

Comemoração dos
30 anos da
Constituição
Democrática
de **1988**

Do público ao privado

Fabício Veiga Costa
Magno Federici Gomes
Márcio E. Senra N. Pedrosa Morais
(Orgs.)



O livro “COMEMORAÇÃO DOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988 – DO PÚBLICO AO PRIVADO” é um projeto desenvolvido em conjunto pelos professores Doutores Fabrício Veiga Costa e Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes, do programa de pós graduação stricto sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna, juntamente com o professor Doutor Magno Federici Gomes, do programa de pós graduação stricto sensu em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, da Escola Superior Dom Helder Câmara de Belo Horizonte e da PUC Minas. O fomento da FAPEMIG – Fundação de Amparo à Pesquisa em Minas Gerais está diretamente vinculado à produção científica do professor Magno Federici Gomes, numa interlocução direta com o grupo de pesquisa “Caminhos Metodológicos do Direito”, vinculado ao mestrado em direitos fundamentais da Universidade de Itaúna. Por meio da interlocução dos grupos de pesquisa dos professores organizadores da referida obra, foi possível divulgar resultados de pesquisas desenvolvidas por estudiosos em todo o território nacional. A temática central foi a problematização de questões atinentes à esfera pública e privada que permeia a Constituição brasileira de 1988, destacando-se o debate de temas como o terceiro setor; proteção jurídica dos refugiados; controle de constitucionalidade e o fenômeno da mutação constitucional; proteção jurídica de crianças e adolescentes no que atine ao direito ao trabalho; aplicabilidade do texto constitucional democrático nas relações familiares; ativismo judicial e o direito à educação das pessoas com deficiência; aplicabilidade do princípio da reserva do possível frente aos direitos fundamentais sociais; o debate da sustentabilidade no âmbito da constitucionalidade democrática; o compromisso com os direitos humanos e a nacionalidade como um direito fundamental corolário da cidadania.



**Comemoração dos 30 anos da
Constituição Democrática de 1988**



Este livro recebeu apoio financeiro da FAPEMIG (Projeto nº 5236-15),
resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Caminhos Metodológicos do
Direito, Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA),
NEGESp, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

Comemoração dos 30 anos da Constituição Democrática de 1988

Do público ao privado

Organizadores:

Fabício Veiga Costa

Magno Federici Gomes

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes

***φ** editora fi*

Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici; MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa (Orgs.)

Comemoração dos 30 anos da Constituição Democrática de 1988: do público ao privado [recurso eletrônico] / Fabrício Veiga Costa; Magno Federici Gomes; Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

331 p.

ISBN - 978-85-5696-490-8

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito constitucional; 2. Democracia; 3. 30 anos; Direito público e privado. I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.

Boaventura de Souza Santos

Sumário

Prefácio	11
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes	
Apresentação	13
Fabrício Veiga Costa; Magno Federici Gomes	
1.....	15
O terceiro setor na ordem social da Constituição Federal de 1988: reflexos na gestão e democratização de políticas públicas	
Thereza Nóbrega	
2.....	41
A Constituição Federal e a proteção constitucional do refugiado – uma utilização do princípio da fraternidade	
Walter Gustavo da Silva Lemos	
3.....	63
Os princípios contratuais contemporâneos e a Constituição Federal de 1988: influência do <i>Welfare State</i>	
Caroline Melchiades Salvadego G. de Souza Lima; Roberto Wagner Marquesi	
4.....	83
Constituição de 1988 e o aumento de poderes do STF via controle difuso de constitucionalidade: mutação constitucional ou ativismo judiciário?	
Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia; Diogo Bacha e Silva	
5.....	107
Direito ao não trabalho das crianças e adolescentes desde a Constituição Federal de 1988: avanços e retrocessos	
Eliana dos Santos Alves Nogueira; Gabriela Marcassa Thomaz de Aquino	

6.....	135
Políticas de ciência e tecnologia e efetividade da autonomia dos Estados Federados desde 1988	
Fernanda Gurgel Raposo	
7.....	161
Situações existenciais familiares e a hegemonia principiológica a partir da Constituição da República	
Simone Murta Cardoso do Nascimento	
8.....	183
Ativismo judicial e efetivação de direitos e garantias fundamentais da constituição de 1988: Supremacia Judicial e Degeneração Democrática	
Tiago Henrique Torres	
9.....	207
Direito das pessoas com deficiência à educação como um Direito Fundamental e Humano	
Filipe Augusto Silva; Deilton Ribeiro Brasil	
10	235
A ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível na efetivação dos direitos sociais	
Rayssa Rodrigues Meneghetti; Pedro Henrique Carvalho Silva; F. Veiga Costa	
11.....	255
Contratações públicas sustentáveis e a Constituição de 1988	
Brenda Mourão Arantes; Magno Federici Gomes; Vinicius Moreira Diniz	
12.....	281
Os trinta anos da Constituição da República Federativa do Brasil: um compromisso com os Direitos Humanos	
Lilian Mara Pinhon	
13.....	307
A nacionalidade como Direito Fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais	

Prefácio

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes¹

É uma honra prefaciara uma obra coletiva em homenagem aos 30 anos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, diploma utópico e sofrido, haja vista os descompassos entre as suas propostas e as práticas públicas e privadas do Estado e da sociedade brasileira.

Em que pese a situação de infância, a Constituição tem vivenciado um amadurecimento das práticas democráticas numa sociedade que, ainda, não pode ser considerada detentora de uma democracia material.

É sob esse postulado que os 13 estudos que compõem o trabalho atravessam questões das mais diversas searas, mantendo, porém, um parâmetro: a análise dos institutos à luz do constitucionalismo brasileiro pós-88.

Deste modo, são analisados os seguintes temas: *o Terceiro Setor na ordem social; a proteção constitucional dos refugiados; os princípios contratuais contemporâneos; o aumento dos poderes do Supremo Tribunal Federal à luz do controle difuso de constitucionalidade; o direito ao não trabalho das crianças e adolescentes; as políticas de ciência e tecnologia; as situações existenciais familiares a partir da Constituição; o ativismo judicial e a efetivação de direitos e garantias fundamentais constitucionais; o direito das pessoas com deficiência à educação; a ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível; as contratações*

¹ Doutor em Direito – PUC Minas. Professor da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Proteção em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/4987303044300524>>

públicas sustentáveis; o compromisso constitucional com os direitos humanos; a nacionalidade na ordem constitucional pós-88, além de temas perpendiculares.

Percebe-se dos temas uma evolução das discussões no constitucionalismo brasileiro, sendo possível afirmar que a maioria das questões presentes nestes trabalhos eram imagináveis há alguns anos ou, caso o fossem, não atingiam a complexidade argumentativa que receberam com a roupagem constitucional garantista da *Constituição Cidadã*.

Todos os autores são pesquisadores experientes, acostumados às dificuldades que a pesquisa apresenta num país tão calejado pelo capital, que desprestigia o conhecimento. Ademais, são das mais diversas regiões do país, o que matiza o tom dos discursos, à luz de realidades díspares.

Enfim, este prefácio é breve. De maneira diferente, não se preocupou em resumir texto por texto, como ensina a boa prática. Talvez isso decorra dos resultados de tal hábito, apresentando apenas a ponta do iceberg dos textos, não adentrando à riqueza de seus conteúdos, que merecem ser efetivamente lidos.

Também é fundamental parabenizar os colegas Fabrício Veiga Costa e Magno Federici Gomes, que tomaram as rédeas deste trabalho, e principalmente a todos os autores, os timoneiros da esperança. Afinal, estudar a *Jurisprudencia* sinaliza um ato de expectativa de dias melhores.

Apresentação

*Fabrício Veiga Costa*¹
*Magno Federici Gomes*²

O livro “COMEMORAÇÃO DOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DEMOCRÁTICA DE 1988 – DO PÚBLICO AO PRIVADO” é um projeto desenvolvido em conjunto pelos professores Doutores Fabrício Veiga Costa e Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes, do programa de pós graduação *stricto sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna, juntamente com o professor Doutor Magno Federici Gomes, do programa de pós graduação *stricto sensu* em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, da Escola Superior Dom Helder Câmara de Belo Horizonte e da PUC Minas. O fomento da FAPEMIG – Fundação de Amparo à Pesquisa em Minas Gerais está diretamente vinculado à produção científica do professor Magno Federici Gomes, numa interlocução direta com o grupo de pesquisa

¹ Doutor em Direito – PUC Minas. Pós-Doutor em Educação – UFMG. Professor da Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna - Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>>

² Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: <<http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>>. Endereço eletrônico: federici@pucminas.br

“Caminhos Metodológicos do Direito”, vinculado ao mestrado em direitos fundamentais da Universidade de Itaúna.

Por meio da interlocução dos grupos de pesquisa dos professores organizadores da referida obra, foi possível divulgar resultados de pesquisas desenvolvidas por estudiosos em todo o território nacional. A temática central foi a problematização de questões atinentes à esfera pública e privada que permeia a Constituição brasileira de 1988, destacando-se o debate de temas como o terceiro setor; proteção jurídica dos refugiados; controle de constitucionalidade e o fenômeno da mutação constitucional; proteção jurídica de crianças e adolescentes no que atine ao direito ao trabalho; aplicabilidade do texto constitucional democrático nas relações familiares; ativismo judicial e o direito à educação das pessoas com deficiência; aplicabilidade do princípio da reserva do possível frente aos direitos fundamentais sociais; o debate da sustentabilidade no âmbito da constitucionalidade democrática; o compromisso com os direitos humanos e a nacionalidade como um direito fundamental corolário da cidadania.

Comemorar os 30 anos da Constituição brasileira de 1988 é uma oportunidade de levantar aporias, identificar problemáticas científicas que caracterizam os desafios enfrentados pela sociedade contemporânea, marcada pelo pluralismo e pela diversidade.

Por meio de textos ousados, críticos e baseados em abordagens sistemático-constitucionalizadas, a presente obra convida seus leitores à refletir sobre temas considerados relevantes e atuais para uma sociedade desigual, que enfrenta, dentre seus maiores desafios, a inclusão e a ruptura com a marginalidade de pessoas, e o compromisso de combater as desigualdades sociais e regionais, que marcam significativamente a história da sociedade brasileira.

O terceiro setor na ordem social da Constituição Federal de 1988: reflexos na gestão e democratização de políticas públicas

Thereza Nóbrega

1. Introdução

Era uma vez uma Constituição cidadã, liberatória e condutora de uma das rupturas mais desejadas pelo povo brasileiro no século XX. Ela nasceu libiana e talvez, por isso um fio de esperança se voltou para o equilíbrio entre os poderes da república, no contexto do jogo de freios e contrapesos de Montesquieu.

A expectativa no despontar da Constituição de 1988 se voltava para experimentação de uma ordem democrática muito esperada, e os brasileiros viviam diante da ansiedade de ver uma ordem social sólida e, por conseguinte, um Estado comprometido a implementação do constitucional, forte e, ao mesmo tempo servil, para atender uma demanda social reprimida na educação, saúde, assistência social, cultura, pesquisa.

Era uma vez um tempo de glória com o fim da ditadura militar, a emoção dos “Diretas Já”, e a comoção da morte de Tancredo Neves, um país massacrado pela inflação galopante, pela recessão econômica, pelo endividamento externo e pela

desigualdade social, que sentia dor com as feridas abertas pela fragilidade de sua democracia, mas que folgava de contentamento pela expectativa de resgate trazida pela Constituição Federal de 1988.

E assim nasceu a carta política venerada pela geração encantada dos anos 1980, com o texto supostamente irretocável, mas que logo necessitaria ajustes e, assim multiplicaram-se as emendas constitucionais a partir de 1993, sendo tal fenômeno intensificado com a reforma gerencial do Estado em 1995 e com movimentos pós-gerenciais, que se protraíram no tempo.

A Constituição Federal de 1988, às vésperas do seu aniversário de 30 anos, passou da condição de infante prodigiosa e, com os traços de uma senhora quase balsaquiana¹, carrega consigo 95 emendas, uma história simbólica, e uma densa experimentação.

Tinha apenas 12 anos de idade, quando sentada em frente à TV, como expectadora inexperiente e alheia ao debate político, assisti à aclamação da Constituição Federal de 1988, e das recordações daquele tempo o que vive de mais intenso na minha memória é o fantasma do desemprego, os altos custos com educação, que capturavam 60% da renda dos meus pais, e temor do Imposto de Renda estampado na face da minha mãe, quando se aproximava o mês de abril.

No entanto, tive acesso sutil a imagem dos festejos que marcaram o despontar da carta cidadã, e lembro da comoção dos professores de direito constitucional, que em meados dos anos 1990, comentavam a ruptura provocada pela Constituição Federal de 1988, enquanto cumpria a graduação no curso de direito, mantendo certo ceticismo ao descortinar as diversas imperfeições do Estado de direito.²

¹ Referência a obra “a mulher de 30 anos” de Honoré de Balsac.

² Não cabe nesse ponto apresentarmos digressões minuciosas, mas é importante registrar que no período aludido a discricionariedade administrativa atribuía mais liberdade aos gestores públicos, pois a teoria dos motivos determinantes só se consolida com a Lei 9.784/1999 e a Lei de responsabilidade fiscal ainda não se apresentava no ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988 apresentara uma significativa carga simbólica, pois trazia consigo anseios por democracia e cidadania relegados durante todo século XX, e além do seu artigo quinto, estava e está o título da ordem social e aquela esperança de uma sociedade cuidada pelo Estado provedor.

É nesse ponto que fazemos o corte epistemológico dessa dissertação, observando a ruptura de uma das principais promessas alçadas em outubro de 1988, qual seja: o compromisso de que o Estado, com o apoio no diálogo, na democracia participativa e na parceria com a sociedade civil organizada, entregaria aos brasileiros uma ordem social com força capaz para reduzir as desigualdades sociais, salvaguardando direitos fundamentais, especialmente aqueles que demandavam uma prestação positiva do Poder Público.

Nos sete anos subsequentes à promulgação da Constituição Federal de 1988 não há nenhum fenômeno novo rompendo com a ordem social construída pelo regime militar, além da edição da Lei 8080/1990, que institui o Sistema Único de Saúde – SUS, e da Lei 8.742/1993, Lei Orgânica da Assistência Social, cujo texto apoia a criação do Sistema único de Assistência Social – SUAS.

Nesse contexto, se apresenta um apelo especialmente voltado para a universalização e qualificação do serviço público, mas a velha máquina administrativa do Estado, constituída por órgãos e entidade da Administração Pública, está sucateada pela falta de investimentos em recursos humanos e recursos materiais.

A política de contingenciamento orçamentário que decorre da crise fiscal, que se arrasta desde o colapso econômico global provocado pelo aumento vertiginoso do preço do petróleo nos anos de 1970 se arrasta pelos anos 1980, provoca intensa recessão econômica, que aliada a outros fatores de reordenação do Mercado, geram mais desemprego, ou seja, um contingente cada vez maior de pessoas necessitadas de amparo do Estado.

No final dos anos 1980, um processo de mobilização construído durante a assembléia constituinte tomava corpo e um

tecido político inusitado, chamado por Boaventura de Souza Santos (1999, p. 250) de Terceiro Setor³, que se aproximava do Estado com uma agenda pública pautada na democracia participativa, que estava em evidência com a indicação da competência dos conselhos de políticas públicas.

A participação da sociedade civil é referida no inciso III do artigo 198, no inciso II do artigo 204, inciso X do parágrafo §1º e inciso II, do parágrafo §2º do artigo 216^a, evidenciando o dever do Estado de promover, de Robert Dahl (2012, 495 e ss.), parâmetros de democracia participativa na gestão pública de serviços não exclusivos.

A Constituição Federal de 1988 refere a participação da sociedade civil na esfera pública enfatizando dois cortes, quais sejam: a coparticipação na produção de serviços sociais e a atuação dos conselhos de políticas públicas. A partir desse ponto, vamos refletir sobre o papel do Terceiro Setor na concretização do título constitucional da ordem social, elucidando a construção dos institutos, que apoiam a matéria e as vicissitudes relacionadas à sua realização.

2. O terceiro setor na ordem social da Constituição Federal de 1988: reflexos na gestão e democratização de políticas públicas.

A Constituição Federal de 1988 é um marco no empoderamento da sociedade civil organizada, escanteada dos centros de poder pelo regime militar. De fato, a prescrição constitucional relativa a democracia participativa comina num processo lento de diálogo e construção do ideal de participação

³ O conceito de Terceiro Setor apresenta várias nuances na literatura brasileira e estrangeira, sendo vários os autores a tratar dessa matéria, dentre os quais estão Carlos Montaña, Gustavo Justino de Oliveira, Fernando Borges Mânica, José Eduardo Sabo Paes. Com o objeto de fazer uma referência conceitual sem problematização semântica observamos os elementos considerados por Boaventura de Souza Santos, que conceitua Terceiro Setor como um conjunto de organizações (pessoas jurídicas de direito privado), que não são nem estatais, nem mercantis e por não visarem fins lucrativos são inclinadas ao desenvolvimento de objetivos sociais de natureza pública ou coletiva. Santos.

política das instituições da sociedade civil na Administração Pública, sobretudo, no tocante à fatores que passam pela concepção, execução e controle de serviços públicos sociais.

Nesse contexto, nasceram os Conselhos Gestores de Políticas Públicas criados como verdadeiras ferramentas políticas que podem ampliar o espaço público, reduzindo as fronteiras entre organizações públicas e representações da sociedade civil. Maria Glória Gonh (2001, p.108) refere os objetivos, realçando possíveis distorções democráticas no trecho a seguir:

Os conselhos, poderão ser tanto instrumentos valiosos para a constituição de uma agenda democrática e participativa, caracterizada por novos padrões de interação entre governo e sociedade civil em torno de políticas setoriais, como poderão ser também estruturas burocráticas formais e/ou simples elos de transmissão de políticas públicas sociais elaboradas por cúpulas, meras estruturas para transferências de recursos para a comunidade, tendo o ônus de administrá-los; ou ainda instrumentos de acomodação dos conflitos de integração dos indivíduos definidos previamente.

De forma paralela aos conselhos, o Terceiro Setor se apresenta com outro braço no viés desenhado pelo grupo Comunidade Solidária, secretaria executiva ligada à presidência da república, que cuidou da elaboração do anteprojeto de Lei 4.690/1998, cujo resultado será a edição da Lei 9.790/1999, também conhecida como lei das OSCIPs (NÓBREGA, 2013, p. 92-93).

Em 1995, a reforma gerencial, apresentada pelo Plano Diretor da Reforma do aparelho do Estado – PDRAE, destacou um modelo de intervenção social do Estado, baseado no protagonismo do Terceiro Setor, que seria formado por instituições dotadas de expertise na realização de serviços sociais diversos, inclusive em áreas onde o Estado não tinha *know hall*.

O PDRAE refere os serviços ligados à educação, saúde, assistência social, promoção da cultura, pesquisa científica,

desenvolvimento tecnológico, dentre outros, como serviços não exclusivos, cuja definição foi apresentada nos seguintes termos:

Corresponde ao setor onde o Estado atua simultaneamente com outras organizações públicas não-estatais e privadas. As instituições desse setor não possuem poder de Estado. Este, entretanto, está presente porque os serviços envolvem direitos humanos fundamentais, como os da educação e da saúde, ou porque possuem economia externas relevantes, na medida que produzem ganhos que não podem ser apropriados por esses serviços através do mercado (BRASIL, 1995).

De acordo com a visão apresentada pelos reformadores, os serviços públicos sociais são realizados pelo Estado, tendo em vista o apelo que se impõe a potestade pública no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais, o Estado não teria a obrigação de “ofertar” tais serviços diretamente, razão pela qual o Poder Público poderia estimular o Terceiro Setor a produzi-los.

Com base nesse argumento, o Estado sugere que escolas, clínicas, hospitais, museus, teatros, bibliotecas, creches, asilos, dentre outros estabelecimentos públicos, podem ser geridos por organizações privadas sem fins lucrativos sociais, que promoveriam a gestão com base na cessão de bens públicos ou em dependências próprias.

Nessa perspectiva, o Estado manteria a titularidade do serviço público, mas atuaria indiretamente com base nas diretrizes de um contrato firmado com instituições do Terceiro Setor, de idoneidade atestada por qualificação jurídica atribuída pelo Poder Público, após averiguação de documentos capazes de comprovar a vocação da instituição para a promoção do interesse público.

O objetivo da reflexão que propomos é pensar sobre a compatibilidade da condução administrativa do projeto aludido acima com o texto da Constituição Federal de 1988, cujo texto do título “Da Ordem Social” refere as obrigações do Estado, de forma

explícita, no que diz respeito à saúde, educação, assistência social, cultura, desporto, ciência e tecnologia.

Vejamos as principais disposições constitucionais relativas a promoção de direitos fundamentais, que desembocam na prescrição de uma cadeia de serviços públicos imputados ao Estado.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

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

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

§ 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à

integração das ações do poder público que conduzem à: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

I defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

II produção, promoção e difusão de bens culturais; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

III formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

IV democratização do acesso aos bens de cultura; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

V valorização da diversidade étnica e regional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 48, de 2005)

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

§ 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

§ 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

§ 6º O Estado, na execução das atividades previstas no caput , estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

§ 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no caput. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

A exposição do texto constitucional refere o papel da Administração Pública na condução dos serviços públicos sociais e evidencia, no mínimo, três pilares que exigem a presença da potestade pública, quais sejam: a) o Estado como provedor direto de serviços públicos ofertados por instituições públicas em órgãos do Executivo ou por meio de entidades da Administração Indireta; b) o Estado como agente responsável pelo apoio da sociedade civil, engajada com a promoção dos objetivos da ordem social; e c) o Estado como regulador, dotado de prerrogativas para disciplinar parâmetros gerais, impostos à iniciativa privada, quando esta fizer a exploração econômica do objeto que o Estado oferta a título de serviço público social.

Dessa forma, a tarefas imputadas ao Estado pela Constituição Federal de 1988, no título da ordem social, são referidos historicamente como serviços públicos não exclusivos, na

medida em que educação, saúde, assistência social, dentre outras da mesma natureza, são considerados serviços públicos quando a atividade é conduzida pelo Estado, mas não portam tal natureza jurídica quando explorados pelo setor privado.

Para confirmar tal premissa registramos o texto de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1997, 91)⁴ em edição de seu curso de direito administrativo de 1997, referindo edição que antecede a edição das leis, que regulam o modelo de parceria do Estado com o Terceiro Setor, tendo em vista subsidiar a discussão sobre a evasão do Estado em relação ao cumprimento das obrigações firmadas na Constituição Federal de 1988, cuja pretensão deduziremos a seguir.

Ao mencionar os serviços sociais indicados na Constituição Federal em seus artigos 196 e seguintes, a administrativista prescreve:

Com relação a esses serviços não exclusivos do Estado, pode-se dizer que são considerados serviços públicos próprios, quando prestados pelo Estado; e podem ser considerados serviços impróprios, quando prestados por particulares, porque, neste caso, ficam sujeitos a autorização e controle do Estado, com base em seu poder de polícia. São considerados serviços públicos porque atendem necessidades coletivas; mais impropriamente públicos porque falta um dos elementos do conceito, que é a gestão, direta ou indireta, pelo Estado.

Nos anos subseqüentes à referência citada, são editadas as Leis 9.637/1998 e 9.790/1999, que regulam relação de parceria contratual do Estado com o Terceiro Setor, para a produção de serviços públicos sociais, introduzindo respectivamente a qualificação de organizações privadas sem fins lucrativos como Organizações Sociais – OS e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP.

⁴ O texto de Maria Sylvia Zanella Di Pietro na obra *Direito Administrativo*, na sua trigésima edição em 2017, reproduz o mesmo texto indicado em 1997, na página 149.

Nesse período o protagonismo do Estado, na condução direta dos serviços indicados na ordem social da Constituição Federal de 1988, é colocado em cheque, pois a Lei 9.637/1998 preceitua que por meio de processo de publicização⁵ é possível extinguir autarquias e fundações públicas voltadas para a promoção do ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação do meio ambiente, cultura e saúde podem ser extintas, sendo a competência pela execução de seus serviços atribuída a uma organização sem fins lucrativos, qualificada como Organização Social.

O contexto da época sugere a ampla difusão do processo de publicização, com base na ideia de que o Estado deve diminuir de tamanho⁶ para administrar com mais eficiência, de acordo com o modelo gerencial de administração pública e existem muitas dúvidas sobre a juridicidade dessa hipótese, tanto assim que o Supremo Tribunal Federal é provocado a julgar a ADI 1923, proposta pelo Partido dos Trabalhadores - PT e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT, em dezembro de 1998.

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da Lei 9.637/1998 em 2015, quando já haviam centenas de Organizações Sociais, qualificadas em quase todos os Estados-membros da federação, gerindo parcela significativa de ações sociais, sobretudo na área de saúde. A corte constitucional julga a pertinência do modelo de OS, quando a densidade da rede de prestação de serviços, geridos pelo Terceiro Setor já está encorpada, assim as notas taquigráficas do julgamento dão notícia da constitucionalidade da norma, fazendo ressalvas recorrentes a necessidade de adoção dos princípios constitucionais do artigo 37

⁵A terminologia publicização é aludida na Lei 9.637/1998, referindo a hipótese em que o Estado extingue autarquia ou fundação pública que presta serviços sociais e atribui a atividade a instituição privada sem fins lucrativos, qualificada como Organização Sociais, mediante contrato de gestão.

⁶O neoliberalismo, no contexto da reforma gerencial do Estado, diz respeito ao conjunto de medidas indicadas pelo Consenso de Washington para os governos da América Latina, diante da crise fiscal dos anos 1990. Dentre essas diretrizes está a ideia de racionalização dos recursos públicos a partir de medidas que importam na redução de despesas do Estado, incluindo a privatização.

da Constituição Federal na gestão de recursos humanos, recursos materiais e controle (STF, 2015).

Parece óbvio que o tempo da discussão se protraiu em demasiado, razão pela qual a corte constitucional, diante de um estratagema de administração consolidado, necessita, por razões de segurança jurídica, manter o edifício de pé, sob pena de ferir o interesse público, opinando pela sua demolição. Para Ricardo Martins persiste a inconstitucionalidade da Lei 9.637/1988 apesar da declaração formal de constitucionalidade (MARTINS, 2015, p, 148-150).

De fato, é inegável que serviços sociais ofertados pelo Terceiro Setor se expandem cada vez mais, preenchendo diversos vazios, ou mesmo, substituindo estruturas tradicionais de prestação de serviço público em função da tendência de contratualização, que posiciona o Estado como gestor de contratos e o contrato como instrumento de governo (MOREIRA, 2014, p. 509-515).

As Organizações Sociais, que a priori, substituiriam entidades da Administração Pública Indireta tomaram um rumo diferente e mais próximo do projeto consubstanciado na Lei de OSCIPs, pois o programa nacional de publicização não promoveu a extinção em massa das instituições públicas, prestadoras de serviços sociais.

Nessa perspectiva, é possível observar que muitas organizações sem fins lucrativos foram qualificadas como Organizações Sociais, firmando contrato de gestão com o Poder Público, não só para substituir entes públicos recém extintos, mas para somar esforços numa rede bipolar de gestão na área social com dupla face, onde se apresentam simultaneamente instituições públicas e entidades do Terceiro Setor.

De forma paralela a qualificação das Organizações Sociais, o Ministério Público apreciou milhares de pedidos de organizações sem fins lucrativos, que foram em busca da qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público na esperança

de se aproximar do Estado, para desenvolver políticas públicas compartilhadas, através do termo de parceria.

A constatação dessa bipolaridade na execução de serviços sociais poderia nos conduzir a afirmar que a Constituição Federal de 1988, no que tange a sua ordem social, em tese, vestiu o traje indicado no texto constitucional, pois a Constituição prevê a coparticipação entre Estado e particulares, razão pela qual não haveria problema algum na participação coadjuvante das organizações da sociedade civil na produção de serviços não exclusivos⁷.

No entanto, temos que admitir a hipótese de que o Terceiro Setor não tem status de mero coadjuvante, pois nas administrações estaduais e municipais organizações sem fins lucrativos freqüentemente aparecem como braços e pernas de um Estado sem corpo. Há considerável apoucamento de órgãos e entidades de natureza estatal, num cenário de infraestrutura precária e escassez de servidores públicos.

Há muitos fatores influenciando esse contexto, na medida em que o pacto federativo no Brasil enfraquece os municípios, que trabalham quase sempre com uma receita insuficiente; e apresentam, em muitos casos, gestão desestruturada em termos de registro e controle das ações sociais, passíveis de inviabilizar o recebimento de verbas destinadas por fundos federais de amparo a serviços sociais. Pacto federativo desfavorável a autonomia dos municípios.

Outro aspecto que motiva o desmonte da máquina administrativa do Estado nos municípios é o limite de despesa com pessoal, indicado pela Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF, cujo teto de sessenta por cento da receita corrente líquida (BRASIL,

⁷ Fazendo menção a problemática que debate o papel da privatização e da publicização na constitucionalização do direito, Thiago Breus critica a dicotomia que distingue espaços estanques: público e privado, afirmando que a constitucionalização do direito não se baseia nem na privatização do público, nem na publicização do privado, ou seja, o que importa os valores da Constituição se apresentem em concreto no âmbito jurídico (BREUS, 2007, p. 83).

2000), pode restringir o conjunto de recursos humanos vinculados a execução de serviços públicos básicos nas áreas de educação, saúde e assistência.

Nessa perspectiva, muitos gestores públicos apreensivos com risco de violar os deveres impostos pela LRF, contratam instituições do Terceiro Setor, optando por um sistema de gestão não-estatal. A priori, a opção política é lícita e pode ser bem-vinda, considerando que os contratos aludidos vão provisionar serviços sociais para populações pobres, que necessitam muito a assistência do Poder Público.

Contudo há alguns riscos a considerar, quando o Terceiro Setor passa a atuar com parte tão expressiva do aparelho de execução dos serviços públicos, a ponto de ser considerado substituto do Estado. A respeito dessa matéria, Fernando Mânica e Fernando Menegat (2017, p. 240) afirmam que o papel do Terceiro Setor nas parcerias com o Poder Público jamais poderá ter caráter substitutivo, referindo que “ as parcerias com entidades do Terceiro Setor não substituem os programas de ação governamental, mas justo ao contrário, concretizam e materializam ações específicas voltadas ao alcance dos objetivos previstos em tais programas”.

Vamos esboçar uma lista exemplificativa dos riscos associados ao superdimensionamento do Terceiro Setor na execução de serviços públicos não exclusivos, quais sejam:

- a) O risco da regulação dos contratos com o terceiro setor apresentarem fragilidade, em função de um sistema de monitoramento evasivo, com baixa capacidade de aferir a eficiência na produção dos serviços públicos atribuídos à organização sem fins lucrativos;
- b) O risco relacionado a atividade regulatória também se apresenta na hipótese em que o protocolo de monitoramento dos contratos é bem estruturado, mas a competência para a realização do controle se perfaz

atribuída a um órgão político, que não possui autonomia suficiente para se manifestar tecnicamente diante de eventuais intervenções do núcleo hierárquico superior do Poder Executivo;

- c) O risco de evasão de recursos públicos, já que a debilidade do controle potencializa a hipótese de o Estado fazer empenhos em favor de entidades do Terceiro Setor, mesmo em circunstâncias em que a produção do serviço público se apresentou aquém do plano acordado;
- d) O risco do Estado se tornar refém de organizações da sociedade civil, que percebendo a fatia representativa dos serviços que prestam, se associam para defender seus interesses coletivamente, possibilitando o acúmulo do Poder Público, em relação ao uso de suas prerrogativas;
- e) O risco dos contratos com as entidades do Terceiro Setor serem prorrogados de forma continuada, numa perspectiva passível de eternizar relações jurídicas contratuais do Estado, dada a ausência de alternativa disponível para manter a promoção do serviço público;
- f) O risco de o Estado averiguar irregularidades praticadas por organizações da sociedade civil contratadas por si e, dispor da obrigação de punir tais instituições da universalidade do ilícito, ou seja, circunstância na qual teria que extinguir todos, ou a maioria, dos contratos, prejudicando o serviço público conectado ao seu objeto.

É importante notarmos que independentemente da extinção de órgãos e entidades, voltados à promoção de serviços sociais, no âmbito da Administração Pública, o modelo paraestatal⁸ de gestão

⁸ O termo paraestatal, no direito administrativo contemporâneo, refere instituições que mesmo paralelas ao Estado, ou seja, fora do conjunto das entidades da Administração Pública desenvolvem atividades voltadas a promoção do interesse público. Nessa perspectiva se encontram os serviços sociais autônomos, as organizações da sociedade civil qualificadas como Organizações Sociais, Organizações da Sociedade Civil de Interesse público e instituições que cumpram os requisitos da Lei

está aparentemente consolidado, pois além da possibilidade do Poder Público firmar contratos de gestão com Organizações Sociais, e termos de parcerias com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, está em vigor a Lei 13.019/2014, que dispõe sobre um paradigma residual de contratualização com o Terceiro Setor.

De acordo com a Lei 13.019/2014, se um ente público pretende contratar a execução de um projeto social e a opção política não recai nas hipóteses de pacto com entidades do Terceiro Setor qualificadas como OS e/ou OSCIP, então o caminho para pactuar a execução do serviço social junto ao Terceiro Setor, será necessariamente⁹: o termo de colaboração, ou o termo de fomento ou o acordo de colaboração¹⁰.

As modalidades contratuais da Lei 13.019/2014 se aplicam à União, aos Estados-membros, Municípios e Distrito Federal, pois a lei tem abrangência nacional e apresenta um projeto de padronização importante para os contratos com o Terceiro Setor, pois define categoricamente quais são os requisitos que indicam a idoneidade da instituição privada, sem impor qualificação jurídica específica, bem quais as obrigações do Poder Público, quando

13.109/2014 e venham a firmar pacto específico com o Poder Público, para o desenvolvimento de atividades sociais.

⁹ O artigo 84A da Lei 13.019/2014 veda a realização de convênios entre a Administração Pública e organizações da sociedade civil de interesse público, admitindo esse ajuste exclusivamente em relação as entidades filantrópicas, ou seja, instituições com certificado de entidade beneficente de assistência social nos termos do §1º do artigo 199 da Constituição Federal de 1988.

¹⁰ O artigo primeiro da Lei 13.019/2014, define as três modalidades de ajuste que o Estado pode firmar com organizações da sociedade civil, excetuadas aqui as instituições qualificadas como Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público. Passamos a observar as hipóteses: termo de colaboração – instrumento que formaliza a parceria entre Administração Pública e organização da sociedade civil, em circunstância na qual o Estado provoca a relação jurídica entre as partes e propõe fomento por meio de transferência de recursos públicos; termo de fomento – instrumento que formaliza parceria entre Administração Pública e organização da sociedade civil, em circunstância na qual o projeto social foi encaminhado ao Poder Público por meio de procedimento de manifestação de interesse social, e depois de aprovado, dá ensejo a fomento por meio de transferência de recursos públicos; acordo de cooperação – instrumento por meio do qual se formaliza parceria entre Administração Pública e organização da sociedade civil para a consecução de finalidades públicas e recíprocas que não envolve transferência de recursos financeiros.

contrata, indicando forma de monitoramento, uso de prerrogativas, prazos para a prestação de contas, dentre outros aspectos fundamentais para induzir os valores da moralidade, impessoalidade e boa fé na promoção de políticas públicas sociais.

Logo se vê que a produção de serviços sociais por entidades do Terceiro Setor, contratadas pelo Estado, não é um projeto da reforma gerencial que ficou estagnado. O ordenamento jurídico mantém os modelos contratuais concebidos no final dos anos 1990 e uniformiza as formas de contratação, voltadas para a gestão não estatal de serviços sociais, cuja utilização e ampliação parece incontestável.

Nesse ponto é possível referir como premissa que as organizações da sociedade civil têm desempenhado um papel de destaque no plano da cooperação, ou seja, na produção concreta de serviços públicos necessários para a efetividade da ordem social prescrita pela Constituição Federal de 1988.

O fato é inexorável, e não obstante o apego que temos pela boa fé, é impossível desprezar os riscos inerentes ao processo de colaboração entre Estado e Terceiro Setor, pois a corrupção não é um fenômeno contido exclusivamente no âmbito das organizações do Poder Público e as fraudes, percebidas no repasse de recursos públicos para organizações privadas sem fins lucrativos (DURÃO, 2007).

Maria Tereza Fonseca Dias elucida a possibilidade de retrocesso na transferência de serviços sociais para o Terceiro Setor. A questão fundamental, nesse ponto, é discernir se a Constituição Federal de 1988 está sendo respeitada, quando indica a atuação do Terceiro Setor em regime de complementariedade em relação ao Estado.

Ao afirmar a hipótese de complementariedade do Terceiro Setor, nossa carta política, veda processos de fuga para o privado, consubstanciados na substituição do Estado pelo Terceiro Setor. “Tal ação complementar na execução de políticas públicas reforça o entendimento de que a sociedade civil possui outros papéis em

relação ao Estado, na condução da coletividade, tais como a formação da opinião e da vontade coletiva e o controle das atividades da Administração Pública” (DIAS, 2008, p. 286).

Considerando essa ressalva, supomos que a concretização da ordem social alçada pela Constituição Federal de 1988 coloca as organizações da sociedade civil em uma outra extremidade de atuação que começa na origem da política pública, quando serviço social ainda está sendo forjado, modelado, esculpido, enfim, delimitado em cada traço por um órgão do núcleo estratégico, responsável pela concepção da política pública e, por conseguinte, pela avaliação da mesma.

É nesse ponto que nos propomos a fazer uma breve incursão sobre o papel dos conselhos de políticas públicas na Constituição Federal de 1988. A carta política aniversariante conferiu aos conselhos posição jurídico-política diferenciada, trazendo para esses órgãos competências deliberativa e de controle social que intentam conferir legitimidade política às ações governamentais. Trata-se da implantação de um modelo de gestão pública baseado na descentralização e na democracia participativa.

Os conselhos de políticas públicas são representados pelo agrupamento de pessoas que representam a sociedade civil num órgão colegiado, onde se apresentam em número paritário em relação aos membros do Poder Público, tendo em vista a construção de processos de deliberação e monitoramento de políticas públicas.

Na realização de um ensaio conceitual, Carla Carneiro (2002, p. 278) considera os conselhos como “espaços públicos (não-estatais) que sinalizam a possibilidade de representação dos interesses na cena política e na definição da agenda pública, apresentando um caráter híbrido, uma vez que são, ao mesmo tempo, parte do Estado e parte da sociedade”.

Os conselhos de políticas públicas são criados para institucionalizar a participação da sociedade na produção de tarefas relacionadas à agenda social do Estado, pois a estratégia

metodologica, que define os parâmetros quantitativos e qualitativos do serviço público, passa pela discussão e deliberação desses órgãos.

Nesse contexto, os conselhos de políticas públicas devem se apresentar em todos os níveis da federação, agregando valor ao trabalho de secretarias e ministérios de governos em várias áreas de intervenção, dentre as quais se destacam: educação, saúde, assistência social, meio ambiente, dentre outras.

Apesar dos conselhos serem figuras jurídicas que antecedem a Constituição Federal de 1988, é com base nessa carta que esses núcleos são reposicionados diante das organizações do Estado, e dessa forma, tendem a ganhar força, legitimidade e permanência, ao lado de outros instrumentos voltados para a concretização da soberania popular, como iniciativa de lei, referendo, plebiscito, orçamento participativo e audiência pública.

Os instrumentos voltados a concretização da soberania popular também são referidos como institutos de participação popular na Administração Pública. Marcos Augusto Perez (2004, p. 98-104) refere os conselhos ao lado das comissões e comitês, que reúnem representações da sociedade civil, afirmando que estes são os veículos mais comuns de condução da democracia participativa. Só no âmbito federal há mais de vinte organismos dessa natureza.

De fato, a noção de consensualidade da Administração Pública nos remete para uma fonte de legitimação plausível para a condução de serviços públicos sociais, que tendem a apresentar uma demanda inesgotável, e, por conseguinte, impossível diante da escassez recursos financeiros do Estado e dos limites impostos pelo regime jurídico de direito público, imposto ao orçamento das instituições públicas (MOREIRA NETO, 2008, p. 20-21).

A questão subjacente ao papel da sociedade civil na produção de serviços sociais, agregados a políticas públicas do Estado, reside no papel mais importante a ser cumprido por esse tecido social, qual seja, a condução da democracia direta em espaços de participação inaugurados pela Constituição Federal de 1988, cujo

valor nos parece imprescindível para a construção do Estado democrático de direito.

A dúvida latente, no que diz respeito a essa premissa, está na capacidade de os conselhos de políticas públicas representarem efetivamente os interesses da coletividade, na medida em que tratamos de uma referência democrática desconhecida por grande parte dos brasileiros, e as vezes, relegada a um espaço pouco discutido no âmbito jurídico.

Decerto há fragilidades no processo de representação política a cargo dessas instituições. Maria Glória Gonh (2001, p. 90) suscita que a operacionalização dos conselhos tende a ser insuficiente devido à falta de tradição participativa da sociedade civil em canais de gestão pública; e registra que a falta de conhecimento sobre as possibilidades de atuação dos conselhos, leva as pessoas a um estágio de apatia, deixando espaços livres para a captura das velhas elites políticas do país (GOHN, 2001, p.90).

Essa percepção da evasão participativa não é isolada, Ana Paula Paes de Paula (2005, p. 38-39) e Irene Patrícia Nohara (2016, p. 111) trazem à baila essa questão, indicando que o modelo de participação social na Administração Pública foi muito enaltecido no discurso da reforma gerencial, mas, na prática, predominou um modelo de gestão centralizador, sem foco na efetivação de canais de participação popular.

Em pesquisa empírica, Carla Carneiro (2002, p. 280-287) apresenta resultado de entrevistas realizadas junto aos conselhos estaduais de assistência social e conselho estadual de direitos da criança e do adolescente, com entrevistas em nove municípios e questionários aplicados em 238 municípios mineiros.

A precariedade da participação é levantada pelos entrevistados que duvidam da realização efetiva de um processo genuinamente democrático nos conselhos, na medida em que nem sempre os conselheiros estão comprometidos, ou seja, o mero comparecimento destes nas reuniões não assegura o seu comprometimento com o debate. No mesmo contexto observou-se

a participação escassa de representantes governamentais nesse espaço político.

Continuando a apresentação do hall de vulnerabilidades, um segundo aspecto adverso reside na heterogeneidade da sociedade civil, pois o grau de organização e a estrutura das instituições apresenta muitas variáveis, por isso não incomum a presença de organizações desprovidas de capacidade financeira e com pouca capacitação técnica para discutir os assuntos submetidos à discussão e deliberação.

No Brasil, o financiamento do Terceiro Setor tende a ser precário por vários motivos: a legislação no que toca as pessoas jurídicas indica a possibilidade de destinação social do imposto de renda só para as empresas tributadas no lucro real, e as pessoas físicas que retêm imposto de renda, em regra, não exercitam o direito de doar, ora por falta de conhecimento, ora por julgar que compete exclusivamente ao Estado financiar os serviços sociais.

Por fim, sem condição de listar as debilidades relacionadas à participação sociopolítica dos conselhos de forma exaustiva, é possível, com base no argumento de Nuria Cunill Grau (1998, p. 83-88), supor que a atuação dos conselhos no controle de políticas públicas pode ser contaminada pelo seu grau de institucionalidade, ou seja, um problema paradoxal, já que a própria Constituição Federal de 1988 refere tais organizações, no título da ordem social, instigando sua proliferação em todas as entidades federativas.

3. Considerações Finais

As organizações da sociedade civil, referidas em instituições do Terceiro do Setor, passaram a transitar nos ambientes onde o Estado conduz sua ação social, sendo tal afirmação verossímil se considerarmos tanto as relações de parceria contratual para execução de serviços públicos, seja a institucionalização dos conselhos de políticas públicas, que cresceram em escala geométrica após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Nesse ensaio observamos que a contratualização das relações de parceria entre Estado e Terceiro Setor é uma realidade ambígua, pois se por um lado organizações da sociedade civil estão supostamente credenciadas pela sua expertise e desenvolvem relevante trabalho na implementação e ampliação de serviços sociais, por outro lado, o Poder Público não tem conseguido manter instrumentos de regulação eficazes, do ponto de vista da qualidade e quantidade dos serviços, e, simétricos, no que diz respeito ao nivelamento da prestação com a complexidade de nossa federação.

Ainda temos que realçar a tenção inerente ao processo de contratualização, em função da possibilidade de expansão das parcerias com o Terceiro Setor representar uma gradativa substituição do Estado, que com aparelhamento cada vez mais enxuto, pode acabar cedendo a barganha política das instituições da sociedade civil, cujo interesse, na manutenção dos contratos, não podemos desconsiderar.

A participação política da sociedade civil tem sido uma fonte de esperança para a realização de um arranjo democrático razoável num país marcado pela desigualdade social, que está perplexo diante os prejuízos provocados pela corrupção, observando o embate permanente de forças entre Executivo, Legislativo e Judiciário, e, em certa medida, uma apatia com a realização do sufrágio.

De fato, conseguimos avançar com a institucionalização dos conselhos de políticas públicas, mas talvez haja um longo caminho a ser percorrido para a amortização de suas fragilidades e construção do ideal de democracia participativa alçado pela Constituição Federal de 1988.

No trigésimo aniversário da carta cidadã, precisamos relembrar o seu parto, e ter em vista todas as promessas firmadas em torno de uma ordem social robusta, não porque chegamos ao fim de uma jornada de realizações, mas porque temos uma longa caminhada por fazer, com toda sinuosidade, com toda a dor e com toda emoção inerente à Democracia e a todos os que se arriscam no seu encalço.

Assim, o espaço de atuação da sociedade civil na esfera pública, com base na Constituição Federal de 1988, seja na produção de serviços públicos, seja na concepção e controle de políticas públicas ainda se perfaz como ambiente de luta.

Referências

BRASIL. Presidência da República. Câmara da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, 1995. Disponível em:<www.bresserpereira.org.br>. Acesso em: 4 dez. 2017.

BRASIL. **Lei 13.019 de 31 de julho de 2014**. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm>. Acesso em 30 nov. 2017.

BRASIL.*Lei 9.637 de 15 de maio de 1998*.Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm>. Acesso em 30 nov. 2017.

BRASIL. Presidência da República. *Lei 9.784 de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em 04 dezembro de 2017.

BRASIL.*Lei Complementar n. 101 de 4 de maio de 2000*. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em:<www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Lcp101.htm>. Acesso em 01 dez. 2017.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado Constitucional*: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CARNEIRO, Carla Bronzo Ladeira. Conselhos de políticas públicas: desafios para sua institucionalização. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, 36(2): 277-92, Mar./Abr. 2002, p. 280-287.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, 495 e ss.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 7.ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.91.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. Políticas públicas e o terceiro setor. In. FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Políticas públicas*: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DURÃO, Jorge Eduardo S. *CPI das ONGs*: iniciativa com defeito de nascença. Estado e Sociedade, 2017. Disponível em: <<https://diplomatieque.org.br/cpi-das-ongs-iniciativa-com-defeito-de-nascenca/>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

GONH, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. São Paulo: Cortez, 2001.

GRAU, Nuria Cunill. *Repensando o público através da sociedade*: novas formas de gestão pública e representação social. Tradução de Carolina Andrade. Rio de Janeiro: Revan; Distrito Federal, ENAP, 1998.

MÂNICA, Fernando borges; MENEGAT, Fernando. *Teoria jurídica da Privatização*: Fundamentos, limites e técnicas da interação público-privada no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno: Legitimidade: finalidade: eficiência: resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MOREIRA, EgonBockmann. Contrato administrativo como instrumento de governo. In. MARRARA, Thiago. *Direito administrativo: transformações e tendências*. 1ªed. São Paulo: Almedina, 2014.
- NÓBREGA, Theresa Christine de Albuquerque. *OSCIIP: expectativa de gestão, controle e corrupção*. São Paulo: MP, 2013.
- NOHARA, Irene Patrícia. Controle social da administração pública: mecanismos jurídicos de estímulo à dimensão sociopolítica da governança pública. In. MARRARA, Thiago; GONZÁLEZ (Coord.). *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas*. São Paulo: Almedina, 2016.
- PAULA, Ana Paula Paes. Administração Pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. *Revista de Administração de Empresas*, v. 45, n.1, jan./mar. 2005.
- PEREZ, Marcos Augusto Perez. *Administração Pública democrática: institutos de participação popular na Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- SANTOS. Boaventura de Souza. Para a reinvenção solidária e participativa do estado. In. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, j.; SOLA, L. (Orgs.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: Unesp; Brasília: ENAP, 1999.
- STF – Supremo Tribunal Federal do Brasil. *Informativo 781*. 2015. Disponível em: <www.conteúdojurídico.com.br>. Acesso em 1 dez. 2017.

A Constituição Federal e a proteção constitucional do refugiado: uma utilização do princípio da fraternidade

Walter Gustavo da Silva Lemos¹

1. Introdução

Na Revolução Francesa, o povo francês promoveu uma luta direta contra o Estado absolutista que os governava, já que este não atendia os interesses do seu povo e dos camponeses, e buscava manter os seus próprios privilégios, da aristocracia e das classes religiosas, o que levou a rápidas transformações naquela sociedade. Como lema desta revolução, foram brandadas as palavras de liberdade, igualdade e fraternidade na busca da conquista de direitos civis, políticos e sociais por parte daqueles excluídos destes direitos, que deveriam se dar a todos sem distinção ou discriminação.

Estas palavras de ordem expressavam a busca dos oprimidos por direitos para incluí-los como cidadãos naquela nova sociedade em construção, inspirados pelos ideários da razão iluminista, na descrição da limitação dos poderes do soberano e nas garantias do indivíduo frente a tais poderes, para que o Estado tivesse como norte o dever de cuidar das necessidades de seus cidadãos.

¹ Doutorando pela Unesa/RJ, Mestre em História pela PUC/RS e em Direito Internacional pela UAA/PY. E-mail: wgustavolemos@hotmail.com, telefone: (69) 99206-1727, professor da FARO – Faculdade de Rondônia e do FCR – Faculdade Católica de Rondônia.

Este lema foi bastante importa para a solidificação da Constituição, dos Direitos Fundamentais e Direitos humanos, servindo de base para a descrição de normas obrigatórias para o estabelecimento da cidadania e das relações do cidadão com os poderes instituídos, embora fossem ideários de alto grau de abstração, permitiram a sua utilização na criação de uma série de normas nos países espalhados pelo mundo, contra as violações dos Estados e seus poderes absolutos, e de normas internacionais gerais garantias sociais básica ao homem.

Neste sentido, os Direitos Humanos e os fundamentais acabaram por seguir tal lema, já que primeiramente os países acabaram, nacional ou internacionalmente, estabelecendo a promoção de normas que buscavam a implementação das ideias de liberdade, por via da descrição de direitos individuais (BOBBIO, 1992).

Posteriormente, o Direito acabou implementar os direitos fundamentais do ideário de igualdade, o que importou na necessidade de se descrever a atuação isonômica da norma, por via de direitos de participação política e de igualdade democrática dos indivíduos, que passam a ser “dotadas de igual valor, a todos deve ser dado o direito de participar de igual medida do processo político” (VIEIRA, 2006, p. 39).

Após a constituição destes direitos de igualdade para o cidadão, este necessitava participar da democracia estabelecida por Direito, sendo que neste momento os Estados passaram a promover a implementação de direitos de natureza fraternal, com a descrição dos direitos sociais em seus ordenamentos jurídicos. Tal tipo de implementação de direitos tem grande relação com o estabelecimento de normas internacionais sobre o tema, sendo que em 1948 foi estabelecido a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que descreveu a necessidade de universalização de direitos e a responsabilidade de todos para com o próximo, o que é um marco normativo para a consolidação da fraternidade nos ordenamentos jurídicos dos Estados. (BOBBIO, 1992)

A partir deste momento, o Direito, em grande parte do mundo, passou a descrever formas de expressar a tipificação de normas para garantir aos indivíduos, estabelecendo direitos de integração entre as pessoas, demonstrando a preocupação com os aspectos sociais de bem-estar da comunidade, de forma a promover, nos dizeres de Sartlet, a “sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.” (2010, p. 48)

Neste sentido, surgiu no campo internacional a normatização do refúgio como meio de salvaguarda de grupos que se encontram no meio de conflitos armados, dominação estrangeira, agressões generalizadas, ofensas aos Direitos Humanos ou situações que alterem drasticamente a ordem interna do Estado, de forma que estes acabam se deslocando para outros territórios e estados para fugir destas hostilidades, realizando a travessia das fronteiras em busca de proteção.

Sob tal perspectiva, este artigo tem o intuito de promover o estudo do refúgio, descrito pelo Direito Internacional humanitário, discutindo como este instituto e o seu beneficiário se adéquam a uma implementação destes institutos sob a égide da proteção constitucional descrita pelo princípio da fraternidade, a fim de perceber que o refúgio possui o caráter normativo de direito fundamental.

E dentro desta realidade, importante lembrar que o tema ora proposto acaba por promover a sua conexão entre o Direito Constitucional e este instituto do Direito Internacional humanitário, abordando o estudo do refúgio e a sua proteção no campo dos direitos fundamentais do indivíduo, sendo que o trabalho objetiva analisar o tema proposto, em sua conexão com a ideia de fraternidade e a sua tutela de direitos coletivos e difusos, na demonstração da importante função social do instituto analisado e a necessidade de sua proteção.

Assim, o presente artigo objetiva promover a análise deste princípio da Constituição Federal e do refúgio, descrito pelo Direito Internacional humanitário, utilizando o método de abordagem indutivo, pelo uso do procedimento comparativo e de uma pesquisa bibliográfica, para conectar tais ideias na demonstração da importância da proteção deste instituto internacional como direito fundamental.

2. Princípio da fraternidade

A perspectiva da fraternidade como um princípio jurídico baseia-se no fato de que, entre as formulações de todo o sistema jurídico, as mais importantes a serem consideradas são as diretrizes constitucionais, isso porque em casos concretos de aplicação das normas jurídicas são elas que imediata e concretamente são implementadas no caso real.

Para AQUINI, a fraternidade é um valor jurídico fundamental.

A fraternidade compromete o homem a agir de forma que não haja cisão entre os seus direitos e os seus deveres, capacitando-o a promover soluções de efetivação de Direitos Fundamentais de forma que, não, necessariamente, dependam, todas, da ação da autoridade pública, seja ela local, nacional ou internacional. (2008, p.138-139.)

Este valor estabelece a importância do homem, de forma consciente e vivendo em sociedade, promover relações de igualdade com o Outro, a partir de reconhecê-lo como irmãos, esta ideia faz nascer o conceito de cidadania, que deve se exercer conjuntamente com os direitos atinentes à liberdade e a igualdade, já que importa os homens “*são dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros.*” (ONU, 1948)

Desta forma, cognoscível é que o princípio da fraternidade é aplicado e reconhecido esparsamente no mundo jurídico, sendo devidamente expresso em nosso ordenamento jurídico, que pode

aplicá-lo por via da efetivação do princípio da subsidiariedade ou ainda pela ponderação dos direitos (LAZZARIN, 2015), bem como para a aplicação dos direitos inerentes à cidadania, estando intimamente ligado às questões de liberdade e igualdade dos indivíduos, inclusive dos estrangeiros.

Assim, o princípio se presta a promover a ideia da necessidade de atuação do Estado e da sociedade na promoção de políticas e direitos sociais, partindo da percepção da existência de desigualdades que importam na exigência de uma atuação social forte, com o fito de minimizar tais disparidades entre os indivíduos, não podendo ser, desta atuação, excluídos os estrangeiros. Diante disso, a fraternidade vai atuar no ordenamento jurídico no campo da solidariedade e das liberdades, que é confiada não somente à intervenção do Estado enquanto sujeito ativo da relação jurídica (LAZZARIN, 2015), como também da sociedade, que deve ser chamada à discussão em companhia do Estado, para a promoção de atos pelo ordenamento jurídico para a promoção de uma vida social fraterna, pautada na igualdade, liberdade e solidariedade. (SOARES, 2011)

Nas palavras de PIZZOLATO,

o princípio de fraternidade conjugado em sentido personalista passa pelo reconhecimento e pela valorização institucional de um tecido social rico e solidário (as comunidades), de um sistema de relações estruturado em formações sociais, na qual seja continuamente recriada a interdependência entre os sujeitos, a base mais duradoura da solidariedade. A promoção desse tecido social interdependente e (por isso) solidário permite ao Estado buscar o desenvolvimento da pessoa humana sem substituir as formações sociais intermediárias, mas ao contrário, responsabilizando-as, promovendo sua lógica participativa e inserindo-se nelas. Trata-se, portanto, de uma fraternidade que segue o modelo comunitário, de cunho ético, não baseada em improváveis convergências espontâneas de interesses individuais e egoístas, nem na transferência integral ao estado das tarefas de socorro às fraquezas. (2008, p. 126)

Assim, a fraternidade deve ser amplamente aplicada, por comprometer a sociedade a agir de forma isonômica na busca implementação de direitos e os seus deveres para todos, sendo necessária a efetivação dos Direitos Fundamentais, descritos pela ordem nacional ou internacional, pelo Estado para permitir a promoção de uma sociedade fraterna e irmanada. (AQUINI, 2008)

É de se pensar que as “relações baseadas na fraternidade, as quais, realmente, poderiam provocar mudanças substanciais nos mais diversos sistemas sociais, já que teria, como base, um conceito não excludente – a irmandade – mas uma irmandade sem hierarquia” (POZZOLI e HURTADO, 2011, p. 5), de forma que a aplicação do princípio da fraternidade teria grande importância para o direito, para que se cumpra a função social normatizante e integrativa do direito no atendimento dos interesses da sociedade.

Este princípio atua como indicador ao ordenamento jurídico de como os demais princípios devem atuar, na busca de implementar condições de, como descrito por AQUINO, BASTIANI e PELLENZ,

vida qualitativa a todos no planeta, não obstante existam as adversidades multiculturais. Nessa linha de pensamento, o caráter de universalidade das diferentes culturas é o que viabiliza a compreensão e práxis da Fraternidade em todos os lugares do mundo. Por possuir uma finalidade em si, são necessários espaços em que se realize um encontro de consciências e de culturas, uma partilha de subjetividades e uma deliberação intersubjetiva em torno da vida que se compartilha. (2015)

É um princípio ligado à consciência do compartilhamento e solidariedade entre todos os sujeitos da sociedade, na busca de se promover a interligação de indivíduos multiculturais, para o estabelecimento de uma unidade social que tenha em vista a busca equânime do bem comum para tal grupo.

BRITTO percorrendo sobre o tema, afirma a validade deste princípio na busca da diminuição da diferença entre os indivíduos

de uma sociedade, quando descreve que na prática de ato “em benefício de alguém esteja inserido nele uma relação ímpar de igualdade e liberdade, pois na realidade não pode existir diferença entre os homens mas somente a busca da harmonia social entre todos.” (2007, p. 98)

Assim, este princípio arquiteta a construção de um mundo de igualdade entre os indivíduos, já que existe “uma preocupação em combater as desigualdades sociais, proteger os direitos fundamentais da pessoa humana para que tenham condições de alcançar o bem-estar social.” (SALMEIRÃO, 2013)

Ainda continua Salmeirão dizendo que:

A Fraternidade deve ser considerada um fundamento do Estado Democrático e Social de Direito com possibilidades para, a partir do preâmbulo da Constituição, da Geração de Direitos Fundamentais, e do Texto Constitucional ser reconhecida com o um princípio jurídico como a liberdade e a igualdade e ao mesmo tempo servir como um ponto de equilíbrio. (SALMEIRÃO, 2013).

Este princípio chama a atenção da sociedade para a necessidade de que possamos viver coletivamente de forma equilibrada, por via de um corpo social devidamente coeso e amalgamado pelos interesses comuns de fortalecimento de suas relações e da criação de laços que permitam a sua evolução, de forma diretiva e equilibrada.

3. Princípio da fraternidade e a Constituição Federal

O texto constitucional chama bastante a atenção ao tratar este tema, tanto que o descreve já no seu preâmbulo, onde se descreve que a Constituição visa:

[...] assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia

social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, [...].

Partindo deste conteúdo do preâmbulo da Constituição Federal brasileira, possível é a vista da existência de um valor de fraternidade expresso no texto constitucional, demonstrando que o constituinte descreveu a necessidade do Estado e da sociedade brasileira primar por uma atuação solidária e voltada a compreensão do indivíduo e a sua necessidade de igualdade e liberdade de ação social. Ao falar sobre o tema, Lazzarin, descreve que este princípio “inspira e norteia o conjunto de normas, além de apresentar também um importante critério interpretativo dessas mesmas normas. Nesse sentido foi possível constatar que, embora de forma embrionária, a jurisprudência começa a caminhar nesse sentido.” (2015, p. 98)

Também é possível a leitura de uma atuação fraternal no que o art. 3º, I, da Constituição Federal, descreve a sociedade brasileira como uma sociedade na atuação de suas ações de relações internas e internacionais, sendo que é claro que promoção de uma política ampla e receptiva ao refugiado é uma forma de demonstração desta atuação solidária e fraternal.

A mesma situação se repete no art. 4º, nos seus incisos II e IX, da Carta Magna, ao apontar que a prática das relações internacionais deve se pautar num agir que prime pela prevalência dos direitos humanos e cooperativa com outros povos e entes internacionais, para que possamos evoluir enquanto seres humanos. A norma fundamental descreve direitos que visivelmente importam numa atuação fraternal no agir com os demais povos e que seus indivíduos, já que o país preza por uma atuação pacífica, evolutiva e integrativa nestas relações internacionais.

O que em si não encerra a possibilidade da existência de outras partes da norma fundamental e do restante do ordenamento jurídico que estabeleça um agir fraternal,

importando na descrição de condutas de irmandade a serem empreendidas pelo Estado brasileiro em sua atuação.

Quanto a descrição da fraternidade como valor constitucional, a proposta acaba demonstrando que tais elementos têm o viés de ser meio de dar cumprimento direto à solidariedade entre os povos, que é um dever do Estado e da sociedade brasileira, de forma que “a pessoa humana realizará a conduta desejável que agradaria a todos tendo como base o Direito e assim, buscar a essência da sociedade fraterna que somente será alcançada através da efetivação dos Direitos Fundamentais inseridos no texto Constitucional.” (SALMEIRÃO, 2013)

Assim, esta discussão acaba sendo inserida na Constituição Federal, já que a nossa norma fundamental descreve o trato destas também quando aborda as questões internacionais no seu art. 4º, bem como aduz a necessidade de que a nossa República se dê a partir de pilares da dignidade da pessoa humana, o que demonstra a preocupação do constituinte com o tema de direito internacional e a proteção do sistema internacional de direitos humanos.

A partir desta leitura conjectural, parte-se para a realização de um estudo da Constituição Federal, vê-se que o princípio da fraternidade é visto como “um princípio jurídico capaz de agir como instrumento regulador das relações entre os membros da sociedade destacando-se por sua relação igualitária entre todos promovendo uma relação horizontal na busca de efetivar os Direitos Fundamentais” (SALMEIRÃO, 2013), para demonstrar a preocupação do constituinte com a formação de uma sociedade que visa a prosperidade e da felicidade.

Desta forma, a ideia de fraternidade nos leva a preocupação com o outro, como indivíduo irmão, ao qual deve ser reconhecido todos os direitos que são reconhecidos ao outro, sendo o caminho para que o ordenamento jurídico possa promover expressar políticas de inclusão social e aplicação de direitos fundamentais.

O princípio da fraternidade se torna muito importante para o Estado Social, mas sem negar os avanços que o Estado Liberal

havia conquistado, implementando a preocupação para além do próprio indivíduo para se pensar no todo. No Brasil, a Constituição da República de 1988 faz referências expressas a fraternidade como direitos fundamentais de terceira e quarta gerações, como os direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à comunicação, dentre outros.

