

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo  
PUC-SP

Lucas Antonio Pires Daloia

Princípio republicano, inclusão e o direito fundamental à educação

Mestrado em direito constitucional

São Paulo  
2022

Lucas Antonio Pires Daloia

Princípio republicano, inclusão e o direito fundamental à educação

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Luiz Alberto David Araujo.

São Paulo

2022

Banca Examinadora

---

---

---

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo realizar uma análise da posição normativa da inclusão em meio à Constituição de 1988, expondo sua natureza jurídica, sua estrutura e aprofundando-se no desenho da malha de garantias que lhe são postas no traçado do regime constitucional da educação. Partindo de uma análise do conceito, natureza e comportamento dos princípios jurídicos, o trabalho propõe uma análise do princípio republicano a partir do próprio texto da Constituição brasileira e da forma pela qual esta faceia a faticidade do país, de modo a buscar sentido e conteúdo da norma em questão, localizando a posição da inclusão em meio ao seu regime jurídico. A partir de então, aborda o papel das garantias jurídicas como elementos essenciais a seu traçado, a partir da contraposição ente direitos e deveres que marca o arcabouço constitucional. Assim, busca-se explorar a inclusão desde sua posição enquanto elemento axiológico do ordenamento a fundamentar estruturas de garantia. Para tanto, é observado o desenho constitucional do direito à educação, de modo a compreender, a partir do peso que este possui para o desenho constitucional, como estas se estabelecem.

## **ABSTRACT**

The present work aims to carry out an analysis of the normative position of inclusion in the midst of the 1988 Constitution, exposing its legal nature, its structure and deepening the design of the mesh of guarantees that are placed in the outline of the constitutional system of education. Starting from an analysis of the concept, nature and behavior of legal principles, the work proposes brings an approach of the republican principle as established by the text of the Brazilian Constitution, considering the way in which it faces the facticity of the country, in order to seek meaning and content of the rule in question, locating the position of inclusion in the midst of its legal regime. From then onwards, it addresses the role of legal guarantees as essential elements to its outline, from the contrast between rights and duties that mark the constitutional framework. Thus, it seeks to explore inclusion from its position as an axiological element of the order to support guarantee structures. Therefore, the constitutional design of the right to education is observed, in order to understand, from the weight it has for the constitutional design, how these are established.



# SUMÁRIO

Introdução.....	7
1. Princípios.....	14
1.1. Aspectos introdutórios: os princípios jurídicos em meio ao direito contemporâneo.....	14
1.2. Natureza de dever ser, papel integrador e o suporte institucional dos princípios jurídicos.....	20
1.3. O papel racionalizador dos princípios.....	31
1.4. A complexidade existente entre princípios e regras: o peso do conteúdo normativo veiculado.....	40
1.5. Os três aspectos da natureza e do papel normativo dos princípios: carga axiológica, natureza deôntica e função estruturante.....	48
1.6. A identificação dos princípios em meio ao texto da Constituição.....	50
1.7. Os princípios fundamentais: natureza e papel do rol de dispositivos do Título I.....	59
2. A noção abarcada pelo termo “república”.....	64
2.1. Aspectos introdutórios.....	64
2.2. Elementos basilares da república.....	66
2.2.1. Institucionalidade e racionalização de poder.....	70
2.2.2. Soberania popular.....	72
2.2.3. Igualdade e supremacia da Lei.....	75
2.2.4. Separação de poderes, interesse comum e carta de direitos.....	83
2.2.5. O processo de consolidação institucional dos elementos republicanos.....	88
2.3. Concepções contemporâneas de república e sua institucionalização em meio ao direito.....	94
2.4. Controvérsias comuns sobre a concepção de república.....	106
2.5. Considerações finais acerca da noção de república.....	113
3. Constitucionalismo e república.....	119
3.1. Aproximações entre os conceitos.....	119

3.2. Efeitos do constitucionalismo para o ideário republicano.....	125
3.2.1. A propagação do plexo de elementos que compõem a noção de república mundo afora.....	125
3.2.2. Evolução e desenvolvimento da forma republicana pelo constitucionalismo.....	127
3.2.2.1 <i>A evolução das repúblicas em face das posições minoritárias e o impulsionamento do princípio democrático</i> .....	133
3.2.2.2 <i>Constitucionalismo, dignidade humana e direitos fundamentais</i> .....	135
3.3. República em evolução, por meio do constitucionalismo.....	139
4. O princípio republicano e sua estruturação pela Constituição de 1988.....	145
4.1. Aspectos introdutórios.....	145
4.2. Igualdade enquanto elemento de relevo do modelo republicano posto pelo ordenamento constitucional brasileiro.....	150
4.3. Dignidade, direitos fundamentais e as medidas constitucionais de igualdade.....	157
4.3.1. Dignidade humana e o peso de sua centralidade no texto constitucional.....	158
4.3.2. O regime de direitos fundamentais como corolário da dignidade humana.....	161
4.3.3. Mínimo essencial: medida de dignidade e igualdade.....	163
4.3.4. As medidas constitucionais de igualdade.....	170
4.4. Direitos fundamentais enquanto normas complexas: direitos e deveres..	174
4.4.1. Papel ordenador dos deveres jurídicos.....	179
4.4.2. Os deveres constitucionais como garantias centrais do ordenamento.....	182
4.4.3. Os princípios fundamentais à luz da centralidade dos deveres na Constituição.....	186
4.5. As bases do princípio republicano na Constituição e a inclusão.....	189
5. O dever de inclusão como paradigma do constitucionalismo brasileiro.....	197
5.1. Um princípio de compreensão da natureza da inclusão no texto constitucional.....	197



5.2. A base textual da inclusão em meio ao princípio da igualdade.....	200
5.3. Parâmetro constitucional de inclusão e as vias adotadas pelo constituinte para estipulação dos deveres correlatos.....	210
5.4. Os titulares do dever de incluir: Estado e sociedade.....	218
5.5. A posição do Estado enquanto gestor de pretensões sobre a inclusão. . .	223
5.6. Considerações finais acerca da inclusão como desenhada pelo constituinte	226
6. Garantias.....	229
6.1. Aspectos introdutórios.....	229
6.2. Concepção de garantias.....	229
6.3. O caráter evolutivo das garantias.....	232
6.4. Como se apresentam as garantias no direito positivo.....	235
6.5. Desenhos institucionais enquanto conjuntos de garantias do modelo republicano brasileiro.....	239
7. O desenho constitucional da educação e as garantias ao desígnio de inclusão	
.....	247
7.1. Posição constitucional da educação.....	247
7.1.1. Educação: natureza constitucional e vetores normativos.....	248
7.1.2. O peso normativo da educação a partir do contato com outros valores marcantes do modelo republicano brasileiro.....	255
7.1.2.1. <i>Educação, dignidade humana e a essência deste contato na Constituição de 1988</i> .....	255
7.1.2.2. <i>Educação enquanto alicerce e via da cidadania</i> .....	262
7.1.2.3. <i>Educação e desenvolvimento</i> .....	266
7.1.2.4. <i>A relação entre o desenho constitucional do direito à da educação e o princípio da igualdade na Constituição</i> .....	268
7.1.3. As dimensões da relação entre o direito fundamental à educação e a inclusão.....	272
7.1.3.1. <i>Educação como campo no qual deve ocorrer a inclusão</i> .....	273
7.1.3.2. <i>Educação como propulsão às diversas inclusões</i> .....	275
7.2. Garantias à inclusão no traçado constitucional do direito à educação.....	278
7.2.1. Aspectos introdutórios.....	278

7.2.2. O artigo 208, I, da Constituição e os alicerces do perfil normativo da educação básica.....	282
7.2.2.1. <i>Gratuidade</i> .....	284
7.2.2.2. <i>Obrigatoriedade</i> .....	290
7.2.2.3. <i>Extensão do direito à educação básica àqueles que não tiveram acesso na idade própria</i> .....	297
7.2.3. Garantias no traçado constitucional do financiamento da educação	303
7.2.3.1. <i>Vinculação de receitas à educação</i> .....	305
7.2.3.2. <i>FUNDEB</i> .....	315
7.2.3.3. <i>Algumas problemáticas acerca das garantias ao financiamento à educação básica</i> .....	319
7.2.3.4. <i>O paralelismo entre o desenho constitucional da educação básica e o desenho de seu financiamento: base de garantias</i> .....	332
7.2.4. O Plano Nacional de Educação.....	336
Considerações finais.....	345
Referências.....	353

## Introdução

O presente trabalho tem como escopo estabelecer uma análise acerca do princípio republicano da Constituição de 1988: compreender a forma como a inclusão surge em meio a ele, enquanto elemento central de seu conteúdo, a balizar, legitimar e orientar o exercício do poder a partir da normatividade do texto constitucional. A partir daí, procura-se estabelecer uma exposição acerca de como a Constituição ergue mecanismos de garantia à inclusão em meio ao traçado que faz do direito fundamental à educação e do soerguimento das estruturas e instituições que o cercam.

Desta maneira, o texto é separado em duas partes: na primeira, buscamos entender como a Constituição de 1988 desenvolve seu princípio republicano e estabelece a inclusão enquanto relevante valor a compor seu cerne. Para tal, tomamos o princípio republicano enquanto delineamento normativo da forma de governo que se quer estabelecer, ou seja, da forma pela qual o ordenamento constitucional arrola valores e, a partir deles, estrutura as bases a legitimar, balizar e orientar o poder político institucional. Nesse ínterim, buscamos mostrar de que maneira a constituição desenha, a partir desse princípio, sua ordem político-institucional.

Enquanto forma de governo essencialmente associada à titularidade do poder junto ao povo, é de se destacar o histórico desafio que os modelos republicanos criados possuem de, efetivamente, transparecerem e buscarem prestigiar os diferentes interesses, anseios e necessidades levantadas pelas diferentes camadas do meio social. Estas, num Estado e ordenamento a comporem uma efetiva *res publica*, se situam junto à razão do poder legitimado, balizado e orientado segundo o modelo criado.

É importante observar que falar de república é falar de uma forma de governo específica, que, como veremos ao longo do trabalho, não corresponde a um modelo único e acabado. Na contemporaneidade, a república trata-se de um cânone a ser reproduzido em diferentes realidades, sendo estabelecidas e conformadas a partir do que estas demandam. Pesa, deste modo, a forma como essas diferentes realidades a trabalham, de modo a posicionar o desenho institucional e de bases axiológicas de forma mais próxima ou distante do que pode ser identificado como interesse público – e, ainda, quais interesses públicos. O percurso de formação

histórica e social, as diferentes realidades econômicas e culturais, e, ao cabo, o processo de constitucionalização das bases político-ideológicas das sociedades, são dados cruciais para que se obtenha o perfil republicano posto a partir do desenho normativo que lhe é dado. É assim que cada realidade delinea um princípio republicano; uma república própria.

O que se deve ter em vista, no trato com o tema, é o fato de a república ser noção que detém uma importante natureza idealizadora. Enquanto cânone reproduzido e estabelecido no plano normativo, o desenho de uma república representa um esforço de projeto e criação, de modo a circundar valores, interesses, identidades e, a partir da formação de um dado plexo ideológico, procurar apontar os caminhos para o soergimento de estruturas institucionais que os prestigiem, levando-os à concretização no plano da eficácia material. A república é dado que, portanto, se coloca em meio a uma tensão entre a faticidade a apresentada e o normativo.

Um princípio republicano a efetivamente englobar as bases do interesse público fundamental e permitir um modelo de poder que se sustente na legitimidade popular deve estar voltado à faticidade, buscando ser elemento hábil a balizar o exercício do poder institucional de acordo com os interesses e consensos nela encontrados. Este é o modo pelo qual um traçado institucional passa a ser, efetivamente, republicano. Assim, um primeiro desafio dos processos de formação de uma república é que seja feita uma adequada leitura do específico cenário a partir do qual determinado modelo republicano surge, de modo que a norma reitora estabelecida encontre base na própria faticidade do povo soberano e que, partindo daí, se forme um modelo normativo e institucional hábil a funcionar em prol das suas vontades, necessidades e interesses.

Neste sentido, ao trabalhar a república brasileira e sua sustentação a partir do texto constitucional, vemos que a Constituição de 1988 não está isolada de um contexto. Assim, não se poder considerar o seu conteúdo de maneira a descolá-lo da realidade em que se insere, de modo a considerar os diversos processos que culminam com sua criação e dão origem aos seus diversos sistemas, às instituições neles fundadas, aos róis de direitos e deveres neles postos e, sobretudo, aos princípios que demarcam seus fundamentos, suas razões e seus objetivos. Ao cabo, a Constituição é o ponto no qual culminam diferentes processos históricos, absorvendo lutas sociais, posicionando-se diante de conflitos – ou omitindo-se em

relação a estes – e consagrando consensos estabelecidos acerca do sentido pelo qual os poderes deverão se guiar.

Deste modo, deve-se ter consciência que o texto constitucional é um campo a partir do qual é possível obter visões acerca do país para o qual este é desenhado. As relações de poder no Brasil e, no caso, o ordenamento jurídico que as faceia, historicamente, são traços que preexistem o modelo constitucional posto e do qual se originam suas disposições. Neste sentido, o entendimento da legitimação, balizamento e orientação do poder pelo direito é feito diante das faticidades que marcam o país neste processo histórico que tem a constituinte como marco crucial. A república brasileira tal como estabelecida a partir da Constituição de 1988 surge de um Brasil já construído, de diversos dissensos, traços marcantes, formações de consensos e uma definição acerca do papel do Estado, da ordem normativa, dos limites às esferas dos particulares e, enfim, das próprias razões que devem pautar os poderes.

É neste sentido que as marcas sociais, econômicas e culturais do Brasil se fazem relevantes ao entendimento do princípio republicano. A Constituição brasileira é estabelecida, simultaneamente, enquanto marco final de um processo histórico que culmina em sua elaboração e promulgação e, também, enquanto marco inicial de um novo momento, no qual determinadas posições acerca deste país são a base da ordenação do poder, da conformação institucional que permeia o Estado e do modelo de sociedade que se busca estabelecer. As vicissitudes da faticidade brasileira pautam todos este processo – o papel do poder político e institucional, em relação a elas, é fundamental. Assim, não cabe visualizar a república brasileira e seu princípio republicano de modo a fechar os olhos para tais dados.

Se faz necessário um breve olhar para o contexto de país no qual a Constituição de 1988 se coloca. Jessé de Souza é autor cujo trabalho bem demonstra problemas centrais do Brasil – sobretudo naquilo que atinge a contemporaneidade e marca os processos de desenvolvimento das estruturas de poder e seus desenhos pelo direito. No caso, isso se observa a partir da maneira pela qual o sociólogo apresenta compreende os traços que caracterizam a sociedade brasileira. Conforme aponta, é possível entender o Brasil enquanto campo de constante conflito entre duas realidades distintas. Uma é aquela de um Brasil destinado a 20% de seu povo, no qual são garantidas as estruturas que marcam os bens sociais apontados como ideais. Tal parcela é aquela que possui,

em seu topo, as elites detentoras do poder político e econômico e que, tradicionalmente, ditam as formas e caminhos pelos quais o poder legitimado pelo direito é exercido. De resto, engloba as parcelas de classes bem posicionadas em relação a um estatuto básico de direitos fruídos, demonstrando um certo nível de segurança social e alcance dos bens e posições mais privilegiados, tidos como ideais aos padrões contemporâneos de dignidade humana.

Todavia, os males que marcam o Brasil se colocam de forma muito evidente. Vê-se que, de outro lado, se situa um Brasil destinado a 80% de seu povo, a viver às margens do modo de vida a englobar as “promessas da modernidade”<sup>1</sup>: direitos, inclusão econômica, culturas e privilégios resguardas às classes que ocupam posições mais bem situadas na pirâmide social. Este não é um resultado de processos orgânicos, que não são estabelecidos por nada além do acaso e do curso da vida. É resultado, sim, de estruturas de poder institucional soerguidas e constantemente posicionadas de modo a prestigiar apenas a parcela mais bem privilegiada do povo, de modo a manter a maior parte dos brasileiros em uma situação de verdadeira exclusão das tais “promessas”.<sup>2</sup>

O exercício do poder e as instituições se fazem centrais ao percurso histórico destes conflitos. Na visão do autor, sempre que os interesses cujo prestígio abrange a maior parte do povo são observados e alcançam pelo poder político e o aparato institucional, outras camadas da sociedade fazem pressão, de modo que sejam adotados modelos de governo contrários. Este processo, que se reproduz ao longo da história, acaba por gerar quebras nas diversas institucionalidades, por vezes com abuso de poderes políticos e econômicos, gerando cisões que acabam por impedir um desenvolvimento institucional estável e sólido da democracia, dos valores populares e, mesmo, do próprio aprendizado do povo à luz das estruturas de poder.<sup>3</sup>

Este processo de rupturas promovidas pelo constante conflito entre estratos sociais, tendo as instituições e o poder por elas exercido em seu centro, é uma das marcas mais relevantes do constitucionalismo brasileiro. As sucessivas constituições que foram estabelecidas ao longo, sobretudo, do século XX, representam, todas, os vários redirecionamentos que o poder estruturado e legitimado pelo direito sofreu.

1 Termo este colocado por STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Pos. 3838 Versão Kindle.

2 SOUZA, Jessé. **Como o racismo criou o Brasil**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2021. Versão Kindle. Pgs. 248-250.

3 SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019. Versão Kindle. Pgs. 157-164.

Os sucessivos e intercalados momentos entre princípios de democracia e ordens impostas pela força renderam diversas constituições ao país, todas tendo, certamente, o pretexto de legitimar uma dada ordem político-institucional de acordo com os interesses que, efetivamente, as estabeleciam.<sup>4</sup> Diante de todos estes processos, um dado não se altera: o plano institucional do Brasil passa, por vezes, por diversas rupturas e baixo desenvolvimento no que se refere às suas bases democráticas e ao seu rol de valores básicos postos por força do interesse popular.

A institucionalidade do poder como posta pelas constituições, mais do que tudo, reflete o fato de que, com elas, se estava a delinear um modelo chancelador de estruturas e processos que, não prestigiando necessidades, interesses e horizontes postos a partir do exercício da soberania. Prestigiavam, sim, a manutenção e, em muito, a promoção das rachaduras deixadas por diversos autoritarismos e violências exercidas contra a maior parte do povo brasileiro, as diversas minorias que o compõem, os diversos interesses legítimos e sub-representados no que se refere à dignidade e cidadania.

É possível perceber que o extrato social ao qual Jessé de Souza se refere como “ralé brasileira” por um século ficou afastado da “dignidade constitucional”. As parcelas da população com direito a voto eram reduzidíssimas nos períodos da República Velha e da ditadura militar. Mulheres só obtiveram direito a votar em 1932 e analfabetos em 1988, a título de exemplo. Estes fatores excluíram a maior parte do povo do país da vida política e da condução do poder. Além disso, muitos não detinham todos os direitos que, à luz de um paradigma de direitos do homem, conforme os parâmetros modernos, deveriam gozar. Essa dinâmica de impedimento de voto e falta de preocupação com as diversas exclusões de direitos marcou o Brasil até 1988 – e essa é apenas uma das óticas possíveis acerca dos diversos processos de exclusão a partir da institucionalidade.

É deste modo que encontramos as diversas exclusões enquanto elemento central a destas marcas da faticidade que envolvem o Brasil. Em meio ao paulatino processo de formação dos paradigmas humanos e sociais que envolvem os poderes e instituições e pautam o direito ao redor do mundo, a realidade do povo brasileiro e dos modelos político-normativos é de uma trilha tortuosa, que não concebe evoluções sem, a seguir, visualizar regressões.

4 Neste sentido é o panorama apresentado por José Afonso da Silva, em DA SILVA, José Afonso. **O constitucionalismo brasileiro**: evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011. Pgs. 37-44

Luiz Antonio Simas, ao trabalhar os traços que caracterizam o Brasil desde um olhar para sua cultura em relação às esferas de poder, concebe, enquanto traço fundamental do país, um eterno conflito entre o que entende como sendo uma brasilidade de um Brasil “real”, ou seja, as manifestações, saberes e interesses que marcam as variadas camadas que compõem a maioria do povo, e um Brasil institucional, “oficial”, da república posta pelos poderes predominantes, a efetivarem o desenho e condução das instituições. Este último, jogando as manifestações populares à marginalidade, impõe, pela força das instituições, interesses, saberes e culturas de algumas poucas elites, jogando para escanteio as grandes parcelas de nosso povo, suas dificuldades e aspirações.<sup>5</sup>

Essa cisão entre realidades de povo é o grande desafio posto a um texto constitucional que busque ser, efetivamente, republicano. O passado constitucional e de desenho normativo institucional brasileiro, em muito, trabalhou a legitimação e balizamento do poder de duas formas: ou restando silente quanto a diversas dos resultados desta cisão, ou seja, as diversas exclusões de pessoas ao horizonte de valores humanos delineados, ou, então, promovendo e mantendo estruturas de poder hábeis a promover tais cenários. Se havia formalmente o termo república a denominar o Estado e a estruturação do poder, esta não guardava sua identidade junto à totalidade da sociedade brasileira.

O fato é que em 1988 há uma grande virada no que se refere ao desenho normativo da república brasileira. O Brasil recebe sua Constituição mais debatida, trabalhada e largamente discutida, que mais consagra direitos. Vai além: é a que mais desenvolve os aparatos institucionais no entorno dos direitos que prevê. É, portanto, a constituição mais bem desenvolvida, a mais bem democraticamente estabelecida, com maior participação e que carrega mais temas de interesse da totalidade de um povo soberano. Neste sentido, é de se questionar em que situação fica a república ali delineada, no concerne especificamente ao poder por ela legitimado, balizado e orientado – e seu princípio republicano.

