levar à destruição do edifício nacional, a nova importância das grandezas relativas à rapidez de fluxo assinalam a transposição dos controles da dimensão espacial para temporal. O deslocamento dos valores, de 'senhor do território' para 'mestre da velocidade' parece enfraquecer o Estado nacional (2001).

Com a implementação deste fenômeno, todos os ramos das ciências humanas passaram a sobre ele debruçar esforços para racionalização ou padronização de suas premissas, trabalho árduo mas ainda longe de conclusão.

Para os sociólogos, presta-se a globalização a publicização de costumes e experiências antes restritos aos núcleos regionais.

Os economistas pensam este modelo como uma nova era da ciência econômica, com predomínio de grandes corporações e luta ferrenha pela produção e distribuição de produtos a partir de custos tão menores quanto possível, além da apreciação distante e desconfiada do nascimento da nova grande potência econômica mundial, a China.

Para os juristas, este fenômeno inebriante ainda suscita debate sobre a própria natureza e extensão da presença e importância do Estado, através de dúvidas esmiuçadas por Habermas (2001) e que sobremaneira deitam laços sobre a segurança jurídica e a efetividade do Estado administrativo, a soberania do Estado territorial, a identidade coletiva e a legitimidade democrática do Estado Nacional.

A respeito da nova e definitiva presença da globalização em nosso meio, assevera Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy:

A globalização surpreende, encanta e assusta, realizando várias formas de alienação, percebidas como naturais no processo civilizatório. Surpreendemo-nos com a velocidade com a qual rearticula nossas vidas, encanta-nos com as promessas que faz, assusta-nos ao evidenciar nossa falibilidade. Percebe-se uma globalização *fábula*, cuja crença nos é imposta; uma globalização *perversa*, que matiza a realidade vivente; uma globalização *utópica*, que anuncia um mundo panglossianamente melhor. Ângulo pessimista (e realista) indica-nos que a globalização mata a noção de

solidariedade, devolve o homem á condição primitiva do cada um por si e, como se voltássemos a ser animais da selva, reduz as noções de moralidade pública e particular a um quase nada. Segundo Anthony Gidens, a propósito da expressão globalização, trata-se de [...] *palavra que não estava em parte alguma* {mas que} *passou a estar em toda parte* (2004, p. 01).

Sobre o mesmo tema veja-se o ensinamento de Flavia Piovesan:

Em um contexto cada vez mais caracterizado pela relação entre Estados, regiões e instituições internacionais, marcado pelos processos de integração regional e globalização econômica, o terceiro milênio reserva como maior débito e desafio a incorporação dos direitos humanos, como paradigma central de uma ordem mais democrática e igualitária, nos planos local, regional e global. Se o mundo não está em ordem, já que a ordenação é sempre um problema central e aberto, a criação de uma nova ordem há de celebrar o encontro dos valores da democracia e do desenvolvimento, inspirado na crença da absoluta prevalência da dignidade humana (2002, p. 75)

Para os educadores, a globalização igualmente aguça o pensamento com suas incertezas e seu espectro.

Todavia, certo é que como corolário deste processo de maior, melhor e mundializado acesso a informação, inevitável que uma gama maior de estudantes de todos os níveis de todas as partes passassem a procurar estudo formal para capacitação ou especialização em outros estados, principalmente aqueles detentores de material humano e científico mais reconhecidamente qualificado, relegando-se as fronteiras geográficas a segundo plano.

Argentinos, australianos e brasileiros se esforçarem para estudar francês no Canadá não é exatamente uma novidade, o mesmo acontecendo com húngaros, macedônios e tchecos, que gastam todas as suas economias para passar uma temporada nas escolas italianas para estrangeiros. Todavia, mais e mais americanos se matricularem nas escolas de mandarim efetivamente é um fenômeno que deriva do novo, do antes inexistente.

O intercâmbio cultural entre nações que sempre houve, com maior ou menor facilidade, agora passa a ser considerado rotina, quase como fase do processo de aprendizado ou especialização.

Sabedores desta nova realidade e percebendo a necessidade de uma regulamentação mais incisiva, além de padronização de sistemas, ministros da educação (ou seu equivalente) de 29 nações européias, elaboraram o documento denominado Tratado de Bologna, cujo objetivo é a criação de um 'Espaço Europeu

de Ensino Superior', com unificação de currículos, oferecimento e validação de créditos para disciplinas realizadas em qualquer dos Estados signatários, oferecendo ao aluno mobilidade concreta e curricular jamais concebidos.

A globalização, mais evidente representação do sistema capitalista pós-moderno, resultou em *déficit* e desnivelamento econômico e cultural com índices mensuráveis objetivamente. Fala-se, hoje, em desemprego em países ricos e menos tempo de estudo formal em nações antes consideradas absolutamente livres destas mazelas.

O Tratado de Bologna, idealizado em 1999 e com termo inicial de implantação previsto já para o início de 2010, se propõe justamente a alterar este cenário. O mesmo fenômeno que implicou na implantação de desigualdades, com Portugal, Grécia e os países do leste europeu a sofrer com estagnação, agora se presta justamente ao contrário, já que através de uma aparente desconsideração de regionalismos e vieses ideológicos, o acesso ao estudo formal de nível superior se mostra real, concreto, hábil para reverter o processo de incertezas e inseguranças desencadeado pela globalização no seu aspecto mais visível, o econômico.

Se a distribuição de riqueza passou a fomentar prosperidade apenas para um pequeno grupo de nações, além de perpetuar a pobreza aos que já eram economicamente menos favorecidos, a unificação proposta pelo Tratado de Bologna se apresenta como ferramenta concreta de reversão deste processo, não através da distribuição de valores materiais, de riqueza no sentido patrimonial, mas de disponibilização e acessibilidade ao conhecimento, ao conteúdo.

Dados técnicos apontam que o jovem europeu vem gradativamente deixando de lado a qualificação profissional através do ciclo formal e completo para ingressar cada vez mais cedo no mercado de trabalho, o que empobrece a criação científica e antecipa fases.

Assim, há necessidade de incentivo a que estudantes de todas as partes do mundo se interessem mais proximamente pelo engajamento a este novo sistema, movimentação que, a nós latinos, interessa muito proximamente, isto porque o nosso afastamento histórico da ciência mais avançada sempre incentivou a procura pelos países europeus, fenômeno que agora apenas se intensifica.

É certo, poder-se-ia concluir, que esta movimentação fomenta um circuito contínuo e infinito que, imediatamente, pode proporcionar riqueza cultural de valor inestimável mas ao mesmo tempo pode fazer subsistir a mesma desigualdade

que hoje criticamos e que atribuímos ao fenômeno da globalização.

Como todo mecanismo novo e impactante, o sistema europeu de unificação de currículos será objeto de muita discussão e críticas.

Para nós, latino-americanos, fica a impressão de que, tal como antes, os principais cérebros que se interessarem pela busca da qualificação educacional no velho continente, não mais retornarão porque serão por lá mesmo aproveitados, encantados com as propostas financeiras decorrentes de contratos de trabalho que certamente lhe serão oferecidos, ou com a expectativa de ainda maior qualificação acadêmica.

3.5 REVISÃO JUDICIAL DA CLÁUSULA ABUSIVA NO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR PRIVADO, O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A FUNÇÃO SOCIAL

A força obrigatória do contrato, quiçá mais marcante característica dos contratos, ao lado da liberdade contratual, é minimizada diante da necessidade da revisão de seus termos por fatos aqui já apontados como tão relevantes que colocam em risco a sua própria natureza.

Com efeito, somente se cogita da revisão do contrato se o objetivo é justamente dar-lhe sobrevida, o que pode acontecer no ambiente privado, interno, a partir da iniciativa de ambos os contratantes ou por decisão judicial.

Para o primeiro caso, a mesma liberdade, as mesmas premissas e os mesmos objetivos, que uniram as duas partes para a celebração da avença também as moverá para se entenderem com relação aos termos da revisão do pacto.

Para o segundo caso, a revisão do contrato por decisão judicial demanda premissa ainda mais relevante, isto porque somente tem espaço se calcado em motivo relevante para a sua existência e, mais se não há consenso entre os contratantes para a sua adequação administrativa, tratando-se de nítida intromissão do estado-juiz na liberdade privada mas, por evidente, com base na lei e com mote justamente na manutenção do pacto, tudo com fundamento na concretização de princípios do Direito.

A revisão dos contratos de prestação de ensino superior pelo Poder

Judiciário, então, pode ser avaliada sob dois diferentes prismas.

Num primeiro momento, ou imediatamente, busca-se a recuperação da reciprocidade indispensável ao equilíbrio que deve imperar nas prestações de parte a parte.

Deste modo, busca-se a intervenção estatal para imposição de juros menores, para eliminação de uma das várias garantias exigidas pela instituição de ensino, para a desconsideração de formalidades ou burocracias aparentemente inúteis e que inviabilizariam transferência para outra instituição ou mesmo para se evitar a cobrança por pagamentos em atraso através de mecanismo ofensivo ou que exponha o devedor/cursista a constrangimento e humilhação.

Para todas estas impropriedades, a princípio, seria bastante a invocação da lei do consumo (CDC), com o que se pode buscar recuperar o equilíbrio que deve imperar entre os contratantes justamente para que, de um lado, se possa oferecer ao cursista toda a atividade pedagógica programada até a colação de grau e, de outro lado, garantir-se o equilíbrio econômico-financeiro para a instituição de ensino que não pratica filantropia.

Não se trata de intervenção de menor importância senão apenas restrita à relação privada que impera entre cursista e instituição.

Num segundo momento, ou mediamente, a revisão judicial do contrato tem por finalidade a manutenção do pacto através de adequações indispensáveis e supervenientes à sua celebração não para atendimento do interesse ou da vontade imediata das partes mas para garantir a oferta de ensino superior ao cidadão.

Aqui a intervenção estatal deve ser avaliada sob a perspectiva de imposição da função social do contrato, oportunidade em que seus efeitos e a sua importância suplantam os interesses individuais dos contratantes.

Sob este enfoque, deixa o magistrado de se atentar para as particularidades do contrato celebrado e de apurar o efetivo interesse que cada parte apresenta na contenda posta a julgamento - já que se trata de revisão que se dá somente através do exercício do direito subjetivo de ação - para avaliar se a eventual rescisão do contrato decorrente da mora ou inadimplemento de qualquer das partes pode representar ofensa ao direito fundamental de acesso ao ensino e de efetivo exercício desta missão reservada a instituições privadas por mandamento constitucional.

Com efeito, a partir deste pensamento, a conduta de ambos os

contratantes - instituição de ensino e cursista - deve ser avaliada não para atendimento de seus próprios e imediatos interesses mas para exercitar ou tornar objetivo um dos direitos fundamentais, elevado à categoria de direito constitucionalmente protegido.

O julgamento desta demanda, então, requer atuação do magistrado preparado para atuar como agente concretizador da democracia, que percebe violação ao próprio estado democrático sempre que um dos direitos que lhe servem de pilastra encontra-se em perigo.

A rescisão do contrato privado, portanto, pode não representar derrota particular, pequena, ou proveniente de litígio privado. Pode representar o desprezo a um dos direitos classificados como fundamentais pela Constituição Federal e, portanto, foco infeccioso ao próprio regime democrático.

Admitir a falência do contrato, a partir deste aspecto, significa reduzir a importância da missão confiada pelo legislador constitucional à iniciativa privada, restringindo-se o acesso do cidadão ao conhecimento formal de nível superior, segura e sabidamente indispensável ao crescimento da nação em todos os sentidos, o que pode macular a própria democracia.

Desta forma, antes de se admitir a rescisão do contrato, deve o julgador cobrar do interessado na ruptura do pacto a comprovação da busca de todos os mecanismos postos à sua disposição para evitar este desfecho prematuro e desavisado.

Deve cobrar da instituição de ensino a comprovação da não utilização de meios menos rigorosos de cobrança, de maior publicidade às suas ações, de respeito na sua relação com o cursista em todos os sentidos, tendo-o como agente de progresso, de cultura e não mero cliente.

Deve cobrar do cursista, por outro lado, a comprovação de que efetivamente busca (ou buscava) sua ascensão cultural de forma concreta assim como a comprovação de que tenha procurado todos os programas oficiais oferecidos pelo executivo federal sobre custeio ou financiamento das mensalidades, além de cobrar dele a demonstração de empenho e desempenho.

Democracia é um sistema em construção, nunca imposto ou recebido, sob pena de ilegitimidade.

A legitimidade do modelo democrático somente se obtém a partir da participação efetiva de cada membro, indivíduo ou instituição da sociedade que a

tenha eleito como rumo, como norte.

Banalizar o acesso à educação formal, classificada como direito da personalidade, protegido pela Constituição Federal justamente porque essencial para a construção de um estado mais justo, solidário e rico, é o mesmo que banalizar a própria democracia.

CONCLUSÕES

O Estado Brasileiro, Democrático e de Direito, ainda se encontra em formação.

A concretização de todos os objetivos da República, previstos no art. 3º, IV da Constituição Federal, dentre eles a distribuição da justiça, através da dádiva de dar a cada um o que é seu, mas através do respeito aos direitos sociais ou fundamentais e os da personalidade, somente pode acontecer a partir de estrutura sólida, calcada num rosário de Direitos e instituições plantados em solo fértil e profundo, cuja violação corrompe este mandamento, edificado durante séculos é às custas de muito sacrifício.

O cidadão, neste contexto, é detentor do Poder maior, o chamado Poder do Povo mas ao mesmo tempo é consumidor do serviço prestado pelo Estado, seu criado, através de uma estrutura organizacional em grande parte escolhida pelo voto dos detentores do poder.

Somente se cogita de cidadania na sua plenitude se o acesso ao estudo formal, à educação regular, for uma realidade presente e não exceção.

Não se trata, então, de direito ordinário, simples, típicos daqueles marcadamente de cunho patrimonial.

A educação revela-se direito fundamental, personalíssimo e indispensável para a elevação espiritual e cultural de um povo, razão pela qual demanda interpretação especial, já que o conflito de interesse resultante da relação jurídica que se desenvolve entre quem promove e quem consome esse serviço essencial escapa da compreensão e dos limites egoísticos e individuais da partes envolvidas.

A educação tem por fim preparar o cidadão para o exercício da cidadania, exatamente como se vê na regra do art. 205, 'b' da Constituição Federal.

Assim, a facilitação do acesso ao estudo de nível superior revela-se prática indispensável para a própria concretização da democracia.

De alguns anos até os dias de hoje, houve significativo aumento no número de instituições privadas de ensino superior e no número de cursos oferecidos, fenômeno que derivou da previsão constitucional de promoção do ensino superior por instituições particulares, autorizadas e fiscalizadas pelo Poder Público.

A relação jurídica negocial que une cursista e instituição de ensino se materializa, através de contrato de adesão, adesividade que se apresenta como uma das maiores características da massificação dos contratos, também um fenômeno oriundo do aumento a olhos vistos de uma parcela significativa da população economicamente ativa, assim como da facilitação dos meios de acesso aos fabricantes/comerciantes de produtos ou prestadores de serviço.

Contrato de adesão, por si só, não representa abusividade, onerosidade ou nulidade, senão apenas o mecanismo autorizado por lei para facilitar a materialização da avença, a partir da semelhança entre os interessados e o produto oferecido.

Todavia, a impossibilidade de discussão pormenorizada entre cursista e instituição de ensino sobre os termos do contrato autoriza receber ele interpretação restritiva, objetivando-se readequação da situação de reciprocidade e igualdade nas prestações devidas de parte a parte, a todo momento.

O Estado-Juiz, então, é chamado a se pronunciar nos conflitos de interesse e deve promover o julgamento, tanto para adequação do pacto e seu conseqüente prosseguimento a partir de nova premissa quanto para extingui-lo.

Trata-se de atuação caracterizada por evidente dirigismo ou intervencionismo estatal autorizado por lei na esfera do interesse privado e que, casuisticamente, pode assumir contornos de efetivo ativismo, se a lei vigente não dispuser de mecanismo para solução do caso concreto e se o magistrado perceber a possibilidade de ofensa aos princípios que informam a democracia.

Para um e outro caso - dirigismo ou ativismo - tem o magistrado autorização legal para atuação tanto com fundamento no CDC, quanto no CC/02, na LICC e na Constituição Federal, sendo o limite para a esta atuação apenas a potencialidade de ofensa a direitos fundamentais do cidadão ou do Estado Democrático de Direito, estando o princípio da autonomia da vontade inevitavelmente relegado a plano secundário justamente por conta do objeto do contrato.

Desta forma, este julgamento somente pode acontecer através de magistrado comprometido com a sua missão de construtor da democracia, de agente concretizador do Estado Democrático de Direito, isto porque o resultado da demanda gera efeito não apenas entre os contendores mas a toda a coletividade.

Não é possível a apreciação judicial dos conflitos de interesse

provenientes deste tipo de contrato sem invocação dos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana e o da proporcionalidade.

Cursista e instituição de ensino devem ter em mente, desde as tratativas preliminares quanto durante e mesmo após a extinção do contrato pelo seu cumprimento efetivo, que estão ambos diante de contrato que não tem por fim apenas a circulação de riquezas, mas negócio jurídico cujo cumprimento eficaz incrementa o Estado e eleva a nação.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ALVIM, Arruda. **Código do consumidor comentado**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil**. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- _____. **Teoria geral dos contratos: típicos e atípicos**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. **A nova interpretação constitucional**. São Paulo: Renovar, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 17.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2.ed. São Paulo: Método, 1999.
- BELLUCCI, Beluce (Org.). **Abrindo os olhos para a China**. Rio de Janeiro: Educam, 2004.
- BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1969.
- _____. **Interpretazione della Legge e degli Atti Giuridici**. Milano: A. Giuffrè Editore, 1971.
- BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. 9.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1957.
- _____. **Teoria geral do direito civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. **Teoria geral da política**. 17.ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- _____. **Teoria da norma jurídica**. 2.ed. Bauru, São Paulo: Edipro, 2003.
- _____. **Dicionário de política**. 8.ed. Brasília: UNB, 1995.
- _____. **Locke e o direito natural**. Brasília: UNB, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Teoria do estado**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **‘Hermenêutica e interpretação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Lisboa, Portugal: Livraria Almedina, 2002.