Nessa fase do constitucionalismo em que a nossa Constituição foi realizada, patente era a preocupação do direito como meio de integração comunitária, como bem esclarece BRITTO,

[...] entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade, isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. (2003, p. 216)

A partir desta realidade constitucional, a sociedade passa a vivenciar a importância de uma vida plural, sem preconceitos e discriminação, respeitando as suas diferenças, não como meio de implementação das garantias de liberdade individual, mas sim como meio de se proceder a justiça e a inclusão social.

Podemos ver esta preocupação de nossa Constituição, tanto que o Judiciário brasileiro já vem aplicando o conteúdo do presente princípio como é possível ver no voto do Ministro Gilmar Mendes, na decisão em Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 186-2/DF, proposta pelo partido político Democratas (DEM), contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas

raciais para ingresso naquela universidade, sendo que o julgado parte da ideia que a fraternidade pode promover meios para solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade, em tema de liberdade e igualdade.

No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.

É perceptível que esta sistematização objetivou não somente resguardar a pessoa do próprio refugiado, como também promover a imposição de condutas as serem adotadas pelos sujeitos internacionais, principalmente os Estados, na proteção de tais indivíduos em decorrência da distribuição de responsabilidades, da organização planificada e da necessidade de cooperação entre estes, descritas como características basilares da Sociedade internacional a quem estão vinculados.

AQUINO, BASTIANI e PELLEZ descvem que

Os enunciados normativos acerca da Fraternidade e Solidariedade não podem, nem devem, reivindicar obrigações que se exaurem nos seus limites semânticos, mas precisam alargar ações e consciências sobre a necessidade de constituir junto com o Outro novos horizontes de integração e avanço civilizacionais. A Fraternidade é um valor a ser considerado como essencial a orientar as condutas humanas porque desvela nossa humanidade escondida no Outro. É a partir da percepção, compreensão e incorporação desse valor à vida cotidiana que atitudes mais humanas poderão ser presenciadas. (2015)

A lição de BERNHARD liga este direito aos direitos fundamentais, onde

[...] a fraternidade está ligada aos princípios de liberdade e de igualdade, assegurados por constituições em todos os Estados

Modernos. (...) a fraternidade pressupõe a liberdade individual e a igualdade de todos os homens, e está numa relação de interdependência mútua com esses dois princípios. Os três conceitos têm por raiz a dignidade da pessoa humana. O objetivo atingido de proteger os Direitos Humanos quanto o alcance da tutela e da garantia do indivíduo, deve valer – segundo o conceito de fraternidade – como garantia mínima para cada indivíduo, em cada tempo e em cada lugar, inclusive os direitos sociais. (2008 p. 61-62)

Portanto, este princípio importa na necessidade de que o Estado e a sociedade procedam de forma a garantir uma atuação com irmandade entre os indivíduos, sendo necessário para o exercício deste princípio que o indivíduo possa usufruir dos direitos relativos a liberdade e a igualdade.

Assim, é perceptível a preocupação da Constituição Federal com a fraternidade, já que passamos a ver cada vez mais a discussão de temas de multiculturalidades e interculturalidade, de minorias e direitos relativos a grupos específicos, o que demonstra apreocupação com o propósito da fraternidade, na compreensão e construção do bem comum e na solução de várias pautas que passaram a existir em nossa sociedade

4. Refúgio e o refugiado

O refúgio “consiste, realmente, em conceder abrigo, amparo, apoio, enfim, consiste em conceder proteção àquele que foge de seu país porque lá não lhe é conferida a proteção que necessita” (BARBOSA, 2011), como é de se ver partir da sua matriz normativa internacional, que foi recepcionada pela legislação nacional, que tem como natureza a salvaguarda e a tutela de uma coletividade perseguida ou necessitando de proteção fora das suas fronteiras.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu Artigo 14, sustenta que toda e qualquer pessoa pode procurar e se beneficiar do instituto do refúgio, mas a norma internacional não

havia estabelecido este conceito até a Convenção de 1951, Relativa ao Estatuto dos Refugiados, que estabeleceu as linhas aplicáveis o exercício de tal tipo de proteção, sendo que se descreveu que o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) ficou encarregado de averiguar a implementação deste direito e a sua execução.

O refugiado é definido pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, a partir do que é descrito na Convenção de 1951, em seu art. 1º, onde ficou definido refugiado como aquela pessoa que

temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (ONU, 1951)

O refúgio, portanto, possui regras bem definidas, importando no estabelecimento de um regime jurídico que assegura os direitos dos refugiados à “proteção internacional”. A partir da percepção de que refugiados são indivíduos, seres humanos, em uma situação única, singular de ofensas generalizadas contra eles e acabam por buscar o resguardo contra estas práticas agressivas, o que os leva a solicitar refúgio, já não conseguem a segurança devida em seus países de origem.

A Convenção da ONU de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967, são os pilares que sustentam o regime de proteção aos refugiados de forma globalizada, mas na América, há um importante marco legal sobre o tema, que é a Declaração de Cartagena, norma realizada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) que trata deste mesma temática. Assim, esses instrumentos legais, criam uma definição universal do que seria o

refugiado e asseguram os seus direitos fundamentais, enquanto inclusos na situação específica de refúgio. (SOARES, 2011)

Este refugiado busca a salvaguarda do seu direito à vida e de sua integridade se refugiando em outro Estado, que não pode devolvê-lo, já que o colocaria de volta naquela realidade de ofensas, sendo que tal prática é um direito fundamental do indivíduo, que importa na impossibilidade de sua deportação ao país de origem. Este direito tem como base o princípio geral do Direito internacional de proteção dos refugiados e dos Direitos Humanos, o do *non-refoulement* (não-devolução), que o colocaria em situação de grande possibilidade de implementação das ofensas contra este indivíduo, tais como torturas, prisões degradantes, violação contra a sua integridade física e até a possibilidade de morte. Este princípio é uma condição sem a qual não haveria a efetividade nesta proteção ao refugiado.

Desta forma, o país receptor deve abrigar o refugiado, no caso de perigo fundado da continuidade daquele no seu país de origem, o que demonstra o reconhecimento da proteção ao indivíduo com valores que fundamental à preservação do ser humano, garantindo sua dignidade.

JUBILUT (2007, p. 60) sustenta que "A proteção internacional dos refugiados se opera mediante uma estrutura de direitos individuais e responsabilidade estatal que deriva da mesma base filosófica que a proteção internacional dos direitos humanos." Desde esta proteção gerada no âmbito internacional, a Constituição brasileira foi buscar tais pensamentos para assegurar a dignidade da pessoa humana por meio do seu Artigo 1º, instituindo dessa forma o fundamento legal para a aplicação do refúgio, onde o sistema brasileiro estabelece o resguardo de um conjunto de direitos civis, entre os quais, o respeito aos direitos humanos, a concessão de asilo aos refugiados e a igualdade de direitos entre brasileiros e estrangeiros. (FREITAS, 2013)

Por esta perspectiva, é de se ver que o Direito Internacional vai descrever uma normativa para a questão, onde este é "a fonte dos

princípios de proteção dos refugiados e ao mesmo tempo complementa tal proteção” (JUBILUT, 2007, p. 60), sendo que esta fonte vai desembocar no ordenamento jurídico brasileiro, que vai tratar o tema por via de lei que adequou os preceitos internacionais à realidade brasileira, com a Lei nº 9.474/97. Porém, há de se destacar que a só imersão deste tema acaba por fazer com que o estudo seja lançado às discussões principiológicas que permeiam esta questão e o próprio viés constitucional que a esta acaba se ligando.

O Direito Internacional tenta com tal norma garantir que grupos de indivíduos sejam salvaguardados pelos demais Estados não envolvidos no conflito ou nas agressões que ocorrem no país de origem, permitindo que os elementos recebam a proteção às suas vidas, integridades físicas e psíquicas enquanto perdurar a situação de ofensas. Neste sentido, a norma brasileira acabou por proceder o seu estabelecimento deste mesmo instituto de forma simétrica ao que a norma internacional já havia estabelecido.

Assim, o instituto do refúgio é implementado na tentativa de solucionar, de maneira justa e humanitária, o problema dos refugiados, contra o abalo da estrutura de determinado país ou região, gerando potenciais vítimas de perseguições e/ou ofensas generalizadas, de forma que estes têm seus direitos humanos ameaçados, sendo objeto de preocupação da comunidade internacional a necessidade de anteparo às pessoas que se encontram nesta situação.

5. Refúgio e a sua proteção constitucional

Há uma conexão entre refúgio e o princípio da fraternidade, já que por via deste instituto um Estado garante o bem-estar aos indivíduos que se encontram nesta situação, o que tanto que Lazzarin descreveu que “a partir da fraternidade como princípio inspira e norteia o conjunto de normas, além de apresentar também um importante critério interpretativo dessas mesmas normas” (2015, p. 99), sendo perceptível que com este valor fraternal, o refúgio ganha

um aspecto importante para impor ao Estado brasileiro a necessidade de tutelar aqueles que se encontram em situação de perseguição ou fuga de ataques generalizados no seu país de origem ou em acontecimentos que alterem gravemente a ordem pública interna daquele país (DECLARAÇÃO DE CARTAGENA, 1984), de forma a que se promova a recepção do refúgio como instituto integrado ao sistema descrito em nosso ordenamento jurídico de direitos fundamentais.

Assim, a importância desta questão para os dias de hoje se dá pelos grandes deslocamento de pessoas entre os continentes, incluindo o Brasil como país receptor destes grupos de pessoas, tudo na busca de um lugar que possa dar a proteção necessária para tais indivíduos viver, até que o Estado onde estes eram domiciliados tenha alterado as condições e ações de perseguição. Portanto, é necessário perceber que o estudo do refúgio e seus aspectos, conecta-os diretamente com os elementos constitucionais inerentes aos princípios fundamentais, precisamente os princípios de terceira geração, que são aqueles inerentes à titularidade coletiva ou difusa de direitos e os aspectos ligados a constitucionalidade do Direito Internacional para a descrição e completude do estudo do refúgio.

Também é nítida a presença da função social no elemento do refúgio que ora se pretende estudar, já que este tem como função social dar a proteção e salvaguarda aos indivíduos e grupos que sofrem as perseguições, sendo que o refúgio importa em dar aplicabilidade às questões de direitos humanos para a gerenciar o acolhimento do indivíduo pelo Estado.

Alarcón descreve que:

O Direito dos refugiados aparece em perfeita sintonia com outros sistemas de proteção projetando dois aspectos: a) o referente ao conjunto de condições necessárias à obtenção da qualidade de refugiado e b) o referente ao compromisso dos poderes públicos nacionais e da ordem internacional para efetivar os direitos fundamentais e fomentar uma política de inclusão com relação

aos refugiados ou de retorno pacífico aos seus lares. (ALARCÓN, 2016).

Assim, o refúgio é um direito fundamental trazido em nossa ordem jurídica interna, sendo que não há a descrição específica da sua tipificação como um instituto descrito na Constituição, mas é possível de se perceber que este instituto se conecta diretamente aos princípios e elementos constitucionais que asseveram a proteção do direito social, de proteção ao outro, o que assemelha este direito ao princípio da fraternidade.

Ele se alinha aos princípios e fundamentos que a ordem constitucional brasileira descreve para a promoção do atuar em relações internacionais, já que importa em ato de prevalência dos direitos humanos, de cooperação entre os povos e de defesa da paz, atos importantes dentro do reconhecimento da esfera da sociedade internacional, que claramente açambarcam este instituto de direito humanitário.

A aplicação refúgio importa na atuação do Estado no cumprimento dos preceitos constitucionais que regem as suas relações internacionais, já que ao assim agir importa na atuação em cooperação internacional com os demais sujeitos que compõe a sociedade internacional, bem como procede de forma a dar prevalência dos direitos humanos nesta sua atuação, o que demonstra que a proteção constitucional deste instituto.

Também é possível se averiguar tal conexão do instituto internacional com a sua proteção constitucional pela inserção do comando de que a sociedade brasileira é “fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional [...]”, conforme o próprio preâmbulo da norma constitucional assevera, o que demonstra o compromisso do Estado brasileiro na promoção de um vínculo com os valores que importam numa sociedade que dê amplo valor à harmonia tanto em escala nacional, como internacional, o que acaba por fortalecer a ideia do refúgio e a sua proteção.

Seguindo neste mesmo sentido, também a partir da mesma parte do texto da norma fundamental brasileira, tem-se como obrigação do Estado “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos [...]”. Aqui se insere a ideia do refúgio já que este é um ato de segurança e bem-estar do indivíduo estrangeiro em situação de vulnerabilidade momentânea em decorrência das ofensas e conflitos existentes em seu território de origem, de forma que para se sentir segurança das agressões que possa sofrer, busca a salvaguarda do estado estrangeiro, neste caso o Brasil.

Ainda é possível conectar este instituto em estudo com os fundamentos e objetivos descritos para a formação da República Federativa do Brasil, o que podemos ver pela leitura dos arts. 1º e 3º da Carta Magna, o que também denota a forte ligação estabelecida entre o instituto do refúgio e os nossos direitos fundamentais.

Isso sem se olvidar que o que art. 5º, caput, de nossa Carta Magna, descreve uma ideia de igualdade de direitos e a proteção constitucional das garantias que ali se descrevem ao estrangeiro, não fazendo distinção se em situação de refúgio ou não, sendo que as restrições ao exercício destes direitos devem se dar pelo que o próprio texto constitucional propicia.

Este confronto e a troca de ideias entre a fraternidade, como novo preceito conexão e justiça social, o que acaba por interligá-lo diretamente o âmbito do direito constitucional ao direito internacional, com o refúgio, que importa na proteção do indivíduo em situação de ofensas no seu país de origem, importa na promoção da proteção da coletividade internacional.

6. Considerações finais

No estudo empreendido no presente artigo, concatenou-se o princípio da fraternidade com o instituto do refúgio e a figura do refugiado, para demonstrar que a proteção constitucional à vida,

não somente se dá para o nacional, mas também do estrangeiro, como meio de implementação do bem-estar de todos e da justiça social como preocupação desta sociedade.

A necessidade de a comunidade internacional proteger os refugiados, bem como definir sua condição jurídica e de fato, importa na ajuda ao próximo, ao Outro, ao ser humano, pois o indivíduo em situações como esta necessita do extremo cuidado do poder Estatal e garantia do mínimo existencial para sobrevivência, o princípio base, o direito à vida, que todo ser humano deve acessar.

Se o Estado deve preservar a vida do estrangeiro que se encontra nesta situação de ofensa à sua integridade, que foge de agressões generalizadas existentes em seu Estado, dando origem a um fluxo massivo de população que atravessa a fronteira em busca de proteção, este deve tem como intuito a promoção de uma comunhão de consciências por via da preservação do ser humano, o que é a finalidade da fraternidade.

Se a fraternidade objetiva preservar o ser humano em sua dimensão individual e coletiva, na busca de uma sociedade aberta, plural e receptiva ao diálogo, o que claramente se conecta com as ideais existentes na descrição do instituto do refúgio, como elemento de proteção coletiva do ser humano contra as agressões que lhe empreendem, tudo na defesa da humanidade e sua multiculturalidade, o que se interliga a concepção constitucional da fraternidade com a necessidade de proteção ao refugiado, podendo por via deste princípio se descreve tal indivíduo como constitucionalmente protegido pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Um ambiente gerado por uma sociedade que presa pela fraternidade em sua construção, importa não somente no pensar na proteção e salvaguarda dos seus nacionais, mas de todos os indivíduos que necessitem, ainda que temporariamente, da proteção estatal.

Referências

- ALARCÓN, Pietro de JesúsLora. *Direitos dos refugiados: uma leitura com fundamento nos princípios constitucionais*. 2016. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/tag/direito-de-refugio/>. Acessado em 03 jun. 2018
- AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In. Antônio Maria Baggio (org.). *O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008.
- AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; BASTIANI, Ana Cristina Bacega de; PELLEZ, Mayara. *O princípio esquecido chamado fraternidade e sua importância para o Direito*, 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/o-principio-esquecido-chamado-fraternidade-e-sua-importancia-para-o-direito-por-ana-cristina-bacega-de-bastiani-mayara-pellenz-e-sergio-ricardo-fernandes-de-aquino/> Acessado em 10 jun. 2018.
- BARBOSA, Fernanda Pereira. O refúgio no Brasil: definição e requisitos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9836&revista_caderno=16>. Acesso em 10 jun 2018.
- BERNHARD, Agnes. Elementos do Conceito de Fraternidade e de Direito Constitucional. In. CASO, Giovani, CURY, Munir, CURY, Afife, Souza, Carlos Aurélio Mota de (Coords.). (2008), *Direito e Fraternidade: Ensaios/ Prática Forense*. São Paulo, Ltr e Cidade Nova.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 29 e 30
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF nº 186-2*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiannoticiastfarquivo/anexo/adpf186.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.
- BRASIL. *DECLARAÇÃO DE CARTAGENA*. 19 e 22 de Novembro de 1984. Disponível em. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1>. Acessado em 10 jun 2018.

BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREITAS, Jeane Silva de. *Os desafios na proteção dos direitos humanos dos refugiados no sistema brasileiro*, 2013. Disponível em: <<http://www.mundorama.net/2013/03/25/os-desafios-na-protecao-dos-direitos-humanos-dos-refugiados-no-sistema-brasileiro-por-jeane-silva-de-freitas/>> . Acessado em 17 jun.2018.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

LAZZARIN, Sonilde K. O princípio da fraternidade na Constituição Federal Brasileira de 1988. *Revista Direito & Justiça*, Porto Alegre,v. 41, n. 1, p. 92-99, jan.-jun. 2015.

MENEZES, Thais Silva. *Direitos humanos e direito internacional dos refugiados: uma relação de complementaridade*. In: 3º ENCONTRO NACIONAL ABRI 2011, 3., 2011, São Paulo. Associação Brasileira de Relações Internacionais Instituto de Relações Internacionais – USP. Disponível em <http://www.proceedings.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=MSCOo000001220110003000050&lng=en&nrm=abn>. Acessado em 08jun, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ONU. *Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado*, 1951. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/refugiados.htm>>. Acesso em 18 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 15 jun. 2018.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em 25 jun 2018.

PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

POZZOLI, Lafayette; HURTADO, André Watanabe. O princípio da fraternidade na prática jurídica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo: RIASP*, v. 14, n. 27, p. 287-324, jan./jun. 2011.

SALMEIRÃO, Cristiano. O princípio da fraternidade e sua efetivação através da decisão monocrática do relator: combate das desigualdades sociais. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13090>. Acesso em 10 jun 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 48.

SOARES, Carina de Oliveira. A proteção internacional dos refugiados e o sistema brasileiro de concessão de refúgio. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9430>. Acesso em 12 jun 2018.

VIERA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais – Uma leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

Os princípios contratuais contemporâneos e a Constituição Federal de 1988: influência do *Welfare State*

*Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza Lima*¹

*Roberto Wagner Marquesi*²

1. Introdução

Os diversos acontecimentos sociais e econômicos, marcado desde o século XVIII até o presente momento influenciaram sobremaneira o direito contratual brasileiro, especialmente com a inserção de princípios contemporâneos que atualmente devem ser adotados por todos os contratantes independente de sua vontade ou não. Todavia, notório destacar que esta realidade nem sempre foi assim constituída.

Nos séculos XVIII e XIX especialmente após o advento da Revolução Francesa e as conquistas da burguesia, as ideologias liberais assinalam o início do Estado Liberal, marcado pelo

¹Mestranda do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - campus Londrina. E-mail: carolm_92@hotmail.com.

²Doutor e Mestre em Direito Civil pela USP, Largo de São Francisco. Mestre em Direito pela UEL. Professor do Programa Mestrado e Pós-graduação - Lato Sensu na Universidade Estadual de Londrina - UEL. Professor Universitário na Universidade Estadual de Londrina - UEL e na Pontifícia Universidade Católica do Paraná - campus Londrina. E-mail: wagnermarquesi@uol.com.br.

princípio da autonomia da vontade, liberdade e não intervenção do poder público nas relações privadas.

Convém destacar que no Estado Liberal o conceito de liberdade era amplamente e irrestritamente valorizado, pelo que nesta perspectiva o conceito de direito público era apenas atrelado à regulação do Estado, sem influenciar ou adentrar no direito civil. Neste modelo de Estado não havia espaço para as políticas sociais.

Todavia, a sociedade convivia com drásticas mudanças sociais oriundas principalmente da revolução industrial, como por exemplo as péssimas condições de trabalho, a ausência ou precariedade da saúde pública, escasso ou nulo investimento na previdência privada. Era nítido que o Estado Liberal protegia apenas a classe mais privilegiada e esquecia-se dos demais problemas.

Os referidos problemas sociais enfrentados necessitavam de uma solução, foi então que a partir do início do século XX o Estado Liberal entrou em declínio, fornecendo espaço para o Estado de Bem-Estar Social, também conhecido como *Welfare State*, com ideais solidaristas, em busca do bem coletivo.

Destaca-se que no *Welfare State* o Estado tem o papel de garantir o bem-estar da sociedade, e, portanto, é maior a atuação do Estado na coletividade, a fim de assegurar maior proteção aos cidadãos antes desamparados.

No ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com relação ao direito civil, pode-se notar a forte influência desses dois modelos de Estado. O Código Civil de 1916 foi elaborado com ideais liberais, especialmente em razão da valorização da liberdade contratual e autonomia da vontade, sem qualquer interferência do Estado, de maneira objetiva, o que era pactuado entre as partes tornava-se lei sem a interferência do poder público.

Todavia, verifica-se uma forte influência do Estado Social com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o que levou diversos ramos do direito, e sobretudo os institutos do direito civil, a se basearem nas normas e princípios constitucionais, com a chamada “constitucionalização do direito civil”.

Esse movimento mais tarde foi positivado na própria redação do Código Civil de 2002, que traz em seu texto princípios gerais constitucionais, com forte influência do *Welfare State*, o que pode ser observado ao analisar o princípio da boa-fé objetiva, função social, o equilíbrio contratual e dirigismo contratual.

2. O Estado Liberal e o seu declínio

As revoluções originadas no século XVIII e XIX, especialmente a revolução burguesa, são o marco para início do Estado Liberal, no qual há prevalência do princípio da igualdade formal, transmitindo a ideia de que todos são iguais e possuem total liberdade para dirimir as suas relações.

Apenas para ilustrar melhor a questão acerca da influência do princípio da liberdade no contexto de um Estado Liberal, convém destacar as palavras de Milton Friedman (2014) em sua obra *Capitalismo e Liberdade*:

À medida que se desenvolvia, em fins do século XVIII e em princípios do século XIX, o movimento intelectual que avançou sob o nome de liberalismo enfatizava a liberdade, como objetivo derradeiro, e salientava o indivíduo, como entidade máxima da sociedade. Ele apoiava o *laissez-faire* no país como meio de reduzir o papel do Estado em assuntos econômicos, ampliando, assim, a função do indivíduo; também defendia o livre-comércio com o exterior, como meio de interligar os países do mundo, de maneira pacífica e democrática. Em questões políticas, promovia o desenvolvimento de governos representativos e de instituições parlamentares, a diminuição dos poderes arbitrários do Estado, e a proteção das liberdades civis dos indivíduos.

Enfatiza-se que na concepção de um Estado Liberal as normas previstas na Constituição exerciam pouco ou até nenhum papel sobre os particulares, visto que para este modelo, o Estado não deveria intervir nas relações jurídicas privadas, o conceito de liberdade era amplamente valorizado.

Dentro dessa perspectiva o conceito de direito público estava designado apenas para a regulação do Estado e de sua estrutura e o direito privado cuidava das relações estritamente privadas. Em outras palavras, no Estado Liberal atribuía-se “aos órgãos públicos, como única função, a manutenção da ordem e da segurança para a melhor fruição das liberdades civis. As atividades desenvolviam-se na vida privada, nunca na esfera pública” (COMPARATO, 2015, p. 352).

Não havia espaço para os direitos sociais neste modelo de Estado puramente liberal, e, portanto, justamente em razão dessa ausência de intervenção houve a sua falência, o que será posteriormente abordado em tópico próprio neste trabalho, no entanto convém destacar as palavras de Sahid Maluf (2017, p. 159) em comentários ao assunto:

Todas as Cartas Magnas do Estado liberal implantado pela revolução francesa inseriram com destaque o conceito altissonante do primeiro dos direitos naturais e sagrados do homem, o direito de liberdade, que consiste em poder fazer tudo o que não for contrário aos direitos de outrem. Não cogitaram essas Constituições dos direitos sociais, nem dos deveres dos indivíduos para com a sociedade. Essa preocupação individualista, como adiante veremos, levaria o Estado liberal à decadência.

O Estado Liberal era visto como um Estado Burguês, ou seja, as normas constitucionais correspondiam aos anseios do individualismo da burguesia. Em outras palavras, o que se valorizava era liberdade burguesa, voltada para o direito contratual, comércio, propriedade e indústria. Todavia, o Estado Liberal passou por um período de crise e posteriormente foi substituído pelo Estado Social. A propósito, vale destacar os argumentos utilizado por Carl Schmitt (2007, p. 15) ao mencionar brevemente a respeito do Estado Liberal:

Esse Estado fundamentalmente neutro no sentido liberal e não intervencionista perante a sociedade e a economia permanece também como pré-requisito das constituições, mesmo quando

para a política social e cultural sejam admitidas exceções. Mas ele se modificou por completo, na medida em que aquela construção dual entre Estado/sociedade e governo/povo perdeu sua tensão e o Estado legiferante chegou ao fim [...]

Especificamente no âmbito do direito brasileiro houve nítida influência do Estado Liberal, especialmente quando se trata do direito civil. Nota-se que o Código Civil de 1916 foi marcado por forte influência do liberalismo, especialmente em razão da valorização do princípio da autonomia da vontade e não interferência do Estado acerca das relações jurídicas entre os particulares.

O Direito Civil, sobretudo no âmbito dos negócios jurídicos, foi fortemente influenciado pelo pensamento burguês provedor das grandes revoluções em prol da liberdade. No modelo liberal citado, percebe-se que era marcado pelo excesso de patrimonialismo e um sistema fechado, sem espaço para interpretações legislativas, nem sequer a respeito dos direitos da personalidade do indivíduo.

3. Estado do Bem-estar Social: *Welfare State*

Em razão de problemas sociais enfrentados, especialmente pela sociedade no século XX, o Estado Liberal passou por um período de decadência, haja vista que neste modelo era ineficiente a atividade do Estado no oferecimento de serviços sociais. Remonta-se que nesta nova perspectiva os ideais liberais não condiziam com a atual realidade da sociedade, marcada pela revolução industrial, sendo conveniente transcrever o recorte histórico apresentado por Sahid Maluf (2017, p. 162) em sua obra:

Empolgados pelas novas ideias racionalistas, fortemente sedutoras mas impregnadas de misticismo, os construtores do Estado liberal perderam de vista a realidade. Desconheceram (e isto foi o seu maior erro) uma das mais importantes revoluções que a história política do mundo registra — a revolução industrial —, que se iniciara na Inglaterra em 1770 e que modificaria fatalmente a realidade social em todos os países, criando

problemas até então desconhecidos mas perfeitamente previsíveis. Processada à ilharga da revolução popular francesa, continuaria pelos tempos modernos a hostilizar cada vez mais o Estado liberal, minando os alicerces da sua estrutura.

Em razão das demandas sociais, era nítida a necessidade de um Estado interventor para os anseios e problemas enfrentados pela população. Avulta-se na época a péssima qualidade no ambiente de trabalho, a escassa ou quase nula proteção quanto à saúde pública e previdência, além de outros problemas sociais tipicamente enfrentados em razão de um modelo de Estado não interventor. O cenário era estritamente caótico com relação aos direitos fundamentais das pessoas, os quais sequer eram valorizados ou garantidos.

Em razão de tais acontecimentos, visíveis em todo o mundo sobretudo após a revolução industrial, não era mais viável permanecer em um Estado meramente Liberal, eram necessárias mudanças de paradigmas. Foi então que houve a ascensão do Estado Social, ou também denominado de Estado do Bem-Estar Social.

Oportuno esclarecer as palavras de Luiz Carlos Bresser Pereira (1997, p. 12) no sentido de que a “crise provocou o surgimento do Estado Social, que no século vinte procurou proteger os direitos sociais e promover o desenvolvimento econômico”.

O Estado social mencionado relaciona-se com o Estado de Bem-Estar Social, cuja expressão inglesa originária é *Welfare State*. Neste aspecto, e em especial razão para este trabalho, convém destacar as palavras dos civilistas Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal (2012, p. 33) acerca do declínio do Estado Liberal e o advento de um Estado Social, fundado sobretudo na orientação do *Welfare State*:

Nas primeiras décadas do século XX, o Estado liberal demonstrou sinais de fadiga. A “mão invisível” do mercado não foi capaz de solucionar as premências sociais, pois inexistiam instituições que o regulassem. A percepção de que o ordenamento jurídico deveria agir para atenuar desigualdades libertar indivíduos

enecessidadespropiciou o surgimento do intervencionista Estado social, o *Welfare State*.

O objetivo e conceito do *Welfare State*, propaga que o Estado tem o papel de garantir o bem-estar da sociedade, e com isso, estimula-se uma maior atuação do poder público na sociedade, a fim de garantir maior proteção aos cidadãos antes desamparados em um modelo puramente liberal. A esse respeito, vale transcrever as palavras de Vera Maria Ribeiro Nogueira (200, p. 95) a respeito da explicativa para o surgimento deste modelo de Estado:

Outra referencia explicativa para o surgimento do Estado de Bem-estar Social, de ordem política, é a que aponta como seu fundamento, a idéia da solidariedade social – de um solidarismo protetor que transfere parte da responsabilidade individual para a esfera social. O direito social e a solidariedade seriam, assim, os princípios reguladores da vida social.

Evidencia-se, portanto, que é notória a diferença entre a visão liberal e a visão de um novo Estado, preocupado com a proteção social. Neste sentido é a lição de Paulo Luiz Netto Lôbo (1999, p. 101) a respeito do Estado Social no contexto do direito brasileiro, em especial no âmbito do direito civil:

No Estado social (*welfare state*), todos os temas sociais juridicamente relevantes foram constitucionalizados. O Estado social caracteriza-se exatamente por controlar e intervir em setores da vida privada, antes interditados à ação pública pelas constituições liberais. No Estado social, portanto, não é o grau de intervenção legislativa, ou de controle do espaço privado, que gera a natureza de direito público. O mais privado dos direitos, o direito civil, está inserido essencialmente na Constituição de 1988 (atividade negocial, família, sucessões, propriedade). Se fosse esse o critério, então inexistiria direito privado.

E ainda, nas palavras dos civilistas Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald (2012, p. 33) ao comentarem sobre a influência

do Estado Social no âmbito do direito civil e sobretudo no direito contratual, o que será objeto de estudo no tópico posterior:

O Estado Social introduziu uma ampla gama de normas de ordem pública cujo objetivo era frear a autonomia da vontade em relações jurídicas marcadas pela assimetria. Os códigos perdem o papel monopolista, passando a concorrer com a legislação emergencial. Nada obstante o acréscimo da intervenção estatal na vida privada, as bases do direito civil se mantinham sólidas. Afinal, as normas constitucionais mantinham o seu conteúdo meramente programático, como cartas de intenção. Apesar dos direitos fundamentais contarem com uma dimensão subjetiva, a ponto de ensejarem pretensões negativas (de defesa) ou positivas (de prestação), ainda não alcançam a posição de princípios básicos da ordem constitucional.

Não é demais ressaltar que a concepção de um Estado Social trouxe enormes melhorais ao direito em geral, especialmente com relação ao ser humano enquanto pessoa detentora de direitos da personalidade. Nesta senda, orienta-se Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2015, p. 86) ao ilustrar que no modelo social de Estado é perceptível a existência de um perfil solidarista e com valorização da pessoa:

Trata-se de um Estado com programas de cunho solidarista, com a valorização da pessoa humana. Há, novamente, na funcionalização, a suposição de se conceber o direito subjetivo não como um poder, porém a disposição de direitos em conformidade com a temática social.

Destaca-se, portanto, que o Estado Social, especialmente no século XX veio a influenciar o direito brasileiro, sobretudo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, oportunidade em que diversos princípios e valores foram inseridos na ordem legal e deveriam ser observados especialmente no âmbito privado. A essa concepção, destacam-se as palavras de Irene Patrícia Nohara (2016, p. 87) em comentário ao assunto:

A Constituição de 1988, no entanto, representou, do ponto de vista do direito público, um efetivo momento de viragem histórica, em que se enuncia um Estado Democrático de Direito, que incorpora os objetivos do Estado Social, acrescentando-lhe aspectos de participação cidadã.

A respeito dessa mudança e inclusão da valorização do indivíduo no ordenamento jurídico, dá-se o nome para este fenômeno de “constitucionalização do direito” o que acaba por influenciar sobremaneira as leis civis e o próprio direito contratual, como será demonstrado a seguir.

4. A constitucionalização do direito civil e adoção dos princípios contratuais contemporâneos

Passando a análise do direito brasileiro, destaca-se que a Constituição Federal de 1988, que trouxe grandes inovações não erigidas nas constituições anteriores. É notável que o texto legal constitucional foi assentado sobre ideais e concepções sociais, certamente e visivelmente influenciada pelo *Welfare State*, também conhecido como o Estado do Bem-Estar social.

A influência do Estado Social na elaboração da Constituição Federal de 1988 é expressiva, isso porque em seus artigos o legislador preocupou-se em inserir princípios voltados à solidariedade, especialmente em atenção a dignidade da pessoa humana. Nesta perspectiva, assenta-se destacar os ensinamentos de Paulo Bonavides (2008, p. 202) em sua obra ao comentar a influência de um Estado Social no ordenamento jurídico pátrio:

Desde a Carta de 1988, Estado social e nação se unificam na tradição brasileira, de duas décadas já vividas e atravessadas, numa sinopse axiológica que traduz a grandeza, a solidez e o vigor da solidariedade na alma do povo brasileiro, abraçado ao compromisso irrevogável de sua Carta Magna, dirigido à concretização da justiça social.

A referida construção da lei constitucional sob o aspecto de um Estado do Bem-Estar Social alude uma significativa alteração no ordenamento jurídico brasileiro e a forma de compreendê-lo. Essa influência de um Estado Social especialmente é perceptível quando está diante do Direito Civil e os aspectos contratuais.

Com a promulgação da lei constitucional de 1988 e o advento de sua contemporânea visão axiológica, orientada por valores e princípios, a igualdade estritamente formal deixa de prevalecer. Preocupa-se agora com a valorização de uma igualdade substancial ou também denominada de igualdade material, tratando-se os desiguais dentro de suas próprias desigualdades.

Percebe-se, portanto, que essa nova visão da sociedade e da proteção do Estado visando o bem-estar da comunidade, de certa forma traz uma gritante e notória mitigação da autonomia da vontade e como consequência alteração dos princípios contratuais clássicos, isso porque o Direito Civil passa a ser interpretado conforme as regras de conduta dispostas na Constituição Federal de 1988. Importante destacar que a expressão “Constitucionalização do Direito Civil”, não indica um esvaziamento do direito civil e substituição de temas privados para a Constituição Federal, por outro lado é uma maneira de “superar a segregação entre a Constituição e o direito civil, remodelando os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, em especial dos valores fundamentais do ordenamento jurídico” (SCHREIBER, 2016, p. 10).

Com relação ao direito contratual previsto no antigo Código Civil de 1916, vale destacar os ensinamentos de Paulo Luiz Netto Lobo (1999, p. 107) já no ano de 1999, em que o autor questionou a sua base em detrimento as normativas da Constituição Federal de 1988, demonstrando assim que era necessária alteração da lei civil, o que na época já estava sendo elaborada em seu projeto de lei que perdurou anos para ser promulgado:

Os princípios gerais da atividade econômica, contidos nos artigos 170 e seguintes da Constituição brasileira de 1988, estão a demonstrar que o paradigma de contrato neles contidos e o do Código Civil não são os mesmos. O Código contempla o contrato entre indivíduos autônomos e formalmente iguais, realizando uma função individual. Refiro-me ao contrato estruturado no esquema clássico da oferta e da aceitação, do consentimento livre e da igualdade formal das partes. O contrato assim gerado passa a ser lei entre as partes, na conhecida dicção dos Códigos Civis francês e italiano, ou então sintetizado na fórmula *pacta sunt servanda*. O contrato encobre-se de inviolabilidade, inclusive em face do Estado ou da coletividade.

Neste interim, convém também destacar as palavras de Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal (2012, p. 139-140) ao comentar a respeito da teoria contratual clássica e a necessidade de adequação aos novos princípios oriundos da Constituição Federal de 1988, sobretudo baseada e influenciada no *Welfare State*:

A teoria contratual clássica se enraizou no ensino jurídico com alicerce no dogma da autonomia da vontade. Aos privados se concede um espaço – impermeável ao Estado e a sociedade – no qual se exercita o poder de criação de normas individuais, delimitando-se a função econômica do contrato [...] Porém, os signos da modernidade nas extremas contratuais foram submetidas paulatinamente a um amplo rearranjo. A abordagem clássica à disciplina contratual sucumbiu, primeiramente por ascendência de orientações reguladoras, atentas a questão do bem-estar social do welfare state e, mais recentemente, perante uma renovada visão do direito civil na ótica principiológica das Constituições. Este fenômeno conduziu a um declínio tão acentuado das características tradicionais do contrato que não foram poucos que vaticinaram a sua “morte”, uma tendência que mais recentemente tem sido desmentida.

Verifica-se, portanto, que o Código Civil de 1916 foi elaborado sob um paradigma do Estado Liberal, cuja lema principal era a não interferência do Estado, excesso de proteção ao patrimônio e autonomia das partes, principalmente com relação ao

direito contratual. Não se verificava neste modelo de Estado o cuidado com a proteção do indivíduo, haja vista que preferencialmente era protegido o patrimônio e a liberdade, mas não os direitos humanos e sociais.

No entanto, como demonstrado anteriormente, com os ideais de um Estado de Bem-Estar Social, aliado à promulgação da Constituição Federal de 1988 no Brasil, não havia mais espaço para características meramente liberais de Estado, razão pela qual houve a sua evidente decadência, assim como em outros países do mundo, resguardadas as devidas diferenças (NEGREIROS, 2006, p. 8).

Era necessário nesse contexto a elaboração de um novo Código Civil que regulasse as relações privadas em atenção ao que dispõe a Constituição Federal de 1988. A nova regra normativa deveria ser baseada num modelo de Estado Social, que passou a ser presente no ordenamento jurídico pátrio.

O Código Civil de 2002 veio por bem suplantiar esse paradigma clássico anteriormente enfrentado, superando assim o Estado Liberal pautado sobretudo nos princípios da autonomia da vontade de forma desenfreada. Nesta nova legislação civil colocou-se o indivíduo no centro de proteção, respeitando sobretudo a dignidade da pessoa, antes não valorizada da forma como atualmente é (FACHIN, 2012, p. 106).

Frisa-se que essa concepção social do Direito Civil atualmente encontra-se fortificada, o que não era observado em tempos atrás, quando se valorizava mais a liberdade e patrimônio, do que a função social do contrato e o equilíbrio contratual. Nesta nova perspectiva, destaca-se que a doutrina chama de “constitucionalização do Direito Civil”, especialmente por demonstrar a valorização dos princípios expressamente previstos na lei magna inseridos e observados agora também nas relações privadas.

A esse respeito, convém demonstrar as ponderações realizadas por Luciano Benetti Timm (2015, p. 95) ao comentar esse período de transição para o Estado Social e valorização dos

princípios constitucionais no âmbito do Direito Civil, especialmente após a promulgação do atual Código Civil:

No Brasil, o Direito Social, em regra, foi tratado como excepcional pela doutrina civilista, como se percebe nos principais tratados de Direito Civil, muito embora, em artigos e monografias, a “socialização” do Direito Privado já apareça de forma mais contundente, especialmente entre aqueles autores que propõem a “constitucionalização” do Direito Civil. Paralelamente à doutrina nacional, a produção legislativa social no século XX foi vasta no Brasil (CLT, CDC, Lei do Inquilinato etc.), causando o fenômeno da “descodificação” do Direito Civil. Entretanto, após a promulgação do Novo Código Civil, não há mais como tratar o geral como específico; o Direito Civil é fruto e, portanto, parte integrante do paradigma solidarista, e o Novo Código Civil (como a Constituição Federal), o seu eixo, dele devendo partir qualquer análise do direito contratual no Brasil.⁷⁸ Dos institutos novos adotados pelo legislador no Novo Código Civil – lesão, abuso de direito, onerosidade excessiva, boa-fé, contrato de adesão e cláusula abusiva –, percebe-se a quebra de paradigma na concepção de contrato em relação ao Código Civil de 1916. Todos eles podem ser reconduzidos ao grande princípio solidarista da função social do contrato. No plano da ordem jurídica privada, portanto, o Estado Social virou realidade legal.

O advento da atual legislação civil trouxe consigo a presença de princípios contratuais contemporâneos, tais como o princípio da boa-fé, da função social do contrato e do equilíbrio contratual. Verifica-se que o contrato atualmente pode ser conceituado como um instrumento valorizador da pessoa, do qual busca a tutela dos direitos individuais, sobretudo de sua existência (SCHREIBER, 2016, p. 19).

Com relação aos princípios constitucionais, constata-se forte influência dos ideais do *Welfare State* em sua base teórica e prática, isso porque todos os citados princípios transmitem a ideia de bem coletivo. A respeito da função social do contrato, expressamente

prevista no artigo 421 do Código Civil³, vale ressaltar que tem por significado a relação do contrato com a sociedade, isso porque a relação privada pode vir produzir efeitos perante terceiros não contratante.

Ainda a respeito da função social, convencionou-se destacar que para Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2015, p. 67) a “função social do contrato prevista no Código Civil brasileiro é traduzida como a expressão dos ditames da justiça social, próprios do *Welfare State* constitucional”. Para o referido autor (GUILHERME, 2015, p. 67) este princípio tem notável relação com os interesses coletivos, e, portanto:

Neste sentido, a função social do direito contratual garantiria a predominância dos interesses coletivos sobre os interesses individuais, com a proteção da parte mais fraca na relação contratual, e a consequente distribuição mais justa dos benefícios do contrato entre os contratantes.

Acerca do princípio da boa-fé objetiva, importante destacar que o Código Civil de 1916 já apresentava críticas por não consagrar expressamente este princípio, como já havia sido feito em outras codificações, a exemplo do Código Civil Francês e o Código Civil Alemão (PEREIRA, 2013, p. 18). Com o advento do Código Civil de 2002 o princípio da boa-fé objetiva foi expressamente inserido, e especialmente na matéria contratual é possível observá-lo nos artigos, 113⁴, 187⁵ e 422⁶.

³ O artigo 421 do CC tem a seguinte redação: A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁴ A redação do artigo é: “Art. 113 -Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

⁵ A redação do artigo é: “Art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

⁶ A redação do artigo é: “Art. 422 -Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Por boa-fé objetiva entende-se um regramento de condutas a ser adotado pelos indivíduos, de modo a não prejudicar o outro contratante, ou seja, parte da doutrina, a exemplo de Caio Mario da Silva Pereira (2013, p. 18), entende que a boa-fé objetiva se trata de uma cláusula geral “de observância obrigatória, veiculadora de conceito jurídico indeterminado, a ser concretizada segundo as peculiaridades de cada caso”.

Importante destacar que este princípio da boa-fé objetiva traz segurança às relações jurídicas, isso porque ela está atrelada e depende “da probidade e da boa-fé, isto é, da lealdade, da confiança recíproca, da justiça, da equivalência das prestações e contraprestações, da coerência e clarividência dos direitos e deveres” (RIZZARDO, 2017, p. 30). Deste modo, fica evidenciado que os negócios jurídicos necessitam atender ao princípio da boa-fé objetiva e os deveres anexos que dela decorrem, e em caso de violação às estas regras de conduta será possível que o poder público interfira na relação jurídica.

Já em relação ao princípio do equilíbrio contratual, também influenciado na perspectiva de um Estado interventor, traduz-se como mecanismo de evitar excessos de uma das partes e injustiça para a outra, o que pode ser observado nas palavras e considerações dos autores Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal (2012, p. 232):

A outro lado, com espreque no princípio do equilíbrio econômico, irrompe a concepção material de justiça e a concepção objetiva de equivalência. Ambas concedem ao Estado – por meio de atos legislativos ou jurisdicionais – a faculdade de determinar o conteúdo do contrato independentemente da vontade das partes, impondo aos indivíduos o dever de respeitar essa determinação.

Outra figura aplicada ao direito contratual, influenciado pelo modelo de Estado Social é o dirigismo contratual que nas palavras de Arnaldo Rizzardo (2017, p. 32) constitui-se pela:

[...] necessidade do Estado em intervir nas disposições dos negócios e reduzir a liberdade contratual, impedindo a celebração de determinadas obrigações, adscrevendo cláusulas diretórias, negando valor a objetivos leoninos, exigindo certas contraprestações e disciplinando as preferências. Esta função é, também, denominada regulamentação legal do contrato, e dirige-se a controlar o individualismo contratual. Não equivale ao princípio da supremacia da ordem pública, mais amplo e abstrato, mas procura circunscrever a atuação do Estado em setores particularizados.

Por fim, importante mencionar que a sociedade contemporânea sempre encontra novos desafios com relação ao direito contatual e a sua interpretação, logo cabe o intérprete do direito encontrar mecanismos para frear as desigualdades e insegurança jurídica. Nesse sentido, as lições de Silvio Salvo Venosa (2017, p. 21) são de suma importância, especialmente por retratar essa preocupação com as novas gerações:

Assim, cabe ao interessado apontar e ao juiz decidir sobre a adequação social de um contrato ou de uma ou algumas de suas cláusulas. Em determinado momento histórico do País, por exemplo, pode não atender ao interesse social o contrato de *leasing* de veículos a pessoas naturais, como já ocorreu no passado. Eis uma das importantes razões pelas quais se exigem uma sentença afinada com o momento histórico e um juiz antenado perante os fatos sociais e com os princípios interpretativos constitucionais.

Em arremate ao conceito dirigismo contratual, convém destacar as palavras do autor Orlando Gomes (2009, p. 9) no sentido de que “no dirigismo contratual, exercido pelo Estado através de leis que impõem ou proíbem certo conteúdo de determinados contratos, ou sujeitam sua conclusão ou sua eficácia a uma autorização de poder público”.

Não é demais ressaltar que muito embora a constitucionalização do direito civil, e por consequência a readequação

para um direito privado com cunho axiológico, tenham sido de grande importância para a contemporaneidade, ainda há muito a ser aprimorado no que diz respeito à teoria dos negócios jurídicos, especialmente para solucionar problemas que ainda carregam eminente visão liberal, individualista e patrimonialista do Estado Liberal. Assim nas palavras de Anderson Schreiber (2016, p. 12):

Tamanho foi o avanço nos últimos vinte anos que o leitor que chega agora periga acreditar que a obra está pronta. Ledo engano. Sem prejuízo de todo o esforço, há muito ainda por fazer. O direito civil continua impregnado da filosofia do século XVIII, sendo ainda tratado pela maior parte da doutrina e da jurisprudência sob a ótica liberal, individualista, voluntarista e patrimonialista.

Verifica-se, portanto, que o Direito Civil, especialmente o Direito Contratual sofreu colossal influência dos princípios norteadores do *Welfare State*, também conhecido como Estado de Bem-Estar Social, especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Tal influência apresentou-se como grande passo e avanço à teoria dos negócios jurídicos, sobretudo, a fim de evitar injustiças e fomentar o equilíbrio das relações privadas, no entanto, é tendencioso afirmar-se que os institutos do Direito Civil se apresentam como completos e não demandam constantes estudos e adequações. Por esta razão, apresenta-se como uma das tarefas do hodierno interprete do direito, buscar o melhor desempenho dos princípios contratuais contemporâneos, de modo a efetivamente alcançar a aplicação dos princípios constitucionais, os quais influenciaram a teoria dos negócios jurídicos contemporâneos.

5. Considerações Finais

Assim como qualquer outro ramo do direito, a esfera contratual civil brasileira sofreu e ainda sofre diversas modificações

em razão do avanço e anseios da sociedade, inclusive tendo sido influenciada por modelos de Estado e por outras codificações.

Ao longo do presente trabalho foram expostos o conceito e a razão de declínio do Estado Liberal, que em determinado momento influenciou o direito contratual brasileiro, em especial a codificação de 1916, na qual havia muita valorização do conceito de liberdade, autonomia da vontade e obrigatoriedade do contrato, sendo mínima, ou até em muitas vezes sendo inexistente, a intervenção do Estado nas relações privadas.

No aspecto de um Estado Liberal não havia espaço para as políticas sociais, o que foi modificado após o surgimento do Estado Social, também denominado de *Welfare State*, precursor de ideais solidaristas, em busca do bem coletivo e garantia de maior proteção aos cidadãos antes desamparados em um modelo puramente liberal.

Com as referidas considerações e elucidações acerca dos dois modelos de Estado, conclui-se que o Direito Civil, especificamente no âmbito contratual, foi influenciado sobremaneira pelos ideais do *Welfare State*. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, fortemente influenciada por este modelo social de Estado, especificamente com relação a um Estado interventor e solidarista, muitos institutos do direito civil se basearem nas normas e princípios constitucionais, com a chamada “constitucionalização do direito civil”.

Verifica-se que a influência do Estado do Bem-Estar Social para os negócios jurídicos é notável principalmente após a promulgação da Constituição Federal, e sobretudo o Código Civil de 2002, o qual traz em seu texto legal princípios gerais, com forte influência do *Welfare State*, o que pode ser observado ao analisar o princípio da boa-fé objetiva, função social, o equilíbrio contratual e o próprio dirigismo contratual, os quais possuem em seu núcleo central ideais solidaristas e preocupação com o bem coletivo, destacando o papel do Estado nas relações e a possibilidade de intervenção nas relações privadas, como forma de mitigar a liberdade contratual.

Em conclusão ao presente trabalho, destaca-se que muito embora o direito civil, sobretudo a teoria dos negócios jurídicos, tenha ganhado influência de princípios constitucionais, ainda há muito a ser aprimorado, visto que em alguns aspectos ainda predomina a visão liberal, individualista e patrimonialista de um Estado Liberal. Desta forma, o interprete do direito tem a contínua tarefa de buscar o melhor desempenho para aplicação dos princípios contratuais contemporâneos, e por consequência, efetivamente alcançar a aplicação dos princípios constitucionais.

Referências

- BONAVIDES, Paulo. *Reflexões sobre nação, Estado social e soberania*. Estud. av., São Paulo, v. 22, n. 62, Abr. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v22n62/a13v2262.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 out. 2017
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.
- FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos dos Contratos*. 2. ed. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014, [livro digital].
- GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Função social do contrato e contrato social: análise da crise econômica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009

- LOBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. *Estado de Bem-estar Social* – origens e desenvolvimento. *Revista Katálysis*, n. 5, p. 89-103. 2000. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/katalysis/article/view/5738/5260>>. Acesso em: 22 out. 2017.
- NOHARA, Irene Patrícia. In: *Democracia e direitos fundamentais: uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides*. Organização Emanuel Andrade Linhares, Hugo de Brito Machado Segundo; Alcimor Rocha Neto...[et al.]; 1. ed. - São Paulo: Atlas, 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho; coordenação e supervisão Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SCHREIBER, Anderson. *Direito civil e constituição*. In: *Direito civil constitucional*. 1 ed. São Paulo: Altas, 2016.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: contratos*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Constituição de 1988 e o aumento de poderes do STF via controle difuso de constitucionalidade: mutação constitucional ou ativismo judiciário?

Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia¹

Diogo Bacha e Silva²

1. Introdução

Em 1968 Aliomar Baleeiro publicava o livro: “O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido” (BALEEIRO, 1968). O autor, que ocupou uma cadeira como Ministro do Supremo Tribunal Federal entre os anos de 1965 e 1975, tendo presidido a corte nos anos de 1971 e 1973, teve seu primeiro contato com o Supremo Tribunal Federal ainda na juventude, quando Rui Barbosa conseguiu, nas eleições presidenciais de 1919, uma ordem de *habeas corpus* para permitir a liberdade de expressão e a circulação de seus partidários políticos, beneficiando os familiares de Aliomar Baleeiro (STRECK, 2012). O Supremo Tribunal Federal, ainda que não tenha tido uma participação efetiva na conjuntura político-institucional da República brasileira até 1988, já se

¹Doutor em Direito Constitucional pela UFMG; Prof. Adjunto na UFOP e no IBMEC-BH; Bolsista de Produtividade do CNPq.; Coordenador do Mestrado “Novos Direitos, Novos Sujeitos” da UFOP. E-mail: alexprocesso@gmail.com. Telefone: 31.987848288.

²Mestre em Constitucionalismo e Democracia pela FDSM; Doutorando em Direito pela UFRJ; Professor da Faculdade de São Lourenço-MG. diogobacha@ig.com.br, Telefone: 35-988785943

desvelou para o autor, naquela ocasião, como garantidor de direitos fundamentais. Sua obra, então, tem o propósito de desvelar esse órgão que era, à época, desconhecido no cenário político nacional. Significativo, ademais, que “este outro desconhecido” tenha sido publicado no mesmo ano que o AI-5, um símbolo da fase de maior terror da ditadura brasileira e igualmente um ilustre desconhecido, agora do STF. Baleeiro, que teve antepassados beneficiados por Habeas Corpus garantindo liberdade de expressão, não pôde ofertar o mesmo aos oprimidos pelo regime.

Pretende-se, pois, seguir a linha da clássica obra de Aliomar Baleeiro e apresentar ao público em geral um determinado instituto jurídico que recentemente se tentou adotar no Supremo Tribunal Federal e que, de alguma forma, tentou romper com a garantia de pluralidade e descentralização, marcas da trintenária Constituição Cidadã.

Nunca é demais salientar que a Constituição de 1988 ampliou significativamente o papel político-democrático exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Uma das principais motivações para o incremento nas funções do Supremo Tribunal Federal é a variada gama jurídico-processual em que pode a corte controlar a constitucionalidade dos atos do poder público. De um lado, novos legitimados a provocar o exercício do controle de constitucionalidade e novas modalidades de ações que buscam proteger o texto constitucional. De outro, o amplo feixe normativo açambarcado pela Constituição Federal de 1988, faz com que a intervenção política do Supremo Tribunal Federal se acentue cada vez mais. Não por outra razão acentuou Aliomar Baleeiro logo no início da vigência da representação de inconstitucionalidade que:

A temperatura de Brasília pode variar e a pressão atmosférica e o grau higroscópico, também. Mas as questões constitucionais — por isso que são questões políticas — fazem subir a temperatura, normalmente, e também sofrem a pressão ambiente. É o clima natural de qualquer órgão jurisdicional que tenha de resolver

problemas de constitucionalidade de lei. A vida inteira, enquanto o Supremo Tribunal Federal decidir questões políticas – e política é toda a questão que diz se vale ou não vale determinada lei, em face da Constituição –, ele tem de sofrer essas pressões climáticas todas (STF, Representação n. 770/GB, Relator Ministro Djaci Falcão, j. 26..02.1969).

Em uma dessas intervenções o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 4.335/AC, que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes, concluído em 20 de Março de 2014, a corte ensaiou redefinir os contornos do controle difuso de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal e, com isso, mexer na estrutura de distribuição de competências – questão que somente a Constituição pode tratar, como bem sabemos desde 1803, quando a Suprema Corte decidiu *Marbury vs. Madison*, dando origem ao próprio controle difuso de constitucionalidade.

De uma forma geral, o Supremo Tribunal Federal tentou diferenciar a sistemática processual no que tange aos efeitos da decisão do controle concentrado e do controle difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

A questão, então, é problematizar a denominada eficácia expansiva que o Supremo Tribunal Federal pretendeu conferir à decisão proferida em controle difuso. Qual o conceito de eficácia expansiva? A eficácia expansiva é o mesmo que o efeito vinculante ou o mesmo do efeito *erga omnes*? Quais as consequências jurídico-constitucionais da aplicação da eficácia expansiva no controle difuso? Essa pretendida mudança expõe uma mutação constitucional ou apenas ativismo judicial?

2. Problematizando as consequências processuais do julgamento da Rcl 4.335/AC

A reclamação 4.335/AC foi proposta pela Defensoria Pública em favor de alguns sentenciados que cumpriam pena em regime

fechado pelo cometimento de crime hediondo em desfavor de decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco que indeferiu o pedido de progressão de regime dos denunciados. Alegou-se que o referido magistrado descumpriu o decidido no HC 82.959, quando a corte considerou inconstitucional o artigo 2º, §1º da Lei 8.072/1990, que impedia a progressão de regime para os condenados em crime hediondo.

O núcleo da questão era saber se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade de norma em *habeas corpus*, necessitava do procedimento de suspensão pelo Senado Federal, conforme determinação do art. 52, X da CF/88, ou, se, ao contrário, não era necessária a suspensão da norma pelo Senado Federal, vinculando a decisão, por si própria, a todos os juízes e tribunais.

Adotada pela Constituição de 1934, a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal veio pôr fim ao debate acerca do fundamento da nulidade da lei declarada inconstitucional, superando os inconvenientes de se manter o modelo estadunidense de controle de constitucionalidade sem a regra do *stare decisis* (RAMOS, 2010, p. 195). A regra, inicialmente prevista no art. 91, IV da Constituição de 1934, dependia da comunicação do Procurador Geral da República. A resolução senatorial produzia efeitos gerais, exatamente em razão de sua natureza de ato normativo. Como motivação política para tal instituto, Lenio Streck diz que o “componente social da Constituição ficou incompatível com a forma de controle de constitucionalidade, pela falta de um mecanismo para dar efeito *erga omnes* com efeito *ex tunc*” (STRECK, 2013, p. 511). A saída encontrada pela sistemática jurídico-constitucional foi a participação do Senado Federal no controle de constitucionalidade, como medida para estender os efeitos da declaração de

inconstitucionalidade tal e qual decidida pelo Supremo Tribunal Federal³.

A intervenção do Senado Federal no controle de constitucionalidade, além da discussão acerca dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade feita na espécie pelo STF, logo suscitou debates em torno de sua obrigatoriedade. O Ministro Victor Nunes Leal, ao proferir voto no MS 16512/DF no ano de 1966, salientava que “o Senado não é mero autômato na aplicação do art. 64. O Senado pode, a meu ver, julgar da oportunidade de suspender ou não a execução da que tenhamos declarado inconstitucional” (STF, MS 16.152/DF, rel. Min. Osvaldo Trigueiro, j. 25.05.1966). O Senador Paulo Brossard em artigo sobre o tema defendia também a discricionariedade da atuação do Senado Federal, tendo em vista a relevância política do papel do Senado Federal:

Atribuir ao Senado papel mecânico, fazê-lo autômato, transformá-lo em carimbo, meirinho, cartório ou porteiro de auditórios, não significa apenas atribuí-lhe uma função absolutamente subalterna, mas, e especialmente, sem qualquer significação e utilidade, tarefa que poderia ser desempenhada, com proficiência e vantagem, por qualquer funcionário da secretaria do Supremo Tribunal Federal (BROSSARD, 1976, p. 62).

Josaphat Marinho postulava que a separação de poderes é quem garantiria a conveniência e oportunidade dada ao Senado Federal para suspender a execução de ato normativo, seja de

³ Inclusive, o Supremo Tribunal Federal entendia que a suspensão do Senado Federal teria o condão de anular os efeitos dos atos praticados com base na lei declarada inconstitucional assumindo assim efeitos *extunc* (MENDES, 2004. p. 153). Discute-se se os efeitos temporais em que se dará a suspensão realizada pelo Senado: com efeitos *extunc* ou *ex nunc*. Em que pese as manifestações do Supremo Tribunal Federal, admite-se, ainda que tenha algumas opiniões contrárias, que os efeitos são *ex nunc* (RAMOS, 2010. p. 196; STRECK, 2013, p. 555; DIMOULIS, 2011, p. 346; FERNANDES, 2013, p. 1096). Ainda que se entenda que a própria Resolução possa dispor de modo retroativo às disposições legais declaradas inconstitucionais, os efeitos serão *ex nunc* com o objetivo de se manter a higidez da diferença entre suspensão como incidente no plano da eficácia e nulidade como incidente no plano da validade.

qualquer esfera da federação, uma vez que cada Poder do Estado deveria, em face do *checks and balances*, interpretar a Constituição de modo a delimitar as raías de sua própria competência (MARINHO, 1964, p. 12). Contudo, se se fosse suspensa a execução de ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, o Senado Federal não poderia revogar o ato de suspensão da lei, nem mesmo poderia ampliar, modificar ou restringir a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, o papel do Senado Federal de suspensão da execução da lei declarada inconstitucional no controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal foi processo lentamente construído e sedimentado ao longo da vigência do instituto. Seu mecanismo, seus efeitos e sua função na ordem constitucional brasileira foram edificados pela construção doutrinária, pela prática legislativa e jurisprudencial, um verdadeiro exercício de respeito à Constituição e à separação de poderes.

Em 2004 Gilmar Mendes publica artigo acadêmico em que discute a necessidade de manutenção do instituto da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, sob a égide da Constituição Federal de 1988. Alega o autor que a Constituição Federal de 1988 conferiu larga amplitude ao controle que o mesmo denomina de “abstrato”⁴ das normas e que, diante da sistemática processual daquele, o Supremo Tribunal Federal poderia até mesmo suspender liminarmente a eficácia de leis ou atos normativos (MENDES, 2004, p. 155). Para o autor, então, a previsão do instituto na Constituição de 1988 tem razão apenas histórica de ser e que se assenta em um modelo de separação de poderes já amplamente defasado.

⁴ Objetamos tal nomenclatura. Em verdade, o controle eminentemente abstrato é inexistente. Não é possível que se analise normas x normas sem que se proceda a uma imersão nas circunstâncias fáticas que determinam a aplicação da norma objeto de impugnação. Não é possível que se deixe de analisar as circunstâncias fáticas de aplicação de uma norma. Não há exatamente direito sem fato e nem fato sem direito. Por isso, incabível a designação de controle abstrato de normas. Sobre isso ver: CATTONI DE OLIVEIRA (2002) e CATTONI DE OLIVEIRA, BAHIA, NUNES (2013).

O móvel para a construção teórica é a de que a suspensão de execução de lei pelo Senado Federal não assegura eficácia geral ou vinculante às várias possibilidades de decisões de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, tal como a interpretação conforme à Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, declaração de não recepção de lei pré-constitucional e sentença de confirmação de constitucionalidade⁵, técnicas decisórias que, ainda seguindo o autor, estariam amplamente difundidas já no controle incidental de constitucionalidade (MENDES, 2004, p. 155-156).

Entende o autor que todas as grandes controvérsias constitucionais, em função da ampliação do rol de legitimados passam pelo controle concentrado de constitucionalidade. As modificações realizadas pela legislação em aspectos processuais do controle difuso, tal como o aumento do poder dos relatores em recursos extraordinários, permitiram que se estendesse a eficácia geral das decisões do Supremo Tribunal Federal também para o controle difuso, além da eficácia vinculante presente nas ações de controle concentrado (MENDES, 2004, p. 161-162).

Essa leitura que ele faz do controle de constitucionalidade pós-88 autorizam-no a realizar uma releitura do instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado Federal, sob a ideia de que se estaria diante de uma “autêntica mutação constitucional” quanto ao inciso X do art. 52 da Constituição, de forma que se deveria ler a referência à competência do Senado apenas com a finalidade de dar publicidade às decisões do Supremo Tribunal Federal, uma vez que os efeitos da decisão em sede de controle difuso e concentrado seriam idênticos (MENDES, 2004, p. 164-165).