Os objetivos postos nos capítulos deste trabalho buscam destrinchar os meandros da república delineada pelo texto constitucional, desde as bases estabelecidas que, situando-a diante da faticidade do povo soberano, forma um

5 SIMAS, Luiz Antonio. Aula 2: Terreiros. *In: Curso os corpos encantados das ruas: culturas e brasilidades*, 1., 2021, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://oscorposencantadosdasruas.club.hotmart.com/lesson/m7YMZPDW76/aula-2-terreiros>. Acesso em 1/12/2021.



plexo axiológico a partir do qual o poder é legitimado, balizado e orientado, até o princípio de estruturação institucional a partir desta base. No caso, tendo a exclusão por fato marcante, aqui trabalhado enquanto problemática central, buscamos compreender a maneira pela qual a formatação do princípio republicano brasileiro se dá diante deste problema, que atinge o Brasil de forma profunda e brutal, relegando grandes camadas de sua população ao déficit em direitos, em dignidade, em cidadania.

A inclusão, nesse sentido, está no centro de sua normatividade. Procura-se, aqui, explorar as vias que esta implica em meio ao ordenamento constitucional. No caso, o foco do trabalho está voltado à inclusão enquanto valor a se desdobrar em garantias efetivas, de modo que sua base axiológica transcenda a mera normatividade e alcance o campo fático, onde ela é, de fato, reclamada. É neste sentido que o trabalho se move em direção ao específico campo constitucional da educação e sua estruturação normativa. Porquanto direito fundamental social de larga envergadura e especial posição em meio ao desenho republicano, busca-se expor o papel que sua estrutura institucional possui enquanto motor de inclusões.

O fato é que, no que diz respeito ao princípio republicano e à inclusão, há duas problemáticas que lhes são centrais. A primeira diz respeito ao fato de que são, ambos, elemento cuja precisão de seus perfis se faz difícil. No caso, o texto não define quais conteúdos lhes são componentes, de modo a delinear as fronteiras normativas que os separam de outras normas e demarcam os núcleos que os caracterizam. A segunda, coligada à primeira, diz respeito à dificuldade de se estabelecer, a partir do circundamento do perfil de cada elemento, seus próprios conteúdos. No caso, é certo que, porquanto o texto constitucional estabeleça tais elementos, é necessário uma maior atenção para que sejam eles adequadamente compreendidos, à luz de suas dinâmicas próprias. É no próprio texto constitucional que devemos buscar a elucidação de tais pontos.

## 1. Princípios

### 1.1. Aspectos introdutórios: os princípios jurídicos em meio ao direito contemporâneo

Enquanto elemento axiológico situado desde o núcleo de valores positivados na Constituição, a inclusão e seu estudo demandam um olhar mais amplo para o texto constitucional e para as dinâmicas nele postas, de modo a reger seu funcionamento. Situando-se em meio ao campo normativo relativo ao princípio republicano, a envergadura do espaço que ocupa no ordenamento brasileiro é ampla, sendo inoportuno realizar um estudo de ambos os elementos – ou seja, inclusão e princípio republicano – de forma dissociada.

Cabe aqui lembrar as duas problemáticas que se apresentam com relação ao princípio republicano e à inclusão, apresentadas na introdução deste trabalho, em razão das quais este esforço de estabelecer certas bases se coloca. Definir conteúdo e perfil do princípio republicano na Constituição brasileira e identificar como a inclusão permeia seu regime é tarefa que demanda perfazer um caminho mais longo, de modos a fixar determinados pontos de partida no que diz respeito à sua própria estrutura e natureza temática em meio ao sistema.

É assim que, para lograr alcançar um entendimento acerca do conteúdo do princípio republicano na Constituição e, sobretudo, de seu perfil normativo, se faz necessário partir de uma incursão no tema dos princípios, tendo por objeto principal o regime dos princípios constitucionais, conforme são eles estabelecidos na dinâmica que é própria do texto constitucional brasileiro. É em meio aos espaços estabelecidos pelo tema dos princípios nos quais irá se situar a estipulação e o especial caráter que dá o constituinte ao princípio republicano e, assim, à inclusão.

A partir daí será possível, no próximo capítulo, avançar sobre o tema da república e, desta maneira, compreender como os elementos e noções que lhe perfazem são introduzidos e apropriados pelo direito constitucional brasileiro para o fim de estabelecer um princípio inaugurador de um regime que lhe é próprio e útil.

Assim, o presente capítulo tem por objetivo elucidar três aspectos que se mostram essenciais para que sejam atingidos os objetivos que o trabalho possui. Tendo por objeto central a dinâmica normativa que parte do texto constitucional, busca-se compreender: (1) a natureza dos princípios em meio ao ordenamento; (2)

como estes operam entre si e em relação ao conjunto de normas; (3) e, por fim, como se apresentam e são identificados.

São estes os três pontos principais que este capítulo procura elucidar, de modo a oferecer ao leitor uma necessária base para compreender a forma como ocorre a positivação dos elementos que conformam o princípio republicano no Brasil e a inclusão enquanto elemento axiológico inerente ao bem comum constitucionalizado.

Se faz necessário dizer que o tema dos princípios jurídicos é amplamente debatido na doutrina e jurisprudência, de modo a comportar tratamentos detidos e complexos por diferentes matizes jurídicas, acerca de um sem número de aspectos que deles se extrai. Não é remontar o tema neste grau de abrangência, entretanto, o objetivo deste capítulo. Não se pretende avançar para além dos aspectos ora destacados, os quais se reputam necessários para o alicerçamento de bases acerca da temática, de modo a permitir compreender natureza e posição constitucional da inclusão e do princípio republicano, conforme o seguimento do trabalho.

Não basta afirmar a inclusão enquanto elemento inserido no campo axiológico do texto constitucional ou mesmo sua colocação em meio ao campo da estipulação do bem comum que é próprio da Constituição brasileira, como elemento componente do princípio republicano. O que isso significa e como interfere na dinâmica de interpretação e aplicação, não apenas do direito constitucional, mas de todo o ordenamento, são questões que não se compreendem sem entender o que são os princípios de seu texto, como estes operam e como identificá-los, considerando seus conteúdos e perfis normativos. Estes três aspectos, portanto, visam preceder um debate acerca de como a própria inclusão se apresenta e vincula o direito constitucional brasileiro.

Superadas estas premissas, se fazem necessários alguns apontamentos acerca dos princípios jurídicos e de sua presença no direito constitucional brasileiro para que se possa iniciar o percurso rumo aos objetivos deste capítulo.

Um primeiro ponto que cabe ser trazido é o fato de que o texto da Constituição não define, de forma expressa, o que é princípio, para os fins que lhe são próprios. Não há um delineamento expresso que permita compreender natureza e regime que seja comum aos princípios, demarcando as implicações que a qualificação normativa de dados conteúdos sobre tal rubrica acarreta.

Em diversos pontos do texto, todavia, a palavra princípio é expressamente referida<sup>6</sup>, qualificando diversas normas ou grupos de dispositivos. É possível observar, a partir daí, o marcado papel que possuem em meio ao ordenamento e ao arcabouço constitucional.

Tome-se como exemplo o fato, já referido na introdução do trabalho, atinente à base normativa da inclusão: esta, sendo hábil a expor seu impacto e abrangência, se encontra estabelecida desde os princípios fundamentais, rol este que perfaz o Título I do texto constitucional, fixando os alicerces e premissas do regime por ele estabelecido. A própria disposição das normas constitucionais a partir de um rol próprio e expresso de princípios já indica a importância que o tema possui em meio ao seu regime. Este aspecto será melhor explorado ao final deste capítulo, quando serão abordados os princípios fundamentais de forma específica.

O que deve ser aqui destacado, a partir destes pontos, é que, não havendo definições expressas quanto a limites e conteúdos próprios deste regime, a compreensão do tema, em relação ao direito constitucional brasileiro, depende de um estudo sistemático das mecânicas e formas postas em meio ao próprio texto normativo.

Na verdade, tal questão é marcante no trato dos princípios jurídicos no plano do direito em geral. A noção de princípio é trabalhada pela ciência jurídica contemporânea tendo o direito positivo como objeto de estudo, ainda que, no geral, ele próprio não a defina. Esse trabalho analítico se dá com base nas várias realidades juspositivas tomadas como referência e, assim, partindo de uma miríade de contextos estabelecidos, o tema é desenvolvido.

Destaca-se este ponto, sobretudo, por duas razões. A primeira diz respeito ao fato de que, ocorrendo os debates sobre princípios e, sobretudo, sobre a principiologia constitucional, ao redor das próprias normas postas e das dinâmicas que se apresentam a partir do ordenamento, das disputas sobre sua interpretação e de sua aplicação, é crucial voltar constantemente o olhar para o próprio texto constitucional e sua sistemática, vez que é ela, ao final, a baliza e referência para as noções desenvolvidas. Assim, ao tratar a temática dos princípios, não se deve perder de vista as dinâmicas e estruturas que são próprias ao ordenamento jurídico

6 Caso do Título I, que abre o texto constitucional com referência aos seus “princípios fundamentais”; do artigo 5, § 2º; do artigo 34, VII; do artigo 37, *caput*; do artigo 170; do artigo 206; entre diversos outros ao longo da Constituição.

de referência. É do direito observado que se extraem os elementos que perfazem as teorias de princípios.

A segunda razão, seguindo adiante, está relacionada ao fato de que a própria pluralidade de contextos referenciais a partir dos quais surgem os diversos esboços teóricos sobre o tema deve estar sempre à vista, sendo determinante para os resultados alcançados – e, também, possíveis aplicações que estes tenham. No caso, esta variabilidade acarreta no fato de que, quando se pensa nos modelos que explicam e abordam os princípios, não se está a lidar com uma teoria dos princípios, mas com várias teorias dos princípios. Neste sentido, diferentes faticidades acarretam diferentes construções teóricas e esboços doutrinários a serem absorvidos e concatenados pelo intérprete.

Muitos dos modelos que trabalham a principiologia são compatíveis entre si e aplicáveis, por seus traços definidores e um próprio grau de generalidade, a várias realidades juspositivas. Outros casos existem, no entanto, nos quais a importação abrupta de um dado modelo ou sua aplicação desregulada em meio a outras estruturas teóricas de diferente estirpe acarretam em imprecisões e conflitos problemáticos, a tornar a prática de interpretação e mesmo aplicação normativa nebulosa e insegura.

Assim, é necessário se atentar, conforme os fins do presente trabalho, à natureza e dinâmica que são próprias do direito brasileiro, a partir da Constituição e sua especial carga sistemática, tanto interna, consideradas as relações que se dão em seu próprio âmbito, quanto em relação ao conjunto do ordenamento. O que se busca neste capítulo é levantar pontos e elementos que sejam adequados a orientar o trato com o tema dos princípios conforme o contexto do ordenamento brasileiro tal como estabelecido a partir da Constituição de 1988.

Deste modo, busca-se expor traços marcantes acerca do tema que, para além de permearem visões dominantes sobre o tema, são relevantes à compreensão da própria dimensão principiológica tal como posta no ordenamento brasileiro a partir da Constituição. A partir daí, destacar-se-á o que se entende adequado à análise aqui empreendida. O objetivo é trazer à luz certas questões acerca de teoria de princípios para que se garanta uma abordagem teórica adequada à luz do sistema normativo brasileiro.

O que se almeja, a partir deste capítulo, é uma compreensão que se faça útil em relação à completude desta dissertação, permitindo, a partir do que é exposto,

guiar os capítulos que o seguem e auxiliar a compreensão acerca de seus temas. Neste sentido, o intento é permear o tema de modo a alcançar uma definição acerca dos três aspectos já mencionados como objetivos deste capítulo: a natureza dos princípios, a forma como impactam o ordenamento jurídico e, por fim, a maneira pela qual se é possível identificá-los, considerando seu perfil normativo e seu conteúdo.

Deve-se entender, em primeiro lugar, a própria importância que o tema apresenta em meio ao direito contemporâneo e, em especial, no campo do direito constitucional.

A discussão acerca dos princípios jurídicos evolui no contexto de um cenário de desenvolvimento maior da ciência jurídica, com os debates acerca da principiologia constitucional ganhando força no período que começa a partir do segundo pós-guerra, em um esforço de parte da comunidade jurídica em evoluir e superar as concepções positivistas que se apresentavam, até ali, como grande influência do pensamento jurídico ocidental, a pautar a teoria do direito e, em especial as teorias acerca do ordenamento e da norma<sup>7</sup>.

No caso, em que pese se inserirem num esforço, mais amplo, afeito à teoria geral do direito, no direito constitucional o tema encontra marcada relevância. É costumeiramente apontado, na doutrina contemporânea, o impacto que possuem os princípios nos ordenamentos constitucionais. Constituições elaboradas no período destacado, bem como os debates travados a partir delas, de suas inovações e de suas interpretações, passam a se pautar a partir de lógicas plasmadas por uma dada forma pela qual é apontado como se portam diante das diferentes espécies normativas, bem como do papel da semântica e dos problemas envolvendo as lacunas na lei e a indeterminabilidade do direito.

Neste sentido, o trabalho com os princípios jurídicos assume centralidade em meio ao direito constitucional. São inúmeras as constituições criadas, após o marco citado, que, incorporando expressamente sistemáticas pautadas em princípios jurídicos, são objeto de apreciações empreendidas no campo teórico, nas quais se

7 BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, v. 4, n. 14, p. 4, 2018.; STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Pos. 11097. Versão Kindle; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: Estudos em Homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 9-49; BARROSO, Luis Roberto; DE BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de direito administrativo**, v. 232, p. 141-176, 2003.

situam as bases de diversas teorias que as têm por foco. É em meio a tais teorias e visões, que centralizam o papel dos princípios, que são desenvolvidas as bases do constitucionalismo contemporâneo e, para além das divergências que este tema gera, marcam um trato muito difundido, no Brasil, sobre as visões acerca dos princípios e do próprio direito constitucional<sup>8</sup>.

Só no que toca aos princípios, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tem julgado inúmeros casos tomando consideração de teorias e soluções que partem da posição normativa dos princípios, ao nível de argumento decisório, com grande destaque para sua produção jurisprudencial das últimas duas décadas<sup>9</sup>. Não se nega, deste modo, a relevância que a sistemática dos princípios possui para o arcabouço e as dinâmicas próprias da Constituição. Elucidar os pontos cruciais desta temática para os objetivos deste trabalho é o que pauta o tratamento a ela dado aqui.

Deste modo, é relevante apresentar concepções feitas acerca destes aspectos, conforme as teorias de princípios desenvolvem e são absorvidas a partir do meio doutrinário. Com vistas aos objetivos deste capítulo, serão expostos, a seguir, pontos relevantes da matéria a partir dos pensamentos de Ronald Dworkin e Robert Alexy e Luigi Ferrajoli. No caso, como já posto, busca-se levantar elementos hábeis a contribuir com os objetivos deste capítulo.

Não se pretende tecer comparações aprofundadas ou elaborar análises críticas das diferentes teorias de acerca dos princípios, mas expor aspectos da matéria cujo desenvolvimento serve aos propósitos aqui estabelecidos. Ainda assim, serão abordados aspectos da obra de cada autor de forma sucessiva, em vez de estruturarmos o texto de acordo com cada objetivo. Fazemos assim para que seja

8 Sobre o neoconstitucionalismo, cabe pontuar que não é adequado apontar para uma unidade estrita de ideias e conceitos acerca do tema, sendo ele muito mais uma alcunha dada a um cenário teórico existente do que uma teoria ou uma corrente doutrinária específica. Lenio Streck, por exemplo, prefere tratar este cenário como “constitucionalismo contemporâneo”, STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Pos. 1174-1229. Versão Kindle. O neoconstitucionalismo se refere à adoção de uma série de concepções e ideias que permeiam o tratamento dado ao direito constitucional, envolvendo certas posições em comum, como o prestígio à ideia de supremacia da Constituição, à valorização da jurisdição constitucional e à teoria dos princípios. De fato, a relevância dos princípios é adotada como ponto central, sendo elemento muitas vezes apontado como um de seus definidores, enquanto traço comum apontado em suas diversas concepções, BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da Emerj**, v. 4, n. 15, 2001. Pgs. 46-47.

9 Tome-se como exemplos o paradigmático caso Ellwanger, HC 82.424/RS, o julgamento que estabeleceu o enquadramento da homofobia e da transfobia como crimes, na ADO 26 e MI 4733 e os sucessivos julgamentos sobre a possibilidade de início do cumprimento da pena após prolação de acórdão condenatório em segunda instância, para citar casos mais recentes.

possível compreender melhor cada posição de acordo com os contextos nos quais suas visões são estabelecidas e, ao final, levantar os aspectos cruciais para os fins que aqui buscamos.

## **1.2. Natureza de dever ser, papel integrador e o suporte institucional dos princípios jurídicos**

As contribuições de Ronald Dworkin para a temática dos princípios se mostram relevantes em face dos aspectos que aqui se busca elucidar. Assim, buscamos aqui expor sua concepção acerca do tema tendo por base os objetivos deste capítulo. Por mais que sejam necessárias certas contextualizações e algum senso de localização para que adequadamente compreender seus apontamentos, estes colaboram para o empreendimento que aqui se coloca no tocante à natureza, ao papel e à identificação de princípios no ordenamento jurídico.

Ainda que seu pensamento, desenvolvido a partir do ponto de vista do direito estadunidense – do qual derivam os exemplos por ele oferecidos e o contato de sua obra com o campo fático –, não considerar a noção de norma jurídica tal como esta é desenvolvida em meio aos países cuja tradição é de maior enfoque na lei escrita<sup>10</sup>, seu trabalho com o tema é fundamental à noção que banca a carga deôntica dos princípios, contribuindo para que sejam remontados aspectos relevantes de sua natureza e forma de operar em meio ao ordenamento, sobretudo.

Neste sentido, a obra de Dworkin representa, em muito, um ponto de virada da doutrina acerca da matéria. Concepções anteriores tinham os princípios como “fundamentos para encontrar um dado mandamento”, enfatizando desde então o caráter informador que os princípios possuem sobre o ordenamento, ou como “fundamentos normativos para interpretação e aplicação do direito”, ressaltando o viés agregador e sistematizando de tais normas.

Tais visões, ainda que já oferecessem aspectos que perfazem as concepções contemporâneas destas figuras, reservavam graves limitações à figura dos princípios jurídicos, denotando que estes não seriam passíveis de serem aplicados

10 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª. São Paulo: Malheiros, 2019. Pgs. 50/51.



diretamente, por “não possuírem forma de proposição jurídica” e “lhes faltarem elementos necessários para aplicação” em concreto.<sup>11</sup>

O desenvolvimento do tema até suas variações mais adotadas na contemporaneidade se dá, sobretudo, a partir deste campo paradigmático no qual Dworkin desenvolve sua teoria jurídica<sup>12</sup>. De fato, a obra do autor têm por foco justamente desnudar e se aprofundar na própria natureza dos princípios enquanto elementos fontes do dever ser que marca o direito, sendo peças fundamentais para garantir integridade ao direito, hábeis não apenas a oferecer direções, mas a definir soluções enquanto elementos de coerção e condensar os especiais conteúdos que marcam o ordenamento.

Tendo em vista a necessidade que se coloca, neste capítulo, de aclarar a natureza, a forma pela qual operam e como são identificados os princípios em meio ao direito e, sobretudo, no âmbito do ordenamento constitucional brasileiro, é oportuno partir da própria forma como o autor concebe uma conceituação de princípios.

No caso, Dworkin não define os princípios de forma isolada, a partir de um conceito próprio,<sup>13</sup> mas o faz a partir de uma diferenciação entre estes e as regras. Estas, neste contexto, ocupam o outro lado do binômio de *standards* que compõem o ordenamento jurídico e servem de parâmetro de dever ser, a embasar as decisões e servir de critério para adoção de solução jurídica pelo intérprete e aplicador<sup>14</sup>.

Neste sentido, a diferenciação entre as espécies, calcada na lógica própria de aplicação de cada uma, é o que sustenta a própria definição dos princípios. No caso, sua teoria se desenvolve na rabeira das questões que concernem à aplicação do direito – sobretudo, no que envolve os chamados *hard cases*<sup>15</sup>. Assim, é pela lógica

11 Neste sentido, conforme expõe Humberto Ávila ao levantar os trabalhos de Esser, Larenz e outros. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª. São Paulo: Malheiros, 2019. Cit. Pgs. 55/56.

12 No caso, é de se destacar o caráter crítico que sua obra possui ao positivismo jurídico conforme concebido por Herbert Hart e o entendimento que dele faz Dworkin, sobretudo ao considerar sua aplicação à própria realidade do direito estadunidense.

13 Neste sentido, o próprio autor estabelece que o conceito de princípios, no geral, “engloba tudo aquilo o que não são regras”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª Edição, 2ª tiragem. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017. Pgs. 34-36.

14 Dworkin, no original, adota o termo *standard*, que na tradução brasileira é exposto como “padrão”. A teoria do autor não leva em consideração o conceito de norma jurídica – e sua dissociação do texto – que é difundida na ciência praticada em países de *civil law*, daí a adoção do termo *standard* e sua tradução em vez de simplesmente adotar o termo “normas” ou “padrões normativos”, por exemplo.