CASADO, Marcio Mello. **Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro**. São Paulo: RT, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Luis Fernando. **Direito constitucional e filosofia da constituição**. Curitiba: Juruá, 2007.

DENT, N. J. H. **Dicionário Rousseau**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

_____. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 4 v.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v.3.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. São Paulo: Método, 2008.

FIUZA, Cesar. **Direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIUZA, Ricardo. **Novo código civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANÇA, Limongi. **Manual de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Artigo intitulado globalização e direito no Brasil**. Disponível em: <WWW.http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>. Acesso em: abr. 2004.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **O princípio da proporcionalidade no direito educacional**. Passo Fundo: UPF, 2003.

_____. **A aplicação do código de defesa do consumidor nos contratos educacionais.** Passo Fundo: UPF, 2005.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional.** Curitiba: Juruá, 2008.

_____. **Hermenêutica jurídica e constitucional no estado democrático de direito.** 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental á educação. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n.51, 2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor.** 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária Biblioteca Jurídica, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos.** São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, biblioteca tempo universitário.** Rio de Janeiro, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **História da filosofia.** São Paulo: Vozes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Coimbra Portugal: Arménio Amado Editor, 1979.

LACERDA, Galeno. **Obrigações civis.** Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LOBO NETO, Paulo Luiz. **Teoria geral das obrigações.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública.** São Paulo: RT, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor.** 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Comentários ao código de defesa do consumidor.** 2.ed. São Paulo: RT, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2003. v.5, T.II.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais.** 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4.ed. São Paulo: RT, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia (Coord.) **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MONCADA, Luis Cabral. **Lições de direito civil**. 4.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

MUJALLI, Walter Brasil. **Teoria geral dos contratos**. Campinas: Bookseller, 1998.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Direito como integridade e ativismo judicial: algumas considerações acerca de uma decisão do Supremo Tribunal Federal. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., Brasília/DF, 2008. **Anais...** Brasília/DF: [s.n.], 2008.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 15.ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1994. v.1.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos: globalização econômica e integração regional**. São Paulo: Mas Limonad, 2002.

RIZARDO, Arnaldo. **Factoring**. 2.ed. São Paulo: RT, 2002.

RUDOLFO LUIS VIGO, **Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1971.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1985.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e crise**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2.ed. São Paulo: Forense, 2002.

TEPEDINO, Gustavo (Org.) ET al. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Lições fundamentais 1: direitos da personalidade**. Londrina, o autor, 2006.

_____. **“Lições Fundamentais 2: negócios jurídicos”**. Londrina: o autor, 2006.

TRINDADE, André. **Direito educacional sob uma ótica sistêmica**. Curitiba: Juruá, 2007.

VELOSO JÚNIOR, Alberto. **Simulação: aspectos gerais e diferenciados á luz do código civil**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. 3.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003. v.2.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WALD, Arnaldo. **Obrigações e contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ANEXOS

ANEXO A

Lei n. 9394, de 20 de dezembro de 1996.

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

Lei n. 9394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996.

Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I**Da Educação**

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

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

§ 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.

TÍTULO II**Dos Princípios e Fins da Educação Nacional**

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

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;
- III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas;
- IV - respeito à liberdade e apreço à tolerância;
- V - coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- VI - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- VII - valorização do profissional da educação escolar;
- VIII - gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;
- IX - garantia de padrão de qualidade;
- X - valorização da experiência extra-escolar;
- XI - vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

TÍTULO III**Do Direito à Educação e do Dever de Educar**

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

- I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria;
- II - universalização do ensino médio gratuito;
- III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com necessidades especiais, preferencialmente na rede regular de ensino;
- IV - atendimento gratuito em creches e pré-escolas às crianças de zero a seis anos de idade;
- V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
- VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
- VII - oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de acesso e permanência na escola;
- VIII - atendimento ao educando, no ensino fundamental público, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;

IX - padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.

X – vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade;

Art. 5º O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.

§ 1º Compete aos Estados e aos Municípios, em regime de colaboração, e com a assistência da União:

I - recensear a população em idade escolar para o ensino fundamental, e os jovens e adultos que a ele não tiveram acesso;

II - fazer-lhes a chamada pública;

III - zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

§ 2º Em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará em primeiro lugar o acesso ao ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais.

§ 3º Qualquer das partes mencionadas no *caput* deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente.

§ 4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

§ 5º Para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior.

Art. 6º É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental.

Art. 7º O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:

I - cumprimento das normas gerais da educação nacional e do respectivo sistema de ensino;

II - autorização de funcionamento e avaliação de qualidade pelo Poder Público;

III - capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal.

TÍTULO IV

Da Organização da Educação Nacional

Art. 8º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão, em regime de colaboração, os respectivos sistemas de ensino.

§ 1º Caberá à União a coordenação da política nacional de educação, articulando os diferentes níveis e sistemas e exercendo função normativa, redistributiva e supletiva em relação às demais instâncias educacionais.

§ 2º Os sistemas de ensino terão liberdade de organização nos termos desta Lei.

Art. 9º A União incumbir-se-á de:

I - elaborar o Plano Nacional de Educação, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais do sistema federal de ensino e o dos Territórios;

III - prestar assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória, exercendo sua função redistributiva e supletiva;

IV - estabelecer, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, competências e diretrizes para a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio, que nortearão os currículos e seus conteúdos mínimos, de modo a assegurar formação básica comum;

V - coletar, analisar e disseminar informações sobre a educação;

VI - assegurar processo nacional de avaliação do rendimento escolar no ensino fundamental, médio e superior, em colaboração com os sistemas de ensino, objetivando a definição de prioridades e a melhoria da qualidade do ensino;

VII - baixar normas gerais sobre cursos de graduação e pós-graduação;

VIII - assegurar processo nacional de avaliação das instituições de educação superior, com a cooperação dos sistemas que tiverem responsabilidade sobre este nível de ensino;

IX - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino.

§ 1º Na estrutura educacional, haverá um Conselho Nacional de Educação, com funções normativas e de supervisão e atividade permanente, criado por lei.

§ 2º Para o cumprimento do disposto nos incisos V a IX, a União terá acesso a todos os dados e informações necessários de todos os estabelecimentos e órgãos educacionais.

§ 3º As atribuições constantes do inciso IX poderão ser delegadas aos Estados e ao Distrito Federal, desde que mantenham instituições de educação superior.

Art. 10. Os Estados incumbir-se-ão de:

- I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino;
- II - definir, com os Municípios, formas de colaboração na oferta do ensino fundamental, as quais devem assegurar a distribuição proporcional das responsabilidades, de acordo com a população a ser atendida e os recursos financeiros disponíveis em cada uma dessas esferas do Poder Público;
- III - elaborar e executar políticas e planos educacionais, em consonância com as diretrizes e planos nacionais de educação, integrando e coordenando as suas ações e as dos seus Municípios;
- IV - autorizar, reconhecer, credenciar, supervisionar e avaliar, respectivamente, os cursos das instituições de educação superior e os estabelecimentos do seu sistema de ensino;
- V - baixar normas complementares para o seu sistema de ensino;
- VI - assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio a todos que o demandarem, respeitado o disposto no art. 38 desta Lei;
- VII - assumir o transporte escolar dos alunos da rede estadual.

Parágrafo único. Ao Distrito Federal aplicar-se-ão as competências referentes aos Estados e aos Municípios.

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

- I - organizar, manter e desenvolver os órgãos e instituições oficiais dos seus sistemas de ensino, integrando-os às políticas e planos educacionais da União e dos Estados;
- II - exercer ação redistributiva em relação às suas escolas;
- III - baixar normas complementares para o seu sistema de ensino;
- IV - autorizar, credenciar e supervisionar os estabelecimentos do seu sistema de ensino;
- V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.
- VI - assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal.

Parágrafo único. Os Municípios poderão optar, ainda, por se integrar ao sistema estadual de ensino ou compor com ele um sistema único de educação básica.

Art. 12. Os estabelecimentos de ensino, respeitadas as normas comuns e as do seu sistema de ensino, terão a incumbência de:

- I - elaborar e executar sua proposta pedagógica;
- II - administrar seu pessoal e seus recursos materiais e financeiros;
- III - assegurar o cumprimento dos dias letivos e horas-aula estabelecidas;
- IV - velar pelo cumprimento do plano de trabalho de cada docente;
- V - prover meios para a recuperação dos alunos de menor rendimento;
- VI - articular-se com as famílias e a comunidade, criando processos de integração da sociedade com a escola;
- VII - informar pai e mãe, conviventes ou não com seus filhos, e, se for o caso, os responsáveis legais, sobre a frequência e rendimento dos alunos, bem como sobre a execução da proposta pedagógica da escola;
- VIII - notificar ao Conselho Tutelar do Município, ao juiz competente da Comarca e ao respectivo representante do Ministério Público a relação dos alunos que apresentem quantidade de faltas acima de cinquenta por cento do percentual permitido em lei.

Art. 13. Os docentes incumbir-se-ão de:

- I - participar da elaboração da proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;
- II - elaborar e cumprir plano de trabalho, segundo a proposta pedagógica do estabelecimento de ensino;
- III - zelar pela aprendizagem dos alunos;
- IV - estabelecer estratégias de recuperação para os alunos de menor rendimento;
- V - ministrar os dias letivos e horas-aula estabelecidos, além de participar integralmente dos períodos dedicados ao planejamento, à avaliação e ao desenvolvimento profissional;
- VI - colaborar com as atividades de articulação da escola com as famílias e a comunidade.

Art. 14. Os sistemas de ensino definirão as normas da gestão democrática do ensino público na educação básica, de acordo com as suas peculiaridades e conforme os seguintes princípios:

- I - participação dos profissionais da educação na elaboração do projeto pedagógico da escola;
- II - participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes.

Art. 15. Os sistemas de ensino assegurarão às unidades escolares públicas de educação básica que os integram progressivos graus de autonomia pedagógica e administrativa e de gestão financeira, observadas as normas gerais de direito financeiro público.

Art. 16. O sistema federal de ensino compreende:

I - as instituições de ensino mantidas pela União;

II - as instituições de educação superior criadas e mantidas pela iniciativa privada;

III - os órgãos federais de educação.

Art. 17. Os sistemas de ensino dos Estados e do Distrito Federal compreendem:

I - as instituições de ensino mantidas, respectivamente, pelo Poder Público estadual e pelo Distrito Federal;

II - as instituições de educação superior mantidas pelo Poder Público municipal;

III - as instituições de ensino fundamental e médio criadas e mantidas pela iniciativa privada;

IV - os órgãos de educação estaduais e do Distrito Federal, respectivamente.

Parágrafo único. No Distrito Federal, as instituições de educação infantil, criadas e mantidas pela iniciativa privada, integram seu sistema de ensino.

Art. 18. Os sistemas municipais de ensino compreendem:

I - as instituições do ensino fundamental, médio e de educação infantil mantidas pelo Poder Público municipal;

II - as instituições de educação infantil criadas e mantidas pela iniciativa privada;

III - os órgãos municipais de educação.

Art. 19. As instituições de ensino dos diferentes níveis classificam-se nas seguintes categorias administrativas:

I - públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público;

II - privadas, assim entendidas as mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Art. 20. As instituições privadas de ensino se enquadrarão nas seguintes categorias:

I - particulares em sentido estrito, assim entendidas as que são instituídas e mantidas por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que não apresentem as características dos incisos abaixo;

II - comunitárias, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas, inclusive cooperativas educacionais, sem fins lucrativos, que incluam na sua entidade mantenedora representantes da comunidade;

III - confessionais, assim entendidas as que são instituídas por grupos de pessoas físicas ou por uma ou mais pessoas jurídicas que atendem a orientação confessional e ideologia específicas e ao disposto no inciso anterior;

IV - filantrópicas, na forma da lei.

TÍTULO V

Dos Níveis e das Modalidades de Educação e Ensino

CAPÍTULO I

Da Composição dos Níveis Escolares

Art. 21. A educação escolar compõe-se de:

I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio;

II - educação superior.

CAPÍTULO II

DA EDUCAÇÃO BÁSICA

Seção I

Das Disposições Gerais

Art. 22. A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores.

Art. 23. A educação básica poderá organizar-se em séries anuais, períodos semestrais, ciclos, alternância regular de períodos de estudos, grupos não-seriados, com base na idade, na competência e em outros critérios, ou por forma diversa de organização, sempre que o interesse do processo de aprendizagem assim o recomendar.

§ 1º A escola poderá reclassificar os alunos, inclusive quando se tratar de transferências entre estabelecimentos situados no País e no exterior, tendo como base as normas curriculares gerais.

§ 2º O calendário escolar deverá adequar-se às peculiaridades locais, inclusive climáticas e econômicas, a critério do respectivo sistema de ensino, sem com isso reduzir o número de horas letivas previsto nesta Lei.

Art. 24. A educação básica, nos níveis fundamental e médio, será organizada de acordo com as seguintes regras comuns:

I - a carga horária mínima anual será de oitocentas horas, distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver;

II - a classificação em qualquer série ou etapa, exceto a primeira do ensino fundamental, pode ser feita:

a) por promoção, para alunos que cursaram, com aproveitamento, a série ou fase anterior, na própria escola;

b) por transferência, para candidatos procedentes de outras escolas;

c) independentemente de escolarização anterior, mediante avaliação feita pela escola, que defina o grau de desenvolvimento e experiência do candidato e permita sua inscrição na série ou etapa adequada, conforme regulamentação do respectivo sistema de ensino;

III - nos estabelecimentos que adotam a progressão regular por série, o regimento escolar pode admitir formas de progressão parcial, desde que preservada a seqüência do currículo, observadas as normas do respectivo sistema de ensino;

IV - poderão organizar-se classes, ou turmas, com alunos de séries distintas, com níveis equivalentes de adiantamento na matéria, para o ensino de línguas estrangeiras, artes, ou outros componentes curriculares;

V - a verificação do rendimento escolar observará os seguintes critérios:

a) avaliação contínua e cumulativa do desempenho do aluno, com prevalência dos aspectos qualitativos sobre os quantitativos e dos resultados ao longo do período sobre os de eventuais provas finais;

b) possibilidade de aceleração de estudos para alunos com atraso escolar;

c) possibilidade de avanço nos cursos e nas séries mediante verificação do aprendizado;

d) aproveitamento de estudos concluídos com êxito;

e) obrigatoriedade de estudos de recuperação, de preferência paralelos ao período letivo, para os casos de baixo rendimento escolar, a serem disciplinados pelas instituições de ensino em seus regimentos;

VI - o controle de freqüência fica a cargo da escola, conforme o disposto no seu regimento e nas normas do respectivo sistema de ensino, exigida a freqüência mínima de setenta e cinco por cento do total de horas letivas para aprovação;

VII - cabe a cada instituição de ensino expedir históricos escolares, declarações de conclusão de série e diplomas ou certificados de conclusão de cursos, com as especificações cabíveis.

Art. 25. Será objetivo permanente das autoridades responsáveis alcançar relação adequada entre o número de alunos e o professor, a carga horária e as condições materiais do estabelecimento.

Parágrafo único. Cabe ao respectivo sistema de ensino, à vista das condições disponíveis e das características regionais e locais, estabelecer parâmetro para atendimento do disposto neste artigo.

Art. 26. Os currículos do ensino fundamental e médio devem ter uma base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e da clientela.

§ 1º Os currículos a que se refere o *caput* devem abranger, obrigatoriamente, o estudo da língua portuguesa e da matemática, o conhecimento do mundo físico e natural e da realidade social e política, especialmente do Brasil.

§ 2º O ensino da arte constituirá componente curricular obrigatório, nos diversos níveis da educação básica, de forma a promover o desenvolvimento cultural dos alunos.

§ 3º A educação física, integrada à proposta pedagógica da escola, é componente curricular obrigatório da educação básica, sendo sua prática facultativa ao aluno:

I – que cumpra jornada de trabalho igual ou superior a seis horas;

II – maior de trinta anos de idade;

III – que estiver prestando serviço militar inicial ou que, em situação similar, estiver obrigado à prática da educação física;

IV – amparado pelo Decreto-Lei nº 1.044, de 21 de outubro de 1969;

V – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.793, de 1º.12.2003)

VI – que tenha prole.

V - destinar seu patrimônio a outra instituição congênere ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades, promovendo, se necessário, a alteração estatutária correspondente;

§ 4º O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro, especialmente das matrizes indígena, africana e européia.

§ 5º Na parte diversificada do currículo será incluído, obrigatoriamente, a partir da quinta série, o ensino de pelo menos uma língua estrangeira moderna, cuja escolha ficará a cargo da comunidade escolar, dentro das possibilidades da instituição.

§ 6º A música deverá ser conteúdo obrigatório, mas não exclusivo, do componente curricular de que trata o § 2º deste artigo.

Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.

§ 1º O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil.

§ 2º Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras.

Art. 27. Os conteúdos curriculares da educação básica observarão, ainda, as seguintes diretrizes:

I - a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática;

II - consideração das condições de escolaridade dos alunos em cada estabelecimento;

III - orientação para o trabalho;

IV - promoção do desporto educacional e apoio às práticas desportivas não-formais.

Art. 28. Na oferta de educação básica para a população rural, os sistemas de ensino promoverão as adaptações necessárias à sua adequação às peculiaridades da vida rural e de cada região, especialmente:

I - conteúdos curriculares e metodologias apropriadas às reais necessidades e interesses dos alunos da zona rural;

II - organização escolar própria, incluindo adequação do calendário escolar às fases do ciclo agrícola e às condições climáticas;

III - adequação à natureza do trabalho na zona rural.