Em 2006 Gilmar Mendes se torna o relator da Reclamação n. 4.335. Reafirmando suas lições doutrinárias, julga procedente a

⁵ Sobre as diversas espécies de sentenças intermediárias de constitucionalidade conferir SAMPAIO (2001), CRUZ (2014), MEYER (2008).

Reclamação sob a orientação de que houve autêntica mutação constitucional no art. 52, inc. X da CF/88 no sentido de que, a partir das mudanças legislativas e jurisprudenciais no sistema processual, caberia ao Senado Federal ser órgão político para dar publicidade à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso. O mesmo foi afirmado pelo Ministro Eros Grau, para quem houve uma mutação constitucional apta a conferir novo texto ao art. 52, inc. X da CF/88:

Obsoleto o texto que afirma ser da competência privativa do Senado Federal a suspensão da execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nele se há de ler, por força da mutação constitucional, que compete ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo (Voto-vista do Min. Eros Grau no julgamento da Rcl 4.335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.14).

Tais votos trataram de afirmar que as decisões de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal têm efeito geral ou vinculante em razão da modificação na interpretação (Gilmar Mendes) ou texto (Eros Grau) do art. 52, inc. X da CF/88. Esses votos conduziram o debate até o voto-vista do Ministro Teori Zavascki. O referido ministro definiu que as decisões do Supremo Tribunal Federal carregam uma chamada força expansiva, a qual incluiria a hipótese do art. 52, inc. X da CF/88, além de outras hipóteses, significando que valeria a decisão de per si e, possivelmente, admitiria o ajuizamento de Reclamação.

Busca, no entanto, diferenciar a eficácia expansiva e os efeitos *erga omnes* e vinculantes. Diz ele que a eficácia expansiva “[...] é fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional” (Voto-vista do Min. Teori Zavascki na Rcl 4.335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.14). Entrementes, a eficácia expansiva não

permite o ajuizamento direto de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal, ao contrário dos efeitos vinculantes *erga omnes*:

Considerando o vastíssimo elenco de decisões da Corte Suprema com eficácia expansiva, e a tendência de universalização dessa eficácia, a admissão incondicional de reclamação em caso de descumprimento de qualquer delas, transformará o Supremo Tribunal Federal em verdadeira Corte executiva, suprimindo instâncias locais e atraindo competências próprias das instâncias ordinárias. Em outras palavras, não se pode estabelecer sinonímia entre força expansiva e eficácia vinculante *erga omnes* a ponto de criar uma necessária relação de mútua dependência entre decisão com força expansiva e cabimento de reclamação (Voto-vista do Min. Teori Zavascki na Rcl. 4.335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.03.14).

A expressão “eficácia expansiva da decisão” proferida em controle difuso fez constar da ementa do julgado, o que poderia levar a crer – se apenas for feita a leitura da ementa – que o Supremo Tribunal Federal conheceria, além de efeitos vinculantes e *erga omnes*, também tal eficácia. A *ratio* do julgado na Reclamação, no entanto, não adotou a tese de mutação constitucional levantada pelo Relator e defendida também pelo Ministro Eros Grau de tal modo que faz sentido dizer que permanece hígido o instituto da suspensão da execução da lei declarada em definitivo inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso⁶.

3. Os contornos do chamado efeito expansivo da decisão do STF em controle difuso

A Emenda Constitucional 16/65 inseriu, no art. 101, I, “k” da Constituição de 1946, a competência para o Supremo Tribunal Federal julgar as representações contra inconstitucionalidade de lei

⁶Para uma crítica à tese da mutação constitucional nesse caso e revisitando o cabimento do instituto da mutação no atual cenário, cf. PEDRON (2012) e STRECK, CATTONI, BARRETO LIMA (2007).

ou ato normativo encaminhadas pelo Procurador Geral da República⁷. Adotada entre nós a possibilidade do STF julgar concentradamente a constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo, suscitou-se, desde logo, problemas quanto aos efeitos produzidos pela referida ação. É que, de uma forma geral, os efeitos gerais da declaração de inconstitucionalidade destituída de um caso concreto, nos moldes kelsenianos, devem ser de caráter geral com a expulsão da lei ou ato normativo (KELSEN, 2007)⁸. Daí que, inicialmente, a própria doutrina vacilava em entender os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com a existência da participação do Senado Federal.

A questão apenas se resolveu com a entrada em vigor do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal que estabeleceu, em seu artigo 178, que a comunicação ao Senado Federal seria necessária (BACHA E SILVA, 2013), acolhendo jurisprudência formada pelo próprio órgão jurisdicional (STF, MS 16.159, rel. Min.

⁷ O controle concentrado instituído pela representação genérica de inconstitucionalidade das leis em 1965 foi parte das medidas tomadas deliberadamente pelo Golpe Militar de 1964 de instituir mecanismo rápido e eficaz para impedir que juízes e tribunais impedissem as ações tomadas pelo regime (STRECK, 2013, p. 519), ainda quando alguns enxerguem o paradoxo de que o controle de constitucionalidade, mesmo concentrado, presta-se à proteção e garantia dos direitos fundamentais (CLÉVE, 1995). Bem evidente que se constate, pois, que, a partir da leitura do art. 174, §1º do RI-STF, o Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, poderia encaminhar a representação de inconstitucionalidade para ver declarada pelo STF a constitucionalidade de uma determinada medida (MENDES, COELHO, BRANCO, Gonet. 2009, p. 1098), ratificando, assim, a política institucional desejada pelo golpe militar.

⁸ Cf. também PÉREZ TREMPs (1985, p. 258-259). Mesmo sob o regime da representação interventiva, o Ministro Castro Nunes observou em julgamento da Representação n. 94 que: “Na declaração em espécie, o Judiciário arreda a lei, decide o caso por inaplicação dela, e executa, ele mesmo, o seu arresto. Trata-se, aqui, porém de inconstitucionalidade em tese, e nisso consiste a inovação desconhecida entre nós na prática judicial, porquanto até então não permitida pela Constituição. Em tais casos a inconstitucionalidade declarada não se resolve pela inaplicação da lei ao caso ou no julgamento do direito questionado por abstração do texto legal comprometido; resolve-se por uma fórmula legislativa ou quase legislativa que vem a ser a não vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei. Nos julgamentos em espécie, o Tribunal não anula nem suspende a lei, que subsiste, vige e continuará a ser aplicada até que, como, entre nós, estabelece a Constituição, o Senado exercite a atribuição do art. 64. Na declaração em tese, a suspensão redundaria na ab-rogação da lei ou na derrogação dos dispositivos legais, não cabendo ao órgão legiferante censurado senão a atribuição meramente formal de modifica-la ou regê-la, segundo as diretivas do prejudicado; é uma inconstitucionalidade declarada *erga omnes*, e não somente entre as partes” (Voto-vista do Ministro Castro Nunes na Rp. 94, relator Castro Nunes.j. 17.07.1946).

Luiz Gallotti, j. 20/06/1966). Conheceram-se, assim, os efeitos *erga omnes* diretamente relacionados à decisão do STF em representação genérica de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, de forma que, em ação de controle concentrado, decorre diretamente de sua decisão a extirpação da norma impugnada de nosso ordenamento jurídico.

A Emenda Constitucional 3/93, sob inspiração teórica de Gilmar Mendes (MENDES, 1992, p. 2-4), proposta pelo Deputado Roberto Campos, instituiu a Ação Declaratória de Constitucionalidade. Essa nova modalidade de controle concentrado trouxe a inovação do efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nos termos da modificação do art. 102, §2º da CF/88⁹. Logo, o conceito de efeito vinculante foi ampliado para as ações diretas de inconstitucionalidade e também para a arguição de descumprimento de preceito fundamental pelas Leis 9.868/99 e 9.882/99, respectivamente. A emenda constitucional 45/2004 também fez constar expressamente que as decisões definitivas de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade produziram efeitos vinculantes – estendendo tal efeito para as demais ações de controle concentrado, já que a EC. 3/93 apenas o previu para a ADC.

No julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1 o próprio STF tentou definir o que viria a ser tal instituto. Para o Ministro Moreira Alves, o efeito vinculante permitiria o ajuizamento de Reclamação diretamente ao STF quando as instâncias inferiores e o Poder Executivo desrespeitassem a decisão proferida com efeito vinculante e que tal decisão abrangeria os atos normativos de igual conteúdo não especificados na demanda em que proferida, desde que emanassem do Poder Judiciário ou do

⁹ Como observa Alexandre Bahia, a Ação Declaratória de Constitucionalidade veio no movimento de acerto de caixa da União. Criada junto com a CPMF, a ADC possibilitou o julgamento *per saltum* da constitucionalidade de determinadas medidas que os contribuintes, fatalmente, iriam questionar nas instâncias inferiores (BAHIA, 2005).

Poder Executivo, excetuados os atos do Poder Legislativo¹⁰. Em que pese a afirmação do Tribunal de que não se deveria distinguir a eficácia da Ação Declaratória e da Ação direta de inconstitucionalidade¹¹, no campo doutrinário, entendia Gilmar Mendes que a emenda constitucional pretendeu mesmo diferenciar efeitos vinculantes e *erga omnes* (MENDES, 2007, p. 186-188.). No sentido do referido autor, o efeito vinculante deveria abranger não o aspecto subjetivo do julgado, mas o aspecto objetivo, valendo dizer, a vinculação deveria se dar nos “fundamentos determinantes da decisão” (MENDES, 2007, p. 188.)¹². Tal teoria, ainda que inicialmente tenha tido repercussão no STF (e.g., Recl. n. 1987, Rel. Min. Maurício Correa, DJ. 21.05.2004), acabou sendo rejeitada expressamente pelo Supremo Tribunal Federal, como se pode ver, e.g.: STF, Rcl. n. 3014/SP, Rel. Min. Ayres Britto, DJe. 21/05/2010.

Alguns defendem que os efeitos vinculantes presentes nas decisões do Supremo Tribunal Federal apresentam semelhanças e diferenças com o *erga omnes*. Dentre as diferenças, qualifica-se o vinculante por abranger os particulares, enquanto o *erga omnes*

¹⁰ “É um plus com relação à ação direta de inconstitucionalidade, graças ao qual se dá ao novo instrumento de controle de constitucionalidade a eficácia necessária para enfrentar o problema [...] que deu margem à sua criação. De feito, se a eficácia *erga omnes* que também possuem suas decisões de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade [...], do efeito vinculante que lhe é próprio resulta: a) se os demais órgãos do Poder Judiciário, nos casos concretos sob seu julgamento, não respeitarem a decisão prolatada nessa ação, a parte prejudicada poderá valer-se do instituto da reclamação para o Supremo Tribunal Federal, a fim de que esse garanta a autoridade dessa decisão; e b) essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo – como sucede na Alemanha – os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional n. 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo” (STF, ADC-QO 1, rel. Min. Moreira Alves, DJU 16/06/1995).

¹¹ Para o STF, “[...]A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da Republica, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade”, já que em ambas o desrespeito levaria a possibilidade de interposição de reclamação (STF, AgRg na Rcl 1880/SP, rel. Min. Mauricio Correa, DJU 07/11/2002).

¹² Para uma ampla crítica de tal concepção ver BACHA E SILVA (2013).

incide sobre a Administração Pública e o Judiciário, tal como é o caso da “força de lei” alemã, e também é efeito que agrega à coisa julgada material, uma vez que somente incide nas decisões definitivas de mérito, a teor do art. 102, §2º da CR/88. Ademais, vale frisar que há efeitos *erga omnes* sem que contenha vinculante, como é o caso das ações de tutela coletiva¹³. Outros ainda evidenciam que o efeito vinculante diz respeito ao conteúdo, ao resultado da ação significando que proclamou constitucionalidade ou inconstitucionalidade apenas na parte dispositiva e os efeitos *erga omnes* dizem respeito propriamente ao vínculo subjetivo, fazendo obrigar Administração Pública, Poder Judiciário e particulares (BACHA E SILVA, 2013, p. 129). Vale mencionar que há autores que não acreditam na distinção entre os efeitos vinculantes e *erga omnes*, já que a partícula “e” do texto constitucional denotaria apenas um reforço (CRUZ, 2014, p. 446).

Dessa forma, é de se frisar que o efeito *erga omnes* em conjunto com o efeito vinculante são eficácia específica das ações de controle concentrado, presentes tanto nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, nas Ações Declaratórias e nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental. Apesar das divergências entre os autores, ponto comum é que a decisão deve atingir a todos, mesmo aqueles que não participaram do processo, que a norma estará expungida do ordenamento jurídico pela própria decisão (quando a decisão for pela inconstitucionalidade) e que caberá, no caso de desrespeito, o ajuizamento de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

Já a eficácia expansiva, ao menos no que se infere do julgamento da Reclamação n. 4.335, está presente no controle difuso de constitucionalidade. É que, conforme observou o Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da citada ação, “as questões decididas pelo STF, no controle difuso de constitucionalidade, têm

¹³Cf. ABBOUD (2011, p. 128-129 e p. 160). Comungando da opinião do autor e explicando as demais OMMATI (2015, p. 274 e ss.).

considerável impacto tanto nas decisões da própria Corte como naquelas proferidas nas demais instâncias jurisdicionais”.

Salienta o Ministro Teori Zavascki que a competência do Senado Federal confere efeitos *erga omnes* e, portanto, tem por função conferir efeito expansivo às decisões proferidas em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, alerta que não é apenas na suspensão da execução da lei pelo órgão legislativo que as decisões do Supremo adquirem tal eficácia. No âmbito específico do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo STF, três hipóteses denotam que a eficácia expansiva vem se alastrando no sistema jurídico-processual.

A Emenda Constitucional 45/2004 trouxe duas hipóteses de eficácia expansiva. A primeira é a possibilidade de edição de Súmula Vinculante quando, a partir do julgamento de casos concretos, o Supremo Tribunal Federal edite *enunciado geral e abstrato*¹⁴ válido para toda a Administração Pública e os demais juízes e tribunais (art. 103-A da CR/88 e Lei 11.417/06). A segunda eficácia expansiva seria a inserção, pela Emenda Constitucional 45/2004, do requisito da repercussão geral das questões constitucionais para o conhecimento do Recurso Extraordinário (art. 102, §3º da CF/88 e art. 1.035 do CPC/2015).

A terceira hipótese, referida no voto do Ministro Teori Zavascki, seria a utilização da modulação dos efeitos, prevista no art. 27 da Lei 9.868/99, também para o controle difuso no julgamento dos casos concretos¹⁵ que nada mais seria do que

¹⁴Sobre essa pretensão de que o STF produz decisões de forma “abstrata”, lembramos que “não somos gerais e não vivemos situações abstratas, logo, tal qual as normas, também as súmulas serão interpretadas – veja, não dissemos que elas deveriam ser interpretadas, a questão não é normativa, mas descritiva: quer se queira, quer não, a Súmula, como qualquer texto, será interpretada quando de sua aplicação – o exame dos casos que lhe deram origem poderia ser um primeiro passo interessante nesse sentido” (BAHIA, 2016, p. 256).

¹⁵ Em vários processos de controle difuso de constitucionalidade decidiu o STF estabelecer a modulação dos efeitos da decisão. Cite-se, pois, o julgamento do caso do Município Mira-Estrela Recurso Extraordinário 197.917/SP, rel. Min. Mauricio Correa, DJ 07/05/2004; o caso da infidelidade partidária MS 26.604, rel. Min. Carmen Lúcia, DJ 03/10/2008; o caso dos prefeitos itinerantes no RE 637.485/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 21/05/2013.

estabelecer a repercussão de sua decisão para outros casos análogos. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso, estabeleceria parâmetros a serem observados pelos demais órgãos ao julgar questão análoga. Nas palavras do Ministro Teori Zavascki, “o Tribunal está, implícita, mas inquestionavelmente, reconhecendo e atribuindo-lhes força expansiva e universalizante” – ainda que à margem da Constituição e mesmo da legislação infraconstitucional, uma vez que não há tal previsão em nosso ordenamento jurídico para além das duas hipóteses acima citadas.

Ainda assim, é preciso ver que a eficácia expansiva não permite o cabimento de Reclamação pelos indivíduos que não foram partes, não havendo uma igualação entre ela e os efeitos *erga omnes* e vinculante, presentes nas ações de cariz concentrado, sob pena de o próprio Supremo Tribunal Federal suprimir as competências de tribunais locais.

Com efeito, a eficácia expansiva quer significar que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no controle difuso de constitucionalidade, carregam a possibilidade de influenciarem, não apenas no âmbito argumentativo, as decisões de instâncias inferiores, fazendo com que estas se amoldem aos preceitos estabelecidos pela Corte. Influenciariam com a possibilidade de se transformarem em súmula vinculante ou com a possibilidade de nem sequer ser admitido Recurso Extraordinário e ainda, com o estabelecimento de efeitos, inclusive temporais, a partir do qual se deve observar tal entendimento – terceira hipótese que, como dito, entendemos que viola a Constituição.

4. Os perigos de uma ontologização da declaração de inconstitucionalidade

Os contornos e definição dada pelo STF no julgamento da Reclamação n. 4.335 da sentença no controle difuso de constitucionalidade ainda guardam evidente distância daquilo que

se convencionou abstrativização do controle difuso – que consiste em igualar os efeitos produzidos no controle difuso com os efeitos produzidos no controle concentrado – DIDIER JR. (2006) e BAHIA, NUNES, BACHA E SILVA (2017). No entanto, nos parece que, em certo sentido, procura se aproximar da referida tendência.

Em verdade, a eficácia expansiva do controle difuso de constitucionalidade sofre do mal de considerar que o juízo de inconstitucionalidade deve ter uma essência, uma natureza apta a ser desvelada em qualquer caso pelo Supremo Tribunal Federal. Por isso é que considera que mesmo as decisões proferidas pelo Tribunal no controle difuso-incidental devem servir de parâmetro a ser seguido obrigatoriamente e nos mesmos moldes da decisão.

Equivoca-se a noção de eficácia expansiva na medida em que desconsidera que a (in)constitucionalidade não é algo dado à nossa experiência. Não é algo que pode ser desde sempre o mesmo. Ela não é uma compreensão como simples presença. A compreensão dependerá da abertura da constitucionalidade/inconstitucionalidade para o mundo. Essa abertura só será possível na forma em que não admitimos que a constitucionalidade esteja instrumentalizada às nossas mãos (HEIDEGGER, 2012; VATTIMO, 1998).

O juízo de constitucionalidade/inconstitucionalidade deve ser feito levando em conta a situação hermenêutica em que vivemos. Somos lançados na condição de nossa própria existência e a compreensão de algo depende da inserção no círculo hermenêutico que projetará o sentido de algo (HEIDEGGER, 2012. p. 214-215). Não por outra razão sabemos que vivemos interpretando e que todo texto depende invariavelmente de nossa inserção no mundo. Súmulas vinculantes, repercussões gerais e decisões do STF, portanto, não escapam da variabilidade hermenêutica. A compreensão, interpretação e aplicação de uma norma ou texto só são possíveis diante do caso concreto (GADAMER, 2008. p. 461 e ss.). Por mais que a súmula ou decisão queiram pré-condicionar a interpretação da norma, é a partir dos

casos- anterior(es) e presente(s) – que a mesma ganhará sentido (BAHIA, 2012; TARUFFO, 2014).

Mesmo as decisões de controle de constitucionalidade precisam ater-se às exigências do Estado Democrático de Direito, que exigem que a decisão jurisdicional seja uma reconstrução jurídica para cada caso concreto. É que, conforme nos ensinam Klaus Günther e Jürgen Habermas, a função jurisdicional deve ser realizada através da aplicação das normas válidas *prima facie*. Todas as circunstâncias e dados relevantes do caso concreto devem ser somados na reconstrução do caso, sob apreciação, para que se ache a norma concretamente aplicável à espécie (HABERMAS, 2010, p. 240; GÜNTHER, 2004, p. 70.).

A autoridade, bem como a obediência das decisões do Supremo Tribunal Federal, deve depender não de imposição de um instituto, mas da autoridade argumentativa que, em geral, as Cortes superiores devem exercer sobre as inferiores.

Não se pode querer equiparar os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade aos efeitos das Cortes Supremas dentro do sistema de *common law*, já que devemos observar as diferenças entre os sistemas – cf. BACHA E SILVA, 2014. Deve-se entender que, por exemplo, a Suprema Corte Norte-Americana não conta com ações de controle concentrado e, por isso, suas decisões têm autoridade argumentativa e *binding effects*.

Da mesma forma que temos uma defesa da abstrativização do controle difuso no Brasil, temos seu inverso no controle de constitucionalidade europeu. Vale dizer, há certa difusão com a possibilidade de suscitar o controle incidentalmente diretamente às Cortes Supremas (PEGORARO, 2004, p. 42). No Brasil a convivência entre os modelos de constitucionalidade que não pode ser vista como um problema – ou como algo superado –, ao revés, deve ser encarada como uma vantagem evolutiva do nosso sistema.

Nessa medida, conforme alerta Antonio Maués (2010), estamos diante de um sistema de controle de constitucionalidade

que bem poderia ser chamado de plural em oposição ao unitário, ao invés de classificarmos com base em concentrado ou difuso. É bem de ver, no entanto, que o próprio controle concentrado admite e expressamente pressupõe o controle difuso como inerente às condições para o exercício do controle concentrado. Veja, pois, que a Ação Declaratória de Constitucionalidade (art. 14, III da Lei 9.868/99) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (art. 1º, parágrafo único, I da Lei 9.882/99) preconizam a existência de controvérsia judicial relevante para que ocorra o ajuizamento (MAUÉS, 2010, p. 372).

Por isso, ainda que a chamada eficácia expansiva mantenha hígida a competência do Senado Federal, bem como a existência do controle difuso, não se pode esquecer que é possível aos juízes e tribunais deixarem de aplicar a decisão do STF proferida em controle difuso de constitucionalidade, tendo em vista que os fatos e consequentemente a interpretação podem conduzir a um resultado diferente daquele alcançado pelo Supremo Tribunal Federal.

A pretensão de aumentar as competências do STF através de uma suposta “mutação constitucional” significa, na verdade, puro ativismo judicial e, como tal, deve ser repreendido. Uma grande riqueza do sistema constitucional de 1988 é a da convivência entre as formas difusa e concentrada de controle de constitucionalidade. A tentativa de diminuição do segundo pela centralização das discussões em um só órgão judiciário empobrece as discussões, além de enfraquecer o poder dos atingidos por atos violadores de seus direitos terem “seu dia na Corte”, fazendo valer suas pretensões a direito contra questões de política (DWORKIN, 2001).

5. Considerações Finais

A decisão proferida na Reclamação n. 4.335 certamente pretendeu repensar nosso sistema de controle de constitucionalidade. No entanto, mais do que pensar em abstrato

nosso controle de constitucionalidade, devemos averiguar em que medida ele protege e efetiva os direitos fundamentais.

Só há proteção a direitos quando se julga a partir de um caso concreto de lesão a referido direito. Assim, o controle difuso de constitucionalidade jamais pode se afastar do caso concreto. O controle difuso é aquele que permite a reparação, a proteção de direitos fundamentais lesionados. Por mais que se busque visualizar o Supremo Tribunal Federal como uma corte que mereça selecionar os casos que julgará, temos que é seu dever constitucional jamais omitir-se na proteção a direitos fundamentais.

Seu papel no controle difuso de constitucionalidade não é o de orientação de entendimento ou vinculação de entendimento a ser seguido pelo Poder Judiciário. Sua política judiciária é feita com julgamento de casos concretos. Se, ao fazê-lo, isso pode servir de orientação jurisprudencial e de resguardo da Constituição, a primeira consequência advirá naturalmente da autoridade argumentativa da decisão e a segunda consequência é dever de todo órgão judiciário no Brasil desde 1891.

A pretensão de alargar a competência do STF, principalmente quando isso é feito pelo próprio Tribunal e à revelia da Constituição e do restante do ordenamento jurídico, deve ser rechaçada. Apenas a Constituição pode determinar a competência dos poderes, lição que aprendemos com a decisão da Suprema Corte dos EUA em 1803. Nos trinta anos da Constituição de 1988 esperamos que esta continue a ser um refúgio de proteção dos direitos fundamentais e de reconhecimento de novos direitos e de novos sujeitos de direito; uma referência para a proteção contramajoritária seja face a maiorias e governos que atentem contra os direitos – e, então, declarando seus atos inconstitucionais –, seja mesmo frente a retrocessos provocados pelo próprio Judiciário.

Referências

- ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- BACHA E SILVA, Diogo. A valorização dos precedentes e o distanciamento entre os sistemas *civil law* e *common law*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MARINONI, Luiz Guilherme; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro (org.). *Direito jurisprudencial*, vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- BACHA E SILVA, Diogo. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a ilegítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- BAHIA, Alexandre. As súmulas vinculantes e a nova Escola da Exegese. *Revista de Processo*, Belo Horizonte, n. 206, ano 37, p. 359-379, 2012.
- BAHIA, Alexandre. Reforma do Judiciário: o que uma súmula vinculante pode vincular? *Revista Forense*, v. 378, mar./abr. 2005, p. 665-671.
- BAHIA, Alexandre. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. 2.ed., rev. e atual. de acordo com o novo CPC. Curitiba: Juruá, 2016.
- BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; BACHA E SILVA, Diogo. Modulação de Efeitos no Controle de Constitucionalidade e Objetivação do Recurso Extraordinário: reflexos sobre o acesso à jurisdição. In: COPETTI NETO Alfredo (et al.) (orgs.). *Dilemas na Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 339-359.
- BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BROSSARD, Paulo. O Senado e as leis inconstitucionais. *Revista de informação legislativa*, v. 13, n. 50, p. 55-64, abr./jun. 1976.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Controle de constitucionalidade é judicial, não político. *Consultor Jurídico*, 30.04.2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-abr-30/sistema-controle-constitucional-judicial-nao-politico>>. Acesso em 10 ago. 2018.

CLÉVE, Clemerson. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. 2.ed. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

DIDIER JR., Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: FUX, Luiz (et al.) (coords). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional*. São Paulo: Atlas, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 2008.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral*. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoría del discurso*. 6.ed. Madri: Trotta, 2010.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 6.ed. São Paulo: Editora Vozes, 2012.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

MARINHO, Josaphat. O art. 64 da Constituição e o papel do Senado. *Revista de informação legislativa*, v. 1, n. 2, p. 5-12, jun. 1964.

- MAUÉS, Antonio Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 356-384, jul./dez. 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei 9.882, de 3-12-1999*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, ano 41, vol. 162, abr./jun., 2004.
- MENDES, Gilmar. Ação declaratória de constitucionalidade. *Folha de São Paulo*, 2 ago. 1992. Caderno Cotidiano, p. 2-4.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- MEYER, Emílio P. Neder. *A decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método, 2008.
- OMMATI, José E. Medauar. *Teoria da Constituição*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- PEDRON, Flavio Barbosa Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- PEGORARO, Lucio. *La justicia constitucional: una perspectiva comparada*. Madri: Dykinson, 2004.
- PÉREZ TREMPs, Pablo. *Tribunal constitucional y poder judicial*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- RAMOS, Elival da Silva. *Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. As sentenças intermediárias de constitucionalidade e o mito do legislador negativo. In: CRUZ, Álvaro R. de Souza; SAMPAIO, José A. Leite(orgs.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Poder Legislativo não deve revogar decisões judiciais. *Consultor Jurídico*, 31.05.2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-31/senso-incomum-problema-ativismo-judicial-nao-resolvido-pec>>. Acesso em: 16 mar. 2015.

STRECK, Lenio; CATTONI, Marcelo; BARRETO LIMA, Martonio. A nova compreensão do STF sobre o controle difuso de constitucionalidade: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, Belo Horizonte, vol. 10, p. 37-58, 2007.

TARUFFO, Michele. La jurisprudencia entre casuística y uniformidad. *Revista de Derecho*, vol. XXVII, n. 2, Dec. 2014, p. 9-19. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v27n2/arto1.pdf>>. Acesso em 9 ago. 2018.

VATTIMO, Gianni. *Introdução a Heidegger*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

Direito ao não trabalho das crianças e adolescentes desde a Constituição Federal de 1988: avanços e retrocessos

Eliana dos Santos Alves Nogueira¹

Gabriela Marcassa Thomaz de Aquino²

1. Introdução

Trabalho infantil, segundo o Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador é toda a atividade econômica ou de sobrevivência, remunerada ou não, realizada por crianças ou adolescentes em idade inferior a dezesseis anos, exceto na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

O labor precoce é preocupante na medida em que dificulta que as crianças e os adolescentes tenham acesso a melhores condições de vida, visto que a maioria desses jovens ao iniciar o trabalho deixa de estudar. Levantamento efetuado pela ONG *Todos*

¹Juiza Titular da 2ª Vara do Trabalho de Franca/SP. Membro do Comitê de Erradicação do Trabalho Infantil do TRT15/SP. Professora Assistente do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (FCHS) da UNESP de Franca/SP. Bacharel e Mestre em Direito pela mesma Universidade. Doutoranda em Direito do Trabalho pela Facoltà La Sapienza, em Roma/Itália (2015/2018). Email: esanogueira@gmail.com. Tel (16) 99428-0220.

²Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista (UNESP). Mestranda em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Email: gabrielaquino01@hotmail.com. Tel (17) 98117-8523.

Pela Educação, com base nos resultados da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) indicava, em 2003, que entre crianças e adolescentes entre 4 e 17 anos, 2.863.850 estavam fora da escola e, dentre eles, 1.500.000 correspondentes às mais vulneráveis. A mesma organização aponta que, embora tenha havido redução da evasão escolar nos anos seguintes, no ano de 2015 ainda tínhamos cerca de 1.500.000 de adolescentes entre 15 e 17 anos fora do ciclo escolar, a faixa etária mais preocupante dentro da pesquisa, cuja motivação para largar os estudos é, dentre outras, a dificuldade de conciliar estudos e trabalho e ocorre, invariavelmente, nas famílias de baixa renda.

Este panorama deixa claro que a necessidade de inserção precoce no mercado de trabalho, em razão da baixa renda familiar, apenas serve para perpetuar a situação de pobreza de tais adolescentes, já que, fora do sistema escolar, veem drasticamente reduzidas as possibilidades de melhor inserção no mercado de trabalho, bem como de profissionalização adequada. Dados do PNAD demonstram que, no ano de 2014, as famílias onde os membros haviam concluído o ensino médio recebiam uma renda média de R\$ 885,00 mensais, enquanto aquelas nas quais os membros não o concluíram chegava apenas a R\$ 436,00 mensais.

Tal demonstra que, embora a baixa renda recebida pelo adolescente com faixa etária de 15 a 17 anos possa parecer suficiente para fazer frente às necessidades familiares em um primeiro momento, tal não se sustenta a médio e longo prazo, eis que o mesmo permanece estagnado do ponto de vista educacional, profissional e remuneratório ao longo da vida, perpetuando o ciclo de pobreza no qual o mesmo está inserido.

Além disso, o trabalho realizado em referida faixa etária o é de forma precária, conforme evidencia a PNAD Contínua de 2016, indicando que entre os adolescentes trabalhadores na faixa etária de 14 e 15 anos, apenas 10,5% trabalhavam em situação regular, com registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), enquanto 89,5% trabalhava sem qualquer anotação em CTPS, ou

seja, de modo absolutamente irregular e ilegal. Por outro lado, dentro da faixa etária na qual o trabalho é parcialmente permitido, ou seja, entre 16 e 17 anos (excetuando-se trabalho noturno, atividades perigosas ou insalubres e todas as elencadas na lista TIP), apenas 29,2% dos adolescentes possuíam o regular registro em CTPS e, para a esmagadora maioria representada por 70,8% nenhuma garantia legal era observada.

Fator de maior preocupação, porém, está na inserção de crianças e adolescentes em ambientes de trabalho que, invariavelmente, as expõem a riscos ergonômicos, contatos com substâncias tóxicas e perigosas, ambientes insalubres e danos psicológicos que provocam danos irreversíveis à sua saúde física e mental.

A Constituição Federal de 1988 foi elaborada em um contexto de superação de um período autoritário em nosso país, em que houve um processo de mobilização social no sentido de buscar maior proteção para a pessoa em desenvolvimento, o que pode ser observado principalmente em seu art. 227, quando trata dos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta da criança e do adolescente, outorgando à família, à sociedade e ao Estado a obrigação de assegurar-lhes o direito à vida, à educação, à saúde e à dignidade.

Após trinta anos de vigência da Constituição, no entanto, é importante compreender em quais aspectos essa proteção da criança e do adolescente foi efetivada, como tem atuado o legislador infraconstitucional e, onde podemos encontrar pontos de avanço e retrocesso.

2 O direito ao não trabalho de crianças e adolescentes nas Constituições Brasileiras

Antes de analisar propriamente os aspectos protetivos da Constituição Federal de 1988 ao tratar de direitos da criança e do adolescente, é importante compreender como este tema evoluiu ou

regrediu nas Constituições anteriores, buscando, assim, compreender o itinerário da problemática desde a época do Brasil imperial.

A primeira Constituição brasileira foi outorgada em 25 de março de 1824, época Imperial, marcada pela organização latifundiária da produção e pela utilização de trabalho escravo, além das grandes transformações implementadas pela recente industrialização, que fez com que as crianças fossem recrutadas para trabalharem nas fábricas, especialmente os órfãos e os pobres (OLIVEIRA, 2009, p.54). Mesmo diante dessa realidade, a Constituição de 1824 nada dispôs sobre a proteção da criança no mundo do trabalho, limitando-se a tratar em seu título oitavo das garantias civis e políticas dos cidadãos brasileiros, estabelecendo em seu art. 179 um rol de direitos, destacando-se o inciso XXXII, que trazia a previsão da instrução primária e gratuita, aplicando-se, portanto, a todas as crianças. Embora tal inciso seja importante ao trazer o aspecto educacional como direito dos cidadãos, cabe observar que não havia na época nenhuma previsão de sanção em caso de não cumprimento do estabelecido neste artigo da Constituição.

Com o fim do Império foi promulgada a Constituição de 1891, republicana e federativa e que mantinha um espírito liberal. Do aspecto de proteção à criança a Constituição também não trouxe expressamente nenhum dispositivo, apenas o art. 78 dispunha que a especificação das garantias e direitos expressos no texto constitucional não excluía outras garantias e direitos não enumerados, ou seja, havia a possibilidade de crianças serem, portanto, abarcadas por essa proteção por meio de outras medidas legislativas.

Cabe mencionar ainda que durante a vigência da Constituição de 1891 houve dois importantes marcos legislativos em relação ao trabalho de crianças. O primeiro deles foi o Decreto nº 1.313/1891, que vigorava apenas no Rio de Janeiro, e entre as regulamentações trazidas pode-se destacar a instituição de uma idade mínima para o trabalho, a partir de doze anos, tanto para meninos como para meninas, excetuando-se o setor têxtil em que era permitida a admissão de aprendizes a partir de oito anos, além da proibição do

trabalho noturno aos menores de quinze anos (sendo trabalho noturno aquele compreendido entre as 18h e às 6h).

Embora tal lei seja um marco importante na regulamentação do trabalho infanto-juvenil, a permissão concedida ao setor têxtil em utilizar mão de obra de crianças a partir de oito anos fragilizou a sua eficácia, principalmente porque, naquela época, este setor possuía um grande número de estabelecimentos no Rio de Janeiro. O fato de não ser aplicada em todo país também fez com que a lei não fosse cumprida nem mesmo na capital.

O segundo marco legislativo do período foi o primeiro diploma legal dirigido especialmente às crianças e adolescentes de idade inferior a 18 anos, conhecido como o Código de Menores Mello Matos, promulgado em 1927 por meio do Decreto nº 17.943-A. Esse código conceituava, em seu art. 1º, os destinatários da norma: “O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 anos de idade”. Pode se perceber, assim, que objeto geral da lei não era a infância, mas apenas os indivíduos de idade inferior a 18 anos em situação de abandono ou delinquência – ponto fundamental a ser considerado quando se lê o capítulo destinado ao trabalho das crianças e adolescentes (arts. 101 a 125).

Tal Código de Menores trouxe a inovação de regulamentar o trabalho infanto-juvenil em todo o país e em relação às idades mínimas para o trabalho, estabelecia: a proibição do trabalho aos menores de doze anos (art. 101); aos menores de quatorze quando não completada a instrução primária, podendo a autoridade permitir-lhes o labor quando indispensável à subsistência da família e garantindo o recebimento de toda a instrução possível (art. 102); proibição de trabalho dos menores de onze anos em oficinas de usinas, manufaturas, estaleiros, minas ou qualquer trabalho subterrâneo (art. 103); proibição de trabalho aos menores de dezoito em atividades perigosas à saúde, à vida, à moralidade e que excedessem as suas forças (art. 104).

Ainda que, momentaneamente rompendo a linha do tempo traçada no presente tópico, é imperioso mencionar que referido Código foi revogado pela Lei 6.697/1979, que instituiu o novo Código de Menores, com poucas alterações quanto ao anterior, no sentido de manter crianças e adolescentes como objeto de tutela do Estado, que podia intervir quando estivessem em situação considerada pela lei como “irregular”, ou seja, expostas, abandonadas, em mendicância ou vadiagem, que saíam da tutela dos responsáveis legais para a do juiz de menores, que podia decidir onde, como e com quem os mesmos restariam. A lei em comento indica absoluto menosprezo pela reinserção social da criança ou do adolescente. O que o legislador buscava era a chamada “paz social” pelo controle da ordem publica, ou seja, por uma política de higienização que visava única e exclusivamente a punição dos que tiveram a infelicidade de nascerem negros, pobres ou viverem em condições sociais adversas. Distinguiam-se claramente a situação que considerava criança apenas aqueles indivíduos nascidos em famílias com uma certa estrutura e condição financeira, e considerava menores indivíduos pobres e em situação de abandono. No período tais “menores” não eram sujeitos de direitos, mas apenas objeto a ser tratado pelo Estado como forma de “higienizar” a sociedade. A questão do trabalho dos “menores” contudo, foi direcionada para a lei especial que, no caso, estava elencada no bojo da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) .

Levando em conta essa breve análise de tais Códigos de Menores, cumpre ressaltar que devido a essa associação entre a nomenclatura “menor” à delinquência e ao abandono é que, na contemporaneidade o termo não é mais utilizado, nem no sentido jurídico e nem no legislativo, para se referir às pessoas em desenvolvimento, visto que essa visão de inferioridade trazida pelo código acaba distanciando esses jovens da condição de sujeitos de direito.

A Constituição de 1934 instituiu a democracia social, inspirada na Constituição alemã de Weimar e pela primeira vez foi editado um título dedicado à ordem econômica e social (Título IV) e outro

dedicado à família, a educação e a cultura (Título V). Pela primeira vez houve a inclusão de normas de proteção à criança, instituindo o art. 121 o dever de amparo às condições de trabalho, na cidade e no campo, levando em conta a proteção social do trabalhador, sendo que o §3º deste artigo estende tal proteção ao amparo à maternidade e à infância; o art. 138, c, o dever da União, dos Estados e dos municípios ampararem a maternidade e a infância e o art. 141 com disposição de obrigatoriedade de destinação por parte da União, dos Estados e dos municípios de 1% de suas rendas tributárias para o amparo à maternidade e à infância.

A Constituição de 1937, conhecida como polaca, teve inspiração no movimento fascista e instituiu um Estado intervencionista. Tal Constituição também trouxe dispositivos que versavam sobre a proteção da criança, seguindo as características de que os interesses da coletividade eram superiores aos interesses individuais.

O art. 16, IX institui a que cabia privativamente a União fixar bases e determinar quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a que deve obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude e o inciso XXVII do mesmo artigo dispunha sobre a capacidade da União de legislar sobre matérias relacionadas a normas da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança. O art. 127 dispunha ainda que a infância e juventude deveriam ser objeto de cuidado e garantias especiais por parte do Estado, devendo este Estado tomar medidas para assegurar as condições físicas e morais de vida sã e de desenvolvimento harmonioso³.

³Uma das formas encontradas para que essas garantias especiais fossem efetivadas foi a edição do Decreto-lei nº 3.200/1941 que instituiu uma política de compensações para as famílias numerosas e seus filhos que incluíam abono familiar, inscrição em sociedades recreativas e desportivas e disposições fiscais. Tal decreto ainda definia em seu art. 37, “a” como família numerosa a que compreendia oito ou mais filhos, brasileiros, de até dezoito anos de idade ou incapazes de trabalhar, vivendo em companhia e as expensas dos pais ou dos responsáveis.

Cabe ainda destacar o Decreto-lei nº 2.024/1940 que instituiu o Departamento Nacional da Criança, sendo este órgão o responsável pela coordenação de todas as atividades nacionais relativas à proteção à maternidade, à infância e à adolescência com a competência para realizar inquéritos e estudos sobre os problemas sociais da maternidade, infância e adolescência; promover a cooperação da União com as

A Constituição de 1946 retoma a democracia interrompida com a Constituição de 1934. Em relação a educação, esta continuou sendo matéria legislada pela União, conforme previsto no art. 5º, XV, “d” da Constituição, sendo que a educação vinha estipulada como direito de todos, no lar ou na escola, devendo pautar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana (art. 166, CF).

A proteção ao trabalho veio instituída no art. 145, CF, sendo este considerado obrigação social que possibilitasse existência digna e o art. 157, CF instituía os direitos assegurados aos trabalhadores, além de outros que visassem melhorar as suas condições. Neste sentido, o inciso IX do art. 157 trazia a proibição do trabalho aos menores de quatorze anos, sendo proibido ainda o trabalho de mulheres e menores de dezoito anos em indústrias insalubres e o trabalho noturno aos menores de dezoito anos, excetuando-se as condições admitidas pelo juiz competente, no caso, na época, o Juiz de Menores. Ela manteve a obrigatoriedade de proteção à maternidade e à infância, com o amparo às famílias numerosas. Tal previsão veio expressa em seu art. 164.

A Constituição de 1969 interrompeu o período de democracia em nosso país e foi elaborada “a toque de caixa”, levando-se em conta que o Ato Institucional nº 4 convocou o Congresso para reunir-se de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967 para discussão, votação e promulgação do projeto de Constituição.

Seu art. 165 trazia um rol exemplificativo de direito dos trabalhadores, sendo que o inciso X trazia a previsão acerca do trabalho precoce, proibindo o trabalho de mulheres e menores de dezoito anos em indústrias insalubres, assim como aos menores de dezoito anos no trabalho noturno e, para as atividades restantes, trazia a proibição do trabalho aos menores de doze anos. Cabe observar, portanto, que houve uma regressão em relação a

Constituição de 1946 que previa idade mínima de quatorze anos para o trabalho.

Tal disposição foi preocupante na medida em que se mostrava em contrariedade com a Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, que dispunha sobre o compromisso de todos os membros pertencentes a OIT, ainda que não tenham ratificado as convenções específicas, em abolir de forma efetiva o trabalho infantil em seu território. Há de se observar ainda que tal disposição encontrava-se também em contrariedade com a Convenção nº 5, OIT que dispunha sobre a idade mínima para admissão de crianças nos trabalhos industriais e com a Convenção nº 58, OIT que dispunha sobre a idade mínima de admissão no trabalho marítimo.

Em contexto de superação do período autoritário em nosso país, foi elaborada a Constituição de 1988, que se preocupou em elencar princípios, direitos e garantias fundamentais. No que se refere à idade mínima para o trabalho, na data de sua promulgação, tal documento restabeleceu o entendimento anterior à Carta de 1969, sendo de quatorze anos para qualquer atividade laboral, excepcionando a condição de aprendiz que deveria ser estipulada pelo legislador ordinário.

A breve análise histórica do trabalho infantil indica que nosso país atravessou diversas fases legislativas. No entanto, quando se analisa as justificativas para a utilização desse tipo de mão de obra nos ciclos produtivos, nota-se apenas uma grande preocupação na manutenção das crianças longe das ruas, da ociosidade ou da vagabundagem, atribuindo-se ao trabalho o papel de “salvador e redentor da infância perdida”. No entanto, uma análise pouco mais aprofundada indica que não havia preocupação com a garantia de proteção dessas pessoas em desenvolvimento, no retorno aos bancos escolares e muito menos na qualificação profissional adequada, o que nos leva a acreditar que o envio das crianças excluídas, pobres e vulneráveis para o mercado de

trabalho era apenas uma justificativa para a exploração dessa mão de obra mais barata, dócil e abundante.

Essa preocupação em garantir a prioridade no desenvolvimento das crianças e dos adolescentes talvez possa ser identificada em nosso país pela primeira vez a partir da Emenda Constitucional nº 20, ainda no ano de 1988, que estabeleceu os parâmetros de idade mínima que são aplicados atualmente, além de construir um sistema de proteção baseado em responsabilidade conjunta do Estado, sociedade e família.

Tal Emenda Constitucional alterou o art. 7º, XXXIII da Constituição Federal, estabelecendo a admissão da atividade laboral dentro de alguns parâmetros: a idade básica de dezesseis anos para o adolescente trabalhar; uma idade inferior, que é de quatorze anos, para que possa desempenhar atividades na condição de aprendiz; e uma idade superior - dezoito anos - para que possa exercer qualquer trabalho, ainda que em condições inseguras ou insalubres.

A Constituição ainda trouxe em seu art. 227 a disposição sobre ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar às crianças, aos adolescentes e aos jovens direitos fundamentais como vida, educação, alimentação e profissionalização, com absoluta prioridade.

Tal artigo traz dois princípios fundamentais para a matéria de proteção da criança e do adolescente: a proteção integral e a prioridade absoluta. O primeiro princípio estabelece que as crianças e adolescentes tem garantidos todos os direitos fundamentais, sendo postas à salvo de condutas de exploração, discriminação, violência e crueldade. Já o segundo princípio deixa claro, que por sua condição de peculiar desenvolvimento, as crianças e adolescentes tem prioridade absoluta em relação às políticas públicas, ou seja, havendo conflito entre direitos de pessoas adultas e de crianças, o direito dessas últimas deve prevalecer.

3 Avanços da Constituição Federal de 1988: fomento à proteção infraconstitucional brasileira do direito ao não trabalho de crianças e adolescentes

3.1 A Lei 8.069/90 - o Estatuto da Criança e do Adolescente

O primeiro marco legal pós Constituição Federal de 1988 que marca definitivamente a ruptura com a legislação anterior relativa à proteção ao direito ao não-trabalho de crianças e adolescentes é a Lei 8.069/1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

O ECA trata, especificamente, da proteção integral à criança e ao adolescente, em todos os aspectos possíveis, dedicando atenção, dentre outros, ao direito ao não trabalho.

Segundo estabelece em seu art. 2º, considera criança o indivíduo até doze anos de idade incompletos e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade.

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

Tal previsão legal evidencia um grande avanço obtido com a Constituição de 1988, no sentido de que crianças e adolescentes deixam de ser vistos como objetos de atuação estatal em uma política higienista, quando em situação de vulnerabilidade, e passam a ser considerados sujeitos de direito.

Recentemente a Lei 13.257/2016 incluiu um parágrafo único em referido dispositivo para acrescentar que o ECA se aplica a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem,

condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

Reforçando o princípio da proteção integral o ECA em seu art. 4º estabeleceu ser dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Tal dispositivo já desenha, preliminarmente, a linha diretiva do Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente (SGDCA), que será analisado a seguir, estruturado por meio da Resolução n. 113 do CONANDA no ano de 2006.

O art. 53 garante à criança e ao adolescente o direito à educação e, dentre outros, o direito à qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes igualdade de condições para acesso e permanência na escolar.

Especificamente quanto ao direito ao não trabalho, o art. 60, que prevê a proibição de trabalho antes da idade de quatorze anos, foi alterado pela Emenda Constitucional n. 20, que elevou a idade mínima a dezoito anos, exceto na condição de aprendiz a partir dos quatorze anos de idade.

O ECA, em seu art. 62 define aprendizagem como a formação técnico-profissional ministrada segundo as diretrizes e bases da legislação de educação em vigor.

Tal definição evidencia o viés predominantemente educacional do contrato de aprendizagem, no qual o trabalho enquanto atividade produtiva apenas tem lugar como decorrência do processo pedagógico envolvido na formação profissional.

Neste sentido, o art. 63 estabelece os princípios nos quais deve ocorrer a formação técnico-profissional, a saber: garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular; atividade

compatível com o desenvolvimento do adolescente; horário especial para o exercício das atividades.

Dentro deste breve panorama, o art. 69 reconhecendo o direito à profissionalização do adolescente e sua proteção no trabalho, determina que sejam respeitadas a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento e a capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

Posteriormente couberam às leis subsequentes a regulamentação específica do direito à profissionalização, ao meio ambiente de trabalho saudável e seguro capaz de garantir o gozo dos demais direitos fundamentais (dentre eles o direito à vida e à saúde), bem como a garantia da proteção integral por meio de um sistema integrado de garantia de direitos, como veremos a seguir.

3.2 A Lei 10.097/2000: a aprendizagem no modelo brasileiro

Diante dessa maior proteção conferida pela Constituição de 1988 à criança e ao adolescente, conferindo a eles direitos e não apenas a tutela por parte do Direito Penal como era feito pelos Códigos de Menores de 1927 e de 1979, tem início o período de proteção integral e prioridade absoluta dessas pessoas em desenvolvimento.

Um dos reflexos desse período de integral proteção foi a instituição, em 19 de dezembro de 2000, da Lei nº 10.097, conhecida como a Lei da Aprendizagem, que teve como objetivo caracterizá-la como contrato especial de trabalho, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao adolescente maior de quatorze anos, inscrito em programa de aprendizagem, uma formação técnico-profissional que seja compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico.

O contrato de aprendizagem, segundo a lei, pode ser celebrado com adolescentes de quatorze a vinte e quatro anos, com prazo não superior a dois anos, sendo que para as pessoas com

deficiência não é observado nenhum limite quanto à idade ou ao prazo do contrato. O contrato possui como partes a empresa, a instituição de aprendizagem e o aprendiz.

Para que o contrato de aprendizagem seja válido é preciso, ainda, a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, a matrícula e frequência do aprendiz na escola, quando não tenha concluído o ensino obrigatório que, no Brasil, estende-se até o fim do Ensino Médio, e a inscrição em programa de aprendizagem sob a orientação de entidade qualificada que tem o dever de garantir a formação técnico profissional adequada (art. 428, §1º, CLT).

A Lei da Aprendizagem estabelece também uma cota de aprendizes que as empresas devem contratar, sendo a mínima de 5% e a máxima de 15% dos trabalhadores existentes no estabelecimento que exercem função que demande formação profissional, desde que a empresa possua mais de sete empregados (art. 429, CLT).

Importante ressaltar que a legislação, infelizmente, dispensou da obrigação de contratação de jovens aprendizes às microempresas e empresas de pequeno porte (Lei 9.841/99, art. 11; art. 14, I, do Decreto 5.598/2005), bem como o artigo 429 da CLT excepciona as entidades sem fins lucrativos que tenham por objetivo a educação profissional (§1º). Isso porque, no caso brasileiro, da atividade produtiva e da área de serviços é desenvolvida por pequenas e médias empresas.⁴ NO entanto, tal dispensa não equivale a vedação, ou seja, toda e qualquer empresa, ainda enquadrada como micro e pequena, pode, se quiser, manter em seu quadro aprendizes, desde que tal contratação não intente nenhuma fraude às leis trabalhistas no sentido de diminuição de custos de produção.

⁴ Segundo dados do SEBRAE, divulgados em 09/10/2017, os pequenos negócios empresariais formados pelas micro e pequenas empresas (MPE) e pelos microempreendedores individuais (MEI), hoje representam 98% das empresas do país, respondem por 67% das pessoas ocupadas e 56% dos empregados com carteira assinada. Além disso, 62% delas são empresas exportadoras e respondem por 2,3% do valor das exportações. Tais empresas, por fim, são responsáveis por 20% do PIB. Dados disponíveis em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD>>. Acesso em 06 dez. 2017.

Quando as atividades de trabalho forem consideradas inadequadas para os indivíduos com idade inferior a 18 (dezoito) anos, como a questão na lista TIP (Decreto 6481/2008) e as que sujeitem o empregado a insalubridade ou periculosidade, o aprendizado pode ter início apenas após referida idade.

Esses aprendizes são matriculados em cursos disponibilizados pelo sistema S: Serviço Nacional de Aprendizagem na Indústria (SENAI), Serviço Nacional de Aprendizagem no Comércio (SENAC), Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), Serviço Nacional de Aprendizagem no Transporte (SENAT) e o Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo (SESCOOP).

Importante notar ainda que a Lei da Aprendizagem estipula que em caso das entidades do sistema S não possuírem cursos suficientes, a demanda pode ser suprida por outras entidades qualificadas em formação técnico-profissional, como as Escolas Técnicas de Educação ou ainda entidades sem fins lucrativos que tenham como objetivo a educação profissional do adolescente, desde que registradas no Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente (art. 430, CLT). Além disso, a lei autoriza que as entidades sem fins lucrativos atuem como empregadoras dos aprendizes, anotando, inclusive, o contrato na CTPS. Nesse caso, não haverá vínculo de emprego com o tomador de serviços, que, no entanto, poderá utilizar os aprendizes a seu serviço para o preenchimento das cotas. O tomador terá responsabilidade subsidiária em caso de eventual frustração dos direitos dos aprendizes.

A qualificação do aprendiz deve contar com adequado conteúdo pedagógico dentro do programa de aprendizagem e ser desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica, aliando teoria e prática. Referida formação deve ser compatível com o desenvolvimento físico, moral e psicológico do aprendiz.

Quanto à jornada de trabalho, os aprendizes que não completaram o ensino fundamental têm jornada diária de trabalho

limitada a seis horas, sendo proibidas a prorrogação e compensação de horários (art.432daCLT). Se já completado ensino fundamental, o limite diário é de oito horas. Na jornada deverá estar compreendido o tempo destinado às aulas teóricas. Quanto a estas, elas devem ser ministradas “em ambiente físico adequado ao ensino, e com meios didáticos apropriados”. A teoria, conforme permite o decreto que regulamenta a aprendizagem (Decreto nº 5.598/2005, art.22, §1º), pode ser dada “sob a forma de aulas demonstrativas no ambiente de trabalho”, sendo vedada, porém, na hipótese, qualquer atividade laboral durante as aulas. Além disso, é vedado ao tomador dos serviços do aprendiz cometer-lhe atividades diversas daquelas previstas no programa de aprendizagem e desenvolvimento.

Já as aulas práticas podem ocorrer na própria entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica, mas é mais comum que sejam ministradas na empresa, hipótese em que ela deve designar (art.23, § 1º do Decreto nº 5.598/2005), formalmente, empregado monitor, responsável pela coordenação de exercícios práticos e acompanhamentos das atividades do aprendiz, de acordo com o programa de aprendizagem.

É possível perceber, assim, que o contrato de aprendizagem prioriza a proteção do adolescente trabalhador, com foco na sua educação, garantindo, por um lado, a conclusão do ensino obrigatório e sua permanência em ambiente escolar, e, por outro, tido como consequência, a efetiva possibilidade de profissionalização, com vistas a formação do seu patrimônio profissional.

3.3 Resolução n. 113 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente - CONANDA

A formulação de políticas públicas para crianças e adolescentes é medida essencial para tornar eficazes e efetivos os princípios de proteção integral e prioritária previstos no artigo 227 da Constituição Federal. Para atingir tal objetivo, o Conselho

Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) editou a Resolução n. 113, no ano de 2006.

Por meio de referida Resolução restou consolidado o denominado Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente (SGDCA).

Referido SGDCA é formado pela integração e articulação entre os diversos atores sociais aos quais a Constituição Federal, em seu artigo 227, impõe a obrigação de garantir proteção integral e prioritária à criança e ao adolescente, ou seja, Estado, família e sociedade civil como um todo.

O SGDCA está articulado em três eixos estratégicos, a saber: defesa, promoção e controle. Referida divisão possibilita visualizar qual o campo de atuação de cada ente referido, com sua respectiva responsabilidade por ações que devem ser colocadas em execução a fim de garantir que, de modo articulado, o objetivo seja atingido.

A defesa é caracterizada a partir da garantia do direito do acesso à justiça, pelo recurso às instâncias públicas e mecanismos jurídicos de proteção legal dos direitos humanos, gerais e especiais, da infância e adolescência, com expressa previsão para assegurar-se a impositividade de referidos organismos e sua exigibilidade.⁵

A mesma Resolução, em seu artigo 8º, garante o acesso à justiça para toda criança ou adolescente, na forma das normas processuais, por meio de qualquer dos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública. Ao mesmo tempo, garante assessoria jurídica e assistência judiciária gratuita a crianças,

⁵ Dentro deste eixo, a Resolução 113 do Conanda enumera, especificamente como órgãos do SGDCA:

a) órgãos judiciais, especialmente as varas da infância e da juventude e suas equipes multiprofissionais, as varas criminais especializadas, os tribunais do júri, as comissões judiciais de adoção, os tribunais de justiça, as corregedorias gerais de Justiça; b) órgãos público-ministeriais, especialmente as promotorias de justiça, os centros de apoio operacional, as procuradorias de justiça, as procuradorias gerais de justiça, as corregedorias gerais do Ministério Público; c) as defensorias públicas, serviços de assessoramento jurídico e assistência judiciária; d) a advocacia geral da união e as procuradorias gerais dos estados; e) a polícia civil judiciária, inclusive a polícia técnica; f) a polícia militar; g) os conselhos tutelares; h) as ouvidorias; i) as entidades sociais de defesa de direitos humanos, incumbidas de prestar proteção jurídico-social, nos termos do artigo 87, V do Estatuto da Criança e do Adolescente.

adolescentes e suas famílias, preferencialmente por meio dos defensores públicos. Menciona, especificamente, que o não cumprimento de tais garantias implica violação aos direitos humanos e deve implicar nas sanções judiciais e administrativas cabíveis.

Já o artigo 9º determina como deve ser a atuação do Ministério Público, Defensorias e Segurança Pública, no sentido da exclusividade, especialização e regionalização de seus órgãos e suas ações, a fim de garantir a criação, implementação e fortalecimento.⁶

A Resolução, por fim, faz remissão expressa aos Conselhos Tutelares, como órgãos contenciosos não jurisdicionais, encarregados de "zelar pelo cumprimento dos direitos da criança e do adolescente", particularmente por meio da aplicação de medidas especiais de proteção a crianças e adolescentes com direitos ameaçados ou violados e por meio da aplicação de medidas especiais a pais ou responsáveis (art. 136, I e II da Lei 8.069/1990). Frisa que apenas os conselhos tutelares têm competência para apurar os atos infracionais praticados por crianças, aplicando-lhes medidas específicas de proteção, previstas em lei, a serem cumpridas mediante requisições do conselho. (artigo 98, 101, 105 e 136, III, "b" da Lei 8.069/1990). Por fim, determina que os conselhos tutelares acompanhem os atos de apuração de ato infracional praticado por adolescente, quando houver fundada suspeita da ocorrência de algum abuso de poder ou violação de direitos do adolescente, no sentido de providenciar as

⁶Neste sentido estabelece que: as Varas da Infância e da Juventude devem ser encontradas em todos os municípios de grande e médio porte, com a respectiva infraestrutura, com a presença de equipes interprofissionais mantidas com recursos do Poder Judiciário; as Varas Criminais, especializadas no processamento e julgamento de crimes praticados contra crianças e adolescentes, em todas as comarcas da Capital e nas cidades de grande porte e em outras cidades onde indicadores apontem essa necessidade, priorizando o processamento e julgamento nos Tribunais do Júri dos processos que tenham crianças e adolescentes como vítimas de crimes contra a vida; Promotorias da Infância e Juventude especializadas, em todas as comarcas; existência de Centros de Apoio Operacional às Promotorias da Infância e Juventude; Núcleos Especializados de Defensores Públicos, para a imprescindível defesa técnico-jurídica de crianças e adolescentes que dela necessitem; e, por fim, existência de Delegacias de Polícia Especializadas, tanto na apuração de ato infracional atribuído a adolescente, quanto na apuração de delitos praticados contra crianças e adolescentes em todos os municípios de grande e médio porte.

medidas específicas de proteção de direitos humanos, prevista em lei e cabível.

Quanto ao eixo da promoção, o viés escolhido pela Resolução é o desenvolvimento da política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, referindo-se expressamente ao artigo 86 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷. Referida política especializada deve desenvolver-se de maneira transversal e intersetorial, de modo a promover a articulação de todas as políticas públicas (infra-estruturantes, institucionais, econômicas e sociais), de modo a integrar suas ações a fim de tornar efetiva a garantia integral dos direitos de crianças e adolescentes.

Prevê que o desenvolvimento de referida política implica na satisfação das necessidades básicas de crianças e adolescentes pelas políticas públicas, sendo, de um lado, a garantia de realização dos direitos humanos e, de outro, dever do Estado, família e sociedade. Ressalta a participação da população por intermédio de suas organizações representativas, notadamente no que diz respeito à formulação e controle das políticas públicas. Como medida salutar menciona expressamente a descentralização política e administrativa, reservando à esfera federal a edição de normas gerais e a execução das mesmas aos estados, distrito federal e municípios, abrangendo também as entidades sociais.

O atendimento dos direitos humanos de crianças e adolescentes deve operacionalizar-se por meio de três tipos de programas, serviços e ações públicas, a saber: serviços e programas das políticas públicas, especialmente das políticas sociais, afetos aos fins da política de atendimento dos direitos humanos de crianças e adolescentes; serviços e programas de execução de medidas de proteção de direitos humanos; e serviços e programas de execução de medidas socioeducativas e assemelhadas.

⁷Estatuto da Criança e do Adolescente. Art. 86. A política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Por fim, quanto ao controle da efetivação dos direitos humanos, a Resolução remete tal às instâncias públicas colegiadas próprias, desde que se assegure a paridade da participação de órgãos governamentais e de entidades sociais, dentre eles os conselhos dos direitos de crianças e adolescentes, os conselhos setoriais de formulação e controle de políticas públicas; e os órgãos e os poderes de controle interno e externo definidos nos artigos 70, 71, 72, 73, 74 e 75 da Constituição Federal. Não descarta do poder da sociedade civil, mencionando expressamente que o controle social deve ser exercido, soberanamente, pela mesma, por meio das suas organizações e articulações representativas.

Em seu artigo 22 prevê a criação em todos os âmbitos governamentais de um Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente, respectivamente, composto por igual número de representantes do governo e da sociedade civil organizada, garantindo a ampla participação da população, por suas organizações representativas, no processo de formulação e controle da política de atendimento aos direitos da criança e ao adolescente, dos seus programas, serviços e ações.

A importância dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente é ressaltada quando prevê que as deliberações dos mesmos, no âmbito de suas atribuições e competências, **vinculam as ações governamentais e da sociedade civil organizada**, em respeito aos princípios constitucionais da participação popular, da prioridade absoluta do atendimento à criança e ao adolescente e da prevalência do interesse superior da criança e do adolescente, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Prevê, para dar efetividade a esta norma que, sendo constatado o descumprimento de suas deliberações, os conselhos dos direitos da criança e do adolescente representarão ao Ministério Público para as providências cabíveis e aos demais órgãos e entidades legitimados no artigo 210 da Lei no 8.069/90 para demandar em Juízo por meio do ingresso de ação mandamental ou ação civil pública.

Ainda que brevemente, é possível verificar que este Sistema de Garantia de Direitos da Criança e do Adolescente foi formulado de modo a permitir a efetivação do direito de proteção integral e prioritária, preconizado pelo artigo 227 da CF, que garantiu que todas crianças e adolescentes brasileiros, sem qualquer exceção, sejam considerados sujeitos de direitos.