15 Os casos a serem solucionados pela simples subsunção das regras são os chamados *easy cases*, para os quais o direito prevê uma solução clara e acabada. A discricionariedade se faz solução para os casos em que não exista regra jurídica aplicável, os chamados *hard cases*, em

de aplicação que se dá o traço distintivo de cada *standard* decisório por ele considerado.

Neste contexto, definidas a partir de sua própria aplicação, regras se caracterizam pelo traço lógico da subsunção: dadas as condições fáticas nela previstas, a regra se aplica inteiramente; não havendo tais condições, a regra não se aplica ao caso concreto. Princípios, por outro lado, possuem uma dimensão de peso, aplicando-se mais ou menos a depender do caso em exame. Neste sentido, ambos constituem *standards* a embasar uma decisão, carregando uma carga deôntica e integrando o ordenamento jurídico enquanto elementos vinculantes da ação e da aplicação do direito.

Este tipo de raciocínio, a dissociar regras e princípios, atende ao que Humberto Ávila denomina como “critério do modo de aplicação final”<sup>16</sup>. No caso, verifica-se uma distinção lógica entre a norma-princípio e as regras, de modo a cumprir diferentes papéis na aplicação normativa. Este aspecto pode ser compreendido, em Dworkin, a partir da concepção que faz acerca do volume e espécie de conteúdos que cada *standard* abarca.

Se, de seu lado, o conteúdo dos princípios apresenta maior largura, a se aplicar mediante uma lógica de peso, as regras, por sua vez, aproximam-se da faticidade, carregando conteúdos que descrevem situações a serem observadas e solucionadas de acordo com consequências imediatas que elas próprias trazem.

Todavia, a natureza que é própria aos princípios fica evidente ao ser observada a forma como o autor concebe uma divisão interna entre eles: se, no geral, princípios ocupam campo oposto ao das regras, com base em sua lógica própria de aplicação conforme seu papel normativo, entre si, eles se dividem entre políticas e princípios em sentido estrito, numa repartição que, por outro lado, toma por critério o especial conteúdo veiculado em cada espécie.

Política seria “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”, enquanto princípio, no sentido estrito, seria “um padrão que deve

que o juiz deve se apoiar em elementos externos ao direito positivo para dar solução à questão. Nesses casos, conforme a leitura que Dworkin faz, os juízes não teriam sua decisão vinculada por nenhum padrão decisório pré-determinado e vinculante, mas decidiria conforme os padrões por eles adotados. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª Edição, 2ª tiragem. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017. Pgs. 34-36. P. 55.

16 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª. São Paulo: Malheiros, 2019. Cit. Pgs. 65/66.

ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.<sup>17</sup>

A partir deste ponto se percebe um importante traço que preenche o universo jurídico no tocante aos princípios, a permear não apenas sua natureza, em dissociação com a noção de regra, mas a denotar, inclusive, seu peso em meio ao direito contemporâneo: a natureza dos princípios enquanto inserção de valores para dentro do ordenamento jurídico.

Este aspecto, central à concepção trazida por Dworkin, é crucial para compreender a natureza e a mecânica dos princípios em meio ao direito constitucional. Não sem alguma divergência, certamente, tal ideia está incorporada às mais diversas concepções jurídicas contemporâneas,<sup>18</sup> demarcando os princípios como importantes elementos de introdução de conteúdos para dentro da normatividade jurídica, difundindo-os e orientando a conformação do ordenamento a partir de si.

Não é o caso, aqui, de adentrar os meandros da discussão acerca das aproximações e afastamentos entre o direito e o papel dos valores enquanto elementos de base moral, mas de pôr em relevo a posição especial que possui a figura do princípio jurídico com relação aos blocos de temas e conteúdos que marcam a ordem jurídica. Os princípios são figuras que conferem sentido próprio a um ordenamento, de modo a internalizar valores, interesses, metas e fundamentos enquanto suas bases, condensando conteúdos e os irradiando para o resto do ordenamento.

Este é um primeiro aspecto que se quer, aqui, realçar, acerca da natureza e forma de operar que é própria dos princípios e que, conforme se observará, é componente de seu valor no ordenamento constitucional brasileiro. Dworkin muito bem aponta a natureza nuclear e a condensadora que possuem os princípios em meio aos conteúdos e temas que marcam um dado ordenamento, justamente após afirmar a própria essência vinculante que estes possuem.

17 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª Edição, 2ª tiragem. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017. Cit. P. 36.

18 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo entre princípios e regras. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, V. 35, 2012. Pgs. 793-795; HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade**, volume II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Pgs. 214-218.

Para avançar um pouco na concepção do autor acerca do tema, a qual apresenta mais alguns esclarecimentos importantes aos nossos objetivos, é relevante tecer uma exposição acerca do contexto a partir do qual Dworkin estabelece natureza e posição dos princípios.

No caso, entende os princípios como elementos essenciais ao direito e sua conformação, em meio a uma crítica ao positivismo jurídico de matiz anglo-saxã, direcionada, sobretudo, à doutrina do britânico Herbert Hart. A base para a concepção do autor é sua leitura do positivismo jurídico e os defeitos que reputava presentes naquele sistema, tendo, no centro de suas preocupações, a aplicação e, conforme já mencionado, a figura dos *hard cases*. Daí, propõe uma visão do direito que o veja como apto a apresentar soluções que, no modelo positivista, entende inexistentes.

No caso, o autor busca contornar a noção de discricionariedade que deriva dos postulados básicos do positivismo jurídico, conforme elaborado por Hart<sup>19</sup>. De acordo com a visão por ele sustentada, o positivismo jurídico se constituiria como um modelo exclusivamente composto por regras, de modo que seja aplicável apenas o postulado que tiver seus pressupostos fáticos preenchidos. A preocupação central de Dworkin se dá com relação às lacunas do direito e as possíveis anomias que levam a um subjetivismo por parte do aplicador que, na inexistência de norma posta hábil a reger dada situação, atuaria, conforme reputa, mediante uma margem de discricionariedade.

A discricionariedade dos juízes, portanto, está no cerne da problemática a qual Dworkin tenta solucionar. Os parâmetros vinculantes da atuação jurisdicional ganham o centro da discussão e é exatamente neste ponto que os princípios são relevantes. Para ele, os princípios jurídicos são verdadeiras bases de dever ser que vinculam a atuação do juiz, compondo o direito de determinada comunidade e, deste modo, se apresentando como garantia à existência de lacunas no ordenamento.

Para ilustrar a questão, o autor faz analogia entre o direito e uma rosquinha, na qual, conforme aponta, para a visão positivista, as regras jurídicas constituem a rosquinha em si, que possui seu tradicional buraco ao centro. Se o caso se inserir na própria rosquinha, as regras se aplicam e vinculam a atuação do juiz, que adota a solução jurídica por elas prevista. Todavia, se o problema jurídico estiver situado no

19 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª Edição, 2ª tiragem. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017. P. 28.

buraco na rosquinha, não há regras que incidam sobre o caso e, deste modo, o juiz teria liberdade para adotar os critérios de julgamento que bem entendesse e, assim, dar solução jurídica ao caso.

Dworkin, discordando fortemente desta ideia e buscando repudiar um poder de decisão baseado em margem de discricionariedade, trabalha com sua teoria do direito de modo que se entenda que, mesmo que o caso se situe no buraco da rosquinha, o juiz continua vinculado por padrões jurídicos, tendo sua atuação determinada pelos princípios jurídicos que regem o ordenamento – eles próprios componentes daquele direito. Pela existência dos princípios, não há buraco na rosquinha, sendo o direito um fenômeno íntegro e completo.<sup>20</sup>

É este um outro ponto que reputamos crucial para compreender, além da natureza, a própria forma de operação e presença dos princípios em meio ao ordenamento. Dworkin expõe, aqui, o papel dos princípios enquanto elementos a sustentar a integridade do ordenamento. Esta, no caso é peça central da doutrina do autor, sobretudo ao considerar a forma como o próprio identifica os princípios no ordenamento jurídico e os concebe enquanto elementos garantidores de sua unidade.

O conteúdo por eles veiculado preenche as lacunas que seriam deixadas pelas regras e serve de base para o trabalho do intérprete, garantindo que sempre haja normação previamente estabelecida para os problemas de direito. Deste modo, fica permitido o encontro, pelo intérprete, da busca de uma solução adequada, a partir de soluções de princípio. Este é um aspecto crucial do papel que os princípios exercem no conjunto do ordenamento.

Deste modo, não há que se integrar a atividade judicante com elementos extrajurídicos ou com atividade puramente criadora por parte do magistrado. Há um dever, para o intérprete, de respeitar a integridade do direito, buscando-se considerar todo o lastro do qual se extrairá a norma. Para o juiz, os princípios operam como verdadeiros pontos de fechamento lógico do ordenamento, vinculando a interpretação e aplicação em suas próprias balizas e fundamentos. Mais do que isso, representam as próprias bases a sustentar, orientar e direcionar os conteúdos que balizam as demais normas.

20 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª Edição, 2ª tiragem. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017. Pgs. 50-56.

Na mesma linha, tal traço é sustentado por diferente autores, tais como Streck<sup>21</sup> e Ferrajoli, que, dadas as devidas divergências, concebem nos princípios, para além de natureza deôntica a vincular a conduta e a criação, interpretação e aplicação do direito, elementos garantidores de segurança e sistematicidade ao ordenamento, abarcando conteúdos centrais de modo a completar a juridicidade das disposições que, na visão encampada a partir de Dworkin, são postas como uma malha de regras.

Estes são elementos relevantes pois, a partir deles, se passa a ter uma visão integral de direito e ordenamento, a abarcar não apenas veiculações de conduta alheias aos conteúdos de valores que as embasam, mas sendo estes abarcados pelo direito e sendo dotados eles próprios de carga vinculante. Mais do que isso: é a carga vinculante dos princípios que garante a ordenação dos conjuntos de regras, orientando a totalidade do ordenamento conforme os conteúdos que, como traço marcante, acabam por condensar valores, interesses, direções e fundamentos do direito como um todo.

Deste modo, as contribuições de Ronald Dworkin se fazem valorosas sobretudo ao desnudar o caráter de dever ser que possuem os princípios, bem como o papel integrador que exercem, abarcando as bases normativas do ordenamento e garantindo suporte aos conteúdos que o conformam. São contribuições que muito colaboram para melhor compreensão da natureza e do papel normativo que exercem os princípios constitucionais.

Para além destes aspectos destacados, a análise da obra de Dworkin passa a requerer certa sensibilidade buscamos compreender o modo pelo qual se deve identificar, no direito, os princípios que o estruturam. Sem dúvidas, há contribuições relevantes à experiência brasileira também no que se refere a este ponto, porém é importante ter em vista algumas peculiaridades que impactam em conclusões apresentadas, de modo que é relevante tecer mais algumas considerações acerca do contexto no qual o autor desenvolve sua doutrina.

No caso, é justamente este aspecto dos princípios – ou seja, sua identificação – que perfaz outra parcela significativa do argumento de Dworkin para a rejeição ao positivismo jurídico. O autor parte, como referência, do primeiro dogma do

21 STRECK, Lenio. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In* STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Livraria do Advogado, 2012. Pos. 1884. Versão Kindle. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Cit. Pos. 1783. Versão Kindle.

positivismo – conforme esboço por ele levantado –, qual seja aquele que faz referência ao critério específico para determinar quais regras são regras de direito e quais não são, o que, para Hart, consiste na chamada “regra de reconhecimento”<sup>22</sup>. Dworkin entende que o “teste de *pedigree*”<sup>23</sup> consistente na regra de reconhecimento não seria aplicável a princípios – sobretudo aos princípios dos casos adotados como exemplos pelo autor – em razão de que “a origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende dessa compreensão do que é apropriado”.<sup>24</sup>

É possível se aferir, da teoria do autor, que a identificação de princípios jurídicos ocorre dentro de duas etapas. De início, há que se considerar os padrões morais de conduta existentes dentro da comunidade sob análise. Estes são ideias inseridas dentro daquele povo ou sociedade, introjetadas em sua prática social diária; ali aceitas. Não necessariamente possuem valor jurídico, o que dependerá, no caso, da segunda etapa: a identificação do “suporte institucional” exibido com relação àquele princípio.

O suporte institucional será identificado com base em um plexo de dados a serem considerados e aferidos no plano concreto: o reconhecimento que a jurisprudência faz daquele princípio, a identificação do princípio em leis escritas, a adoção de condutas que corroborem a existência de tal princípio pelas instituições daquele Estado, seu reconhecimento enquanto norma cogente pela comunidade, entre outras fontes e fenômenos que permitam reconhecer o quanto tal princípio se sedimenta no direito.

22 No caso, a regra de reconhecimento, enquanto ideia caracterizadora de diversas visões positivistas, se baseia na noção de que regras jurídicas se dividem entre regras primárias e regras secundárias. As regras primárias estabelecem comandos deontológicos para o comportamento humano, proibindo, autorizando ou obrigando alguém a fazer algo. As regras secundárias estabelecem quem poderá elaborar as regras primárias e o como isso será feito.

23 Conforme o primeiro dogma do positivismo de Hart, como criticado por Dworkin: “(a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com seu pedigree ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas (...)”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª Edição, 2ª tiragem. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017. P. 28.

24 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª Edição, 2ª tiragem. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017. P. 64.

É assim que, conforme aponta, a apropriação feita pela sociedade acerca de determinado padrão de conduta ou valores sedimentados e corroborados por outros *standards* reconhecidos no direito daquela comunidade terá papel crucial para o reconhecimento de um princípio jurídico. As práticas sociais cotidianas, as práticas institucionais e as normas já presentes e válidas – sejam elas positivadas ou não –, são elementos hábeis a compor a base de reconhecimento de valores que fazem uma incursão no ordenamento jurídico como paradigma normativo.<sup>25</sup>

É notável que a definição de Dworkin acerca deste aspecto do que são princípios jurídicos é um reflexo da cultura jurídica anglo-saxã, de menor presença de leis escritas e maior papel da jurisprudência e dos costumes. A jurisprudência, inclusive, exerce papel fundamental naquela realidade. A própria ideia posta pelo autor, que coloca os princípios como elementos centrais de processos argumentativos empreendidos na busca por soluções jurídicas, denota sua posição elementar em meio a processos deliberativos, em universo que os considera mais enquanto fatores extratextuais do que enquanto elementos positivados<sup>26</sup>.

Os próprios raciocínios dos casos que ilustram seu pensamento, nos artigos a partir dos quais constrói sua teoria, trazem situações de identificação de princípios a partir de julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em situações nas quais tais princípios são extraídos do peso da argumentação e os princípios morais que são sustentados e identificados em meio à sociedade estadunidense e, também, a partir da conformação juspositiva de determinadas leis.<sup>27</sup>

25 Quanto a este último aspecto, inclusive, alguns críticos do autor pontuaram que o suporte institucional apontado por ele como necessário para aferir a juridicidade de um dado princípio jurídico seria, ele próprio, um “teste de pedigree”, vez que é a partir da aferição da presença de suporte suficiente que se observaria a juridicidade de determinado princípio. RAZ, Joseph. **Legal Principles and the Limits of the Law**. Em: <https://pdfs.semanticscholar.org/2340/dc6c2c61c7f591f7a96f2737d63a65d2ff04.pdf>. Acesso em 20/1/2020.

26 Argumentamos em favor de um princípio debatendo-nos com todo um conjunto de padrões – eles próprios princípios e não regras – que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação. Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedentes, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª Edição, 2ª tiragem. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017. P. 68.

27 Como se fez no citado caso *Henningsen vs Bloom*, em que a corte reconheceu que os fabricantes de veículos possuem uma responsabilidade especial sobre seus produtos, ainda que isso não fosse previsto em nenhuma lei escrita ou contrato, mas sobretudo pelo fato de que carros são produtos cujo uso cotidiano acarreta riscos diferenciados e expectativas diferentes. Como consequência, o padrão de responsabilidade da fabricante é mais elevado, limitando a liberdade contratual. É reconhecido um dever ser, proveniente dos princípios jurídicos que incidem sobre o tema e, deste modo, limitando o modo de julgar e oferecendo a solução jurídica para o caso. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª Edição, 2ª tiragem. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017. P. 38.



É em relação a este ponto que devemos alertar para a distância entre a base referencial da qual parte Dworkin e a realidade que permeia a cultura jurídica à qual o ordenamento jurídico brasileiro é filiado, de modo a melhor esclarecer o aspecto que temos, aqui, como objeto. Não tomar em conta certos pontos que lhe são relevantes e, certamente, não são aplicáveis em sua inteireza ao caso brasileiro pode nos levar a conclusões errôneas acerca da identificação do perfil e conteúdo dos princípios que permeiam o direito brasileiro.

Tendo por enfoque o direito posto e o prestígio à Lei escrita, a tradição jurídica brasileira se distancia, em muitos aspectos, das bases que estruturam a forma como o autor concebe as relações e realidades que embasam o direito e sua interpretação. Observando a Constituição de 1988, fica patente sua relevância, enquanto base textual, para a compreensão dos princípios que perfazem o ordenamento brasileiro. Os próprios princípios são figuras que, constantemente, têm previsão expressa no texto constitucional e no texto legal. Estes aspectos são definidores do trato que se deve, aqui, ter com o tema.

Neste sentido, não se pode conceber um processo de identificação de princípios tal como concebido pelo autor, que rejeita a aplicação, a eles, de um “teste de pedigree”, argumento que são eles figuras que não se concebem a partir da decisão de autoridade criadora, mas a partir de uma aferição do que é ou não “apropriado”. No caso, é a compreensão de como se dá tal apropriação que deve ser adequada às diferentes realidades jurídicas postas e, justamente neste ponto, é relevante tomar em conta a diferença crucial que o direito brasileiro possui com relação à realidade do direito estadunidense.

Todavia, Dworkin cunha uma noção que, dadas as diferenças existentes entre as realidades jusnormativas, se aplica a praticamente qualquer esquema normativo que tenha os princípios jurídicos no papel que concebe deles – e, frisamos, é bastante aferível no direito brasileiro: o suporte institucional. É sua percepção que permite identificar um princípio como apropriado por dado arcabouço jurídico, para além de princípios que, existentes, não possuem a qualidade de normas.

O que se quer apresentar, aqui, é a utilidade deste conceito enquanto decorrência do caráter complexo que é próprio dos princípios jurídicos. Não se busca, aqui, defender tal conceito enquanto elemento cuja existência represente a

impossibilidade de aplicação de um “teste de pedigree” aos princípios.<sup>28</sup> Este não é o ponto que buscamos destacar. O que se busca, aqui, é apontar para a necessidade de se identificar, para além de um mero circundamento discursivo, a presença de um determinado princípio em meio ao ordenamento de modo condizente com a natureza estruturante e integradora que lhe é própria.

Neste sentido, é cabível falar na necessidade de identificação de suporte institucional. Este é aferível justamente porque coaduna-se com a natureza e o papel que os princípios possuem em meio ao conjunto do ordenamento, sendo aspecto decorrente de sua presença e cuja compreensão é necessária para o processo de identificação de seus perfis e conteúdos.

No caso de uma realidade jurídica com predominância de Lei escrita e profunda produção legislativa, todavia, este suporte é identificado em meio ao próprio conjunto do ordenamento e do agir de determinadas instituições, cuja atuação incorpora, por sua natureza, o processo de apropriação de valores advindos do meio social.

O apontado papel dos princípios enquanto elementos a garantir integridade de conteúdos e sentidos do ordenamento expõe um traço que, conforme veremos, é comum a estes – e, no especial caso do princípio republicano e da própria inclusão, é marcante: porquanto os interesses, valores e conteúdos que condensam se refletem e se espraiam pelo ordenamento, é, por vezes, difícil a tarefa de se visualizar e apontar a forma e a expressão dos princípios jurídicos. Para adequadamente compreendê-los, é necessário tomar em conta o conjunto de dispositivos que perfazem um dado universo de aplicação a expressar valores, interesses e conteúdos estruturantes do ordenamento.

Nesta linha, a presença, o papel e, de certa forma, o peso, de um dado princípio, se apresentam conforme os conteúdos que o definem tenham ou não suporte institucional no ordenamento jurídico observado. Não se confundem princípios com a mera referência nominal que o direito posto poderá ou não fazer a eles. Há princípios que não se encontram expressos no ordenamento jurídico. O que

28 Neste ponto específico, cabe mencionar a contribuição de Genaro Carrió para o debate que tem por centro a obra de Dworkin e seu embate com a visão positivista, na qual o autor argentino, para além de rejeitar a incompatibilidade entre uma visão positivista do direito baseada no trabalho de Herbert Hart e a figura dos princípios, questiona, especificamente, a inaplicabilidade de uma regra de reconhecimento aos princípios jurídicos, tal como defendido por Dworkin. CARRIÓ, Genaro. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Editora Abeledo-Perrot, 1970. Pgs. 62-68.

marca a natureza e o papel de tais figuras é a presença que possuem enquanto elementos a garantir integridade e sentido ao conjunto do ordenamento, considerando os conteúdos que este prestigia e se presta a garantir, alcançar e desenvolver. Neste sentido, encontra-se a importância de encontrar suporte a tais normas no conjunto do direito posto, desnudando as balizas e elementos que perfazem os perfis e conteúdos dos princípios de um dado ordenamento.

### 1.3. O papel racionalizador dos princípios

A problemática que surge na teoria de Dworkin com relação à identificação dos princípios jurídicos encontra um melhor tratamento na obra de Robert Alexy. Sua obra parte de premissas lógicas, fornecidas pelo próprio universo de análise e da tradição jurídica ao qual está inserida, mais próxima ao que encontramos no cenário do direito brasileiro, de modo a trazer contribuições relevantes para os aspectos dos princípios que temos como foco.