Seção II

Da Educação Infantil

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II - pré-escolas, para as crianças de quatro a seis anos de idade.

Art. 31. Na educação infantil a avaliação far-se-á mediante acompanhamento e registro do seu desenvolvimento, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental.

Seção III

Do Ensino Fundamental

Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:

I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo;

II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade;

III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores;

IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

§ 1º É facultado aos sistemas de ensino desdobrar o ensino fundamental em ciclos.

§ 2º Os estabelecimentos que utilizam progressão regular por série podem adotar no ensino fundamental o regime de progressão continuada, sem prejuízo da avaliação do processo de ensino-aprendizagem, observadas as normas do respectivo sistema de ensino.

§ 3º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

§ 4º O ensino fundamental será presencial, sendo o ensino a distância utilizado como complementação da aprendizagem ou em situações emergenciais.

§ 5º O currículo do ensino fundamental incluirá, obrigatoriamente, conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como diretriz a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que institui o Estatuto da Criança e do Adolescente, observada a produção e distribuição de material didático adequado.

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso."

Art. 34. A jornada escolar no ensino fundamental incluirá pelo menos quatro horas de trabalho efetivo em sala de aula, sendo progressivamente ampliado o período de permanência na escola.

§ 1º São ressalvados os casos do ensino noturno e das formas alternativas de organização autorizadas nesta Lei.

§ 2º O ensino fundamental será ministrado progressivamente em tempo integral, a critério dos sistemas de ensino.

Seção IV Do Ensino Médio

Art. 35. O ensino médio, etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, terá como finalidades:

I - a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos;

II - a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores;

III - o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico;

IV - a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina.

Art. 36. O currículo do ensino médio observará o disposto na Seção I deste Capítulo e as seguintes diretrizes:

I - destacará a educação tecnológica básica, a compreensão do significado da ciência, das letras e das artes; o processo histórico de transformação da sociedade e da cultura; a língua portuguesa como instrumento de comunicação, acesso ao conhecimento e exercício da cidadania;

II - adotará metodologias de ensino e de avaliação que estimulem a iniciativa dos estudantes;

III - será incluída uma língua estrangeira moderna, como disciplina obrigatória, escolhida pela comunidade escolar, e uma segunda, em caráter optativo, dentro das disponibilidades da instituição.

IV - serão incluídas a Filosofia e a Sociologia como disciplinas obrigatórias em todas as séries do ensino médio.

§ 1º Os conteúdos, as metodologias e as formas de avaliação serão organizados de tal forma que ao final do ensino médio o educando demonstre:

I - domínio dos princípios científicos e tecnológicos que presidem a produção moderna;

II - conhecimento das formas contemporâneas de linguagem;

§ 3º Os cursos do ensino médio terão equivalência legal e habilitarão ao prosseguimento de estudos.

Seção IV-A

Da Educação Profissional Técnica de Nível Médio

Art. 36-A. Sem prejuízo do disposto na Seção IV deste Capítulo, o ensino médio, atendida a formação geral do educando, poderá prepará-lo para o exercício de profissões técnicas.

Parágrafo único. A preparação geral para o trabalho e, facultativamente, a habilitação profissional poderão ser desenvolvidas nos próprios estabelecimentos de ensino médio ou em cooperação com instituições especializadas em educação profissional.

Art. 36-B. A educação profissional técnica de nível médio será desenvolvida nas seguintes formas:

I - articulada com o ensino médio;

II - subsequente, em cursos destinados a quem já tenha concluído o ensino médio.

Parágrafo único. A educação profissional técnica de nível médio deverá observar:

I - os objetivos e definições contidos nas diretrizes curriculares nacionais estabelecidas pelo Conselho Nacional de Educação;

II - as normas complementares dos respectivos sistemas de ensino;

III - as exigências de cada instituição de ensino, nos termos de seu projeto pedagógico.

Art. 36-C. A educação profissional técnica de nível médio articulada, prevista no inciso I do **caput** do art. 36-B desta Lei, será desenvolvida de forma:

I - integrada, oferecida somente a quem já tenha concluído o ensino fundamental, sendo o curso planejado de modo a conduzir o aluno à habilitação profissional técnica de nível médio, na mesma instituição de ensino, efetuando-se matrícula única para cada aluno;

II - concomitante, oferecida a quem ingresse no ensino médio ou já o esteja cursando, efetuando-se matrículas distintas para cada curso, e podendo ocorrer

a) na mesma instituição de ensino, aproveitando-se as oportunidades educacionais disponíveis;

b) em instituições de ensino distintas, aproveitando-se as oportunidades educacionais disponíveis;

c) em instituições de ensino distintas, mediante convênios de intercomplementaridade, visando ao planejamento e ao desenvolvimento de projeto pedagógico unificado.

Art. 36-D. Os diplomas de cursos de educação profissional técnica de nível médio, quando registrados, terão validade nacional e habilitarão ao prosseguimento de estudos na educação superior

Parágrafo único. Os cursos de educação profissional técnica de nível médio, nas formas articulada concomitante e subsequente, quando estruturados e organizados em etapas com terminalidade, possibilitarão a obtenção de certificados de qualificação para o trabalho após a conclusão, com aproveitamento, de cada etapa que caracterize uma qualificação para o trabalho.

Seção V

Da Educação de Jovens e Adultos

Art. 37. A educação de jovens e adultos será destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria.

§ 1º Os sistemas de ensino assegurarão gratuitamente aos jovens e aos adultos, que não puderam efetuar os estudos na idade regular, oportunidades educacionais apropriadas, consideradas as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames.

§ 2º O Poder Público viabilizará e estimulará o acesso e a permanência do trabalhador na escola, mediante ações integradas e complementares entre si.

§ 3º A educação de jovens e adultos deverá articular-se, preferencialmente, com a educação profissional, na forma do regulamento;

Art. 38. Os sistemas de ensino manterão cursos e exames supletivos, que compreenderão a base nacional comum do currículo, habilitando ao prosseguimento de estudos em caráter regular.

§ 1º Os exames a que se refere este artigo realizar-se-ão:

I - no nível de conclusão do ensino fundamental, para os maiores de quinze anos;

II - no nível de conclusão do ensino médio, para os maiores de dezoito anos.

§ 2º Os conhecimentos e habilidades adquiridos pelos educandos por meios informais serão aferidos e reconhecidos mediante exames.

CAPÍTULO III

DA EDUCAÇÃO PROFISSIONAL

Da Educação Profissional e Tecnológica

Art. 39. A educação profissional e tecnológica, no cumprimento dos objetivos da educação nacional, integra-se aos diferentes níveis e modalidades de educação e às dimensões do trabalho, da ciência e da tecnologia.

§ 1º Os cursos de educação profissional e tecnológica poderão ser organizados por eixos tecnológicos, possibilitando a construção de diferentes itinerários formativos, observadas as normas do respectivo sistema e nível de ensino.

§ 2º A educação profissional e tecnológica abrangerá os seguintes cursos:

I – de formação inicial e continuada ou qualificação profissional;

II – de educação profissional técnica de nível médio;

III – de educação profissional tecnológica de graduação e pós-graduação.

§ 3º Os cursos de educação profissional tecnológica de graduação e pós-graduação organizar-se-ão, no que concerne a objetivos, características e duração, de acordo com as diretrizes curriculares nacionais estabelecidas pelo Conselho Nacional de Educação.

Art. 40. A educação profissional será desenvolvida em articulação com o ensino regular ou por diferentes estratégias de educação continuada, em instituições especializadas ou no ambiente de trabalho.

Art. 41. O conhecimento adquirido na educação profissional e tecnológica, inclusive no trabalho, poderá ser objeto de avaliação, reconhecimento e certificação para prosseguimento ou conclusão de estudos.

Art. 42. As instituições de educação profissional e tecnológica, além dos seus cursos regulares, oferecerão cursos especiais, abertos à comunidade, condicionada a matrícula à capacidade de aproveitamento e não necessariamente ao nível de escolaridade.

CAPÍTULO IV DA EDUCAÇÃO SUPERIOR

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;
II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;

V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;

VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade;

VII - promover a extensão, aberta à participação da população, visando à difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição.

Art. 44. A educação superior abrangerá os seguintes cursos e programas:

I - cursos seqüenciais por campo de saber, de diferentes níveis de abrangência, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos pelas instituições de ensino, desde que tenham concluído o ensino médio ou equivalente;

II - de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo;

III - de pós-graduação, compreendendo programas de mestrado e doutorado, cursos de especialização, aperfeiçoamento e outros, abertos a candidatos diplomados em cursos de graduação e que atendam às exigências das instituições de ensino;

IV - de extensão, abertos a candidatos que atendam aos requisitos estabelecidos em cada caso pelas instituições de ensino.

Parágrafo único. Os resultados do processo seletivo referido no inciso II do **caput** deste artigo serão tornados públicos pelas instituições de ensino superior, sendo obrigatória a divulgação da relação nominal dos classificados, a respectiva ordem de classificação, bem como do cronograma das chamadas para matrícula, de acordo com os critérios para preenchimento das vagas constantes do respectivo edital;

Art. 45. A educação superior será ministrada em instituições de ensino superior, públicas ou privadas, com variados graus de abrangência ou especialização.

Art. 46. A autorização e o reconhecimento de cursos, bem como o credenciamento de instituições de educação superior, terão prazos limitados, sendo renovados, periodicamente, após processo regular de avaliação. (Regulamento)

§ 1º Após um prazo para saneamento de deficiências eventualmente identificadas pela avaliação a que se refere este artigo, haverá reavaliação, que poderá resultar, conforme o caso, em desativação de cursos e habilitações, em intervenção na instituição, em suspensão temporária de prerrogativas da autonomia, ou em descredenciamento. (Regulamento)

§ 2º No caso de instituição pública, o Poder Executivo responsável por sua manutenção acompanhará o processo de saneamento e fornecerá recursos adicionais, se necessários, para a superação das deficiências.

Art. 47. Na educação superior, o ano letivo regular, independente do ano civil, tem, no mínimo, duzentos dias de trabalho acadêmico efetivo, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver.

§ 1º As instituições informarão aos interessados, antes de cada período letivo, os programas dos cursos e demais componentes curriculares, sua duração, requisitos, qualificação dos professores, recursos disponíveis e critérios de avaliação, obrigando-se a cumprir as respectivas condições.

§ 2º Os alunos que tenham extraordinário aproveitamento nos estudos, demonstrado por meio de provas e outros instrumentos de avaliação específicos, aplicados por banca examinadora especial, poderão ter abreviada a duração dos seus cursos, de acordo com as normas dos sistemas de ensino.

§ 3º É obrigatória a freqüência de alunos e professores, salvo nos programas de educação a distância.

§ 4º As instituições de educação superior oferecerão, no período noturno, cursos de graduação nos mesmos padrões de qualidade mantidos no período diurno, sendo obrigatória a oferta noturna nas instituições públicas, garantida a necessária previsão orçamentária.

Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

§ 1º Os diplomas expedidos pelas universidades serão por elas próprias registrados, e aqueles conferidos por instituições não-universitárias serão registrados em universidades indicadas pelo Conselho Nacional de Educação.

§ 2º Os diplomas de graduação expedidos por universidades estrangeiras serão revalidados por universidades públicas que tenham curso do mesmo nível e área ou equivalente, respeitando-se os acordos internacionais de reciprocidade ou equiparação.

3º Os diplomas de Mestrado e de Doutorado expedidos por universidades estrangeiras só poderão ser reconhecidos por universidades que possuam cursos de pós-graduação reconhecidos e avaliados, na mesma área de conhecimento e em nível equivalente ou superior.

Art. 49. As instituições de educação superior aceitarão a transferência de alunos regulares, para cursos afins, na hipótese de existência de vagas, e mediante processo seletivo.

Parágrafo único. As transferências *ex officio* dar-se-ão na forma da lei. (Regulamento)

Art. 50. As instituições de educação superior, quando da ocorrência de vagas, abrirão matrícula nas disciplinas de seus cursos a alunos não regulares que demonstrarem capacidade de cursá-las com proveito, mediante processo seletivo prévio.

Art. 51. As instituições de educação superior credenciadas como universidades, ao deliberar sobre critérios e normas de seleção e admissão de estudantes, levarão em conta os efeitos desses critérios sobre a orientação do ensino médio, articulando-se com os órgãos normativos dos sistemas de ensino.

Art. 52. As universidades são instituições pluridisciplinares de formação dos quadros profissionais de nível superior, de pesquisa, de extensão e de domínio e cultivo do saber humano, que se caracterizam por: (Regulamento)

I - produção intelectual institucionalizada mediante o estudo sistemático dos temas e problemas mais relevantes, tanto do ponto de vista científico e cultural, quanto regional e nacional;

II - um terço do corpo docente, pelo menos, com titulação acadêmica de mestrado ou doutorado;

III - um terço do corpo docente em regime de tempo integral.

Parágrafo único. É facultada a criação de universidades especializadas por campo do saber. (Regulamento)

Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:

I - criar, organizar e extinguir, em sua sede, cursos e programas de educação superior previstos nesta Lei, obedecendo às normas gerais da União e, quando for o caso, do respectivo sistema de ensino; (Regulamento)

II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;

III - estabelecer planos, programas e projetos de pesquisa científica, produção artística e atividades de extensão;

IV - fixar o número de vagas de acordo com a capacidade institucional e as exigências do seu meio;

V - elaborar e reformar os seus estatutos e regimentos em consonância com as normas gerais atinentes;

VI - conferir graus, diplomas e outros títulos;

VII - firmar contratos, acordos e convênios;

VIII - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, bem como administrar rendimentos conforme dispositivos institucionais;

IX - administrar os rendimentos e deles dispor na forma prevista no ato de constituição, nas leis e nos respectivos estatutos;

X - receber subvenções, doações, heranças, legados e cooperação financeira resultante de convênios com entidades públicas e privadas.

Parágrafo único. Para garantir a autonomia didático-científica das universidades, caberá aos seus colegiados de ensino e pesquisa decidir, dentro dos recursos orçamentários disponíveis, sobre:

I - criação, expansão, modificação e extinção de cursos;

II - ampliação e diminuição de vagas;

III - elaboração da programação dos cursos;

IV - programação das pesquisas e das atividades de extensão;

V - contratação e dispensa de professores;

VI - planos de carreira docente.

Art. 54. As universidades mantidas pelo Poder Público gozarão, na forma da lei, de estatuto jurídico especial para atender às peculiaridades de sua estrutura, organização e financiamento pelo Poder Público, assim como dos seus planos de carreira e do regime jurídico do seu pessoal. (Regulamento)
 § 1º No exercício da sua autonomia, além das atribuições asseguradas pelo artigo anterior, as universidades públicas poderão:

I - propor o seu quadro de pessoal docente, técnico e administrativo, assim como um plano de cargos e salários, atendidas as normas gerais pertinentes e os recursos disponíveis;

II - elaborar o regulamento de seu pessoal em conformidade com as normas gerais concernentes;

III - aprovar e executar planos, programas e projetos de investimentos referentes a obras, serviços e aquisições em geral, de acordo com os recursos alocados pelo respectivo Poder mantenedor;

IV - elaborar seus orçamentos anuais e plurianuais;

V - adotar regime financeiro e contábil que atenda às suas peculiaridades de organização e funcionamento;

VI - realizar operações de crédito ou de financiamento, com aprovação do Poder competente, para aquisição de bens imóveis, instalações e equipamentos;

VII - efetuar transferências, quitações e tomar outras providências de ordem orçamentária, financeira e patrimonial necessárias ao seu bom desempenho.

§ 2º Atribuições de autonomia universitária poderão ser estendidas a instituições que comprovem alta qualificação para o ensino ou para a pesquisa, com base em avaliação realizada pelo Poder Público.

Art. 55. Caberá à União assegurar, anualmente, em seu Orçamento Geral, recursos suficientes para manutenção e desenvolvimento das instituições de educação superior por ela mantidas.

Art. 56. As instituições públicas de educação superior obedecerão ao princípio da gestão democrática, assegurada a existência de órgãos colegiados deliberativos, de que participarão os segmentos da comunidade institucional, local e regional.

Parágrafo único. Em qualquer caso, os docentes ocuparão setenta por cento dos assentos em cada órgão colegiado e comissão, inclusive nos que tratarem da elaboração e modificações estatutárias e regimentais, bem como da escolha de dirigentes.

Art. 57. Nas instituições públicas de educação superior, o professor ficará obrigado ao mínimo de oito horas semanais de aulas. (Regulamento)

CAPÍTULO V DA EDUCAÇÃO ESPECIAL

Art. 58. Entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais.

§ 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.

§ 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.

§ 3º A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem início na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil.

Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com necessidades especiais:

I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;

II - terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados;

III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;

IV - educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotora;

V - acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular.

Art. 60. Os órgãos normativos dos sistemas de ensino estabelecerão critérios de caracterização das instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial, para fins de apoio técnico e financeiro pelo Poder Público.

Parágrafo único. O Poder Público adotar, como alternativa preferencial, a ampliação do atendimento aos educandos com necessidades especiais na própria rede pública regular de ensino, independentemente do apoio às instituições previstas neste artigo.