Infelizmente, contudo, ainda não vislumbramos a atuação coordenada e efetiva do SGDCA, a fim de garantir a erradicação do trabalho infantil em nosso país. Entendemos que tal Sistema apenas é efetivo quando atua em rede, com a devida especialização de cada ente da cadeia protetiva, notadamente quanto às questões sociais, econômicas, políticas e culturais que envolvem o trabalho infantil. Contudo, instrumentos foram criados e, se utilizados como preconizados, podem contribuir enormemente para banimento dessa chaga social.⁸

3.4 O Decreto n. 6481/2008 e a Lista TIP

No que diz respeito à efetiva proteção de crianças e adolescentes no meio ambiente de trabalho, outro avanço legislativo pós-constituição de 1988 está na promulgação da Convenção n. 182 em 2 de fevereiro de 2000, por meio do Decreto 3587/2000.

Referida Convenção Internacional determina que os países membros devem assumir o compromisso de eliminar as piores formas de trabalho infantil, classificados em quatro categorias: todas as formas de escravidão ou práticas análogas; procura de crianças e adolescentes para fins de prostituição ou de material pornográfico; procura de crianças e adolescentes para exercer atividades ilícitas como o tráfico de drogas e trabalhos que, por sua

⁸ Neste sentido, a experiência exitosa realizada na cidade de Franca/SP do trabalho em rede do SGDCA: NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O trabalho em rede como estratégia para erradicação do trabalho infantil e proteção do adolescente. In: BASSI, Guilherme Aparecido e CÉSAR, Joao Batista Martins. Trabalho infantil: realidade e perspectivas: estudos em homenagem ao professor Oris Oliveira. São Paulo, LTr, 2016.

natureza ou pelas circunstâncias, possam prejudicar a saúde, a segurança ou a moral de crianças e adolescentes.

A Convenção estabeleceu ainda que os trabalhos que por sua natureza possam prejudicar a saúde, a segurança ou a moral de crianças e adolescentes deveriam ser previstos em uma lei, após a consulta de organizações de trabalhadores e empregados interessados, devendo esta lista ser, periodicamente, revista a fim de serem incluídas eventuais atualizações.

Assim, em 12 de junho de 2008 o Brasil regulamentou a Convenção 182 da OIT por meio do Decreto 6481, pelo qual aprovou a Lista das Piores Formas de Trabalho Infantil (Lista TIP), na qual são encontradas oitenta e nove atividades consideradas prejudiciais à saúde e à segurança, além de quatro atividades prejudiciais à moralidade.⁹

O Decreto, em consonância com a Convenção 132, integra dentro das piores formas de trabalho infantil: todas as formas de escravidão ou práticas análogas, tais como venda ou tráfico, cativoiro ou sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou obrigatório; a utilização, demanda, oferta, tráfico ou aliciamento para fins de exploração sexual comercial, produção de pornografia ou atuações pornográficas; a utilização, recrutamento e oferta de adolescente para outras atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de drogas; e o recrutamento forçado ou compulsório de adolescente para ser utilizado em conflitos armados.

A Lista TIP é organizada com a descrição do trabalho proibido de ser exercido abaixo da idade mínima de dezoito anos,

⁹ Por meio deste Decreto foi proibido o trabalho de indivíduos com idade inferior a dezoito anos em todas as atividades ali elencadas, prevendo, contudo, a possibilidade de elisão:

I - na hipótese de ser o emprego ou trabalho, a partir da idade de dezesesseis anos, autorizado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, desde que fiquem plenamente garantidas a saúde, a segurança e a moral dos adolescentes; e

II - na hipótese de aceitação de parecer técnico circunstanciado, assinado por profissional legalmente habilitado em segurança e saúde no trabalho, que ateste a não exposição a riscos que possam comprometer a saúde, a segurança e a moral dos adolescentes, depositado na unidade descentralizada do Ministério do Trabalho e Emprego da circunscrição onde ocorrerem as referidas atividades.

os prováveis riscos ocupacionais gerados pela atividade e as prováveis repercussões à saúde em áreas como: agricultura, pesca, indústria extrativa, indústria de transformação, construção, comércio, transporte e armazenagem, saúde e serviços sociais, serviços domésticos, etc.

Tal relação é importante na medida em que evidencia, de modo pormenorizado, os riscos ocupacionais das atividades mencionadas, afastando-as dos adolescentes que, por se encontrarem em fase de desenvolvimento, suas características físicas, estruturais, morfológicas, fisiológicas, bioquímicas e metabólicas apresentam uma maior suscetibilidade à toxidade por substâncias químicas, metais pesados e também ao calor e ao ruído.

Por fim, os riscos denominados morais também foram elencados na lista TIP, considerados estes os que se encontram nas seguintes atividades: aquelas prestadas de qualquer modo em prostíbulos, boates, bares, cabarés, danceterias, casas de massagem, saunas, motéis, salas ou lugares de espetáculos obscenos, salas de jogos de azar e estabelecimentos análogos; de produção, composição, distribuição, impressão ou comércio de objetos sexuais, livros, revistas, fitas de vídeo ou cinema e cds pornográficos, de escritos, cartazes, desenhos, gravuras, pinturas, emblemas, imagens e quaisquer outros objetos pornográficos que possam prejudicar a formação moral; de venda, a varejo, de bebidas alcoólicas; com exposição a abusos físicos, psicológicos ou sexuais.

Neste ponto, fica evidente o avanço da legislação brasileira no sentido de garantir proteção integral à criança e ao adolescente no mercado de trabalho, com a identificação de trabalhos e atividades que podem trazer risco à sua formação física e/ou psicológica, atentando-se para a garantia do seu desenvolvimento integral e saudável.

4. Um ponto crítico permanente para efetivação do direito ao não trabalho de crianças e adolescentes: a competência jurisdicional em matéria de autorização para trabalho antes da idade mínima

Os avanços demonstrados até aqui, embora tenham evidenciado uma ruptura quanto ao tratamento da questão pré e pós Constituição Federal de 1988, não foram suficientes para exterminar todos os pontos críticos que impedem a efetivação do direito ao não trabalho de crianças e adolescentes.

Em que pese a Reforma Constitucional trazida pela Emenda 45/2004, que atribuiu à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar todas as questões relativas ao trabalho, permanece a celeuma quanto às autorizações para trabalho artístico e trabalho em geral, que se desenvolvem antes da idade mínima de quatorze anos completos. Tal persiste em razão do entendimento segundo o qual, como resquício dos Códigos de Menores, tais competências permanecem afetas aos Juízes da Infância e Juventude que atuam na Justiça Estadual.

Quanto ao trabalho infantil artístico, a interpretação sistemática da Constituição Federal e da Convenção Internacional 138 da OIT possibilita que o trabalho artístico seja desenvolvido por crianças ou adolescentes antes da idade de quatorze anos. A exceção legal, contudo, comporta necessidade de análise detalhada, que seja capaz de evidenciar que eventual autorização concedida não viole os direitos e garantias fundamentais das crianças ou adolescentes envolvidos. Tal análise apenas pode ser efetuada judicialmente, o que importa em concessão, ou não, de uma autorização judicial clausurada e específica para cada trabalho artístico a ser desenvolvido.

Parece-nos evidente que, em se tratando de trabalho artístico a ser desenvolvido, apenas e tão somente a Justiça do Trabalho teria competência para apreciar o pedido de autorização. Ainda que se argumente que não se trata de trabalho, mas de mera participação artística, é preciso ter em mente que desde que se configure o

exercício de uma atividade em prol de um ganho (econômico ou não), estamos diante de uma situação típica de trabalho, pouco importando se subordinado ou não. Eventual controvérsia decorrente desta atividade será analisada pela Justiça do Trabalho, invariavelmente. Assim, este contrato de trabalho firmado entre os responsáveis pela criança ou adolescente e o ente contratante, em sua fase pré-contratual, exige um acerto judicial que, no caso, apenas pode ser efetuado pelo Juiz do Trabalho.

Atualmente a questão é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5326), na qual a ABERT (Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão) sustenta a inconstitucionalidade da expressão “inclusive trabalho artístico” no interno da Recomendação Conjunta 01/14-SP, Recomendação Conjunta 01/14-MT, que reconheceram a competência dos respectivos órgãos trabalhistas para processar e julgar os pedidos de autorização judicial para o trabalho de crianças e adolescentes antes da idade mínima, além de criar Juizado Especial na Justiça do Trabalho, com competência específica para decidir questões que envolvem trabalho de crianças e adolescentes.

Tal celeuma, como vimos, é incompatível com a evolução da proteção ao direito ao não trabalho de crianças e adolescentes que, conforme já preconiza a Resolução 113 do CONANDA, apenas pode ser efetivado se levado a cabo por órgãos especializados e especialistas na matéria. No caso, maior especialização que a da Justiça do Trabalho não há.

Quanto ao trabalho em geral, fora da hipótese de trabalho artístico, ainda encontramos autorizações judiciais concedidas pelos Juízes da Infância e Juventude sob o argumento de que tais crianças (invariavelmente pobres, vulneráveis e algumas em situação de conflito com a lei), “merecem” o trabalho como forma de abandonar a situação de rua ou delinquência.

De todo exposto, é claro que esse raciocínio continua preso na concepção dos antigos Códigos de Menores, segundo os quais o trabalho deveria ser a “cura” para essa parcela da população.

Entendemos que esse tipo de autorização não encontra nenhum respaldo jurídico, e muito menos Constitucional, bem como que o artigo 405, parágrafo 2º da CLT não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, notadamente ante o disposto em seu artigo 227, além de estar em conflito com o art. 6º do ECA, que por ser lei especial, não trouxe nenhuma exceção à regra ali contida e, por isso, revoga, ainda que tacitamente, a disposição que se encontra na CLT.

A ausência de alinhamento do Poder Judiciário dentro da política de proteção à crianças e adolescentes representa, ainda hoje, uma marca de retrocesso dentro deste panorama.

5. Considerações finais

A educação, como motor para o desenvolvimento pessoal e profissional do indivíduo, possui uma força motriz maior que a união de todas as máquinas existentes. Não existe, dentro do mundo que conhecemos, bem cujo valor seja maior que o da educação.

Garantir a nossas crianças e adolescentes o direito à educação integral, em tempo integral, de qualidade e, quanto à educação profissional, que ela seja atualizada com as necessidades de mercado e possa garantir a aquisição de um consistente patrimônio profissional, é a única saída para que o direito ao não trabalho se transforme em oportunidade de vida e de trabalho.

A Constituição de 1988 apresentou um enorme avanço para proteção de crianças e adolescentes, rompendo o paradigma anterior e outorgando aos mesmos o papel de protagonistas de suas próprias existências, garantindo-se-lhes o direito inalienável aos direitos fundamentais de todo e qualquer cidadão e, mais que isso, lhes garantiu que tais direitos sejam observados de modo integral e prioritário com relação a todos os demais cidadãos.

A legislação infraconstitucional que se seguiu manteve o viés de buscar a efetividade dos princípios e direitos estampados na Constituição Federal.

Entretanto, ainda encontramos alguns problemas, do ponto de vista jurídico-institucional, e da atuação em rede do SGDCA, para efetivação de tais direitos. Trazê-los à luz e refletir sobre os mesmos é metade do caminho. Esperamos, com esse singelo ensaio, contribuir para que a outra metade da estrada seja construída.

Referências

BRASIL. Todos pela educação. *Brasil tem 93,6% das crianças e jovens de 4 a 17 anos na escola*. Disponível em: <<http://www.todospelaeducacao.org.br/sala-de-imprensa/releases/32460/brasil-tem-936-das-criancas-e-jovens-de-4-a-17-anos-na-escola/>> Acesso em: 04. dez. 2017.

CÉSAR, João Batista Martins; MELO, Guilherme Aparecido Bassi de. *Trabalho Infantil: mitos, realidades e perspectivas- estudos realizados em homenagem ao Professor Oris de Oliveira*. São Paulo: LTr, 2016.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. *A proteção à criança nas constituições brasileiras: 1824 a 1969*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/390/r139-07.pdf>> Acesso em: 22. nov. 2017.

CONANDA. *Resolução 113*. Disponível em: <http://www.crpasp.org.br/portal/comunicacao/diversos/mini_cd/pdfs/Res_113_CONANDA.pdf> Acesso em: 27. nov. 2017.

IBGE. *Pnad Contínua 2016*. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101388.pdf>> Acesso em: 05. dez. 2017.

OIT. *Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho*. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf> Acesso em: 23. nov. 2017.

OLIVEIRA, Oris. *Trabalho e profissionalização de adolescente*. São Paulo: LTr, 2009.

Políticas de ciência e tecnologia e efetividade da autonomia dos Estados Federados desde 1988

Fernanda Gurgel Raposo¹

Apresentar um panorama das políticas econômicas de ciência e tecnologia das vinte e seis Constituições Estaduais brasileiras requereu uma exaustiva investigação, para levantamento das diretrizes constitucionais estaduais sobre a temática, dos limites constitucionais e federativos que se impuseram aos Poderes Constituintes Decorrentes, a partir da ótica das políticas de natureza econômicas que se ocuparam de estratégias de desenvolvimento desse setor.

Isso porque a competência para legislar em Direito Econômico, segundo a Carta Magna de 1988, é concorrente entre União, Estados-Membros e Distrito Federal. Nesse sentido, para análise acerca da efetiva autonomia dos Estados-membros na institucionalização de políticas econômicas, que consideram demandas estaduais, locais ou regionais, mister se faz traçar um recorte, entre as temáticas econômicas possíveis, para fins de tecer conclusões, por amostragem, acerca da efetividade da autonomia dos Estados-Membros e, no caso do artigo apresentado, o recorte

¹ Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre em Letras pela Universidade Federal de Sergipe, Doutoranda em Sociologia pela Universidade Federal de Sergipe, professora de Direito Constitucional e Direito Internacional da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. E-mail: fernandagurgel@msn.com Telefone: (79) 999873738

temático se delimita em torno das políticas de ciência e tecnologia das Constituições Estaduais brasileiras.

Para tratar de políticas de desenvolvimento estadual ou regional a partir do estabelecimento de ações na esfera econômica, com fulcro na repartição de competências que outorga aos Estados-Membros poderes para legislar concorrentemente, é preciso situar essa repartição e a autonomia que dela decorre, tratando da forma de Estado no qual se insere o Brasil. Nesse ínterim, o Estado Federal pressupõe um conglomerado de unidades autônomas entre si, se auto-organizando, auto-administrando e autogovernando, com uma dose de liberdade comedida pela própria estrutura do pacto federativo, a que a ordem jurídica atribui-lhe natureza de autonomia.

Nesse sentido é que, a pesquisa cujos resultados se apresentam teve por finalidade basilar investigar, no texto das Constituições Estaduais, o exercício efetivo da autonomia, no que compete à elaboração de norma constitucional estadual em matéria de Direito Econômico, especialmente no que concerne a políticas ou diretrizes voltadas à ciência e tecnologia, considerando os aspectos locais, conforme previu e permitiu a própria Constituição Federal de 1988, assim como traçar as limitações que se impuseram efetivamente a essa autonomia.

O conceito de autonomia à luz dos paradigmas do Estado Federal é deveras amplo. Todavia, para fins da análise a que nos propomos, ficamos com o extrato da sua característica de “poder de edição de normas jurídicas próprias extraídas de um campo competencial disposto na Constituição Federal”. (IVO, 1997, p. 100). Ou seja, autonomia é característica da federação que se relaciona à competência para o exercício de atribuições de auto-organização, entendida essa como a prerrogativa de elaboração das próprias Constituições Estaduais, desde que observados os limites a ela impostos pela Lei Maior. Se o enfoque à análise são os textos das Cartas Estaduais, justificado se apresenta o recorte do conceito

de autonomia para fins de exposição de conclusões sobre sua extensão e seus limites.

Reitere-se que não descartamos a amplitude do conceito da prerrogativa dos entes federativos em questão. Em realidade, sobre este, nos alinhamos à perspectiva de Ferrari (2003, p. 50), segundo o qual a autonomia se manifesta de três formas distintas: através da auto-organização, entendida como capacidade dos Estados-Membros de promulgarem suas próprias constituições, no exercício do Poder Constituinte Decorrente, do autogoverno, entendido como prerrogativa dos Estados-Membros de elegerem os titulares dos Poderes Executivo e Legislativo, e da auto-administração, entendida como capacidade de estruturação dos próprios órgãos e de exercício da própria administração, na aplicação e execução das leis. Eis o conceito completo a que a referida análise se alinha.

Isto posto, reitere-se que trataremos da prerrogativa da autonomia relacionada à capacidade dos Estados-membros de elaboração das próprias constituições, assim como da competência de que dispõem para legislar concorrentemente em Direito Econômico. Considerado o caso do Federalismo Brasileiro, e todas os seus reflexos constitucionais, a autonomia dos entes federativos se coloca como fator de viabilização de uma abordagem das particularidades regionais, especialmente ao instituir um sistema de repartição de competências que outorga aos Estados-Membros autonomia legislativa e constitucional em matérias de interesse regional, observados tanto os limites que a própria organização federativa impõe, quanto todos os demais verificados na Constituição Federal.

Em linhas gerais, considerando-se a Carta Magna de 1988, é possível inferir que atualmente os limites expressos são os princípios constitucionais, pois é o que determina o seu artigo 25, vejamos: “Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição”. Posto o que diz a Constituição, resta verificar quais os limites que a

Suprema Corte impôs a essa autonomia, ao interpretar e aplicar o referido dispositivo constitucional, em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, e qual é a extensão dessa prerrogativa quando a matéria da política é ações econômicas de desenvolvimento científico e tecnológico, considerando-se o que de fato trouxeram as Constituições Estaduais. Para tanto, começaremos tratando da autonomia para legislar em Direito Econômico para, só então, adentrarmos especificamente nas políticas de ciência e tecnologia encontradas nas cartas estaduais.

Destarte, a escolha das normas constitucionais responsáveis por estabelecer as diretrizes jurídicas de natureza econômica se justifica por ser esse corpo normativo aquele que irá inaugurar a inovação em matéria de Direito Econômico dentro do âmbito estadual, fundando uma ordem de organização jurídica a partir das particularidades regionais, conforme autorização constitucional, consolidando o sistema federativo ao garantir efetividade às normas da Carta Magna que trataram da autonomia e da repartição de competências, e servindo de parâmetro à elaboração de normas infraconstitucionais e ao planejamento de políticas de governo para efetivação dos referidos dispositivos constitucionais.

Em relação à distribuição de competência da Constituição Federal, o sistema brasileiro é considerado misto, não somente por conglomerar diversas estratégias de delimitação das atribuições legislativas - a exemplo das modalidades de competência privativa, suplementar, residual, etc. -, mas também por ter promovido uma integração entre a técnica clássica de distribuição, em que se têm poderes normativos enumerados atribuídos a União, e residuais designados aos Estados-Membros, com a técnica incorporada pelo constitucionalismo alemão, ao trazer previsão de competências privativas delegáveis, como ocorre com a hipótese do parágrafo único do artigo 22 da Constituição Federal, e de competências concorrentes, entre União, estados e Distrito Federal, conforme se verifica no rol trazido pelo artigo 24. (FERRARI, 2003, p. 88)

Assim, em relação aos Estados-Membros, a Carta Magna de 1988 atribuiu-lhes competência constituinte, conforme preceitua o artigo 25, competências privativas ou enunciadas, a exemplo das competências em matéria tributária, prevista nos artigos 145, I, II, III e 155, e das competências legislativas relacionadas nos artigos 18 §4º e 25 §§2º e 3º, competência delegada, conforme artigo 22 parágrafo único, competência residual, conforme prevê o artigo 25 §1º, e a competência concorrente, prevista no artigo 24 da Lei Maior vigente, que é exatamente onde se encontra prevista a possibilidade dos entes federativos legislar em matéria de Direito Econômico conjuntamente. Consideradas as exposições acerca das competências privativa, residual e delegada, resta esclarecer o que é exatamente competência concorrente.

Sobre essa classificação e conceito, Bercovici define competência concorrente como a materialização da coordenação na repartição de poderes, entendida essa coordenação como sendo um modo de atribuição e exercício conjunto de competências no qual os entes federativos participam em alguma medida. Ademais, a coordenação consiste num processo de construção de um resultado comum, e do interesse de todos, a partir de uma tomada de decisão em escala federal, que é adaptada em certo nível para atender às particularidades e necessidades dos demais entes parte dessa colaboração. (BERCOVICI, 2004, p. 59).

Com isso, outorgar autonomia ao Direito Econômico estadual, ao atribuir-lhe a possibilidade de ser objeto de legislação que considera aspectos regionais num federalismo que é continental, incluindo-o no rol de competências concorrentes, configurou decisão acertada e compatível com o desejo cooperação federativa para redução de desigualdades regionais e garantia do desenvolvimento nacional, metas republicanas elencadas entre os objetivos da República Federativa do Brasil, expressas no artigo 3º, incisos II e III² da Carta de 1988.

²Art. 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

Entretanto, somente uma análise das Constituições Estaduais irá fornecer os subsídios necessários a uma conclusão acerca da atual situação do exercício da autonomia para legislar em sede constitucional estadual, em matéria de Direito Econômico, levando em conta as políticas voltadas à ciência e tecnologia, relevantes ao desenvolvimento regional. A seleção da referida temática se deu por entendermos ser esse um segmento capaz de promover o progresso econômico e social estadual, desde que alinhados à ideologia econômica jurídica nacional.

Sobre a seleção dos dispositivos objetos da análise, necessária se faz uma justificativa metodológica do recorte da presente pesquisa. Isso porque admitimos que as normas de conteúdo econômico que integram a Ordem Econômica estadual, no sentido material, não se encontram somente nos textos constitucionais, conforme destaca Eros Grau, ao propor que se diferencie, nos discurso sobre normas de conteúdo econômico, tanto “Ordem Econômica” de “Constituição Econômica”, quanto “Ordem Econômica Constitucional Material” de “Ordem Econômica Constitucional Formal” (GRAU, 2017, p. 76). Para o ilustre doutrinador, e acompanhamos esse ensinamento, o conteúdo das normas que constituem a Ordem Econômica não exaure no texto constitucional. Todavia, a análise apresentada tem por objetivo o estudo tão somente da Ordem Econômica Constitucional Formal, em relação especificamente às políticas auto-designadas como científicas e tecnológicas, vez que é de autonomia e limites do Poder Constituinte Decorrente, para legislar na referida matéria, que tratamos.

Além disso, concordamos com Washington Peluso Albino de Souza (2016, p. 39) sobre o fato de que qualquer ramo do direito poder versar sobre atos e fatos econômicos, vez que quaisquer deles podem dispor de normas que se ocupem de temas econômicos, ainda que de forma secundária. A diferença entre

normas de outra natureza com conteúdo econômico e as normas essencialmente de Direito Econômico é o fato de que essas últimas cuidam de dispositivos com conteúdo na modalidade “político-econômica” e, indiscutivelmente, a Ordem Econômica das Constituições Estaduais trazem normas com essa característica particular. (SOUZA, 2016, p. 18)

Diante do exposto, a proposta de análise de dispositivos constitucionais estaduais se justifica por configurarem esses o fundamento de validade de todas as demais políticas instituídas em normas infraconstitucionais, pelo papel político-jurídico dos dispositivos constitucionais estaduais e por terem sido essas as Cartas que poderiam ter estabelecido diretrizes de política econômica de ciência e tecnologia de base, considerando os aspectos regionais, as suas potencialidades em termos de recursos, e as suas fragilidades considerando-se as demandas estaduais, regionais ou locais.

Além disso, cumpre um papel dentro do sistema federativo a unidade que considera suas prerrogativas e corrobora para a superação do subdesenvolvimento ao tratar de questões econômicas locais, em suas Constituições Estaduais, a partir de temáticas que interessam à política econômica nacional. Independentemente de onde as matérias se inserirem no corpo das cartas estaduais, a análise se restringiu aos aspectos econômicos dos postulados constitucionais referentes à ciência e tecnologia, que na própria Constituição Federal aparece formalmente dentro da Ordem Social, mas que constitui temática estratégica à disposição de diretrizes constitucionais capazes de promover o desenvolvimento regional.

Para iniciar as análises dos dispositivos das Constituições Estaduais que trataram da ciência e da tecnologia é preciso situar o tratamento dado pela Constituição Federal tanto em relação ao acesso quanto em relação à produção de conhecimento. Sobre o acesso, a Carta Magna atribui competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação” (BRASIL, 1988, art. 23, inciso V), redação dada pela

Emenda Constitucional nº 85 de 2015, que insere no texto o trecho sobre tecnologia, pesquisa e inovação, antes ausentes, modificando a redação do já existente inciso V do artigo 23. Do mesmo modo, o incentivo à pesquisa e à tecnologia aparece como área a ser considerada quando do estabelecimento de diretrizes de política agrícola (BRASIL, 1988, art. 187, III), e a forma como as metas relativas à produção de tecnologia e ao fomento à pesquisa apareceram nas Cartas Estaduais foi tratada quando da análise das políticas rurais. Ademais, produtos de criações tecnológicas são tratados, pela Lei Maior, como patrimônio cultural brasileiro.

Sobre a produção do conhecimento através do incentivo à pesquisa, à produção de tecnologia e inovação, também o capítulo da Constituição Federal que tratava de “ciência e tecnologia” teve o seu título e o corpo do seu texto alterados pela Emenda Constitucional mencionada, e nele se inseriram diretrizes de desenvolvimento, promoção e fomento à capacitação científica e tecnológica e a inovação entre as áreas de incentivo do Estado, além de artigo que prevê a criação de um Sistema Nacional de Ciência Tecnologia e Inovação, organizado em regime de colaboração entre os entes federativos, e cujas peculiaridades admitem legislação concorrente entre Estados, Distrito Federal e Municípios.(BRASIL, 1988, art. 219-B). Todavia, dada a atualidade da inserção, e considerando a duração de tempo média dos processos legislativos no Brasil, ainda não foram alterados os dispositivos constitucionais estaduais para contemplação das novas diretrizes. Dessa forma, o tema da análise das Cartas Estaduais se manteve “ciência e tecnologia”.

Inegável a importância do estabelecimento de diretrizes constitucionais para desenvolvimento científico não só no âmbito federal, mas igualmente nas esferas de atuação estatal, em potencialidades locais ou regionais, tendo em vista que o fator determinante de desenvolvimento e crescimento econômico de um país, na atualidade, deixou de ser a acumulação de capitais e passou a ser a acumulação de saber e tecnologia, conforme

preleciona Eros Grau (2017, p. 261), especialmente considerando a necessidade iminente de rompimento da dependência tecnológica na qual estão imersos os países subdesenvolvidos, historicamente. E esse é um dos papéis do Estado: romper com esse quadro de dependência a partir do incentivo, fomento e promoção do desenvolvimento científico, tecnológico e de inovação.

Dessa forma, considerando o processo de desenvolvimento proposto pelos moldes do artigo 219 da Constituição Federal, que dispõe que “o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País” (BRASIL, 1988), o papel do Estado na efetivação desses objetivos se torna indispensável, na medida em que esse desenvolvimento depende necessariamente da “vontade política para orientar e favorecer as transformações econômicas e sociais” (BERCOVICI, 2012, p. 269).

Com isso, faz-se necessário analisar de que forma os Estados-Membros manifestaram essa vontade política de transformação das estruturas econômicas e sociais através do incentivo ao desenvolvimento da ciência e da tecnologia, considerando a amplitude e os limites da sua competência de atuação, bem como as demandas que lhe são particulares. Para tanto, é preciso conhecer de que forma essas Cartas Estaduais trataram das finalidades do desenvolvimento desse setor e, para iniciar a exposição, foram omissas em relação a finalidades da política científica e tecnológica adotada as Constituições Estaduais do Piauí, do Rio Grande do Sul, de Roraima, de Santa Catarina e de Sergipe. Além dessas, transcreveram as finalidades apontadas na Carta Magna, de benefício ao bem público e ao progresso da ciência, conforme redação anterior do §1º do artigo 218³, as

³Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. § 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015). (BRASIL, 1988, art. 218).

Constituições de Minas Gerais⁴, Rio Grande do Norte⁵, São Paulo⁶ e Tocantins⁷, sem nenhuma alteração, assim como a Constituição Estadual do Ceará⁸, a de Pernambuco⁹, a do Rio de Janeiro¹⁰ e a do Mato Grosso¹¹, com a sutil substituição de “bem público” por “bem estar da população”, e essa última com a inserção da “solução de problemas sociais” entre as finalidades, reproduções, mais uma vez, reflexo da prática dos Poderes Constituintes Decorrentes de adoção de normas de imitação, mesmo quando não se trata de dispositivo de reprodução obrigatória. De forma um pouco distinta, a Carta goiana traz como objetivo somente o bem estar da população, e estabelece como prioritária a pesquisa e difusão do conhecimento “tecnológico”¹².

⁴ Art. 211 § 1º – A pesquisa básica receberá tratamento prioritário do Estado, com vistas ao bem público e ao progresso do conhecimento e da ciência. (MINAS GERAIS, 1989, art. 211 §1º).

⁵ Art. 147 § 1º. A pesquisa científica básica recebe tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência. (RIO GRANDE DO NORTE, 1989, art. 147, §1º).

⁶ Artigo 268 § 1º - A pesquisa científica receberá tratamento prioritário do Estado, diretamente ou por meio de seus agentes financiadores de fomento, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência. (SÃO PAULO, 1989, art. 268, §1º).

⁷ Art. 142 § 1º. A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências. (TOCANTINS, 1989, art. 142, §1º).

⁸ Art. 253. O Estado promoverá o desenvolvimento científico e tecnológico, incentivando a pesquisa básica e aplicada, a autonomia e capacitação tecnológicas e a difusão dos conhecimentos técnicos e científicos, tendo em vista o bem-estar da população e o progresso das ciências. (CEARÁ, 1989, art. 253).

⁹ Art. 203. O Estado promoverá o desenvolvimento científico e tecnológico, incentivando a formação de recursos humanos, a pesquisa básica e aplicada, a autonomia e a capacitação tecnológicas, a difusão de conhecimentos, tendo em vista o bem-estar da população e o progresso das ciências. (PERNAMBUCO, 1989, art. 203).

¹⁰ Art. 331 - O Poder Público promoverá e incentivará a pesquisa e a capacitação científica e tecnológica, bem como a difusão do conhecimento, visando ao progresso da ciência e ao bem-estar da população. (RIO DE JANEIRO, 1989, art. 331).

¹¹ Art. 352 O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico e tecnológico, a pesquisa básica, a autonomia e a capacitação tecnológicas e a difusão dos conhecimentos, tendo em vista o bem-estar da população, a solução dos problemas sociais e progresso das ciências. (MATO GROSSO, 1989, art. 352).

¹² Art. 167 - O Estado, visando ao bem-estar da população, promoverá e incentivará o desenvolvimento e a capacitação científica e tecnológica, com prioridade à pesquisa e à difusão do conhecimento tecnocientífico. (GOIÁS, 1989, art. 167).

Trouxeram finalidades idênticas, apesar de não encontrarem identidade na Carta Magna, as Constituições do Pará e da Paraíba, que estabelecem a promoção de desenvolvimento científico e tecnológico, como parte de uma política específica, tendo em vista “a qualidade de vida da população, o desenvolvimento do sistema produtivo, a solução dos problemas sociais e o progresso das ciências” (PARÁ, art. 289; PARAÍBA, art. 224), incluindo nas metas das políticas científico-tecnológicas do Estado, o desenvolvimento de sistemas de produção, e a atuação do setor em favor dos problemas sociais, como objetivos do Estado. Mencionam, igualmente o aperfeiçoamento do sistema produtivo do Estado ou da região, as Constituições de Alagoas¹³, que inclui também a reprodução da finalidade encontrada na Constituição Federal do bem público e do progresso da ciência, a da Bahia¹⁴ e do Amapá¹⁵, que associam a esse a solução de problemas sociais, e essa última institui também como meta do incentivo à ciência a melhoria da qualidade de vida da população e o progresso da ciência, e as do Maranhão¹⁶ e Mato Grosso do Sul¹⁷, com a inclusão da solução de

¹³Art. 215. O Estado, objetivando o bem público, progresso das ciências e o aprimoramento do sistema produtivo nacional e regional, promoverá e estimulará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica, apoiando, inclusive, a formação de recursos humanos especializados. (ALAGOAS, 1989, art. 215)

¹⁴ Art. 265. O Estado promoverá o desenvolvimento científico e tecnológico, incentivando a pesquisa básica e aplicada, bem como assegurando a autonomia e capacitação tecnológica e a difusão do conhecimento técnico-científico. § 2º A pesquisa aplicada voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas sociais e para o desenvolvimento do sistema produtivo do Estado. (BAHIA, 1989, art. 165, §2º).

¹⁵ Art. 296. O Estado promovera e incentivara, por intermédio de uma política específica, o desenvolvimento científico e tecnológico, a pesquisa básica e aplicada, a autonomia e a capacitação tecnológica, e a ampla difusão dos conhecimentos, com a finalidade de melhorar a qualidade de vida da população, desenvolver o sistema produtivo, buscar solução dos problemas sociais e o progresso das ciências. (AMAPÁ, 1991, art. 296).

¹⁶ Art. 234. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica. § 5º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução de problemas regionais e o desenvolvimento produtivo. (MARANHÃO, 1989, art. 234, §5º).

¹⁷ Art. 211 - O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento da ciência e da capacitação técnica e a pesquisa, que terá tratamento prioritário. Parágrafo único. A pesquisa científica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas regionais e para o desenvolvimento da produção no Estado. (MATO GROSSO DO SUL, 1989, art. 211, parágrafo único).

problemas regionais. Inegável a preocupação de algumas Constituições com questões sociais e regionais aliadas à produção do conhecimento, ainda que apareçam de forma pouco significativa em relação ao que poderia ter sido estabelecido em termos de abrangência das diferenças regionais e sociais, mas já implicam num avanço em relação àquelas que se dispuseram somente à reprodução de dispositivo constitucional federal.

Contudo, cinco Estados-Membros trataram desse objetivo de forma original, com um tratamento que merece estudo em separado, e foram as Constituições do Acre¹⁸, que destaca a importância do desenvolvimento de pesquisa que possibilite o aproveitamento dos recursos naturais e regionais, a preservação do meio ambiente e o progresso das ciências, e essa menção aos recursos da localidade contempla aspectos peculiares do seu território e que aliados à pesquisa e à produção de tecnologia podem contribuir de forma peculiar para o desenvolvimento regional ou local, a do Paraná¹⁹, que estabelece o desenvolvimento econômico e social do Estado-Membro como única finalidade do referido incentivo, mas que ainda sim trata dessa área como fator de potencial promoção de progresso estadual, a de Rondônia²⁰ que impõe ao Poder Público não somente o dever de incentivo, mas igualmente de controle das políticas científicas e tecnológicas, e direciona o objetivo para o benefício do interesse coletivo, que se concretiza sempre que atendidas as necessidades

¹⁸Art. 208. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica. § 1º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o aproveitamento dos recursos naturais e regionais, objetivando a preservação do meio ambiente e o progresso das ciências. (ACRE, 1989, art. 208).

¹⁹Art. 200. Cabe ao Poder Público, com a participação da sociedade, em especial as instituições de ensino e pesquisa, bem como as empresas públicas e privadas, promover o desenvolvimento científico e tecnológico e suas aplicações práticas, com vistas a garantir o desenvolvimento econômico e social paranaense. (PARANÁ, 1989, art. 200).

²⁰Art. 198. É livre a pesquisa, o ensino, a experimentação científica e tecnológica, cabendo ao Poder Público seu incentivo e controle, com vistas ao desenvolvimento em benefício do interesse coletivo, no sentido de atender as necessidades básicas da população. (RONDÔNIA, 1989, art. 198).

básicas da população, a do Espírito Santo²¹ que traz como finalidade, além do bem-estar da população, da solução dos problemas sociais e do progresso das ciências, já mencionados em outras Cartas Estaduais, mas também o aproveitamento racional e não predatório dos recursos naturais, a preservação e a recuperação do meio ambiente, o desenvolvimento do sistema produtivo e o respeito aos valores culturais do povo. No caso dessa última Carta Estadual, é nesse ponto que especificidades locais são tratadas como parte do desenvolvimento de uma ação do Estado, uma vez que direciona o incentivo à pesquisa a questões sociais locais, em especial o respeito aos valores culturais do seu povo e recuperação do meio ambiente, que possivelmente se apresenta como fragilidade daquela região.

Por fim, também a Constituição Estadual do Amazonas levou em conta aspectos locais para estabelecer finalidades para o incentivo à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica, para a difusão do conhecimento, tudo isso associado à promoção do desenvolvimento, e que requer citação em destacado, tal qual está posto, dada a extensão do dispositivo que tratou da matéria, vejamos:

Art. 217. O Estado e os Municípios promoverão e incentivarão o desenvolvimento, a pesquisa e a capacitação científica e tecnológica e a difusão de conhecimentos, objetivando, principalmente: I - elevar os níveis da qualidade de vida da população residente no Estado; II - reduzir o grau de dependência tecnológica, financeira e econômica do Estado; III - promover o conhecimento da realidade amazônica como fator de desenvolvimento e meio de possibilitar a utilização racional e não predatória de seus recursos naturais; IV - eliminar as disparidades existentes entre a capital e os municípios, centro e

²¹ Art. 197. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico e tecnológico, a pesquisa científica, a autonomia e a capacitação tecnológicas e a difusão dos conhecimentos, tendo em vista o bem-estar da população, o aproveitamento racional e não predatório dos recursos naturais, a preservação e a recuperação do meio ambiente, o desenvolvimento do sistema produtivo, o respeito aos valores culturais do povo, a solução dos problemas sociais e o progresso das ciências. (ESPÍRITO SANTO, 1989, art. 197).

periferia urbana; V - eliminar os bolsões de pobreza do contexto amazonense (AMAZONAS, 1989, art. 217).

Tomando-se por base os dispositivos das demais Constituições até aqui analisados, torna-se indiscutível o tratamento diferenciado dado à ciência e tecnologia pelo Constituinte Decorrente amazonense em termos de usufruto de autonomia e de tutela a interesses sociais para promoção do desenvolvimento do Estado. O artigo supracitado não só trata expressamente da necessidade de elevação dos padrões de vida do seu povo, como se preocupa com o desenvolvimento local a partir de pesquisa para aprofundamento de conhecimento sobre as potencialidades da Amazônia, e com a redução das desigualdades regionais dentro do próprio Estado e da dependência tecnológica, econômica e financeira da unidade federativa.

A mesma Constituição, no seu artigo 219, estabelece como prioritária a pesquisa cujo objeto central tenha por objetivo atender às expectativas da comunidade amazônica em áreas pré-definidas, e são elas:

I - identificação e controle das grandes endemias; II - aproveitamento das várzeas e desenvolvimento de técnicas acessíveis aos pequenos produtores rurais com vistas à produção de alimentos; III - conhecimento do ecossistema amazônico, de modo a permitir a utilização não predatória de seus recursos ambientais; IV - desenvolvimento de técnicas de manejo, reflorestamento com espécies apropriadas às características da região e recuperação de áreas degradadas; V - utilização de fontes alternativas de energia que minimizem o impacto ecológico no meio amazonense; VI - identificação de tecnologias simplificadas e de baixo custo de saneamento básico; VII - alternativas de habitação de baixo custo, inclusive no que se relacione à identificação de matérias-primas. (AMAZONAS, 1989, art. 219)

No caso da Constituição Estadual do Amazonas, o que se tem é uma meta de redução de dependência externa a partir do desenvolvimento interno, promovendo o que Bercovici chamou de

“autodeterminação tecnológica”, entendida essa como sendo “a capacidade de tomar decisões autônomas, em questão de tecnologia, ou seja, ter a capacidade de gerar de modo independente, os elementos críticos do conhecimento técnico necessários à obtenção do produto ou processo”, que se faz necessária medida para a concretização do que ele mesmo chamou de soberania econômica, necessária a promoção de desenvolvimento efetivo em país com tradição de subdesenvolvimento. Esses foram os objetivos instituídos pelas constituições estaduais para o desenvolvimento da ciência e da tecnologia com apoio do Estado. (BERCOVICI, 2012, p. 271-272)

Além disso, o estabelecimento de prioridade a pesquisas que atendam às demandas locais, tais como aproveitamento de várzeas, habitação de baixo custo, controle de endemias, conhecimento do ecossistema amazônico, e todos os demais constantes dos incisos do artigo 219 supracitado, comprovam, mais uma vez, que alguns Poderes Constituintes Decorrentes de fato efetivaram a autonomia dos Estados-Membros, e consideraram aspectos locais entre as suas deliberações, em especial em matérias que interessam ao Direito Econômico e que visam garantir, de algum modo, o desenvolvimento regional.

Assim como aconteceu com os objetivos em relação às disposições estaduais constitucionais, igualmente distinto foi o tratamento outorgado a compromissos orçamentários pré-definidos para esse setor, e esses serão apresentados a seguir. Entretanto, algumas Constituições Estaduais não se comprometeram com percentuais específicos, e são elas: as Constituições do Acre, do Amapá, da Bahia, do Ceará, de Goiás, do Mato Grosso do Sul, do Rio Grande do Norte, de Rondônia e de Roraima. Para facilitar a observação comparativa das dotações das Cartas que trouxeram percentuais definidos, optamos por dispô-las numa tabela, conforme segue:

Estado-Membro (artigo)	Dotação Mínima	Dotação Máxima
Alagoas	Mínimo de 1,5% da receita estimada anual. ²²	
Amazonas	Mínimo de 1% da receita tributária para a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas. ²³	
Espírito Santo	Mínimo de 2,5% da receita orçamentária anual. ²⁴	
Maranhão	Exato de 0,5% para a Fundação de Amparo e ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Maranhão. ²⁵	
Mato Grosso		Até 2% da receita proveniente de impostos. ²⁶
Minas Gerais	Mínimo de 1% da receita orçamentária corrente ordinária. ²⁷	

²²Art. 216. Recursos orçamentários, no montante de pelo menos 1,5% (um e meio por cento) da receita estimada anual decorrente do exercício da competência tributária estadual, deduzidas as transferências aos Municípios previstas no inciso II, alínea 'b' e inciso III do art. 171, serão destinados ao desenvolvimento científico e tecnológico do Estado, sendo transferidos em duodécimos, durante o exercício correspondente, à instituição de que trata o § 1º deste artigo. (ALAGOAS, 1989, art. 216).

²³ Art. 217 § 3º. - O Estado destinará o mínimo de um por cento de sua receita tributária à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas, como recursos de sua privativa administração, para aplicação em desenvolvimento científico e tecnológico. (AMAZONAS, 1989, art. 217 §3º).

²⁴ Art. 197 § 2º O Estado destinará anualmente não menos de dois e meio por cento de sua receita orçamentária ao fomento de projetos de desenvolvimento científico e tecnológico. (ESPÍRITO SANTO, 1989, art. 197, §2º).

²⁵ Art. 234 § 6º O Estado vinculará parcela de sua receita corrente anual, correspondente a meio por cento, para a Fundação de Amparo à Pesquisa e ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Maranhão - FAPEMA. (MARANHÃO, 1989, art. 234, §6º).

²⁶ Art. 354 O Estado atribuirá dotação correspondente a até 2% (dois por cento) da receita proveniente de impostos, deduzidas as transferências aos municípios, à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Mato Grosso - FAPEMAT e ao Fundo Estadual de Educação Profissional - FEPEP, ficando garantido o mínimo de 0,5% (meio por cento) da citada receita a cada entidade, observando sempre a divisão proporcional das dotações a ela destinadas. (MATO GROSSO, 1989, art. 324).

²⁷ Art. 212 - O Estado manterá entidade de amparo e fomento à pesquisa e lhe atribuirá dotações e recursos necessários à sua efetiva operacionalização, a serem por ela privativamente administrados, correspondentes a, no mínimo, um por cento da receita orçamentária corrente ordinária do Estado,

Pará	Mínimo de 0,3% da receita orçamentária. ²⁸	
Paraíba	Mínimo de 2,5% da receita orçamentária anual. ²⁹	
Paraná	Mínimo de 2% da receita tributária. ³⁰	
Pernambuco	Mínimo de 0,5% dos impostos. ³¹	
Piauí		Até 1% da receita corrente líquida. ³²
Rio de Janeiro	Exato de 2% da receita tributária do exercício à Fundação de Amparo à Pesquisa – FAPERJ. ³³	
Rio Grande do Sul	Mínimo de 1,5% da receita líquida de impostos à Fundação de Amparo à Pesquisa do Rio Grande do Sul. ³⁴	

os quais serão repassados em parcelas mensais equivalentes a um doze avos, no mesmo exercício. (MINAS GERAIS, 1989, art. 212).

²⁸ Art. 291. Lei complementar fixará a forma pela qual o Estado do Pará exercerá a faculdade prevista no § 5º. do art. 218 da Constituição Federal, respeitado o limite mínimo de três décimos por cento da receita orçamentária. (PARÁ, 1989, art. 291).

²⁹ Art. 224 § 3º O Estado destinará dotação mínima de dois e meio por cento de sua receita orçamentária anual, como renda de sua privativa administração, para o fomento ao ensino, à pesquisa científica e tecnológica. (PARAÍBA, 1989, art. 224, §3º).

³⁰ Art. 205. O Estado destinará, anualmente, uma parcela de sua receita tributária, não inferior a dois por cento, para o fomento da pesquisa científica e tecnológica, que será destinada em duodécimos, mensalmente, e será gerida por órgão específico, com representação paritária do Poder Executivo e das comunidades científica, tecnológica, empresarial e trabalhadora, a ser definida em lei. (PARANÁ, 1989, art. 205).

³¹ Art. 203 § 4º Com a finalidade de prover os meios necessários ao fomento de atividades científicas e tecnológicas, o Governo do Estado consignará à Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia do Estado de Pernambuco ou à entidade que venha a substituí-la, uma dotação anual em valor equivalente a, no mínimo, cinco décimos por cento da receita de impostos, excluídas as respectivas transferências de impostos a Municípios. (PERNAMBUCO, 1989, art. 203, §4º).

³² Art. 235. O Estado destinará até 1% (um por cento) de sua receita corrente líquida ao desenvolvimento da pesquisa científica e tecnológica, através de fundação pública a ser criada. (Redação dada pela EC Estadual nº 25, de 14 de dezembro de 2007). (PIAUÍ, 1989, art. 235).

³³ Art. 332 - O Estado do Rio de Janeiro destinará, anualmente, à Fundação de Amparo à Pesquisa – FAPERJ, 2% (dois por cento) da receita tributária do exercício, deduzidas as transferências e vinculações constitucionais e legais. (RIO DE JANEIRO, 1989, art. 332).

³⁴ Art. 236. O Estado cobrirá as despesas de investimentos e custeio de seus órgãos envolvidos com pesquisa científica e tecnológica e, além disso, destinará dotação equivalente no mínimo a um e meio por cento de sua receita líquida de impostos à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul, para aplicação no fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica. 68 Parágrafo único. Lei

Santa Catarina	Exato de 2% das receitas correntes. ³⁵	
São Paulo	Mínimo de 1% da receita tributária à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo ³⁶ .	
Sergipe	Mínimo de 0,5% da receita anual. ³⁷	
Tocantins	Mínimo de 0,5% da receita tributária.	

Tabela 1: Dotações orçamentárias para ciência e tecnologia.

Em geral, as Cartas optaram por destacar percentuais mínimos que variaram entre três décimos por cento (0,3%) da receita orçamentária do Estado, chegando até um mínimo de dois e meio por cento (2,5%), algumas determinando o destinatário e, nesse caso, foram sempre as Fundações de Amparo à Pesquisa dos seus Estados, outras destinando ao desenvolvimento de pesquisa, independente da entidade de fomento.

A *contráriosensu*, dois Estados-Membros optaram por estabelecer, ao invés de percentual mínimo, um teto de investimento no setor, e foram as Constituições do Piauí, com o máximo de apenas um por cento (1%) da receita líquida, e a do Mato Grosso, com um teto de dois por cento (2%). No caso da primeira, fato curioso ocorreu com a referida dotação orçamentária: até 2007 a redação do artigo estabelecia destinação mínima de um por cento (e não máxima), e foi uma Emenda Constitucional que alterou a redação de “mínimo de” para “até”³⁸.

complementar disciplinará as condições e a periodicidade do repasse, bem como o gerenciamento e o controle democráticos da dotação prevista no “caput”. (RIO GRANDE DO SUL, 1989, art. 326).

³⁵Art. 193 — O Estado destinará à pesquisa científica e tecnológica pelo menos dois por cento de suas receitas correntes, delas excluídas as parcelas pertencentes aos Municípios, destinando-se metade à pesquisa agropecuária, liberados em duodécimos. (SANTA CATARINA, 1989, art. 193).

³⁶Artigo 271 - O Estado destinará o mínimo de um por cento de sua receita tributária à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, como renda de sua privativa administração, para aplicação em desenvolvimento científico e tecnológico. (SÃO PAULO, 1989, art. 271).

³⁷ Art. 235 § 2º. Para os fins previstos no parágrafo anterior, será destinada uma parcela da receita anual, nunca inferior a meio por cento da arrecadação tributária do Estado, dela deduzidas as transferências feitas aos Municípios. (SERGIPE, 1989, art. 235, §2º).

³⁸ Cf. Item 413 • O texto original dispunha: • Art. 235 - O Estado destinará o mínimo de um por cento de sua receita orçamentária ao desenvolvimento da pesquisa científica e tecnológica, através de fundação pública a ser criada. (PIAÚI, 1989, art. 235).

Do mesmo modo, também a Constituição Estadual de Alagoas teve a redação do dispositivo que tratava do investimento do Estado em ciência e tecnologia minorado por alteração constitucional, pela via da reforma, nesse caso pela Emenda Constitucional nº 25 de 2002. A redação anterior estabelecia dotação mínima de dois por cento, com redução para um e meio depois da referida reforma³⁹. Nota-se, nesses casos, um corte de despesas Estaduais que mitigam todo o discurso sobre promoção do desenvolvimento regional a partir do fomento à produção do conhecimento e que coloca em risco um processo histórico de conquistas científico-tecnológicas.

Em termos de usufruto da autonomia para legislar na matéria, essas foram as disposições constitucionais encontradas nas Cartas Estaduais. Agora, sobre os limites do Poder Constituinte Decorrente para instituir normas dessa natureza, três dispositivos constitucionais, dos dezessete elencados na Tabela 1, foram objetos de três Ações Diretas de Inconstitucionalidade, e foram os artigos 354, da Constituição Estadual do Mato Grosso, na ADI 550-2⁴⁰, o 329, atual art. 332 - depois de emenda constitucional que alterou a numeração de alguns artigos dessa Carta Estadual - na ADI 780-7⁴¹ e do artigo

³⁹Art. 216. Recursos orçamentários, no montante de pelo menos 1,5% (um e meio por cento) da receita estimada anual decorrente do exercício da competência tributária estadual, deduzidas as transferências aos Municípios previstas no inciso II, alínea 'b' e inciso III do art. 171, serão destinados ao desenvolvimento científico e tecnológico do Estado, sendo transferidos em duodécimos, durante o exercício correspondente, à instituição de que trata o § 1º deste artigo. (Artigo com redação alterada pela Emenda Constitucional nº 25/02, publicada no Diário Oficial do Estado, edição de 05 de junho de 2002. Redação originária: "Art. 216. Recursos orçamentários, no importe de pelo menos dois por cento da receita estimada, serão reservados com vista ao estímulo do desenvolvimento científico e tecnológico e obrigatoriamente transferidos em duodécimos, durante o exercício correspondente, à instituição de que trata o § 1º deste artigo). (ALAGOAS, 1989, art. 216).

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 550-2**. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília: 29 de agosto de 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266411> Acesso em: 10/07/2017

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 780-7** (Medida Liminar). Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília: 11 de março de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=34>

235, §2º, da Constituição Estadual de Sergipe, na ADI 336⁴². Em todos os casos, o entendimento da Suprema Corte foi o de que a vinculação da receita questionada é medida que invade a competência do Poder Executivo e esse posicionamento encontra amparo no artigo 218⁴³ e parágrafos, em especial o §5º, da Constituição Federal.

Por fim, duas Constituições Estaduais trataram de incentivos ou benefícios a empresas que fomentem produção de conhecimento por ações científico-tecnológicas, e foram as Constituições de Minas Gerais⁴⁴, com previsão de concessão de benefícios fiscais a empresas que produzam instrumentos que viabilizem a autonomia tecnológica nacional, e aqui temos outro dispositivo que expressa uma preocupação do Constituinte Decorrente com a autodeterminação tecnológica, ainda que pela via do financiamento direto privado, e a Constituição Estadual de São Paulo⁴⁵, que estabelece, como objetivo do Poder Público, o apoio a empresas que invistam em pesquisas, mas designa à lei ordinária a competência para definir os mecanismos desse estímulo.

Com isso, é possível afirmar que, em relação às políticas científico-tecnológicas dos Estados-Membros, há uma variação

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIN 336**. Relator: Min. Eros Grau. Brasília: 10 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614230> Acesso em: 10/07/2017

⁴³Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. § 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica. (BRASIL, 1988, art. 218, §5º)

⁴⁴ Art. 213 – Entre outros estímulos, a lei disporá, observado o art. 146, XI, sobre concessão de isenções, incentivos e benefícios fiscais a empresas brasileiras de capital nacional, com sede e administração no Estado, que concorram para a viabilização da autonomia tecnológica nacional, especialmente: I – as do setor privado: a) que tenham sua produção voltada para o mercado interno, em particular as dedicadas à produção de alimentos, com utilização de tecnologia indicada para a exploração dos recursos naturais e para a preservação do meio ambiente; b) que promovam pesquisa tecnológica e desenvolvimento experimental no âmbito da medicina preventiva e terapêutica, publiquem e divulguem seus resultados e produzam equipamentos especializados destinados ao uso de portador de deficiência; (MINAS GERAIS, 1989, art. 213).

⁴⁵Artigo 270 - O Poder Público apoiará e estimulará, mediante mecanismos definidos em lei, instituições e empresas que invistam em pesquisa e criação de tecnologia, observado o disposto no § 4º do artigo 218 da Constituição Federal. (SÃO PAULO, 1989, art. 270).

considerável de atribuição de finalidades, assim como de dotação orçamentária para fins de desenvolvimento da área. Além disso, alguns Estados-membros estabeleceram diretrizes constitucionais para a produção de conhecimento útil a resolução de problemas locais e a promoção do desenvolvimento regional, algumas delas que visam à atuação direta do Estado, outras que se voltam ao incentivo à produção de ciência e tecnologia pelas empresas. Todavia, em relação à indagação acerca do tratamento dado a políticas científicas e tecnológicas que consideram aspectos estaduais, locais ou regionais, a resposta a nossa indagação inicial é a de que há, sim, esse tipo de dispositivo nas Constituições Estaduais, conforme demonstrado.

Entretanto, conforme destacamos, as políticas públicas não se efetivam nas normas de programáticas das cartas estaduais. Ao contrário, essas se põem como fundamento constitucional a elaboração de legislação infraconstitucional e a execução de ações que garantirão o desenvolvimento de fato da área. Nesse sentido, cumpre destacar que normas de orientações ao legislador ordinário e de estabelecimento de diretrizes gerais sobre ciência e tecnologia apareceram tanto em seção ou capítulo próprio quanto dispersas entre as políticas urbanas e rurais nas Constituições Estaduais.

Em relação aos artigos sobre o tema relacionados à política rural, a maioria das Cartas que apresentaram esse tipo de iniciativa, trataram da pesquisa e da produção do conhecimento como ferramentas de otimização da produção. Já nas que relacionaram a políticas urbanas, o cerne da proposta foi quase sempre solucionar problemas de engenharia de materiais com fim de promover o barateamento das construções.

Desta forma, conclui-se que políticas científico-tecnológicas integram as Constituições Estaduais, e se põem tanto como instrumento de promoção do desenvolvimento regional ou local, quanto como materialização do exercício da competência concorrente para legislar em Direito Econômico dos Estados-membros. O que foi possível verificar diante do estudo realizado foi que os Estados-membros, em matéria de política de

desenvolvimento científico-tecnológico, dão concretude à prerrogativa da sua autonomia enquanto ente federativo, e instituíram dispositivos constitucionais que toma por base as suas peculiaridades estaduais, conforme autoriza o sistema federativo, efetivando as diretrizes de objetivo da Constituição Federal.

Referências

- ACRE, (1989). *Constituição Estadual do Acre*. Acre: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www.al.ac.leg.br/wp-content/uploads/2014/10/constitui%C3%A7%C3%A3o_atualizada.pdf Acesso em: 05 maio 2017.
- ALAGOAS. Constituição (1989). *Constituição Estadual de Alagoas*. Alagoas: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70455/CE_Alagoas.pdf?sequence=10 Acesso em: 05 maio 2017.
- AMAPÁ. Constituição (1991). *Constituição Estadual do Amapá*. Amapá: Assembleia Legislativa, 1991. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70441/CE_Amapa.pdf?sequence=11 Acesso em: 07 jun. 2017.
- AMAZONAS. Constituição (1989). *Constituição Estadual do Amazonas*. Amazonas: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: <http://www.ale.am.gov.br/wp-content/uploads/2013/08/Constituicao-do-Estado-do-Amazonas-atualizada-2013.pdf> Acesso em: 07 jun. 2017.
- BAHIA. Constituição (1989). *Constituição Estadual da Bahia*. Bahia: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www.al.ba.gov.br/PublicitaoPHP/Uploads/17072014091825000000_Constituicao_Estadual_17072014.pdf Acesso em: 05 maio 2017.
- BAHIA. *Dilemas Do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- BAHIA. *Ciência e Inovação sob a Constituição de 1988*. Revista dos Tribunais (São Paulo. Impresso), v. 916, p. 267-294, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa*. Brasília, Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 06 fev. 2017.

- BRASIL. Constituição (1988). *Emenda Constitucional nº85*, de 26 de fevereiro de 2015. Altera e adiciona dispositivos na Constituição Federal para atualizar o tratamento das atividades de ciência, tecnologia e inovação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc85.htm#art1 Acesso em: 20 jul. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIN 550-2*. Relator: Min. Ilmar Galvão. Brasília: 29 de agosto de 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266411> Acesso em: 10 jul. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIN 780-7*(Medida Liminar). Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília: 11 de março de 1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346599> Acesso em: 10 jul. 2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIN 336*. Relator: Min. Eros Grau. Brasília: 10 de fevereiro de 2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=614230> Acesso em: 10 jul. 2017.
- CEARÁ. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Ceará*. Ceará: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: [file:///C:/Users/cliente/Downloads/Const%202015%2020260-200%20Atualizada%20emenda%2086%20\(7\).pdf](file:///C:/Users/cliente/Downloads/Const%202015%2020260-200%20Atualizada%20emenda%2086%20(7).pdf) Acesso em: 05 maio 2017.
- ESPÍRITO SANTO. Constituição (1989) *Constituição Estadual do Espírito Santo*. Espírito Santo: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www.al.es.gov.br/appdata/anexos_internet/downloads/c_est.pdf Acesso em: 05 maio 2017.
- FERRARI, Sergio. *Constituição Estadual e Federação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*: interpretação e crítica. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.
- GOIÁS. Constituição (1989) *Constituição Estadual de Goiás*. Goiás: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/constituicoes/constituicao_1988.htm Acesso em: 05 maio 2017.
- IVO, Gabriel. *Constituição Estadual*: competência para elaboração da Constituição do Estado-Membro. São Paulo: Max Limonad, 1997.

MARANHÃO. Constituição (1989) *Constituição Estadual do Maranhão*. Maranhão: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www.stc.ma.gov.br/files/2013/03/CONSTITUI%03%87%03%83O-DO-ESTADO-DO-MARANH%03%83O_atualizada_at%03%A9_emenda69.pdf Acesso em: 04 abr. 2017.

MATO GROSSO. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Mato Grosso*. Mato Grosso: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: https://www.al.mt.gov.br/arquivos/legislacao/constituicao_estadual.pdf Acesso em: 05 maio 2017.

MATO GROSSO DO SUL. Constituição (1989). *Constituição Estadual do Mato Grosso do Sul*. Mato Grosso do Sul: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: <http://www.al.ms.gov.br/LinkClick.aspx?fileticket=vY9Gtgaiypw%3D&tabid=220> Acesso em: 05 maio 2017.

MINAS GERAIS. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Minas Gerais*. Minas Gerais: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/export/sites/default/consulte/legislacao/Downloads/pdfs/ConstituicaoEstadual.pdf> Acesso em: 05 jun. 2017.

PARÁ. Constituição (1989) *Constituição Estadual do Pará*. Pará: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/243099/CE_Para.pdf?sequence=3 Acesso em: 04 abr. 2017.

PARAÍBA. Constituição (1989). *Constituição Estadual da Paraíba*. Paraíba: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: <http://www.al.pb.leg.br/wp-content/uploads/2017/02/Constitui%03%A7%03%A3o-Estadual-Atualizada-at%03%A9-a-Emenda-40-de2015.pdf> Acesso em: 06 jun. 2017.

PARANÁ. Constituição (1989). *Constituição Estadual do Paraná*. Paraná: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: <http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=iniciarProcesso&tipoAto=10&órgãoUnidade=1100&retiraLista=true&site=1> Acesso em: 02 abr. 2017.

PERNAMBUCO. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Pernambuco*. Pernambuco: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www.pe.gov.br/_resources/files/_modules/files/files_105_20111171514476bd8.pdf Acesso em: 10 jul. 2017.

- PIAUÍ. Constituição (1989). *Constituição Estadual do Piauí. Piauí: Assembleia Legislativa, 1989*. Disponível em: <http://www.cge.pi.gov.br/legis/legislacao/constituicao-do-estado-do-piaui-2013.pdf> Acesso em: 05 maio 2017.
- RIO DE JANEIRO. Constituição (1989). *Constituição Estadual do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage> Acesso em: 05 maio 2017.
- RIO GRANDE DO NORTE. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Rio Grande do Norte*. Rio Grande do Norte: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: <http://www.tjrn.jus.br/files/Legisla%C3%A7%C3%A3o/const-estadual-rn.pdf> Acesso em: 06 jun. 2017.
- RIO GRANDE DO SUL. Constituição (1989). *Constituição Estadual do Rio Grande do Sul*. Rio Grande do Sul: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www2.al.rs.gov.br/dal/LinkClick.aspx?fileticket=9p-X_3esaNg%03d&tabid=3683&mid=5358 Acesso em: 05 maio 2017.
- RONDÔNIA. Constituição (1989). *Constituição Estadual de Rondônia*. Rondônia: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: [file:///C:/Users/cliente/Downloads/CE1989_EC124%020\(6\).pdf](file:///C:/Users/cliente/Downloads/CE1989_EC124%020(6).pdf) Acesso em: 07 jun. 2017.
- SANTA CATARINA. Constituição (1989). *Constituição Estadual de Santa Catarina*. Santa Catarina: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70453/CE_SantaCatarina.pdf?sequence=13 Acesso em: 04 mar. 2017.
- SÃO PAULO. Constituição (1989). *Constituição Estadual de São Paulo*. São Paulo: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: <http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/a2dc3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1c52903256d63004f305a?OpenDocument> Acesso em: 05 maio 2017.
- SERGIPE. Constituição (1989). *Constituição Estadual de Sergipe*. Sergipe: Assembleia Legislativa, 1989.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 6. ed. São Paulo, LTr, 2016.
- TOCANTINS. Constituição (1989). *Constituição Estadual de Tocantins*. Tocantins: Assembleia Legislativa, 1989. Disponível em: http://www.al.to.leg.br/arquivos/documento_41895.PDF#dados Acesso em: 08 jun. 2017

Situações existenciais familiares e a hegemonia principiológica a partir da Constituição da República

Simone Murta Cardoso do Nascimento¹

1. Introdução

A elaboração legislativa que se faz em abstrato e a priori não abarca, por óbvio, todas as peculiaridades que o viver e conviver fazem despontar. Em especial nas ditas situações existenciais, regidas notadamente pelo Direito de Família, quando emoções e afetos interpenetram a existência, a possibilidade de legislar todas as possibilidades é afugentada.