Essa maior proximidade de premissas e mecânicas ocorre, sobretudo, por duas razões, que são conexas. A primeira diz respeito ao fato de o autor desenvolver sua teoria desde uma concepção que tem, em seu cerne, a lógica que cinde texto e norma, na esteira da tradição jurídica europeia continental, em contraste com a cultura jurídica anglo-saxã.<sup>29</sup> Este aspecto, para além de expor uma diferença relevante em relação aos marcos teórico e cultural de Ronald Dworkin, traz novo aspecto a contribuir com o estudo sobre a natureza que é própria dos princípios.

Na obra de Alexy, eles surgem, nominalmente, como espécies normativas; mais especificamente, formas que uma dada norma pode adotar para emitir comandos deônticos, diferentes das regras (cuja existência e estrutura também são sustentadas pelo autor de forma central em sua teoria). O que se observa, aqui, é de fato uma maior aproximação de suas bases à realidade da tradição jurídica de *civil law*, de modo a permitir uma melhor visualização da natureza dos princípios. São os princípios, assim, normas jurídicas.

Alexy adota a ideia de norma em uma concepção semântica, na qual ela é o significado contido no enunciado normativo – o texto – que a veicula. É a emissão de comandos deônticos – estes sendo cruciais para interpretar seu significado –

29 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Pgs. 52-58.

veiculados no texto, de modo que uma mesma norma possa ser expressa por diferentes enunciados.<sup>30</sup> Pouco importa o forma em que o enunciado é exposto: a norma surge como o produto da interpretação que é realizada.

A segunda razão da proximidade entre a realidade na qual o autor desenvolve suas contribuições ao tema e a realidade na qual este trabalho está situado é, na rabeira da primeira, ora apontada, o próprio peso que possui o texto legal enquanto suporte para a identificação e estudo dos princípios. Este é um aspecto caro para que se possa adequadamente compreender a presença e o papel que os princípios exercem em um ordenamento como é o constitucional brasileiro, no qual sua localização é desafio constante ao intérprete.

A relevância do texto legal na concepção de Alexy, inclusive, se dá a partir do próprio escopo da obra do autor alemão: a forma como trabalha o tema dos princípios se dá em meio a uma teoria geral de direitos fundamentais que se funda na análise de um específico texto constitucional. É das disposições escritas da Constituição alemã que o autor extrai as normas de direitos fundamentais que discute e desenvolve, elas mesmas adotando, muitas vezes, a forma de princípios.

No trato que dá ao tema dos princípios, elementos extrapositivos são considerados apenas em momento posterior: no momento de sua aplicação e na avaliação da medida de aplicação das normas. Assim, a problemática relativa às fontes do direito e o que vincula o intérprete, o aplicador e àqueles que, de qualquer maneira, estão sob a égide do ordenamento, ganha um marco inicial significativo a partir do direito posto. Este é a base principal da identificação e interpretação dos princípios.<sup>31</sup>

No que se refere especialmente ao conteúdo dos princípios, Alexy não desconsidera os elementos axiológicos que partem das dimensões empíricas na relação normativa, porém os separa da base dos elementos componentes da base primária de onde extrai a norma, para alçá-los a elementos a serem considerados como argumentos para uma dada interpretação e aplicação normativa<sup>32</sup>. Todavia, a

30 No mesmo sentido, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 19ª. São Paulo: Malheiros, 2019. Pg. 50/51 e FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 1: Teoría del derecho**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. Pgs. 211-214.

31 Fator importante para compreender a concepção de norma jurídica para Alexy é a argumentação que este faz para rejeitar a teoria da norma de Friedrich Muller. ALEXY, Robert. Op. Cit. Pgs. 76-78.

32 No caso, fica marcado o papel da moral no próprio processo argumentativo no qual os princípios são envolvidos, à luz do que ocorre na própria teoria de Dworkin.

fonte primária do intérprete sempre será, neste sentido, a norma positivada por uma autoridade legislativa, em homenagem ao próprio princípio do Estado de Direito.<sup>33</sup>

Estes dois pontos de aproximação indicados contribuem para aclarar dois dos aspectos que aqui buscamos com relação aos princípios, ou seja, sua natureza e os desafios em sua identificação. São aspectos de sua obra cujo desenvolvimento feito pelo autor acaba por municiar o intérprete de elementos hábeis a contribuir para superar desafios que um olhar para o texto constitucional brasileiro expõe.

Para além destes dois aspectos, cabe apontar que, talvez, a maior contribuição da obra de Alexy se dá com relação ao aspecto relativo à forma pela qual os princípios operam em meio ao ordenamento jurídico. É neste ponto que sua doutrina expõe certos aspectos da mecânica dos princípios, sobretudo em sua relação com outras normas e com o conjunto do ordenamento, que são bastante relevantes para nossos fins no que toca ao princípio republicano, seu perfil jurídico e a inclusão em meio à Constituição.

Tendo tudo isso em vista, é oportuno, para que se possa compreender adequadamente a forma de se comportar e o papel dos princípios como trazido por Alexy, partir da própria conceituação de princípios feita pelo autor. Isso pois, como se observa no que está a ser exposto em meio ao tema e, também, conforme já foi frisado, natureza, funcionamento e papel dos princípios e o empreendimento para sua identificação são três aspectos cuja elucidação é interdependente. Assim, parte-se da própria definição para que se possa extrair os elementos almejados, relativos a como tais normas se comportam e como é identificado seu perfil normativo, o que, também, acaba por revelar camadas de sua própria natureza.

Neste sentido, princípio, para Robert Alexy, é figura cuja definição parte, também, de sua dissociação com a noção de regra. Para o autor alemão, princípios e regras são duas espécies normativas, ambas consistindo em “razões para juízos concretos de dever ser”, possuindo assim carga deontológica e operando de forma vinculante sobre o intérprete. Isso é a premissa de seu pensamento e já revela o próprio cerne de sua natureza em meio ao direito. A diferença entre ambas as espécies não é meramente de grau de generalidade ou abstração, mas de qualidade. Há aqui um seguimento da lógica vista na obra de Dworkin.

33 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Pgs. 82.

Para Alexy, “princípios são (...) mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”.<sup>34</sup>

Daí, devem ser destacadas duas etapas cruciais da lógica do autor com relação à noção de princípio. A primeira diz respeito a seu caráter finalístico que, à luz do que também destaca Dworkin, se associa aos fins e interesses que são estabelecidos, a partir deles, no ordenamento. Fica novamente demarcado o caráter axiológico de tais normas, denotando seu papel enquanto introdutoras de valores, objetivos e grupos de razões para dentro do direito. No caso, a doutrina de Alexy é firme em afirmar estes traços como elementares da noção de princípio.

Partindo desta premissa, a segunda etapa é a ideia que os define enquanto dos mandados de otimização. Tal noção ilustra o mecanismo de interpretação e aplicação dos princípios jurídicos, consistindo em uma concepção de que um dado princípio é norma aplicável em variadas medidas, a depender de condições fáticas e jurídicas que se apresentam no caso concreto.

Porém, mais do que apenas contribuir para bem entender a aplicação dos princípios à faticidade das soluções que o direito traz a problemas concretos – o que, como visto, é objetivo principal do debate no qual Alexy se insere –, a qualificação dos princípios enquanto mandados de otimização nos interessa justamente porque, em boa medida, contribui para compreender o papel que estes exercem em meio ao direito e sua conformação. Revela, também, alguns aspectos relevantes para que se possa remontar o traçado dos princípios, na medida em que aprofunda sua posição em meio ao conjunto do direito e seu papel integrador e racionalizador do sistema.

Neste caso, o papel dos princípios enquanto pontos de fechamento de conteúdo do ordenamento é conjugado com o próprio sentido já posto pelas regras e pelas demais normas que os circundam. Aqui, Alexy aprimora o dado apontado por

34 Regras, por sua vez, seriam “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau”. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Pgs. 90-91.

Dworkin referente ao papel que os princípios exercem enquanto garantidores de integridade ao direito.

Partindo da premissa do autor, que qualifica os princípios enquanto mandados de otimização tendo por objeto o caso de sua aplicação normativa, é necessário ter em mente que esta demanda do aplicador alguma compreensão básica de seu perfil e conteúdo normativo.

Assim, o conteúdo do princípio é extraído do texto/enunciado normativo e posto diante do caso concreto ao qual, de alguma maneira, incide. O que se otimiza, no caso, não é o conteúdo da norma como posta pelo direito, mas a medida de sua aplicação ao caso em questão, que será, portanto, uma modulação do conteúdo do princípio para que seja adequadamente aplicado.

É isto que se quer dizer ao apresentar os princípios jurídicos como “mandados de otimização”. Conforme a doutrina de Alexy, o conteúdo de um dado princípio será aplicado a depender das condições fáticas apresentadas, de modo que a solução estabelecida com base em um dado princípio será otimizada para que sua incidência se dê de forma adequada, apresentando solução cabível ao caso em questão.

Neste sentido, é tendo em vista determinados casos que demandam soluções baseadas em princípios que é possível dizer que estes não apresentam uma carga de dever ser definida de plano. Apresentam, sim, uma carga de dever ser, porém de caráter *prima facie*, a ser desvendada mediante procedimento hermenêutico que tome em conta, de um lado, perfil e conteúdo normativo do princípio e, de outro, as condições fáticas às quais este terá incidência. Assim, os princípios são aplicáveis em maior ou menor grau, a depender do caso, operando em uma lógica de peso.<sup>35</sup>

Observa-se, assim, como os princípios condensam conteúdos que, ainda que não ofereçam, a partir de sua base normativa, soluções precisas de certas situações, permitem ao intérprete que, com base neles, sejam extraídas soluções a serem adotadas.

Na outra ponta, as regras se aplicam mediante lógica “tudo ou nada”, de modo que, presentes os pressupostos fáticos descritos na regra, deve ser aplicada a solução jurídica que esta carrega. É este diferencial lógico entre regras e princípios que, conforme já exposto, marca esta dualidade. Olhando, todavia, para além destas

35 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Pgs. 103-106.

célebres definições, é de se observar o fato de que, na prática, regras carregam em suas próprias proposições – desde o texto, portanto –, conteúdos cuja aplicação é precisada e individualizada, demandando do intérprete e aplicar uma atividade de interpretação que difere daqueles processos que são inerentes aos conteúdos abarcados pelos princípios.

Tendo em vista a interpretação e aplicação de regras, Alexy busca, expor uma maior complexidade desta espécie – e também sua posição em meio ao sistema, que será melhor explorada adiante – por meio do desenvolvimento da ideia de cláusula de exceção, estipulando uma noção mais desenvolvida de sua aplicação em relação a Dworkin.

Neste sentido, havendo uma exceção para aplicação de determinada regra – ou seja, uma impossibilidade quanto ao requisito jurídico de aplicação ao caso concreto –, esta não é aplicada. Conforme aponta, essa exceção pode vir através de outras regras que excepcionem sua aplicação em dado caso, mas também de normas que alberguem princípios. Neste sentido, as propriedades lógicas de cada espécie normativa acabam por se entrelaçar, de modo a expor a sistematicidade existente entre os perfis das regras e dos princípios.

De certo modo, Alexy amplia a concepção da dimensão de peso dos princípios já introduzida por Dworkin. Enquanto mandados de otimização, para a aplicação dos princípios, devem ser considerados requisitos fáticos, relativos às especificidades do caso concreto, e os requisitos jurídicos, que dizem respeito à existência de outros princípios ou regras colidentes, com validade para o caso em questão.

Não é objeto deste capítulo aprofundar a análise no tema dos conflitos e lacunas no momento da decisão. Ainda assim, destaca-se a que ideia de mandado de otimização se escora nessa possibilidade de aplicação variável, que não tem sua justa medida estabelecida de forma previamente determinada e é dependente de um processo interpretativo. É nesse sentido que o autor visualiza que regras e princípios funcionam, dentro do ordenamento jurídico, como diferentes razões a embasar outras regras ou, ainda, juízos concretos, oferecendo substrato normativo para tais casos.

No caso, regras são razões para juízos concretos, atuando como mandamento definitivo que determina uma específica solução a ser adotada. Também são razões para outras regras, enquanto apresentam exceção de aplicação



ou determinam uma dada aplicação específica de outras, caso as suas próprias condições fáticas e jurídicas sejam preenchidas. A ideia de mandamento definitivo se alinha à lógica que as permeia, de descrição de seus requisitos de aplicação no próprio corpo da norma.

O fator diferencial é o papel racionalizador que permeia os princípios. Os conteúdos que estes condensam operam um papel de centralidade em meio ao conjunto do ordenamento. Isso fica bem observado na própria mecânica de sua aplicação em conjunto com as regras, enquanto razões para dadas soluções juridicamente postas.

Assim, podem eles servir de razões para outros princípios, que desdobram a carga deôntica dos primeiros, ampliando as camadas normativas que perfazem seus conteúdos. Por outro lado, servem eles também de razões para regras, que especificam o conteúdo deôntico de caráter aberto dos princípios e oferecem solução normativa específica, já desdobrada e definida no ordenamento. Do princípio emanam as diretrizes e direções normativas que decorrem dos valores e razões neles postos, a basear o tom do ordenamento. Seu papel, portanto, é precedente ao das malhas de regras não por uma questão meramente estrutural ou de precedência lógica, mas de precedência do próprio conteúdo.

É neste sentido que podem ser, também, razões para juízos concretos, resolvendo casos diretamente, sendo aplicados na maior medida possível de modo a gerar o máximo de efeitos, considerado o caráter *prima facie* que possuem enquanto mandados de otimização.

Este papel, que destaca a posição de precedência que possuem a partir dos conteúdos que os permeiam, fica bastante evidente com o fato de que, na aplicação direta de um princípio, o intérprete transforma a sua carga normativa de modo a obter uma proposição que se aplica tal qual uma regra, a ser aplicada mediante subsunção.<sup>36</sup>

O que fica estabelecido, a partir desta dinâmica concebida por Alexy diante do direito constitucional alemão, são as bases de uma sistemática que permite para compreender a ação do intérprete mas, antes disso, do próprio legislador. Verifica-se assim, o papel orientador dos princípios enquanto elementos de precedência normativa, a embasar a existência de normas que possuem, em seus conteúdos,

36 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Pgs. 106-108.

verdadeiras razões a preencher o sentido das ações e balizar sua aplicação e interpretação, conferindo uma dada tônica ao ordenamento.<sup>37</sup>

Visualiza-se, novamente, o papel integrador que possuem os princípios, como apontado por Dworkin, a “fechar” a interpretação e manter a coesão do sistema no entorno de valores, interesses, diretrizes, fins e, sobretudo, razões. O autor avança, todavia, ao demonstrar a maneira pela qual os princípios se posicionam na base do direito, de modo que operem enquanto razões do próprio ordenamento, oferecendo as balizas de conteúdo e forma que guiam a ação e a criação, interpretação e aplicação do direito.

Destacamos, aqui, este papel de precedência substantiva que os princípios exercem, agregando conteúdos de modo a orientar e racionalizar o direito, compreendido aí seus diversos sistemas e as mecânicas que lhe são próprias, ao seu redor. No que diz respeito aos princípios na Constituição de 1988, este é um aspecto fundamental para compreender como estão estruturadas, a partir deles, não apenas suas ordens temáticas, mas os conteúdos que permeiam os róis de direitos, deveres e o desenho institucional feito a partir de seu texto. Assumem os princípios um papel racionalizador essencial à conformação do direito brasileiro e isso ocorre desde o texto da Constituição.

Deste modo, o papel racionalizador de conteúdos que possuem os princípios, por força sobretudo da relação de precedência que possuem para com as demais normas, é uma primeira contribuição do trabalho de Alexy que procuramos destacar. Ao definir os princípios enquanto mandados de otimização, o autor expõe também a própria forma como se dá a centralidade normativa destes em relação ao conjunto do ordenamento, funcionando como as razões primordiais às cadeias de conteúdo que, formadas a partir deles próprios, se espraiam pelas diversas regras e subprincípios até influir, diretamente, nas ações e decisões juridicamente baseadas.

Há, para além disso, um outro aspecto que queremos destacar na obra de Alexy e é importante para compreender como os princípios são estabelecidos no ordenamento, considerando seus perfis e tendo por foco, sobretudo, seus conteúdos. No caso, o papel das exceções e a consideração sobre o conjunto de bases textuais hábeis a munir o intérprete é relevante no sentido de se obter o teor do conteúdo de um determinado princípio.

37 No mesmo sentido, STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Pos. 1753. Versão Kindle; FERRAJOLI, Luigi. E constitucionalismo entre principios y reglas. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, V. 35, 2012. Pgs. 791–817.

Isso ocorre pois a sistemática que envolve a disposição dos diferentes conteúdos normativos que marcam o texto, em normas e princípios, é sempre considerada em conjunto tanto na interpretação quanto na aplicação. Uma regra aplica-se ou não aplica-se como solução jurídica de acordo com os pressupostos fáticos e jurídicos aferidos no caso. Estes últimos englobam as cláusulas de exceção, que são aferíveis de outras regras ou, ainda, da interpretação dos próprios princípios que, por vezes, podem representar esta limitação.

Em contrapartida, regras postas no ordenamento são, como visto, desdobramentos dos próprios conteúdos que se fundam em princípios do ordenamento. Desdobram e refinam seus teores, especificando a maneira pela qual se dá a solução e positivando-a. Quando isso não é feito, há trabalho a ser realizado para que se extraia a solução jurídica apropriada – que, como visto, demanda a transformação de um dado conteúdo de princípio em proposição, que assume a forma de regra e se aplica mediante subsunção.

O que se percebe desta dinâmica é que, na rabeira da relação de precedência e procedência entre princípios e regras, estas últimas, sendo elas positavações de tratamentos jurídicos específicos dados a partir de conteúdos fundados em princípios, compõem o universo normativo dos primeiros, em maior ou menos medida.

É assim que, considerando esta sistemática e o papel que o texto possui enquanto base de aferição para os princípios, é necessário, para sua identificação, um olhar que considere todo este universo normativo tal como posto, considerando o conjunto de dispositivos que circundam um dado conteúdo principiológico e fornecem as balizas de seu perfil.

Ao preceder o conteúdo de regras e inclusive de outros princípios, uma dada norma-princípio acaba por ser desenvolvida, retrabalhada e delineada pelo próprio legislador a partir das normas que a procedem. São elementos do próprio direito posto, que colaboram para revelar a dimensão e os meandros que compõem seu conteúdo em meio ao texto.

Deste modo que regras e normas colidentes contribuem para que seja alcançado um entendimento de até onde vai um dado princípio, onde ele se aplica, quais as formas pelas quais ele se aplica em diferentes situações, entre outros aspectos que são relevantes.

As contribuições da obra de Alexy são, sem dúvidas, mais extensas do que o que procuramos trazer. Não se busca, aqui, realizar um maior aprofundamento acerca das minúcias da concepção que faz do tema, ainda que seja essencial para um o alcance de um entendimento alargado. O objetivo deste capítulo deve se manter no esclarecimento da natureza, forma de funcionar e operar e no modo de identificar os princípios.

É assim que ressaltamos, de sua concepção, as importantes contribuições que traz para, a partir de um maior desenvolvimento que faz da definição e natureza dos princípios, colaborar para a compreensão de seu funcionamento em meio ao direito e da complexidade que envolve identificar os conteúdos que perfazem e marcam os princípios postos.

Como visto, remetemos sempre ao aspecto do próprio conteúdo como marca definidora e relevante dos princípios. Este é um ponto que será aprofundado na próxima seção do capítulo, na qual procuramos completar, para além do que já foi posto, o que contribui para a definição dos aspectos que temos por objeto.

Isso porque há certos traços do debate acerca do tema – sobretudo a partir do que foi visto até aqui – que reputamos devem ser corretamente dosados para que não impliquem um desvio do que é crucial. Muito disso reside em uma supervalorização no contraste com as regras. Ainda que tal diferenciação se faça relevante, exageros e más compreensões – sobretudo quando feita desprotegidas da relativização contextual – podem levar a atenção do que é central no tema para pontos que são secundários. É nestes termos que seguimos.

#### **1.4. A complexidade existente entre princípios e regras: o peso do conteúdo normativo veiculado**

Contraopondo-se a esta visão que parte de uma dissociação predominantemente qualitativa entre princípios e regras como base para defini-los, Luigi Ferrajoli atenta para traços do tema que, no caso dos plexos normativos previstos em Constituições rígidas, acabam por dar-lhe um outro contorno. São ponderações que se fazem relevantes ao empreendimento de identificação dos princípios em meio ao ordenamento jurídico, sobretudo tendo em vista a importância da delimitação de seu conteúdo para o correto entendimento dos impactos que acarretam ao direito.

No caso, Ferrajoli aponta que cindir princípios e regras exclusivamente a partir de um critério qualitativo aferido no caso de sua aplicação pode ser fonte de diversos problemas, que acabam por minar aspectos cruciais do constitucionalismo rígido: o enfraquecimento da Constituição e da hierarquia das fontes, bem como o aumento do subjetivismo, a partir da desvinculação de juízes à lei.<sup>38</sup>

Sua concepção acerca do tema parte da mesma base à qual se filia, por exemplo, Alexy, que toma as normas que veiculam e estabelecem os direitos fundamentais – as quais, no caso da teoria de democracia constitucional sustentada por Ferrajoli, são cruciais para a sua definição do constitucionalismo<sup>39</sup> – enquanto princípios, impassíveis de subsunção e, assim, consistentes em “mandados de otimização” aplicáveis a depender de condições fáticas e jurídicas. Neste sentido, o autor tece algumas críticas aos modelos que são elaborados a partir da qualificação em questão.