TÍTULO VI

Dos Profissionais da Educação

Art. 61. Consideram-se profissionais da educação escolar básica os que, nela estando em efetivo exercício e tendo sido formados em cursos reconhecidos, são: (Redação dada pela Lei nº 12.014, de 2009)

I – professores habilitados em nível médio ou superior para a docência na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio; (Redação dada pela Lei nº 12.014, de 2009)

II – trabalhadores em educação portadores de diploma de pedagogia, com habilitação em administração, planejamento, supervisão, inspeção e orientação educacional, bem como com títulos de mestrado ou doutorado nas mesmas áreas; (Redação dada pela Lei nº 12.014, de 2009)

III – trabalhadores em educação, portadores de diploma de curso técnico ou superior em área pedagógica ou afim. (Incluído pela Lei nº 12.014, de 2009)

Parágrafo único. A formação dos profissionais da educação, de modo a atender às especificidades do exercício de suas atividades, bem como aos objetivos das diferentes etapas e modalidades da educação básica, terá como fundamentos: (Incluído pela Lei nº 12.014, de 2009)

I – a presença de sólida formação básica, que propicie o conhecimento dos fundamentos científicos e sociais de suas competências de trabalho; (Incluído pela Lei nº 12.014, de 2009)

II – a associação entre teorias e práticas, mediante estágios supervisionados e capacitação em serviço; (Incluído pela Lei nº 12.014, de 2009)

III – o aproveitamento da formação e experiências anteriores, em instituições de ensino e em outras atividades. (Incluído pela Lei nº 12.014, de 2009)

Art. 62. A formação de docentes para atuar na educação básica far-se-á em nível superior, em curso de licenciatura, de graduação plena, em universidades e institutos superiores de educação, admitida, como formação mínima para o exercício do magistério na educação infantil e nas quatro primeiras séries do ensino fundamental, a oferecida em nível médio, na modalidade Normal. (Regulamento)

§ 1º A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios, em regime de colaboração, deverão promover a formação inicial, a continuada e a capacitação dos profissionais de magistério. (Incluído pela Lei nº 12.056, de 2009).

§ 2º A formação continuada e a capacitação dos profissionais de magistério poderão utilizar recursos e tecnologias de educação a distância. (Incluído pela Lei nº 12.056, de 2009).

§ 3º A formação inicial de profissionais de magistério dará preferência ao ensino presencial, subsidiariamente fazendo uso de recursos e tecnologias de educação a distância. (Incluído pela Lei nº 12.056, de 2009).

Art. 63. Os institutos superiores de educação manterão: (Regulamento)

I - cursos formadores de profissionais para a educação básica, inclusive o curso normal superior, destinado à formação de docentes para a educação infantil e para as primeiras séries do ensino fundamental;

II - programas de formação pedagógica para portadores de diplomas de educação superior que queiram se dedicar à educação básica;

III - programas de educação continuada para os profissionais de educação dos diversos níveis.

Art. 64. A formação de profissionais de educação para administração, planejamento, inspeção, supervisão e orientação educacional para a educação básica, será feita em cursos de graduação em pedagogia ou em nível de pós-graduação, a critério da instituição de ensino, garantida, nesta formação, a base comum nacional.

Art. 65. A formação docente, exceto para a educação superior, incluirá prática de ensino de, no mínimo, trezentas horas.

Art. 66. A preparação para o exercício do magistério superior far-se-á em nível de pós-graduação, prioritariamente em programas de mestrado e doutorado.

Parágrafo único. O notório saber, reconhecido por universidade com curso de doutorado em área afim, poderá suprir a exigência de título acadêmico.

Art. 67. Os sistemas de ensino promoverão a valorização dos profissionais da educação, assegurando-lhes, inclusive nos termos dos estatutos e dos planos de carreira do magistério público:

I - ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos;

II - aperfeiçoamento profissional continuado, inclusive com licenciamento periódico remunerado para esse fim;

III - piso salarial profissional;

IV - progressão funcional baseada na titulação ou habilitação, e na avaliação do desempenho;

V - período reservado a estudos, planejamento e avaliação, incluído na carga de trabalho;

VI - condições adequadas de trabalho.

§ 1º A experiência docente é pré-requisito para o exercício profissional de quaisquer outras funções de magistério, nos termos das normas de cada sistema de ensino. (Renumerado pela Lei nº 11.301, de 2006)

§ 2º Para os efeitos do disposto no § 5º do art. 40 e no § 8º do art. 201 da Constituição Federal, são consideradas funções de magistério as exercidas por professores e especialistas em educação no desempenho de atividades educativas, quando exercidas em estabelecimento de educação básica em seus diversos níveis e modalidades, incluídas, além do exercício da docência, as de direção de unidade escolar e as de coordenação e assessoramento pedagógico. (Incluído pela Lei nº 11.301, de 2006)

TÍTULO VII

Dos Recursos financeiros

Art. 68. Serão recursos públicos destinados à educação os originários de:

I - receita de impostos próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II - receita de transferências constitucionais e outras transferências;

III - receita do salário-educação e de outras contribuições sociais;

IV - receita de incentivos fiscais;

V - outros recursos previstos em lei.

Art. 69. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, vinte e cinco por cento, ou o que consta nas respectivas Constituições ou Leis Orgânicas, da receita resultante de impostos, compreendidas as transferências constitucionais, na manutenção e desenvolvimento do ensino público.

§ 1º A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não será considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

§ 2º Serão consideradas excluídas das receitas de impostos mencionadas neste artigo as operações de crédito por antecipação de receita orçamentária de impostos.

§ 3º Para fixação inicial dos valores correspondentes aos mínimos estatuídos neste artigo, será considerada a receita estimada na lei do orçamento anual, ajustada, quando for o caso, por lei que autorizar a abertura de créditos adicionais, com base no eventual excesso de arrecadação.

§ 4º As diferenças entre a receita e a despesa previstas e as efetivamente realizadas, que resultem no não atendimento dos percentuais mínimos obrigatórios, serão apuradas e corrigidas a cada trimestre do exercício financeiro.

§ 5º O repasse dos valores referidos neste artigo do caixa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios ocorrerá imediatamente ao órgão responsável pela educação, observados os seguintes prazos:

I - recursos arrecadados do primeiro ao décimo dia de cada mês, até o vigésimo dia;

II - recursos arrecadados do décimo primeiro ao vigésimo dia de cada mês, até o trigésimo dia;

III - recursos arrecadados do vigésimo primeiro dia ao final de cada mês, até o décimo dia do mês subsequente.

§ 6º O atraso da liberação sujeitará os recursos a correção monetária e à responsabilização civil e criminal das autoridades competentes.

Art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;

II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;

III – uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;

IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;

V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;

VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;

VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;

VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

Art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com:

I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão;

II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;

III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;

IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;

V - obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar;

VI - pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Art. 72. As receitas e despesas com manutenção e desenvolvimento do ensino serão apuradas e publicadas nos balanços do Poder Público, assim como nos relatórios a que se refere o § 3º do art. 165 da Constituição Federal.

Art. 73. Os órgãos fiscalizadores examinarão, prioritariamente, na prestação de contas de recursos públicos, o cumprimento do disposto no art. 212 da Constituição Federal, no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e na legislação concernente.

Art. 74. A União, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, estabelecerá padrão mínimo de oportunidades educacionais para o ensino fundamental, baseado no cálculo do custo mínimo por aluno, capaz de assegurar ensino de qualidade.

Parágrafo único. O custo mínimo de que trata este artigo será calculado pela União ao final de cada ano, com validade para o ano subsequente, considerando variações regionais no custo dos insumos e as diversas modalidades de ensino.

Art. 75. A ação supletiva e redistributiva da União e dos Estados será exercida de modo a corrigir, progressivamente, as disparidades de acesso e garantir o padrão mínimo de qualidade de ensino.

§ 1º A ação a que se refere este artigo obedecerá a fórmula de domínio público que inclua a capacidade de atendimento e a medida do esforço fiscal do respectivo Estado, do Distrito Federal ou do Município em favor da manutenção e do desenvolvimento do ensino.

§ 2º A capacidade de atendimento de cada governo será definida pela razão entre os recursos de uso constitucionalmente obrigatório na manutenção e desenvolvimento do ensino e o custo anual do aluno, relativo ao padrão mínimo de qualidade.

§ 3º Com base nos critérios estabelecidos nos §§ 1º e 2º, a União poderá fazer a transferência direta de recursos a cada estabelecimento de ensino, considerado o número de alunos que efetivamente freqüentam a escola.

§ 4º A ação supletiva e redistributiva não poderá ser exercida em favor do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios se estes oferecerem vagas, na área de ensino de sua responsabilidade, conforme o inciso VI do art. 10 e o inciso V do art. 11 desta Lei, em número inferior à sua capacidade de atendimento.

Art. 76. A ação supletiva e redistributiva prevista no artigo anterior ficará condicionada ao efetivo cumprimento pelos Estados, Distrito Federal e Municípios do disposto nesta Lei, sem prejuízo de outras prescrições legais.

Art. 77. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e não distribuam resultados, dividendos, bonificações, participações ou parcela de seu patrimônio sob nenhuma forma ou pretexto;

II - apliquem seus excedentes financeiros em educação;

III - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades;

IV - prestem contas ao Poder Público dos recursos recebidos.

§ 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para a educação básica, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública de domicílio do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão da sua rede local.

§ 2º As atividades universitárias de pesquisa e extensão poderão receber apoio financeiro do Poder Público, inclusive mediante bolsas de estudo.

TÍTULO VIII

Das Disposições Gerais

Art. 78. O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar bilingüe e intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos:

I - proporcionar aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências;

II - garantir aos índios, suas comunidades e povos, o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não-índias.

Art. 79. A União apoiará técnica e financeiramente os sistemas de ensino no provimento da educação intercultural às comunidades indígenas, desenvolvendo programas integrados de ensino e pesquisa.

§ 1º Os programas serão planejados com audiência das comunidades indígenas.

§ 2º Os programas a que se refere este artigo, incluídos nos Planos Nacionais de Educação, terão os seguintes objetivos:

I - fortalecer as práticas sócio-culturais e a língua materna de cada comunidade indígena;

II - manter programas de formação de pessoal especializado, destinado à educação escolar nas comunidades indígenas;

III - desenvolver currículos e programas específicos, neles incluindo os conteúdos culturais correspondentes às respectivas comunidades;

IV - elaborar e publicar sistematicamente material didático específico e diferenciado.

Art. 79-A. (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.639, de 9.1.2003)

Art. 79-B. O calendário escolar incluirá o dia 20 de novembro como 'Dia Nacional da Consciência Negra'. (Incluído pela Lei nº 10.639, de 9.1.2003)

Art. 80. O Poder Público incentivará o desenvolvimento e a veiculação de programas de ensino a distância, em todos os níveis e modalidades de ensino, e de educação continuada. (Regulamento)

§ 1º A educação a distância, organizada com abertura e regime especiais, será oferecida por instituições especificamente credenciadas pela União.

§ 2º A União regulamentará os requisitos para a realização de exames e registro de diploma relativos a cursos de educação a distância.

§ 3º As normas para produção, controle e avaliação de programas de educação a distância e a autorização para sua implementação, caberão aos respectivos sistemas de ensino, podendo haver cooperação e integração entre os diferentes sistemas. (Regulamento)

§ 4º A educação a distância gozará de tratamento diferenciado, que incluirá:

I - custos de transmissão reduzidos em canais comerciais de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

II - concessão de canais com finalidades exclusivamente educativas;

III - reserva de tempo mínimo, sem ônus para o Poder Público, pelos concessionários de canais comerciais.

Art. 81. É permitida a organização de cursos ou instituições de ensino experimentais, desde que obedecidas as disposições desta Lei.

Art. 82. Os sistemas de ensino estabelecerão as normas de realização de estágio em sua jurisdição, observada a lei federal sobre a matéria. (Redação dada pela Lei nº 11.788, de 2008)

Art. 83. O ensino militar é regulado em lei específica, admitida a equivalência de estudos, de acordo com as normas fixadas pelos sistemas de ensino.

Art. 84. Os discentes da educação superior poderão ser aproveitados em tarefas de ensino e pesquisa pelas respectivas instituições, exercendo funções de monitoria, de acordo com seu rendimento e seu plano de estudos.

Art. 85. Qualquer cidadão habilitado com a titulação própria poderá exigir a abertura de concurso público de provas e títulos para cargo de docente de instituição pública de ensino que estiver sendo ocupado por professor não concursado, por mais de seis anos, ressalvados os direitos assegurados pelos arts. 41 da Constituição Federal e 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Art. 86. As instituições de educação superior constituídas como universidades integrar-se-ão, também, na sua condição de instituições de pesquisa, ao Sistema Nacional de Ciência e Tecnologia, nos termos da legislação específica.

TÍTULO IX

Das Disposições Transitórias

Art. 87. É instituída a Década da Educação, a iniciar-se um ano a partir da publicação desta Lei.

§ 1º A União, no prazo de um ano a partir da publicação desta Lei, encaminhará, ao Congresso Nacional, o Plano Nacional de Educação, com diretrizes e metas para os dez anos seguintes, em sintonia com a Declaração Mundial sobre Educação para Todos.

§ 2º O poder público deverá recensear os educandos no ensino fundamental, com especial atenção para o grupo de 6 (seis) a 14 (quatorze) anos de idade e de 15 (quinze) a 16 (dezesseis) anos de idade. (Redação dada pela Lei nº 11.274, de 2006)

§ 3º O Distrito Federal, cada Estado e Município, e, supletivamente, a União, devem: (Redação dada pela Lei nº 11.330, de 2006)

I – matricular todos os educandos a partir dos 6 (seis) anos de idade no ensino fundamental; (Redação dada pela Lei nº 11.274, de 2006)

a) (Revogado) (Redação dada pela Lei nº 11.274, de 2006)

b) (Revogado) (Redação dada pela Lei nº 11.274, de 2006)

c) (Revogado) (Redação dada pela Lei nº 11.274, de 2006)

II - prover cursos presenciais ou a distância aos jovens e adultos insuficientemente escolarizados;

III - realizar programas de capacitação para todos os professores em exercício, utilizando também, para isto, os recursos da educação a distância;

IV - integrar todos os estabelecimentos de ensino fundamental do seu território ao sistema nacional de avaliação do rendimento escolar.

§ 4º Até o fim da Década da Educação somente serão admitidos professores habilitados em nível superior ou formados por treinamento em serviço.

§ 5º Serão conjugados todos os esforços objetivando a progressão das redes escolares públicas urbanas de ensino fundamental para o regime de escolas de tempo integral.

§ 6º A assistência financeira da União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, bem como a dos Estados aos seus Municípios, ficam condicionadas ao cumprimento do art. 212 da Constituição Federal e dispositivos legais pertinentes pelos governos beneficiados.

Art. 88. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios adaptarão sua legislação educacional e de ensino às disposições desta Lei no prazo máximo de um ano, a partir da data de sua publicação. (Regulamento)

§ 1º As instituições educacionais adaptarão seus estatutos e regimentos aos dispositivos desta Lei e às normas dos respectivos sistemas de ensino, nos prazos por estes estabelecidos.

§ 2º O prazo para que as universidades cumpram o disposto nos incisos II e III do art. 52 é de oito anos.

Art. 89. As creches e pré-escolas existentes ou que venham a ser criadas deverão, no prazo de três anos, a contar da publicação desta Lei, integrar-se ao respectivo sistema de ensino.

Art. 90. As questões suscitadas na transição entre o regime anterior e o que se institui nesta Lei serão resolvidas pelo Conselho Nacional de Educação ou, mediante delegação deste, pelos órgãos normativos dos sistemas de ensino, preservada a autonomia universitária.

Art. 91. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 92. Revogam-se as disposições das Leis nºs 4.024, de 20 de dezembro de 1961, e 5.540, de 28 de novembro de 1968, não alteradas pelas Leis nºs 9.131, de 24 de novembro de 1995 e 9.192, de 21 de dezembro de 1995 e, ainda, as Leis nºs 5.692, de 11 de agosto de 1971 e 7.044, de 18 de outubro de 1982, e as demais leis e decretos-lei que as modificaram e quaisquer outras disposições em contrário.

Brasília, 20 de dezembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Paulo Renato Souza

ANEXO B

Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999.

ANEXO II

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 9.870, DE 23 DE NOVEMBRO DE 1999.

Dispõe sobre o valor total das anuidades escolares e dá outras providências.

Art. 13. O Fies recomprará, no mínimo a cada trimestre, ao par, os certificados aludidos no art. 9º, mediante utilização dos recursos referidos no art. 2º, ressalvado o disposto no art. 16, em poder das instituições de ensino que atendam ao disposto no art. 12. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º O valor das anuidades ou das semestralidades escolares do ensino pré-escolar, fundamental, médio e superior, será contratado, nos termos desta Lei, no ato da matrícula ou da sua renovação, entre o estabelecimento de ensino e o aluno, o pai do aluno ou o responsável.

§ 1º O valor anual ou semestral referido no *caput* deste artigo deverá ter como base a última parcela da anuidade ou da semestralidade legalmente fixada no ano anterior, multiplicada pelo número de parcelas do período letivo;

§ 2º (VETADO)

§ 3º Poderá ser acrescido ao valor total anual de que trata o § 1º montante proporcional à variação de custos a título de pessoal e de custeio, comprovado mediante apresentação de planilha de custo, mesmo quando esta variação resulte da introdução de aprimoramentos no processo didático-pedagógico. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.8.2001)

§ 4º A planilha de que trata o § 3º será editada em ato do Poder Executivo. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.8.2001)

§ 5º O valor total, anual ou semestral, apurado na forma dos parágrafos precedentes terá vigência por um ano e será dividido em doze ou seis parcelas mensais iguais, facultada a apresentação de planos de pagamento alternativos, desde que não excedam ao valor total anual ou semestral apurado na forma dos parágrafos anteriores. (Renumerado pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.8.2001)

§ 6º Será nula, não produzindo qualquer efeito, cláusula contratual de revisão ou reajustamento do valor das parcelas da anuidade ou semestralidade escolar em prazo inferior a um ano a contar da data de sua fixação, salvo quando expressamente prevista em lei. (Renumerado pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.8.2001)

Art. 2º O estabelecimento de ensino deverá divulgar, em local de fácil acesso ao público, o texto da proposta de contrato, o valor apurado na forma do art. 1º e o número de vagas por sala-classe, no período mínimo de quarenta e cinco dias antes da data final para matrícula, conforme calendário e cronograma da instituição de ensino.