Criar e constituir família, nos tempos hodiernos, reflete uma realidade cada vez mais distante do disposto em lei. O Código Civil, principal instrumento a reger as relações interpessoais e muito elogiado quando da sua publicação, se mostra distante da realidade experienciada, assim como algumas leis esparsas.

O ser e o viver humano não podem ser contidos na letra estanque da lei. Embora se perceba uma explosão legislativa, o comportamento humano continua a transcender ao direito

¹Mestra em Direito pela Escola Superior Dom Helder - ESDHC; graduada em Psicologia pela PUC Minas e em Direito pela ESDHC; membro do CEBID – Centro de Estudos em Biodireito. Advogada. Professora do curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais. Contato: 31 99977-1442; e-mail: simonemurta@hotmail.com

positivado. A cada interação entre pessoas surgem novas realidades relacionais das quais advirão consequências que demandarão do Direito uma posição. Mas não só da interpessoalidade decorrem situações relevantes para o Direito. O saber humano e a técnica também lançam ao mundo jurídico desafios que demandam uma releitura das normas.

Embora tal constatação se mostre límpida, não se pode dizer que as situações e as relações existenciais estejam desprovidas de tutela. Ainda que as leis se apresentem em descompasso com as demandas sociais, a principiologia que permeia a Constituição da República de 1988 permite que se estabeleça o necessário reconhecimento e a proteção adequada para as relações existenciais e seus consectários.

O presente trabalho tem por objetivo analisar algumas disposições estampadas no Código Civil voltadas a reger situações existências que, em virtude das vicissitudes sociais e da evolução tecnológica, perderam a aplicabilidade. Especificamente serão abordadas a formação e a ampliação da família como estão dispostas no diploma civilístico e como a principiologia constitucional permite sua tutela no contexto atual.

2. Novos casais

O direito posto ainda hoje reflete uma cultura com forte influência religiosa. Durante muitos séculos a Igreja Católica teve grande presença, de sorte que as leis das sociedades ocidentais apresentam resquícios de sua força. Tal constatação se verifica claramente no Direito de Família e, em especial, em relação ao casamento que, até nos dias atuais, se reverte de sacramento. Não cabe mais lugar a discussão se o matrimônio seria uma instituição ou um contrato, estando pacificado que o mesmo possui características de ambos.

O contexto sócio-cultural está em constante mutação, de sorte que

A sociedade aberta, plural, multifacetada e globalizada impõe transformações no seio das relações familiares. Entre essas incontáveis mudanças que sucedem no mundo contemporâneo, nenhuma é mais importante, nem sentida de forma tão intensa, quanto aquelas desenvolvidas na vida pessoal (afetiva e familiar) dos seres humanos (na sexualidade, no casamento, nas formas de expressão de afetividade, etc.) [...]

Dessa mutação social decorrem, naturalmente, alterações nas concepções jurídico-sociais vigentes no sistema. Vê-se, desse modo, uma passagem aberta para uma outra dimensão, na qual a família (e, naturalmente, o parentesco) deve ser um elemento de garantia do homem na força de sua propulsão ao futuro. (RARIAS; ROSENVALD, 2016, p. 536).

Contudo, no direito positivado ainda permanecem dispositivos que se mostram superados pelas vicissitudes e pelas necessidades sociais e como o objetivo do presente trabalho é abordar questões existenciais, partir-se-á da análise do Código Civil, considerando a ressalva de que

A incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não sustenta sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando termos independentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. (BARROSO, 2005, p. 15).

No que diz respeito ao casamento, informa a lei que este se configura quando homem e mulher manifestam, perante a autoridade estatal, o desejo mútuo de se unirem. Assim está no art. 1.514 do Código Civil que informa que o aperfeiçoamento do ato se perfaz no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. Também no artigo 1.517 do mesmo diploma que traz que o homem e a mulher com dezesseis anos podem casar. E, ainda, no artigo 1.723 que deixa expreso que é

reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (BRASIL, 2002). O requisito de diversidade de sexos para a configuração do casamento está estampado em diversos artigos e, ainda hoje, é apontado por alguns doutrinadores como essencial. Relacionamentos afetivos reconhecidos pela lei seriam apenas aqueles configurados por pessoas de sexos distintos.

Contudo, o afeto não pode ser contido e os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo sempre existiram e sempre existirão. O que houve durante muito tempo foi a resistência social em reconhecer efeitos jurídicos a tais relacionamentos. Muito em razão da moral ocidental cristã, a homossexualidade era rechaçada e o reconhecimento jurídico de relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo precisou percorrer um longo percurso, até produzirem efeitos jurídicos tais relações de afeto precisaram conquistar paulatinamente direitos. De totalmente ignoradas pelo ordenamento jurídico, passando pelo reconhecimento de uma sociedade de fato, até a aceitação como entidade familiar foi um longo caminhar.

Entretanto, as relações homoafetivas já vinham sendo reconhecidas, dia após dia, pelos tribunais estaduais e pelos magistrados de 1º grau brasileiros, sendo que, aos poucos e no caso concreto, foram concebidos aos parceiros homossexuais, partilha de bens, pensão por morte, condição de dependente em planos de saúde, direito real de habitação, direito à declaração conjunta no Imposto de Renda, alimentos, adoção conjunta de crianças, entre outros. (VIEGAS; POLI, 2013, p.228)

Até mesmo na Constituição da República, a chamada constituição cidadã, está presente a diversidade de sexos para a configuração das uniões afetivas. Dispõe o artigo 226, § 5º, que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher” (BRASIL, 1988), fazendo

supor que a diversidade de sexo seria inerente ao matrimônio. Ainda, o prestigiado § 3º do artigo 226, que elevou ao status de família as uniões livres, outrora chamadas de concubinato puro, informa que “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento” (BRASIL, 1988). Novamente a presença da diversidade de sexo para configurar a união afetiva.

Pressupor-se-ia, então, que também a Constituição da República teria como preceito que as uniões afetivas deveriam partir de pessoas de sexos distintos. Neste ponto cabe considerar que a lei não contorna o afeto, nem o desejo pode ser refreado pela vontade do legislador. O amor tem múltiplos caminhos e pode se direcionar entre casais heterossexuais, homossexuais, bissexuais e mesmo assexuais.

“Todavia, o casamento e a união estável continuaram limitados ao vínculo entre homem e mulher e a relação entre pessoas do mesmo sexo, continuou à margem da regulamentação”. Contudo, a “Constituição de 1988 iniciou uma nova visão jurídica de família, desvinculando a entidade familiar do casamento, aceitando a realidade social fática da família plural, já vivenciada pela sociedade pós-moderna, haja vista que já existiam as famílias monoparental, unipessoal, anaparental, simultâneas, dentre outras.” (VIEGAS; POLI, 2013, p. 231).

Em uma análise sistêmica e ancorada na principiologia constitucional a letra da lei precisou ser relida, especialmente com fundamento nos princípios da dignidade humana, da igualdade e, sobretudo no previsto no artigo 3º, inciso IV, que informa ser objetivo da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Assim, os olhos do Direito se voltaram para a proteção dos direitos dos que se amam sem se limitarem às diferenças sexuais. Instigada a se posicionar, a corte suprema brasileira, na Ação

Direita de Inconstitucional 4277 e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, em 2011 firmou entendimento de que é possível união estável entre casais homossexuais, em consonância com as novas tendências em relação ao Direito de Família, “haja vista que o eixo central da entidade familiar deslocou-se do grande formalismo da celebração matrimonial para a livre manifestação do afeto.” (VIEGAS; POLI, 2013, p. 236).

Dando continuidade à análise da questão e considerando o disposto no artigo 1.726 do Código Civil que traz a previsão de que a união estável poderá converter-se em casamento, bem como no artigo 226, § 3º, da Constituição da República que dispõe que deve a lei facilitar a conversão da união estável em casamento e, especialmente, a partir da constatação de inexistência de vedação ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, este passou a configurar uma realidade jurídica. Ou seja, por orientação principiológica adotada pelo Supremo Tribunal Federal foi reconhecido que não havia motivos para negar efeitos jurídicos pertinentes ao casamento às uniões homoafetivas e que, em razão da igualdade substancial, estas deveriam, a partir daí, ocupar o mesmo patamar que as uniões heterossexuais.

Veja-se a ementa da decisão que configurou precedente em relação à matéria:

EMENTA. DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS.1.514,1.521,1.523, 1.535e1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA A QUE SE HABILITE PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCIPOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJE DAADI N. 4.277/DF. STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.183.378 - RS (2010/0036663-8)

Cabe destacar que no percurso para a configuração dos efeitos jurídicos pertinentes à seara familiarista ao casamento

homoafetivo foi necessário considerar o reconhecimento da união estável como entidade familiar, afastando a supremacia do casamento para fins de proteção estatal. A solenidade e a formalidade expressos em lei não foram capazes de regular o afeto.

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. (GROENINGA, 2008, p. 28.)

Ainda que por muito tempo fossem reconhecidos diretos basicamente às famílias advindas do matrimônio, a realidade se impôs sobre o direito positivado e as relações informais demandaram a tutela jurídica. Mesmo que de maneira transversa, à semelhança do que posteriormente ocorreria com as uniões homoafetivas, conviventes tiveram garantidos direitos como sociedades de fato, em lides nas varas cíveis. A Constituição da República alterou substancialmente a situação, passando a união estável a ser considerada família para todos os fins, o que foi posteriormente regulado pela Lei 9.278 de 1996.

Semelhante transcurso se pode vislumbrarem relação a outro fato social que hoje a começa a ter visibilidade – as relações poliafetivas. Estas, em breve demandarão respostas jurídicas que poderão ocorrer da mesma forma “como a relação homoafetiva não tinha regulamentação direta, os tribunais se utilizavam da atividade de integração do direito para, mediante utilização do método de interpretação sistemática e construíram suas decisões se baseando na aplicação dos princípios de interpretação à Constituição e o emprego da analogia.” (VIEGAS; POLI, 2013, p.236).

Assim como em um passado bastante recente foram denegados às uniões homoafetiva o direito ao casamento, hoje as uniões consensuais entre mais de duas pessoas demandam reconhecimento e tutela. Por certo, em razão de questões morais e

culturais tais relacionamentos causam estranheza e rejeição, mas poderão, em breve, demandar respostas jurídicas.

Tem-se que reconhecer que

A determinação legal que impõe o dever de fidelidade no casamento, e o dever de lealdade na união estável, não consegue sobrepor-se a uma realidade histórica, fruto de uma sociedade patriarcal e muito machista. Mesmo sendo casados ou tendo uma companheira, homens partem em busca de novas emoções sem abrir mão dos vínculos familiares que já possuem. (DIAS, 2015, p. 137).

A pluralidade de relacionamentos e a existência de famílias simultâneas demandam posicionamento jurídico já há algum tempo. Hoje, bate às portas do Judiciário os relacionamentos entre três pessoas ou mais que mantém entre si uma relação de afeto simultânea, não clandestina e as com características próprias de uma família.

A análise do poliamor parte, necessariamente, da comparação com as famílias paralelas ou simultâneas. Estas são relacionamentos diferentes, que se dividem entre duas realidades afetivas, cada uma com suas regras de convivência, contando ou não com a convivência dos envolvidos. As relações poliafetivas configuram vínculos formados pelo afeto de mais de duas pessoas, as quais convivem sobre o mesmo teto, em harmonia. Portanto, o poliamor:

Não é o mesmo que uma relação aberta, que implica no sexo casual fora do casamento, nem na infidelidade, que é secreta e sinônimo de desonestidade. O poliamor é baseado mais no amor do que no sexo e se dá com o total conhecimento e consentimento de todos os envolvidos, estejam estes num casamento, num *ménage à trois*, ou no caso de uma pessoa solteira com vários relacionamentos. Pode ser visto como incapacidade ou falta de vontade de estabelecer relações com uma única pessoa, mas os poliamantes se sentem bastante capazes de assumir vários compromissos, da mesma forma que um pai tem com seus filhos. (LINS, 2016).

O afeto, assim como o desejo de constituir um relacionamento, é comungado por mais de duas pessoas em um relacionamento que se sustenta sobre as égides do consentimento, assim como do cuidado e amor para com o outro. Nada têm, os poliamoristas, de meros praticantes do sexo livre e promíscuo, embora esta proximidade de conceitos frequentemente possa ser invocada. Assemelha-se muito mais a uma família que não comporta limitações numéricas.

Embora se possa verificar restrições de cunho moral e também se possa argumentar em prol da existência de um princípio jurídico – o da monogamia – que impediria o reconhecimento dos relacionamentos poliafetivos, não cabe ao direito negar a tutela àqueles que se envolvem em tais relacionamentos. Mas, assim como a exigência de diversidade de sexos deixou de ser requisito para a união estável e para o casamento, o princípio da monogamia pode ser preterido em razão de outros princípios jurídicos como o da dignidade da pessoa humana e o da liberdade.

Ainda não há decisão judicial a tratar das consequências do poliamor, o que por certo virá, visto que de relações entre três ou mais pessoas decorrerão efeitos patrimoniais, assistenciais, sucessórios e relativos à filiação. Não se pode, portanto, simplesmente desconsiderar a sua existência, por mais incômoda que possa parecer. Afinal,

Negar a existência de famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório. Pelo jeito, nenhum de seus integrantes poderia receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum. Nem seria sequer possível invocar o direito societário com o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância, mediante a prova de participação efetiva na constituição do acervo patrimonial. (DIAS, 2015, p. 139).

A dificuldade em lidar com tão nova questão está ainda no seu reconhecimento. No Brasil, em 2012 a lavratura de uma escritura pública reconhecendo o poliamor levantou a polêmica. Na cidade de Tupã, estado de São Paulo, um homem e duas mulheres registraram em cartório sua união. Após a recusa de diversos outros cartórios, a tabeliã achou por bem averiguar se havia vedação legal para a lavratura de escritura pública de união estável entre os três, concluindo no sentido de não haver impedimentos jurídicos e, portanto, reconhecendo a inexistência de justificativa para a recusa de lavratura da escritura (IBDFAM, 2012). Lavrou, então, o pacto de união entre as três pessoas. Surgiu um precedente interessante para o futuro reconhecimento de famílias poliafetivas.

Contudo, a par das questões culturais e morais, surgiram questionamentos de ordem jurídica. A Corregedoria Nacional de Justiça se manifestou e entendeu por indicar a suspensão dos registros de escrituras públicas entre mais de duas pessoas em todos os cartórios do país. A suspensão teria como objetivo analisar a validade de tais documentos e as consequências jurídicas do poliamorismo. Segundo a Ministra Nancy Andrighi, trata-se apenas de uma “sugestão aos tabelionatos, como medida de prudência, até que se discuta com profundidade esse tema tão complexo que extrapola os interesses das pessoas envolvidas na relação afetiva” (CNJ, 2017). Na visão da corregedora, as uniões poliafetivas, além das consequências jurídicas dos envolvidos, afetam esferas jurídicas de terceiros.

A orientação corregedora do CNJ de pronto recebeu críticas. Tome-se, a exemplo, as palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

É um retrocesso. É continuar repetindo injustiças históricas no direito de família. Você pode não gostar de relações poliafetivas, mas tem de proteger quem gosta. O Estado não tem de entrar na esfera privada das pessoas. Importante lembrar que até a Constituição de 1988 a união estável não era reconhecida e os filhos havidos fora do casamento não podiam ser registrados porque eram considerados ilegítimos. É o que querem fazer agora

com as relações poliafetivas: elas existem, mas fingem que não existem. (PEREIRA, 2016)

A sociedade transmuda a todo momento, relações se extinguem e novas formas surgem. À Justiça incumbe regular relações e resguardar direitos, ainda que transcendam a ordem cultural vigente. A letra da lei pode se mostrar restrita, no entanto, o sistema principiológico fornece o arcabouço necessário para a tutela das novas formas de relacionamento afetivo e as entidades familiares decorrentes.

Se o relacionamento afetivo entre várias pessoas é consensual, há lealdade, respeito e fidelidade entre os envolvidos, e não há ofensa aos interesses de terceiros, não há se se arvorar o Estado a tentar impedir tais relacionamentos, mesmo porque eles continuarão a existir na clandestinidade. Ademais, apregoa-se por uma intervenção mínima do Estado nas questões existenciais. Garantidos direitos, ainda que voltados para o mínimo existencial, não se vislumbra razão para que se limite o afeto.

3. Novos filhos

Curiosa situação trouxe o desenvolvimento tecnológico às relações paterno-filiais. Com o surgimento do chamado exame de DNA, a identificação de relação biológica se tornou quase que completamente inquestionável. A esperança de que eventuais dúvidas sobre a paternidade estariam definitivamente superadas passou a acompanhar o exame pericial, visto que o sistema civilístico está, ainda hoje, ancorado em um sistema de presunções.

O sistema de presunções, do qual decorrem diversos efeitos jurídicos, foi criado em determinado contexto histórico e cultural no qual a fidelidade era pressuposto inquestionável e a monogamia preponderante. Assim, para o ordenamento jurídico vigente tem-se como certo que o filho da mulher casada é, presumidamente, filho do seu esposo, situação expressa no brocardo jurídico *pater is est*

quem nuptiae demonstrant, ou seja, pai é aquele que demonstra as núpcias com a mãe da criança.

A filiação, conforme o disposto no Código Civil vigente, é presumida e são juridicamente declarados como filhos aqueles concebidos na constância do casamento e também as crianças nascidas até cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal. Do mesmo modo, são presumidos filhos do marido da mulher aqueles nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, seja por morte, por separação judicial, nulidade e anulação do casamento, conforme os termos do artigo 1.597 do Código Civil. O lapso temporal pretende englobar o período de gestação, mínimo e máximo, a partir do início do casamento e logo após o seu término. A lógica consiste na suposição de que a mulher casada mantém relações sexuais apenas com seu marido e, portanto, este é presumidamente o pai do seu filho.

O sistema de presunção de filiação estabelece a vinculação entre a paternidade, ainda que decorrente de técnicas de fertilização artificial, e o casamento. Desta forma, a presunção abrange também os filhos gerados por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; aqueles havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga e os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido, conforme o artigo citado.

A presunção de paternidade do esposo em relação à gestação de sua mulher é reforçada no artigo seguinte do Código Civil, que declara que configura uma presunção relativa que, antes de decorrido o prazo de cento e oitenta dias a partir do matrimônio a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo de cento e oitenta dias. Ou seja, a filiação é determinada a partir das

núpcias, presumindo-se pai aquele que estiver casado com a mulher quando da concepção da criança.

O mais curioso, entretanto, está no artigo 1.600 do diploma civilístico que aduz que mesmo ocorrendo adultério por parte da mulher e ainda que esta o confesse, isso não basta para ilidir a presunção legal da paternidade. Permanece como pai o esposo e não aquele homem indicado pela mulher.

A presunção de paternidade está, como se percebe, vinculada ao estabelecimento do vínculo conjugal. Assim, desponta uma decorrência aparentemente lógica: a mulher se casa e engravida, o pai do seu filho é seu marido, ainda que ela confesse que manteve relações sexuais com outro homem.

A premissa era que o casamento era a única maneira de constituir uma família e dele decorria o estabelecimento da filiação.

Tem-se, contudo, que

A Constituição de 1988 promoveu verdadeira revolução no campo do Direito de Família. Sabe-se que, sob a égide do Código Civil de 1916, a família era centrada no instituto do casamento, vínculo indissolúvel e objeto de especial proteção da lei. Era estabelecida vetusta distinção entre filhos legítimos, legitimados e ilegítimos, baseando-se a filiação na rígida presunção de paternidade do marido (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). O paradigma de então não era nem o afeto entre os familiares, nem sequer a origem biológica, mas sim a presunção baseada na centralidade do casamento. (STF, 2017).

A Constituição da República de 1988, em atendimento aos reclames sociais, passou a tratar um fato social muito comum – a união estável – como entidade familiar e, em decorrência, levou a um questionamento sobre o sistema de presunção de paternidade. Considerar como entidade familiar apenas a união casamentária violava os princípios da igualdade e da liberdade, pois garantia direitos a um grupo de pessoas em detrimento de outras.

Aqueles que convivem em união estável não dispõem de prova pré-constituída do vínculo nupcial entre o homem e a

mulher e, portanto, não se poderia presumir como filho do convivente a criança gerada por sua companheira. Nesses casos, a paternidade se dava a partir do reconhecimento espontâneo do homem de que o filho de sua companheira era seu filho.

A presunção de paternidade não se aplica à união estável e surgimento e a popularização do exame pericial de paternidade passou a ser considerado como instrumento apto e suficiente para a confirmação ou não da paternidade, afastando o não necessário vínculo entre casamento e filiação.

Quando, no entanto, surgiu uma técnica que poderia finalmente e quase inquestionavelmente garantir a cada um quem seriam seus pais e a cada pai garantir a certeza de quem seria de fato seu filho, a realidade apresentou um novo desafio para o Direito. Ainda que biologicamente a relação paterno-filial tenha se tornado quase inquestionável, outro tipo de relação se verifica e faz surgir pais e filhos sem qualquer vínculo biológico.

Relações a partir da convivência e com base no afeto deram origem a direitos e deveres entre os envolvidos. A paternidade socioafetiva veio a lume ancorada em princípios dispostos e inferidos a partir do texto constitucional, especialmente o princípio da igualdade entre os filhos e o do melhor interesse da criança. Portanto, o estabelecimento do vínculo biológico não significava, necessariamente, uma relação paterno-filial.

A paternidade socioafetiva decorre da posse do estado de filho, fato social no qual duas pessoas se tratam e são reconhecidas publicamente como pai e filho. O amor, o cuidado e a convivência passaram a ser tão importantes para o direito quanto a certeza biológica. Não se afirma, contudo, que o exame pericial de reconhecimento de vínculo biológico tenha perdido importância; é, por óbvio, imprescindível para estabelecer o vínculo quando assim se faz necessário, em uma ação de alimentos por exemplo. Mas a existência de uma relação afetiva paterno-filial sem liame biológico indica que o afeto é apto e suficiente para estabelecer vínculos com repercussão social e jurídica.

No julgamento do Recurso Extraordinário 898.060/SCde 2016, que tratou da prevalência da paternidade socioafetiva ou da biológica, o Ministro Luiz Fux assim se posicionou:

10. A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade.

11. A evolução científica responsável pela popularização do exame de DNA conduziu ao reforço de importância do critério biológico, tanto para fins de filiação quanto para concretizar o direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser.

12. A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e consequentemente o vínculo parental, em favor daquele utilizasse o nome da família (*nominatio*), fosse tratado como filho pelo pai (*tractatio*) e gozasse do reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*). (STF, 2017).

Sobretudo ancorados no princípio da igualdade jurídica entre os filhos, a paternidade socioafetiva passou a ser reconhecida, e aquelas crianças que mesmo não possuindo vínculo biológico com as pessoas que delas cuidavam e as educavam tornaram-se filhos aos olhos da Justiça, em igualdade com os filhos de sangue.

4. Novos princípios?

A afetividade tomou tamanho vulto que há doutrinadores que afirmam que existe no direito brasileiro o princípio da afetividade², com o que não se concorda. A afetividade é fato

²Cita-se, a título ilustrativo, os autores Maria Berenice Dias, Paulo Lôbo e Rodrigo da Cunha Pereira.

interpessoal que gera relações e efeitos jurídicos e não pode ser considerada superior ou inferior ao vínculo biológico, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário número 898.060: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios” (STF, 2017). São duas realidades distintas, mas não excludentes.

Aponta Flávio Tartuce, aqui por todos os doutrinadores que apregoam a afetividade como princípio jurídico, que mesmo não constando a expressão afeto no texto constitucional, ele seria uma decorrência da valorização constante da dignidade humana (TARTUCE, 2017, p. 25). Em defesa do seu ponto de vista, o autor aduz que

Dessa forma, apesar da falta de sua previsão expressa na legislação, percebe-se que a sensibilidade dos juristas é capaz de demonstrar que a afetividade é um princípio do nosso sistema. Como é cediço, os princípios jurídicos são concebidos como abstrações realizadas pelos intérpretes, a partir das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais. (TARTUCE, 2017, p. 26).

O doutrinador aqui mencionado informa que o princípio da afetividade teria fundamento constitucional, e cita, em especial, fundamento na dignidade da pessoa humana, na solidariedade social e na igualdade entre os filhos (artigos 1º, III; 3º, I; 5º, caput e 227, § 6º da Constituição da República). Com o devido respeito à posição do autor, reitera-se, não se pode concordar com a caracterização do afeto como norma jurídica. Tem-se como cediço que as normas jurídicas comportam a divisão entres regras e princípios, todos comandos legais.

O princípio da dignidade humana configura o arcabouço de proteção inerente a todo cidadão, garantindo a cada um uma existência decente; o princípio da igualdade impede que distinções

ou prevalência de direitos de uns em detrimento de outros e o princípio da solidariedade impõe auxílio e amparo entre todos, o que nada tem a ver com afetividade, que está na categoria de sentimentos humanos. Destaca, inclusive, Flávio Tartuce (2017, p. 27) que “deve ser esclarecido que o *afeto* equivale à interação entre as pessoas, e não necessariamente ao amor, que é apenas uma de suas facetas. O amor é o *afeto positivo* por excelência. Todavia, há também o *ódio*, que constitui o lado negativo dessa fonte de energia do Direito de Família Contemporânea.”

Considerar a afetividade como princípio, implica em reconhecê-la com força normativa geradora de deveres e direitos e dotada de imperatividade, incompatível, à primeira vista, com a espontaneidade das relações existenciais. Não se pode impor a alguém que sinta afeto por outrem, e, por consequência não se pode esperar que a afetividade seja demonstrada em relações nas quais não se observa o sentimento do afeto (CARDOSO, 2013, p. 54).

A afetividade, que constitui a exteriorização do espontâneo sentimento de afeto, hoje passa a ser reconhecida como o liame primordial para a configuração das relações existenciais. A espontaneidade é inerente ao afeto e, portanto, não se pode coagir ninguém a ter sentimento de afeto por outra pessoa, e impor uma demonstração de afetividade acarretaria a existência de relações artificiais, cunhadas para atender a determinações externas (CARDOSO, 2013, p. 55). Essa questão é de maior pertinência quando se discute a possibilidade de indenizações por abandono afetivo entre pais e filhos. Neste trabalho, entretanto, foca-se a construção de relações com base no afeto e suas consequências.

Tem-se por claro que foge da esfera de atuação do Estado impor às pessoas que amem ou mantenham relacionamento afetivo com outras, mas a lei pode impor uma conduta objetiva entre pessoas originalmente ligadas pelo afeto, determinando amparo material, sobretudo.

Informam os autores Bruno Torquato de Oliveira Naves e Iara Antunes de Souza (2012, p. 410) que é certo que o afeto constitui a

diretriz ética da família contemporânea, mas isso não significa dizer que o Direito trabalha o afeto como norma. O afeto, prosseguem, é um valor, isto é, uma consideração ética de como a família deve ser. Não há imperatividade jurídica nesse elemento, mas diretriz moral de grande relevância (NAVES; SOUZA, 2012, p. 413).

Devendo-se ressaltar que “Para o Direito, não há conteúdo prescritivo no afeto, mas sua importância no rol de valores sociais é tamanha que o Direito procura objetivá-lo de várias maneiras. Assim, o valor é absorvido pela norma. A aplicação normativa se faz de maneira diferente dos valores, que não integram o Direito autonomamente” (NAVES; SOUZA, 2012, p. 411). Ainda prelecionam Naves e Souza: “princípios jurídicos e valores não são sinônimos, em que pese, no plano da justificação, os princípios conterem valores, assim como as regras” (NAVES; SOUZA, 2012, p. 412). Informam ainda que na elaboração da norma jurídica, esta recebe a influência de múltiplos valores, mas isso não a faz um valor, nem permite que sua aplicação siga o mesmo método dos valores. Pois, “O Direito não pode encampar valores sociais *como* normas, mas deve encampá-los *nas* normas, que são coisas bastante distintas” (NAVES; SOUZA, 2012, p. 413). Quanto ao afeto, ele possui acepções filosóficas e psicológicas, notadamente estas.

De forma que o cerne do que seria o chamado princípio da afetividade consiste no surgimento de direitos e deveres recíprocos para as pessoas unidas pelo laço do afeto. Amor aproxima pessoas, assim como o ódio as afasta. O vínculo que surge de pessoas unidas pelo afeto gera consequências pertinentes ao Direito, mas não se pode considerar adequado, como adiantado alhures, tratar o afeto como um princípio jurídico e nem é necessário que assim seja.

O sistema jurídico, tal como configurado a parti da Constituição da Republica de 1988, apresenta fundamentos aptos a tutelar as pessoas envolvidas em relações de afeto. O princípio da solidariedade, este, sim, um princípio constitucional, explícito no

art. 3º, inciso I da Constituição³ já se mostraria suficiente para abarcar as relações afetivas e fornecer-lhes a necessária garantia. Tem-se, ademais, dispersos no ordenamento o dever de cuidado dos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles quando da velhice disposto no artigo 229 da Constituição; o dever de convivência familiar expresso no artigo 1.634 do Código Civil; o dever de proteção da criança e do adolescente previsto no artigo 227 da Constituição da República; o dever de mútua assistência entre o casal conforme dispõe o artigo 1.566 do diploma civilístico, dentre diversos outros.

5. Considerações finais

A par do disposto em lei e das decorrências do desenvolvimento tecnológico a realidade se impôs e o Direito não se furtou a propiciar garantias com base, sobretudo, nos princípios constitucionais.

As vicissitudes inerentes ao viver humano, assim como os sentimentos que constroem relacionamentos, frequentemente superam a possibilidade de previsão abstrata de normas de condutas. Novos relacionamentos e novas situações impõem que o conteúdo dos textos das leis seja reinterpretado.

A sistemática jurídica centrada em princípios de conteúdo aberto, conforme trouxe a Constituição da República de 1988, possibilita que ocorra a interpretação de direitos e ampliação de garantias, adequando o sistema jurídico às mudanças sociais.

As situações existenciais têm caráter eminentemente fluido e, então, escapam da possibilidade de previsão e proteção através de regras estáticas. Coerente que o Judiciário as trate a partir da principiologia constitucional.

³ Art. 3º, Constituição Federal de 1988: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...]” (BRASIL, 1988).

As relações têm por base o afeto que é sentimento tomado na modernidade como valor jurídico. Valor com peso suficiente para criar efeitos jurídicos. Entende-se que a afetividade não configura um princípio, mas se reconhece as situações jurídicas criadas a partir de sua existência.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 20 ago. 2016.

BRASIL. *LEI no 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso: 20 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - *RE898.060* – SP. DJe 24/08/2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>> Acesso em: 20 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - *RE607.562* - PE. DJe 03/10/2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2864514>> Acesso em: 20 ago. 2017.

CARDOSO, Simone Murta. *O dano moral entre casais*: responsabilidade civil nas relações afetivas. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. *Corregedoria analisa regulamentação do registro de uniões poliafetivas*. 04 maio 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82221-corregedoria-analisa-regulamentacao-do-registro-de-unioes-poliafetivas>> Acesso: 28 ago. 2017.

- DIAS, Maria Berenice. *Manual De Direito Das Famílias*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: famílias* – 9. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família. *Escritura reconhece união afetiva a três*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4862/novosite>>. Acesso em: 22 ago. 2017.
- GROENINGA, Giselle Câmara. *Direito Civil*. Volume 7. Direito de Família. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- LINS, REGINA NAVARRO. *Da monogamia ao poliamor*. Disponível em: <<https://reginavarro.blogosfera.uol.com.br/2016/08/06/da-monogamia-ao-poliamor/?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 22 ago. 2017.
- VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; POLI, Leonardo Macedo. A regulamentação jurisdicional para a família homoafetiva e o ativismo judicial. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz. *Intervenção do estado e autonomia privada: integração e sistematização*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.
- NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SOUZA Iara Antunes de. Da afetividade à responsabilidade: o pretense “princípio jurídico da afetividade” no Direito de Família frente ao princípio da reparação integral. *Pensar*, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 398-419, jul./dez. 2012. Disponível em: <http://www.repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/3722/1/ARTIGO_AfetividadeResponsabilidadePretense.pdf> Acesso: 09 out. 2017.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *CNJ sugere suspensão de registro de uniões poliafetivas*. 3 mai 2016. Disponível em: <<http://www.rodrigodacunha.adv.br/cnj-pede-suspensao-de-registro-de-unioes-poliafetivas/>> Acesso: 28 ago. 2017.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*, v. 5: Direito de Família – 12. ed. rev., atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Ativismo judicial e efetivação de direitos e garantias fundamentais da constituição de 1988: Supremacia Judicial e Degeneração Democrática

Tiago Henrique Torres¹

1. Introdução

Logo em seu Preâmbulo, a Constituição Brasileira de 1988 se predispôs a, instituindo um Estado Democrático de Direito no Brasil, “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”², algo que fartamente restou disposto no Título II (Artigos 5º ao 11), por meio da apresentação dos Direitos e Garantias Fundamentais do povo, de necessário resguardo pelo Estado, além da própria atuação do povo na realização dos interesses do Estado. De igual sorte, a mesma Constituição de 1988 organizou o exercício de poder pelo Estado em funções essenciais, conforme disposições de seu artigo 2º³, sendo essas as funções Legislativa, Executiva e Judiciária (ou Jurisdicional). Por meio dessas, o Estado estaria

¹ Mestrando em Direito Processual pela PUC Minas Gerais (DI). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade FUMEC. Bacharel em Direito pela Fundação Pedro Leopoldo. Advogado. E-mail: torres.direito@yahoo.com.br. Telefones: (31) 9 9192-8857 / (31) 3615-1113.

² Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm > . Acesso: 10. Nov. 2017.

³ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm > . Acesso: 10. Nov. 2017.

preparado a exercer em favor do povo de modo organizado, concatenado e encadeado as atividades conforme a natureza de cada uma das funções descritas, em nome do poder lhe conferido pelo próprio povo, conforme Parágrafo Único do artigo 1º da Constituição de 1988⁴.

Notadamente no inciso XXXV do artigo 5^o, restou conferido à função Jurisdicional do Estado a apreciação e resguardo ao povo de toda lesão ou ameaça aos seus direitos. Em outras palavras, caberia ao Estado, por meio de juízes e tribunais investidos do poder, conferido pelo povo, apreciar as situações de lesão ou ameaça de lesão à direitos do povo, promovendo a tutela e resguardo de tais direitos conforme os preceitos do Ordenamento Jurídico. Contudo, à despeito do Ordenamento Jurídico existente, a necessidade de se resguardar ao povo a proteção aos seus direitos, sobretudo aqueles inseridos na Constituição de 1988 como fundamentais, incutiu nos órgãos julgadores a necessidade de agir mais proativamente, realizando efetivamente ideais de justiça e sócio-políticos em suas decisões.

Nesse pano de fundo se instaura uma dicotomia entre Estado Democrático de Direito, com seu regramento normativo e fomento à atuação do povo na realização das atividades do Estado, e o Ativismo Judicial, com o seu intuito de promover uma pacificação da sociedade de modo justo e promotor do resguardo aos interesses sociais. Diante do discurso de ambos os polos de uma busca por uma efetivação de direitos e garantias fundamentais, é a

⁴ 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: (...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > . Acesso: 10. Nov. 2017.

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

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > . Acesso: 10. Nov. 2017.

razão do presente estudo confrontar o Ativismo Judicial com um necessário acatamento ao conteúdo democrático do Estado, vigente desde a égide da Constituição de 1988.

2. O ativismo judicial: busca pela solução às deficiências funcionais do Estado e promoção ao resguardo da sociedade

O Ativismo⁶ na atividade jurisdicional do Estado é uma realidade há muito tempo observada nos sistemas jurídicos, muito por influência direta da experiência jurisprudencial do Common Law norte-americano⁷. A sua introdução no direito brasileiro teve intenções iniciais de promover um agir proativo do Judiciário em busca da satisfação dos interesses do povo, observada a deficiência das outras funções essenciais do Estado (Legislativa e Executiva/Administrativa) na concretização de tais interesses. Nas palavras de Luis Roberto BARROSO (2007, p. 6), “a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”. Acerca das bases do Ativismo Judicial, ainda

⁶ Segundo ABBAGNANO (2007, p. 90), “ATIVISMO (in. Activisni; fr.Activisme, ai.Activismus; it. Attivismd). O significado desse termo deve ser distinguido do de atualismo (v.): este último indica a teoria metafísica segundo a qual a realidade é ato ou atividade, ao passo que o termo em questão indica a atitude (às vezes racionalizada em teoria filosófica) que assume como princípio a subordinação de todos os valores, inclusive a verdade, às exigências da ação, isto é, ao êxito ou ao sucesso da ação (quase sempre, a ação política)”. Portanto, entende-se o agir ativista com um agir ativo, além da medida comum de uma determinada função ou atividade.

⁷ Conforme estatui Luis Roberto BARROSO (2009, p.7), “As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905-1937), culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).”

em solo Norte-americano, lecionam Georges ABBOUD e Guilherme LUNELLI (2015, p. 24):

[...] desde o seu nascedouro, o problema do ativismo judicial esteve atrelado aos limites entre a atividade interpretativa e a atividade criativa do julgador-intérprete. Sendo a Constituição Americana genérica e abstrata, sempre foi muito difícil naquele sistema jurídico diferenciar interpretação e criação (ou imputação) de sentidos para o texto constitucional.

É inegável que, com o advento da Constituição Brasileira de 1988, a gama de direitos e garantias fundamentais do povo chegou a patamar nunca dantes vislumbrado, sobretudo por se tratar da primeira Constituição do Estado brasileiro após o período da 2^a Guerra Mundial (1945) e da Ditadura Militar (1964-1985), da redemocratização do Estado e da adoção das ideias de Estado Democrático de Direito e de povo como fonte do poder⁸. Este aumento do rol de direitos e garantias do povo gerou ao Estado o dever de propiciar e assegurar que tais benesses pudessem efetivamente ser gozadas pelo povo, por meio de suas funções essenciais, seguindo a célebre doutrina de Montesquieu⁹.

No entanto, a deficiência no exercício das funções Legislativa e Administrativa do Estado pela utilização deturpada ou negligente

⁸ 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.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁹ Nesse sentido, curial a incursão que faz BRÊTAS (2015, p. 26), de que "(...)Poderes do Estado, na dicção constitucional brasileira, em visão tripartida e antiquada – Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário – só podem ser compreendidos, segundo concepção doutrinária mais atual, como sistemas ou complexos de órgãos aos quais as normas da Constituição atribuem competências para o exercício das qualificadas funções fundamentais do Estado”.

do poder conferido pelo povo aos agentes políticos, trouxe à função Jurisdicional a conclusão de que seria necessário suprir as deficiências das demais funções essenciais, para que não se concebesse o desequilíbrio do próprio Estado em razão de sua deficiência funcional em promover direitos e garantias fundamentais. Diante desse fato, o Ativismo Judicial em solo brasileiro, em prol de um suposto resguardo à direitos e garantias fundamentais do povo, bem como de suprir as deficiências das demais funções essenciais do Estado, culminou em confiar aos juízes e tribunais a missão de garantir justiça e pacificação social, tendo como idéia máxima que os processos jurisdicionais se prestariam unicamente a esse mister. Nas palavras de Cândido Rangel DINAMARCO (2009, p. 188), “a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social”. Portanto, diante das questões apontadas, dadas as mazelas funcionais do Estado, a função jurisdicional estaria adstrita à própria realização de paz social e de um ideal de justiça em suas decisões, sendo este o seu guia de atuação perante os anseios do povo.

Importante nesse ponto da abordagem o apontamento feito por Georges ABOUD e Nelson NERY JÚNIOR (2013, p. 529):

No Brasil, o ativismo – entendido como o desapego à legalidade vigente a pretexto de fazer prevalecer a justiça da decisão – pode ser visualizado em diversas manifestações doutrinário-forenses, tais como: relativização [*rectius*: “desconsideração”] da coisa julgada; atribuição de efeito vinculante para decisões e súmulas inconstitucionais; *objetivação* do controle difuso de constitucionalidade que, ontologicamente, é subjetivo; a ideia de que o destinatário da prova é o juiz e não o processo; a possibilidade de realizar a motivação concisa limitando-se o órgão julgador a enumerar uma série de ementas de supostos casos paradigmas ou simples referência a enunciado de súmula vinculante; a alegação de mutação constitucional contra texto expresso da Constituição; a substituição, pelo Judiciário, da função constitucional legislativa, dentre outros.

Esse sentimento de necessária atuação do judiciário para promover justiça, ainda que às custas de suprimir a legalidade existente, advém de concepções doutrinárias calcadas na adoção dos escopos Metajurídicos ao processo, tais como a paz social, a política, a educação, dentre outras, os quais se poderia obter por meio da atuação concreta dos juízes e/ou tribunais. Tal como afirmado por Piero CALAMANDREI (2017, p. 48-49), para quem “a justiça é a criação que brota de uma consciência viva, sensível vigilante, humana”, donde “justamente neste calor vital, esse sentimento de contínua conquista, de vigilante responsabilidade é que é necessário apreciar e estimular o juiz”, o agir Ativista do judiciário encontra total respaldo para que exista e contribua para a guarida de direitos e garantias fundamentais ao povo, por meio do que se apregoa como justiça de uma decisão advinda exclusivamente da sapiência do julgador.

Ao que se apresenta, o Ativismo Judicial desponta como incontestável fruto de uma concepção de Estado Social¹⁰, o qual concedia ao povo aquilo que este necessitava. De igual sorte, o juiz ou tribunal, utilizando-se de sua sapiência, visão de mundo, noção política e social mais abrangente e ativa que os demais do povo, atuaria em prol da promoção de justiça e da proteção dos direitos que o povo careça. De modo totalmente pragmático, prático e demonstrando ser detentor da verdade, o judiciário Ativista exerce seu mister concedendo aquilo que entenda como justo, moral e socialmente aprovável, tendo em vista estar culturalmente melhor preparado para proferir tal espécie de juízo valorativo. Daí, conclui criticamente Ronald DWORKIN (1999, p. 451-452):

¹⁰ Cabe aqui a ressalva feita por André DEL NEGRI (2016, p. 49): “Com a Constituição de 1988, é importante demarcar, construiu-se novas bases, nitidamente inspiradas nos princípios do *WelfareState*, a fim de trabalhar a questão social. Certo é que, quanto ao Brasil, a política do Estado Social apresentou entraves quanto a requisitos imprescindíveis como saúde, educação, transporte coletivo, moradia e infraestrutura. Contudo, é de se esclarecer, que isto não impede, evidentemente, de trabalharmos um Estado Democrático de Direito (art. 1º CF/88).”

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por *fiat*, querendo como isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la.

Fato é que há muitas posições doutrinárias favoráveis ao Ativismo Judicial, e os efeitos considerados benéficos para a ordem Constitucional e o exercício das funções do Estado. Dentre estas, destaca-se a posição de Hélder Fábio Cabral BARBOSA (2011, p. 151):

Pensadores do direito podem se mostrar contrários ao ativismo judicial, sob a alegação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria um desvio de finalidade, desvio do fim do judiciário, entretanto inexistente tal afirmação, uma vez que os juízes estariam apenas aplicando o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de autoexecutoriedade.

De igual sorte, é o entendimento de Fernando Gomes de ANDRADE (2007, p. 322):

Cremos ser o Judiciário competente para controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo poder público, seja vinculado ou discricionário, e ademais, o controle político condizente com a conveniência e oportunidade – típicos do administrador – deve de igual modo ter sua contingência também controlada pelo Judiciário numa interpretação não mais lógico-formal de suas atribuições, mas em sentido material-valorativo, ao verificar se a medida coaduna-se com os princípios consagrados na Constituição.

No entanto, imperioso lembrar, em sentido diverso, a lição trazida por ABOUD e LINELLI (2015, p.25):

Sempre que uma decisão, proferida por qualquer juiz ou instância, encontrar fundamento nas convicções pessoais do julgador, restando ignorado ou deturpado o sentido de um texto democraticamente posto, estaremos diante de posturas ativistas. Nessa esteira, devemos também perceber que, diferentemente do imaginário dominante, nem sempre decisões ativistas serão obrigatoriamente “progressistas” ou “vanguardistas”. E a razão para tanto é simples: posturas ativistas pressupõem decisões judiciais baseadas nas considerações pessoais ou políticas próprias do julgador, mas essas, a depender do caso, poderão conduzir tanto a resultados “liberais” quanto a resultados “conservadores”. Daí não haver sentido em se falar acerca de bom ou mau ativismo. O ativismo é uma degeneração ideológica da atividade interpretativa/aplicativa do Judiciário.

Postas as concepções ora descritas, é preciso considerar a postura Ativista do judiciário como algo que, embora todo o pano de fundo que pregue uma salvaguarda às deficiências estatais ou mesmo ao resguardo de direitos e garantias fundamentais, aborda a possibilidade do julgador atuar com todo o seu senso de justiça, inato apenas àqueles que estejam em sua posição privilegiada. Apesar do contexto de promoção da paz social, tal como afirmado por Aroldo Plínio GONÇALVES (2016, p. 157) ao pontuar que “quando os argumentos se desenvolvem em nome da justiça social, é, por certo, difícil vencer o fascínio que eles provocam, principalmente quando vêm revestidos pelo vigor da cultura e pela elegância da forma”, é preciso conceber a função jurisdicional por meio da necessária e estrita participação do povo em sua realização, e não apenas que esta signifique a realização do senso de justiça do julgador melhor preparado ou uma posição privilegiada perante as demais funções essenciais do Estado.

3. 1º enfrentamento: a questão da divisão de funções no Estado Democrático de Direito

É inegável que, no momento em que a Constituição de 1988 é enfática ao informar que o poder emana do povo, não há outro modo do Estado atuar em suas funções que não seja intimamente adstrita aos interesses deste povo, porquanto agente formador do próprio Estado. Ao se mencionar a existência de um Estado que se diga democrático, igualmente necessário se observar a atuação direta e concreta do povo em todo e qualquer exercício funcional que o Estado vá promover, garantindo a própria legitimação das suas atividades essenciais.

Nessa quadra, ao se buscar compreender o papel do povo no raciocínio traçado em sua relação com o poder, pode-se concebê-lo tanto como fonte do poder, quanto como destinatário do poder. Quanto ao primeiro aspecto, se estaria sob o pálio da própria Constituição de 1988, donde se atribui ao povo emanar o poder, por sua própria legitimação em razão do caráter democrático. Quanto ao segundo aspecto, porquanto sujeito de deveres perante as funções do Estado, tal como advertiu Konrad HESSE¹¹, bem como da própria representatividade democrática que confere por meio do sufrágio universal. De igual modo, Friedrich MÜLLER (2003, p. 76-77) é enfático ao afirmar que “o povo é instância global da atribuição da legitimidade democrática, já que dele decorreria a estrutura de legitimação”, demonstrando a necessária

¹¹ “A Constituição não deve assentar-se numa estrutura unilateral, se quiser preservar a sua força normativa num mundo em processo de permanente mudança político-social. Se pretende preservar a força normativa dos seus princípios fundamentais, deve ela incorporar, mediante meticulosa ponderação, parte da estrutura contrária. Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes há de pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem uma certa dose de unitarismo. Se a Constituição tentasse concretizar um desses princípios de forma absolutamente pura, ter-se-ia de constatar, inevitavelmente -no mais tardar em momento de acentuada crise - que ela ultrapassou os limites de sua força normativa. A realidade haveria de pôr termo à sua normatividade; os princípios que ela buscava concretizar estariam irremediavelmente derrogados.” (1991, p. 21).

existência da atuação do povo para a validade do exercício das funções do Estado.

Nesse prisma, é importante trazer a comento que a atuação do Estado necessariamente deve ocorrer conforme a tripartição funcional trazida pela Constituição de 1988, calcada em doutrina secular, cujo exercício deve ser manejado por meio de órgãos criados e estruturados conforme o que apregoe o Ordenamento Jurídico. Afinal, conforme pontua Ronaldo BRÊTAS (2015, p. 26-27), existe uma razão dúplice para tal estruturação:

É importante observar que tal estruturação jurídica ainda permite ao Estado a criação de órgãos autônomos para o desempenho de suas funções jurídicas consideradas fundamentais ou essenciais, e, ao mesmo tempo, estabelece um sistema político de garantia dos direitos, liberdades e garantias fundamentais das pessoas sobre as quais o poder estatal é exercido, de sorte que não o faça de forma abusiva ou degenerada. Esses órgãos estatais, quaisquer que sejam, não são soberanos, pois, indiscutivelmente, é o Estado que detém a soberania em nome do povo, a comunidade política, sem a qual lhe faltaria o poder de criação e de aplicação das normas que edita para composição do seu ordenamento jurídico, o qual lhe serve de diretriz obrigatória no desempenho de quaisquer de suas funções.

De igual sentido, são conclusivas as palavras de Georges ABBOUD (2016, p. 703), ao dissertar que “a separação de poderes é princípio estruturante de nossa democracia constitucional, portanto constitui parâmetro normativo para controle e adequação de todos e quaisquer atos de quaisquer poderes, inclusive aqueles emanados da jurisdição constitucional”, demonstrando que a divisão funcional da atividade do Estado visa, sobretudo, racionalizar e controlar o poder do Estado coibindo-se arbítrios em face do povo.

Portanto, em confronto com os apontamentos referentes ao Ativismo Judicial, há que se observar diante do enfrentamento ora proposto, o primeiro entrave ao Estado Democrático de Direito, já que o agir Ativista culmina no avanço sobre as demais funções essenciais do Estado ao argumento de que um interesse maior

estaria sendo perseguido. Este interesse maior, lastreado na solução das mazelas sociais, não pode superar a necessária organização do Estado segundo a norma posta na Constituição, já que a divisão do exercício de poder pelo Estado em funções corrobora diretamente para a legitimação democrática de seus respectivos atos, por meio da atuação e fiscalização do povo.

4. 2º Enfrentamento: degeneração democrática pelo esquecimento à participação do povo na processualização decisória e legitimação ao ato estatal

Conforme já abordado, o Ativismo Judicial apresenta uma forma de agir proativa do julgador em favor da consecução de objetivos que, muitas vezes, vão muito além do texto legal, significando a realização de um verdadeiro sentimento de justiça de tal julgador, ou mesmo da implementação de direitos que as funções legislativa e executiva falham em garantir ao povo. É preciso se ter em mente que esse agir do julgador, nos moldes apresentados, desloca o agir das partes para a margem da questão jurídica apreciada, em prol de uma atuação solitária que se mostre aparentemente mais efetiva e eficaz para a solução da controvérsia, demonstrando uma verdadeira degeneração democrática perpetrada por um ato do Estado¹². Tal como um verdadeiro

¹² Sobre este aspecto, necessária a transcrição de excerto de decisão proferida pelo Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça: “não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade de minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de BARBOSA MOREIRA e ATHOS CARNEIRO. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento que os Srs. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS e HUMBERTO GOMES DE BARROS decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (BRASIL, STJ, ERESP 319.997-SC, Relator Peçanha Martins, 2003)

engenheiro ou terapeuta social, a missão do julgador nessas concepções vai muito além do mero ofício de representar o Estado no exercício da função jurisdicional¹³. Nesse prisma, conforme pontuado por Luiz Flávio GOMES e Valério de Oliveira MAZZUOLI (2016, p. 54):

O juiz (Hércules) deve traduzir em sua sentença o sentimento de justiça da comunidade, a luta dos marginalizados, a libertação dos oprimidos. Justiça, política e ética são as fontes do Direito. Direito em suma, é o direito de não ser espoliado ou explorado. A lei é estática, enquanto o Direito é dinâmico. O jurista deve sempre dinamizar a lei para que não seja força retrógrada dentro da sociedade. O juiz deve criar o Direito em cada caso concreto. Nada justifica, segundo esse entendimento, estar o juiz a serviço das classes dominantes.

No entanto, há de se ressaltar que este modelo de atuação é típico de Estado Social¹⁴, e não de um Estado Democrático de Direito, vigente desde a Constituição de 1988. Este Estado Democrático de Direito, que é fruto da junção existente entre o Princípio Democrático e o Princípio do Estado de Direito, ou seja, a junção existente entre a participação ativa do povo em todas as

¹³ Nos dizeres de Cândido Rangel DINAMARCO (2009, p. 189), “é sabido e repetido que a vida em sociedade gera insatisfações, mercê de condutas contrárias aos interesses das pessoas e também por serem estes literalmente infinitos, enquanto finitos são os bens da vida sobre os quais incidem. Por *insatisfação* entenda-se ‘um sentimento, um fenômeno psíquico que costuma acompanhar a percepção ou a ameaça de uma carência’. São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade.”

¹⁴ Em suas lições, José Luis Bolzan de MORAIS e Lênio STRECK (2006, p. 81-82), avaliando a experiência brasileira, vão além de avaliar o Estado Social como um mero status de Estado Providência, como em sua origem: “Assim, a tese de que em países periféricos, de desenvolvimento tardio, o papel do Estado deveria ser o de intervenção para a correção das desigualdades, não encontrou terreno fértil em terras latino-americanas. Ao contrário, a tese intervencionista sempre esteve ligada ao patrimonialismo das elites herdeiras do colonialismo. Isso é perfeitamente aplicável ao caso brasileiro, onde o intervencionismo estatal, condição de possibilidade para a realização da função social do Estado, serviço tão-somente para a acumulação de capital e renda em favor de uma pequena parcela da população. De todo modo, embora o Estado intervencionista represente uma espécie de amálgama capitalista, como projeto salvacionista em face do crescimento dos movimentos de massa, tornou-se, na verdade, o embrião da construção das condições da etapa que o sucedeu nos países desenvolvidos, o Estado Democrático de Direito. E isso não ocorreu no Brasil.”

decisões do Estado e o necessário respeito ao Ordenamento Jurídico, sobretudo, à Constituição¹⁵, é a baliza fundamental para se avaliar o nível de democraticidade existente no agir Ativista do judiciário. Por este desiderato é que já lecionou Rosemiro Pereira LEAL (2016, p. 27) que, “na teoria da democracia os direitos fundamentais são inafastáveis não porque já estejam impregnados na consciência dos indivíduos, mas porque são requisitos jurídicos da instalação processual da movimentação do sistema democrático, sem os quais o conceito de Estado Democrático de Direito não se enuncia”, demonstrando que em um Estado Democrático de Direito não se pode conceber que a atuação do Estado se dê à margem da atuação do povo, sobretudo porque fonte dos próprios direitos fundamentais a serem obtidos mediante a participação popular de modo processualizado para a realização e fiscalização dos atos estatais.

Portanto, em contexto do exercício da função jurisdicional, trata-se de uma necessária processualização decisória, em atenção aos ditames democráticos peculiares ao momento em que se encontra a sociedade e ao próprio arcabouço de garantias fundamentais postas na Constituição de 1988, dentre as quais o processo se insere¹⁶ para o resguardo dos direitos fundamentais. A atuação do julgador, seja juiz singular ou tribunal, deve ocorrer adstrita à atuação direta e concreta do povo sobre todo e qualquer ato decisório que profira, para que lhe confira a legitimidade democrática necessária à validade do ato imperativo a ser

¹⁵ Segundo Ronaldo BRÊTAS (2015, p. 68-69), “Consideramos que a dimensão atual e marcante do Estado Constitucional Democrático de Direito resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, cujo entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais. Para se chegar a essa conclusão, impõe-se perceber que a democracia, atualmente, mais do que forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, daí o protótipo constitucional dos Estados Democráticos, ao se declarar que todo o poder emana do povo (...)”.

¹⁶ Sobre tal aspecto, adota-se a posição de José Alfredo de Oliveira BARACHO (1995, p. 19), para o qual o processo se configura como verdadeiro princípio e garantia constitucional posta em favor do povo, na medida em que “é um princípio que decorre da juridicidade do Estado e que serve para eliminar todos os resíduos de discriminação em favor do poder público”.

proferido. Nesse sentido, importante a lição trazida por Dierle José Coelho NUNES (2012, p. 203):

A percepção democrática do direito rechaça a possibilidade de um sujeito solitário captar a percepção do bem viver em sociedades altamente plurais e complexas e, no âmbito jurídico, a aplicação do direito e/ou proferimento de provimentos, fazendo-se necessária a percepção de uma procedimentalidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação das decisões. Assim, toda decisão deve ser resultado de um fluxo discursivo balizado por um procedimento embasado nos princípios fundamentais (processo) que permita uma formação processual de todo exercício de poder.

A partir destas concepções, o Ativismo Judicial é bem pontuado, novamente por Dierle NUNES (2012, p. 194):

[...] o viés nefasto do protagonismo judicial, no qual o processo é visto como instrumento técnico da jurisdição (e do juiz) que poderia formar uma decisão com qualquer conteúdo, dentro da visão privilegiada do magistrado, e que poderia ser deformalizado e entregue aos critérios judiciais de seu dimensionamento a permitir uma decisão rápida como se tal rapidez bastasse a uma tutela constitucionalmente adequada), fruto da sabedoria diferenciada do julgador.

E continua o citado jurista (NUNES, 2012, p. 196), ao posicionar-se pela proposta de “um afastamento da idéia de privilégio cognitivo do julgador (decisionismo) e a implantação de um espaço discursivo participativo de formação das decisões”, donde se reforça a necessária processualização decisória pela via da participação do povo de forma contributiva para a concretização do ato decisório, garantindo assim conteúdo democrático a tal ato do Estado. Em sentido oposto, fomentar o Ativismo Judicial significa justamente degenerar o conteúdo democrático que possa ter a decisão judicial. De igual sentido, seguindo as ideias de Dierle

Nunes, traz à comento em relação às normas do Código de Processo Civil de 2015, Ronaldo BRÊTAS (2016, p. 50):

Melhor dizendo, os sujeitos do processo devem praticar os atos processuais que lhes cabem em regime de comparticipação, concretizada pelo efetivo contraditório (NCPC, artigo 7º), que é seu elemento normativo estruturador, na medida em que o contraditório entrelaça-se com a fundamentação da decisão jurisdicional (NCPC, arts. 11, 298 e 489), permitindo que as partes exerçam influência junto ao julgador, a fim de que o pronunciamento decisório a ser obtido desponte favorável aos seus interesses. Por consequência, no Estado Democrático de Direito, é esta forma de estruturação procedimental que legitima o conteúdo das decisões jurisdicionais proferidas ao seu final, fruto da comparticipação dos sujeitos do processo, quais sejam – juiz, agente público julgador a quem o estado delegou a função jurisdicional, e partes contraditoras, cada uma delas buscando subordinar o interesse da parte contrária ao seu – implementando-se tecnicamente os direitos e garantias fundamentais por estas ostentados.

Portanto, ao se falar do ato de decidir em contexto democrático apregoadado pela Constituição de 1988, necessariamente há de ser concebida e identificada a participação do povo, enquanto interessado na prolação do ato estatal, conjuntamente com o próprio representante do Estado no ato decisório, na figura do juiz ou tribunal. Esta relação necessária para formação do conteúdo democrático de uma decisão jurisdicional é quem terá o condão de garantir, conjuntamente com o devido respeito ao Ordenamento Jurídico, a legitimidade necessária para que tal ato do Estado tenha validade em contexto democrático. Este agir do povo para a decisão jurisdicional, embora sonogado pelo agir Ativista do judiciário em situações donde se vislumbra que apenas a sapiência única do julgador pode solucionar a controvérsia posta, é o ponto crucial de garantia de democraticidade do ato jurisdicional, como bem observa Ronaldo BRÊTAS (2015, p. 164):

Assim o é, porque a decisão jurisdicional (sentença, provimento) não é ato solitário do órgão jurisdicional, pois somente obtida sob inarredável disciplina constitucional principiológica (devido processo constitucional), por meio da garantia fundamental de uma estrutura normativa metodológica (devido processo legal), a permitir que aquela decisão seja construída com os argumentos desenvolvidos em contraditório por aqueles que suportarão seus efeitos, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais controvertem no processo.

Diante destas concepções, há que se apontar que o Ativismo Judicial corrobora diretamente para a redução dos índices de democraticidade na atividade jurisdicional, não podendo ser concebida como democrática a concepção de que a posição, visão e raciocínio do julgador, desfraldados em uma decisão jurisdicional, são melhor preparados do que os demais para a concretização dos direitos e garantias fundamentais do povo, sem a participação deste em todo e qualquer passo até que seja proferido o ato decisório.

5. Ativismo judicial: penúltimas palavras em vista do Estado Democrático de Direito na experiência brasileira

O empoderamento do judiciário ao longo dos anos (ARAÚJO, 2017, p. 27) é, sem dúvidas, um dos aspectos de formação de um agir Ativista, além das já mencionadas intenções de se concretizar o senso de justiça considerado como inato ao julgador, bem como de sanar as anomalias das demais funções essenciais do Estado, utilizando-se da função jurisdicional. A realização ou concretização de direitos fundamentais ao povo é uma bandeira forte do agir Ativista do judiciário, mas, seria ela realmente almejada ao avaliarmos este Ativismo?

Em contexto democrático, a participação do povo é mola mestra da atividade funcional do Estado, seja de forma direta ou por representação, sendo esta participação uma verdadeira garantia fundamental do povo, donde se insere o Processo como

modo de controle ao arbítrio do Estado e forma do próprio povo resguardar que seus direitos fundamentais possam ser fruídos. Nesse sentido, as afirmações de que “a função jurisdicional é exercida por magistrados nomeados e obedientes à lei. A legitimidade deles não está assentada no respaldo popular. Em outras palavras, a legitimação democrática do juiz não tem comprometimento com as maiorias. O juiz a nada e a ninguém representa” (BECATTINI, 2003, p. 25) não demonstram o resguardo à direitos do povo pelo agir Ativista do judiciário, mas sim a perda constante e crescente de tais direitos. Conclusão semelhante é a de Gelson Amaro de SOUZA (2013, p. 222):

A atividade judicial ao suprimir direitos fundamentais em prejuízo do jurisdicionado, está contrariando a Constituição da República. Não se conhece estatística alguma, mas pelo que se apresenta notório, é possível imaginar que o poder que mais viola a Constituição da República é o Poder Judiciário.

De igual sorte, assevera Helena Patrícia FREITAS (2017, p. 100), ao avaliar a própria democracia e a legitimidade dela advinda:

A democracia é uma forma de governo que se funda na autodeterminação e soberania do povo, exercida diretamente ou por meio de seus representantes livremente escolhidos. Mais do que uma forma de governo, é um princípio legitimador do exercício do poder que se origina no povo. Este sistema procura igualar as liberdades públicas e implantar o regime de representação política popular. A Constituição da República colocou a dimensão participativa como fundamental à democracia.

Portanto, a participação do povo nos atos decisórios estatais, em conjunto com o representante do Estado, no caso, juiz ou tribunal, é justamente a garantia de que a legitimação democrática do ato está resguardada e conforme as prescrições do texto constitucional.