Pondera que, ao contrário do que se concebe a partir de visões como as citadas, normas que estabelecem e veiculam direitos fundamentais não seriam elas simplesmente – ou, melhor dizendo, tão somente – princípios, a se comportar de modo diferente de regras no caso de sua aplicação: em geral, são aplicadas quando regras, nos casos em que é avaliado seu cumprimento ou violação. Este é um primeiro alerta que Ferrajoli faz acerca de confusões sobre a própria noção de princípios enquanto mandados de otimização e sua associação à natureza normativa dos direitos fundamentais.<sup>40</sup>

O trato de Ferrajoli para com o tema, todavia, vai além de suas restrições à natureza das normas que estabelecem direitos. Neste sentido, traz alguns pontos importantes sobre a figura do princípio de um modo geral. Cabe, assim, observar como o autor concebe regras e princípios para melhor compreender as suas contribuições, sobretudo no que diz respeito aos objetivos que temos neste capítulo.

Neste sentido, regras, para o autor, são veiculações de conduta que configuram, a partir de sua estipulação, os atos nos quais consiste sua observância

38 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In* STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Livraria do Advogado, 2012. Pos. 325. Versão Kindle.

39 Conforme FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 2: Teoría de la democracia**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. Pgs. 21-31.

40 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In* STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Livraria do Advogado, 2012. Pos. 481. Versão Kindle.

ou inobservância<sup>41</sup>. Deste modo, são normas que possuem um aspecto delimitativo mais estrito, de modo a indicar, em sua descrição, o campo fático de seu cumprimento e/ou violação com uma maior precisão.

Percebe-se que Ferrajoli parte da noção de regra que é compartilhada pelos demais autores antes apontados, dando ênfase, todavia, à dimensão fática que permeia a própria inscrição da norma regra em meio ao ordenamento. A definição, neste sentido, tem sua razão sustentada no aspecto da veiculação de conduta descrita no texto. O seu próprio conteúdo posto expressa os elementos a serem observados no mundo fático que implicam na consequência jurídica em questão.

Princípios, de outro lado – e não sendo, estes, regras –, possuem dois tipos. O primeiro engloba os princípios diretivos, ou seja, aqueles qualificados pelo autor como normas que formulam objetivos políticos e que, neste sentido, não delimitam claramente atos de específica violação ou cumprimento. No caso, não fazem referência a condutas individualizadas, mas pautam-se por um dado resultado almejado<sup>42</sup>.

Os princípios diretivos têm sua estipulação, no caso, pautada pelos próprios conteúdos que os caracterizam, a denotar políticas e valores que, todavia, não indicam, de forma abstrata, condutas específicas que acabem por violá-los. Para estes, o autor reconhece a possibilidade de sopesamento, vez que não indicam contexto fático para aplicação. São, no caso, os mandados de otimização ao qual a condição de valores morais positivados é vinculada. A questão é que, conforme aponta, são raros os casos nos quais são previstos em meio ao ordenamento.<sup>43</sup>

Em geral, os textos constitucionais têm as normas centrais de seu plexo de princípios elaborado a partir de princípios regulativos, sendo estes aquelas normas que, fazendo referência a padrões de conduta, veiculam limites ou vínculos delineados a partir de sua própria estipulação, operando como regras. Ferrajoli aponta, neste sentido, dispositivos que abrigam normas que são, simultaneamente, princípio e regra.<sup>44</sup>

41 FERRAJOLI, Luigi. E constitucionalismo entre principios y reglas. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, V. 35, 2012. Pg. 801.

42 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª. São Paulo: Malheiros, 2019. Pg. 104.

43 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Livraria do Advogado, 2012. Pos. 485. Versão Kindle.

44 No caso do direito brasileiro e do próprio regime constitucional da educação, dá-se destaque aos princípios do ensino estabelecidos pelo artigo 206 do texto constitucional, em especial a gratuidade, conforme assevera, também, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos**

No caso, estes aplicam-se mediante subsunção, no sentido de “tudo ou nada” defendido por Dworkin e, assim, impassível de ponderação.<sup>45</sup> Conforme expõe Ferrajoli, são princípios cujo traçado normativo envolve a veiculação de comandos cujos casos de cumprimento ou descumprimento são aferíveis pelo intérprete e, na prática, aplicados como regras, mediante subsunção.

Este aspecto dos princípios reguladores acaba por permear todo o conjunto do ordenamento, retirando uma diferença existente no modo de aplicação dos princípios, em contraste com as regras. Por um lado, a aplicação do direito constitucional, enquanto no âmbito das veiculações deonticas, acaba por se distanciar, na prática, do que a dicotomia subsunção/ponderação aponta.<sup>46</sup> Por outro lado, porém, a identificação de conteúdos principiológicos e os traços que marcam seu papel em meio ao ordenamento acabam por exigir do intérprete uma maior sensibilidade, ao voltar sua atenção aos seus próprios conteúdos.

Isso ocorre porque o autor não descarta e nem nega, de forma total, a existência de uma diferenciação qualitativa entre os princípios e as regras. Todavia, sua doutrina atenta para uma maior complexidade que a temática abarca a partir da estipulação dos princípios por meio do texto, enquanto plataforma para veiculações de conduta. A partir de uma tal visão, deve-se atentar para o peso que possui o esforço de estipulação normativa, que, ao final, adota a forma textual de maneira instrumental. O fator determinante na identificação dos princípios, no caso, não é a forma adotada para introduzi-los no ordenamento, mas seu próprio conteúdo como tal.

Ferrajoli aponta que a diferença entre princípios e regras, tal como trabalhada pela doutrina em geral não é uma questão de estrutura de cada qual, mas se baseia muito mais no estilo da estipulação normativa – até porque, conforme se verifica,

**fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018. Pos. 10783. Versão Kindle.

45 No mesmo sentido entende ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª. São Paulo: Malheiros, 2019. Pgs. 72 e 89.

46 Em sentido semelhante, Humberto Ávila aponta uma maior complexidade no processo de sopesamento de razão para aplicação de regras e princípios, destacando, todavia, algumas diferenças existentes nos processos relativos a cada uma, porém demarcando, tal qual Ferrajoli, o fato de que, na prática, acaba por serem sopesados os critérios e contextos hábeis a fazer valer uma ou outra regra/princípio, nos casos de conflito (e não as regras/princípios em si). Neste sentido, regras e princípios aplicam-se de forma semelhante, enquanto normas jurídicas que são, diferindo apenas no que se refere ao grau de abertura estipulado textualmente e na forma de discurso estabelecido de modo a sustentar a aplicação de cada espécie, rejeitando a noção “tudo ou nada”/sopesamento enquanto divisória homogênea. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª. São Paulo: Malheiros, 2019. Pgs. 81-82 e 98-102.

esta diferença não se confirma na prática. No caso dos ordenamentos constitucionais, a grande maioria dos princípios são dispostos em meio a textos dos quais é possível extrair comandos normativos violáveis ou cumpríveis, tendo por traço marcante e diferenciador, com relação às regras, a sua própria formulação em meio a proposições que descrevam com precisão seus pressupostos de aplicação e a consequência estabelecida.<sup>47</sup>

O que se percebe é que a forma como ocorre a separação ente regra e princípio em meio ao texto ganha contornos menos evidentes no que se refere à sua aplicação. É justamente com um olhar para o ato de interpretar para aplicar e, acima de tudo, aplicar nos casos de conflito normativo, que autores como Alexy e Dworkin desenvolvem as teorias de princípios e sua repartição em relação às regras que se propagam pelos mais diversos pensamentos contemporâneos. Ferrajoli, neste mesmo ponto, demonstra que, por vezes, a aplicação de um dispositivo que abarca, em tese, princípios, se dá do mesmo modo prático que a aplicação daqueles cuja interpretação traz mais delimitada uma regra.<sup>48</sup>

Este aspecto traz um novo contorno, que deve ser considerado, sobretudo no que diz respeito à própria identificação dos princípios e das camadas de seu conteúdo. Este o ponto, destacado por Ferrajoli, que queremos pôr em relevo. Muito mais do que estrutura ou qualidade, é o próprio conjunto de conteúdos associáveis à principiologia constitucional que devemos observar quando do estudo dos princípios inscritos num ordenamento.

A interpretação a partir do conteúdo inserido na norma assume papel importante no reconhecimento de princípios e regras em meio ao ordenamento, de modo a situar sua natureza e forma de atuação com maior precisão do que a baliza do modo de aplicação de tais normas. Se identificar uma regra, pelo estilo da proposição, é tarefa que parece mais fácil ao intérprete, conjugar seu conteúdo de fundo com o conjunto substantivo estabelecido no universo normativo do qual faz

47 Exemplos são o princípio da igualdade e o direito à liberdade. No caso do princípio da igualdade, a sua violação faz com que este surja como regra, aplicada mediante cláusula de não discriminação. O mesmo se dá com a liberdade, a partir de qualquer cerceamento contrário às possibilidades delimitadas no ordenamento. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Livraria do Advogado, 2012. Pos. 481. Versão Kindle.

48 FERRAJOLI, Luigi. E constitucionalismo entre principios y reglas. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, V. 35, 2012. Pg. 801-807. No mesmo sentido, ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª. São Paulo: Malheiros, 2019. Pgs. 62-64.



parte é a tarefa a ser realizada por aquele que busca compreender uma dada principiologia.

Isso porque, a partir da correlação existente entre os interesses que ocupam o centro de sua estipulação normativa e o delineio dos contextos fáticos de seu cumprimento ou violação, o direito positivo acaba por abarcar um verdadeiro cenário de valores e interesses que preenchem o conteúdo dos princípios e, a partir deles, situam as normas tomadas como regras em um espectro de organização e regulação. O teor axiológico e as camadas de valor inseridas no ordenamento pelos princípios são o aspecto essencial para sua caracterização no conjunto do ordenamento.

A partir daí, a diferença qualitativa entre princípios e regras, no sentido de sua aplicação, deriva da própria diferença entre as suas naturezas, em meio a cenário no qual denota-se o aspecto de integridade e completude que os princípios representam em meio ao ordenamento constitucional. Se concebem os princípios em relação de vínculo com as regras, na qualidade de critérios de validade e transmissores de conteúdo. Enquanto regras delimitem somente um campo de aplicação num dado sentido de cumprimento e violação, a partir de uma dada conduta, a norma qualificada como princípio denota justamente o âmbito de valor por trás do comando disposto em regra.

É neste sentido que Ferrajoli, na esteira do que já viemos trabalhando acerca da natureza integrativa e da relação de precedência que os princípios exercem, aponta que “por trás de cada regra há um princípio”.<sup>49</sup> De fato, regras desdobram e situam o conteúdo de princípios jurídicos no sentido da normatividade pretendida, a regular a ação e vincular aqueles que estão sob a égide do direito positivo. Enquanto veiculações normativas – e, no caso, todas as normas que permeiam o ordenamento jurídico obedecem a este aspecto deôntico de algum modo –, os princípios abarcam vinculações e limites centrais ao ordenamento, alinhados à própria condensação de valores e interesses que o permeiam.

Percebe-se assim que, para a qualificação de uma dada norma enquanto princípio, há predominância do peso que tem o conteúdo posto com fins de orientar e fornecer bases para o desenvolvimento do conjunto do ordenamento, minimizando

49 ERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In* STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Livraria do Advogado, 2012. Pos. 478. Versão Kindle.

uma demarcação a partir da forma de aplicação ou, até mesmo, do estilo da norma como posta pelo legislador<sup>50</sup>.

Neste sentido, a forma de aplicação e as possíveis e variadas dificuldades hermenêuticas serão meras decorrências do conteúdo que preenche e caracteriza a norma em face do caso concreto. Neste ponto se insere o diferencial apontado por Ferrajoli acerca da diferença de estilo, pois dispositivos nos quais se apontam, de forma isolada, a existência de um princípio – sobretudo no caso do que o autor denomina como princípio diretivo –, não são hábeis a precisar fronteiras claras para os casos de seu cumprimento ou descumprimento. Em tais casos, será necessária a consideração de outras normas estipuladas no conjunto.

O que queremos reforçar, portanto, é o fato de que é a partir dos conteúdos que a norma jurídica abarca em sua estipulação que se torna possível, com seu reconhecimento enquanto razão axiológica transposta à normatividade jurídica, se identificar os princípios que regem um dado ordenamento. Normas princípios têm por traço distintivo a veiculação de plexos de valores, razões e fins, englobando estas nos dispositivos que as estipulam. Neste sentido, o papel integrador e a precedência que exercem estão ligados diretamente a estes conteúdos que lhes qualificam e demarcam sua natureza.

Com relação ao direito constitucional esse aspecto assume relevância ainda maior, porquanto o seu texto promove uma conexão entre a soberania popular, que sedimenta valores e interesses em meio ao direito, as limitações e vinculações que recaem sobre as instituições de Estado e a totalidade das camadas da sociedade.<sup>51</sup> No caso, a partir do delineamento de princípios, tem-se o conjunto dos valores e interesses que são sedimentados e positivados enquanto reitores do ordenamento jurídico.

O fato de isso se dar no âmbito de uma Constituição rígida tem o efeito de alçar tais valores e interesses a um patamar de superioridade normativa que condiz justamente com sua importância social e política. Deste modo, a primazia do plexo de valores abarcados pelos dispositivos que abrigam princípios constitucionais deriva, justamente, da sua própria positivação em meio a tal arcabouço.

50 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª. São Paulo: Malheiros, 2019. Pgs. 60-73.

51 FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Livraria do Advogado, 2012. Pos. 282. Versão Kindle.

Neste sentido, é de se destacar o papel que, sobretudo no caso constitucional, a hierarquia normativa desempenha.

O traçado do universo normativo relativo a um dado princípio, considerando o conjunto de dispositivos que o abarca e, assim, os diversos limites, exceções e especificações realizadas já pela própria textualidade do direito positivo, é marcado pelo fato de que tal delineamento se dá, em geral, no âmbito do mesmo diploma – no caso, da Constituição – em que se identifica o alicerce de tal norma. O legislador, ao estipular um dado conteúdo a partir de um núcleo normativo que contenha suas bases e, na sequência, irradiando-as para o decorrer das disposições deste diploma, estabelece, ele próprio, os limites e fronteiras de seu perfil normativo, moldando-o enquanto norma.

Ocupando a Constituição o patamar mais elevado no quadro normativo do ordenamento, as estruturas normativas por ela veiculadas absorvem os efeitos que tal posição acarreta, situando os princípios constitucionais, seus perfis e conteúdos, em um espaço de predominância normativa, a gerar precedência não apenas ao sistema ao qual são elemento, mas a todo o ordenamento.

Assim, à luz do que se viu quando abordadas as pontuações de Alexy, o esqueleto normativo de princípios é concebido em meio a um delineamento das razões, interesses e finalidades que preenchem o direito no campo das normas e do regramento por elas estabelecido. O conjunto de normas a impor condutas, esboçar instituições, veicular vinculações e limites à ação, entre outros comandos deônticos, é o campo hábil a se visualizar o traçado do perfil que um dado princípio assume a partir da concepção posta pelo próprio legislador.

Esse tipo de perfilamento, todavia, não ocorre por exclusividade do constituinte e somente em um mesmo plano de hierarquia normativa. O próprio legislador e os demais poderes constituídos acabam por especializar o conteúdo de um dado princípio ao legislar conteúdos desenvolvedores do tema. Todavia, o fazem de forma limitada e vinculada, de modo a não exercer, de fato, poder sobre o perfil jurídico do princípio constitucional trabalhado, mas sim realizando um esforço relevante de desdobramento normativo e transposição de seus conteúdos a níveis mais densos de faticidade.

Este circundamento básico, no caso, é inerente ao campo constitucional, de modo que só caberá à própria Constituição arrolar os conteúdos de interesse e valor e as formas como estes são postos e tracejados no ordenamento. É a Constituição a

vertente de garantia que circunda Ferrajoli ao apontar o traçado característico do constitucionalismo democrático, ou seja, a própria supremacia da Constituição em arrolar os valores e interesses que estão fora do alcance dos poderes constituídos.

### **1.5. Os três aspectos da natureza e do papel normativo dos princípios: carga axiológica, natureza deontica e função estruturante**

Cabe, agora, consolidar os elementos levantados na exploração ora realizada para, assim, formatar uma definição acerca dos aspectos que temos por objeto neste capítulo. O faremos, nesta seção, com relação à natureza e ao papel normativo dos princípios, sobretudo em razão da forma como ambos se entrelaçam. Na seção seguinte, abordaremos de forma mais específica a identificação dos princípios em meio ao ordenamento jurídico, alcançando um esboço de metodologia para tal.

Como se observa das visões aqui elencadas, princípios são veículos para valores, interesses e fins previstos em meio ao ordenamento. Este é um aspecto que os demarcam e, comumente, os diferenciam das regras, ainda que, na prática, a diferença e identificação de cada espécie normativa ganhe contornos de maior complexidade.

Para além do aspecto axiológico que os permeia, a natureza dos princípios, todavia, abarca o fato de veicularem, eles próprios, comandos deonticos a vincular o intérprete e, portanto, denotar a essência normativa que possuem. A camada axiológica se dá no sentido da veiculação de comandos alinhados a um dado circundamento de valores, interesses e fins estipulados, marcando o conteúdo normativo veiculado.<sup>52</sup>

No caso, conforme pontuam Dworkin, Alexy, Ferrajoli – em visão que, apesar de estar comportada em diferentes concepções acerca do tema é, hoje, pacífica –, os princípios são normas jurídicas que refletem conteúdos vinculantes e, deste modo, obrigam enquanto direito. O papel integrador já exposto refere-se exatamente a isso.

É possível, conforme vimos, extrair comandos diretamente do conteúdo de tais normas, de modo a regular relações em concreto. No caso, deve-se atentar,

52 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª. São Paulo: Malheiros, 2019. Pgs. 96-98.

para tanto, à adequada identificação de seu perfil e conteúdos, tarefa que será melhor abordada no tópico seguinte.

Ainda assim, são os conteúdos postos em princípios a primeira linha de vinculação advinda da dimensão sistemática do direito posto. A integridade que conferem ao ordenamento se dá a partir da normatividade basilar estabelecida por seus conteúdos. A natureza deôntica incrustada nos conteúdos que são veiculados por princípios implica que, a partir deles, os conjuntos de normas que permeiam tal arcabouço se ergam e se organizem.

É assim que, o se chama de princípios são, em resumo do que até agora foi levantado, normas que refletem os valores centrais e estruturantes do texto. Deste modo, para além da carga axiológica e do peso deôntico de tais normas, o terceiro aspecto que arrolamos como elementar à definição de sua natureza e, no caso, a expor seu papel no direito, é o efeito estruturante que possuem.

É na conjugação destes três elementos – carga axiológica, natureza deôntica e função estruturante – que compreendemos, para os fins deste trabalho, o que define e como operam os princípios em meio ao ordenamento jurídico e, sobretudo, à Constituição.

Cabe, aqui, rememorar o conceito elaborado por Celso Antonio Bandeira de Melo, que concebe princípio como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente para definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica que lhe dá sentido harmônico”.<sup>53</sup>

Tal conceituação – que é clássica e não sem razão –, prima, por expor a conjugação entre a dimensão axiológica que possuem os princípios, demarcando o conteúdo que lhes é próprio, o vinculante que exercem, enquanto normas que são, e o papel estruturante que possuem para com o ordenamento jurídico. De fato, é a partir da própria normatividade e natureza obrigacional dos princípios que deriva este papel estruturante que exercem. O resultado é a centralização de seus conteúdos como pontos a partir dos quais o arcabouço jurídico é erguido.

Mais do que sugerir valores e noções basilares a partir de uma indicação de relevância associada à sua própria qualidade, entende-se que o embasamento que

53 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32a edição. São Paulo: Malheiros, 2015. Pg. 54.

forneçam ao conjunto do ordenamento ocorre pelo seu próprio espraiamento pelo texto. É a partir deles que as camadas de dever ser, consistentes em veiculações de limites e vínculos à conduta, se desenvolvem, no sentido dos conteúdos que, a partir deles, definem a dimensão substantiva do ordenamento.

Ao se entender os princípios enquanto razões, bases, fundamentos ou quaisquer outras terminologias que sejam adotadas para ilustrar a relação de precedência que possuem em relação às demais normas que permeiam o ordenamento e vinculam a ação e criação, interpretação e aplicação do direito, está a se apontar o fenômeno normativo que implicam, de centralização de temas e conteúdos na malha de normas que representa o arcabouço jurídico, balizando-o. Sua natureza deôntica e as veiculações neles postas estabelecem justamente o sentido do papel que exercem enquanto alicerces do ordenamento, estipulando, a partir dos valores, interesses e fins que representam, as bases sobre as quais é erguida a ordem jurídica.

Assim, a natureza dos princípios jurídicos remetem à essência que seus próprios conteúdos assumem, de modo que: I) representam veiculações normativas das quais é possível extrair comandos jurídicos a regular a ação e a criação, interpretação e aplicação do direito; II) são polos de valor e posições substantivas que se põem na base do arcabouço jurídico; e III) se espraiam pelo texto de modo a sustentar normas que deles decorrem, mantendo, enquanto gênero, posição de ascendência normativa sobre o conjunto do direito.