Parágrafo único (VETADO)

Art. 3º (VETADO)

Art. 4º A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, quando necessário, poderá requerer, nos termos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e no âmbito de suas atribuições, comprovação documental referente a qualquer cláusula contratual, exceto dos estabelecimentos de ensino que tenham firmado acordo com alunos, pais de alunos ou associações de pais e alunos, devidamente legalizadas, bem como quando o valor arbitrado for decorrente da decisão do mediador.

Parágrafo único. Quando a documentação apresentada pelo estabelecimento de ensino não corresponder às condições desta Lei, o órgão de que trata este artigo poderá tomar, dos interessados, termo de compromisso, na forma da legislação vigente.

Art. 5º Os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual.

Art. 6º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se

o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias.

§ 1º O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.8.2001)

§ 2º Os estabelecimentos de ensino fundamental, médio e superior deverão expedir, a qualquer tempo, os documentos de transferência de seus alunos, independentemente de sua inadimplência ou da adoção de procedimentos legais de cobranças judiciais. (Renumerado pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.8.2001)

§ 3º São asseguradas em estabelecimentos públicos de ensino fundamental e médio as matrículas dos alunos, cujos contratos, celebrados por seus pais ou responsáveis para a prestação de serviços educacionais, tenham sido suspensos em virtude de inadimplemento, nos termos do *caput* deste artigo. (Renumerado pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.8.2001)

§ 4º Na hipótese de os alunos a que se refere o § 2º, ou seus pais ou responsáveis, não terem providenciado a sua imediata matrícula em outro estabelecimento de sua livre escolha, as Secretarias de Educação estaduais e municipais deverão providenciá-la em estabelecimento de ensino da rede pública, em curso e série correspondentes aos cursados na escola de origem, de forma a garantir a continuidade de seus estudos no mesmo período letivo e a respeitar o disposto no inciso V do art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente. (Renumerado pela Medida Provisória nº 2.173-24, 23.8.2001)

Art. 7º São legitimados à propositura das ações previstas na Lei nº 8.078, de 1990, para a defesa dos direitos assegurados por esta Lei e pela legislação vigente, as associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis, sendo indispensável, em qualquer caso, o apoio de, pelo menos, vinte por cento dos pais de alunos do estabelecimento de ensino ou dos alunos, no caso de ensino superior.

Art. 8º O art. 39 da Lei nº 8.078, de 1990, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

“XII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.”

Art. 9º A Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos:

Art. 7º-A. As pessoas jurídicas de direito privado, mantenedoras de instituições de ensino superior, previstas no inciso II do art. 19 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, poderão assumir qualquer das formas admitidas em direito, de natureza civil ou comercial e, quando constituídas como fundações, serão regidas pelo disposto no art. 24 do Código Civil Brasileiro.

Parágrafo único. Quaisquer alterações estatutárias na entidade mantenedora, devidamente averbadas pelos órgãos competentes, deverão ser comunicadas ao Ministério da Educação, para as devidas providências.

Art. 7º-B. As entidades mantenedoras de instituições de ensino superior, sem finalidade lucrativa, deverão:

I - elaborar e publicar em cada exercício social demonstrações financeiras, com o parecer do conselho fiscal, ou órgão similar;

II - manter escrituração completa e regular de todos os livros fiscais, na forma da legislação pertinente, bem como de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial, em livros revestidos de formalidades que assegurem a respectiva exatidão;

III - conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data de emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem como a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial;

IV - submeter-se, a qualquer tempo, a auditoria pelo Poder Público;

V - destinar seu patrimônio a outra instituição congênere ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades, promovendo, se necessário, a alteração estatutária correspondente;

VI - comprovar, sempre que solicitada pelo órgão competente:

a) a aplicação dos seus excedentes financeiros para os fins da instituição de ensino;

b) a não-remuneração ou concessão de vantagens ou benefícios, por qualquer forma ou título, a seus instituidores, dirigentes, sócios, conselheiros ou equivalentes.

Parágrafo único. A comprovação do disposto neste artigo é indispensável, para fins de credenciamento e recredenciamento da instituição de ensino superior.

Art. 7º-C. As entidades mantenedoras de instituições privadas de ensino superior comunitárias, confessionais e filantrópicas ou constituídas como fundações não poderão ter finalidade lucrativa e deverão adotar os preceitos do art. 14 do Código Tributário Nacional e do art. 55 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, além de atender ao disposto no art. 7º-B.

Art. 7º-D. As entidades mantenedoras de instituições de ensino superior, com finalidade lucrativa, ainda que de natureza civil, deverão elaborar, em cada exercício social, demonstrações financeiras atestadas por profissionais competentes."

Art. 10. Continuam a produzir efeitos os atos praticados com base na Medida Provisória nº 1.890-66, de 24 de setembro de 1999, e nas suas antecessoras.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 12. Revogam-se a Lei nº 8.170, de 17 de janeiro de 1991; o art. 14 da Lei nº 8.178, de 1º de março de 1991; e a Lei nº 8.747, de 9 de dezembro de 1993.

Brasília, 23 de novembro de 1999; 178º da Independência e 111º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Carlos Dias

Pedro Malan

Paulo Renato Souza

ANEXO C

Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001.

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

LEI Nº 10.260, DE 12 DE JULHO DE 2001.

Dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I**DO FUNDO DE FINANCIAMENTO AO ESTUDANTE DO ENSINO SUPERIOR (FIES)**

Art. 1º Fica instituído, nos termos desta Lei, o Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior - FIES, de natureza contábil, destinado à concessão de financiamento a estudantes regularmente matriculados em cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério da Educação, de acordo com regulamentação própria. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 1º O financiamento de que trata o caput poderá, na forma do regulamento, ser oferecido a alunos da educação profissional técnica de nível médio, bem como aos estudantes matriculados em programas de mestrado e doutorado com avaliação positiva, desde que haja disponibilidade de recursos, observada a prioridade no atendimento aos alunos dos cursos de graduação. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 2º São considerados cursos de graduação com avaliação positiva, aqueles que obtiverem conceito maior ou igual a 3 (três) no Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES, de que trata a Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 3º Os cursos que não atingirem a média referida no § 2º ficarão desvinculados do Fies sem prejuízo para o estudante financiado. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 4º São considerados cursos de mestrado e doutorado, com avaliação positiva, aqueles que, nos processos conduzidos pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Capes, nos termos da Lei nº 8.405, de 9 de janeiro de 1992, obedecerem aos padrões de qualidade por ela propostos. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 5º A participação da União no Fies dar-se-á exclusivamente mediante contribuições ao Fundo instituído por esta Lei, ressalvado o disposto nos arts. 10 e 16. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 6º É vedada a concessão de novo financiamento a estudante inadimplente com o Fies ou com o Programa de Crédito Educativo de que trata a Lei nº 8.436, de 25 de junho de 1992. (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)

Seção I**Das receitas do FIES**

Art. 2º Constituem receitas do FIES:

I - dotações orçamentárias consignadas ao MEC, ressalvado o disposto no art. 16;

II - trinta por cento da renda líquida dos concursos de prognósticos administrados pela Caixa Econômica Federal, bem como a totalidade dos recursos de premiação não procurados pelos contemplados dentro do prazo de prescrição, ressalvado o disposto no art. 16;

III - encargos e sanções contratualmente cobrados nos financiamentos concedidos ao amparo desta Lei;

IV - taxas e emolumentos cobrados dos participantes dos processos de seleção para o financiamento;

V - encargos e sanções contratualmente cobrados nos financiamentos concedidos no âmbito do Programa de Crédito Educativo, de que trata a Lei nº 8.436, de 25 de junho de 1992, ressalvado o disposto no art. 16;

VI - rendimento de aplicações financeiras sobre suas disponibilidades; e

VII - receitas patrimoniais.

VIII – outras receitas. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 1º Fica autorizada:

I - ... revogado pela Lei n.12.202/10;

II - a transferência ao FIES dos saldos devedores dos financiamentos concedidos no âmbito do Programa de Crédito Educativo de que trata a Lei nº 8.436, de 1992;

III – a alienação, total ou parcial, a instituições financeiras, dos ativos de que trata o inciso II deste parágrafo e dos ativos representados por financiamentos concedidos ao amparo desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 2º As disponibilidades de caixa do FIES deverão ser mantidas em depósito na conta única do Tesouro Nacional.

§ 3º As despesas do Fies com os agentes financeiros corresponderão a remuneração mensal de até 2% a.a. (dois por cento ao ano), calculados sobre o saldo devedor dos financiamentos concedidos, ponderados pela taxa de adimplência, na forma do regulamento. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010);

§ 4º As Revogado pela Lei n. 12.202/10;

§ 5º Os saldos devedores alienados ao amparo do inciso III do § 1 o deste artigo e os dos contratos cujos aditamentos ocorreram após 31 de maio de 1999 poderão ser renegociados entre credores e devedores, segundo condições que estabelecerem, relativas à atualização de débitos constituídos, saldos devedores, prazos, taxas de juros, garantias, valores de prestações e eventuais descontos, observado o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 10.846, de 2004)

I - na hipótese de renegociação de saldo devedor parcialmente alienado na forma do inciso III do § 1 o deste artigo, serão estabelecidas condições idênticas de composição para todas as parcelas do débito, cabendo a cada credor, no total repactuado, a respectiva participação percentual no montante renegociado com cada devedor; (Redação dada pela Lei nº 10.846, de 2004)

II - as instituições adquirentes deverão apresentar ao MEC, até o dia 10 de cada mês, relatório referente aos contratos renegociados e liquidados no mês anterior, contendo o número do contrato, nome do devedor, saldo devedor, valor renegociado ou liquidado, quantidade e valor de prestações, taxa de juros, além de outras informações julgadas necessárias pelo MEC.

Seção II

Da gestão do FIES

Art. 3º A gestão do FIES caberá:

I - ao MEC, na qualidade de formulador da política de oferta de financiamento e de supervisor da execução das operações do Fundo; e

II - ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, na qualidade de agente operador e de administrador dos ativos e passivos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 487, de 2010)

§ 1º O MEC editará regulamento que disporá, inclusive, sobre:

I - as regras de seleção de estudantes a serem financiados pelo FIES;

II – os casos de transferência de curso ou instituição, suspensão temporária e encerramento dos contratos de financiamento; (Redação dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

III – as exigências de desempenho acadêmico para a manutenção do financiamento, observado o disposto nos §§ 2º, 3º e 4º do art. 1º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

IV - aplicação de sanções às instituições de ensino e aos estudantes que descumprirem as regras do Fies, observados os §§ 5º e 6º do art. 4º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 2º O Ministério da Educação poderá contar com o assessoramento de conselho, de natureza consultiva, cujos integrantes serão designados pelo Ministro de Estado.

§ 3º De acordo com os limites de crédito estabelecidos pelo agente operador, as instituições financeiras poderão, na qualidade de agente financeiro, conceder financiamentos com recursos do FIES.

CAPÍTULO II

DAS OPERAÇÕES

Art. 4º São passíveis de financiamento pelo Fies até 100% (cem por cento) dos encargos educacionais cobrados dos estudantes por parte das instituições de ensino devidamente cadastradas para esse fim pelo Ministério da Educação, em contraprestação aos cursos referidos no art. 1º em que estejam regularmente matriculados. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 1º Revogado pela Lei n. 12.202/10;

§ 2º Poderá o Ministério da Educação, em caráter excepcional, cadastrar, para fins do financiamento de que trata esta Lei, cursos para os quais não haja processo de avaliação concluído.

§ 3º Revogado pela Lei n. 12.202/10;

§ 4º Para os efeitos desta Lei, os encargos educacionais referidos no **caput** deste artigo deverão considerar todos os descontos regulares e de caráter coletivo oferecidos pela instituição, inclusive aqueles concedidos em virtude de seu pagamento pontual. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 5º O descumprimento das obrigações assumidas no termo de adesão ao Fies sujeita as instituições de ensino às seguintes penalidades: (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

I – impossibilidade de adesão ao Fies por até 3 (três) processos seletivos consecutivos, sem prejuízo para os estudantes já financiados; e (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

II – ressarcimento ao Fies dos encargos educacionais indevidamente cobrados, conforme o disposto no § 4º deste artigo, bem como dos custos efetivamente incorridos pelo agente operador e pelos agentes financeiros na correção dos saldos e fluxos financeiros, retroativamente à data da infração, sem prejuízo do previsto no inciso I deste parágrafo. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 6º Será encerrado o financiamento em caso de constatação, a qualquer tempo, de inidoneidade de documento apresentado ou de falsidade de informação prestada pelo estudante à instituição de ensino, ao Ministério da Educação, ao agente operador ou ao agente financeiro. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 7º O Ministério da Educação, conforme disposto no art. 3º desta Lei, poderá criar regime especial, na forma do regulamento, dispondo sobre: (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

I - a dilatação dos prazos previstos nos incisos I e V do art. 5º desta Lei; (Redação dada pela Medida Provisória nº 487, de 2010)

II – o Fies solidário, com a anuência do agente operador, desde que a formação de cada grupo não ultrapasse 5 (cinco) fiadores solidários e não coloque em risco a qualidade do crédito contratado; (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

III – outras condições especiais para contratação do financiamento do Fies para cursos específicos. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 8º As medidas tomadas com amparo no § 7º deste artigo não alcançarão contratos já firmados, bem como seus respectivos aditamentos. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

Art. 5º Os financiamentos concedidos com recursos do FIES deverão observar o seguinte:

I – prazo: não poderá ser superior à duração regular do curso, abrangendo todo o período em que o Fies custear os encargos educacionais a que se refere o art. 4º desta Lei, inclusive o período de suspensão temporária, ressalvado o disposto no § 3º deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

II - juros a serem estipulados pelo CMN; (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

III - oferecimento de garantias adequadas pelo estudante financiado ou pela entidade mantenedora da instituição de ensino; (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

IV – carência: de 18 (dezoito) meses contados a partir do mês imediatamente subsequente ao da conclusão do curso, mantido o pagamento dos juros nos termos do § 1º deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

V - amortização: terá início no 19º (décimo nono) mês ao da conclusão do curso, ou antecipadamente, por iniciativa do estudante financiado, parcelando-se o saldo devedor em período equivalente a até 3 (três) vezes o prazo de permanência do estudante na condição de financiado, acrescido de 12 (doze) meses; (Redação dada pela Medida Provisória nº 487, de 2010)

VI - risco: as instituições de ensino participarão do risco do financiamento, na condição de devedores solidários, nos seguintes limites percentuais: (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

a) Revogado pela Lei n. 12.202/10;

b) 30% (trinta por cento) para as instituições de ensino inadimplentes com as obrigações tributárias federais; (Incluída dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

c) 15% (quinze por cento) para as instituições de ensino adimplentes com as obrigações tributárias federais; (Incluída dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

VII – comprovação de idoneidade cadastral do estudante e do(s) seu(s) fiador(es) na assinatura dos contratos, observado o disposto no § 9º deste artigo. (Incluído dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 1º Ao longo do período de utilização do financiamento, inclusive no período de carência, o estudante financiado fica obrigado a pagar os juros incidentes sobre o financiamento, na forma regulamentada pelo agente operador. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 2º É facultado ao estudante financiado, a qualquer tempo, realizar amortizações extraordinárias ou a liquidação do saldo devedor, dispensada a cobrança de juros sobre as parcelas vincendas. (Redação dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 3º Excepcionalmente, por iniciativa do estudante, a instituição de ensino à qual esteja vinculado poderá dilatar em até um ano o prazo de utilização de que trata o inciso I do caput, hipótese na qual as condições de amortização permanecerão aquelas definidas no inciso V também do caput. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 4º Na hipótese de verificação de inidoneidade cadastral do estudante ou de seu(s) fiador(es) após a assinatura do contrato, ficará sobrestado o aditamento do mencionado documento até a comprovação

da restauração da respectiva idoneidade ou a substituição do fiador inidôneo, respeitado o prazo de suspensão temporária do contrato. (Redação dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 5º O contrato de financiamento poderá prever a amortização mediante autorização para desconto em folha de pagamento, na forma da Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, preservadas as garantias e condições pactuadas originalmente, inclusive as dos fiadores. (Incluído dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 6º (VETADO) (Incluído dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 7º O agente financeiro fica autorizado a pactuar condições especiais de amortização ou alongamento excepcional de prazos, nos termos da normatização do agente operador, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do Fies, de forma que o valor inicialmente contratado retorne integralmente ao Fundo, acrescido dos encargos contratuais. (Incluído dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 8º Em caso de transferência de curso, aplicam-se ao financiamento os juros relativos ao curso de destino, a partir da data da transferência. (Incluído dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 9º Para os fins do disposto no inciso III do **caput** deste artigo, o estudante poderá oferecer como garantias, alternativamente: (Incluído dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

I – fiança; (Incluído dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

II – fiança solidária, na forma do inciso II do § 7º do art. 4º desta Lei; (Incluído dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

III – autorização para desconto em folha de pagamento, nos termos do § 5º deste artigo. (Incluído dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 10. A redução dos juros, estipulados na forma do inciso II deste artigo, incidirá sobre o saldo devedor dos contratos já formalizados. (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)

Art. 6º Em caso de inadimplemento das prestações devidas pelo estudante financiado, a instituição referida no § 3º do art. 3º promoverá a execução das parcelas vencidas, conforme estabelecida pela Instituição de que trata o inciso II do caput do art. 3º, repassando ao Fies e à instituição de ensino a parte concernente ao seu risco. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 1º Nos casos de falecimento ou invalidez permanente do estudante tomador do financiamento, devidamente comprovados, na forma da legislação pertinente, o saldo devedor será absorvido conjuntamente pelo Fies e pela instituição de ensino. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 2º O percentual do saldo devedor de que tratam o caput e o § 1º, a ser absorvido pela instituição de ensino, será equivalente ao percentual do risco de financiamento assumido na forma do inciso VI do caput do art. 5º, cabendo ao Fies a absorção do valor restante. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

Art. 6º-A. Revogado pela Lei n. 11.552/07

Art. 6º-B. O Fies poderá abater, na forma do regulamento, mensalmente, 1,00% (um inteiro por cento) do saldo devedor consolidado, incluídos os juros devidos no período e independentemente da data de contratação do financiamento, dos estudantes que exercerem as seguintes profissões: (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)

I - professor em efetivo exercício na rede pública de educação básica com jornada de, no mínimo, 20 (vinte) horas semanais, graduado em licenciatura; e (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)

II - médico integrante de equipe de saúde da família oficialmente cadastrada, com atuação em áreas e regiões com carência e dificuldade de retenção desse profissional, definidas como prioritárias pelo Ministério da Saúde, na forma do regulamento. (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 1º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 2º O estudante que já estiver em efetivo exercício na rede pública de educação básica com jornada de, no mínimo, 20 (vinte) horas semanais, por ocasião da matrícula no curso de licenciatura, terá direito ao abatimento de que trata o caput desde o início do curso. (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 3º O estudante graduado em Medicina que optar por ingressar em programa credenciado Medicina pela Comissão Nacional de Residência Médica, de que trata a Lei nº 6.932, de 7 de julho de 1981, e em especialidades prioritárias definidas em ato do Ministro de Estado da Saúde terá o período de carência estendido por todo o período de duração da residência médica. (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 4º O abatimento mensal referido no caput será operacionalizado anualmente pelo agente operador do Fies, vedado o primeiro abatimento em prazo inferior a 1 (um) ano de trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 5º No período em que obtiverem o abatimento do saldo devedor, na forma do caput, os estudantes ficam desobrigados da amortização de que trata o inciso V do caput do art. 5º. (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 6º O estudante financiado que deixar de atender às condições previstas neste artigo deverá amortizar a parcela remanescente do saldo devedor regularmente, na forma do inciso V do art. 5º. (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)

CAPÍTULO III

DOS TÍTULOS DA DÍVIDA PÚBLICA

Art. 7º Fica a União autorizada a emitir títulos da dívida pública em favor do FIES.