Ainda firmes nos ditames do Estado Democrático de Direito, diante das linhas já traçadas sobre a divisão da atividade do Estado

em funções essenciais (legislativa, executiva e jurisdicional), e, tendo em mente que a divisão funcional decorre da racionalização do poder para que este não se configure em arbítrio ao estar nas mãos de poucas pessoas, de modo a se coibir de forma eficaz os abusos que por ventura possam ser cometidos pelos agentes do Estado, é necessário perceber que esta estruturação faz com que o Estado funcione mecanicamente, não de modo engessado, mas como uma verdadeira engrenagem de funções encadeadas, que, juntas, possam exprimir uma correta, eficaz e célere atuação do Estado em favor do povo. Estas concepções encontram arrimo nas lições de Ronaldo BRÊTAS (2015, p. 22):

O cerne da doutrina de Montesquieu, como exsurge de sua obra, aduz Simone Goyard-Fabre, nunca residiu na ideia da separação inflexível dos poderes do Estado, mas que suas atribuições fossem obedientes a uma divisão e distribuição orientadas pelo princípio do equilíbrio, funcionando esses considerados poderes, em sua dinâmica, de forma ajustada, ou, segundo expressão do próprio Montesquieu, “concertadamente”, a fim de impedir os desvios, os abusos ou descaminhos do poder político.

No prisma dessa discussão, avaliar os caracteres do Ativismo Judicial em confronto com uma divisão funcional da atividade do Estado em contexto democrático é, novamente, se estar diante de uma degeneração ao próprio princípio democrático. De igual sorte seria se qualquer outra função do Estado, legislativa ou executiva, iniciasse uma investida de atuação utilizando de características intrínsecas à função jurisdicional. Afinal, conforme Marcelino da Silva MELEU (2013, p. 112) apresenta:

Ao utilizar-se de mecanismos decisionistas acabará por reeditar o positivismo (modelo ultrapassado com o Estado Democrático de Direito, o qual abarca essas decisões discricionárias, possibilitando que se legisle retroativamente. Uma coisa é o magistrado intervir para que se concretizem direitos; outra é utilizar sua autoridade para arbitrariedades ou desmandos. Mesmo porque admitir uma interpretação em que o legislador

pode a ser livre alvedrio legislar sem limites seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e a majestade dos princípios constitucionais (Bonavides). Da mesma forma que se refuta o legislar sem limites, devemos coibir uma atuação dicisionista do julgador.

Oportunos nessa discussão, ainda, os questionamentos que fazem Dierle NUNES e Ludmila TEIXEIRA (2013, p. 85):

Não se trata apenas de reconhecer os limites das ferramentas à disposição do Judiciário para a reorganização estrutural do Estado, mas, sobretudo, de observar nas contradições do estatuto do juiz em nosso sistema de justiça, uma advertência para o perigo latente de instrumentalização do direito (e do discurso sobre o “ativismo engajado”) para o uso estratégico do poder jurisdicional. Se a suspeita de que os discursos articulados em torno da necessidade de uma atuação judicial mais enfática nem sempre se voltam para que o *enforcement* dos direitos fundamentais for fundado, a festejada hipótese de que o protagonismo judicial atende ao acesso à justiça será irremediavelmente falsa. Se o “ativismo puder servir a dois senhores, igualmente à concretização de direitos e à instrumentalização do Judiciário para os projetos estatais ou do sistema econômico, é claro que a tese não passa de uma especulação inconsequente, que e a respeito do acesso à justiça só aproveita o apelo, e que pouco ou nada diz sobre o lugar do juiz na democracia. Imunizados ao menos contra a tentação (e decepções) de toda solução redentora, estaríamos prontos a questionar: afinal, o que leva a criatividade do decisor ser tão incentivada (se for para produzir, flexibilizar os sentidos da lei, adaptar procedimentos) e tão reprimida (pela padronização decisória, pela filtragem dos litígios de massa, pela vinculação sumular)? Por que razão o rigor pretoriano com a dinâmica da separação entre os poderes varia tanto conforme o grau de jurisdição?

Não se pode olvidar que o Estado Democrático de Direito no Brasil careça ainda de um constante trabalho em torno da sua realização e efetivação integral, conforme apregoam os ditames da Constituição de 1988. Contudo, igualmente é insofismável que, resgatar nuances de um Estado de Bem-Estar Social no exercício

da função jurisdicional, nesse momento iniciado com a Constituição de 1988, mostra-se um total retrocesso perante uma democracia vigente, que tanto se lutou contra a opressão do Estado para ser conquistada. Se o Estado Democrático de Direito no Brasil ainda não possa ser delineado como efetivamente implementado, muito se deve ao resgate ao arbítrio outrora observado, sobretudo antes da redemocratização dos Estados nacionais após as Guerras Mundiais e regimes ditatoriais.

6. Considerações finais

As presentes considerações caminharam no sentido de delinear de forma mais objetiva possível as nuances que constituem o Estado Democrático de Direito brasileiro, quais sejam a junção entre o princípio democrático (vislumbrado na participação do povo nas decisões do Estado, da guarida de seus direitos fundamentais intermediada pelas garantias fundamentais, da fiscalização dos atos do Estado contra quaisquer arbítrios e abusos de poder) e o princípio do Estado de Direito (identificado no respeito ao Ordenamento Jurídico como um todo, sobretudo à Constituição de 1988, como pedra fundamental da ordem do Estado e do resguardo aos direitos fundamentais), além da divisão da atividade do Estado em funções essenciais (legislativa, executiva e jurisdicional), de forma com que o poder conferido ao Estado pelo povo seja exercido de forma organizada, concatenada e longe do arbítrio e desproporcionalidade. Posto o delineamento, e concebendo-se a existência do Ativismo Judicial, necessária a confrontação deste com as nuances de um Estado Democrático, de modo a apurar (e depurar) eventuais discrepâncias entre ambos, visando sempre primar pelo paradigma democrático inserido na Constituição de 1988.

A existência de questionamentos ao Ativismo Judicial, conquanto se apresente com cunho ditatorial do decisor soberano e distante da participação do povo, não demonstra a adoção ao

princípio democrático apregoado no texto constitucional. De igual sorte, a ruptura do Judiciário com a organização funcional do Estado apresenta claro exercício desproporcional do poder conferido pelo povo, não podendo o agir que invade as atribuições das demais funções essenciais do Estado ser considerado, ainda que a razão que baseie esse agir Ativista justifique metajuridicamente¹⁷ a atitude. A unidade das funções do Estado, exercendo uma sua atribuição de modo organizado e conforme o Ordenamento Jurídico constitucional é que poderá resguardar que direitos e garantias fundamentais sejam gozadas pelo povo, com sua participação e fiscalização contra os atos abusivos e lesivos do Estado praticados em seu desfavor.

Em contexto democrático, é importante que se concebam direitos e garantias fundamentais ao povo pelo Estado, com a participação do próprio povo, de forma que essa proteção a direitos ocorra de maneira legítima e democrática, e não de forma despótica e solitária, ao arbítrio da autoridade judicial. Pelas razões delineadas, o Ativismo Judicial só poderá se configurar em um agente de degeneração da democraticidade do Estado, culminando em retrocesso perante a ordem instaurada na Constituição de 1988 com a adoção ao Estado Democrático de Direito

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 5^a. ed. Trad. Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABBOUD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson. *Ativismo Judicial como Conceito Natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém*. In: DIDIER JÚNIOR, Fredieetaliii (coord). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 525-553.

¹⁷ Segundo lições de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 177-263), ao lecionar sobre os escopos do processo.

- ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo Judicial e Instrumentalidade do Processo: Diálogos entre discricionarieidade e democracia. *Revista de Processo*, São Paulo, vol. 242, p. 21-47, 2015.
- ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- ANDRADE, Fernando Gomes. Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF; in: *Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos*. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- ARAÚJO, Luiz Henrique Diniz. *O Ativismo Judicial e seus Limites*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral da Cidadania – A plenitude da Cidadania e as Garantias Constitucionais e Processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BARBOSA, Hélder Fábio Cabral. A efetivação e o custo dos direitos sociais: A falácia da Reserva do possível; in *Estudos de direito constitucional*. Fernando Gomes de Andrade (org.). Recife: Edupe, 2011.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. *Revista Atualidades Jurídicas – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB*. 4.ed Jan/Fev 2009. Disponível: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso: 10.nov.2017.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 10.out.2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 319.997. Embargante: Fazenda Nacional. Embargado: Reni Antônio Schweitzer e outros. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Brasília, 6 de Outubro de 2003. Disponível: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7404775/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-319997-sc-2001-0154045-5/inteiro-teor-13060274?ref=juris-tabs>> Acesso: 10. nov. 2017.

- BECATTINI, Sérgio Rubens Birschal. *Dilemas da Atuação do Poder Judiciário: Ativismo Judicial sob a Ótica do Pensamento de Ronald Dworkin*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. 3ª. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Estudo Sistemático do NCPC (com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016)*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democracia: conferências realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México*. Trad. Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso: 10.nov.2017.
- DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e Direito Constitucional*. 2.. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14.. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FREITAS, Helena Patrícia. A crise de representação no Estado Democrático de Direito: uma leitura na visão do círculo dos afetos de Vladimir Safatle. In: GONTIJO, Lucas de Alvarenga et al. (org.). *Entraves à Soberania Popular: Ensaios jurídico-políticos sobre a crise da democracia brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 99-118.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2ª. ed. (2ª tiragem) Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Juiz e o Direito: O método dialógico e a magistratura na pós-modernidade*. Salvador: Juspodivm, 2016.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

MELEU, Marcelino da Silva. *O Papel dos Juízes frente aos desafios do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o Povo? A questão fundamental da Democracia*. 3ª. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático – Uma análise crítica das reformas processuais*. 4ª. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à Justiça Democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SOUZA, Gelson Amaro de. A Tirania do Judiciário. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie et aliii (coord). *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 219-244.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política & Teoria do Estado*. 5ª. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Direito das pessoas com deficiência à educação como um direito fundamental e humano

Filipe Augusto Silva¹
Deilton Ribeiro Brasil²

1. Introdução

O direito das pessoas com deficiência a uma educação inclusiva está estampado na Constituição sob a categoria de Direito Fundamental, não restando dúvidas, portanto, quanto à natureza de tal direito.

Porém, será que é possível afirmar que referido direito, assegurado às pessoas com deficiência, também se encaixam na categoria de Direito Fundamental? E, em caso positivo, quais as consequências práticas de tal classificação para tais indivíduos?

Pois bem, o segundo questionamento já pode ser respondido, justificando também a importância do desenvolvimento da presente pesquisa. Ao ser alçado à categoria de Direito Humano, como se detalhará no desenvolvimento deste trabalho, o espectro

¹Mestre em Direito pelo PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário Newton Paiva. Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna-MG. Advogado. E-mail: filipefhp@hotmail.com. WhatsApp: (37) 999042233.

² Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br. WhatsApp: (32) 988048983.

de proteção do direito se amplia, transcendendo a esfera jurisdicional interna, e alcançando as instancias supranacionais. Dessa forma, caso o direito humano do indivíduo seja violado pelo Estado, o mesmo poderá buscar a tutela do seu direito em instancias jurisdicionais que vão além do ordenamento jurídico doméstico em que se encontra inserido.

Portanto, o presente artigo tem como objetivo definir se o direito das pessoas com deficiência a uma educação inclusiva, além de um Direito Fundamental, também pode ser considerado como um Direito Humano. Para tanto, adota-se como marco teórico o seguinte fragmento textual:

O reconhecimento de que os seres humanos têm direitos sob o plano internacional implica a noção de que a negação desses mesmos direitos impõe, como resposta, a responsabilização internacional do Estado violador. Isto é, emerge a necessidade de delinear limites à noção tradicional de soberania estatal, introduzindo formas de responsabilização do Estado na arena internacional, quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas na tarefa de proteger os direitos humanos internacionalmente assegurados. Verificar-se-á como, na ordem contemporânea, se reforça, cada vez mais, esse complexo sistema de “concorrência institucional”, pelo qual a ausência ou insuficiência de respostas às violações de direitos humanos, no âmbito nacional, justifica o controle, a vigilância e o monitoramento desses direitos pela comunidade internacional. Importa esclarecer que a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos, ao constituir uma garantia adicional de proteção, invoca dupla dimensão, enquanto: a) parâmetro protetivo mínimo a ser observado pelos Estados, propiciando avanços e evitando retrocessos no sistema nacional de direitos humanos; e b) instância de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas no dever de proteção desses direitos.

Nesse contexto, os tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo que afirmam a personalidade internacional do indivíduo e endossam a concepção universal dos direitos humanos, acarretam aos

Estados que os ratificam obrigações no plano internacional. Com efeito, se, no exercício de sua soberania, os Estados aceitam as obrigações jurídicas decorrentes dos tratados de direitos humanos, passam então a se submeter à autoridade das instituições internacionais, no que se refere à tutela e fiscalização desses direitos em seu território. Sob esse prisma, a violação de direitos humanos constantes dos tratados, por significar desrespeito a obrigações internacionais, é matéria de legítimo e autêntico interesse internacional, o que vem a flexibilizar a noção tradicional de soberania nacional. Nesse sentido, destaque-se a afirmação do Secretário-Geral das Nações Unidas, no final de 1992: “Ainda que o respeito à soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania (...). Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional”. Com esse raciocínio, perceber-se-á como a violação de uma obrigação internacional pelo Estado, seja em razão de ação ou omissão, implica responsabilização internacional. Nas lições de Henry Steiner: “Muitos dos princípios nos quais o Direito Internacional dos Direitos Humanos está baseado relacionam-se à necessidade de assegurar que não apenas as violações cessem, mas que a justiça seja feita em relação a ambos, vítimas e perpetradores. Estes princípios incluem o direito a um remédio, à responsabilização, à punição dos autores e ao pagamento de uma indenização apropriada, bem como a medidas que facilitem a reabilitação da vítima”. (PIOVESAN, 2013, p.67-68).

No presente trabalho, adotar-se-á a vertente metodológica jurídico-dogmática, uma vez que se trabalhará com elementos internos ao ordenamento jurídico. O tipo de raciocínio utilizado no presente trabalho será o dedutivo, partindo-se da definição do conceito geral de Direitos Humanos, com o intuito de se

determinar se o direito específico das pessoas com deficiência a uma educação inclusiva, se enquadram em tal conceito. Por fim, em relação aos tipos metodológicos da pesquisa serão empregados o jurídico-descritivo e o jurídico-comparativo(DIAS; GUSTIN, 2010, p.21-28).

2. Diferença conceitual entre direitos fundamentais e direitos humanos

Primeiramente, deve-se proceder a uma distinção entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, visto que, apesar de serem, ocasionalmente, utilizadas como sinônimas (SARLET, 2010, p. 29), tais terminologias são tecnicamente distintas. Em relação ao primeiro, Almeida (2008, p.304) observa que “A pluridimensionalidade, a interdisciplinaridade e a complexidade dos direitos fundamentais dificultam a formulação de conceituação, mas não a impedem.”. Após, conclui que:

[...] direitos fundamentais são todos os direitos, individuais ou coletivos, previstos expressa ou implicitamente em determinada ordem jurídica e que representam os valores maiores nas conquistas histórica dos indivíduos e das coletividades, os quais giram em torno de um núcleo fundante do próprio Estado Democrático de Direito, que é justamente o direito à vida e à sua existência com dignidade. (ALMEIDA, 2008, p.310).

Por seu turno, os Direitos Humanos são aqueles protegidos pela ordem internacional, principalmente por tratados, contra as eventuais arbitrariedades ou violações praticadas pelo Estado contra seus jurisdicionados, estabelecendo, desta maneira, um nível de proteção mínimo que deve ser respeitado, sob pena de responsabilização internacional (MAZZUOLI, 2016, p. 25). Em outras palavras:

[...] garantem às pessoas sujeitas à jurisdição de um Estado meios de vindicação de seus direitos, para além do plano interno, nas instâncias internacionais de proteção [...].

Destaque-se, por fim, que, quando se trata da proteção dos direitos humanos, não importa a *nacionalidade* da vítima, bastando ter sido ela violada em seus direitos por ato de um Estado sob cuja jurisdição se encontrava. (MAZZUOLI, 2016, p. 25).

Assim, os Direitos Fundamentais referem-se aos “[...] direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado [...]” (SARLET, 2010, p. 29), enquanto que os Direitos Humanos:

[...] guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2010, p.29).

Realizada esta importante distinção, parte-se para a análise da questão principal do presente trabalho, a saber, o direito das pessoas com deficiência à educação como um direito fundamental e humano.

3. Direito das pessoas com deficiência à educação como um direito fundamental

O Título II da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. Dentro deste Título, se encontra o Capítulo II, denominado “Dos Direitos Sociais”. O artigo 6º da Constituição determina que são direitos sociais: “[...] a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

Assim, através desta simples análise, é possível afirmar que a educação faz parte dos Direitos Sociais que, por sua vez, são considerados constitucionalmente como Direitos Fundamentais do indivíduo.

Ainda nessa linha de raciocínio, estabelece o artigo 205 da Constituição de 1988, que se encontra sob o Título VIII (Da Ordem Social), Capítulo III (Da Educação, da Cultura e do Desporto), Seção I (Da Educação), que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”. Importante ressaltar, também, que um dos princípios que norteiam o ensino no Brasil é a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (Artigo 206, inciso I da Constituição).

Dentro dessa esfera de direitos fundamentais garantidos ao indivíduo, há disposição específica, presente no artigo 208, inciso III, que garante o atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, destacando, ainda, que tal atendimento deverá ser prestado, de preferência, na rede regular de ensino.

Com o intuito de regulamentar o exercício do direito fundamental de acesso à educação pelas pessoas com deficiência, foram criados diversos instrumentos legislativos que tratam sobre o mesmo, os quais serão analisados na sequência.

3.1 Lei 10.098/2000- Lei de Acessibilidade

A Lei 10.098 (BRASIL, 2000) de 19 de dezembro de 2000 tem como escopo estabelecer regras gerais e critérios básicos para promover a acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida “[...] mediante a supressão de barreiras e de obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação.” (artigo 1º).

O artigo 2º da lei em comento, onde são estabelecidos diversos conceitos pertinentes à mesma, foi inteiramente reformulado pela Lei 13.146/15 (BRASIL, 2015), que será objeto de estudo em tópico próprio. O termo chave “acessibilidade” é definido como:

[...] possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.(BRASIL, 2000).

Percebe-se que o conceito de acessibilidade é muito amplo, englobando tanto o acesso a estruturas físicas quanto a informações e suas tecnologias, o que visa garantir o máximo de inclusão social da pessoa com deficiência. Outro termo chave na Lei 10.098/00, é o de pessoa com mobilidade reduzida, sendo todo aquele que possua, por qualquer motivo “[...] dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, gerando redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da coordenação motora ou da percepção, incluindo idoso, gestante, lactante, pessoa com criança de colo e obeso”.

Avançando, uma pequena, porém importante modificação, também perpetrada pela Lei 13.146/15, é a que ocorreu no artigo 3º da Lei 10.098/00. Na sua redação antiga, tal artigo determinava que “O planejamento e a urbanização das vias públicas, dos parques e dos demais espaços de uso público deverão ser concebidos e executados de forma a torná-los acessíveis para as pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.”. Já a nova redação, acrescentou que o planejamento e urbanização deverão ser concebidos e executados de forma a torná-los acessíveis para todas as pessoas, inclusive para aquelas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Apesar de parecer simples, referida modificação representa a preocupação em se promover não apenas a inclusão social, mas uma inclusão social plena, através da eliminação de todas as barreiras, independentemente de sua natureza.

Ainda sobre essa temática, foi elaborada, em 7 de novembro de 2003, pelo Ministério da Educação, a Portaria nº 3.284 (BRASIL, 2003) que trata sobre os requisitos de acessibilidade das pessoas com deficiência, para instruir os processos de autorização e de reconhecimento de cursos superiores, bem como para o credenciamento de instituições de ensino superior.

Referida portaria afirma que, tendo em vista a necessidade em se garantir às pessoas com deficiência condições básicas de acesso ao ensino superior, de mobilidade e de utilização de equipamentos e instalações das instituições de ensino, resolve-se:

Art. 1º Determinar que sejam incluídos nos instrumentos destinados a avaliar as condições de oferta de cursos superiores, para fins de autorização e reconhecimento e de credenciamento de instituições de ensino superior, bem como para renovação, conforme as normas em vigor, requisitos de acessibilidade de pessoas portadoras de necessidades especiais. (BRASIL, 2003).

Percebe-se pela leitura do artigo 1º da Portaria nº 3.284/03, o caráter de inclusão social presente na mesma. A promoção da igualdade de direitos deve ser realizada em todas as esferas que compõem a sociedade, principalmente na da educação – em todos os níveis – uma vez que esta constitui a base de uma sociedade civilizada, pautada nos ideais internacionais de Direitos Humanos. Portanto, referida portaria possui uma enorme importância no que tange à inclusão e equalização dos direitos das pessoas com deficiência no âmbito da sociedade brasileira.

O artigo 2º, §1º da Portaria nº 3.284/03, estabelece os requisitos mínimos de acessibilidade que deverão estar presentes nas instituições de ensino superior. *In verbis*:

I - com respeito a alunos portadores de deficiência física: a) eliminação de barreiras arquitetônicas para circulação do estudante, permitindo acesso aos espaços de uso coletivo; b) reserva de vagas em estacionamentos nas proximidades das unidades de serviço; c) construção de rampas com corrimãos ou colocação de elevadores, facilitando a circulação de cadeira de rodas; d) adaptação de portas e banheiros com espaço suficiente para permitir o acesso de cadeira de rodas; e) colocação de barras de apoio nas paredes dos banheiros; f) instalação de lavabos, bebedouros e telefones públicos em altura acessível aos usuários de cadeira de rodas;

II - no que concerne a alunos portadores de deficiência visual, compromisso formal da instituição, no caso de vir a ser solicitada e até que o aluno conclua o curso: a) de manter sala de apoio equipada como máquina de datilografia braile, impressora braile acoplada ao computador, sistema de síntese de voz, gravador e fotocopiadora que amplie textos, software de ampliação de tela, equipamento para ampliação de textos para atendimento a aluno com visão subnormal, lupas, régua de leitura, scanner acoplado a computador; b) de adotar um plano de aquisição gradual de acervo bibliográfico em braile e de fitas sonoras para uso didático;

III - quanto a alunos portadores de deficiência auditiva, compromisso formal da instituição, no caso de vir a ser solicitada e até que o aluno conclua o curso: a) de propiciar, sempre que necessário, intérprete de língua de sinais/língua portuguesa, especialmente quando da realização e revisão de provas, complementando a avaliação expressa em texto escrito ou quando este não tenha expressado o real conhecimento do aluno; b) de adotar flexibilidade na correção das provas escritas, valorizando o conteúdo semântico; c) de estimular o aprendizado da língua portuguesa, principalmente na modalidade escrita, para o uso de vocabulário pertinente às matérias do curso em que o estudante estiver matriculado; d) de proporcionar aos professores acesso a literatura e informações sobre a especificidade lingüística do portador de deficiência auditiva. (BRASIL, 2003).

Conclui-se, assim, que a Portaria nº 3.284/03 contribui positivamente para os direitos das pessoas com deficiência, através da promoção da inclusão social e da igualdade de oportunidades na

esfera educacional, estando alinhada ao direito fundamental à educação estabelecido na Constituição.

3.2 Decreto 7.611/2011 - Educação Especial e Atendimento Educacional Especializado

O Decreto nº 7.611 (BRASIL, 2011) de 17 de novembro de 2011, que dispõe sobre a educação especial e o atendimento educacional especializado, declara como um de seus embasamentos legais, dentre outros, o artigo 24 (Educação) da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que será estudada de forma pormenorizada em tópico próprio.

Referido decreto estabelece em seu artigo 1º, as diretrizes através das quais o Estado cumprirá com seu dever de efetivar a educação especial. São elas:

- I - garantia de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades;
- II - aprendizado ao longo de toda a vida;
- III - não exclusão do sistema educacional geral sob alegação de deficiência;
- IV - garantia de ensino fundamental gratuito e compulsório, asseguradas adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais;
- V - oferta de apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;
- VI - adoção de medidas de apoio individualizadas e efetivas, em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena;
- VII - oferta de educação especial preferencialmente na rede regular de ensino; e
- VIII - apoio técnico e financeiro pelo Poder Público às instituições privadas sem fins lucrativos, especializadas e com atuação exclusiva em educação especial.(BRASIL, 2011).

O §1º do artigo sob análise, determina que o público-alvo da educação especial se constituem nas pessoas com deficiência, com

transtornos globais do desenvolvimento³ e com altas habilidades ou superdotação. Já o §2º traz disposição específica sobre os estudantes surdos e com deficiência auditiva, o que remete à Lei nº 10.346 de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais (Libras), afirmando em seu artigo 1º, parágrafo único que:

Art. 1º É reconhecida como meio legal de comunicação e expressão a Língua Brasileira de Sinais - Libras e outros recursos de expressão a ela associados.

Parágrafo único. Entende-se como Língua Brasileira de Sinais - Libras a forma de comunicação e expressão, em que o sistema lingüístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, constituem um sistema lingüístico de transmissão de idéias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil.(BRASIL, 2002).

Já em seu artigo 4º, a Lei 10.346/02, determina a inclusão do ensino de Libras nos cursos de formação de Educação Especial, de Fonoaudiologia e de Magistério, em seus níveis médio e superior, pelo sistema educacional federal e os sistemas educacionais estaduais, municipais e do Distrito Federal. Por sua vez, o Decreto nº 5.626 de 22 de dezembro de 2005, que tem como escopo regulamentar referida lei, esclarece, em seu artigo 3º, que a inclusão do ensino de Libras engloba as instituições de ensino públicas e privadas, aduzindo, ainda, em seus §1º e 2º:

§ 1º Todos os cursos de licenciatura, nas diferentes áreas do conhecimento, o curso normal de nível médio, o curso normal superior, o curso de Pedagogia e o curso de Educação Especial são considerados cursos de formação de professores e profissionais da educação para o exercício do magistério.

³ José Ferreira Belisário Filho e Patrícia Cunha, no estudo intitulado **A educação especial na perspectiva da inclusão escolar**: transtornos globais do desenvolvimento, apontam que os Transtornos Globais do Desenvolvimento são cinco, a saber: Autismo; Síndrome de Rett; Transtorno ou Síndrome de Aperger; Transtorno Desintegrativo da Infância; Transtorno Global de Desenvolvimento sem outra especificação (2010, p.13).

§ 2º A Libras constituir-se-á em disciplina curricular optativa nos demais cursos de educação superior e na educação profissional, a partir de um ano da publicação deste Decreto.(BRASIL, 2005).

Retornando à análise do Decreto nº 7.611/11, seu artigo 2º afirma que os serviços de apoio especializado, garantidos pela educação especial, tem como principal finalidade “[...] eliminar as barreiras que possam obstruir o processo de escolarização de estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação”. Tais serviços são denominados pelo §1º de “atendimento educacional especializado”, sendo compreendidos como “[...] o conjunto de atividades, recursos de acessibilidade e pedagógicos organizados institucional e continuamente [...]” (BRASIL, 2011) que deverão ser prestados das seguintes formas:

- I - complementar à formação dos estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento, como apoio permanente e limitado no tempo e na frequência dos estudantes às salas de recursos multifuncionais; ou
- II - suplementar à formação de estudantes com altas habilidades ou superdotação.(BRASIL, 2011).

A dupla matrícula, tanto no ensino regular quanto no atendimento educacional especializado, será garantida pelo Poder Público, nos termos do artigo 4º do Decreto nº 7.611/11. Desta forma, proporciona-se aos estudantes-alvo da educação especial um ensino de qualidade que vise suprir qualquer necessidade que apresentem, sem que a sua participação no ensino regular seja prejudicada, prezando-se assim pela educação, mas sem se abrir mão da inclusão social. Por fim, cumpre-se mencionar os artigos 27 e 28, da Lei 13.146/15 (BRASIL, 2015), que tratam sobre o direito das pessoas com deficiência à educação, e que possuem conteúdo normativo similar aos das disposições legais analisadas até o momento.

A formação e o amadurecimento de uma ideologia inclusiva, que visa promover a igualdade de direitos entre todos os indivíduos de uma sociedade, depende, indubitavelmente, do oferecimento de uma educação de qualidade a todos. É justamente este o papel que o Decreto 7.611/11 visa alcançar ao estabelecer as diretrizes para uma educação especial de qualidade que, ao mesmo tempo que procura suprir as necessidades educacionais das pessoas com deficiência, através da eliminação de barreiras, preza também por sua inclusão social.

3.3 Lei 13.146/2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência

A Lei nº 13.146 ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015), foi sancionada em 06 de julho de 2015, e entrou em vigor em janeiro de 2016, tendo como base a CDPD. O Estatuto determina em seu artigo 1º que se destina a “[...] assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.”.

Os artigos 27 ao 30 do Estatuto, que se encontram sob o Título II (Dos Direitos Fundamentais), Capítulo IV (Do Direito à Educação), estabelecem direitos e diretrizes básicas a serem implementadas com o intuito de se garantir o acesso à educação pelas pessoas com deficiência. Seu artigo 27 preconiza que:

Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Parágrafo único. É dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação. (BRASIL, 2015).

Em relação aos artigos 28 e 30 do Estatuto, mais especificamente o §1º daquele e o *caput* deste, foram alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), interposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), que alegou que tais artigos violavam diversos dispositivos constitucionais, inclusive o artigo 208, inciso III da Constituição, visto que as medidas de adequação e inclusão educacional estabelecidas pelo Estatuto gerariam um alto custo para as escolas privadas, obrigando uma grande parte delas a encerrarem suas atividades (STF, 2016).

Resumidamente, o artigo 28 do Estatuto da Pessoa com Deficiência aponta medidas que devem ser implementadas e fiscalizadas pelo Poder Público em prol de um sistema educacional inclusivo. Seu inciso V, por exemplo, determina a “adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social dos estudantes com deficiência, favorecendo o acesso, a permanência, a participação e a aprendizagem em instituições de ensino”. Ocorre que, o §1º do artigo 28, objeto da ADI supracitada, estabelece que as instituições privadas de ensino também devem cumprir com várias das medidas elencadas, proibindo a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza por referidas instituições no cumprimento destas determinações.

Dessa forma, o artigo 30 do Estatuto em comento, estabelece medidas a serem adotadas nos processos seletivos para ingresso e permanência nos cursos oferecidos pelas instituições, tanto públicas como privadas, de ensino superior e de educação profissional e tecnológica.

No dia 09/06/2016, a ADI 5.357 foi julgada improcedente pelo Plenário do STF. Pela relevância da decisão, transcreve-se sua ementa:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA

COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei nº 13.146/2015).

1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana.

2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita.

3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244.

4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta.

5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente.

6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB).

7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV.

8. Medida cautelar indeferida.

9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito,

julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. (STF, 2016).

Acredita-se, com convicção, no acerto do STF em relação ao julgamento da ADI 5.357. Obviamente que razões econômicas não podem servir de motivo para a supressão de Direitos Fundamentais arduamente conquistados e garantidos formalmente na Constituição. Ao se sopesar os direitos discutidos em referida ADI, a balança deve pender, sem dúvida alguma, para o lado da promoção da dignidade da pessoa humana, igualdade e educação.

4. Direito das pessoas com deficiência à educação como um direito humano

Não resta dúvida que o direito das pessoas com deficiência à educação inclusiva, em todos os níveis, tanto na esfera pública quanto na particular, trata-se de um direito fundamental no ordenamento jurídico pátrio. Cabe agora, de acordo com o conceito estabelecido anteriormente no presente artigo, definir se o mesmo também é um Direito Humano.

Primeiramente, cumpre ressaltar o fato de que a preocupação em se promover um ensino de qualidade, isonômico e disponível a todos não é uma preocupação exclusiva do Brasil, e sim de toda a humanidade. Assim, no ano de 2000, foi realizado o Fórum Mundial de Educação na cidade de Dakar, no Senegal, onde 164 países concordaram e adotaram o texto intitulado “Marco de Ação de Dakar, Educação para Todos: Cumprindo nossos Compromissos Coletivos”, assumindo o compromisso, descrito em seu artigo 7º, de atingir seis objetivos educacionais de amplo alcance até o ano de 2015 (BRASIL, 2014, p7/9), quais sejam:

7. Comprometemo-nos a atingir os seguintes objetivos:

I. expandir e melhorar o cuidado e a educação da criança pequena, especialmente das mais vulneráveis e em maior desvantagem;

- II. assegurar que todas as crianças, com ênfase especial nas meninas e nas crianças em circunstâncias difíceis e pertencentes a minorias étnicas, tenham acesso à educação primária obrigatória, gratuita e de boa qualidade até o ano 2015;
- III. assegurar que as necessidades de aprendizagem de todos os jovens e adultos sejam atendidas pelo acesso equitativo à aprendizagem apropriada e às habilidades para a vida;
- IV. alcançar uma melhoria de 50% nos níveis de alfabetização de adultos até 2015, especialmente para as mulheres, e acesso equitativo à educação básica e continuada para todos os adultos;
- V. eliminar disparidades de gênero na educação primária e secundária até 2005 e alcançar a igualdade de gênero na educação até 2015, com enfoque na garantia ao acesso e ao desempenho pleno e equitativo de meninas na educação básica de boa qualidade;
- VI. melhorar todos os aspectos da qualidade da educação e assegurar excelência para todos, de forma a garantir a todos resultados reconhecidos e mensuráveis, especialmente na alfabetização, na aquisição de conhecimentos matemáticos e habilidades essenciais à vida. (BRASIL, 2001, p.8-9).

Esse fato demonstra a preocupação internacional em se efetivar o direito à educação a todos, ou seja, não se trata de algo que apenas algumas ordens constitucionais isoladas procuram garantir. Trata-se de um direito de natureza supranacional, que transcende a ordem interna dos países, encaixando-se, desta maneira, no conceito de Direitos Humanos.

Ademais, o direito das pessoas com deficiência à educação, está expressamente garantido em um tratado internacional de Direitos Humanos da ONU, intitulado Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), que conta atualmente com 175 Estados-Parte⁴.

Outro tratado internacional de Direitos Humanos, também relativo ao direito de acesso de pessoas com deficiência à cultura e à educação é o Tratado de Marraquexe para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas para Pessoas Cegas, do ano de 2013.

⁴Informação disponível no site <<http://indicators.ohchr.org/>>. Acesso em 01 dez. 2017.

Interessante notar que esses dois tratados são os únicos no ordenamento jurídico brasileiro aprovados como equivalentes às emendas constitucionais, de acordo com os parâmetros definidos pelo artigo 5º, §3º da Constituição do Brasil de 1988. Pela importância e relevância para o presente artigo, ambos os tratados serão analisados na sequência.

4.1 Direito à Educação no âmbito da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo foram assinados em Nova Iorque, no dia 30 de março de 2007, sendo ratificados no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 186 (BRASIL, 2008) de 9 de julho de 2008, nos termos do artigo 5º, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Sua promulgação se deu com o Decreto nº 6.949 (BRASIL, 2009) de 25 de agosto de 2009.

Os princípios gerais que embasam a CDPD estão estabelecidos em seu artigo 3, que assim preconiza:

Os princípios da presente Convenção são:

- a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;
- b) A não-discriminação;
- c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;
- d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade;
- e) A igualdade de oportunidades;
- f) A acessibilidade;
- g) A igualdade entre o homem e a mulher;
- h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade. (ONU, 2006).

No tocante ao Direito à Educação, o mesmo se encontra localizado no artigo 24 da CDPD, que determina aos Estados-Parte, em seu inciso 1, a garantia de um sistema educacional inclusivo em todos os níveis às pessoas com deficiência, que preze pelo máximo desenvolvimento da personalidade, dignidade, autoestima e habilidades de tais indivíduos, visando a sua efetiva participação em uma sociedade livre. Uma vez que o artigo em análise prega um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, pode-se afirmar que o acesso ao ensino superior também se constitui em um direito das pessoas com deficiência. Isto é confirmado pelo inciso 5, que preconiza o direito ao “[...] acesso ao ensino superior em geral, treinamento profissional de acordo com sua vocação, educação para adultos e formação continuada [...]”. Para tanto, os Estados deverão assegurar que (inciso 2):

- a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;
- b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;
- c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;
- d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;
- e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena. (ONU, 2006).

Fazendo uma alusão ao analisado Decreto nº 7.611/11, seu artigo 1º, incisos I e II, foram elaborados com base no artigo 24, inciso 1 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), o que demonstra o objetivo de referido decreto

em internalizar e adequar o conteúdo da Convenção ao ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à educação. Do mesmo modo, os incisos III, IV, V e VI, baseiam-se na redação do artigo 24, inciso 2 da CDPD. O inciso VII visa, além de dar cumprimento ao princípio da inclusão social, uma vez que as pessoas com deficiência deverão, preferencialmente, serem matriculadas na rede regular de ensino juntamente com os demais alunos, fomentar o princípio descrito no artigo 3º, alínea “d” da Convenção, qual seja, o do respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade. Isto pois, desde muito pequenas, as crianças aprenderão a conviver com as diferenças e, sobretudo, a respeitá-las, passando a enxergar o ambiente em sua volta com um olhar livre de preconceitos, o que possibilitará que percebam o potencial presente em cada ser humano, independentemente das distintas características que apresentem.

Por sua vez, a Portaria nº 3.284/03, também analisada anteriormente, reflete o direito assegurado no artigo 24, inciso 5, da CDPD, que dispõe sobre a obrigação dos Estados-Parte em assegurar às pessoas com deficiência o acesso ao ensino superior, providenciando para tanto as adaptações razoáveis necessárias, o que demonstra o avanço legislativo do Brasil nesta área.

Por fim, tanto a Lei 10.346/02 quanto o Decreto nº 5.626/05, já estudados, se alinham com a disposição presente no artigo 24, incisos 3 e 4 da CDPD, que assim determinam:

3.Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade. Para tanto, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas, incluindo:

a) Facilitação do aprendizado do braille, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares;

b) Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade lingüística da comunidade surda;

c) Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.

4.A fim de contribuir para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.(ONU, 2006).

Percebe-se, portanto, que o direito das pessoas com deficiência à educação, se encontra assegurado em um Tratado Internacional de Direitos Humanos, o qual o Brasil faz parte, o que faz com que referido direito transcenda a própria ordem interna brasileira, podendo os indivíduos, caso o Estado violem seus direitos, recorrerem a instâncias judiciais supranacionais com o intuito de garanti-los.

4.2 Tratado de Marraquexe para facilitar o acesso a obras publicadas para pessoas cegas

O Tratado de Marraquexe para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas para Pessoas Cegas (OMPI, 2013), foi adotado em 27 de junho de 2013, pelos Estados-Membros da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), com o objetivo de lidar com o problema mundial da escassez de obras literárias adaptadas para pessoas com deficiência visual, uma vez que, a cada ano, dos milhões de livros publicados no mundo, somente de 1 a 7% destes são adaptados para tal grupo, que compreende cerca de 285 milhões de indivíduos, dos quais 90% vivem em países em

desenvolvimento (OMPI, 2016, p.2). A proposta do Tratado de Marraquexe partiu dos governos do Brasil, Argentina, Paraguai, Equador, e do México, com o apoio do Grupo de Países da América Latina e do Caribe. Sobre o conteúdo do tratado:

A matéria veiculada no tratado é claramente atinente a direitos humanos, recordando-se no seu primeiro considerando “os princípios da não discriminação, de igualdade de oportunidades, de acessibilidade e de participação e inclusão plena e efetiva na sociedade, proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”.

O instrumento representa o culminar das lutas empreendidas pelas pessoas cegas, com deficiência visual ou outras dificuldades de leitura (*por exemplo*, dislexia) para ter amplo acesso à cultura, para o que retira direitos autorais (limitando o sistema de *copyright*) em prol da garantia de leitura acessível a essa categoria de pessoas. (MAZZUOLI; XAVIER, 2016).

Trata-se do primeiro tratado de direitos autorais (*copyright*) a incluir uma perspectiva clara de Direitos Humanos em seu texto normativo, demonstrando que os sistemas de direitos autorais representam uma importante parte da solução ao desafio em se ampliar o acesso a livros, bem como a outros trabalhos impressos, para as pessoas com deficiência visual (OMPI, 2016, p.2).

De maneira geral, o tratado em comento, com o intuito de alcançar seus principais objetivos, estabelece duas exceções aos direitos autorais, a saber:

[...] (a) a livre produção e distribuição de obras em formato acessível no território das Partes Contratantes e (b) o intercâmbio transfronteiriço desimpedido destes formatos. Este último dispositivo contribuirá para expandir, de forma significativa, sobretudo nos países em desenvolvimento, o acesso das pessoas com deficiência visual ao conhecimento, na medida em que permitirá o compartilhamento de formatos acessíveis produzidos em uma Parte Contratante com beneficiários residentes de quaisquer outras Partes. (SENADO FEDERAL, 2015).

Nesse sentido:

Para além do valor moral e político, o Tratado também possui aspectos juridicamente relevantes. O primeiro é que admite que leis de direitos autorais antiquadas podem ser usadas como barreiras para o acesso das pessoas com deficiência visual à informação impressa, dificultando que um número amplo de obras seja convertido e distribuído em formato mais acessível.

Ante isso, sem deixar de reconhecer que a proteção dos direitos autorais é uma forma de recompensa ao processo criativo dos autores e editores, pondera a necessidade de ampliar, de forma inclusiva, o contingente de leitores. O Tratado garante, no entanto, que a limitação de direitos autorais destina-se apenas à garantia de leitura dessa categoria de pessoas, não para terceiros que podem perfeitamente ler. (MAZZUOLI; XAVIER, 2016).

No seu artigo 3º, o Tratado de Marraquexe define quais as pessoas serão beneficiadas por suas disposições, a saber, aquelas que possuem deficiência visual ou outra deficiência de percepção ou de leitura, que não possa ser corrigida a fim de se obter visão substancial equivalente à de um indivíduo que não possua tal deficiência ou dificuldade, bem como aquelas que estejam impedidas, de qualquer outra maneira, devido a uma deficiência física, de manipular obra literária ou focar/mover os olhos de forma adequada à leitura, independentemente de quaisquer outras deficiências.

O Tratado de Marraquexe entrou em vigor internacional no dia 30 de setembro de 2016, três meses após o depósito do 20º instrumento de ratificação ou adesão, conforme preconizado por seu artigo 18º. Os primeiros vinte países são: Índia, El Salvador, Emirados Árabes Unidos, Mali, Uruguai, Paraguai, Singapura, Argentina, México, Mongólia, Coreia do Sul, Austrália, Brasil, Peru, Coreia do Norte, Israel, Chile, Equador, Guatemala e Canada (OMPI, 2016, p.7).

A importância do Tratado de Marraquexe é imensa, no que tange à inclusão social, promoção da igualdade de oportunidades, e fomento à educação e cultura das pessoas com deficiência. Dos 84

países signatários, 34 já o ratificaram⁵, sendo que, a grande maioria que compõe este último grupo são considerados “países em desenvolvimento”, o que evidencia o sentido eminentemente econômico desta expressão, uma vez que, ao assumirem este relevante compromisso perante à comunidade internacional, consubstanciado no Tratado de Marraquexe, referidos países demonstraram que se encontram muito mais desenvolvidos no que tange à preocupação em se garantir direitos e liberdades fundamentais, não somente aos seus nacionais, mas a todos seres humanos, visando, assim, uma sociedade mais justa e inclusiva, fundada nos Direitos Humanos.

Cumpre-se ressaltar, por fim, que referido tratado foi aprovado no Brasil nos termos do artigo 5º, §3º da Constituição Federal, conforme evidenciado pelo Projeto de Decreto Legislativo nº 347/2015 do Senado Federal (SENADO FEDERAL, 2015). Isso significa que o Tratado de Marraquexe foi incorporado à ordem jurídica brasileira em condição de equivalência com as emendas constitucionais, podendo ser utilizado, portanto, como paradigma para o exercício do controle concentrado de convencionalidade das leis internas brasileiras.

5. Considerações finais

Conforme demonstrado ao longo do presente trabalho, o direito das pessoas com deficiência a uma educação inclusiva, em todos os níveis, tanto na esfera pública quanto na particular, é mais do que um direito fundamental, alçando-se à categoria de Direito Humano.

A CDPD, instrumento internacional de Direitos Humanos, reserva em seu corpo normativo um artigo que trata sobre o

⁵ Informação disponível no site <http://www.wipo.int/treaties/en/ShowResults.jsp?search_what=N&treaty_id=843>. Acesso em 02 dez. 2017.

direito das pessoas com deficiência a uma educação inclusiva, o que, por si só, já erige tal direito ao patamar de Direito Humano.

Dessa maneira, o direito a uma educação inclusiva, transcende o direito interno, passando a ser reconhecido como uma prerrogativa que deve ser protegida e garantida por todos os Estados, uma vez que inerente ao próprio ser humano.

As consequências advindas deste reconhecimento como um Direito Humano, não são meramente formais, possuindo consequências práticas como, por exemplo, a possibilidade em se buscar a tutela jurisdicional do direito violado em instâncias supranacionais.

Por isso a importância em se definir, com embasamentos normativos e doutrinários, a alocação de referido direito a uma educação inclusiva, na categoria de Direito Humano, fato este devidamente demonstrado neste artigo.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo: superação da SummaDivisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova SummaDivisio. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BELISÁRIO FILHO, José Ferreira; CUNHA, Patrícia. *A Educação Especial na Perspectiva da Inclusão Escolar: transtornos globais do desenvolvimento*. Brasília: Ministério da Educação;Secretaria de Educação Especial, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>Acesso em 25 nov. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 5.626 de 22/12/2005*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5626.htm>Acesso em 25 nov. 2017.

BRASIL. *Decreto Legislativo nº 186 de 09/07/2008*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em 25 nov. 2017.

- BRASIL. *Decreto nº 6.949 de 25/08/2009*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 25 nov. 2017.
- BRASIL. *Decreto nº 7.611 de 17/11/2011*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7611.htm>. Acesso em 25 nov. 2017.
- BRASIL. *Educação para Todos: o compromisso de Dakar*. Brasília: UNESCO; CONSED; Ação Educativa, 2001. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001275/127509porb.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 10.098 de 19/12/2000*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm>. Acesso em 25 nov. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 10.436 de 124/04/2002*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10436.htm>. Acesso em 25 nov. 2017.
- BRASIL. *Lei nº 13.146 de 06/07/2015*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em 25 nov. 2017.
- BRASIL. *Portaria nº 3.284 de 07/11/2003*. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/portaria3284.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2017.
- BRASIL. *Relatório Educação para Todos no Brasil, 2000-2015*. Brasília: Ministério da Educação, 2014. Disponível em <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/education/education-2030/education-for-all/>>. Acesso em 25 nov. 2017.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; XAVIER, Fernando César Costa. *Entra em vigor tratado que facilita acesso para cegos a livros*. Artigo publicado na data de 06/10/2016 e disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-out-06/entrou-vigor-tratado-facilita-acesso-cegos-livros>>. Acesso em 25 nov. 2017.

OMPI (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL). *MainProvisionsandBenefitsofthe Marrakesh Treaty (2016)*. Disponível em <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_marrakesh_flyer.pdf>. Acesso em 25 nov. 2017.

OMPI (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL). *Tratado de Marraquexe para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas para Pessoas Cegas (28/06/2013)*. Disponível em <<https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/TratadoMarraqueche.asp>>. Acesso em 25/11/2017.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (13/12/2006)*. Disponível em <<http://www.pessoacomdeficiencia.sp.gov.br/usr/share/documents/ConvencaoONUsobre%20DireitosPcD.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Decreto Legislativo nº 347, de 2015*. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=178051&tp=1>>. Acesso em 25 nov. 2017.

STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). *ADI 5.537 - DF (Julgamento datado de 09/06/2016)*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5357&classe=ADI&origem=AP&recursor=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 25 nov. 2017.

A ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível na efetivação dos direitos sociais

Rayssa Rodrigues Meneghetti¹

Pedro Henrique Carvalho Silva²

Fabício Veiga Costa³

1. Introdução

A inserção dos *direitos sociais* no título de Direitos Fundamentais da Constituição Federal de 1988 significou um avanço para a sua efetividade, visto que em Constituições anteriores os mesmos ficavam em tópicos separados, não refletindo o destaque que merecem. Neste sentido, e conforme entendimento majoritário entre os doutrinadores, os *direitos sociais* recebem, atualmente, o *status* de *mínimo existencial*, ou seja, integram o rol de direitos materiais essenciais à Dignidade da Pessoa Humana, Princípio Constitucional e base do Estado Democrático de Direito.

¹ Mestranda em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna – UIT; Pós-graduada em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

² Mestrando em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna – UIT; Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

³ Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais na Universidade de Itaúna. Pós-doutorado em Educação pela UFMG. Doutorado e Mestrado em Direito pela Pucminas.

A concretização dos *Direitos Sociais* como *mínimo existencial* necessário para a manutenção de uma vida digna possui caráter prestacional, isto é, dependem de uma ação positiva do Estado, como a implementação de políticas públicas. Assim, quando se fala em efetividade dos *Direitos Sociais*, surge outro ponto que precisa ser avaliado, qual seja, a *Cláusula da reserva do possível*. Tal instituto representa, basicamente, as condições econômicas e financeiras do Estado para a criação de políticas públicas e outros mecanismos capazes de efetivar os *direitos sociais*, visto que tudo possui um custo.

Assim, o objetivo geral do presente artigo é examinar a ponderação entre o *mínimo existencial* e a *Cláusula da reserva do possível*, com o intuito de garantir a plena efetividade dos *direitos sociais*, como pressuposto para a garantia do Estado Democrático de Direito, sem comprometer a capacidade financeira estatal.

Como objetivos específicos, *a priori*, os *direitos sociais* serão analisados com um viés de direitos fundamentais e estudados os efeitos dessa concepção no plano prático, além da obrigatoriedade estatal na sua concretização. Em seguida, será feita uma abordagem sobre a efetividade dos direitos sociais, de acordo com o que preleciona o jurista Ingo Wolfgang Sarlet. Por fim, serão examinados os institutos do *mínimo existencial* e da *Cláusula da reserva do possível* e o sopesamento entre eles na busca pela plena efetividade dos *direitos sociais*, com base na Constituição Federal de 1988.

A escolha do tema-problema justifica-se pela importância das questões que envolvem a concretização dos *direitos sociais*, como a estruturação de seu conteúdo e as limitações orçamentárias, refletidas através do estabelecimento de políticas públicas adequadas e planejamento orçamentário.

A metodologia utilizada na realização do presente trabalho foi teórico-bibliográfica, baseada no método descritivo e analítico, com procedimento metodológico dedutivo, para possibilitar a análise de preceitos fundamentais ao desenvolvimento da temática exposta.

Para a realização do presente artigo foi adotada a vertente metodológica jurídico-sociológica, visto que, analisar a forma como um Governo estabelece políticas públicas orçamentárias para concretizar direitos e garantias fundamentais enseja compreender o fenômeno jurídico no ambiente social e trabalhar as noções de efetividade na relação entre o Direito e a sociedade. E, quanto aos tipos metodológicos de pesquisa, foram empregados o jurídico-descritivo e o jurídico-propositivo (GUSTIN, 2013, p.21/29). Ademais, buscou-se embasamento teórico-bibliográfico em doutrinas e artigos publicados sobre o tema.

Feita a introdução, com a demonstração dos principais objetivos do presente trabalho, a justificativa pela escolha do tema-problema e a metodologia utilizada, passa-se para o desenvolvimento do artigo, dividido em cinco principais capítulos, quais sejam: o exame da fundamentalidade dos *direitos sociais*; a efetividade dos *direitos sociais* com base na doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet; aspectos gerais sobre o *mínimo* existencial; aspectos gerais sobre a *Cláusula da Reserva do Possível* e, por último, a ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível na efetivação dos direitos sociais. Ao final, serão expostas as conclusões.

2.O exame da fundamentalidade dos direitos sociais

Antes de adentrar no estudo acerca da efetividade dos direitos sociais é necessário realizar um exame sobre a sua qualificação ou não como *direitos fundamentais*. A justificativa está nas importantes consequências que a resposta pode gerar no plano prático, como a aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º⁴ da

⁴Constituição Federal de 1988 – Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Constituição Federal) e a proteção do Poder Constituinte Derivado⁵ (artigo 60, §4º, IV⁶ da Constituição Federal).

Primeiramente, cumpre observar que, apesar de possuírem um capítulo próprio, os direitos sociais estão inseridos no título “Dos direitos e garantias fundamentais” da Constituição Federal de 1988, sendo que, nas Constituições anteriores, tais direitos restavam abrigados no título “Da ordem econômica e social”, reduzindo a sua efetividade. Isto, por si só, já representa um avanço na sua classificação. Para Ingo Wolfgang Sarlet:

A Constituição de 1988 – e isto pode ser tido como mais um de seus méritos – acolheu os direitos fundamentais sociais expressamente no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), concedendo-lhes capítulo próprio e reconhecendo de forma inequívoca o seu “status” de autênticos direitos fundamentais, afastando-se, portanto, da tradição anterior do nosso constitucionalismo, que, desde a Constituição de 1934, costumava abrigar estes direitos (ao menos parte dos mesmos), no título da ordem econômica e social, imprimindo-lhes reduzida eficácia e efetividade, ainda mais porquanto eminentemente consagrados sob a forma de normas de cunho programático. (SARLET, 2001, p.17)

A autora Flávia Piovesan corrobora com o entendimento acima exposto, afirmando que “no direito brasileiro, desde 1934, as Constituições passaram a incorporar os direitos sociais e econômicos. Contudo, a Constituição de 1988 é a primeira a

⁵ Trata-se do Poder constituinte reformador ou revisor, que deriva do Poder constituinte originário. Utilizado para alterar o texto constitucional, quando necessário, respeitando as limitações materiais a ele impostas. Os “assuntos intocáveis”, como os direitos fundamentais, recebem o status de *cláusulas pétreas*.

⁶Constituição Federal de 1988 – Art. 60 A constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV – os direitos e garantias individuais

afirmar que os direitos sociais são direitos fundamentais, tendo aplicabilidade imediata” (2010, p.55).

No entanto, esta justificativa não é suficiente para esclarecer e pacificar de vez a questão, tornando-se necessário prosseguir no exame da fundamentalidade dos direitos sociais.

Baseando-se numa perspectiva formal, é possível apresentar três critérios capazes de dar aos direitos sociais qualidade de *fundamentais*, quais sejam: a) são hierarquicamente superiores às demais normas, devido à sua “localização” dentro do ordenamento; b) são submissos aos limites de emenda constitucional, conforme o artigo 60 da Constituição Federal; c) possuem aplicabilidade imediata e vinculante a todos os poderes, de acordo com o artigo 5º, §1º da Constituição Federal.

Todos esses aspectos, somados ao caráter material de fundamentalidade dos direitos sociais, ou seja, os valores e princípios elencados nos artigos 1º ao 4º⁷ da Constituição Federal de 1988, sobretudo a dignidade da pessoa humana, formam rebuscado convencimento.

⁷ Constituição Federal de 1988 – 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.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

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

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.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Ademais, faz-se necessário analisar, especificamente, o artigo 5º, §1º da Constituição Federal de 1988, que afirma que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”. Sobre o referido parágrafo questiona-se, *a priori*, se apenas o *caput* e os incisos do próprio artigo são atingidos pela sua aplicabilidade, ou se os seus efeitos englobam os demais dispositivos que possuem caráter fundamental, incluindo, neste caso, os direitos sociais.

É possível encontrar a resposta nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

Em que pese a localização topográfica do dispositivo, que poderia sugerir uma exegese restritiva, o fato é que, mesmo sob o ponto de vista da mera literalidade (o preceito referido é claro ao mencionar “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais”), não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas na nossa Constituição, nem mesmo aos assim equivocadamente denominados direitos individuais e coletivos do art. 5º. (SARLET, 2001, p.26)

Além disso, por mais que haja discussão acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, é impossível negá-los, pelo menos, como direitos atribuídos⁸, visto que encontram respaldo em outros direitos fundamentais constantes do artigo 5º da Constituição Federal ou em tratados internacionais cujo Brasil é signatário, com fulcro na concepção materialmente aberta, consagrada no §2º do artigo 5º⁹ da Constituição Federal.

⁸ O autor Robert Alexy (2008, p.141) defende que os direitos fundamentais possuem duas categorias. Sendo a primeira *Direitos Fundamentais estabelecidos no texto constitucional* e a segunda *Direitos Fundamentais Atribuídos*, ou indiretos, são aqueles que, mesmo que não estejam expressos na Constituição, encontram o seu fundamento em outra norma fundamental.

⁹ Constituição Federal de 1988 – Art. 5º [...]]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Seguindo o raciocínio acerca do dispositivo supramencionado e com base no direito à igualdade, é notável que o Estado detém o dever de promover a efetividade dos direitos fundamentais, incluídos os direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição Federal.

Nos ensinamentos de Robert Alexy, sobre o dever de igualdade:

Ele exige que toda norma jurídica seja aplicada a *todos* os casos que sejam abrangidos por seu suporte fático, e a *nenhum* caso que não o seja, o que nada mais significa que dizer que as normas jurídicas devem ser cumpridas. Mas o dever de obedecer às normas jurídicas é algo que elas mesmas já afirmam, na medida em que expressam um dever-ser. Nesse sentido, o dever de igualdade na aplicação da lei exige apenas aquilo que já é de qualquer forma aplicável se as normas jurídicas são válidas. Ele reforça a vinculação dos órgãos de aplicação do direito às normas criadas pelo legislador, sem estabelecer qualquer requisito substancial para essas normas, ou seja, sem vincular o legislador. O legislador pode discriminar como bem lhe aprouver; desde que suas normas discriminatórias sejam observadas em todos os casos, o dever de igualdade na aplicação da lei terá sido satisfeito. (ALEXY, 2008, p.394)

Isto significa que, a partir do momento que a Constituição Federal Brasileira prevê, em seu artigo 5º, §1.º, a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, chama para si o dever de cumprir a referida norma e satisfazer as demandas dos cidadãos, seja individualmente ou de acordo com o pleito da coletividade, sempre de maneira igualitária, de modo que supra as necessidades de todos.

Deste modo, uma vez que restou demonstrado o caráter de norma fundamental dos direitos sociais, bem como a obrigatoriedade do Estado na concretização e prestação destes direitos, resta examinar a plenitude de sua efetividade e, para tanto, será analisada a obra intitulada “A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional” do doutrinador Indo Wolfgang Sarlet.

3. A efetividade dos direitos sociais com base na doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet

Os *direitos fundamentais a prestações*, contrariamente aos *direitos fundamentais de defesa*, apresentam maiores problemas quanto à sua aplicabilidade e efetividade, uma vez que, tem por objeto uma conduta positiva por parte do seu destinatário e a norma que os materializa entrega ao Estado a necessidade de promoção desta concretude.

Ingo Wolfgang Sarlet diferencia os *direitos de defesa* dos chamados *direitos sociais prestacionais*, ao informar acerca da natureza de tais direitos. Para a primeira categoria, seu traço distintivo é a exigência de uma conduta absenteísta do Estado, apresentando assim, uma natureza negativa. Já no tocante aos *direitos sociais prestacionais*, sua natureza é positiva, pois demandam que o Estado, ou de particulares destinatários da norma, satisfaçam seus conteúdos através de condutas positivas.

Assim, o papel dos *direitos de defesa* é de garantia de uma esfera de autonomia pessoal na qual o Estado não poderá intervir, enquanto que os *direitos sociais prestacionais*, contrariamente, demandam a efetivação de seu objeto, que constitui a prestação.

Dentre o conjunto dos direitos fundamentais elencados pelo texto Constitucional, encontram-se uma gama de direitos que possuem natureza prestacional, dentre os quais se destacam os direitos sociais.

Nessa esteira, os *direitos sociais a prestações* deverão ser sempre analisados a partir de situações concretas e específicas, e nunca de forma geral e abstrata. O conteúdo das prestações veiculadas dependerá de cada ordenamento jurídico, dado a possibilidade ilimitada de tais conteúdos. Para Sarlet,

quais das diferentes espécies de prestações efetivamente irão constituir o objeto dos direitos sociais dependerá de seu

reconhecimento e previsão em cada ordem constitucional, bem como de sua concretização pelo legislador, mesmo onde o Constituinte renunciar à positivação dos direitos sociais prestacionais. (SARLET, 2009, p. 284)

No que concerne às características normativo-estruturais dos *direitos sociais a prestações*, identifica o autor que a estrutura de tais direitos se difere da estrutura dos *direitos de defesa*. Enquanto estes se encontram positivados no texto constitucional de maneira que são concretizáveis de forma imediata, tendo destaque pela sua plena eficácia, aqueles são positivados de maneira vaga e aberta, para que sejam conformados pelo legislador, e até mesmo pelo Estado, pois dependem em muito de questões outras, como a dinâmica sócio econômica (SARLET, 2009, p. 288).

Não seria faticamente ou juridicamente viável que o constituinte trouxesse os *direitos sociais prestacionais* de forma específica ou detalhada, até mesmo pelo fato de que tais direitos comportam conteúdos múltiplos e variados, cuja colmatação ficará a cargo do legislador, ao efetivar a prestação. Pense-se no direito à saúde, consagrado pelo art. 6º da CF. Impor uma fórmula pronta e acabada, que tenha por finalidade abarcar todos os conteúdos relativos ao tema “saúde”, acabaria por engessar o sistema de direitos que tem eminentemente um caráter relativizado (SARLET, 2009, p. 290)

A relativização dos direitos sociais de caráter prestacional considera a sua necessidade de uma intervenção estatal para sua concretização, seja por parte do legislador, que deverá construir normas jurídicas adequadas a preencher o seu conteúdo, seja por parte do poder público através de medidas efetivas.

Tais medidas constituem a implantação de políticas públicas, o que impacta diretamente na questão orçamentária e na dependência de fatores sociais, econômicos e políticos, razão pela qual a efetivação destes direitos prestacionais é dependente de outros fatores extrajurídicos.

A dimensão fática de realização dos direitos sociais, demanda a atuação do Estado em promover a realização de bens materiais e outras prestações que se correlacionam diretamente a necessidade de avaliação de um custo de tais direitos.

As necessidades ilimitadas dos titulares de direitos sociais e a limitação de recursos financeiros do Estado faz com que se chegue a uma situação em que a efetividade dos direitos sociais seja potencialmente reduzida.

Desta forma, mecanismos jurídicos são implementados com o fim de fazer com que os direitos sociais sejam realizados em sua melhor medida possível, dando ao texto Constitucional sua máxima efetividade.

Entendido o caráter fundamental dos *direitos sociais* e examinados os aspectos de sua efetividade, de acordo com os ensinamentos do autor Ingo Wolfgang Sarlet, o próximo passo será analisar os dois institutos, bases do presente trabalho, que influenciam diretamente na plenitude da efetividade dos *direitos sociais* no Estado Democrático de Direito.

4. Aspectos gerais sobre o *mínimo existencial*

A *dignidade da pessoa humana*, que está prevista no artigo 1º, inciso III¹⁰ da Constituição Federal, como um fundamento do Estado Democrático de Direito e no artigo 170, *caput*¹¹, como uma finalidade da ordem econômica, é o princípio que garante aos cidadãos o direito a um *mínimo existencial* necessário para uma vida adequada.

¹⁰ Constituição Federal de 1988 – 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:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

¹¹ Constituição Federal de 1988 – Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

Neste sentido, apesar da dificuldade doutrinária em conceituar o *mínimo existencial*, é possível dizer, basicamente, que se trata de um conjunto de direitos materiais, indispensável à existência humana e fundamental para uma vida digna, cuja obrigação de prestar é do Estado. Trata-se, portanto, do justo acesso da população à todos os direitos fundamentais, sobretudo os consagrados pela Constituição Federal, incluídos nesse conceito, os direitos sociais e os de conteúdo moral, como a sociabilidade.

Nas palavras de Ana Paula de Barcellos o *mínimo existencial* significa “um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo” (2002, p.126).