Firmados estes pontos, cabe abordar, a seguir, a identificação dos princípios em meio ao ordenamento jurídico. É necessário ter em mente a essencialidade do aspecto substantivo de tais normas não apenas para a compreensão de sua natureza, mas, superado este aspecto, à própria interpretação normativa e sistemática do ordenamento.

O desafio que se coloca diante do intérprete no que se refere aos princípios em meio ao texto constitucional torna-se assim, sobretudo, um desafio que depende da inteligência acerca da delimitação e identificação dos contornos que perfazem o universo normativo hábil a expor a dimensão de conteúdo procurada. Portanto, resta compreender melhor os meandros deste proceder.

## **1.6. A identificação dos princípios em meio ao texto da Constituição**

O que se deve ter em vista é que, ao trabalhar o tema dos princípios jurídicos, se está tratando de uma noção que se estabelece e se desenvolve a partir do suporte no próprio texto normativo. É do texto que se extrai o conteúdo a ser assim associado e, somente então, descritos e estudados seus efeitos e particularidades.

Daí que, dada a natureza do próprio texto normativo, com seu caráter de sistematicidade e as complexidades que abarca e impõe ao intérprete, os conteúdos que se perfazem normativamente em princípios não se colocam de forma única em meio a um traçado textual.<sup>54</sup>

Ao encarar um determinado arcabouço normativo, é cabível perceber múltiplas possibilidades de alocação dos princípios, considerando seus perfis normativos, em meio suporte textual oferecido pelo direito posto. Não são os princípios normas cuja identificação se dá a partir de estruturas sempre semelhantes, a seguirem um padrão próprio.

Por vezes, se identifica um dado conteúdo normativo circundado como princípio em um único dispositivo, a incorporar de forma mais reservada seu perfil. Noutras vezes, o alcance de um dado perfil principiológico depende da interpretação conjunta de múltiplos dispositivos, de maneira que, a partir da composição de correlações e da aproximação entre estes, é possível atingir um delineamento da parcela de conteúdo que o identifica.

Este é um aspecto que, inclusive, remete à própria ideia de suporte institucional antes citada, refletindo o fato de que, se os princípios se fazem presentes enquanto padrões a orientar o próprio direito e o ordenamento, seu reconhecimento depende de atenção a uma conjugação de elementos complexos.

No caso do direito brasileiro, tal como é comum a países cuja tradição segue os padrões de *civil law*, é evidente que estes elementos terão um maior apoio no texto. Ainda assim, é necessário um esforço de atenção à própria complexidade do texto e de sua sistemática para, mais do que denotar parcela de conteúdo a identificar um princípio, encontrar o suporte deste princípio enquanto base estrutural e vinculante do próprio ordenamento.

54 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª. São Paulo: Malheiros, 2019. Pgs. 62/64; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle. Pos. 478. Versão Kindle.

É certo, dada essa própria complexidade que é inerente ao direito e à interpretação, que o perfilamento exato do conteúdo de um princípio jurídico é tema que, naturalmente, se faz aberto ao debate e sustentação em meio à dogmática jurídica. Ainda que, por vezes, se entenda que um dado princípio abrange conteúdo mais largo, poderão haver divergências num sentido contrário. Este fator impacta a parcela textual a partir da qual é realizado processo hermenêutico, porém é inerente à natureza argumentativa que o permeia.

É assim que a identificação e compreensão dos princípios é tarefa de interpretação pura, na qual se destaca, conseqüentemente, a carga argumentativa que a engloba. Identificar determinado princípio implica, também, defender tal perfil e tal conteúdo em meio ao processo interpretativo e as multivisões que ele permite. Este é um dado que deverá sempre se ter em conta. A questão aqui destacada quanto à identificação de perfil e conteúdo dos princípios, todavia, está além deste ponto, que é inerente à interpretação jurídica como um todo.

No caso, o que quer se expor é o fato de que, conforme os princípios jurídicos dependam necessariamente de um processo hermenêutico que identifique o circundamento de seu perfil normativo, o olhar que se deve ter para o texto legal, enquanto este é o produto da atividade que positiva as substâncias, formas e direções que deverá ter um ordenamento democrático, é fundamental. Neste sentido, olhando especificamente para o ordenamento constitucional, deve-se sempre ter atenção à natureza sistemática do texto constitucional para o delineamento normativo almejado. O texto é base mais primordial do qual deve partir o intérprete para identificar quais princípios dado arcabouço abarca e como tais normas o conformam e estruturam. É nele que os princípios se situam e se desenvolvem.

No caso, a predominância de texto legal enquanto marco interpretativo das normas acaba por modular o próprio campo argumentativo existente em meio ao processo de identificação e definição de perfil e conteúdo de princípios – este que é tão marcante nos trabalhos de Dworkin e Alexy, por exemplo. Isso porque é a partir da consideração do texto e dos limites que este oferece ao intérprete que se faz possível empreender processo hermenêutico e argumentar no sentido de um dado perfil e conteúdo relacionado a um princípio. Tudo parte do texto e é por ele limitado.

O texto legal, neste sentido, deve ter seus traços e dimensões próprias considerados. No caso, temos o texto constitucional brasileiro como campo de



observação. Assim, cabe apontar que, em meio ao ordenamento e, especificamente, a um diploma que institui sistema normativo em um regime que lhe é próprio, o texto é via a partir da qual esta sistemática é estabelecida. Considera-se, portanto, o conjunto de dispositivos que perfazem um dado ordenamento como o suporte físico, para além das próprias normas, da dimensão sistemática que existe entre elas.

Neste sentido, a circunscrição primária, a ser feita pelo intérprete, a partir do texto normativo, para identificar o perfil de um dado princípio em meio ao ordenamento jurídico e, a partir daí, extrair o seu conteúdo normativo, ocorre em duas dimensões. É certo que estas não se configuram em um processo propriamente dito, sendo aqui separadas com o fim de ilustrar as considerações necessárias para o alcance de um conteúdo em meio ao texto normativo, porém sem impor uma relação de estrita progressão entre elas, como etapas. Ainda assim, são duas dimensões que devem ser consideradas pelo intérprete.

Na primeira dimensão, para a identificação e conhecimento da extensão básica de sua envergadura no direito positivo, deve ser considerado o conjunto de normas relativas a ele, instituídas pelo legislador de modo a compor seu universo normativo e, para além disso, tangenciá-lo. É uma avaliação de extensão que deve considerar todas as normas que impactem, a partir do próprio texto, o campo do princípio em tela. Frisa-se, neste primeiro ponto, os conteúdos axiológicos que, veiculados no ordenamento, por vezes não se concentram em um mesmo dispositivo e são difundidos a partir de diferentes comandos normativos que os especificam e desdobram.

Assim, deve ser feita uma avaliação de amplitude da base textual. O ordenamento jurídico – e, no caso, a Constituição – sendo elaborado enquanto sistema, estabelece cargas de dever ser relativas ao perfil de um dado princípio em diversas intensidades, sendo mais ou menos objetivas e mais ou menos interdependentes. Consideradas em conjunto, compõem camadas de vinculação, por vezes, nos âmbitos de diversos dispositivos. Assim, portanto, deve o intérprete tomar noção das implicações que o conjunto normativo acarreta para delimitar as próprias balizas, limites e fronteiras que compõem o campo de um determinado princípio em meio ao texto.

Deve-se destacar que tal consideração cabe ser feita de acordo com a própria aplicação para a qual se busca o conteúdo principiológico, nos casos em que se considera tal contato com dada faticidade. Não se está dizendo que somente no

caso da aplicação em concreto é que se faz possível e identificação do perfil de uma dada norma princípio; busca-se colocar que, a depender da aplicação em tela, determinados aspectos que permeiem o universo de determinada norma são relevantes para demarcar uma fonte de interesse do hermeneuta e que, em outras situações, estes mesmos aspectos não afetariam o campo normativo relacionado.

É necessário, portanto, um grau de sensibilidade para extrair do texto legal o sentido que exceções, fronteiras de aplicação e específicos desdobramentos normativos adotam, conforme o caso que os faceia. De fato, o direito estabelecido no campo da norma tem, por fim último, o contato com a faticidade. Este mesmo aspecto se confirma no próprio trabalho de interpretação. Não se pode deixar de considerar, deste modo, o impacto que o campo fático possui na seleção do próprio objetivo do processo interpretativo.

Num segundo nível, o intérprete é balizado pelos limites semânticos do texto. De fato, o texto legal, base para o trabalho do intérprete, comporta diferentes interpretações. Por mais que exista uma zona de penumbra acerca de determinado conceito fixado<sup>55</sup>, é certo que este possui limites mínimos e máximos para até aonde pode se dirigir o intérprete na busca por seu perfil e conteúdo. Neste caso, o texto não pode ser esgarçado para além das zonas de certeza, o que implica dizer que o intérprete não poderá simplesmente ressignificar o texto jurídico para além daquilo que foi fixado com clareza pelo legislador.

Humberto Ávila, em reflexão sobre a questão, conclui que há uma compreensão mínima, intersubjetiva, formulada por todos aqueles que com a linguagem têm contato<sup>56</sup>. No caso de uma constituição democrática escrita, cujo texto deve ser acessível a todos os membros da comunidade, esse limite é ainda mais expressivo, visto que a fronteira semântica deve guardar uma correlação com aquilo que é compreensível e aceito nos parâmetros desta comunidade.

Deste modo, portanto, verifica-se a identificação dos princípios em meio ao ordenamento constitucional é tarefa que, em muito, se dá em posição afastada do campo da subjetividade individual, tendo na dimensão da esfera pública coletiva uma baliza relevante. É esta, inclusive, que possibilita e move o controle intersubjetivo da interpretação e aplicação jurídica. Antes disso, todavia, os

55 Conforme é exposto acerca da linguagem em geral e sua presença no direito em CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Editora Abeledo-Perrot, 1990. Pgs. 26-33.

56 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª. São Paulo: Malheiros, 2019. Pgs. 55-56.

parâmetros já estabelecidos a partir do conjunto textual democraticamente posto mantêm a argumentação acerca do perfil e conteúdo dos princípios constitucionais ligada ao próprio universo do processo de criação de consensos e posituação que permeia não apenas o direito constitucional, mas o próprio processo político.

Tendo em vista a necessidade de consideração do conjunto dos dispositivos e dos limites semânticos do texto, cabe avançar no tema. Neste sentido, a complexidade deste processo de identificação dos princípios na Constituição, bem como de seus efeitos em meio ao texto, é marcada pela necessidade de consideração de múltiplas realidades normativas que, no caso, se desdobram em tal arcabouço.

O constituinte, ao desenvolver determinado universo normativo a partir dos conteúdos que se moldam num dado princípio, o faz em camadas que envolvem o circundamento axiológico de valores e fins, a colocação de vinculações específicas em diferentes níveis de contato com a faticidade e, por fim, desdobramentos contextuais do plexo axiológico central, ao longo do texto.

Desta maneira, há que se dizer que os princípios constitucionais oferecem não apenas base para estruturar o texto mas, como frisa Celso Antônio Bandeira de Melo, dotam o ordenamento do “espírito” que lhe é próprio. Tal estruturação é feita mediante um processo que, coligando diferentes posições normativas existentes no sistema constitucional, permite estabelecer a fonte de onde o conteúdo principiológico irradia e os pontos que consistem em sua própria irradiação.

É neste sentido que se vislumbra que, da própria relação de precedência entre os princípios e as regras – tomando os primeiros a partir dos conteúdos axiológicos neles emanados e as segundas como aplicação contextualizada de seus comandos – deriva o fato de que os princípios jurídicos e, sobretudo, os princípios constitucionais, comportam uma divisão, observada na sua base textual, entre os dispositivos que abarcam o núcleo normativo da norma princípio e as demais normas que tangenciam este.

Em outras palavras, a metodologia adotada, em geral, no direito positivo a cuja estirpe a Constituição se filia, estabelece os princípios no ordenamento a partir do desenho de um núcleo normativo. Este, no caso, contém os elementos axiológicos e materiais que estabelecem e enunciam uma base de conteúdo da norma princípio, e, a partir de si, com o desenvolvimento das decorrências, desdobramentos e especificações de sua carga axiológica, baliza o desenho dos

demais dispositivos a abrigar regras e princípios derivados, que tangenciam o núcleo em questão e compõem o seu universo normativo. Neste sentido, conjuntos de regras e também outros princípios desdobram os interesses, razões e fins basilares que se assentam nestes núcleos axiológicos.

No caso das dimensões de consideração interpretativa acima circundadas, é este aspecto que deve ser tomado em consideração. Busca-se delimitar, ao procurar o perfil de dado princípio, as fronteiras entre sua base de conteúdos axiológicos, que demarcam propriamente sua natureza enquanto tal, e os demais conteúdos que auxiliam, desdobram e reforçam tais cargas.

Para o caso da interpretação e, tendo em vista a forma como são dispostos no texto, todavia, a relação entre o núcleo que perfaz o conteúdo dos princípios e as demais normas que compõem o conjunto do ordenamento não é uma mera via de mão única, de modo a serem os princípios compreendidos como bases para o resto das normas postas e, estas, meras receptoras de cargas que irradiam os primeiros.

As normas que se situam para além do núcleo que identifica um dado princípio possuem importância na identificação de seu conteúdo. A inteireza do teor de um dado princípio não é extraída tão somente da interpretação do que se entende como seu núcleo normativo, mas a partir da consideração, também, dos dispositivos que compõem a totalidade de seu universo.

Deve-se tomar que conta que, para além de representarem ao intérprete os vetores e vias de compreensão do ordenamento, os princípios consistem, eles próprios, em vetores da própria ação criadora do legislador.

Enquanto autor do conjunto de dispositivos que compõem um dado arcabouço, o legislador acaba por dispor, ao procurar ordenar tal norma, reflexos e irradiações que, ao cabo, acabam por materializar o conteúdo dos princípios. Se, a partir de um dado princípio é posta uma regra ou um princípio especificador, seu conteúdo e sentido derivam do núcleo de conteúdos do princípio maior, em lógica que guia o legislador e, num segundo momento, guia o próprio intérprete.

Neste sentido, o legislador deposita, no conjunto das normas que perfaz o ordenamento, desenvolvimento pormenorizado, à luz do conteúdo axiológico que orienta sua ação, de modo a: I) antecipar soluções de direito diante da base axiológica desenhada, balizando o campo deixado à atividade hermenêutica; e II) a partir da positivação destas, criar normas hábeis a precisar a interpretação

adequada dos limites, vias e, assim do próprio perfil dos princípios que fundam tal arcabouço.

Desta maneira, o legislador acaba por, ao atuar na criação de um dado universo normativo com base em um plexo de princípios, criando conjuntos de regras e montando sistemas que compõem o ordenamento, oferecer substrato para a identificação do conteúdo axiológico que é positivado, apontando as exatas vias de aplicação a partir das próprias normas que vinculam o intérprete e, neste sentido, os espaços que o conteúdo do princípio ocupa.

No caso, é de se destacar não a centralidade de um determinado dispositivo a ser identificado com um princípio – até porque viu-se que esta não é a forma pela qual tais normas podem ser concebidas –, mas a centralidade do próprio conteúdo axiológico neles abarcados. O seu conteúdo normativo, a ser perfilado e identificado, se espraia pelo conjunto do texto, de modo que é necessária uma visão larga acerca dos desdobramentos, especificações e derivações distribuídas no arcabouço em que se situa o princípio sob análise.

Esse aspecto, que toma por base a noção de integridade do ordenamento para o processo de identificação do perfil e conteúdo dos princípios, é marcante no caso do direito constitucional brasileiro, porquanto o constituinte fixa ele próprio um rol introdutório ao texto, o qual denomina expressamente como sendo seus princípios fundamentais, fazendo o mesmo ao arrolar princípios logo na abertura de certos capítulos e seções do texto constitucional.

Deste modo, os conjuntos das normas que arrolam direitos, estabelecem deveres e erguem estruturas institucionais ao longo da normatividade constitucional acabam por desenvolver, elas próprias, o conteúdo dos plexos de valor abrigados nas normas expressamente fixadas como princípios. Estes, portanto, obtêm precedência normativa diante do conjunto do arcabouço constitucional. É uma mecânica que o texto, de forma expressa, adota.

Um último ponto que deve-se considerar, todavia, refere-se à própria sistemática, prevista no texto constitucional, pela qual se dá a sua modificação. Estas depositam no arcabouço em questão um regramento, que, estabelecendo de camadas de proteção, acabam por pautar aspectos normativos cujo sentido deverá ser respeitado.

No caso, a possibilidade de se modificar o teor do texto e o reflexo que isso possui no desenvolvimento dos diferentes conteúdos axiológicos implica em uma

maleabilidade destes, evidentemente que sob limites postos pela própria Constituição. São os princípios dispostos a partir de enunciados que, por vezes, são mutáveis, de modo que ficam seus perfis e o correlato conteúdo, em alguma medida, abertos a modificações.

Um dado princípio, portanto, pode ter seu próprio teor modificado, sendo alterados os conteúdos que o identificam a partir de movimentações no seu núcleo normativo ou nas normas que, a partir dele, desdobram seu conteúdo e compõem suas fronteiras e desdobramentos.

É possível vislumbrar, dentro da sistemática constitucional, conteúdos aos quais são conferidas garantias e, de forma prática, protegidos, de modo a ter uma maior solidez em seu aspecto material. É o caso, por exemplo, de conteúdos resguardados pelo sistema de cláusulas pétreas e dos demais limites à ação do constituinte derivado. Estes são elementos que acabam por colaborar com a identificação dos núcleos de conteúdos predominantes em meio ao texto normativo, influenciando no alcance e, de certo modo, debate acerca dos princípios que orientam a Constituição.

Neste sentido, se de um dado conjunto de conteúdos, que permeiam o universo de um dado princípio e são relevantes para se estabelecer sua identidade normativa, um grupo dentre estes possui proteção por via de cláusula pétrea – ou, ainda, outras camadas de garantia –, é cabível observar que este grupo compõe um campo de maior solidez no perfil de tal princípio. Demais conteúdos, por sua vez, ficam passíveis de modificações, que, resguardado este núcleo, poderão impactar na compreensão acerca dos limites e feições do princípio em questão.

Não cabem aqui, todavia, maiores aprofundamentos neste aspecto, para além de expor o fato de que, por vezes, certos conteúdos axiológicos possuem maior estabilidade do que outros, a eles sendo fixadas maiores garantias. Este é um dado que impacta a interpretação e deve ser considerado sobretudo ao tomar-se conta de que os princípios não são figuras estáticas e rígidas, ao contrário do que se poderia entender a partir de sua função estruturante e peso em meio ao ordenamento.

De todo modo, a interpretação que vise o alcance do conteúdo de um dado princípio constitucional demanda atenção sobre o conjunto dos dispositivos que perfazem seu universo de aplicação, permitindo identificar o rol de conteúdos que compõem seu núcleo normativo e, assim, compreender o sentido de sua postura em meio ao arcabouço constitucional.

O núcleo normativo conterà uma expressa carga matriz de valores e conteúdo que, compondo seus traços fundamentais, se desdobram para outras normas. É, assim, uma base a partir da qual o legislador estabelece as bases de um determinado princípio. Estas oferecerão sustentáculo interpretativo para contribuir com a identificação de limites, modos de aplicação, exceções e valorações a compor o conteúdo jurídico de tal princípio.

O olhar do intérprete deve se voltar pra o conjunto de disposições, entre artigos e incisos, a compor a base textual da qual se extrai este conteúdo. Em alguma medida, todas as normas do universo de aplicação de um dado princípio, em determinado arcabouço, para além do núcleo normativo deste princípio, acabam funcionando como suporte para o delineamento, pelo intérprete, de seu perfil jurídico.

### **1.7. Os princípios fundamentais: natureza e papel do rol de dispositivos do Título I**

Demarcados e trabalhados os três aspectos acerca dos princípios que entendemos necessários para explorar o tema da inclusão em meio ao traçado constitucional brasileiro e de seu princípio republicano, é cabível avançar sobre um ponto que, com relação a este tema e a Constituição de 1988 é, como já mencionado, especial: os princípios fundamentais inscritos no Título I do texto constitucional.

Cabe afirmar, no entanto, que os conteúdos e sentidos trazidos pelos dispositivos em questão serão objeto de capítulo posterior. Aqui, o objetivo é abordar a existência e papel do próprio rol em meio ao texto constitucional, considerando sua posição relativa ao texto constitucional e à inteireza do ordenamento para assim prosseguir no entendimento acerca dos conteúdos ali estabelecidos.

É necessário pontuar, novamente, que a presença de um exposto rol de princípios reitores do texto – e, no caso, do próprio ordenamento jurídico brasileiro – não é um dado comum em meio aos diversos constitucionalismos contemporâneos, ao menos não da forma pela qual o texto constitucional brasileiro o faz. O conteúdo disposto em meio aos dispositivos do Título I representa verdadeiros núcleos substantivos a exercer um papel de base normativa que ordena todo o conjunto de

normas e garanta forma e perfil próprio à Constituição de 1988. Assim, consistem em balizas importantes para o intérprete.

Sem dúvidas, à luz do que se viu, não é o mero arrolamento expresso de um dado princípio, pelo texto normativo, a via adequada para, singularmente, definir quais normas princípios balizam um dado ordenamento. É relevante, para aferir conteúdo, perfil e, por vezes, a própria existência de um dado princípio, uma análise sistemática de um dado ordenamento. Os princípios balizam, estruturam e preenchem; assim, são identificados a partir da aferição e compreensão de seus efeitos balizadores, irradiadores de sentido e estruturantes, ainda que não tenham sua face expressamente arrolada pelo texto.