§ 1º Os títulos a que se referem o caput serão representados por certificados de emissão do Tesouro Nacional, com características definidas em ato do Poder Executivo.

§ 2º Os certificados a que se refere o parágrafo anterior serão emitidos sob a forma de colocação direta, ao par, mediante solicitação expressa do FIES à Secretaria do Tesouro Nacional.

§ 3º Os recursos em moeda corrente entregues pelo FIES em contrapartida à colocação direta dos certificados serão utilizados exclusivamente para abatimento da dívida pública de responsabilidade do Tesouro Nacional.

Art. 8º Em contrapartida à colocação direta dos certificados, fica o FIES autorizado a utilizar em pagamento os créditos securitizados recebidos na forma do art. 14.

Art. 9º Os certificados de que trata o art. 7º serão destinados pelo Fies exclusivamente ao pagamento às mantenedoras de instituições de ensino dos encargos educacionais relativos às operações de financiamento realizadas com recursos desse Fundo. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

Art. 10. Os certificados de que trata o art. 7º serão utilizados para pagamento das contribuições sociais previstas nas alíneas a e c do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, bem como das contribuições previstas no art. 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 1º É vedada a negociação dos certificados de que trata o caput com outras pessoas jurídicas de direito privado. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 2º Revogado pela Lei n. 12.202/10;

§ 3º Não havendo débitos de caráter previdenciário, os certificados poderão ser utilizados para o pagamento de quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, e respectivos débitos, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa, ajuizados ou a ajuizar, exigíveis ou com exigibilidade suspensa, bem como de multas, de juros e de demais encargos legais incidentes. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

§ 4º O disposto no § 3º deste artigo não abrange taxas de órgãos ou entidades da administração pública direta e indireta e débitos relativos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 5º Por opção da entidade mantenedora, os débitos referidos no § 3º deste artigo poderão ser quitados mediante parcelamento em até 120 (cento e vinte) prestações mensais. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 6º A opção referida no § 5º deste artigo implica obrigatoriedade de inclusão de todos os débitos da entidade mantenedora, tais como os integrantes do Programa de Recuperação Fiscal – Refis e do parcelamento a ele alternativo, de que trata a Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000, os compreendidos no âmbito do Parcelamento Especial – Paes, de que trata a Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003, e do Parcelamento Excepcional – Paex, disciplinado pela Medida Provisória nº 303, de 29 de junho de 2006, bem como quaisquer outros débitos objeto de programas governamentais de parcelamento. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 7º Para os fins do disposto no § 6º deste artigo, serão rescindidos todos os parcelamentos da entidade mantenedora referentes aos tributos de que trata o § 3º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 8º Poderão ser incluídos no parcelamento os débitos que se encontrem com exigibilidade suspensa por força do disposto nos incisos III a V do caput do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, desde que a entidade mantenedora desista expressamente e de forma irrevogável da impugnação ou do recurso interposto, ou da ação judicial e, cumulativamente, renuncie a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundam os referidos processos administrativos e ações judiciais. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 9º O parcelamento de débitos relacionados a ações judiciais implica transformação em pagamento definitivo dos valores eventualmente depositados em juízo, vinculados às respectivas ações. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 10. O parcelamento reger-se-á pelo disposto nesta Lei e, subsidiariamente: (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

I – pela Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, relativamente às contribuições sociais previstas nas alíneas a e c do parágrafo único do art. 11 da mencionada Lei, não se aplicando o disposto no § 1º do art. 38 da mesma Lei; (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

II – pela Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, em relação aos demais tributos, não se aplicando o disposto no § 2º do art. 13 e no inciso I do **caput** do art. 14 da mencionada Lei. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 11. Os débitos incluídos no parcelamento serão consolidados no mês do requerimento. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 12. O parcelamento deverá ser requerido perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil e, em relação aos débitos inscritos em Dívida Ativa, perante a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, até o dia 30 de abril de 2008. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 13 Revogado pela Medida Provisória n. 487/10;

§ 14. O valor de cada prestação será apurado pela divisão do débito consolidado pela quantidade de prestações em que o parcelamento for concedido, acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data da consolidação até o mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 15. Se o valor dos certificados utilizados não for suficiente para integral liquidação da parcela, o saldo remanescente deverá ser liquidado em moeda corrente. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 16. O parcelamento independe de apresentação de garantia ou de arrolamento de bens, mantidos os gravames decorrentes de medida cautelar fiscal e as garantias de débitos transferidos de outras modalidades de parcelamento e de execução fiscal. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 17. A opção da entidade mantenedora pelo parcelamento implica: (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

I – confissão irrevogável e irretroatável dos débitos; (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

II – aceitação plena e irretroatável de todas as condições estabelecidas; (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

III – cumprimento regular das obrigações para com o FGTS e demais obrigações tributárias correntes; e (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

IV – manutenção da vinculação ao Prouni e do credenciamento da instituição e reconhecimento do curso, nos termos do art. 46 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 18. O parcelamento será rescindido nas hipóteses previstas na legislação referida no § 10 deste artigo, bem como na hipótese de descumprimento do disposto nos incisos III ou IV do § 17 deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 19. Para fins de rescisão em decorrência de descumprimento do disposto nos incisos III ou IV do § 17 deste artigo, a Caixa Econômica Federal e o Ministério da Educação, respectivamente, apresentarão à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, trimestralmente, relação das entidades mantenedoras que o descumprirem. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 20. A rescisão do parcelamento implicará exigibilidade imediata da totalidade do débito confessado e ainda não quitado e automática execução da garantia prestada, restabelecendo-se, em relação ao montante não pago, os acréscimos legais na forma da legislação aplicável à época da ocorrência dos respectivos fatos geradores. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 21. As entidades mantenedoras que optarem pelo parcelamento não poderão, enquanto este não for quitado, parcelar quaisquer outros débitos perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

§ 22. A Secretaria da Receita Federal do Brasil e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no âmbito de suas competências, poderão editar atos necessários à execução do disposto neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.552, de 2007).

Art. 11. A Secretaria do Tesouro Nacional resgatará, mediante solicitação da Secretaria da Receita Federal do Brasil e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, os certificados utilizados para quitação dos tributos na forma do art. 10 desta Lei, conforme estabelecido em regulamento. (Redação dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

Parágrafo único. O agente operador fica autorizado a solicitar na Secretaria do Tesouro Nacional o resgate dos certificados de que trata o caput. (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)

Art. 12. A Secretaria do Tesouro Nacional fica autorizada a resgatar antecipadamente, mediante solicitação formal do Fies e atestada pelo INSS, os certificados com data de emissão até 10 de novembro de 2000 em poder de instituições de ensino que, na data de solicitação do resgate, tenham satisfeito as obrigações previdenciárias correntes, inclusive os débitos exigíveis, constituídos, inscritos ou ajuizados e que atendam, concomitantemente, as seguintes condições: (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

I - não estejam em atraso nos pagamentos referentes aos acordos de parcelamentos devidos ao INSS;

II - não possuam acordos de parcelamentos de contribuições sociais relativas aos segurados empregados;

III - se optantes do Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), não tenham incluído contribuições sociais arrecadadas pelo INSS;

IV - não estejam em atraso nos pagamentos dos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.552, de 2007).

Parágrafo único. Das instituições de ensino que possuam acordos de parcelamentos com o INSS e que se enquadrem neste artigo poderão ser resgatados até 50% (cinquenta por cento) do valor dos certificados, ficando estas obrigadas a utilizarem os certificados restantes, em seu poder, na amortização dos aludidos acordos de parcelamentos. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

Art. 13. O Fies recomprará, no mínimo a cada trimestre, ao par, os certificados aludidos no art. 9º, mediante utilização dos recursos referidos no art. 2º, ressalvado o disposto no art. 16, em poder das instituições de ensino que atendam ao disposto no art. 12. (Redação dada pela Lei nº 12.202, de 2010)

Art. 14. Para fins da alienação de que trata o inciso III do § 1º do art. 2º, fica o FIES autorizado a receber em pagamento créditos securitizados de responsabilidade do Tesouro Nacional, originários das operações de securitização de dívidas na forma prevista na alínea "b" do inciso II do § 2º do art. 1º da Lei nº 10.150, de 21 de dezembro de 2000.

Parágrafo único. Para efeito do recebimento dos créditos securitizados na forma prevista no caput será observado o critério de equivalência econômica entre os ativos envolvidos.

Art. 15. As operações a que se referem os arts. 8º a 11 serão realizadas ao par, ressalvadas as referidas no § 1º do art. 10.

CAPÍTULO IV

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 16. Nos exercícios de 1999 e seguintes, das receitas referidas nos incisos I, II e V do art. 2º serão deduzidos os recursos necessários ao pagamento dos encargos educacionais contratados no âmbito do Programa de Crédito Educativo de que trata a Lei nº 8.436, de 1992.

Art. 17. Excepcionalmente, no exercício de 1999, farão jus ao financiamento de que trata esta Lei, com efeitos a partir de 1º de maio de 1999, os estudantes comprovadamente carentes que tenham deixado de beneficiar-se de bolsas de estudos integrais ou parciais concedidas pelas instituições referidas no art. 4º da Lei nº 9.732, de 1998, em valor correspondente à bolsa anteriormente recebida.

Parágrafo único. Aos financiamentos de que trata o caput deste artigo não se aplica o disposto na parte final do art. 1º e no § 1º do art. 4º.

Art. 18. Fica vedada, a partir da publicação desta Lei, a inclusão de novos beneficiários no Programa de Crédito Educativo de que trata a Lei nº 8.436, de 1992.

Art. 19. A partir do primeiro semestre de 2001, sem prejuízo do cumprimento das demais condições estabelecidas nesta Lei, as instituições de ensino enquadradas no art. 55 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, ficam obrigadas a aplicar o equivalente à contribuição calculada nos termos do art. 22 da referida Lei na concessão de bolsas de estudo, no percentual igual ou superior a 50% dos encargos educacionais cobrados pelas instituições de ensino, a alunos comprovadamente carentes e regularmente matriculados. (Regulamento) (Vide ADIN nº 2.545-7)

§ 1º A seleção dos alunos a serem beneficiados nos termos do caput será realizada em cada instituição por uma comissão constituída paritariamente por representantes da direção, do corpo docente e da entidade de representação discente. (Vide ADIN nº 2.545-7)

§ 2º Nas instituições que não ministrem ensino superior caberão aos pais dos alunos regularmente matriculados os assentos reservados à representação discente na comissão de que trata o parágrafo anterior. (Vide ADIN nº 2.545-7)

§ 3º Nas instituições de ensino em que não houver representação estudantil ou de pais organizada, caberá ao dirigente da instituição proceder à eleição dos representantes na comissão de que trata o § 1º. (Vide ADIN nº 2.545-7)

§ 4º Após a conclusão do processo de seleção, a instituição de ensino deverá encaminhar ao MEC e ao INSS a relação de todos os alunos, com endereço e dados pessoais, que receberam bolsas de estudo. (Vide ADIN nº 2.545-7)

§ 5º As instituições de ensino substituirão os alunos beneficiados que não efetivarem suas matrículas no prazo regulamentar, observados os critérios de seleção dispostos neste artigo. (Vide ADIN nº 2.545-7)

Art. 20. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 2.094-28, de 13 de junho de 2001, e nas suas antecessoras.

Art. 20-A. O Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE terá prazo de até 1 (um) ano para assumir o papel de agente operador do Fies, cabendo à Caixa Econômica Federal, durante este prazo, dar continuidade ao desempenho das atribuições decorrentes do encargo. (Incluído pela Lei nº 12.202, de 2010)

Art. 20-B. Até 30 de abril de 2011, o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal atuarão com exclusividade como agentes financeiros do FIES. (Redação dada pela Medida Provisória nº 487, de 2010)

Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 22. Fica revogado o parágrafo único do art. 9º da Lei nº 10.207, de 23 de março de 2001.

Brasília, 12 de julho de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Pedro Malan

Paulo Renato Souza

Martus Tavares Roberto Brant

ANEXO D

Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005.

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

LEI Nº 11.096, DE 13 DE JANEIRO DE 2005.

Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Fica instituído, sob a gestão do Ministério da Educação, o Programa Universidade para Todos - PROUNI, destinado à concessão de bolsas de estudo integrais e bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudantes de cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos.

§ 1º A bolsa de estudo integral será concedida a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 1 (um) salário-mínimo e 1/2 (meio).

§ 2º As bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), cujos critérios de distribuição serão definidos em regulamento pelo Ministério da Educação, serão concedidas a brasileiros não-portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal per capita não exceda o valor de até 3 (três) salários-mínimos, mediante critérios definidos pelo Ministério da Educação.

§ 3º Para os efeitos desta Lei, bolsa de estudo refere-se às semestralidades ou anuidades escolares fixadas com base na Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999.

§ 4º Para os efeitos desta Lei, as bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) deverão ser concedidas, considerando-se todos os descontos regulares e de caráter coletivo oferecidos pela instituição, inclusive aqueles dados em virtude do pagamento pontual das mensalidades.

Art. 2º A bolsa será destinada:

I - a estudante que tenha cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral;

II - a estudante portador de deficiência, nos termos da lei;

III - a professor da rede pública de ensino, para os cursos de licenciatura, normal superior e pedagogia, destinados à formação do magistério da educação básica, independentemente da renda a que se referem os §§ 1º e 2º do art. 1º desta Lei.

Parágrafo único. A manutenção da bolsa pelo beneficiário, observado o prazo máximo para a conclusão do curso de graduação ou sequencial de formação específica, dependerá do cumprimento de requisitos de desempenho acadêmico, estabelecidos em normas expedidas pelo Ministério da Educação.

Art. 3º O estudante a ser beneficiado pelo Prouni será pré-selecionado pelos resultados e pelo perfil socioeconômico do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM ou outros critérios a serem definidos pelo Ministério da Educação, e, na etapa final, selecionado pela instituição de ensino superior, segundo seus próprios critérios, à qual competirá, também, aferir as informações prestadas pelo candidato.

Parágrafo único. O beneficiário do Prouni responde legalmente pela veracidade e autenticidade das informações socioeconômicas por ele prestadas.

Art. 4º Todos os alunos da instituição, inclusive os beneficiários do Prouni, estarão igualmente regidos pelas mesmas normas e regulamentos internos da instituição.

Art. 5º A instituição privada de ensino superior, com fins lucrativos ou sem fins lucrativos não beneficente, poderá aderir ao Prouni mediante assinatura de termo de adesão, cumprindo-lhe oferecer, no mínimo, 1 (uma) bolsa integral para o equivalente a 10,7 (dez inteiros e sete décimos) estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados ao final do correspondente período

letivo anterior, conforme regulamento a ser estabelecido pelo Ministério da Educação, excluído o número correspondente a bolsas integrais concedidas pelo Prouni ou pela própria instituição, em cursos efetivamente nela instalados.

§ 1º O termo de adesão terá prazo de vigência de 10 (dez) anos, contado da data de sua assinatura, renovável por iguais períodos e observado o disposto nesta Lei.

§ 2º O termo de adesão poderá prever a permuta de bolsas entre cursos e turnos, restrita a 1/5 (um quinto) das bolsas oferecidas para cada curso e cada turno.

§ 3º A denúncia do termo de adesão, por iniciativa da instituição privada, não implicará ônus para o Poder Público nem prejuízo para o estudante beneficiado pelo Prouni, que gozará do benefício concedido até a conclusão do curso, respeitadas as normas internas da instituição, inclusive disciplinares, e observado o disposto no art. 4º desta Lei.