Assim, é possível constatar que o *mínimo existencial* não pode ser objeto de intervenção estatal, que o mesmo exige uma prestação positiva por parte do ente público e que está relacionado à pobreza absoluta¹², ou seja, aquela que obrigatoriamente precisa ser combatida pelo Estado.

O *mínimo existencial* não pode ser encontrado expressamente na Constituição Federal. Deve, então, ser buscado e embasado nos ideais de liberdade¹³, de igualdade¹⁴, de imunidades e privilégios do cidadão, bem como na Declaração dos Direitos Humanos¹⁵. É, portanto, um princípio ligado à ideia de Justiça e

¹²A doutrina constitucional ensina sobre a “proibição da insuficiência”, que significa o legislador e o aplicador da norma estão vinculados a um conteúdo mínimo de direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente, o que os impede de suprimir a sua concretização sem a compensação adequada (QUEIROZ, 2006, p. 105-110).

¹³ “Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade.” (TORRES, 2001, p.266).

¹⁴ A *igualdade* tem, entre tantos escopos, o de promover a proteção contra a pobreza absoluta, evitando as discrepâncias da desigualdade socioeconômica.

¹⁵ O Artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura que “1.Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. 2.A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma

distribuição, sobretudo em Estados cuja desigualdade social é muito grande, como é o caso do Brasil.

Outra importante questão acerca da concretização do *mínimo existencial* dos direitos sociais é que estes, diferentemente dos direitos ditos “propriamente fundamentais”, dispostos no artigo 5º da Constituição Federal, carecem de prestações positivas do Estado para a sua efetivação e não atingem por si sós as pretensões almejadas, ficando a mercê de decisões meramente políticas. Acerca do caráter prestacional do Estado, o jurista José Luis Bolzan de Moraes preleciona:

Este caráter prestacional se vincula inexoravelmente à implementação de direitos sociais, econômicos e culturais através da ação política – políticas públicas – estatal.

[...] a implementação dos conteúdos de direitos humanos, em particular os *positivos*, implicam a necessária compreensão da *ação jurídica* fundamentada em uma *prática comprometida e assente em uma teoria engajada*, onde a Constituição não seja percebida exclusivamente como uma *folha de papel*. (MORAIS, 2011, p.99-100)

Em verdade, o Estado deveria se comprometer a assumir o fornecimento do “máximo” para a população. Um máximo possível, dentro de suas reais condições e limitações, de acordo com a riqueza produzida pelo país, buscando a efetividade progressiva dos direitos sociais. Por mais que esta perspectiva pareça inatingível no Brasil é preciso reforçar a obrigatoriedade Estatal na materialização de, ao menos, um mínimo existencial que supra as carências da população hipossuficiente.

proteção social.” Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm > Acesso em 19 Jul. 2018.

Importante ressaltar que, em 1966 a ONU editou a Resolução nº 2200 “A” (XXI), que trata do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e consagra a proteção contra a fome (artigo 11, parágrafo 2º) e à educação (artigo 13, parágrafo 1º) como direitos fundamentais sociais a serem assegurados pelos países signatários.

O fato é que, para implementar políticas públicas de caráter social, com o fito de garantir aos indivíduos o mínimo existencial necessário para uma vida digna e adequada, é preciso estabelecer regras, sobretudo observando a situação financeira e econômica do Estado, através de um planejamento orçamentário. Abaixo, serão examinados os aspectos gerais da *Cláusula da Reserva do Possível*.

5. Aspectos gerais sobre a cláusula da reserva do possível

Quando se fala de efetivação dos direitos fundamentais sociais e do fornecimento de um *mínimo existencial*, como ação positiva do Estado, levanta-se um embate relacionado à condição financeira e econômica para a sua implementação. Esta “possibilidade” é denominada pela doutrina de *Cláusula da Reserva do Possível*.

A origem do instituto se deu na Alemanha, quando, em 1972, a Corte Constitucional daquele país julgou e firmou jurisprudência no caso “*NumerusClausus*”. Tratava-se da discussão pertinente ao acesso de estudantes nos cursos de medicina de Universidades do país, sendo que algumas regras estaduais restringiam esse acesso, enquanto a Lei Fundamental garantia a liberdade de escolha da profissão. O Tribunal Alemão decidiu no sentido de que não seria razoável, nem possível exigir do Estado o dever de garantir o acesso de todos os interessados no curso de medicina. A decisão não foi baseada meramente em cunho orçamentário, mas analisou também a questão da razoabilidade. Por mais que país possuísse, à época, condições financeiras de arcar com todos os custos daquela pretensão, não parecia ser uma cobrança lógica e razoável. Neste sentido, as justificativas originárias da *Cláusula da reserva do possível* não são consagradas exclusivamente com base em questões orçamentárias, mas possuem também um viés de razoabilidade.

Contudo, no Brasil, a doutrina e a jurisprudência acolheram a *Cláusula da reserva do possível* apenas no sentido “escassez de recursos financeiros”, usando-a como justificativa para a limitação da implementação e execução de políticas públicas de caráter

social. Para Fernando FacuryScaff “todo orçamento possui um limite que deve ser utilizado de acordo com exigências de harmonização econômica geral” (2010, p.150).

No caso da aplicação da *Cláusula da Reserva do Possível* no Brasil, Dirley da Cunha Júnior ensina que:

A chamada reserva do possível foi desenvolvida na Alemanha, num contexto jurídico e social totalmente distinto da realidade histórico-concreta brasileira. Apesar das grandes contribuições que a doutrina estrangeira tem dado ao direito brasileiro, proporcionando indiscutivelmente consideráveis avanços na literatura jurídica nacional, é preciso deixar bem claro, contudo, que é extremamente discutível e de duvidosa pertinência o traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica, social e histórica próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes. (CUNHA JR., 2011, p.761)

Ainda, sobre o tema, o autor Andreas Krell completa dizendo que:

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não há necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc. (KRELL, 2012, p.108/109)

Existe na doutrina uma dicotomia sobre a *Cláusula da reserva do possível*, que a divide em duas: a) reserva do possível fática, que está ligada à existência e preservação de recursos

necessários à continuidade do serviço público e b) reserva do possível jurídica, que tem relação com a previsão orçamentária para as despesas.

O autor Ingo Wolfgang Sarlet acrescenta, ainda, mais uma subdivisão à reserva do possível, que diz respeito ao problema da proporcionalidade, da exigibilidade e da razoabilidade da prestação. Ainda nesta seara, demonstrando aspectos que vão além da capacidade financeira, o autor ensina que:

Além da disponibilidade dos recursos, o destinatário da norma deve ter também a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, já que lhe faltando esta de nada adiantam os recursos existentes serem suficientes. É justamente em virtude do exposto que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se denominou de uma reserva do possível, que, compreendida em sentido amplo, abrange tanto a possibilidade, quanto o poder jurídico de disposição por parte do destinatário da norma. (SARLET, 2009, p.24)

Enfim, apesar de a doutrina e a jurisprudência brasileira seguirem dando um enfoque exclusivamente econômico para a *Cláusula da reserva do possível*, o ideal seria utilizá-la com a maior proximidade possível da proposta original, isto é, sob o viés da proporcionalidade, realizando a sua ponderação com outros princípios fundamentais, como o *mínimo existencial*.

6. A ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível na efetivação dos direitos sociais

Conforme explicado em tópicos anteriores, o Estado tem a obrigação de ofertar os direitos sociais que compõem o *mínimo existencial* necessário para a realização de uma vida digna. É claro que, não se pode falar de um Estado puramente “paternalista”, cuja única função seja distribuir renda e bens sem critérios justos pré-estabelecidos. De fato, é preciso contar com a participação popular para que o sistema funcione, sem acarretar prejuízos. No entanto,

é um dever estatal criar políticas públicas eficientes e capazes de atender às demandas da sociedade.

Importante frisar que o Estado é o responsável pela gestão dos recursos destinados ao cumprimento e concretização de cada direito previsto constitucionalmente, o que requer, por parte do ente público, um planejamento orçamentário prévio que englobe todos esses direitos. Pois, de acordo com o autor Jose Luis Bolzan de Moraes,

[...] no respeitante aos direitos ditos *fundamentais sociais* estamos diante de valores intrínsecos a uma ordem constitucional comprometida com os valores humanitários e que, portanto, a sua carga eficaz não pode ser objeto de tergiversação ou concessões políticas, barganhadas como produtos em uma feira de supérfluos. (MORAIS, 2011, p.98)

Ademais, conforme restou demonstrado, a *Cláusula da reserva do possível* é uma expressão intimamente ligada à situação econômica do Estado. É um instrumento da Administração Pública para justificar a possibilidade ou não de concretização de determinados direitos fundamentais, com base na quantidade de recursos financeiros existentes. Como melhor explica Ingo Wolfgang Sarlet:

É justamente pelo fato de que os direitos sociais prestacionais têm por objeto prestações do Estado (ao menos, em regra) diretamente vinculadas à criação, destinação, distribuição e redistribuição de serviços e bens materiais que se aponta, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante [...] Esta característica dos direitos sociais a prestações assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se despenda algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica. (SARLET, 2009, p.23)

Ocorre que, para alguns juristas e estudiosos do Direito e da Economia, o Poder Público utiliza-se desta cláusula de forma a

encontrar uma saída para afastar o seu dever de concretizar os valiosos direitos sociais, justificando a sua omissão. Conforme alertou Norberto Bobbio:

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-lo, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados. (BOBBIO, 1992, p.25)

E, ainda, nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho:

Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível [...] para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale na prática a nenhuma vinculação jurídica. (CANOTILHO, 2004, p.481)

Neste sentido, não se pode permitir que um Estado omissor na prestação de serviços públicos se valha de um instituto do ordenamento com o fito de prejudicar pessoas vulneráveis e hipossuficientes. O Estado tem o dever de prever antecipadamente no orçamento os recursos necessários para a efetivação dos direitos sociais, senão em sua condição máxima, ao menos o mínimo existencial necessário para garantir a dignidade da pessoa humana. Assim, quando o Estado utiliza a “desculpa” da escassez de recursos públicos, desrespeita os direitos humanos consagrados e as regras constitucionais do Estado Democrático de Direito.

7. Considerações Finais

Conforme tudo que foi exposto e demonstrado até aqui, é possível concluir que os *direitos sociais* verdadeiramente integram o rol de direitos fundamentais da Constituição Federal Brasileira de 1988. Seja como *direitos fundamentais propriamente ditos*, como defendem alguns doutrinadores, ou como *direitos fundamentais atribuídos*, isto é, aqueles que estão relacionados com outros direitos fundamentais estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal. O fato é que, resta inegável a condição de fundamentalidade dos *direitos sociais*. Ademais, esses direitos necessitam de ações positivas do Estado para serem concretizados, tendo em vista o seu caráter prestacional.

Sobre a relação dos *direitos sociais* com o instituto do *mínimo existencial*, foi desenvolvido um raciocínio no sentido de explicar que os direitos sociais previstos no *caput* do artigo 6º da Constituição Federal representam o conjunto de direitos materiais básicos e essenciais para uma vida digna, com base do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no Estado Democrático de Direito. Este conjunto de direitos forma o que a doutrina denomina de *mínima existencial*.

A *Cláusula da reserva do possível*, por sua vez, significa que o país possui um limite financeiro e econômico para realizar políticas públicas em prol da efetivação dos direitos sociais, que, muitas vezes, ficam prejudicados em decorrência da escassez de recursos estatais orçamentários. De qualquer forma, é preciso que haja um planejamento orçamentário, estabelecendo previamente *como e quanto* poderá ser investido na prestação e concretização dos direitos sociais.

E, por fim, sobre a ponderação entre o *mínimo existencial* e a *Cláusula da reserva do possível*, objetivo principal do presente trabalho, é preciso considerar, primeiramente, que o Estado possui o dever de fornecer o *mínimo existencial* para todos os cidadãos hipossuficientes e vulneráveis. Por mais que existam dificuldades

financeiras, que obstem a concretização dos direitos sociais, o Estado precisa trabalhar no sentido de se planejar e evitar “justificativas orçamentárias”. O Estado Democrático de Direito prioriza o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e, por isso, é inaceitável que o *mínimo existencial* não seja alcançado por todos indivíduos da sociedade. Frisando que, a exigência é de um conjunto mínimo de direitos, e não do máximo que o Estado poderia ofertar. Uma sociedade cujos cidadãos vivem (ou sobrevivem) abaixo da linha do mínimo representa um Estado falido.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da summadivisio direito público e direito privado por uma nova summadivisio constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus 1992.
- BRASIL, *Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 05 Out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 jul. 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.
- CUNHA JR, Dirleyda. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2011.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

- KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2002.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.
- OLIVEIRA, Fábio Seabra de. *A estrutura das normas de Direitos Fundamentais*. In: *Democracia, Direitos Fundamentais e Jurisdição*. TOMAZ, Carlos Alberto Simões de. MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa (org.). Vol.2. Pará de Minas: VirtualBooks Editora, 2015.
- PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Ano I. Vol. I. Nº. 1. Salvador: Revista Diálogo Jurídico, 2001.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. E ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.
- SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na Era dos direitos*. 2.ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Contratações públicas sustentáveis e a Constituição de 1988¹

Brenda Mourão Arantes²

Magno Federici Gomes³

Vinicius Moreira Diniz⁴

1. Introdução

Com o objetivo de analisar as mudanças ocorridas na Constituição da República de 1988 (CR/1988) e nas demais normas

¹Trabalho financiado pelo Projeto FAPEMIG nº 5236-15, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESp, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

²Graduada em Direito pela PUC Minas. Advogada militante. Endereço eletrônico: brenda.m.arantes@gmail.com

³Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-o). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESp)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: <<http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>>. Endereço eletrônico: federici@pucminas.br

⁴Graduado em Direito pela PUC Minas. Membro Associado da Academia Nacional de Estudos Transnacionais - ANET. Advogado Sócio do Escritório Diniz Botrel & Pereira - Sociedade de Advogados. Endereço eletrônico: vinicius.diniz@dinizbotrel.adv.br

infraconstitucionais, em conjunto aos preceitos sustentáveis a fim de avaliar se essa aceção foi delimitada em conformidade aos tratados internacionais e se promoveu e garantiu a proteção às gerações atuais e futuras, examina-se as regras inseridas nas leis de licitações e nas leis ambientais, sob o aspecto da efetividade e se as penalidades e multas delimitadas são aplicadas de forma a evitar o cometimento ou a reincidência de crimes ambientais.

A importância do tema é indiscutível, sobretudo, pela análise de como o Brasil no âmbito legiferante e administrativo tratou do preceito da sustentabilidade em normas infraconstitucionais que direcionam a compra de bens, serviços e produção de obras, bem como os impactos desse tratamento pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA), Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG) e demais órgãos da Administração Pública.

Por conta desse cenário e a fim de evitar uma degradação ambiental grave e em curto prazo, foram feitas mudanças jurídicas com o intuito de coibir desmatamentos e a degradação do meio ambiente, o que é mais do que necessário para conservar toda a gama de recursos naturais e renováveis existentes.

O desenvolvimento sustentável é discutido há anos, sendo por várias vezes atrelado a características meramente econômicas, esquecendo-se das vertentes sociais, ambientais e culturais.

Por outro lado, o conceito de sustentabilidade somente foi desvinculado do foco desenvolvimentista, ganhando assim autonomia, em 2002, e a partir daí consagrou-se como um modelo multidisciplinar, incorporando dimensões éticas, jurídico políticas, econômicas e ambientais que se não levadas em conta em nada progridem para o desenvolvimento humano.

A percepção de que a defesa e a conservação do meio ambiente é uma meta a ser seguida pelas nações, já que a visão sustentável tem sido compartilhada mundialmente, por meio de estudos, conferências e ações promovidas pela Organização das Nações Unidas (ONU), objetivou vários projetos que pretendem

estabelecer um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente, como é o caso da lei de licitações.

O problema a ser solucionado no artigo está relacionado à eficácia das normas constitucionais em prol da sustentabilidade. A preocupação maior é saber se mesmo com os avanços e mudanças normativas, a sustentabilidade vai ser realmente consolidada e considerada importante no cenário das licitações, e se o meio ambiente é protegido pelo legislador pátrio a fim de evitar maiores desastres ambientais.

O método dedutivo foi utilizado, com uma abordagem qualitativa e com base nas interpretações textuais e análise de fatores internos e externos que facilitam ou prejudicam a sustentabilidade no Brasil. Dessa forma, a doutrina e a legislação foram as maiores fontes desta pesquisa.

Com o intuito de entender a diferença entre desenvolvimento sustentável e sustentabilidade, inicia-se o trabalho transcorrendo acerca dos momentos históricos mais importantes para a conceituação de ambas acepções, adentrando em aspectos internacionais que influenciaram as normas e as formas interpretativas no Brasil sobre o tema. Além de apontar o motivo de ser tecnicamente correto o uso da palavra sustentabilidade ao invés de desenvolvimento sustentável.

Por consequência, analisa-se a delimitação do conceito de sustentabilidade na CR/1988, além de apresentar a interpretação majoritária sobre os dizeres das normas de eficácia limitada-programática acerca do tema.

Aborda-se, posteriormente, a delimitação da sustentabilidade nas leis infraconstitucionais, com ênfase na Lei nº 8.666/1993, e examina a importância deste conceito para o legislador que tipificou crimes ambientais na Lei nº 9.605/1998, bem como efetivou a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) por meio da Lei nº 6.938/1981.

Por fim, avalia a intenção legislativa em impulsionar e promover a sustentabilidade nas licitações e os instrumentos

empregados para sua consecução. Nesse momento, aborda-se sobre a licitação sustentável, instituto em que os licitantes devem apresentar propostas condizentes à proteção e reparação ambiental.

2 Desenvolvimento sustentável e sustentabilidade: parâmetros histórico-conceituais

Até a metade de 1970, o crescimento nos âmbitos político, econômico e tecnológico era identificado como sinônimo de progresso material. Acreditava-se que através desse desenvolvimento, consequentemente, se obteria o avanço dos valores sociais (CUNHA; AUGUSTIN, 2014, p. 62).

Nesse mesmo período havia opiniões contrárias que afirmavam ser a relação mais complexa do que a mera evolução dessas categorias. Mesmo sem deixar a interação entre desenvolvimento e avanço econômico para trás, alguns tinham a ideia de que a política deveria interferir diretamente na expansão de todas as áreas, podendo determinar quais seriam os métodos e a forma como ocorreriam, desde que se obtivessem avanços patrimoniais (BEZERRA; BURSZTYN, 2000, p. 45).

Com o avanço das pesquisas acerca da política, economia e tecnologia, foram descobertos outros campos de estudo que poderiam abranger esses temas. A partir dessa integração entre os assuntos, os interessados começaram a pesquisar acerca do desenvolvimento sustentável, como uma forma de união e integração da **política**, (sendo aquela adquirida por meio das relações institucionais entre países e Estados para se obter bons resultados); **da economia** (que movimenta o mercado financeiro com propostas de crescimento); **e da tecnologia** (que possibilitaria o desenvolvimento mais rápido e que mede com maior precisão os impactos causados no ambiente), todos, **no âmbito sustentável**. Com esses estudos, a ideia acerca do desenvolvimento sustentável ganhou maior notoriedade.

A partir de então, a definição do que ele seria começou a ser formulada em 1972, na cidade de Estocolmo (Suécia), quando foram iniciados os debates acerca do ecodesenvolvimento, pela ONU, por meio da Conferência sobre o Ambiente Humano, sendo essa a sessão determinante para a “inauguração da ideia” do que seria ser sustentabilidade.

No ano de 1987, a Comissão Mundial do Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), criada pela ONU desde 1983, e presidida pela médica e ex-Primeira Ministra da Noruega Gro Harlem Brundtland, apresentou sua concepção do que significava desenvolvimento sustentável, por meio do relatório de Brundtland, também denominado “Nosso Futuro Comum”, e descreveu quais os propósitos dessa conceituação. Leia-se:

O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades. [...] Na sua essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, o direcionamento dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e reforçam o atual e futuro potencial para satisfazer as aspirações e necessidades humanas. – do Relatório Brundtland, “Nosso Futuro Comum” (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2016, p. 01).

Verifica-se que essa concepção estava vinculada ao processo de crescimento e expansão, tendo como finalidade a continuação do uso inteligente dos recursos naturais atrelados às atividades econômicas e produtivas. Logo, quanto mais racional e correto for o emprego desses bens da natureza, melhor será para a sua continuidade e para a execução de projetos humanos, haja vista que sem a natureza e os seus recursos, haverá escassez de matéria prima e de tudo mais que o homem precisa para desenvolver seus trabalhos.

A partir do relatório Brundtland, alguns dos objetivos que anteriormente eram apenas econômicos, conjugaram-se às necessidades de manutenção e melhorias no âmbito social e no meio

ambiente. Ocorreu a delimitação do **crescimento renovável**; a mudança de **qualidade do crescimento**; a satisfação das necessidades essenciais por emprego, água, energia, alimento e saneamento básico; além da **garantia de um nível sustentável da população**, por meio da manutenção e salvaguarda da base de recursos, do redirecionamento da tecnologia e da gestão do risco, com a reorientação das relações internacionais (CMMAD, 1991, p. 23-27).

Por isso, somente em 1990, surgiu a primeira notícia acerca do desenvolvimento humano⁵, tendo como cenário algo totalmente diverso do que era há 20 anos antes. A melhoria da economia passou a ser analisada como um processo que abarcava diversos quesitos, já que seus resultados não eram diretamente traduzidos em benefícios sociais, mas sim, e tão somente, em progresso material, tornando-se imperativo o estudo e a reflexão acerca da natureza desse avanço.

Ficou evidente então, que as políticas desenvolvimentistas deveriam ser fundadas em valores que ultrapassavam a dinâmica econômica, devendo ser levada em conta, simultaneamente, os aspectos políticos, sociais e ambientais (NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL, 2016, p. 01).

No Rio de Janeiro, em 1992, a CMMAD, teve como finalidade, debater e sugerir modos de contemplar dois objetivos outrora percebidos: (I) o desenvolvimento econômico coma preservação ambiental, ratificando, ao final, (II) a conceituação do desenvolvimento sustentável (NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL, 2016, p. 01), sendo este o progresso material, levando em conta as características políticas e a manutenção e melhoria social e ambiental da sociedade.

Além dessa Comissão, houve outras ações que também propagaram o que era desenvolvimento sustentável:

⁵ “O desenvolvimento sustentável é aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades” (BARBOSA, 2008, p. 02), enquanto desenvolvimento humano é mais abrangente. Enquanto este é gênero, aquele é espécie.

Em 1992, a ONU convocou a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, conhecida como Rio-92. Essa Conferência teve como resultado a “Declaração do Rio sobre Meio ambiente e Desenvolvimento” e estabeleceu em seu Princípio 4 que a proteção ambiental integra o desenvolvimento. Entretanto, várias outras ações em âmbito internacional propagaram a ideia do desenvolvimento sustentável, tais como: a Agenda 21, a Declaração de Princípios para o Desenvolvimento Sustentável das Florestas, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção sobre Mudança do Clima (SOARES; GOMES, 2017, p. 74).

Mesmo após inúmeros congressos, pesquisas e estudos acerca do tema, o conceito de sustentabilidade somente foi desvinculado do foco desenvolvimentista, ganhando assim autonomia, em 2002. Nesse sentido explica Bodnar:

O conceito integral de sustentabilidade somente surge em 2002, na Rio+10, realizada em Johannesburgo, quando restou consagrada, além da dimensão global, as perspectivas ecológica, social e econômica, como qualificadoras de qualquer projeto de desenvolvimento, bem como a certeza de que sem justiça social não é possível alcançar um meio ambiente sadio e equilibrado na sua perspectiva ampla (BODNAR, 2011, p. 329).

Desse modo, admitiu-se a sustentabilidade como uma definição multidisciplinar, relacional e não meramente caracterizadora de uma forma de progresso estatal. Na mesma linha de raciocínio, continua o renomado autor:

Dessa forma, só a partir de 2002 é que passa a ser adequado utilizar a expressão ‘sustentabilidade’, ao invés de **desenvolvimento com o qualificativo ‘sustentável’**. Isso porque a partir deste ano consolidase a ideia de que nenhum dos elementos (ecológico, social e econômico) deve ser hierarquicamente superior ou compreendido como variável de segunda categoria. Todos são complementares, dependentes e só quando implementados sinergicamente é que poderão garantir um futuro mais promissor (BODNAR, 2011, p. 329-330, grifo próprio).

Essa nova definição, consolidou-se em 2011, quando em mais um programa da ONU, foi possível convencer a multidisciplinariedade das questões envolvendo meio ambiente e sustentabilidade. Dessa forma:

Em 2011, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA (United Nations Environment Programme - UNEP) realizou uma publicação denominada Keeping Track of Our Changing Environment (seguindo o nosso meio ambiente em transformação) (ONU, 2011). O objetivo da ONU foi apresentar um documento de grande autoridade, com dados estatísticos suficientes para convencer o mundo acerca das transformações pelas quais o planeta vem sofrendo em muitas áreas: população, mudança climática, produção de alimentos, agricultura, desastres naturais e outras questões. Tratou-se de uma preparação para a Conferência Rio+20, apresentando comparações, em cada item de análise, da evolução dos números desde a ECO-92 (MARCO; MEZZAROBÀ, 2017, p. 331).

Pela importância do conceito e da influência no Estado Democrático de Direito, Canotilhodisserta acerca dos estímulos necessários à promoção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito Ambiental, afirmando que o:

[...] **princípio da sustentabilidade** aponta para a necessidade de novos **esquemas de direcção** propiciadores de um verdadeiro **Estado de direito ambiental**. Isto implica que, ao lado dos tradicionais esquemas de ordem, permissão e proibição vasados em actos de poder público, se assista ao recurso a diversas formas de “estímulo” destinadas a promover programas de sustentabilidade (CANOTILHO, 2010, p. 10, grifo do autor).

Portanto em razão da importância do conceito, a sustentabilidade adquire tal força jurídica que deve ser considerada como valor fundamental dos Estados Constitucionais Contemporâneos, levando-os a buscar novos modelos de gestão

que propiciem o crescimento econômico juntamente a melhoria das condições sustentáveis.

2 A sustentabilidade no direito brasileiro: Constituição da República de 1988

A sustentabilidade tem na CR/1988, a sua delimitação disposta no art. 225 conjugado ao art. 170, inciso VI e, além disso, é consagrada como um dos objetivos do Estado brasileiro no art. 3º, inciso IV, da CR/1988. Veja:

Art. 3º da CR/1988. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...] IV - **promover o bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação [...].

Art. 170 da CR/1988. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação [...].

Art. 225 da CR/1988. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o **dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações** (BRASIL, 1988, grifo próprio).

Para melhor compreensão do motivo de se considerar a sustentabilidade presente nas normas supracitadas, verifica-se que há uma proteção constitucional no art. 225 da CR/1988 “às gerações presentes e futuras, a um **meio ambiente favorável ao bem-estar**” (FREITAS, 2012, p. 32, grifo do autor). Nesse sentido, a norma constitucional impõe ao Poder Público a criação de políticas que visem garantir e preservar um meio ambiente favorável ao

bem-estar, à sadia qualidade de vida(art. 225 da CR/1988), configurando-se como uma **norma de eficácia programática**.

Assim, ‘meio ambiente’ não se trata apenas de local ecologicamente preservado, mas de qualquer espaço, **bem de uso comum do povo**, que garanta **a qualidade de vida** das pessoas, determinando a obrigação do Poder Público de **defendê-lo e preservá-lo para as gerações presentes e futuras** (art. 225 da CR/1988).

Por isso que a ordem econômica no Estado Brasileiro (art. 170 da CR/1988) possui um limitador constitucional expresse - além daqueles no artigo dispostos - não permitindo o desenvolvimento econômico desenfreado, isto é, o crescimento financeiro deve **assegurar a todos uma existência digna**, desde que seja observada a **defesa do meio ambiente** (art. 170, inciso VI, da CR/1988).

No mesmo sentido do texto constitucional, Soares e Gomes, de forma cristalina, demonstram a preocupação do legislador:

Não mais existe lugar para o desenvolvimento econômico desregrado e a qualquer custo, exigindo-se, assim, uma visão holística e não mecanicista. [...] Percebe-se, com isso, que a dimensão econômica da sustentabilidade remete-se a pensar que a capacidade de resiliência ambiental nesta seara é finita, e que a ação humana necessita ser controlada, daí a ideia de sustentabilidade (SOARES; GOMES, 2017, p. 76).

Em virtude disso, trata-se como objetivo da República Federativa do Brasil a **promoção ambiental**, já que a própria CR/1988 considera a proteção ao meio ambiente a melhoria, o cuidado e a existência digna de todos. Em razão desses preceitos normativos constitucionais, Freitas conceitua o princípio da sustentabilidade como:

O princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a **responsabilidade do Estado** e da sociedade pela concretização solidaria do **desenvolvimento material** e

imaterial, **socialmente inclusivo**, durável e equânime, **ambientalmente limpo**, inovador, **ético e eficiente**, no intuito de **assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar** (FREITAS, 2012, p. 41, grifo próprio).

A princípio poder-se-ia entender ser o princípio da sustentabilidade aquele referente apenas às questões ambientais, entretanto esta seria uma aplicação muito supérflua de sua plenitude. Verifica-se que tal arcabouço principiológico possui um conceito variado e aberto do que se considera ser sustentabilidade, ou seja, não se trata unicamente de um ideário associado a preceitos ecológico-ambientais⁶ (apesar deste ser o que há maior incidência), mas pertence, também, às dimensões econômicas, éticas, sociais e jurídico-políticas⁷. Com maior relevância nesta obra, a dimensão jurídico-política:

[...] **reflete a disposição para que a sustentabilidade determine, com eficácia direta e imediata, independente de regulamentação, a tutela jurídica do direito ao futuro, e assim, apresenta-se como dever constitucional de proteger a liberdade de cada cidadão [...] no processo de estipulação [...] do conteúdo intertemporal dos direitos de deveres fundamentais das gerações presentes e futuras** (FREITAS, 2012, p. 67, grifo do autor).

Nesta acepção, tem-se que o princípio da sustentabilidade, conduza um novo patamar de Estado Democrático de Direito, preocupado com a tutela do direito ao futuro, permitindo exigências e consequências caso não haja novas maneiras de governança que atribuam importância ao “bem-estar multidimensional no presente, sem comprometer o bem-estar no

⁶ “No aspecto da dimensão ambiental da sustentabilidade, é inegociável a premissa de que o meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, deve ser devidamente preservado e protegido, sob pena de a natureza não suportar mais a vida humana na Terra” (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 95).

⁷ Para outros esclarecimentos, ver: FREITAS, 2012, p. 53-75.

Futuro” (FREITAS, 2012, p. 261), garantindo, assim, uma nova evolução jurídica e social⁸.

Por fim, a estipulação e interpretação da CR/1988 encontra-se em conformidade com os postulados da ONU acerca da sustentabilidade, entretanto, cumpre avaliar a efetividade dela, pelo Poder Público, na lei de licitações.

3 A sustentabilidade no direito administrativo brasileiro: lei de licitações

A CR/1988 estipula que em casos de contratação de empresas para realizar obras, serviços, compras e alienações o Poder Público é obrigado a proceder a um processo licitatório, assegurando a igualdade de condições entre os participantes⁹. O art. 37 da CR/1988 foi normatizado pela Lei nº 8.666/1993, consagrando a lei de licitações, que determina as normas gerais de contratação da Administração Pública.

A licitação pode ser caracterizada como um procedimento administrativo em que a Administração Pública intima, através de condições preestabelecidas, aquelas empresas que têm vontade de exibir propostas para oferecer bens e serviços (BRASIL, 2010, p.26).

O objetivo da licitação é possibilitar à Administração contratos com empresas que reunamos requisitos essenciais para acolher os interesses públicos, tendo como escopo aspectos relevantes como a capacidade técnica, econômica e financeira, bem como a propriedade do produto e seu valor (BRASIL, 2010, p. 26).

⁸A dimensão jurídico-política da sustentabilidade pode ser verificada, por exemplo, no momento que há a proteção de uma potencial pessoa, isto é, o nascituro. Entretanto, no momento em que a constituição resguarda o direito de gerações que ainda não vieram a existir a um ambiente propício para seu bem-estar, estaria o nascituro rebaixado por somente possuir expectativas de direito e não o direito em si.

⁹ Art. 37da CR/1988. [...] XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Essas capacidades são essenciais para a licitação, haja vista que sem os 3 escopos: técnico; econômico e financeiro, não há como efetivar a sustentabilidade, sobretudo em seu caráter multifacetário:

[...] a sustentabilidade ambiental, para se tornar efetiva, necessita da aplicabilidade das três dimensões concomitantemente, de modo que, uma dimensão não deve apartar-se da outra. A dimensão econômica integra a social, a social integra a ambiental, e assim sucessivamente, ocasião em que ambas trilham a mesma diretriz, qual seja, a preservação ambiental (SOARES; GOMES, 2017, p. 79).

Nesse sentido a lei de licitações, reproduz a importância da sustentabilidade para um meio ambiente equilibrado, sobretudo, com a atuação do Poder Público por meio do procedimento licitatório, permitindo que as futuras gerações possam usufruir de tudo o que o ambiente proporciona. Nesse sentido:

a sustentabilidade ambiental é o carro chefe que conduzirá o Poder Público e a sociedade para o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ela (a sustentabilidade) não é um fim em si mesma, mas o meio para que as gerações vindouras tenham condições de viver com dignidade, tal qual as presentes gerações (SOARES; GOMES, 2017, p. 80).

De acordo com a Lei nº 8.666/1993, há inúmeras modalidades de licitar, dentre elas estão a concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão¹⁰, devendo conter as propostas dos participantes em que vence aquele que cumprir com as exigências requeridas, conforme o art. 45, §1º, da lei de licitações:

Art. 45 da Lei nº 8.666/1993. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo

¹⁰ Esta modalidade está tipificada na Lei nº 10.520/2002.

com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - **a de menor preço** - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - **a de melhor técnica**;

III - **a de técnica e preço**.

IV - **a de maior lance ou oferta** - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso (BRASIL, 1993, grifos próprios).

Porém, não é suficiente que os licitantes possuam propostas razoáveis. É preciso que tenham projetos com o intuito de beneficiar, proteger e conservar o meio ambiente. Assim, "o meio ambiente, ecologicamente equilibrado, é condição inegociável para a existência de vida no planeta, por isso precisa ser respeitado e protegido. Não basta apenas deixar de poluir, mas buscar propagar a proteção ambiental" (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 99).

Especificamente quanto à lei de licitações e a questão reservada ao desenvolvimento sustentável, o art.6º, inciso IX, do referido regramento infraconstitucional, estabelece que o projeto básico de uma obra deve conter balizamentos para tratar o impacto que será causado no ambiente no curso da obra, bem como o efeito que será causado, posteriormente à conclusão de todo o serviço¹¹.

O art. 12da Lei nº 8.666/1993 também reitera o já disposto no inciso IX, do art. 6º, ao mencionar a importância de ser analisada, antes do começo da obra ou do serviço, qual será a

¹¹ Art. 6º da Lei nº 8.666/1993. [...] IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos [...] (BRASIL, 1993).

influência ambiental causada. Leia-se: “Art.12. Nos projetos básicos e projetos executivos de obras e serviços serão considerados principalmente os seguintes requisitos [...] VII- impacto ambiental” (BRASIL,1993).

Esse projeto básico só terá viabilidade em relação aos riscos do impacto ambiental referente à efetivação do projeto final. Se houver alguma perturbação, será feito o Estudo de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), nos moldes do art. 225, §1º, incisos I, II, VI e VII da CR/1988, destacando também o custo, o modo e o prazo da execução do projeto. Veja-se:

Art.225 da CR/1988.Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

- I- preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
- II- preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;
- III- definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;
- IV- exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;
- V -controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
- VI-promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
- VII- proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica,

provoquem a extinção de espécies ou submetamos animais a crueldade. (BRASIL,1988).

Caso haja infração ambiental, aqueles que a geraram, além de terem a obrigação de recuperá-lo, estarão sujeitos às sanções administrativas e penais, além do dever de reparar os danos ocorridos, conforme determina o art. 225, §3º da Constituição. A lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente -PNMA também vai de encontro com a CR/1988, conforme § 1º, do art. 14, da Lei nº 6.938/1981:

Art. 14 da Lei nº 6.938/1981. [...] § 1.º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente (BRASIL, 1981, grifo próprio).

As sanções penais, conforme mencionadas acima, estão dispostas na Lei nº 9.605/1998 e previstas nos arts. 6 a 10 do referido regramento. São em sua maioria, cópias das sanções previstas no Código Penal, com a diferença apenas da natureza do crime, que no caso dessa lei, destina-se somente aos ambientais.

As pessoas jurídicas também estão enquadradas na Lei nº 9.605/1998, mais especificamente nos arts. 3º, 4º, 21, 22, 23, podendo ser responsabilizadas administrativa, civil e penalmente; pode também haver a desconsideração da personalidade jurídica caso atrapalhe o ressarcimento aos prejuízos causados; e as sanções podem ser estabelecidas com multa, penas restritivas de direito e prestação de serviços à comunidade¹².

¹² O Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário nº 548.181, em 30 de outubro de 2014, decidiu que a pessoa jurídica pode ser ré em uma ação penal, sem a necessidade de existência de litisconsórcio passivo. Com essa decisão a maior corte jurisdicional brasileira rompeu com tradicional linha teórica acerca de que apenas os sócios poderiam responder penalmente em caso de cometimento de crime ambiental.

Assim, os dispositivos normativos tais como a CR/1988 e demais leis já citadas acima, revelam aspectos importantes no que tange à prática sustentável, zelando pelo meio ambiente e as consequências que advêm desses atos de degradação. A CR/1988 e as leis hierarquicamente abaixo, como formas de coerção para práticas ilícitas, obrigam o degradador à recuperação do ambiente avariado, conforme exigência do órgão competente para tal finalidade. Como consequência dessa coerção, surge um crescimento mais sustentável, dando maiores vantagens aqueles que engajarem na sustentabilidade.

4. Licitação sustentável

A lei de licitações e contratos públicos foi criada em um período que ainda se atrelava a questão desenvolvimentista à sustentabilidade, gerando a alcunha de que havia a necessidade de desenvolver os meios econômicos, protegendo o verde e salvaguardando o social¹³.

O conceito de sustentabilidade somente foi desvinculado do foco desenvolvimentista, ganhando assim autonomia em 2002, e a partir daí, consagrou-se como um modelo multidisciplinar, incorporando dimensões éticas, jurídicas, políticas, econômicas e ambientais (BODNAR, 2011, p. 329-330).

O art.3º da Lei nº 8.666/1993, lei de licitações, insere a obrigação da licitação promover o desenvolvimento sustentável e ainda dá outras providências como o respeito aos princípios constitucionais:

O
Art.3º da Lei nº 8.666/1993. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do

¹³Conforme explicado no capítulo sobre os parâmetros históricos e conceituais da sustentabilidade e do desenvolvimento sustentável.

desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL,1993)¹⁴.

Assim, é possível concluir que a licitação sustentável é conceituada da mesma forma que o desenvolvimento sustentável, porém, deve haver um acréscimo de sustentabilidade, ou seja, além das características principais e do cumprimento às normas e condições do certame, há também uma adição de critérios sociais, ambientais e econômicos seja na compra de bens, na contratação de serviços ou execução de obras. Enfim, utiliza-se do poder de compra advindo do setor público para auferir benefícios econômicos, sociais e ambientais (BRASIL, s.d.).

No Brasil, o início da iniciativa sustentável, veio por meio da Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P), começando em 1999, sendo comandado pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA), a fim de fomentar os administradores públicos a integrar princípios e critérios relacionados ao controle ambiental nas atividades cotidianas, gerando uma atenuação nos usos dos recursos naturais e nos gastos econômicos excessivos por meio da aplicação racional dos bens públicos. Essa agenda ambiental pode ser analisada como o marco inicial, porém, com viés indutor e não norteador da adesão do gerenciamento socioambiental sustentável no país.

Após o início da adoção da prática sustentável, o ano de 2010, desde a instituição do modelo, foi considerado o momento mais expressivo no que tange a novos modelos de sustentabilidade. Isso porque, em janeiro daquele ano, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), acolheu a Instrução Normativa n.º

¹⁴ De fato a regra geral instituída no art. 3º da Lei nº 8.666/1993 demonstra a necessidade de perquirir caminhos interpretativos que levem em consideração conceitos advindos de outras disciplina, tais quais ciclo de vida, custos ambientais e o próprio desenvolvimento sustentável. Contudo, não será abordado acerca desses conceitos, sob penas de delonga do trabalho.

1/2010, que estipulou critérios de sustentabilidade na compra de bens, serviços ou obras na Administração Pública. Tal instrução configura, portanto, a primeira demarcação regulatória a fim de possibilitar critérios sustentáveis na esfera federal.

Em 19 de abril de 2010, o MPOG introduziu o Portal de Contratações Sustentáveis do Governo Federal, com o intuito de disponibilizar informações acerca das contratações sustentáveis realizadas por meio das normas e editais licitatórios, além de deliberar sobre especificações técnicas para consolidar os investimentos adquiridos com práticas sustentáveis.

No que tange à licitação sustentável, por meio da interpretação das normas constitucionais, deve ser levada em conta o princípio da unidade da constituição, convergindo para uma compreensão de que a Administração Pública, ao implementar os procedimentos de licitatórios para determinados tipos de serviços, deve ter ciência de que é sua obrigação defender e zelar pelo meio ambiente, optando por produtos e serviços que preencham os requisitos de sustentabilidade, sem retirar dos demais participantes do processo licitatório, a igualdade de tratamento no processo licitatório. Assim:

A consideração do requisito de sustentabilidade ambiental, na realização de licitações públicas, irá promover importante mudança nas relações entre o Estado e o mercado produtor de bens e serviços, induzindo ações voltadas para defesa e preservação do meio ambiente. As licitações públicas nacionais deixam, assim, de ser guiadas apenas pelos requisitos do melhor preço e da maior vantagem para a Administração, passando a considerar, também, critérios de sustentabilidade ambiental. A licitação sustentável deve orientar-se por padrões que visem ao atendimento de necessidades de Estado, com a redução de agressões ao meio ambiente e à própria sociedade. (VALENTE, 2011, p. 10).

Essa adesão aos padrões de sustentabilidade ambiental possui um efeito essencial no mercado, já que objetiva a adoção de padrões e técnicas de produção baseadas em normas ambientais.

Com isso, o Estado, como assíduo comprador de bens e serviços, comanda o setor de produção a uma crescente revisão das suas práticas aumentando a proposta de bens sustentáveis para a sociedade (FREITAS, 2012, p. 133-134).

Assim, o Brasil começa a tomar posicionamento por meio do seu uso de poder de compra para promover a sustentabilidade. Isso é verificado, pois, desde a CR/1988 houve a introdução no texto acerca da proteção ambiental. No âmbito legal, encontra-se essa mesma defesa na lei de licitações e contratos (art. 3º, da Lei nº 8.666/1993); no Estatuto das Cidades (arts. 2º, inciso I e VIII, da Lei nº 10.257/2001); na Política Nacional de Mudança do Clima (Lei nº 12.187/2009); na lei de resíduos sólidos (Lei nº 12.305/2010). Portanto, nesse quadro de institucionalização normativa, tem-se que sempre é exigido dos participantes propostas condizentes com os parâmetros ambientais.

Apesar dos grandes avanços internos¹⁵, permitindo o fomento à proteção ambiental, o que não há são meios eficazes para coibir práticas, tanto corporativas quanto do Poder Público, de escusar-se da obrigação da manutenção e salvaguarda ambiental, o que gera extremas devastações ou prejuízos ecológicos, sociais, econômicos e políticos.

Deste modo, é inegável que o Estado brasileiro alcançou avanços consideráveis no âmbito sustentável, encontrando por meio da licitação uma forma para impulsionar e promover a sustentabilidade. Conquanto, ainda faltam tutelas coercitivas e assecuratórias que efetivamente garantam a proteção ambiental. De fato, algumas existem, como a responsabilidade ambiental das empresas, mas só ela se mostra ineficaz para assegurar medidas consideradas ambientalmente híginas no processo licitatório.

A eficácia ambiental somente será consolidada no momento em que as decisões administrativas, tanto aquelas de caráter assecuratório quanto as de forma fiscalizatórias, forem efetuadas

¹⁵ Já que internacionalmente o Brasil é tido como expoente na proteção ambiental.

com base em uma (I) análise consequential do meio ambiente em conjunto (II) aos impactos que poderiam ser gerados no modelo econômico utilizado pelo país e os (III) efeitos diretos na sociedade, tendo por fundamento e limitador das proposições administrativas (IV) a manutenção das condições de vivência digna das gerações futuras. Caso haja dúvida acerca dessa condição, a decisão ou a política pública não deve ser mantida.

Portanto, apesar de existirem formas de assegurarem a sustentabilidade, a maioria delas possuem características meramente formais, sem eficácia significativa. Isso se mostra mais perceptível, sobretudo, na ausência de critérios para realização de decisões/políticas públicas eficientemente sustentáveis, com garantia de retorno ou conservação dos recursos às gerações futuras.

5. Considerações Finais

O desenvolvimento sustentável não pode ser considerado apenas um aparato político. As reservas de recursos naturais estão cada vez mais escassas devido ao uso inadequado e a sustentabilidade tem a possibilidade de ser a resposta aos questionamentos e desenvolvimento mais racional da sociedade.

A percepção de que a defesa e a conservação do meio ambiente é uma meta a ser seguida pelas nações, já que a visão sustentável tem sido compartilhada mundialmente, objetiva vários projetos que estabelecem equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente.

No primeiro capítulo, foi feita uma análise acerca do crescimento econômico e dos valores sociais, bem como a relação desses dois conceitos. Deu-se início à exposição do que seria desenvolvimento sustentável, até uma definição mais concreta acerca de tal conceito.

No segundo capítulo, há uma relação entre sustentabilidade e sua importância no cenário nacional, tendo em vista a sua inserção na CR/1988. No decorrer desse capítulo houve um

estudo acerca dos dispositivos constitucionais que preveem como questão principal a sustentabilidade e como o Estado deve agir em relação àqueles que necessitam cumprir essa determinação constitucional em prol de seu desenvolvimento.

Já o terceiro capítulo, teve como objetivo mencionar os dispositivos presentes no ordenamento jurídico brasileiro e como refletem o desenvolvimento sustentável. Além da CR/1988, há também a lei de licitações, que prioriza o tratamento anterior e posterior da área degradada a fim de amenizar o desequilíbrio ambiental, e a lei que dispõe sobre a PNMA, responsabilizando administrativa, civil e penalmente aqueles que cometeram danos ambientais sem prévio planejamento da área.

Por fim, no quarto capítulo, há uma breve explicação acerca da importância da licitação sustentável e como é feita, como se deu o surgimento da iniciativa sustentável, que foi através da Agenda Ambiental na Administração Pública, começando em 1999, a importância da Instrução Normativa nº 1/2010, que estipulou critérios de sustentabilidade na compra de bens, serviços ou obras na Administração Pública. Essa maior preocupação com a sustentabilidade ambiental possui um efeito essencial, já que objetiva a adoção de padrões e técnicas de produção baseadas em normas ambientais, além de diminuir o impacto negativo ao ambiente.

Por tudo o que foi exposto, a lei de licitações e a CR/1988 deram um grande salto ao enfatizar a importância da sustentabilidade e estipular normas que impeçam a violação e degradação do meio ambiente. Tais dispositivos são imprescindíveis para a concretização do desenvolvimento sustentável e pelas atitudes já explanadas anteriormente, criam uma expectativa boa de que, ao menos, no que tange à preservação do meio ambiente, as normas podem ser aplicadas e efetivadas com maior rigor. Porém, esse é só o começo, sendo necessário cada vez mais instituir normas a atuação administrativa que realmente combatam a prática de destruição que vem se tornando cada vez maior, a fim de frear os criminosos que querem apenas explorar do ambiente e acabam

ficando impunes e deixando o cenário ambiental com uma condição de degradação irreversível.

Referências

BARBOSA, Gisele. O desafio do desenvolvimento sustentável. *Revista Visões*, v. 4, nº 01, p.1-11, jan/jun. 2008. Disponível em: <http://www.fsma.edu.br/visoes/edo4/4ed_O_Desafio_Do_Developmento_Sustentavel_Gisele.pdf>.

Acesso em: 30 jan. 2017.

BEZERRA, Maria do Carmo de Lima; BURSZTYN, Marcel (Coord.). *Ciência e tecnologia para o desenvolvimento sustentável*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis: Consórcio CDS/UnB/Abipti,2000. Disponível em <<http://www.smeduquedecaxias.rj.gov.br/nead/Biblioteca/Forma%C3%A7%C3%A3o%20Continuada/Educa%C3%A7%C3%A3o%20Ambiental/Agenda%2021/cienctecn.pdf>>.

Acesso em: 27 jul. 2018.

BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do Direito e da Jurisdição. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 11, nº 01, p. 325-343, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1885/1262>>. Acesso em: 15 set. 2016.

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

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1 set. 1981. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.

BRASIL. Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art.37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22jun.1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 fev. 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 13 jun. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10520.htm>. Acesso em: 22 mai. 2018

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Agenda Ambiental na Administração Pública*. Brasília: MMA. 2001.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Plano de ação para a produção e consumo sustentáveis. *Licitação Sustentável*. Brasília: MMA, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental>> Acesso em: 27 jul. 2018.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Instrução Normativa nº 01 de 19 de janeiro de 2010. Dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. *Documenta*, Brasília, p. 1-7, jan. 2010. Disponível em :<<https://www.governodigital.gov.br/documentos-e-arquivos/legislacao/INSTRUCAO%20NORMATIVA%20N.%2001%20de%202010%20-%20Compras%20Sustentav.pdf/view>> Acesso em: 02 jan. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4. ed. Brasília: TCU, Secretária-Geral da Presidência, Senado Federal, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da Sustentabilidade como Princípio Estruturante do Direito Constitucional. *Revista de Estudos Politécnicos*. Coimbra, Portugal. v. 08, nº 13, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-99112010000100002>. Acesso em: 15 set. 2016.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD).

Nosso futuro comum. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CUNHA, Belinda; AUGUSTIN, Sergio. *Sustentabilidade ambiental: estudos jurídicos e sociais*. Caxias do Sul: Educs, 2014.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte São Paulo: Fórum, 2012.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, nº 52, v. 2, p. 93-111, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

MARCO, Cristhian Magnus de; MEZZAROBÀ, Orides. O direito humano ao desenvolvimento sustentável: contornos históricos e conceituais. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 323-349, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1066>>. doi:<http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v14i29.1066>. Acesso em: 05 jul. 2018.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. A ONU e o meio ambiente. *ONUBR*, Brasília, 2016. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

SOARES, Igor Jotha; GOMES, Magno Federici. O princípio da eficiência sustentável na Administração Pública. *Revista de Direito e Sustentabilidade*, v. 3, n. 1, p. 72-90, jan./jul. 2017. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistards/article/view/1992>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

VALENTE, Manoel Adam Lacayo. *Marco legal das licitações e compras sustentáveis na Administração Pública: estudo*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema1/2011_1723.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2018.

Os trinta anos da Constituição da República Federativa do Brasil: um compromisso com os Direitos Humanos

Lilian Mara Pinhon¹

1 Introdução

Em 05 (cinco) de outubro de 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada por Ulysses Guimaraes, para assegurar aos indivíduos os direitos humanos e os direitos fundamentais. A Assembleia Nacional Constituinte, convocada pela Emenda Constitucional número 26, de 27 de novembro de 1985, encarregou-se de elaborar a sétima Constituição brasileira.

A presente pesquisa científica tem como objetivo demonstrar que os representantes do povo que instituíram a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) tiveram um propósito: construir uma normatividade constitucional em respeito aos direitos humanos e fundamentais. São trinta anos da promulgação da Constituição brasileira, e o Poder Judiciário, por meio dos seus intérpretes, deve interpretar um caso concreto

¹ Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação *Scripto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG, Brasil. Pós-graduada *Lato Sensu* pela Universidade Candido Mendes em Direito Processual Civil e Processo Cautelar, Rio de Janeiro-RJ, Brasil. Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional e Administrativo em andamento pela Escola Paulista de Direito, São Paulo-SP, Brasil. Advogada. CV Lattes: [HTTP://LATTES.CNPQ.BR/3719496630002088](http://LATTES.CNPQ.BR/3719496630002088). E-mail: lilianpinhonadv@hotmail.com

respeitando a Constituição e estando vinculado aos direitos humanos e fundamentais.

Interroga-se: A Constituição de 1988 tem como preservar a sua força normativa?

O tema justifica-se para resguardarmos, em um Estado Democrático de Direito, o compromisso com os direitos humanos e os direitos fundamentais. Afinal, é essência do direito nacional brasileiro e do direito internacional dos direitos humanos a proteção do ser humano.

Frisar-se-á, primeiramente, a Constituição da República Federativa do Brasil com a sua força normativa e sua vinculação com os direitos humanos e fundamentais. Em seguida, a proteção dos direitos humanos na Constituição de 1988 é ressaltada. Por fim, será analisado o Poder Judiciário a partir da Constituição de 1988, em razão da ascensão do Judiciário no Estado Democrático.

O presente artigo jurídico será traçado na pesquisa bibliográfica com a utilização da doutrina, de textos e de artigos científicos sobre o tema, e documental, com utilização da Constituição da República Federativa do Brasil e da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O procedimento metodológico que será utilizado é o dedutivo.

2 A Constituição da República Federativa do Brasil

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) foi criada no Estado Democrático de Direito, visando a proteção aos indivíduos ao assegurar os direitos humanos e os direitos fundamentais.

Conforme Silva (2017, p. 100) ressalta a “República Federativa do Brasil condensa o nome do Estado brasileiro - República Federativa do Brasil -, o nome do país - Brasil -, a forma de Estado, mediante o qualificativo Federativa, que indica tratar-se de Estado Federal, e a forma de governo - República.”

As Constituições anteriores a CRFB/1988 eram promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, não tinham aplicabilidade direta e imediata, sendo que competiu “[...] à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.” (BARROSO, 2005, p. 8).

Piovesan (2013, p. 85) relata que como marco jurídico da transição ao regime democrático a Constituição de 1988 alargou consideravelmente o campo dos direitos e garantias fundamentais, estando-se “[...] entre as constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria.” No mesmo sentido defende Silva (2017, p. 91) que a Constituição da República Federativa do Brasil é “[...] um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada, a Constituição, de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral.”

No preâmbulo da Constituição de 1988 está inserto que o Estado Democrático de Direito está destinado a garantir “[...] o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos[...]”, sendo fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias no ordenamento doméstico e internacional. “Este anseio democrático irá se consolidar no inciso III do artigo 1º da CRFB/88, o qual traz a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro [...]”. (MORAIS, 2011, p. 237). A dignidade da pessoa humana é um norteador do ordenamento jurídico, e possui natureza dúplice, vez que “[...] deve ser vista como um postulado normativo, considerando que ela serve para indicar a forma como as demais normas devem ser feitas e aplicadas e, enquanto princípio, nenhuma norma poder feri-lo.” (COSTA ET AL., 2017, p. 850).

O preâmbulo da Constituição não se trata de norma de reprodução obrigatória, de acordo com o Supremo Tribunal

Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076-5, Acre. No mesmo sentido expõe Sarlet (2017) que o preâmbulo da Constituição não se refere a um elemento obrigatório para que a Constituição possa gerar efeitos e cumprir suas funções. Por outro lado, apesar do preâmbulo não possuir força normativa, o STF reconheceu no Habeas Corpus 94.163-0, Rio Grande do Sul, Diário Judicial em 23 de outubro de 2009, de relatoria de Carlos Britto, que no campo da interpretação e da aplicação do direito, o preâmbulo, mais precisamente os valores e objetos, serve como um reforço argumentativo para justificar uma decisão.

A Constituição de 1988 é um “[...] marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil.” (PIOVESAN, 2013). Sendo que o artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988 dispõe que os direitos e garantias presentes na referida Constituição não excluem outros provenientes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil faça parte. Importante ressaltar que no preâmbulo da Declaração Universal de 1948 já é afirmada a dignidade inerente a todo ser humano, com titularidade de direitos iguais e inalienáveis. Tendo em vista que o Brasil é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o propósito do Estado Democrático de Direito brasileiro veio ao encontro com os postulados da Declaração.

A Constituição de 1988 é a lei suprema do Estado brasileiro, sendo que Barroso (2009, p. 61) expõe que “[...] a Constituição é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica. É ela que confere unidade ao sistema, é o ponto comum ao qual se reconduzem todas as normas vigentes no âmbito do Estado.” No mesmo sentido Silva (2017, p. 48) informa que a Constituição da República Federativa do Brasil é a lei fundamental e suprema do Estado Brasileiro, bem como é rígida. “Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados [...] pelas

normas positivas” da Constituição de 1988. (SILVA, 2017, p. 48). Ademais, as normas que integram a ordenação jurídica nacional somente serão válidas se se conformarem com as normas da CRFB/1988. (SILVA, 2017, p. 48).

Barroso (2007, p. 3) notifica que a Constituição de 1988 “[...] foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.” Silva (2017, p. 148) relata que a Constituição de 1988 incorpora princípios da justiça social e do pluralismo, sendo, portanto, o modelo de uma democracia social, participativa e pluralista. Para Hesse (1991, p. 18) “[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva.” (HESSE, 1991, p. 18). Hesse (1991, p. 19) conclui que a Constituição será convertida “[...] em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).”

O artigo 1º da CRFB/1988 expõe o Estado Democrático de Direito com seus fundamentos.² Nos incisos I a IV do artigo 3º da Constituição de 1988³ estão elencados os objetivos fundamentais,

² “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.”

³ “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;

com a finalidade de reafirmar o compromisso de uma democracia que o Estado brasileiro precisa concretizar. Assim, é necessário construir uma sociedade livre, solidária e justa e um dos meios para esta realização é através do Poder Judiciário.

Comungamos o mesmo pensamento de Streck (2009, p. 37), no qual expõe:

[...] o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e a garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através do ideal de vida consubstanciado nos princípios que apontam para uma mudança no *status quo* da sociedade. Por isso, [...] no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-principiológico.

Bulos (2011, p. 476) informa que as “[...] normas constitucionais, independentemente do grau de eficácia que apresentem, são mandamentos imperativos, cogentes, taxativos, pois prescrevem, explícita ou implicitamente, o que “deve ser” a conduta dos indivíduos, dos órgãos públicos, das autoridades e instituições.” No mesmo sentido Barroso (2005, p. 7) ressalta que “[...] as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.”

Hesse (1991, p. 25) destaca que:

A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve

IV- promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (*realisierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição.

É essencial lembrar, conforme Bonavides (2014, p. 444) relata, que em “[...] nosso ordenamento constitucional não deve a proporcionalidade permanecer encoberta. Em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais.” Para Bonavides (2014, p. 446) o princípio da proporcionalidade é um direito positivo no ordenamento constitucional. “No Brasil a proporcionalidade pode não existir enquanto norma geral de direito escrito, mas existe como norma esparsa no texto constitucional. A noção mesma se infere de outros princípios que lhe são afins”, como no princípio da igualdade. (BONAVIDES, 2014, p. 444).

Sendo que para Bonavides (2014, p. 446) o princípio da proporcionalidade:

Embora não haja sido ainda formado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o § 2º do art. 5º que abrange a parte não escrita ou não expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição.

Nota-se que a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, §3º, dispõe que as tanto os tratados quanto as convenções internacionais sobre direitos humanos que sejam “[...] aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.” Logo, não existe lacuna jurídica no texto

constitucional brasileiro quanto as normas sobre os tratados internacionais de direitos humanos⁴.

Segundo Hesse, (1991, p. 14), a existência autônoma em face da realidade a norma constitucional não tem, vez que a sua essência reside na sua vigência. Hesse (1991, p. 14-15) continua informando que a “[...] pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas.” Para Hesse (1991, p. 15) a pretensão de eficácia da norma jurídica apenas estará realizada se levar em conta estas condições, sendo que precisa ser, semelhantemente, “[...] contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.”

Com a CRFB/1988 ocorre a afirmação do reconhecimento do ser humano como sujeito de direito, titular dos direitos que lhe são inerentes. A Constituição de 1988 reforça um compromisso com os direitos humanos e fundamentais, conforme já informado. Devido a força normativa da constituição brasileira, os intérpretes brasileiros têm a obrigação de realizar a pretensão da norma constitucional que for mais benéfica ao indivíduo no caso concreto.

Hesse (1991, p. 15) fundamenta que:

A Constituição não configura, portanto apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura

⁴ No mesmo sentido ver Mazzuoli (2018, p. 83) em sua obra “A Constituição Brasileira de 1988 e o Direito Internacional Público”.

normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.

Logo, a Constituição da República Federativa do Brasil, com seu *status* de norma jurídica, contribui para um novo direito constitucional, com sua receptividade ao direito internacional público quando se refere a matéria de direitos humanos. Ademais, o texto constitucional para ter eficácia, conforme Hesse informa, deve incorporar elementos sociais, políticos, econômicos, o estado espiritual do seu tempo, cabendo aos intérpretes observarem a força normativa da Constituição.

3 A proteção dos direitos humanos na Constituição de 1988

Devido a incessantes lutas históricas e aos inúmeros tratados internacionais protetivos a normatividade internacional de proteção dos direitos humanos foi conquistada. Trinta anos que os direitos humanos têm aplicação imediata, conforme artigo 5º, § 1º⁵ e § 2º da Constituição da República Federativa do Brasil⁶.

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura um diálogo entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos, o que contribui para a afirmação de que os direitos humanos estão insertos na Constituição de 1988. Com exceção dos tratados de direitos humanos, a CRFB/1988 não dispõe de regras claras a respeito da estatura do direito internacional público e seus respectivos efeitos. (MAZZUOLI, 2018, p. 82).

O direito internacional dos direitos humanos objetiva garantir o exercício dos direitos dos indivíduos. (PIOVESAN, 2013,

⁵ No artigo 5º, § 1º, da CRFB/1988 está disposto que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.”

⁶Para Mazzuoli (2018, p. 216) é com base no artigo 5º, § 2º, da CRFB/1988 “[...] que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm índole e nível constitucionais, além de aplicação imediata[...]”.

p. 76). O Estado brasileiro assumiu um compromisso em prol dos indivíduos, estando obrigado para com o direito internacional dos direitos humanos.

Trindade (2018, p. 412) entende o direito internacional dos direitos humanos da seguinte maneira:

[...] como o *corpus juris* de salvaguarda do ser humano, conformado, no plano substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados e convenções, e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias que têm por propósito comum a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, sobretudo em suas relações com o poder público, e, no plano processual, por mecanismos de proteção dotados de base convencional ou extraconvencional, que operam essencialmente mediante os sistemas de petições, relatórios e investigações, nos planos tanto global como regional. Emanado do Direito Internacional, este *corpus juris* de proteção adquire autonomia, na medida em que regula relações jurídicas dotadas de especificidade, imbuído de hermenêutica e metodologia próprias.

Piovesan (2013, p. 67) menciona que “[...] os tratados internacionais voltados à proteção dos direitos humanos, ao mesmo tempo que afirmam a personalidade internacional do indivíduo e endossam a concepção universal dos direitos humanos, acarretam aos Estados que os ratificam obrigações no plano internacional.” O direito internacional dos direitos humanos, conforme Trindade (2018, p. 413) adverte, é um *corpus juris* de proteção do indivíduo que se edifica como um novo sistema de valores superiores.