Ainda assim, há casos nos quais o constituinte expressamente aponta um dado princípio, denotando sua existência, antecipando sua natureza e, indicando, desta maneira, um dado regime ao qual tal norma se filia, ou seja, enquanto princípio que é. Certamente, isso não se dá sem razão. É relevante que dado princípio seja expressamente estabelecido.

Em primeiro lugar, arrolar expressamente um princípio de determinado sistema oferece uma importante baliza interpretativa para identificar conteúdos e elementos centrais e estruturantes. Segundo, oferece uma camada de proteção a essa norma e a seu conteúdo. Em terceiro lugar, porque situa esta norma com maior precisão em meio ao sistema, denotando o peso e o impacto dos conteúdos que a compõem. Estes são três efeitos relevantes da existência e do desenho do rol de princípios fundamentais da Constituição da República.

É necessário entender, à luz do primeiro ponto, que o rol de princípios fundamentais tem um importante papel no que diz respeito à interpretação do texto constitucional, como um todo. São eles arrolados expressamente, logo na abertura do texto, e denominados fundamentais, justamente porque são, eles, a base de conteúdos e vetores do sistema normativo ali inaugurado.

É de destacar o fato de que, enquanto o constituinte os estabelece em tal posição topográfica, acaba por fazer uma opção no âmbito do conteúdo que vincula e orienta as dimensões do texto, seja no que diz respeito aos conteúdos dos direitos e deveres nela estabelecidos, seja no que concerne à dimensão de estruturação institucional que o a Constituição realiza. São eles a base axiológica mais relevante não apenas da Constituição mas do direito brasileiro, centralizando temas e estruturas e, expressamente, dotando-as de relevo.



É certo, todavia, que não são os únicos conteúdos axiológicos a comporem este rol de normas basilares. Há princípios implícitos que, pela sua posição lógica, compõem com eles este núcleo fundamental, como, por exemplo, ocorre o princípio da segurança jurídica, que é elementar à própria natureza do direito e da ordem normativa, tendo seu perfil e conteúdo majoritariamente implícito às estruturas de garantia estabelecidas no texto.

Os princípios fundamentais representam temas e conteúdos aos quais procurou o constituinte estabelecer de forma expressa, de modo a dar ao intérprete a dimensão substantiva do que compõe, orienta e move a ordem normativa e a ordem política conforme constitucionalmente estruturada, no Brasil. São temas os quais o constituinte fez questão de dispor em meio ao grau mais elementar da ordem jurídica.

Neles estão contidos, expressamente, fundamentos, objetivos, estruturas jurídico-políticas fundamentais, a estabelecer forma e conteúdo da ordem constitucional e, assim, fincar as bases a partir das quais é ela desenvolvida. Possui, portanto, um marcado papel de baliza interpretativa, ao dispor expressamente conteúdos fundamentais à ação e à criação, interpretação e aplicação do direito desde a própria Constituição.

Em segunda lugar, é cabível apontar que, ao estabelecer um rol de princípios fundamentais, o constituinte acaba por elencar conteúdos a cuja presença normativa é garantida proteção a partir de sua colocação em camada que é, necessariamente, elevada do ponto de vista hermenêutico.

Para além dos instrumentos e mecânicas próprios que o texto prevê enquanto garantidoras de proteção de diversas normas constitucionais em relação a outras e, ainda, para além dos traços que são próprios do regime jurídico de direito constitucional enquanto garantia das matérias e formas que dele fazem parte – fatores de garantia que serão abordados e aprofundados em capítulo posterior –, o fato de o constituinte circunscrever temas e formas a consubstanciarem pressupostos do perfil e mecânicas que são inerentes ao texto acarreta que o plexo normativo ali estabelecido fique delimitado enquanto componente crucial destes.

Por sua posição enquanto base de sustentação normativa de conteúdos e estruturas delineadas ao longo do texto constitucional, vários dos temas e dispositivos tratados nos princípios fundamentais são expressamente englobados à sistemática das cláusulas pétreas, como é o caso da separação de poderes e, também, de

elementos inerentes ao modelo político-democrático, como o voto. O conjunto, no entanto, implica na compreensão dos temas e estruturas ali postos enquanto fiadores do perfil e lógica que são próprios do ordenamento estabelecido na Constituição de 1988.

Assim, há que se falar em uma predominância hermenêutica que os princípios fundamentais têm enquanto bases primeiras de compreensão e interpretação do sentido e conteúdo do direito constitucionalmente estabelecido. Não se pode compreender um dado efeito, ato ou ação jurídica de modo a contrariar o conteúdo do que é posto enquanto princípio fundamental. Há uma proteção, que é própria a estes temas, que se dá por vincular qualquer atividade de aplicação e interpretação, enquanto balizas do que é estabelecido como espírito do direito constitucional.

Em terceiro lugar, fica destacado que o rol de princípios fundamentais existe enquanto campo indicador dos temas que se sobrepõem e são demarcados enquanto fundamentos, balizas e objetivos a permear a ordem jurídica e política constitucionalmente delineada a partir da ótica do seu próprio conteúdo. São conteúdos os quais o constituinte posiciona em especial lugar dentro do arcabouço jurídico.

Os dispositivos ali postos funcionam justamente como núcleos normativos de princípios que conformam e orientam não apenas as estruturas normativas, institucionais e sistemáticas que permeiam a Constituição brasileira, mas os próprios conteúdos, valores e fins que ela busca prestigiar e ao redor dos quais estabelece suas normas. O arrolamento de um rol de princípios fundamentais posiciona tais temas e os qualifica em meio à sistemática do direito brasileiro.

Daí o próprio peso que possui o fato de o constituinte estabelecer expressamente fundamentos, objetivos, princípios que regem as relações internacionais, dentre outros tópicos demarcados no Título I. Ao fazê-lo, o constituinte está posicionando tais temas, pactuados mediante o processo político democrático, em meio ao núcleo axiológico do ordenamento constitucional e, assim, à ordem política por ele delineada.

A expressa disposição dos princípios fundamentais da Constituição de 1988 acarreta efeitos diretos ao traçado de valores e estruturas primordiais ao desenho da própria ordem política. Como dito, fornecem base às dimensões que a Constituição trabalha, no que se refere ao desenho institucional, aos róis de direitos e deveres,

aos limites e garantias que o direito estabelece a seus fins. Tais princípios abarcam, eles mesmos, os próprios fins da ordem jurídico-política brasileira, delineando os horizontes para os quais tais dimensões do direito constitucional são moduladas para se voltar. É a partir daí que demarcamos a importância que este rol possui para com a compreensão do princípio republicano.

Conforme será trabalhado no próximo capítulo, o princípio republicano possui relação direta com o próprio arrolamento de fins e estruturas do modelo de Estado, a demarcar a razão do ordenamento e da ordem política. Falar em República e, sobretudo, em princípio republicano, mais que remeter às estruturas e garantias de um dado modelo de Estado, remete às próprias razões, bases de conteúdo e elementos axiológico que permeiam esta dada forma. O direito constitucional brasileiro, ao dispor os campos que permeiam tal norma, não faz diferente. De fato, temos aqui a pretensão de trabalhar o princípio republicano da Constituição brasileira de 1988, conforme é por ela trabalhado e conforme ela o concebe.

Assim, veremos que as estruturas, temas e conteúdos que são arrolados e demarcados no rol de princípios fundamentais são essenciais para esta tarefa. No caso, os dispositivos que perfazem o rol em tela constituem verdadeiros núcleos normativos aos elementos que compõem o princípio republicano da Constituição de 1988, a ser desdobrado pelo texto. Tais elementos serão aclarados no próximo capítulo, no qual procuramos apresentar uma definição acerca da república para, posteriormente, avançar para o trato próprio que a Constituição brasileira dá ao tema.

## 2. A noção abarcada pelo termo “república”

### 2.1. Aspectos introdutórios

República é elemento normativo da Constituição, previsto desde o *caput* do artigo 1º, fazendo-se presente também em diversos outros de seus dispositivos. Desde a menção no próprio título do texto constitucional, enquanto nomenclatura adotada para se referir ao Estado brasileiro, a noção de república marca o arcabouço em questão em uma série de referências que demandam uma detida atenção, de modo a adequadamente compreender seu teor normativo, considerado contexto e sentido nos quais são dispostas e a variabilidade que estes, ao longo do texto apresentam.<sup>57</sup>

No caso, república é termo que, a depender do ponto de vista, será conceituado de distintas formas em meio ao estudo do direito constitucional, o que acarreta em diferentes impactos no conteúdo do princípio republicano e em seu papel com relação às dinâmicas que são próprias ao ordenamento brasileiro. Seu efeito, assim, perpassa a qualificação política da sociedade e do Estado, por meio do próprio ordenamento jurídico. Todavia, não é simples sua definição.

Em uma primeira aproximação do tema, até mesmo para além do âmbito da constituição brasileira, é possível notar certa dificuldade em se apontar um conceito de república, tendo em vista as múltiplas concepções existentes para o termo, em meio a uma figura que nasce e se desenvolve a partir de diferentes pontos no curso da história, com longevidade.

De fato, a concepção acerca da república surge em meio aos debates e idealizações sobre as formas de governo, a institucionalização e racionalização do poder e, sobretudo, as vias e balizas que este está vinculado. Tem-se, aqui, o contexto no qual é o tema trabalho, mas uma adequada aproximação de sua definição e de seu conteúdo requer uma análise mais detida. O ideário republicano – considerado aqui como todo o conjunto de concepções e elaborações que contribuem para o desenvolvimento do tema, ao longo da história – é complexo, composto por diferentes camadas trabalhadas em muitas frentes, desde o campo da

<sup>57</sup> Neste sentido, conforme trabalha Fernando Facury Scaff ao buscar compreender o sentido terminológico das diferentes expressões do termo em Orçamento Republicano e Liberdade Igual: Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Pgs. 205/220.

filosofia até a própria ciência jurídica – que o qualificam como objeto de estudo destas e, ainda, de outras áreas do conhecimento. O que fica demarcada é uma trilha analítica que denota a república enquanto elemento que, simultaneamente, abarca dimensões filosóficas, políticas, jurídicas, entre outras possíveis.

As diferentes abordagens potenciais permitem alocar múltiplas posições para o estudo da noção de república, destacando múltiplos pontos de interesse e colaborando para o alcance de uma visão ampla acerca dela. Tratando-se este de um trabalho voltado ao estudo dos aspectos jurídicos e, especificamente, constitucionais da noção de república, procura-se, no presente capítulo, iluminar os meandros que o termo comporta a partir daquilo que é abarcado pelo direito, de modo que se possa ter dimensão da forma como são incorporados no traçado que a Constituição brasileira faz, desenhando perfil e conteúdo de seu princípio republicano.

Deste modo, longe de qualquer pretensão dentro do campo da história ou da filosofia política, busca-se arrolar as características próprias que perfazem a noção de república, consolidadas em meio ao conjunto deste ideário, a serem introduzidas no campo do direito positivo e por ele assimiladas e, assim, permitir entender como se articulam e se comportam, perfazendo o tema enquanto norma jurídica em meio ao sistema normativo constitucional. Portanto, é interessante partir, ao buscar um circundamento de perfil e conteúdo de tal princípio constitucional – o qual, se adianta mais uma vez, tem larga incidência normativa e, inclusive, textual –, da noção geral de república, conforme trabalhada e desenvolvida pelos contextos teóricos, filosóficos e juspositivos aos quais o constitucionalismo brasileiro é filiado. É essa a razão pela qual inicia-se com uma aproximação de definição do termo em si para, a partir de então, compreender sua dimensão jurídico positiva.

Aqui cabe frisar um aspecto relevante. A república é um tema elaborado e desenvolvido ao longo dos séculos, por diferentes linhas de pensamento e uma pluralidade de concepções teóricas, com outras tantas elaborações institucionais delas decorrentes e assim intituladas. É certo que cada concepção desenvolvida acerca da república enfatizará alguns de seus aspectos antes de outros, o que tende a ocorrer por diferentes motivos em meio ao contexto histórico, as influências filosóficas, políticas e sociais dos autores que tocam o tema, as necessidades da época de seu surgimento contextual e consolidação e, sobretudo, os problemas que

se colocavam diante dos que construíram o ideário republicano a se firmar em meio aos modelos institucionalizados desde o chamado ocidente.

Não cabe entrar a fundo nas questões específicas que justificam determinadas disparidades, pautando o capítulo a partir de visões, concepções e posições que culminam, de algum modo, naquilo que contata o direito constitucional brasileiro. Neste sentido, trabalhamos as diferenças e especificidades com vistas a esclarecer traços gerais do temas hábeis a orientar a compreensão deste em meio ao direito brasileiro.

O que é necessário destacar, a partir daí, é que, conforme veremos ao longo deste capítulo, a concepção de república é marcadamente mutável e adaptável. Se, de início, isso seu deu a partir das variações estruturais e axiológicas pelas quais o tema foi trabalhado e retrabalhado em diferentes contextos de tempo e lugar – e, frise-se, é um ideário que perpassa dezenas de séculos –, isso acaba por ser abarcado, também, à sua própria estrutura e essência, podendo tal traço ser aferido em seu paradigmático perfil institucional e normativo. Este é um ponto a ser introduzido e já ilustrado neste capítulo, porém aprofundado no capítulo seguinte.

## **2.2. Elementos basilares da república**

Norberto Bobbio, em debate com o historiador Maurizio Viroli, afirma entender por república uma concepção de cunho moral, uma elaboração de governos ideais que existem em nenhum lugar, “que existe literariamente nos escritores [...] e tão heterogêneos que é difícil ligar um ao outro”<sup>58</sup>.

A partir daí podemos perceber que uma base a se considerar no trato do tema, colocando-se, de fato, como o cerne do desafio aqui empreendido, é a diversidade de modelos e composições temáticas que se estabelecem em meio ao ideário republicano.

Tal abertura temática dificulta, de certa maneira, uma aproximação tranquila dos elementos que marcam a república, sobretudo ao se considerar a longevidade que o termo possui e todos os contextos históricos pelos quais passou. Ainda assim, é possível, neste mesmo sentido, levantar os pontos cruciais que marcam tal noção e seu desenvolvimento, de modo a se aproximar de uma definição.

58 BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. Diálogo em torno da República: os grandes temas da política e da cidadania. Rio de Janeiro: Campus, 2002. Pgs. 4/5.

Ao encarar tanto a gênese histórica quanto os processos de desenvolvimento do ideário republicano, é cabível extrair, logo de início, o aspecto propositivo que este possui. Em seu processo de evolução, república é um termo corriqueiramente associado com esforços relativos ao desenho do governo e das formas institucionalizadas que pautam o exercício do poder, consistindo seus diferentes modelos em plexos de ideias relacionadas por tal razão.

É possível, no sentido do que é exposto, falar em um ideário republicano como o conjunto de diferentes desenvolvimentos realizados acerca do tema, ao longo da história, pelos diferentes campos nos quais o tema tem alicerces. Engloba, assim, os vários plexos de proposições e concepções que a tem por objeto, nas diferentes áreas do saber que perpassam a temática, desde a filosofia e a filosofia política, até o campo do direito e os diferentes modelos normativos que absorvem tais conteúdos.

Se percebe que as diferentes visões republicanas surgidas no curso da história se mostram, em grande parte, como propostas apresentadas ante os modelos de Estado e sociedade presentes às suas épocas. As diversas concepções de república, desde a origem histórica do termo e seus precedentes teóricos na Grécia, passando pela tradição da filosofia política renascentista, bem como o trabalho realizado pelos autores modernos e contemporâneos, partem do estudo dos governos e Estados que marcaram tais épocas, para idealizar as formas e elementos do Estado ou do governo ideal.

No caso, em sua gênese, o ideário republicano se forma a partir da contraposição às noções de governo instável ou injusto, numa busca pelos atributos do melhor governo – ou, mesmo, pela definição do que seria o bom governo<sup>59</sup>. Nota-se, portanto, que as ideias que desenvolvem o tema e se consolidam em meio a este ideário, historicamente, são trabalhadas e concebidas em um esforço que enfrenta a faticidade de governo e dos polos de poder institucionalizado.

República, assim, é noção que surge em meio a esforços de elaboração de um modelo ideal, almejado, situado no centro do pensamento que aborda a relação entre poder político organizado, os objetos que este possa ter e, sobretudo, quem

59 Conforme observa-se em BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: A filosofia política e as lições dos clássicos. Michelangelo Bovero (org.). Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 1. ed. 38ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Atlas, 2021. Pgs. 203-216; CARDOSO, Sérgio. Por que República? Notas sobre o ideário democrático e republicano. In: CARDOSO, Sérgio (org.) **Retorno ao republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. Pgs. 45-57, entre outros

detém e exerce tal poder. Surgem, aqui, dois pontos acerca da noção de república que entendemos crucial demarcar.

O primeiro diz respeito à natureza que a forma republicana tem enquanto idealização. A república, enquanto proposta associada ao debate sobre as formas de governo, demanda esforço de desenho e elaboração a partir de determinados pressupostos. No caso, as ideias que permeiam a arquetípica republicana partem, sempre, do plano das ideias, buscando assim alcançar a faticidade dos modelos institucionais e do poder de fato.

A dualidade entre o ideal e o fático é um traço que permeia a república desde sempre. Destaca-se deste modo a natureza do termo enquanto modelo propositivo, cânone desenvolvido enquanto paradigma ao estabelecimento de Estado e governo, modelando a faticidade das instituições e das estruturas de poder e, a partir daí, a veiculação de sua essência em valores.

Uma consequência deste aspecto é que a república se assenta e estabelece em meio a modelos normativos, voltados à faticidade, operando a partir de lógica deontica. Os modelos contemporâneos referentes à república, neste sentido, são absorvidos e postos a partir do direito, o que será melhor explorado no capítulo seguinte, acerca do constitucionalismo e sua correlação com o desenvolvimento e colocação da república junto da faticidade dos ordenamentos e, assim, rumo ao campo fático das relações de poder e das instituições de fato.

Assim, deve-se partir da consciência de que o conceito de república é marcado pelo fato de que, nele, guarda-se uma dualidade entre aquilo que é normativo, ideal e projetado e aquilo que é fático, estabelecido e concreto. A república é conceito que, partindo das elaborações e desenhos dela feitos, é voltada à sua instalação real, não sendo, portanto, apenas um conceito constatado em meio às relações de poder, mas, antes de tudo, projetado para atingir uma materialidade.

Daí trazemos o segundo ponto que cabe ser colocado. Este se refere ao fato de que o conceito de república e os debates no entorno da forma republicana denotam uma dupla dimensão entre um campo axiomático, composto por valores que se acomodam em meio ao ideário republicano enquanto pressupostos a sustentá-la, legitimá-la e desenvolvê-la e, de outro lado, um campo estrutural, referente ao desenho das instituições e aparatos que se mostram hábeis a conformar o governo que se assente em tal noção, a partir, sempre, do campo dos valores republicanos.



Daí que se, ao falar de república, falamos de um plexo de valores que se estabilizam em meio a um esforço de justificação, ordenação e vinculação do poder, falamos também das estruturas que, a partir deles, são desenvolvidas. É assim, portanto que uma definição de república deve abarcar tanto uma conjugação de valores quanto as próprias instituições que permeiam o Estado e faceiam uma sociedade, sua cultura e suas aspirações.

Vistos estes dois aspectos basilares que marcam a discussão, cabe avançar para os componentes de uma definição acerca de uma definição de república. No caso, a partir desta posição enquanto parte de um processo de organização do poder e do Estado, o ideário republicano se desenvolve historicamente, firmando-se em torno de alguns elementos que, abarcados e desenvolvidos, se estabilizam em meio ao cânone, a serem destacados nos subtópicos desta seção.

Como se verá, os atributos aqui destacados não são os únicos que permeiam os modelos que formam tal ideário, tendo em vista traços específicos às diversas experiências e abordagens pelas quais o tema passou. Este fato é agravado a partir da modernidade, sobretudo em razão do peso jurídico que a república vem a assumir, se alçando a um modelo de Estado calcado no direito positivo, o que possibilita sua abertura para a adesão de novos valores e interesses, alicerçados nos contextos temporais e espaciais nos quais a consolidação, pelo direito, se dá.

De todo modo, se posicionam como características em constante processo de consolidação, que passam a exprimir uma noção nuclear do que é a república, se firmando como fundamentos relativamente comuns do tema, ao menos conforme o paradigma jurídico-político ao qual o modelo constitucional brasileiro é filiado.

Cabe destacar que, apesar da relevância do tema, não é objetivo desta seção remontar os processos de construção e consolidação dos elementos que permeiam a noção de república até a sua consagração enquanto partes de um paradigma institucional. O objetivo aqui é apontar estes elementos de modo que seja possível, a partir desta estrutura básica do que é a república, avançar, nos capítulos seguintes, para o texto constitucional e buscar compreender como estes são desenhados, em especial, no seu modelo.

Desta maneira, é certo que o ideário republicano encontra no direito constitucional e no constitucionalismo um motor de desenvolvimento e uma base para seus traços marcantes. Até este momento, todavia, as bases do que hoje temos como o centro do que é república cristalizam-se como alicerces não apenas

deste ideário, mas como fonte para o pensamento político contemporâneo dito ocidental no geral.