§ 4º A instituição privada de ensino superior com fins lucrativos ou sem fins lucrativos não beneficente poderá, alternativamente, em substituição ao requisito previsto no caput deste artigo, oferecer 1 (uma) bolsa integral para cada 22 (vinte e dois) estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados em cursos efetivamente nela instalados, conforme regulamento a ser estabelecido pelo Ministério da Educação, desde que ofereça, adicionalmente, quantidade de bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) na proporção necessária para que a soma dos benefícios concedidos na forma desta Lei atinja o equivalente a 8,5% (oito inteiros e cinco décimos por cento) da receita anual dos períodos letivos que já têm bolsistas do Prouni, efetivamente recebida nos termos da Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, em cursos de graduação ou seqüencial de formação específica.

§ 5º Para o ano de 2005, a instituição privada de ensino superior, com fins lucrativos ou sem fins lucrativos não beneficente, poderá:

I - aderir ao Prouni mediante assinatura de termo de adesão, cumprindo-lhe oferecer, no mínimo, 1 (uma) bolsa integral para cada 9 (nove) estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados ao final do correspondente período letivo anterior, conforme regulamento a ser estabelecido pelo Ministério da Educação, excluído o número correspondente a bolsas integrais concedidas pelo Prouni ou pela própria instituição, em cursos efetivamente nela instalados;

II - alternativamente, em substituição ao requisito previsto no inciso I deste parágrafo, oferecer 1 (uma) bolsa integral para cada 19 (dezenove) estudantes regularmente pagantes e devidamente matriculados em cursos efetivamente nela instalados, conforme regulamento a ser estabelecido pelo Ministério da Educação, desde que ofereça, adicionalmente, quantidade de bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) na proporção necessária para que a soma dos benefícios concedidos na forma desta Lei atinja o equivalente a 10% (dez por cento) da receita anual dos períodos letivos que já têm bolsistas do Prouni, efetivamente recebida nos termos da Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, em cursos de graduação ou seqüencial de formação específica.

§ 6º Aplica-se o disposto no § 5º deste artigo às turmas iniciais de cada curso e turno efetivamente instaladas a partir do 1º (primeiro) processo seletivo posterior à publicação desta Lei, até atingir as proporções estabelecidas para o conjunto dos estudantes de cursos de graduação e seqüencial de formação específica da instituição, e o disposto no caput e no § 4º deste artigo às turmas iniciais de cada curso e turno efetivamente instaladas a partir do exercício de 2006, até atingir as proporções estabelecidas para o conjunto dos estudantes de cursos de graduação e seqüencial de formação específica da instituição.

Art. 6º Assim que atingida a proporção estabelecida no § 6º do art. 5º desta Lei, para o conjunto dos estudantes de cursos de graduação e seqüencial de formação específica da instituição, sempre que a evasão dos estudantes beneficiados apresentar discrepância em relação à evasão dos demais estudantes matriculados, a instituição, a cada processo seletivo, oferecerá bolsas de estudo na proporção necessária para estabelecer aquela proporção.

Art. 7º As obrigações a serem cumpridas pela instituição de ensino superior serão previstas no termo de adesão ao Prouni, no qual deverão constar as seguintes cláusulas necessárias:

I - proporção de bolsas de estudo oferecidas por curso, turno e unidade, respeitados os parâmetros estabelecidos no art. 5º desta Lei;

II - percentual de bolsas de estudo destinado à implementação de políticas afirmativas de acesso ao ensino superior de portadores de deficiência ou de autodeclarados indígenas e negros.

§ 1º O percentual de que trata o inciso II do caput deste artigo deverá ser, no mínimo, igual ao percentual de cidadãos autodeclarados indígenas, pardos ou pretos, na respectiva unidade da Federação, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

§ 2º No caso de não-preenchimento das vagas segundo os critérios do § 1º deste artigo, as vagas remanescentes deverão ser preenchidas por estudantes que se enquadrem em um dos critérios dos arts. 1º e 2º desta Lei.

§ 3º As instituições de ensino superior que não gozam de autonomia ficam autorizadas a ampliar, a partir da assinatura do termo de adesão, o número de vagas em seus cursos, no limite da proporção de bolsas integrais oferecidas por curso e turno, na forma do regulamento.

§ 4º O Ministério da Educação desvinculará do Prouni o curso considerado insuficiente, sem prejuízo do estudante já matriculado, segundo critérios de desempenho do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES, por duas avaliações consecutivas, situação em que as bolsas de estudo do curso desvinculado, nos processos seletivos seguintes, deverão ser redistribuídas proporcionalmente pelos demais cursos da instituição, respeitado o disposto no art. 5º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 11.509, de 2007)

§ 5º Será facultada, tendo prioridade os bolsistas do Prouni, a estudantes dos cursos referidos no § 4º deste artigo a transferência para curso idêntico ou equivalente, oferecido por outra instituição participante do Programa.

Art. 8º A instituição que aderir ao Prouni ficará isenta dos seguintes impostos e contribuições no período de vigência do termo de adesão: (Vide Lei nº 11.128, de 2005)

I - Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas;

II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, instituída pela Lei nº 7.689, de 15 de dezembro de 1988;

III - Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social, instituída pela Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991; e

IV - Contribuição para o Programa de Integração Social, instituída pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970.

§ 1º A isenção de que trata o caput deste artigo recairá sobre o lucro nas hipóteses dos incisos I e II do caput deste artigo, e sobre a receita auferida, nas hipóteses dos incisos III e IV do caput deste artigo, decorrentes da realização de atividades de ensino superior, proveniente de cursos de graduação ou cursos seqüenciais de formação específica.

§ 2º A Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda disciplinará o disposto neste artigo no prazo de 30 (trinta) dias.

Art. 9º O descumprimento das obrigações assumidas no termo de adesão sujeita a instituição às seguintes penalidades:

I - restabelecimento do número de bolsas a serem oferecidas gratuitamente, que será determinado, a cada processo seletivo, sempre que a instituição descumprir o percentual estabelecido no art. 5º desta Lei e que deverá ser suficiente para manter o percentual nele estabelecido, com acréscimo de 1/5 (um quinto);

II - desvinculação do Prouni, determinada em caso de reincidência, na hipótese de falta grave, conforme dispuser o regulamento, sem prejuízo para os estudantes beneficiados e sem ônus para o Poder Público.

§ 1º As penas previstas no caput deste artigo serão aplicadas pelo Ministério da Educação, nos termos do disposto em regulamento, após a instauração de procedimento administrativo, assegurado o contraditório e direito de defesa.

§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, a suspensão da isenção dos impostos e contribuições de que trata o art. 8º desta Lei terá como termo inicial a data de ocorrência da falta que deu causa à desvinculação do Prouni, aplicando-se o disposto nos arts. 32 e 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, no que couber.

§ 3º As penas previstas no caput deste artigo não poderão ser aplicadas quando o descumprimento das obrigações assumidas se der em face de razões a que a instituição não deu causa.

Art. 10. A instituição de ensino superior, ainda que atue no ensino básico ou em área distinta da educação, somente poderá ser considerada entidade beneficente de assistência social se oferecer, no mínimo, 1 (uma) bolsa de estudo integral para estudante de curso de graduação ou seqüencial de formação específica, sem diploma de curso superior, enquadrado no § 1º do art. 1º desta Lei, para cada 9 (nove) estudantes pagantes de cursos de graduação ou seqüencial de formação específica regulares da instituição, matriculados em cursos efetivamente instalados, e atender às demais exigências legais.

§ 1º A instituição de que trata o caput deste artigo deverá aplicar anualmente, em gratuidade, pelo menos 20% (vinte por cento) da receita bruta proveniente da venda de serviços, acrescida da receita decorrente de aplicações financeiras, de locação de bens, de venda de bens não integrantes do ativo imobilizado e de doações particulares, respeitadas, quando couber, as normas que disciplinam a atuação das entidades beneficentes de assistência social na área da saúde.

§ 2º Para o cumprimento do que dispõe o § 1º deste artigo, serão contabilizadas, além das bolsas integrais de que trata o caput deste artigo, as bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudante enquadrado no § 2º do art. 1º desta Lei e a assistência social em programas não decorrentes de obrigações curriculares de ensino e pesquisa.

§ 3º Aplica-se o disposto no caput deste artigo às turmas iniciais de cada curso e turno efetivamente instalados a partir do 1º (primeiro) processo seletivo posterior à publicação desta Lei.

§ 4º Assim que atingida a proporção estabelecida no caput deste artigo para o conjunto dos estudantes de cursos de graduação e seqüencial de formação específica da instituição, sempre que a evasão dos estudantes beneficiados apresentar discrepância em relação à evasão dos demais estudantes matriculados, a instituição, a cada processo seletivo, oferecerá bolsas de estudo integrais na proporção necessária para restabelecer aquela proporção.

§ 5º É permitida a permuta de bolsas entre cursos e turnos, restrita a 1/5 (um quinto) das bolsas oferecidas para cada curso e cada turno.

Art. 11. As entidades beneficentes de assistência social que atuem no ensino superior poderão, mediante assinatura de termo de adesão no Ministério da Educação, adotar as regras do Prouni, contidas nesta Lei, para seleção dos estudantes beneficiados com bolsas integrais e bolsas parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), em especial as regras previstas no art. 3º e no inciso II do caput e §§ 1º e 2º do art. 7º desta Lei, comprometendo-se, pelo prazo de vigência do termo de adesão, limitado a 10 (dez) anos, renovável por iguais períodos, e respeitado o disposto no art. 10 desta Lei, ao atendimento das seguintes condições:

I - oferecer 20% (vinte por cento), em gratuidade, de sua receita anual efetivamente recebida nos termos da Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, ficando dispensadas do cumprimento da exigência do § 1º do art. 10 desta Lei, desde que sejam respeitadas, quando couber, as normas que disciplinam a atuação das entidades beneficentes de assistência social na área da saúde;

II - para cumprimento do disposto no inciso I do caput deste artigo, a instituição:

a) deverá oferecer, no mínimo, 1 (uma) bolsa de estudo integral a estudante de curso de graduação ou seqüencial de formação específica, sem diploma de curso superior, enquadrado no § 1º do art. 1º desta Lei, para cada 9 (nove) estudantes pagantes de curso de graduação ou seqüencial de formação específica regulares da instituição, matriculados em cursos efetivamente instalados, observado o disposto nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 10 desta Lei;

b) poderá contabilizar os valores gastos em bolsas integrais e parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento), destinadas a estudantes enquadrados no § 2º do art. 1º desta Lei, e o montante direcionado para a assistência social em programas não decorrentes de obrigações curriculares de ensino e pesquisa;

III - gozar do benefício previsto no § 3º do art. 7º desta Lei.

§ 1º Compete ao Ministério da Educação verificar e informar aos demais órgãos interessados a situação da entidade em relação ao cumprimento das exigências do Prouni, sem prejuízo das competências da Secretaria da Receita Federal e do Ministério da Previdência Social.

§ 2º As entidades beneficentes de assistência social que tiveram seus pedidos de renovação de Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social indeferidos, nos 2 (dois) últimos triênios, unicamente por não atenderem ao percentual mínimo de gratuidade exigido, que adotarem as regras do Prouni, nos termos desta Lei, poderão, até 60 (sessenta) dias após a data de publicação desta Lei, requerer ao Conselho Nacional de Assistência Social - CNAS a concessão de novo Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social e, posteriormente, requerer ao Ministério da Previdência Social a isenção das contribuições de que trata o art. 55 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 3º O Ministério da Previdência Social decidirá sobre o pedido de isenção da entidade que obtiver o Certificado na forma do caput deste artigo com efeitos a partir da edição da Medida Provisória nº 213, de 10 de setembro de 2004, cabendo à entidade comprovar ao Ministério da Previdência Social o efetivo cumprimento das obrigações assumidas, até o último dia do mês de abril subsequente a cada um dos 3 (três) próximos exercícios fiscais.

§ 4º Na hipótese de o CNAS não decidir sobre o pedido até o dia 31 de março de 2005, a entidade poderá formular ao Ministério da Previdência Social o pedido de isenção, independentemente do pronunciamento do CNAS, mediante apresentação de cópia do requerimento encaminhando a este e do respectivo protocolo de recebimento.

§ 5º Aplica-se, no que couber, ao pedido de isenção de que trata este artigo o disposto no art. 55 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Art. 12. Atendidas as condições socioeconômicas estabelecidas nos §§ 1º e 2º do art. 1º desta Lei, as instituições que aderirem ao Prouni ou adotarem suas regras de seleção poderão considerar como bolsistas do programa os trabalhadores da própria instituição e dependentes destes que forem

bolsistas em decorrência de convenção coletiva ou acordo trabalhista, até o limite de 10% (dez por cento) das bolsas Prouni concedidas.

Art. 13. As pessoas jurídicas de direito privado, mantenedoras de instituições de ensino superior, sem fins lucrativos, que adotarem as regras de seleção de estudantes bolsistas a que se refere o art. 11 desta Lei e que estejam no gozo da isenção da contribuição para a seguridade social de que trata o § 7º do art. 195 da Constituição Federal, que optarem, a partir da data de publicação desta Lei, por transformar sua natureza jurídica em sociedade de fins econômicos, na forma facultada pelo art. 7º-A da Lei nº 9.131, de 24 de novembro de 1995, passarão a pagar a quota patronal para a previdência social de forma gradual, durante o prazo de 5 (cinco) anos, na razão de 20% (vinte por cento) do valor devido a cada ano, cumulativamente, até atingir o valor integral das contribuições devidas.

Parágrafo único. A pessoa jurídica de direito privado transformada em sociedade de fins econômicos passará a pagar a contribuição previdenciária de que trata o caput deste artigo a partir do 1º dia do mês de realização da assembléia geral que autorizar a transformação da sua natureza jurídica, respeitada a gradação correspondente ao respectivo ano.

Art. 14. Terão prioridade na distribuição dos recursos disponíveis no Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior - FIES as instituições de direito privado que aderirem ao Prouni na forma do art. 5º desta Lei ou adotarem as regras de seleção de estudantes bolsistas a que se refere o art. 11 desta Lei.

Art. 15. Para os fins desta Lei, o disposto no art. 6º da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, será exigido a partir do ano de 2006 de todas as instituições de ensino superior aderentes ao Prouni, inclusive na vigência da Medida Provisória nº 213, de 10 de setembro de 2004.

Art. 16. O processo de deferimento do termo de adesão pelo Ministério da Educação, nos termos do art. 5º desta Lei, será instruído com a estimativa da renúncia fiscal, no exercício de deferimento e nos 2 (dois) subseqüentes, a ser usufruída pela respectiva instituição, na forma do art. 9º desta Lei, bem como o demonstrativo da compensação da referida renúncia, do crescimento da arrecadação de impostos e contribuições federais no mesmo segmento econômico ou da prévia redução de despesas de caráter continuado.

Parágrafo único. A evolução da arrecadação e da renúncia fiscal das instituições privadas de ensino superior será acompanhada por grupo interministerial, composto por 1 (um) representante do Ministério da Educação, 1 (um) do Ministério da Fazenda e 1 (um) do Ministério da Previdência Social, que fornecerá os subsídios necessários à execução do disposto no caput deste artigo.

Art. 17. (VETADO).

Art. 18. O Poder Executivo dará, anualmente, ampla publicidade dos resultados do Programa.

Art. 19. Os termos de adesão firmados durante a vigência da Medida Provisória nº 213, de 10 de setembro de 2004, ficam validados pelo prazo neles especificado, observado o disposto no § 4º e no caput do art. 5º desta Lei.

Art. 20. O Poder Executivo regulamentará o disposto nesta Lei.

Art. 21. Os incisos I, II e VII do caput do art. 3º da Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 3º

I - possuir idade mínima de 14 (quatorze) anos para a obtenção das Bolsas Atleta Nacional, Atleta Internacional Olímpico e Paraolímpico, e possuir idade mínima de 12 (doze) anos para a obtenção da Bolsa-Atleta Estudantil;

II - estar vinculado a alguma entidade de prática desportiva, exceto os atletas que pleitearem a Bolsa-Atleta Estudantil;

...

VII - estar regularmente matriculado em instituição de ensino pública ou privada, exclusivamente para os atletas que pleitearem a Bolsa-Atleta Estudantil." (NR)

Art. 22. O Anexo I da Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, passa a vigorar com a alteração constante do Anexo I desta Lei.

Art. 23. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 13 de janeiro de 2005; 184ª da Independência e 117ª da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Antonio Palocci Filho - Tarso Genro

RESUMO APRESENTAÇÃO

1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ENSINO

A. NOÇÕES

- . constitui a República Federativa do Brasil
- . não é expressão vazia utilizada popularmente
- . ESTADO: povo / poder, criador e consumidor do serviço do Estado
- . Território: limite geográfico, hoje cada vez menos relevante diante da globalização
- . Governo: estrutura burocrática formada por escolhidos entre os do povo
- . soberania: autonomia e independência frente a outros Estados

- . DEMOCRACIA: não é unanimidade (Rousseau achava corrompido o processo legislativo)
- . Não é expressão vazia
- . não há democracia sem educação (gregos chamavam de idiotas os que podiam mas não votavam porque não queriam)
- . ainda não inventaram modelo melhor
- . Recebe constante avaliação e adequação
- . hoje é muito comentada a expressão preço da democracia
- . Democracia participativa; é repensada em cada grande evento que atenta contra os limites e a função do Estado - princípios: Dignidade da pessoa humana
 - Soberania popular: o destinatário é o cidadão
 - Soberania nacional: independ. do Estado
 - Unidade da Constituição: unidade lógica axiológica

ESTADO DE DIREITO: concebido pelo Estado Liberal, objetivava liberdade do julgo do governante; é a valorização é a submissão á regra posta, á lei.

- . estado democrático e estado de direito são expressões aparentemente antagônicas mas que se complementam.
- . em tempos de democracia participativa, a educação se apresenta fundamental para que o cidadão possa participar efetivamente nas decisões do Estado.

CIDADANIA: ganhou novo conceito, deixando-se de lado o conceito jurídico do direito de votar e de ser votado.

Hoje representa expressão relativa á capacidade de participação do cidadão na resolução dos problemas de seu bairro, cidade, Estado, país. É cidadão, portanto, hoje, o jovem com – de 16, o adulto com mais de 70, o analfabeto, e todos os que queiram participar das grandes discussões da urbe.