A Constituição de 1988 assegura ao indivíduo a condição de sujeito do direito internacional público, vez que os direitos humanos estão insertos na referida Constituição. Consequentemente, emerge a concepção de que a pessoa não é apenas objeto, afinal, possui personalidade jurídica no âmbito nacional e internacional. “Assim, não pode haver dúvidas de que os indivíduos têm personalidade jurídica internacional, e podem, para

além de vindicar direitos nas instâncias internacionais, ser ainda responsabilizados criminalmente no âmbito do Tribunal Penal Internacional.” (MAZZUOLI, 2017, p. 63). Ademais, a Emenda Constitucional número 45, de 08 de dezembro de 2004, acrescentou o § 4º no artigo 5º da CRFB/1988⁷, reafirmando, mais uma vez, um compromisso com os direitos humanos.

A República Federativa do Brasil aponta diversos princípios que regem as relações internacionais no artigo 4º, incisos I a X.⁸ Sendo que um dos princípios que rege as relações internacionais é a “prevalência dos direitos humanos”. Mazzuoli, (2017, p. 230) revela que o princípio *pro homine* está posto no artigo 4º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil. Por conseguinte, cabe ao interprete brasileiro aplicar a norma mais favorável ao indivíduo no caso concreto, independentemente da norma ser de índole internacional ou nacional.

O princípio *pro homine*, segundo Biazatti (2015, p. 148), tem como objetivo principal “[...] impedir que os Estados invoquem uma norma específica para limitar direitos mais favoráveis à proteção humana. [...] Nesse prisma, ‘[e] m caso de dúvida, a ambiguidade deve ser interpretada a favor dos direitos das vítimas [...]”.

⁷ O artigo 5º, § 4º, da CRFB/1988 dispõe que: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

⁸ “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I- independência nacional;

II- prevalência dos direitos humanos;

III- autodeterminação dos povos;

IV- não intervenção;

V- igualdade entre os Estados;

VI- defesa da paz;

VII- solução pacífica dos conflitos;

VIII- repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX- cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X- concessão de asilo político.”

Gomes e Mazzuoli (2011, p. 59) assinalam que a primeira e principal característica do Estado Democrático de Direito é a internacionalização dos direitos humanos, em seguida vem a pluralidade de fontes normativas, heterogêneas e hierarquicamente diferentes. Para Gomes e Mazzuoli, (2011, p. 59), com a proliferação de normas um ponto de equilíbrio é necessário, residindo, justamente, na incidência do chamado princípio *pro homine*, que ordena aplicar sempre a norma mais benéfica ao ser humano sujeito de direitos.

O artigo 5º, § 3º, da Constituição de 1988, como já referido anteriormente, trata-se de uma norma constitucional específica para os tratados sobre direitos humanos, sendo incorporado pela Emenda Constitucional número 45 de 2004. O artigo 109, § 5º, da CRFB/1988⁹, também, foi incorporado pela Emenda Constitucional número 45 de 2004, e refere-se “[...] a possibilidade de deslocamento de competência da Justiça Estadual à Justiça Federal em casos de graves violações de direitos humanos e a fim de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte”. (MAZZUOLI, 2018, p. 83).

Piovesan (2013, p. 128) leciona que os tratados de proteção dos direitos humanos que foram ratificados antes da Emenda Constitucional número 45 de 2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, ultrapassando, até, o *quórum* dos três quintos dos membros em cada Casa. Porém, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa. Como o § 3º do artigo 5º da CRFB/1988 diz respeito apenas aos tratados de direitos humanos, o referido “[...] dispositivo, como se percebe, é juridicamente

⁹ Está inserto no artigo 109, § 5º da CRFB/1988 que: “Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.”

insuficiente, pois coloca no limbo todos os demais tratados de direitos humanos não aprovados por dita maioria qualificada, trazendo a dúvida (de difícil resolução) de saber qual nível hierárquico eles se encontram.” (MAZZUOLI, 2018, p. 86).

Gomes (2008) aponta que os tratados de direitos humanos são formalmente incorporados no direito doméstico brasileiro nos seguintes moldes:

(a) como Emenda Constitucional (CF, art. 5º, § 3º) ou (b) como Direito supralegal (voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343- SP; HC 88.420-PR, Primeira Turma, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17.04.07; HC 90.172-SP, Segunda Turma, rel. Min. Gilmar Mendes, votação unânime, j. 05.06.07); (c) como Direito constitucional (essa é a posição doutrinária fundada no art. 5º, § 2º, da CF e que, em algumas vezes, contou com a concordância do STF: RE 80.004, HC 72.131 e 82.424, rel. Min. Carlos Velloso, mas esse nunca – antes – foi seu pensamento majoritário); (d) como direito supraconstitucional. A antiga posição (do STF) no sentido de que tais tratados teriam (mera) força de lei ordinária está sendo abandonada (muito corretamente) pela própria Corte Suprema.

Independentemente do *status* dos tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro, é necessário aplicar o princípio *pro homine*. Afinal, o princípio *pro homine* é um princípio geral do direito internacional, adotado na jurisprudência, em diversos tratados internacionais e na lei doméstica brasileira.

No artigo 5º, § 2º da CRFB/1988, conforme já destacado anteriormente, está disposto que os direitos e garantias expressos na presente Constituição não excluirão outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a CRFB/1988 faz parte. Por força dos tratados de direitos humanos, neste universo conceitual, “[...] os ordenamentos jurídicos internacional e interno mostram-se em constante interação no propósito comum de salvaguardar os direitos consagrados, prevalecendo a norma – de origem

internacional ou interna – que em cada caso melhor proteja o ser humano.” (TRINDADE, 2018, p. 413).

O princípio da “prevalência dos direitos humanos” inserto na CRFB/1988, conforme apontado anteriormente, possui uma grande importância no ordenamento interno, vez que os direitos humanos são os “[...] direitos protegidos pela ordem internacional (especialmente por meio de tratados multilaterais, globais ou regionais) contra as violações e arbitrariedades que um Estado possa cometer às pessoas sujeitas à sua jurisdição.” (MAZZUOLI, 2017, p. 25).

Para Mazzuoli, (2018, p. 105), no Brasil, ainda falta a devida compreensão da relevância que tem a boa aplicação do direito internacional público no plano do direito doméstico. Mazzuoli (2018, p. 105) ressalta que:

Num país em que a Constituição consagra uma gama enorme de direitos e garantias, em especial no grande rol do conhecido art. 5º, parece, a *priori*, não se justificar aplicar uma norma ‘estranha’ (nada de estranho, porém, há em uma norma internacional publicada no Diário Oficial da União, e, anteriormente, aprovada pelo Parlamento e ratificada pelo Presidente da República) que aparentemente não garante mais que o estabelecido pelo próprio texto constitucional, este, por sua vez, mais conhecido (e, portanto, mais aplicado) pelos juízes e tribunais internos. Nada mais equivocado do que pensar assim. Não só os tratados internacionais hão de ser internamente (e diretamente) aplicados, senão também os costumes internacionais (e os exemplos práticos já começam a aparecer, como, v.g., os relativos aos casos de imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade e os cometidos durante o regime militar no Brasil) e os princípios gerais de direito reconhecidos pelos Estados. Além disso, a jurisprudência internacional tem, cada vez mais, estabelecido parâmetros de aplicação das normas internacionais e internas especialmente em matéria de direitos humanos, seja para o Estado em causa, seja para Estados terceiros, quando então valerá como *res interpretata*.

Em suma, um compromisso com os direitos humanos o Estado Democrático de Direito brasileiro estabeleceu. Pois, explicitamente, os direitos humanos foram introduzidos na Constituição de 1988. Logo, cabe ao intérprete brasileiro aplicar a norma mais benéfica ao indivíduo, seja uma norma doméstica ou internacional, pois o Poder Judiciário está vinculado aos direitos humanos e fundamentais.

4 O poder judiciário e a Constituição de 1988

O Poder Judiciário está disposto no capítulo III, artigos 92 a 126 da Constituição da República Federativa do Brasil. Com o neoconstitucionalismo, o Poder Judiciário brasileiro ascendeu a partir da CRFB/1988, vez que os valores axiológicos foram implantados e aos intérpretes brasileiros cabem analisar um caso concreto em consonância com o direito vigente.

Uma nova teoria da norma o neoconstitucionalismo reclama, possibilitando a conjugação de regras e princípios, como, também, “[...] uma teoria da interpretação jurídica que não seja nem puramente mecanicista nem, tampouco, absolutamente discricionária, em que os riscos que comportam a exegese da Constituição sejam suportados por um esquema plausível de argumentação jurídica.” (CAMBI, 2009, p. 90).

No artigo 2º da Constituição de 1988 está inserido que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Todos os referidos Poderes, em um Estado Democrático de Direito, precisam preservar a força normativa da Constituição de 1988.

O Poder Judiciário é um poder autônomo e de significado no panorama constitucional das liberdades públicas, conforme artigo 99 da Constituição de 1988¹⁰. “Sua independência e imparcialidade,

¹⁰ O artigo 99 da CRFB/1988 dispõe que: “Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.”

asseguradas constitucionalmente, são uma garantia dos cidadãos, porque ao Judiciário incube consolidar princípios supremos e direitos fundamentais, imprescindíveis à certeza e segurança das relações jurídicas.” (BULOS, 2011, p. 1254).

A Constituição surge “[...] inspirada por uma valente vocação transformadora que aspira conformar a ordem social ao extenso repertório axiológico que a constitui como verdadeiro projeto coletivo.” (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 29). O legislador passa a estar subordinado “[...] à Constituição e na limitação da vontade majoritária, que atribui aos juízes o poder de resolver sobre a invalidade de qualquer norma que não se adapte às exigências materiais contidas na Constituição.” (JULIOS-CAMPUZANO, 2009, p. 29). Os “[...] órgãos do Poder Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isso é o que se chama função jurisdicional [...], que se realiza por meio de um processo judicial, dito, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesses [...].” (SILVA, 2017, p. 559).

Os juízes e os tribunais brasileiros podem alterar os textos constitucionais através da mutação constitucional por meio da interpretação. Bulos, (2011, p. 425) explana que: “O fenômeno pelo qual os textos constitucionais são alterados sem revisões ou emendas denomina-se mutação constitucional.” A Constituição de 1988 não é apenas um texto jurídico, passa a ser conforme Moraes e Nascimento (2010, p. 26) informam:

[...] expressão de uma situação cultural dinâmica, espelho da sociedade e fundamento em suas esperanças. Nasce aí as Constituições vivas, que representam a obra de todos os intérpretes em uma sociedade aberta, retratando não só o texto, mas também o contexto na qual estão inseridas.

O exercício da jurisdição constitucional a partir da Constituição de 1988 tem como propósito preservar a supremacia da Constituição, sendo que no Agravo de Instrumento número 733.387, de relatoria do ministro Celso de Mello, j. 16-12-2008, 2º

T, DJE de 01-02-2013, consta na ementa que o papel do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional é fundamental e exige sua responsabilidade político-jurídica no processo de valorização da força normativa da Constituição.

Bulos, (2011, p. 425) explica que:

O caráter dinâmico da ordem jurídica propicia o redimensionamento da realidade normativa, em que as constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar, um refazer de soluções normativas que nem sempre surgem de reformas constitucionais.

Para Melo, (2012, p. 14), a mutação constitucional “[...] deve ser pautada em mudanças sociais que lhe confira algum lastro democrático. Melo, (2012, p. 14) continua aduzindo que: “A legitimidade democrática da mutação constitucional atua, assim, como último limite à sua regular configuração, devendo ser objeto de criteriosa análise pelo Poder Judiciário.” Por ser resultado das experiências históricas que se renovam, a CRFB/1988 não deve se dar em um espaço vazio, atemporal.¹¹

Bastos (2002, p. 257) assevera que:

[...] é certo que mesmo sem haver uma mutação formal da norma constitucional a sua compreensão muda, em virtude da constante evolução da sociedade. Mas isso se dá com uma direção precisa, e não em qualquer sentido. Em outras palavras, não se trata do produto de uma força incontrolável e desconhecida, que a tudo e a todos poderá atingir. Pelo contrário, diz respeito apenas à interpretação da norma no momento atual. É dizer, a norma em seu sentido formal, abstratamente formulada, permanece a mesma, sem sofrer qualquer tipo de alteração. O que sofre mutação é o sentido atribuído a esta norma, ou, melhor dizendo, os valores que vão ser agregados a ela é que não permanecem sempre os mesmos, pois evoluem com o decorrer do tempo e de sociedade para sociedade. Isso se torna possível em virtude da generalidade e abstratividade de

¹¹ No mesmo sentido ver Moraes e Nascimento (2010, p. 28).

que são dotadas as normas jurídicas, e que possibilitam a sua adaptação às novas realidades fáticas, proporcionando assim dinamismo ao seu sistema normativo.

A mutação constitucional contribui para a construção do presente e do futuro de um determinado país em um Estado democrático, desde que respeitado os direitos humanos e fundamentais, visto que acrescenta-se valores que são essências aos seres humanos.

Para Melo (2012, p.10), a mutação constitucional possui limites, estes são: 1) as possibilidades semânticas do próprio texto constitucional; 2) os princípios fundamentais e 3) as demais cláusulas pétreas. “Caso não observadas tais restrições, a mutação constitucional será inconstitucional, em esdrúxula sobreposição do fato ao direito.” (MELO, 2012, p. 10).

Declara Barroso (2010, p. 129) que:

As mutações que contrariam a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário. A inconstitucionalidade, tendencialmente, deverá resolver-se, seja por superação, seja por sua conversão em Direito vigente.

Cabe aos intérpretes da Constituição de 1988 realizarem as mutações constitucionais com o objetivo de ratificarem a normatividade da Constituição. Para Hesse (1991, p. 22) “[...] a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. Hesse (1991, p. 23) deixa claro que:

[...] uma mudança das relações fáticas pode – ou deve- provocar mudanças na interpretação da Constituição. Ao mesmo tempo, o

sentido da proposição jurídica estabelece o limite da interpretação e, por conseguinte, o limite de qualquer mutação normativa. A finalidade (*Telos*) de uma proposição constitucional e sua nítida vontade normativa não devem ser sacrificadas em virtude de uma mudança da situação. Se o sentido de uma proposição normativa não pode mais ser realizado, a revisão constitucional afigura-se inevitável. Do contrário, ter-se-ia a supressão da tensão entre norma e realidade com a supressão do próprio direito. Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessária dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação vigente.

Os direitos humanos se impõem e obrigam os Estados. Assim, no âmbito do sistema de valores, há o papel central reservado aos direitos da pessoa humana. “Os direitos humanos, em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo quanto operacional, acarretam obrigações *erga omnes* de proteção.” (TRINDADE, p. 426). Dessa forma, o Poder Judiciário tem o dever de proteger os direitos do ser humano.

Desde o advento da CRFB/1988 a atividade da interpretação constitucional no Brasil ganhou impulso. “Sobretudo quando o jurista se deu conta da magnitude do papel do Supremo Tribunal Federal nesse processo, as atenções para com as minúcias da interpretação constitucional e para com as suas consequências receberam a energia de estudos cada vez mais refinados.” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 82). Para Mazzuoli (2018, p. 97), os juízes e tribunais brasileiros já começaram a entender que as normas mais favoráveis dos tratados de direitos humanos prevalecem sobre as menos favoráveis do ordenamento doméstico. Vez que o “[...] que se deve visar é o “diálogo das fontes” (para falar como Eric Jayme) e não a prevalência de uma sobre a outra quando se trata de direitos humanos [...]” (MAZZUOLI, 2018, p. 97).

A dignidade da pessoa humana é uma norma de direito humano e de direito fundamental, cabendo ao intérprete brasileiro observá-la. Sarlet (2004, p. 584) destaca que: “[...] a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões [...]”. “A vinculação dos tribunais revela-se, também, no dever que se impõe aos juízes de respeitar os preceitos de direitos fundamentais, no curso do processo e no conteúdo das decisões – digam elas respeito a matéria de direito público, de direito privado ou de direito estrangeiro.” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 153).

Mazzuoli (2018, p. 99) informa que nos tribunais superiores brasileiros as referências ao direito internacional público são mais constantes, especificamente no STF, no STJ e no TST. “O STF tem se valido do Direito Internacional especialmente em matéria de direitos humanos, realizando citações constantes (especialmente a partir de 2008) à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.” (MAZZUOLI, 2018, p. 99). Para Mazzuoli (2018, p. 99) com exceção do STF e do TST, não tem como dizer que há “[...] referências substantivas ao Direito Internacional Público no âmbito do Poder Judiciário, senão apenas citações textuais de normas internacionais esparsas como reforço ao fundamento exarado nas sentenças (dos juízes) ou acórdãos (dos tribunais).”

Em suma, não cabe em um Estado Democrático de Direito uma mutação inconstitucional por parte do Poder Judiciário. Uma nova interpretação não pode “violentar” os direitos humanos e os direitos fundamentais. Ademais, é necessário que os juízes e tribunais brasileiros utilizem a norma mais favorável ao indivíduo, referenciando quando necessário o direito internacional público ou a norma interna brasileira.

5 Considerações finais

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao instituir um Estado Democrático de Direito, vem há trinta anos assumindo um compromisso com os direitos humanos em prol do indivíduo e deixa de lado o regime autoritário, intolerante e até mesmo violento. A CRFB/1988 passou a promover a proteção dos direitos humanos e fundamentais. Ao contrário das Constituições anteriores, a Constituição de 1988 ascende com sua força normativa, possuindo aplicabilidade direta e imediata. Os princípios e os direitos humanos ganham evidências excepcionais com a referida Constituição, um novo direito constitucional desponta para salvaguardar o indivíduo.

As normas centrais da Constituição de 1988 são elementos de reprodução obrigatória e mandamentos imperativos. Entretanto o preâmbulo não possui força normativa. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o preâmbulo pode ser apontado como reforço argumentativo, de acordo com o Habeas Corpus 94.163-o do Rio Grande do Sul.

A Constituição de 1988 possui um procedimento de alteração mais rigoroso, além de ser uma lei fundamental e suprema. Com a Constituição da República Federativa do Brasil ocorreu a institucionalização dos direitos humanos, conforme pode ser observado no artigo 4º e seus incisos, no artigo 5º, § 2º e § 3º, dentre outros. De acordo com o artigo 5, § 3º, da CRFB/1988 os tratados de direitos humanos que preencherem os requisitos do dispositivo serão incorporados formalmente a Constituição, vez que serão equivalentes às Emendas Constitucionais. Quanto aos tratados de direitos humanos aprovados anteriormente a Constituição nota-se uma divergência doutrinária e jurisprudencial em relação ao *status* normativo dos referidos tratados. Ocorre que em observância a prevalência dos direitos humanos, independente do *status* normativo dos tratados é necessário aplicar a norma mais favorável ao ser humano.

Com os direitos humanos incorporados na Constituição de 1988, o princípio *pro homine* é introduzido na ordem interna e possibilita o real compromisso do Estado Brasileiro em preservar e efetivar os direitos humanos. A aplicabilidade dos direitos humanos é um desafio na ordem nacional brasileira. O Brasil tem o dever de observar vários documentos internacionais, afinal, explicitamente introduziu os direitos humanos na Constituição da República Federativa do Brasil. A Constituição de 1988 vem preservando a sua força normativa há trinta anos, vez que é um imperativo categórico à vinculação do Estado brasileiro aos direitos fundamentais e aos direitos humanos.

Os Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário são obrigados a respeitarem a Constituição de 1988. Inclusive, observa-se o exercício da jurisdição constitucional por parte do Poder Judiciário para concretização das normas constitucionais. As normas introduzidas na Constituição de 1988 possibilitam que o Judiciário tenha um papel essencial no Estado Democrático de Direito. Os intérpretes do Poder Judiciário passaram a ter possibilidade de alterar o texto constitucional sem revisões ou emendas.

Em suma, com o Estado Democrático de Direito, em 1988, passamos a ter uma Constituição do “dever ser”, conforme Hesse ressalta em sua obra “A força normativa da Constituição”. A Constituição da República Federativa do Brasil passa a ter força normativa, e todos os Poderes têm o dever de estarem vinculados a norma mais favorável ao indivíduo. Ao Poder Judiciário cabe uma interpretação constitucional para alcançar a essência dos direitos humanos e dos direitos fundamentais ao analisar um caso concreto.

6. Referência

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Direito Administrativo*. Rio de Janeiro. Abr./jun. 2005. Disponível em: <file:///C:/Users/Lilian/Downloads/43618-92338-1-PB%20(6).pdf>. Acesso em: 29 set. 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3.ed. São Paulo, Celso Bastos Editor/Instituto brasileiro de direito constitucional, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29.ed. Malheiros Editores LTDA. São Paulo – SP. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp><http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento n. 733.387*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3371858>>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.76-5*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>. Acesso em: 30 set. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da república federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Fundação das Nações Unidas para a Infância. *Declaração universal dos direitos humanos*. Disponível em: < https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm>. Acesso em: 29 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus n. 94.163-0*. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604586>>. Acesso em: 29 set. 2018.

- BLAZATTI, Bruno de Oliveira. *Conflitos normativos entre direitos humanos e regras do direito comercial internacional: repercussões práticas do princípio pro homine*. *Revista Mineira de Direito Internacional e Negócios Internacionais* (RMDINI), v. 2. n. 1, jan./jun.2015, p. 133-166.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- COSTA, Fabrício Veiga; MOTTA, Ivan Dias da; ARAUJO, Dalvaney Aparecida de. *Judicialização da saúde: a dignidade da pessoa humana e a atuação do Supremo Tribunal Federal no caso dos medicamentos de alto custo*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 7, p. 845-847, 2017.
- GOMES, Luiz Flávio Gomes. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio Gomes; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Orgs.). *Crimes da ditadura militar: uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. RT, 2011. *Crimes da ditadura militar e o “Caso Araguaí” aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros*. p. 49-72.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Tradução: José Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *A constituição brasileira de 1988 e o direito internacional público*. In: Editora Forense (Org.). 30 anos da Constituição Federal e o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 81-106.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MELO, Teresa. Breve reflexão sobre mutação constitucional no Brasil e nos Estados Unidos. *Boletim trimestral da CGU-AGU* – 3 ed 16-10-2012. Disponível em: < trimestral da CGU-AGU – 3 ed 16-10-2012>. Acesso em: 18-06-2017.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- MORAIS, Márcio Eduardo Pedrosa. *Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no Estado constitucional democrático brasileiro*. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 18, jul./dez. 2011.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira. p. 555-599. Org. César Augusto Baldi. *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Estrutura, funções e conteúdo das constituições. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e (m) crise: uma exploração hermenêutica da constituição do direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI*. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>>. Acesso em: 29. set. 2018.

A nacionalidade como Direito Fundamental na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais¹

1 Introdução

A *polis* grega é o símbolo de um novo tipo de reflexão sobre os assuntos comuns, distinto do pensamento mítico e caracterizado por uma conceituação filosófico-política vinculada às práticas individuais e sociais, conforme ressalta Matías Castro de Achával (2007). Deste modo, “é o pertencimento àquela unidade política e de organização individual dos indivíduos o que o diferenciara o *grego* do *bárbaro*”. (CASTRO DE ACHÁVAL, 2007, p. 15, tradução nossa²).

Observando-se a passagem anterior, percebe-se que, desde essa época, tem destaque a figura do nacional e do estrangeiro, que não possuem idêntico tratamento social. Deste modo, nacionais, naturalizados e estrangeiros possuem tratamentos díspares por parte dos ordenamentos jurídicos dos países, sem que isso caracterize ofensa aos direitos humanos, desde que não haja

¹ Doutor e Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da graduação e do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itáua. Professor da Faculdade de Pará de Minas-MG. Email: marcioeduardopedrosamorais@gmail.com

² No original: “Es la pertenencia a aquella unidad política y de organización social de los individuos, lo que diferenciará al *griego* del *bárbaro*”. (CASTRO DE ACHÁVAL, 2007, p. 15).

tratamento desumano ou degradante em relação a qualquer dessas categorias.

A nacionalidade constitui vínculo jurídico e político que une um indivíduo a um Estado, sendo um verdadeiro direito a permitir que alguém disfrute de alguns direitos num determinado lugar, parafraseando o ministro Earl Warren, da Suprema Corte Americana, que ressaltou ser a nacionalidade “o direito humano básico, pois é o direito a ter direitos” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2018). Também nesse sentido, é sobejamente conhecida a análise de Hannah Arendt (1906-1975), no sentido de ser o *direito a ter direitos* o primeiro dos direitos fundamentais, o que implica, nesse caso, e diretamente, a noção de cidadania.

Ana Paula de Barcellos define nacionalidade como o “vínculo jurídico que liga um indivíduo a determinado Estado, gerando para ele direitos e deveres em face desse Estado”. (BARCELLOS, 2018, p. 203).

Desta feita, a nacionalidade possui uma dimensão de formação do Estado, como também uma dimensão jusfundamentalista. Vale trazer à baila o magistério de André de Carvalho Ramos:

Do ponto de vista dos direitos humanos, o direito à nacionalidade consiste na faculdade de determinado indivíduo exigir, renunciar ou trocar a nacionalidade. Nessa linha, a nacionalidade não é mais uma matéria de soberania do Estado, mas sim tema de direitos humanos, não podendo o Estado arbitrariamente *negar, privar ou ainda exigir a manutenção* da nacionalidade a determinado indivíduo. (RAMOS, 2018, p. 859, grifos no original).

Como destacado, o Estado não pode privar, negar ou exigir a manutenção da nacionalidade a determinado indivíduo, ou seja, constitui direito humano a escolha da nacionalidade, respeitando-se os parâmetros constitucionais.

Evitando a situação da apatridia, ou seja, a situação daqueles que não possuem nacionalidade, seja porque nasceram sem essa, seja porque a perderam em momento posterior ao nascimento, a

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB88) sofreu três alterações na parte em que trata do direito de nacionalidade.³ É importante ressaltar que o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, por intermédio do Decreto 4246, de 2002⁴.

O direito fundamental de nacionalidade está situado no capítulo 3 (Da Nacionalidade) do título 2 (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da CRFB88, especificamente num único artigo, o artigo 12 do texto constitucional.

Assim, a *nacionalidade* pode ser definida como o direito fundamental que une o indivíduo a um determinado Estado. “Sob essa ótica, perante um Estado, a pessoa é nacional ou estrangeira”. (ALMEIDA, 2016, p. 70). Importante também não se confundir alguns termos relacionados ao assunto: i) *povo*: conjunto de nacionais de um determinado Estado, não importando onde estejam; ii) *população*: nacionais e estrangeiros que residem num país; iii) *cidadãos*: aqueles que detém o direito político, pelo menos passivo; iv) *nação*: conjunto de pessoas originadas de um país, com traços históricos e sociais comuns, estejam vivendo num país ou em mais de um; v) *Estado*: população politicamente organizada, possuindo indispensavelmente três elementos formadores, quais sejam: *população, território e governo soberano*.

O conceito de *cidadania* merece ser explicado com mais atenção. Deste modo, é possível visualizar dois significados para a palavra *cidadão*, o cidadão em sentido estrito e o cidadão em sentido amplo. Em relação à acepção estrita, “cidadania é a possibilidade de interferência nas decisões políticas do Estado, por

³ De acordo com dados da Organização das Nações Unidas, há no mundo 10 milhões de crianças apátridas, principalmente em decorrência de países com leis que negam a nacionalidade ou que permitem a retirada em razão de etnia, raça ou religião.

⁴ Flávio Martins Alves Nunes Júnior observa que “a referida convenção prevê uma série de direitos aos apátridas residentes nos países contratantes, como direito à liberdade religiosa (art. 4º), direito de propriedade material (art. 13) e imaterial (art. 14), direito de associação (art. 15), direito de demandar em juízo (art. 16), direito de profissões assalariadas e não assalariadas (arts. 17 e 18), bem como o direito de exercer profissões liberais (art. 19), direito à educação (art. 22)”. (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 1081).

meio dos direitos políticos”. (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 1083). Por sua vez, para o sentido amplo, a cidadania constitui a titularidade de direitos e deveres do brasileiro, se aproximando, nesse caso, de um conceito sociológico de *cidadania*. Assim:

A cidadania deixou de estar relacionada apenas com a nacionalidade, deixou de ser considerada apenas um status de reconhecimento do Estado, para ser um conceito amplo, compatível com uma nova dimensão da cidadania, como expressão dos direitos fundamentais e de solidariedade. (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 1083).

Apesar de próximos, os conceitos de nacionalidade e de cidadania podem ser distinguidos, nos seguintes moldes: enquanto a nacionalidade constitui o vínculo jurídico que une um indivíduo à sociedade civil, a cidadania é o vínculo jurídico-político que une a sociedade politicamente organizada ao Estado.

Apresentada a conceituação de nacionalidade, tema do presente estudo, passa-se à problemática que norteia a pesquisa, qual seja: *qual é a envergadura do direito individual de nacionalidade no ordenamento constitucional brasileiro?* Ou seja, tem-se como objeto de pesquisa a nacionalidade como um direito humano que deve ser preservado e respeitado de maneira efetiva, tanto por parte do Estado, quanto por parte da comunidade internacional.

Tem-se como hipótese a necessidade da máxima efetividade de garantia do referido direito. Assim, observa-se que o Poder Constituinte, tanto o Originário, quanto o Derivado, tem se manifestado na ordem jurídica brasileira, objetivando assegurar o respeito necessário aos nacionais, naturalizados e estrangeiros.

Com esse intuito de análise, o presente estudo está dividido em duas seções temáticas, além de introdução e conclusão. Na primeira seção temática, intitulada *Caracterização estrutural do direito fundamental de nacionalidade*, serão apresentadas as características e subdivisões do direito individual de nacionalidade, entendendo-a como um direito humano. Por sua vez, na segunda

seção temática, intitulada *O tratamento da nacionalidade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, será apresentado o teor do direito de nacionalidade no corpo do texto constitucional.

A presente pesquisa, bibliográfica e qualitativa, com utilização de legislação e doutrina, se justifica em decorrência da necessária análise dos 30 anos da Constituição de 1988, documento que é coadjuvante na construção de uma ordem democrática para o Estado brasileiro.

2 Caracterização estrutural do direito fundamental de nacionalidade

De acordo com André de Carvalho Ramos, a “nacionalidade consiste no vínculo jurídico-político entre determinada pessoa, denominada nacional, e um Estado, pelo qual são estabelecidos direitos e deveres recíprocos”. (RAMOS, 2018, p. 858).

Neste sentido, é possível perceber dois prismas pelos quais é possível observá-la: *i*) elemento formador do Estado (visão estatocêntrica); e *ii*) como direito individual (visão jusfundamentalista).

Do ponto de vista estatocêntrico, a nacionalidade é tema indissociável à formação do Estado. O povo consiste no conjunto de nacionais e é elemento subjetivo do Estado. Contudo, a adoção de regras constitucionais para a determinação da nacionalidade foi lenta e somente se desenvolveu a partir das revoluções liberais, que geraram a consequente afirmação da participação popular no poder. Nesse contexto, era necessário determinar quem era nacional, ou seja, quem era membro do povo e, por consequência, deveria participar, direta ou indiretamente, da condução dos destinos do Estado. Assim, a França foi o primeiro Estado, no pós-revolução de 1789, a estabelecer regras constitucionais referentes à nacionalidade (Constituição de 1791, arts. 2º ao 6º). O modelo francês de instituir as regras sobre

nacionalidade no texto constitucional foi seguido pelo Brasil [...].
(RAMOS, 2018, p. 859).

Sendo tratada por normas internas e internacionais, a nacionalidade é versada, sob o prisma internacional, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que prevê no seu artigo XV que todos tem direito a uma nacionalidade e ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade. (ONU, 2018).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de Pacto de São José da Costa Rica, dispõe que toda a pessoa tem direito a uma nacionalidade e que a ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la, conforme previsão do seu artigo 20. (OEA, 2018).

A nacionalidade, no que se refere às suas espécies, pode ser *originária* ou *derivada*. A nacionalidade originária é a obtida em decorrência do próprio nascimento, enquanto que nacionalidade derivada é obtida, após o nascimento, por opção do indivíduo, que se submete a um processo de naturalização.

Assim, a nacionalidade originária refere-se ao indivíduo nacional desde o nascimento, somente podendo ser estabelecida por intermédio da Constituição.

Por sua vez, nacionalidade derivada, também denominada secundária ou adquirida, refere-se ao processo de naturalização, que está definido no ordenamento jurídico brasileiro na Constituição, como também em lei infraconstitucional, no caso a Lei de Migração, Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017, que revogou integralmente a lei anterior referente à matéria, o Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815 de 1980) e a Lei n.º 818, de 1949.

A Constituição de 1988 conferiu um tratamento especial ao português residente no Brasil, que poderá optar por: *i*) manter sua nacionalidade de origem; *ii*) naturalizar-se brasileiro; ou *iii*) requerer a equiparação.

Caso o português opte por naturalizar-se brasileiro, deverá preencher os dois requisitos previstos no artigo, 12, II, alínea a, da Constituição de 1998, quais sejam: residência no Brasil por um ano e idoneidade moral. Nesse caso, optando pela nacionalidade brasileira, perderá a nacionalidade portuguesa, por força do princípio da aligeância⁵.

Por sua vez, por intermédio da quase-nacionalidade, também denominada *equiparação*, o português adquirirá todos os direitos de um brasileiro naturalizado, mantendo sua nacionalidade portuguesa. Nesse caso, o português será considerado *português equiparado*⁶. “Trata-se de hipótese mais vantajosa, já que terá todos os direitos de um brasileiro naturalizado, sem perder sua nacionalidade originária.” (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 1095). Ademais, a equiparação somente será permitida para os portugueses residentes no Brasil se houver reciprocidade⁷ em favor dos brasileiros residentes em Portugal.

⁵ Valerio de Oliveira Mazzuoli comenta o princípio da aligeância: “A perda da nacionalidade tem suas origens históricas no chamado princípio da aligeância (*allégeance perpétuelle*, *vassalagem* ou *sujeição perpétua*), segundo o qual os indivíduos de determinado Estado ligam-se a ele por um laço de sujeição perpétua, devendo *fidelidade e obediência* ao suserano imediato e *lealdade perpétua* ao suserano superior, que concentrava o poder militar (aligeância absoluta). Esta obrigação os impedia de adquirir outra nacionalidade sem a autorização do soberano ou chefe de Estado, ou outras nacionalidades indicadas por ele. Sua infração era punida com a *perda da nacionalidade*, que somente poderia ser readquirida depois de desaparecidas as causas que determinaram a punição”. (MAZZUOLI, 2011, p. 699).

⁶ De acordo com jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “a norma inscrita no art. 12, § 1º, da Constituição da República – que contempla, em seu texto, hipótese excepcional de quase-nacionalidade – não opera de modo imediato, seja quanto ao seu conteúdo eficaz, seja no que se refere a todas as consequências jurídicas que dela derivam, pois, para incidir, além de supor o pronunciamento aquiescente do Estado brasileiro, fundado em sua própria soberania, depende, ainda, de requerimento do súdito português interessado, a quem se impõe, para tal efeito, a obrigação de preencher os requisitos estipulados pela Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre brasileiros e portugueses. Ext 890, rel. min. Celso de Mello, j. 5-8-2004, 1ª T, DJ de 28-10-2004.”

⁷ “Como a reciprocidade existe, já que em 2001 foi reafirmado o Tratado Bilateral de Amizade, Cooperação e Consulta entre a República Portuguesa e a República Federativa do Brasil – a fim de consolidar os particulares laços partilhados pelos dois povos, decorrentes de uma história que por mais de três séculos os aproximou – os portugueses que aqui residam em caráter permanente poderão comparecer ao Ministério da Justiça, munidos de documento que comprove a nacionalidade portuguesa, a capacidade civil e a admissão na República Federativa do Brasil em caráter permanente, para requerer a quase nacionalidade.” (MASSON, 2018, p. 400).

Nathalia Masson frisa a situação dos equiparados: “isso significa que os portugueses permanecerão estrangeiros, porque não naturalizados, muito embora possuidores de direitos equivalentes aos ostentados pelos brasileiros naturalizados, em razão da reciprocidade.” (MASSON, 2018, p. 399).

Conforme previsto no inciso XIII do artigo 22 da CRFB88, compete à União, privativamente, legislar sobre nacionalidade. Deste modo, jamais o município poderá legislar sobre nacionalidade, como também os Estados, exceto, para esses últimos, se houver lei complementar federal delegando a eles a possibilidade de fazê-lo.

Por fim, não pode ser editada medida provisória sobre nacionalidade, haja vista a vedação expressa da alínea a do inciso I do parágrafo primeiro do artigo 62 da Constituição de 1988.

André de Carvalho Ramos (2018) apresenta as condutas exigidas do Estado, em relação à nacionalidade, quais sejam: i) não privar arbitrariamente alguém de sua nacionalidade; ii) permitir a renúncia ou mudança da nacionalidade; iii) envidar esforços para evitar a apatridia e ainda fornecer sua própria nacionalidade para evitar que determinada pessoa continue apátrida.

Segundo esses postulados é que, na próxima seção, será estudado o tratamento dado pelo texto da Constituição de 1988 ao direito de nacionalidade, objetivando verificar se essas condutas, expostas no parágrafo anterior por Ramos (2018), são seguidas pelo Estado brasileiro.

3 O tratamento da nacionalidade na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Atualmente existem dois critérios para aquisição da nacionalidade originária: o *jus soli* e o *jus sanguinis*. O critério do *jus soli* “leva em consideração o local de nascimento do indivíduo. É nacional a pessoa que nasce em determinado território,

independentemente da nacionalidade dos pais”. (ALMEIDA, 2016, p. 65).

Neste sistema a nacionalidade originária se estabelece pelo lugar do nascimento, independentemente da nacionalidade dos pais, sistema que viveu no regime feudal, quando o homem estava ligado à terra, abolido na Europa e renascido no continente americano, composto de países de imigração, que desejaram integrar os filhos dos imigrantes à nova nacionalidade e evitar o desenvolvimento de comunidades estrangeiras que se eternizariam caso mantido o critério do *ius sanguinis*. (DOLINGER; TIBURCIO, 2016, p. 119).

Por sua vez, pelo critério do *jus sanguinis* considera-se o fator hereditário do nascituro, tendo este a mesma nacionalidade de seus ascendentes, independentemente do local onde venha a nascer.

Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, abordando o critério *jus sanguinis*, frisam: “provém da Antiguidade o sistema pelo qual os filhos adquirem a nacionalidade de seus pais, ardorosamente defendida nos tempos modernos por Mancini, na Itália, no afã de manter as famílias italianas no exterior ligadas à mãe-pátria”. (DOLINGER; TIBURCIO, 2016, p. 119).

É objeto de estudo, desta seção, as hipóteses de nacionalidade originária e derivada no Estado brasileiro, tendo como foco o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

3.1 Os brasileiros natos na ordem constitucional brasileira

A Constituição Cidadã de 1988 abarcou os dois critérios (*jus soli* e *jus sanguinis*) no seu inciso I do artigo 12. Deste modo, é possível deduzir quatro hipóteses de nacionalidade originária no texto constitucional, que prevê serem brasileiros natos: i) os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país (*jus soli*); ii) os nascidos no estrangeiro, de pai ou mãe brasileira, desde que qualquer deles

esteja a serviço da República Federativa do Brasil (*jus sanguinis* + atividade funcional); e *iii*) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competentes (digam-se consulados ou embaixadas); ou *iv*) venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, a qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira (*jus sanguinis* + critério residual + vontade do indivíduo).

Na primeira situação, o texto constitucional considera como brasileiro nato, o nascido em território brasileiro, salvo se de pais estrangeiros a serviço do seu país. Como ressaltado, tem-se, *in caso*, uma situação de aplicação do critério de *jus soli*.

Por território brasileiro deve-se entender o território material somado ao território por extensão. O território material compreende o solo e o subsolo, as águas internas, o espaço aéreo correspondente e o mar territorial, que, conforme previsto no artigo 1º da Lei n.º 8.617 de 1993, está situado numa faixa de 12 milhas marítimas de larguras, medidas a partir da linha de baixa-mar do litoral continental e insular brasileira, conforme acordado pelo Estado brasileiro na Convenção de Montego Bay, na Jamaica, no ano de 1982.

Por sua vez, o território por extensão compreende os navios e aeronaves públicas, ou privadas a serviço do governo brasileiro, onde quer que se encontrem, bem como os navios e aeronaves privados caso estejam no território brasileiro ou em alto-mar. Em que pese estar esse conceito previsto no Código Penal brasileiro, especificamente, no seu artigo 5º, a doutrina o reconhece como sendo aplicável à hipótese⁸.

Nessa primeira hipótese, a criança somente não será brasileira caso os pais sejam estrangeiros e qualquer deles esteja a serviço do governo brasileiro. Contudo, a situação merece uma ressalva: ainda que um dos pais esteja a serviço do seu país, o

⁸ É o entendimento, por exemplo, de Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2017) e de Valerio de Oliveira Mazzuoli (2011).

Brasil concederá a nacionalidade brasileira, se, em decorrência da legislação do país de onde advieram os pais, esse nascido não tiver a nacionalidade.

Esse destaque é dado pelo magistério de Ramos:

No caso, a Convenção da ONU para a Redução dos Casos de Apatridia, de 1961, estabelece em seu artigo 1º que “*todo Estado Contratante concederá sua nacionalidade a uma pessoa nascida em seu território e que de outro modo seria apátrida*”. No mesmo sentido, dispõe o artigo 20.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos que “*toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra*”. (RAMOS, 2018, p. 860).

No caso de adoção internacional (um brasileiro que adota uma criança estrangeira) duas hipóteses são defendidas pela doutrina: i) a criança não será um brasileiro nato, devendo passar pelo processo de naturalização; ii) a criança adquirirá a nacionalidade brasileira de maneira automática, haja vista a igualdade de tratamento dispensada pelo inciso 6º do artigo 227 da Constituição de 1988.

A segunda hipótese é a de *nascido no estrangeiro, de pai ou mãe brasileira, a serviço do Brasil*. A alínea b do inciso I do artigo 12 da Constituição adotou o critério do *jus sanguinis*. Importante ressaltar que “o Brasil nunca adota o critério puro do *jus sanguinis*, mas sempre com a cumulação de outro critério. Nesse caso, é necessária a cumulação do *jus sanguinis* com um critério funcional (o pai ou a mãe deve estar a serviço do Brasil)”. (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 1087).

Estar a serviço do Brasil quer dizer, exercer qualquer atividade para a Administração Pública, direta ou indireta, federal, estadual, distrital ou municipal. Assim, em harmonia com a

garantia dos direitos fundamentais, deve o texto constitucional ser entendido em sentido largo⁹.

A terceira hipótese, *nascido no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que seja registrado em repartição brasileira competente*. O critério adotado foi o do *jus sanguinis*. Trata-se de hipótese inserida por intermédio da Emenda Constitucional n.º 54, de 20 de setembro de 2007, que promoveu a alteração da alínea “c” do inciso I do artigo 12 da Constituição Federal e acrescentou o artigo 95¹⁰ ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

A criança deve ser registrada em repartição brasileira competente, sendo essa repartição consular os postos de serviços consulares, como também as repartições diplomáticas.

O texto originário da Constituição previa hipótese do registro dos consulados dos nascidos fora do Brasil. Porém, a Emenda Constitucional de Revisão n.º 3, de 7 de junho de 1994, aboliu esse registro, sob o argumento de que havia vários brasileiros natos sem nenhum vínculo com o Brasil, que não falavam a língua portuguesa ou que não sabiam, sequer, a localização geográfica do país.

A referida emenda criou um problema: “surgiram pelo mundo mais de 200.000 apátridas”. (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 1089). Essa situação ocorria no caso de nascimento de filhos de brasileiros em países que adotam o critério de sangue. Diante disso, foi iniciado um movimento popular intitulado *Brasileirinhos Apátridas*, que sensibilizou o Congresso Nacional, forçando a Emenda Constitucional n.º 54, de 2007.

⁹ André de Carvalho Ramos observa: “tal serviço engloba, inclusive, aqueles prestados para sociedades de economia mista, autarquias e empresas públicas de qualquer ente federado”. (RAMOS, 2018, p. 861).

¹⁰ O artigo 95 do ADCT estabelece: “os nascidos no estrangeiro entre 7 de junho de 1994 e a data da promulgação desta Emenda Constitucional, filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira, poderão ser registrados em repartição diplomática ou consular brasileira competente ou em ofício de registro, se vierem a residir na República Federativa do Brasil. (BRASIL, 2018).

A quarta e última hipótese de nacionalidade originária (prevista no inciso III) é denominada *nacionalidade originária potestativa*, pois fica na dependência da manifestação da vontade da pessoa. Deste modo, será brasileiro nato o *nascido no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venha a residir no Brasil e opte pela nacionalidade brasileira*.

A opção, por decorrer da vontade, tem caráter personalíssimo, devendo ser requerida em juízo, em processo de jurisdição voluntária (que tramitará na Justiça Federal, por força do inciso X do artigo 109 da CRFB88), que finda com a sentença que homologa a opção e lhe determina a transcrição, uma vez preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos. Assim, ressalta André de Carvalho Ramos, “tal opção, por envolver direito personalíssimo e deveres com o Estado brasileiro, deve ser realizada pelo interessado, não se admitindo sua propositura por meio de representante legal”. (RAMOS, 2018, p. 861).

Nunes Júnior ressalta: “trata-se da combinação de três critérios: *jus sanguinis* (a pessoa nascida no exterior é filha de brasileiro ou brasileira) mais o critério da residência no Brasil e a opção pela nacionalidade brasileira”. (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 1089).

Na próxima subseção será estudada a nacionalidade derivada no ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio do estudo da Constituição e da legislação infraconstitucional.

3.2 Breve abordagem sobre a nacionalidade derivada

Por nacionalidade derivada entende-se a obtida por opção do indivíduo, o qual se submete a um processo de naturalização.

Os requisitos para a aquisição da nacionalidade derivada brasileira estão previstos no artigo 12, inciso II da CRFB/88, nos seguintes termos: i) aos estrangeiros originários de países de língua portuguesa exige-se somente o prazo de residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; e ii) aos estrangeiros de

quaisquer outras nacionalidades, o prazo de mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal.

Destacando, a título de conhecimento histórico, ter havido, no Brasil, hipótese de naturalização tácita, especificamente por intermédio da Constituição Federal de 1891, que dispunha no artigo 69, § 4º, que todos os estrangeiros que se achassem no Brasil aos 15 dias de novembro de 1889, e não declarassem, dentro de seis meses depois de entrar em vigor a Constituição, a intenção de manterem a nacionalidade de origem, seriam considerados cidadãos brasileiros.

Importante destacar tratar-se a naturalização de ato discricionário do Estado soberano. Deste modo, cabe ao Poder Executivo deferir ou não o pedido formulado pelo estrangeiro. Em relação à sua natureza, Flávio Martins Alves Nunes Júnior ressalta tratar-se de procedimento misto, cuja primeira parte é administrativa e a segunda jurisdicional.

Assim, publicada no Diário Oficial a portaria de naturalização, essa será arquivada no órgão competente do Ministério da Justiça, que por sua vez emitirá certificado de naturalização, solenemente entregue pelo juiz federal da cidade onde tenha domicílio o interessado.

Decompondo o referido inciso II do artigo 12 da Constituição de 1988 tem-se duas espécies de naturalização: a *i*) naturalização ordinária; e a *ii*) naturalização extraordinária. Por sua vez, a recente Lei de Migração trouxe, em seu artigo 64, 4 espécies de naturalização, quais sejam: *i*) ordinária; *ii*) extraordinária; *iii*) especial; e *iv*) provisória.

3.2.1 Naturalização ordinária

A naturalização ordinária é inserida no texto constitucional, especificamente na primeira parte da alínea a do inciso II do artigo 12, sendo considerados brasileiros naturalizados “os que na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira”. (BRASIL, 2018).

Referida normatização, como destacado alhures, é a Lei de Migração, Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017, que revogou o Estatuto do Estrangeiro (Lei n.º 6.815 de 1980) e a Lei n.º 818, de 1949.

De acordo com o artigo 65 da Lei de Migração, são condições para a aquisição da naturalização ordinária: capacidade civil, segundo a lei brasileira; residência no território nacional, por no mínimo, 4 anos; comunicar-se em língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando; e não possuir condenação penal ou estiver reabilitado, nos termos da lei.

Esse prazo será reduzido para um ano, caso o naturalizando:

i) tenha filho brasileiro; ii) tenha cônjuge ou companheiro brasileiro, não estando dele separado legalmente dou de fato no momento da concessão da naturalização; iii) tenha prestado ou possa prestar serviço relevante ao Brasil; iv) seja recomendado por sua capacidade profissional, científica ou artística.

3.2.2 Naturalização extraordinária (quinzenária)

O artigo 67 da Lei de Migração, ao tratar da naturalização extraordinária, repetiu o dispositivo da alínea *b* do inciso II do artigo 12 da Constituição de 1988, que ressalta a possibilidade da concessão da naturalização extraordinária a pessoa de qualquer nacionalidade fixada no Brasil há mais de 15 (quinze) anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeira a nacionalidade brasileira.

Deste modo, para a aquisição da naturalização extraordinária são necessários dois requisitos: i) residência no Brasil por 15 anos ininterruptos; e ii) ausência de condenação penal.

Em relação ao tempo de moradia, é importante ressaltar que a expressão *ininterruptos* não impede a ausência temporária, ou seja, “poderá o estrangeiro residente no Brasil viajar para o

exterior, desde que mantenha no Brasil sua residência por período de 15 anos”. (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 1093).

Por sua vez, em relação à inexistência de condenação criminal, “deve-se fazer uma interpretação sistemática da Constituição, que exige a condenação transitada em julgado, em razão do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF)”. (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 1093).

3.2.3 Naturalização especial

Por força do artigo 68 da Lei de Migração, a naturalização especial poderá ser concedida ao estrangeiro que *i*) seja cônjuge ou companheiro, há mais de 5 (cinco) anos, de integrante do Serviço Exterior Brasileiro em atividade ou de pessoa a serviço do Estado brasileiro no exterior; ou *ii*) seja ou tenha sido empregado em missão diplomática ou em repartição consular do Brasil por mais de 10 (dez) anos ininterruptos.

Além desses requisitos subjetivos, o artigo 69 elenca requisitos subjetivos: *i*) ter capacidade civil, segundo a lei brasileira; *ii*) comunicar-se em língua portuguesa, consideradas as condições do naturalizando; e *iii*) não possuir condenação penal ou estiver reabilitado, nos termos da lei.

3.2.4 Naturalização provisória

O artigo 68 da Lei de Migração trata da naturalização provisória, que poderá ser concedida ao migrante criança ou adolescente que tenha fixado a residência no território brasileiro antes de completar 10 anos de idade, devendo ser requerida por intermédio de seu representante legal. Essa naturalização provisória poderá ser convertida em definitiva, caso o naturalizando expressamente o requerer no prazo de 2 (dois) anos após atingir a maioridade.

3.3 Diferenças entre brasileiros natos e naturalizados no texto constitucional

No que se refere às diferenças entre brasileiros natos e naturalizados, a Constituição trouxe em seu artigo 12, parágrafo terceiro, cargos privativos para brasileiros natos. Assim, os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, Presidente do Senado Federal, Presidente da Câmara dos Deputados, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Carreira diplomática, Oficiais das Forças Armadas e Ministro da Defesa, são privativos de brasileiros natos. Também são privativos de brasileiros natos os seis cargos destinados aos cidadãos que compõem o Conselho da República, nos termos do inciso VII do artigo 89 da CRFB/88. De acordo com Roberto Moreira de Almeida:

O Conselho da República é órgão superior de consulta do Presidente da República. Integram aludido órgão, além dos seis cidadãos brasileiros natos, o Vice-Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal, o Ministro da Justiça, os líderes da maioria e da minoria na Câmara dos Deputados e os líderes da maioria e da minoria no Senado Federal. (ALMEIDA, 2016, p. 68).

Além dos cargos privativos de brasileiros natos, a Constituição Federal, no seu artigo 222, previu somente poder ser proprietário de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens, ou o brasileiro nato, ou o naturalizado há mais de dez anos.

Por último, a Constituição Federal diferenciou brasileiros natos e naturalizados¹¹ em relação à possibilidade da extradição. Neste sentido, o artigo 5º, inciso LI traz que “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, na forma da lei”.

¹¹ O estrangeiro pode ser extraditado, salvo por prática de crime político ou de opinião.

3.4 A perda da nacionalidade brasileira

Antes de se discutir a perda da nacionalidade, é importante ressaltar o item 3 do artigo 20 do Pacto de São José da Costa Rica, convenção internacional que adentrou ao ordenamento jurídico brasileiro com status supralegal, por intermédio do Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992, que prevê: “a ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la”.

A perda da nacionalidade, de acordo com o disposto no artigo 12 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ocorrerá em duas situações: *i*) exercício de atividade nociva ao interesse nacional, reconhecido por sentença judicial transitada em julgado. Para tanto, o instrumento para a perda deriva de processo judicial para cancelamento de naturalização; e *ii*) aquisição voluntária de outra nacionalidade, ou seja, aquele que voluntariamente obtiver outra nacionalidade perderá como sanção a perda da nacionalidade brasileira, havendo, todavia, duas exceções no texto constitucional brasileiro: *i*) Em caso de reconhecimento de nacionalidade originária por lei estrangeira; ou *ii*) Imposição de naturalização, pela lei estrangeira, residindo em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

3.4.1 Perda da nacionalidade em virtude de atividade nociva ao interesse nacional

Essa hipótese também está prevista na Lei de Migração, especificamente em seu artigo 75, que tem a seguinte redação: “art. 75. O naturalizado perderá a nacionalidade em razão de condenação transitada em julgado por atividade nociva ao interesse nacional, nos termos do inciso I do § 4º do art. 12 da Constituição Federal”. (BRASIL, 2018b).

Interessante destacar a proteção conferida pelo parágrafo único desse artigo: “art. 75 [...] Parágrafo único. O risco de geração de situação de apatridia será levado em consideração antes da efetivação da perda da nacionalidade”. (BRASIL, 2018b).

Essa hipótese de perda da nacionalidade recai apenas em relação a brasileiros naturalizados, por intermédio de ação judicial que tramitará na Justiça Federal, conforme determina o inciso X do artigo 109 da Constituição de 1988.

Perda da nacionalidade, por intermédio do cancelamento da naturalização, o estrangeiro não poderá se naturalizar brasileiro novamente. Como observa Flávio Martins Alves Nunes Júnior:

Só haverá uma hipótese de readquirição da nacionalidade brasileira: ajuizar uma ação rescisória contra a sentença transitada em julgado que decretou a perda da nacionalidade. Não obstante, como sabido e consabido por todos, a ação rescisória tem o prazo de dois anos. Depois desse prazo, não poderá a pessoa readquirir a nacionalidade brasileira. (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 1101).

Outra hipótese de perda da nacionalidade é a aquisição voluntária de outra nacionalidade, que será vista na próxima subseção.

3.4.2 Aquisição voluntária de outra nacionalidade

A aquisição voluntária de outra nacionalidade é causa de perda da nacionalidade brasileira. Neste caso, é possível, inclusive, o Estado brasileiro extraditar esse indivíduo que não é mais nacional, conforme se observa no seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

Brasileira naturalizada americana. Acusação de homicídio no exterior. Fuga para o Brasil. Perda de nacionalidade originária em procedimento administrativo regular. Hipótese constitucionalmente prevista. Não ocorrência de ilegalidade ou

abuso de poder. [...] A CF, ao cuidar da perda da nacionalidade brasileira, estabelece duas hipóteses: (i) o cancelamento judicial da naturalização (art. 12, § 4º, I); e (ii) a aquisição de outra nacionalidade. Nesta última hipótese, a nacionalidade brasileira só não será perdida em duas situações que constituem exceção à regra: (i) reconhecimento de outra nacionalidade originária (art. 12, § 4º, II, a); e (ii) ter sido a outra nacionalidade imposta pelo Estado estrangeiro como condição de permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis (art. 12, § 4º, II, b). No caso sob exame, a situação da impetrante não se subsume a qualquer das exceções constitucionalmente previstas para a aquisição de outra nacionalidade, sem perda da nacionalidade brasileira. MS 33.864, rel. min. Roberto Barroso, j. 19-4-2016, 1ª T, DJE de 20-9-2016. (BRASIL, 2018c).

Ademais, caso esse indivíduo readquirir a nacionalidade brasileira, não voltará a ser brasileiro nato, mas sim brasileiro naturalizado.

3.5 A apatridia como ofensa aos direitos humanos

De acordo com Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio:

Em 1930, na Haia, foram firmados protocolos aditivos à Convenção sobre Nacionalidade, visando a proteção dos apátridas. Em 1954 foi firmada, sob o patrocínio da ONU, a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 381995 e promulgada pelo Decreto n. 4.2452002. Em 1961 foi firmada uma Convenção, também sob o patrocínio da ONU, para Redução dos casos de Apatridia, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 2472007. Em 1963 foi assinada a Convenção Europeia para a Solução dos Casos de Múltipla Nacionalidade por iniciativa do Conselho da Europa. (DOLINGER; TIBURCIO, 2016, p. 157).

A Lei de Migração tratou da proteção do apátrida e da redução da apatridia, no seu artigo 26, determinando a elaboração de regulamento, que deverá dispor sobre o instituto protetivo

especial do apátrida, consolidado em processo simplificado de naturalização.

Assim que for reconhecida a situação de apatridia¹², terá início o processo de naturalização. Ademais, ao apátrida residente no Brasil serão atribuídos todos os direitos atribuídos ao migrante, previstos no artigo 4º da Lei, além dos direitos e garantias previstos na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas¹³, de 1954. Caso o apátrida não opte pela naturalização imediata, terá autorização de residência outorgada em caráter definitivo.

Importante ressaltar também que, se for negado o reconhecimento da condição de apátrida, em nenhuma hipótese esse estrangeiro poderá ser devolvido para país onde sua vida, integridade pessoal ou liberdade estejam em risco.

3.6 A dupla nacionalidade

As alíneas *a* e *b* do inciso II do parágrafo 4º do artigo 12 da Constituição de 1988 prevê duas hipóteses de dupla nacionalidade, situação por intermédio da qual o brasileiro manterá sua nacionalidade ainda que adquira outra nacionalidade. As hipóteses são as seguintes: *i*) reconhecimento de outra nacionalidade originária; e *ii*) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis.

Em 1930, na Haia, foram firmados protocolos aditivos à Convenção sobre Nacionalidade, visando a proteção dos

¹² “Art. 26. [...] § 5º O processo de reconhecimento da condição de apátrida tem como objetivo verificar se o solicitante é considerado nacional pela legislação de algum Estado e poderá considerar informações, documentos e declarações prestadas pelo próprio solicitante e por órgãos e organismos nacionais e internacionais. § 6º Reconhecida a condição de apátrida, nos termos do inciso VI do § 1º do art. 1º, o solicitante será consultado sobre o desejo de adquirir a nacionalidade brasileira.” (BRASIL, 2018b).

¹³ Promulgada pelo Decreto n.º 4.246, de 22 de maio de 2002.

apátridas. Em 1954 foi firmada, sob o patrocínio da ONU, a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 381995 e promulgada pelo Decreto n. 4.2452002. Em 1961 foi firmada uma Convenção, também sob o patrocínio da ONU, para Redução dos casos de Apatridia, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 2472007. Em 1963 foi assinada a Convenção Europeia para a Solução dos Casos de Múltipla Nacionalidade por iniciativa do Conselho da Europa. (DOLINGER; TIBURCIO, 2016, p. 157).

Deste modo, como verificado na subseção anterior, não perderá a nacionalidade brasileira aquele indivíduo que obtiver outra nacionalidade originária, ou seja, é possível, já no nascimento, um indivíduo ostentar mais de uma nacionalidade, a depender das normas dos Estados de nascimento e de origem dos pais.

Como exemplo tem-se a situação de uma pessoa que nasce num Estado que adota o critério de *jus soli*, sendo filho de pais nacionais de Estados que adotam o critério de *jus sanguinis*. Nesse caso, se ambos os pais forem estrangeiros de países diferentes (o pai de um país e a mãe, de outro), o nascido poderá ter, por exemplo, 3 nacionalidades originárias. O texto constitucional brasileiro preserva essa possibilidade na alínea a do inciso II do parágrafo 4º do artigo 12.

A outra hipótese se refere à aquisição de outra nacionalidade, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis. Nesse sentido, caso um brasileiro que esteja residindo em outro país tiver que se naturalizar nesse Estado como condição de permanência ou para o exercício de direitos civis, não perderá a nacionalidade brasileira.

Em resumo, da leitura do dispositivo constitucional relativo à nacionalidade percebe-se que a Constituição de 1988 adotou estratégias para preservar a nacionalidade brasileira, como

também incentivar a naturalização de estrangeiros que possuem vínculos com o Estado brasileiro, especificamente de moradia.

4 Considerações finais

A nacionalidade constitui direito fundamental de primeira grandeza, no sentido de se permitir a um indivíduo a aquisição de direitos, podendo ser originária ou derivada. O contrário da nacionalidade é a situação de apatridia, ou seja, o indivíduo sem nacionalidade.

O Estado brasileiro, tendo pactuado na ordem internacional, a necessária garantia do impedimento às situações de apatridia, modificou o texto constitucional, por intermédio do Poder Constituinte Derivado, por três vezes, dilatando as possibilidades de aquisição da nacionalidade brasileira, adotando os critérios de *jus soli* e de *jus sanguinis*.

No ano de 2017 foi publicada a Lei de Migração (Lei n.º 13.445, de 24 de maio de 2017), que revogou o Estatuto do Estrangeiro e a Lei n.º 818, de 1949, instituindo mecanismos objetivando a diminuição da situação da apatridia.

Além do direito de se ter uma nacionalidade, pugna-se o direito de se conseguir outra. Deste modo, o Estado não pode privar, negar ou exigir a manutenção da nacionalidade a determinado indivíduo, ou seja, constitui direito humano a escolha da nacionalidade, respeitando o que estiver estipulado no texto constitucional.

Em que pese o necessário respeito e garantias de direitos, inclusive para os naturalizados e para os estrangeiros, a ordem jurídica pode instituir diferenças de tratamento, sem que se ofenda a dignidade da pessoa humana.

O tratamento diferenciado entre brasileiro nato e naturalização ocorrerá em algumas situações, como no caso de: cargos privativos de brasileiros natos, previstos no texto constitucional; extradição; aquisição de empresa de telecomunicação.

O Estado brasileiro, por intermédio da Constituição de 1988, objetiva preservar a nacionalidade brasileira, como também incentivar a naturalização de estrangeiros que possuem vínculos com o Estado brasileiro, com o intuito de se evitar a situação de apatridia, que constitui ofensa aos direitos fundamentais, principalmente à dignidade da pessoa humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no auge dos seus 30 anos, tem conseguido efetivar os direitos fundamentais de nacionais e naturalizados, proporcionando alterações legislativas satisfatórias e inclusivas no marco do Estado Democrático de Direito por ela inaugurado.

Referências

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de direito eleitoral*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da república federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 29 set. 2018a.

BRASIL. Lei n.º 13.455, de 24 de maio de 2017. *Lei de Migração*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm#art124>. Acesso em: 29 set. 2018b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 33.864*, rel. min. Roberto Barroso, j. 19-4-2016. Acesso em: 29 set. 2018c.

CASTRO DE ACHÁVAL, Matías. *Introducción a la teoría del estado*. Córdoba-Argentina: MCA, 2007.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte Americana. *Caso Perez v. Brownell*, 356 U.S. 44. 1958. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=356&invol=44>>. Acesso em: 25 set. 2018.

MASSON, Nathalia. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 20118.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração universal dos direitos humanos*, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 21 set. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.