- . esta discussão constante se aprimora com a classificação de bens antes relegados a 2º plano á

condições de direitos protegidos constitucionalmente, como a qualidade do ar, o patrimônio histórico;

C. DIREITOS DA PERSONALIDADE

- . não há consenso na sua definição e outros nomes já foram usados.
- . São aqueles ditos absolutos, cujo dever de obediência se dá para todos na sociedade e cujo objeto está na pessoa do próprio titular: vida, honra, integridade moral, liberdade civil, política e religiosa, honra, recato, segredo pessoal, doméstico e profissional, imagem, identidade pessoal, familiar e social.
- . São direitos protegidos nos arts. 11 e 12 do CC/02.
- . Tem como características: Absolutos: oponíveis contra todos;
 - Intransmissíveis: não deixam a figura do titular
 - Imprescritíveis: não se perdem e nem se adquirem pelo tempo
 - Vitalícios
 - Irrenunciáveis
 - Indisponíveis: não há penhora ou alienação
 - Inexpropriáveis
 - Pluridisciplinares: não é para fins apenas jurídicos
 - Imateriais:
 - Tipicidade aberta

D. PRINCÍPIOS E PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TEXTO CONSTITUCIONAL

- . Nova percepção a partir do pós-positivismo (com Alexy e Dworkin)
- . Casos difíceis, frutos dos novos tempos e não amparados pela lei
- . Reconhecimento de que a lei não pode prever todas as condutas humanas ou todos os fatos da vida (lembrar de Kelsen);
- . Para interpretá-los é preciso perfeita noção do conceito e finalidade do Est. Democ. de Dto.
- Somente a partir da hermenêutica constitucional se pode invocar e interpretar os princípios previstos na CF/88

E. O acesso ao direito fundamental da educação como direito fundamental à dignidade do homem

- . Conceito de Educação: sistema formal para regulamentação da relação de ensino e aprendizagem, com relação a seu aspecto estrutural.
- . Através da educação se consegue a cultura (transmissão de conhecimento entre as gerações), se consegue a socialização.

- . É preciso muito esforço, paciência e humildade pelo interessado;
 - . no BR foi a educação elevada á condição de direito fundamental e social (Bonavides)
- CONCEITO para o jurista: é o direito protegido pelo Estado e previsto constitucionalmente, disponibilizado a todo cidadão para receber conhecimento formal com o objetivo de se preparar para a vida em comunidade, tanto no ambiente social quanto para sua relação com o Estado
- . não há dignidade sem educação;
 - . ver art. 205 da CF/88 que reproduz o art. 25 da Dec. Univ. dos Dtos. do Homem

Princípios da proporcionalidade e razoabilidade:

- . muito próximos porque derivados de conceitos vagos (não se pode esquecer que as palavras neles empregadas devem receber interpretação quase gramatical, sob pena de subversão;
- Proporção: é MEDIDA; é substantivo para coisas; representa dimensão ou igualdade entre duas razões:

Razoável: é QUALIDADE; é adjetivo para moderação, satisfatório

- . Princípio da proporcionalidade é a norma abstrata que se fundamenta no ideal de harmonia entre direitos aparentemente conflitantes; através dele o intérprete procura avaliar o justo, o ideal, sempre sob a perspectiva da ponderação. ALEXY fala em colisão de princípios opostos e a decisão vai demandar ponderação.

G. Princípio da Indeclinabilidade ou inafastabilidade da jurisdição – ver 5º, XXXV da CF e 126º do CPC

- . O Estado Juiz é chamado a resolver pendência entre os particulares e entre eles e o Estado;
- . Esta missão é inafastável, de modo que o judiciário deverá se pronunciar sempre que provocado, daí a inafastabilidade de sua missão, nem que seja para demanda difícil ou complexa
- . Este princípio pode ser mitigado através das causas de impedimento ou suspeição do magistrado ou da caracterização da falta de qualquer das condições da ação;

H. CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PELA FUNÇÃO JURISDICIONAL

- . Lembrar das funções típicas e atípicas das funções do Estado, base do sistema republicano.
- . É missão constitucional do Poder Judiciário concretizar o Estado Democrático de Direito, exatamente como se vê do art. 1º da CF/88, objetivando buscar uma sociedade mais justa, livre e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, com redução das desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos
- . Através da lide resistida, na ação judicial, o Judiciário deve concretizar o Estado Democrático de Direito, para tanto invocando os princípios constitucionais, nos termos do art. 4º da LICC

I. ATIVISMO JUDICIAL

- . Tema palpitante e tormentoso;
- . tem recebido interpretação equivocada, muitas vezes invocado como a qualidade do juiz mais participativo, mais ativo socialmente.
- . o juiz é mais e mais chamado a participar ativamente das coisas do Estado, dentro e fora do processo;
- . O Ativismo é uma conduta deliberada, intencional, promovida pelos órgãos do Poder Judiciário, de resolver o caso concreto através de atuação que seria típica dos outros dois poderes.
- . REQUISITOS: para ser invocado é preciso:
 - fundamentação da decisão;
 - direito violado de interesse comum e não apenas dos contendores;
 - inércia imotivada dos outros poderes;
 - fundamentação da decisão em estrito atendimento a princípios constitucionais, com objetivo de concretização da democracia;
 - Riscos: juristocracia, abuso, utilização para decisão de questões não relevantes para a sociedade, perenidade, descompromisso pelo julgador, promiscuidade e ofensa ao princípio republicano.

2 CONTRATOS

A. CONCEITO, NOÇÕES E ELEMENTOS

- . Obrigação: relação jurídica que se estabelece entre credor e devedor, de caráter não perene, que tem por objeto uma prestação assumida pelo devedor em favor do credor, de expressão econômica e garantida pelo seu patrimônio.
- . Toda obrigação deriva da lei.

CONTRATO e NEGÓCIO JURÍDICO

Neg. Jur. é fato jurídico (art. 104 do CC/02). São declarações de vontade caracterizadas pela negociabilidade ou seja, cujos efeitos podem ser ajustados entre as partes

Elementos do Contrato: capacidade do agente, licitude do objeto, atendimento da forma e cumprimento da função social

- para BEVILAQUA o contrato é sinônimo de civilidade, é quase um fenômeno antropológico

FINALIDADE DOS CONTRATOS

- pacificação das relações sociais
- intercâmbio de riquezas, circulação de mercadorias, geração de divisas

CARACTERÍSTICAS DOS CONTRATOS

I – autonomia da vontade

Para contratar e como contratar (lembrar nos lugares onde há apenas uma instituição privada de ensino)

Os contratantes não se conhecem e por isto são previstas regras.

A função social é um limite á autonomia da vontade.

Outro limite á autonomia é a dirigismo contratual e a intervenção estatal.

No CPESP (contrato de prest. de ensino superior privado) a autonomia da vontade é constantemente margeada, limitada, isto porque a qualidade do seu objeto (direito fundamental) exige fiscalização e orientação constantes pelo Poder Público (ver art. 208 da CF).

II – Força obrigatória

Os contratos escravizam e assim sempre será.

Os contratos foram feitos para serem cumpridos.

A escravização é psicológica, comportamental e constrange o patrimônio do devedor.

Quem se une a terceiro desconhecido através de contrato sabe que deve cumprir sua prestação.

A escravização, contudo, não se presta ao infortúnio, ao exagerado, ao flagelo, evidentemente.

Lembrar do professor, do lavrador, do industrial, todos contratando e querendo o cumprimento efetivo das prestações da outra parte.

O descumprimento do contrato é chamado patologia dos contratos e o seu efeito deve ser grave, com multas, etc porque viola todo o sistema de circulação de riqueza.

III – Revisibilidade

Em contraposição á força escravizante, existe a possibilidade da parte menos favorecida buscar a revisão ou a extinção prematura do contrato para readequação das prestações.

Numa ordem cronológica: cláusula rebus, teoria da imprevisão e revisão apenas pela caracterização da onerosidade excessiva, primeiro pelo CDC (6º) e depois pelo CC/02 (472);

Características para a revisibilidade:

- . contratos que se protraem no tempo;
- . desproporcionalidade nas prestações de parte a parte;
- . Fato superveniente (para não se confundir com um mau negócio);
- . excepcionalidade.

REVISIBILIDADE PARA O CPESP:

- É celebrado por contrato de adesão;
- Tem por objeto direito fundamental (acesso á educação);

- os efeitos do contrato escapam do interesse imediato e exclusivo dos contratantes e atingem a toda a coletividade;
- tem sua revisão autorizada pelo art. 6º do CDC como contrato de adesão

C. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EM GERAL

- como as eis os contratos precisam ser interpretados, primeiro pelas próprias partes e depois pelo magistrado, na lide
- através da interpretação se procura extrair do contrato toda a sua extensão, procurando-se apurar a relação que existe entre a palavra escrita e a efetiva intenção dos contratantes - art. 112 do CC/02.
- a mesma regra já era prevista no CC/16 (art. 85) e Cód. Comercial (art. 131)
- boa-fé, usos e costumes

D. CLÁUSULAS GERAIS DA FUNÇÃO SOCIAL E DA BOA-FÉ OBJETIVA

- ART. 421 E 422 DO CC/02
- são cláusulas abertas, a partir de conceitos aparentemente vagos, exatamente como acontecem com os princípios

BOA-FÉ

- **SUBJETIVA:** já era prevista no CC/16;
- é estado de espírito
- é o desconhecimento do erro, do equívoco;
- A lei protege o agente que atua com boa-fé subjetiva no usucapião, o herdeiro aparente, o possuidor, etc.

- **OBJETIVA:** novidade no BR até o CDC, mas não no exterior
- é a qualidade do agente que atua antes, durante e depois da celebração do contrato com lealdade, franqueza e publicidade, dentro dos aspectos temporal, geográfico e social
- médico ao paciente, o vendedor

FUNÇÃO SOCIAL

- é considerada elemento do contrato, junto com capacidade, forma e objeto;
- empresta validade e legitimidade ao contrato para o ambiente metaindividual, ou seja, para fora do contrato e do interesse individual dos contratantes
- tem os mesmos contornos da função social da propriedade, prevista constitucionalmente
- o contrato produz, sempre, efeitos para fora do ambiente de relação dos contratantes

RELAÇÃO CONSUMERISTA

- Revolução industrial: é mais momento histórico, ainda não terminado
- mudanças tecnológicas irreversíveis, com impactos nos processos de produção
- substituição da manufatura e modelos arcaicos por processos mecanizados de produção
- a atividade rural é incrementada
- a massificação da produção passou a exigir massificação dos contratos

CONTRATO DE ADESÃO – art. 54 do CDC

- contrato de adesão é aquele representado por instrumento escrito pré-elaborado pelo prestador do serviço ou produtor da mercadoria e que não admite prévia discussão com o aderente, o consumidor
- justifica-se porque os mesmos termos (cláusulas) podem ser apresentadas a diferentes consumidores a partir de um mesmo objeto, com idêntica finalidade.
- Não há nulidade alguma, mas evidente minoração do princípio da autonomia, gerando hipossuficiência
- esta relação de hipossuficiência deve ser interpretada em favor da parte que não lavrou as cláusulas
- há adesão nos contratos bancários, de seguro, na compra e venda em grandes lojas de varejo e supermercados, nos contratos de prestação de ensino superior privado
- haverá nulidade a partir das mesmas hipóteses de nulidade do contrato de consumo celebrado sem adesão, ou seja, sempre que houver abuso e conseqüente excessiva desvantagem da parte hipossuficiente diante da parte hipersuficiente

CONSUMIDOR E FORNECEDOR

- art. 2º e 3º
- a lei utilizou o critério do consumo final
- não é necessário proveito econômico pelo fornecedor/produtor para caracterização (pode ser gratuito, por marketing)

PRINCÍPIOS

A - Transparência (art. 4º): sinceridade e clareza entre os contratantes

B - Boa-fé Objetiva: dois momentos:

I - na publicidade (que vincula);

II - regulamentar práticas comerciais abusivas (antes vigorava a ética do Mercado, com nítida desvantagem ao consumidor)

C - Vulnerabilidade (Henry Ford: o consumidor é sempre mais fraco e nenhuma corrente pode ser mais forte que seu elo mais fraco)

D – Equidade: é principio geral do art. 4º da LICC

TUTELA DOS INTERESSES DO CONSUMIDOR

A - Tutela dos Interesses Individuais

- procons e associações de defesa do consumidor

- juizados especiais cíveis
- interpretação
- liminar
- demanda individual: características:
 - a . ao dto material devem corresponder mecanismos de proteção
 - b. competência no domicílio do consumidor
 - c. nas obrigações de fazer o juiz pode ordenar condutas específicas
 - d. vedada a denúncia á lide porque todos os integrantes da cadeia do produto ou serviço respondem solidariamente
 - e. inversão do ônus da prova
 - f. desconsideração da personalidade jurídica
 - g. tutela de urgência

B - Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos

- ação civil pública (direitos coletivos estrito senso, difusos e individuais homogêneos)
- Características
 - I . legitimados extraordinários (MP, associações, autarquias)
 - II . foro do local do dano
 - III. prevenção para as demais ações
 - IV. condenação em dinheiro ou obrigação de fazer
 - V. pode ser precedida de ação cautelar
 - VI. qquer do povo pode provocar o MP
 - VII. tutela de urgência
 - VIII. eventual proveito econômico é revertido a fundos específicos
 - IX. a sentença é genérica e tem efeitos erga omnes
 - X. Eventual litigância de má-fé pelo autor resultará em responsabilização solidária de diretores, honorários e custas, sem prejuízo de perdas e danos

3 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR PRIVADO

A. CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E LEGISLAÇÃO

- é o negócio jurídico existente entre a instituição privada de ensino e o cursista, regido pelas regras do direito obrigacional, inevitavelmente materializado através de escrito pré-elaborado
- CDC claramente
- Fundamento legal:
 - a. CF/88 – art. 205
 - b. CDC – art. 2º., 3º., 6º., 54
 - c. Lei 9394/96: LDB da educação nacional
 - d. Lei n. 9870/99: mensalidade escolar
 - e. Lei n. 10260/01: cria o FIES – fundo de financiamento ao estudante do ensino médio
 - f. Lei n. 11096/05: institui e regulamenta o PROUNI

B. PLANO DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, PROUNI, FIES E BOLSA PERMANÊNCIA

- O PDE (plano de desenvolvimento da educação) foi instituído pelo Ministério de Educação e Cultura. Traça o plano nacional da educação, da pré-escola à educação superior
- . o objetivo do PDE é apurar, avaliar para depois instituir política pontual para oferecimento de ensino de qualidade em todo o BR, inclusive com instalação de centros de excelência, padronização de vencimentos, unificação de currículos
- FENÔMENO: alunos do ensino médio de escola pública ingressam em universidades privadas ao passo que alunos de ensino médio de escola privada conseguem ingresso nas universidades públicas, gratuitas e ainda genericamente melhores que as privadas
- explosão no número de cursos e vagas nas instituições privadas
- 4900 cursos superiores em 1991 para 23000 em 2007
- 516000 alunos em 1991 para 2.820.000 em 2007
- para consertar este fenômeno, mecanismos vêm sendo implementados dentre eles

PROUNI, seleção por cotas, valorização do ENEM com critério de ingresso, FIES e Bolsa Permanência

C. CLÁUSULAS ABUSIVAS MAIS MARCANTES

- são várias as cláusulas passíveis de discussão
- as mais comuns são:
 - a. cláusula de eleição de foro
 - b. vedação de oferecimento de atividade pedagógica por inadimplemento
 - c. vedação à colação de grau por inadimplemento
 - d. vedação de entrega de documentação a aluno inadimplente para transferência
 - e. exigência de dupla garantia
 - f. obrigatoriedade de garantia por familiares do cursista maior de idade
 - g. alteração de cláusulas unilateralmente, principalmente com relação a juros e correção monetária
 - h. interrupção das atividades por decisão unilateral

D. O CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE ENSINO SUPERIOR E A GLOBALIZAÇÃO

- Globalização é fenômeno de intercâmbio de informação e circulação de riquezas entre diferentes nações, com velocidade e intensidade jamais vistos;
- tem conotação comercial e sua via de dissipação é a internet
- outros grandes movimentos de intercâmbio, com os impérios dominadores
- cada ramo do conhecimento humano interpreta a globalização de forma diversa: sociologia, economia, direito
- para HEBERMAS trata-se de um rio que transborda e mina os controles de fronteira e pode levar até à destruição do edifício nacional
- os juristas têm-se preocupado no direito privado com o aspecto negocial destas relações e no direito público com a ofensa à soberania
- para Godoy trata-se de fenômeno que surpreende, encanta e assusta, realizando formas de alienação natural do processo civilizatório
- os impactos na educação são evidentes
- o acesso à informação é facilitado e cada vez mais querido

- intercâmbio cultural
- Tratado de Bologna de 1999: 29 Estados buscando unificação de currículo para reverter processo de desinteresse do aluno e interrupção prematura dos estudos para ingresso mais cedo ao mercado de trabalho

CONCLUSÕES:

A - O acesso ao ensino, á educação, é direito de todo cidadão, previsto constitucionalmente

B - A educação prepara o polvo para o exercício da cidadania, eleva a nação, socializa e permite a transmissão de cultura entre as gerações

C - A instituição privada de ensino superior presta serviço autorizado e fiscalizado pelo Estado;

D - O contrato de prestação de ensino superior privado tem por objeto bem jurídico classificado constitucionalmente como fundamental e portanto seus efeitos escapam do interesse e da compreensão apenas dos contratantes

E - O Poder Judiciário deve promover a interpretação do contrato de ensino superior privado como agente construtor da democracia, como concretizador do Estado Democrático de Direito.

F - Povo sem cultura não é povo, é massa.

G - Povo sem cultura não compreende a função do Estado e não edifica a nação