É de se observar, a partir daí, a abrangência que os temas que permeiam a república possuem. Por vezes, será possível observar neles elementos que são trabalhados em conjunto com outras noções predominantes. Este é um fator natural porquanto se tratam de conceitos que são comuns ao próprio debate acerca das estruturas e valores político institucionais. O que cabe se atentar, para os fins do estudo da noção de república, é justamente o conjunto estabelecido por eles.

Neste sentido, serão expostos, enquanto tais alicerces, os elementos republicanos da racionalização do poder, da institucionalidade, da soberania, da igualdade, da supremacia da lei, da separação dos poderes, da proteção aos direitos da pessoa e da busca pelo interesse comum.

### **2.2.1. Institucionalidade e racionalização de poder**

A busca pelo bom governo ou, ainda, pelo melhor governo, compõe o intento que sustenta o ideário republicano desde a sua origem. Para tanto, se ocupa a teoria sobre a própria natureza do poder, as instituições, a relação entre o titular do poder e o poder em si, seus pressupostos e limites. Se ocupa, também, do desenho das instituições e dos estratos sociais, em constante relação de conflito e, também, harmonia. Verifica-se, assim, que a república é uma ideia originada a partir de considerações sobre os corpos institucionais que governam e o que guia e limitava tais corpos, pautando o exercício do poder.

Neste sentido, o ideário republicano surge de exercícios de base empírica, orientados pela ânsia em aprimorar os sistemas e modelos de governo a partir dos quais se instala, se racionaliza e se exerce o poder. Assim, portanto, a estruturação do poder político e os mecanismos de contenção do seu descontrole são centrais ao ideário republicano desde os seus primórdios: pela república, pensadores clássicos buscavam contrapor o que tomavam por governo injusto, desequilibrado ou instável<sup>60</sup>.

É desta camada junto à origem da tradição republicana que se dá a gênese, por exemplo, da noção de freios e controles ao poder político, que pautará a ciência

60 MATTEUCCI, Nicola. Verbetes "República". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. Pg. 1108.

política e as teorias sobre o Estado como um todo, a transparecer este aspecto marcante de racionalização do poder, limitação e vinculação deste a balizas. Diversas concepções de república centram em seu conteúdo a noção de poder racionalizado, controlado.

Desde Platão, passando por Cícero, Bodin, Kant e Rousseau, república é conceito intimamente associado à ideia de Estado organizado, com o poder regulado por determinadas bases que limitam seus excessos e abusos. Os autores que trabalharam a república preenchem seu conteúdo com determinados elementos que qualificam este enfoque racionalizador e contentor do poder político.

O poder organizado para reger o meio social sempre conviveu com tensões e conflitos a ele tangenciais. Conforme a sociedade se complexifica, tais tensões se tornam mais intensas, seja em meio à sociedade, seja causando choque com o próprio poder político institucionalizado. Daí que república se desenvolve como uma noção relacionada à vida institucional, tendo em vista o estudo do poder pautado a partir da ótica das instituições políticas em relação à sociedade e a constante intenção de melhoria destas para o arrefecimento das tensões que se apresentam e se entrelaçam com o exercício do poder<sup>61</sup>.

As necessidades de segurança no exercício do poder, de certeza de sua efetividade e de força ao regime estabelecido, considerando as relações entre sociedade e Estado, permeiam o ideário republicano como um esforço de elaboração de um regime mais sustentável, estável, eficiente e adequado aos valores humanos caros conforme a época.

É assim, portanto, que trabalhar com república é trabalhar com o desenho e o aprimoramento do corpo institucional, em meio ao balizamento de um modelo de Estado baseado na força da organização e da limitação do poder. Não se fala em república sem a consideração da figura do Estado e do corpo social organizado.

Desde sua gênese, o tema da república é trabalhado a partir da composição de dois elementos: o exercício do poder e a institucionalidade. Os esforços dispendidos em elaborar, estruturar e estabelecer os modelos republicanos se

61 Conforme a tradição antiga, na visão que se tinha de organização social organizada, BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo na história do pensamento político**. Trad. Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2017. Pgs. 24-27 e 39. Após a concepção da noção de Estado, BODIN, Jean. **Os seis livros da República**: livro primeiro. Tradução: José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2011. Pgs. 195-235; e, sobretudo, ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Pg. 76-83.

davam justamente no sentido de procurar fixar balizas e valores a racionalizar e bem veicular o poder pela via das instituições. É nesta toada que o termo república passa a tomar a forma que assume na contemporaneidade, tendo por centro a conjugação de tais elementos, o que nunca se perdeu.

As diversas modelagens que são feitas da república, no caso, tomam os valores e interesses que a tangenciam como traços e bases de verdadeiros modelos institucionais, designando assim um corpo jurídico-político estrutural. A própria terminologia em questão é empregada comumente para designar o Estado, até a contemporaneidade. O texto constitucional brasileiro assim o faz, conforme se percebe em seu preâmbulo, no artigo 1º e no próprio título da Constituição da República.

Isso ocorre na esteira de um fenômeno a partir do qual os valores trabalhados em meio ao ideário republicano se espraiam para outros movimentos e correntes de pensamento que tenham por objeto a figura estatal e a organização social, como se dá com a presença dos valores republicanos no centro de regimes constitucionais, em marcada associação com o próprio constitucionalismo e o desenvolvimento do Estado moderno.

Para além de designar um ideário que se baseia na ideia de institucionalidade, é por ela própria que os demais elementos republicanos, enquanto valores, se consolidam. Ou seja, elementos e valores a comporem o modelo republicano são absorvidos, garantidos e estabelecidos em meio ao desenho institucional posto, pautando-o e estipulando suas especiais formas.

Pensar uma república consiste em pensar no corpo institucional elaborado e delineado de modo a balizar e orientar o exercício do poder de acordo com os valores e fins que são absorvidos e estruturados neste mesmo corpo. Assim, a institucionalidade voltada à racionalização do poder político compõe um primeiro elemento primordial do ideário republicano a preencher o termo república.

### **2.2.2. Soberania popular**

O segundo elemento aqui destacado é o da soberania popular. É cabível, no caso, apontá-lo como o núcleo de diversas visões de república, desde sua gênese na antiguidade até concepções correntes na contemporaneidade. Envolver os diferentes grupos presentes no meio social na gestão dos assuntos públicos é

central à noção de república vista, por exemplo, na obra de Cícero, que a entendia como a organização baseada no consenso juridicamente aferido e na utilidade comum<sup>62</sup>.

Ainda que houvesse uma dissociação com o conceito de governo do povo – associado, até Rousseau, exclusivamente à democracia, conforme se verá adiante –, república foi historicamente caracterizada pela titularidade do poder em mais de uma pessoa, em oposição ao cerne do que era a monarquia enquanto regime de poder de titularidade individual. Tal oposição ganha força sobretudo a partir do pensamento de Maquiavel e do contexto renascentista, possuindo relevância conceitual até a contemporaneidade<sup>6364</sup>.

No que se refere à titularidade do poder, foi a sua transferência de um ente singular para recair sobre um ente coletivo, a decidir em última instância mediante processo de deliberação e tomada conjunta de decisões o que moveu, no curso da história, a república enquanto ideia e proposição. É traço essencial das diferentes concepções de república a previsão como um regime baseado em uma soberania antitética àquela dos modelos de reis e rainhas, de imperadores, déspotas e, por vezes, ditadores.

É claro que entender república enquanto modelo antitético à monarquia engloba, para além de uma compreensão de um contraponto ao dado numérico relativo a onde está contido o poder, uma própria antítese de estruturas e valores que permeiam cada um dos modelos. No caso, a república se difere dos modelos monárquicos aos quais historicamente foi contraposta, na antiguidade e, também, com relação ao antigo regime vigente desde a idade média. Tal contraste se deu com base em valores e estruturas que, em seu todo, se distanciam daqueles encontrados nos modelos a ela opostos.

O desenvolvimento da noção de república é algo que se deu no entorno de procedimentos de racionalização de posições, de modo a possibilitar o controle do poder político e o alinhamento entre o exercício deste poder e a vontade coletiva aferida. Foi neste sentido que se desenvolveu a república no mundo antigo, o que

62 Como exposto, “a espécie humana não nasceu para o isolamento e para a vida errante, mas com uma disposição que, mesmo na abundância de todos os bens, a leva a procurar o apoio comum”, CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**, I, 25.

63 MATTEUCCI, Nicola. Verbete “República”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. Pg. 1108.

64 BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. **Diálogo em torno da República**: os grandes temas da política e da cidadania. Rio de Janeiro: Campus, 2002. Pg. 2.

seu deu mesmo nos modelos de governo misto, pautados na representação do povo em, pelo menos, um estrato de poder institucional<sup>65</sup>.

De forma semelhante, tanto as repúblicas aristocráticas como as repúblicas democráticas – conforme binômio trabalhado sobretudo a partir de Maquiavel – envolvem a noção de procedimentos de tomada de decisão, assim como outras noções de governo, à época, envolviam representação<sup>66</sup>. Deste modo, tais elementos surgiram nos traçados de regimes republicanos até a consolidação da democracia enquanto elemento inerente à república e ao governo organizado e racionalizado, o que passa a ser estabelecido como paradigma a partir da obra de Rousseau<sup>67</sup>. Não é à toa a proximidade que o pensamento republicano adquire, por vezes, com o ideal democrático, relação esta que se intensifica paulatinamente.

Conforme o curso de evolução do tema se aproxima da modernidade – onde é, de fato, redescoberto e reinserido no ápice de sua transição à faticidade política – e, no caso, dos ordenamentos jurídicos a delinear os Estados contemporâneos, a soberania popular se vincula ela própria à noção de democracia representativa, hábil a permitir o controle último da tomada de decisões pela totalidade da sociedade, com fundamento no conceito de cidadania e nos processos democráticos que permitem uma tal aferição.

A partir das obras de Rousseau e de outros autores que buscam trabalhar a concepção de república ao delinear os modelos que se situam em meio às teorias sobre o modelo moderno de Estado, os modelos institucionais republicanos passam a englobar, necessariamente, o valor de soberania popular enquanto pressuposto de suas estruturas, de seu sentido e de seu perfil político.

No caso, a ideia de *res publica* e o pouso da titularidade do poder em meio ao povo são os elementos cujo destaque e desenvolvimento acaba por superar não apenas os modelos contrapostos em razão de associados ao antigo regime, mas das próprias concepções que se tinha de república aristocrática.

65 Conforme se observa dos modelos de governo trabalhados e, em geral, idealizados como mais adequados por Cícero, Platão, Aristóteles, Políbio e outros. BOBBIO, Norberto. Verbete “Governo Misto”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. Pg. 555-560; BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo na história do pensamento político**. Trad. Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2017. Pgs. 49-61.

66 Como visto nos trabalhos de Bodin, por exemplo. BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo na história do pensamento político**. Trad. Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2017. Pgs. 90-95.

67 BOBBIO, Norberto. Verbetes “Democracia”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. Pg. 323.

As repúblicas, desde a modernidade, servem de plataformas institucionais ao desenvolvimento e evolução da democracia, tanto no que tange aos sistemas de democracia direta, tanto naquilo que se refere à democracia participativa e à representação. As próprias estruturas tidas como garantias e características marcantes da república, como é o mandato, a periodicidade, a temporariedade, a responsabilidade etc, derivam desta base fornecida pelo ideal de soberania popular sobre o qual repousa a concepção de república hoje consolidada.<sup>68</sup>

A soberania popular constitui assim elemento essencial da noção contemporânea de república, preenchendo um crucial dado acerca da própria legitimação do poder e de seu exercício, que reside com o povo e é por ele exercido. O regime democrático, conforme se observará adiante, é concepção que passa a compor com a república o grande paradigma do Estado contemporâneo.<sup>69</sup>

Hoje já não é possível conceber a noção de república de forma dissociada da alocação do poder no povo, de modo que cabe aos desenhos jurídico institucionais que compõem os Estados e ordenamentos de matriz republicana a viabilização de estruturas destinadas a permitir o exercício do poder político neste sentido. Deste modo, a soberania popular compõe a noção corrente de república porquanto suas estruturas, enquanto modelo de Estado, se moldam em função de tal concepção, constituindo relevante pressuposto de seus marcos institucionais.

### 2.2.3. Igualdade e supremacia da Lei

Alinhados à soberania popular, a república abriga, como elementos recorrentes de suas concepções histórico institucionais, as ideias de supremacia da Lei e de igualdade, aqui tratadas em conjunto em razão de sua especial

68 Neste sentido coloca Geraldo Ataliba, ao trabalhar as características do modelo republicano e situar a soberania popular como um de seus pressupostos. ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atual. de Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Pgs. 49-53.

69 Neste sentido aponta Renato Janine Ribeiro, ao trabalhar a correlação entre república e democracia, “se o que nos leva a investir na democracia são desejos – de ter e ser –, eles não bastam para formar uma sociedade. É preciso que sejam equilibrados – que se convertam em direitos. Isso limita meus desejos, ao mesmo tempo que lhes garante uma realização, menos integral do que talvez eu gostasse, mas mais segura do que então se daria. A república é o regime em que a democracia entra no Estado de direito. Convicções democráticas podem levar a uma revolução, mas o que a converterá em Estado e em direito, em duração, são princípios republicanos. A democracia precisa de república.” RIBEIRO, Renato Janine. **A república**. São Paulo: Publifolha, 2001. Ebook. Pgs. 31/32.

interdependência e proximidade, tanto na aplicação dos conceitos nos modelos hoje vigentes de república, quanto no desenvolvimento histórico e político que recebem.

Neste sentido, os dois conceitos figuram como estruturas por entre as quais se moldam e sustentam os valores e elementos básicos traçados anteriormente, ao mesmo tempo viabilizando e dando face ao governo de poder regulado, aberto à participação dos membros da sociedade e oposto às noções que baseiam o exercício despótico, injusto e abusivo do poder<sup>70</sup>.

A igualdade é elemento axiológico que figura no ideário republicano desde suas concepções mais antigas<sup>71</sup>, figurando como importante aspecto nas suas diversas versões institucionalizadas. No caso, é ela apontada por Maquiavel como traço distintivo da república em relação ao despotismo e à monarquia<sup>72</sup>.

Aqui cabe fazer referência ao aspecto da mutabilidade, que marca o próprio conceito de república – sobretudo a partir de seus elementos –, sendo ele nitidamente aferível em relação ao traço aqui tratado. No caso, deve-se ter em vista que, conforme é o tema da república desenvolvido, seu universo temático sofre mudanças, tanto em relação aos elementos que nele são destacadas, quanto em relação à concepção que se faz de cada elemento em si. É o que ocorre de forma marcante com a igualdade em meio às teorias republicanas.

Em que pese o ideal de igualdade ter sido, em pontos mais longínquos do plano histórico, relacionado ao status de cidadão<sup>73</sup> – em meio à noção primitiva que culminou nos direitos políticos, de modo a limitar a condição igualitária àquelas pessoas assim consideradas conforme a noção corrente de cidadania –, ela passa por transformações ao longo da história, englobando novas dimensões e dotando o valor de igualdade de novas camadas, dialéticas a novas demandas históricas. Tal

70 Assim, desde a concepção de Cícero, conforme nota número 57, sendo tal correlação sustentada por Maquiavel e Rousseau, entre outros. MATTEUCCI, Nicola. Verbete “República”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. Pg. 1108; BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo na história do pensamento político**. Trad. Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2017. Pgs. 76-79.

71 Neste sentido, e acerca das diferenças que sofreu a noção de igualdade ao longo de seu tratamento histórico, CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “O Círculo e a Linha. Da «liberdade dos antigos» à «liberdade dos modernos» na teoria republicana dos direitos fundamentais”, **Revista de História das Ideias**, vol. 9. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. Pgs. 751-758.

72 MATTEUCCI, Nicola. Verbete “República”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. Pg. 1108

73 Neste sentido, conforme CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “O Círculo e a Linha. Da «liberdade dos antigos» à «liberdade dos modernos» na teoria republicana dos direitos fundamentais”, **Revista de História das Ideias**, vol. 9. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. Pgs. 750-752.



mudança ocorre justamente em meio ao seu tratamento pelas teorias republicanas, o que acaba por ocasionar a transformação e consequente evolução do próprio ideário republicano a partir da evolução do que se tem por igualdade.

Em suas concepções mais antigas, a igualdade fundava, enquanto um de seus valores essenciais, a noção de república como um “governo de todos”. Diferentes visões, é claro, permeavam o conceito, algumas qualificando a igualdade enquanto valor relativo a determinados traços ou estratos sociais, outras demarcando a igualdade enquanto objetivo necessário a ser perseguido pelas repúblicas.<sup>74</sup>

É possível observar a centralidade da igualdade em meio ao ideário republicano a partir das próprias elaborações clássicas acerca da república e das formas de governo, o que se mostra frequente, a partir daí, às principais contribuições ao longo dos séculos.

Neste sentido, Platão elabora uma visão utópica acerca da forma de governo ideal, a sua Politeia, baseada em um conceito de igualdade material e, em contrapartida, em estratificação de classes, detentoras de diferentes níveis de poder cultural e político.<sup>75</sup>

Heródoto, por sua vez, baseia a noção de governo democrático, inspirado no modelo de democracia ateniense, na ideia de isonomia, ou seja, igualdade de todos perante as leis, sendo esta a instituição principal do modelo político em questão.<sup>76</sup> São, ambos, autores a partir dos quais os traços fundamentais aos cânones da república são trabalhados, com a igualdade em seu núcleo de valores.

Assim, concebe-se no ideário republicano, desde seus primórdios – e, portanto, anteriormente aos marcos de suas consolidações em meio aos traçados

74 No caso, útil é a lição de Norberto Bobbio, que associa a igualdade a duas perguntas básicas, questionando “quem são os iguais” e “no que são iguais”. No caso, é possível entender a igualdade de forma a conjugar sua generalidade tanto no sujeito, quanto no objeto, de forma concomitante a outros recortes. É possível que não existe generalidade em algum destes ou, mesmo, em nenhum. Haveriam iguais em tudo, iguais em algo, alguns iguais em tudo, alguns iguais em algo. Assim, percebe-se que a noção de igualdade pode ser referida, em seus diversos usos, dentro destas quatro acepções, sendo necessário contexto e análise do entorno para compreender seu conteúdo. BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A filosofia política e as lições dos clássicos**. Michelangelo Bovero (org.). Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 1. ed. 38ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Atlas, 2021. Pgs. 297-303.

75 Em seu “governo de filósofos”, a igualdade se restringe apenas ao campo interno de cada extrato social. Deste modo, há que se falar na igualdade como um fundamento do ideal platônico, ainda que fosse um conceito limitado. BARROS, José D. Assunção. Leitura sobre Igualdade: considerações sobre as oscilações de um conceito na perspectiva de alguns autores do século XVII ao XX. **Revista Debates**, v. 7, n. 2, 2013. Pg. 187/188.

76 GALLO, Rodrigo Fernando. A teoria das formas de governo na Antiguidade. **Rónai – Revista de Estudos Clássicos e Tradutórios**, v. 1, n. 2, p. 79-93, 2013.

constitucionais – dimensões materiais e formais da noção de igualdade. Para além disso, percebe-se, conforme a visão de Heródoto, já a base da associação da igualdade formal com os poderes políticos detidos pelas pessoas, enquanto justificativa para a sua titularidade no poder.<sup>77</sup>

Nesta mesma toada, já entre os teóricos modernos, Rousseau vincula o ideal de igualdade com a própria noção de soberania, entendendo que o povo, em seu conjunto e em sua expressão, é o ente que fundamenta o exercício do poder, baseando seu elementar conceito de vontade geral no primado da igualdade entre as pessoas<sup>78</sup>.

Daí se percebe a inter-relação entre os próprios elementos destacados, que, conforme será destacado posteriormente, marca o trabalho com a noção de república. A partir de seu desenvolvimento conjunto e do impacto que os elementos aqui destacados possuem para o alcance dos modelos hoje institucionalizados, se observa um quadro que, por vezes, apresenta uma sobreposição entre conceitos.

O contato com a soberania e a racionalização do poder é um primeiro elemento marcante de sua presença enquanto traço da noção de república. Em alguma medida próxima a tal ideia está o conceito kantiano da própria dignidade enquanto razão para o exercício do poder, que marca o trabalho não apenas da igualdade, mas da corporificação jurídico-política do poder no século XX<sup>79</sup>.

Neste sentido, já na linha da igualdade associada especificamente às condições de existência material, Montesquieu apresenta na noção de igualdade um outro condão, a partir do caráter fundamental que possui a noção virtude em meio ao governo republicano. Assim, engloba como central o papel da frugalidade, entendendo que esta “limita o desejo de possuir à atenção exigida pelo necessário para a família e até pelo supérfluo para a pátria”.<sup>80</sup>

77 Segundo o historiador, a igualdade seria o elemento que possibilita a superioridade do regime democrático sobre os demais que, fundados no poder titularizado por apenas um – e, portanto, erguidos sobre uma noção de desigualdade – recaem facilmente em modelos tirânicos. GALLO, Rodrigo Fernando. A teoria das formas de governo na Antiguidade. **Rónai – Revista de Estudos Clássicos e Tradutórios**, v. 1, n. 2, p. 79-93, 2013.

78 TESTONI, Saffo. Verberte “Vontade Geral”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. Pg. 1298/1299.

79 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2007. Pgs. 68-74.

80 Entendendo a virtude lida pela lente da busca pela igualdade como base do poder em uma república e centralizando o seu conceito na frugalidade, o autor estipula a igualdade republicana como sendo baseada no exercício e detenção daquela, em uma relação de equilíbrio, ou seja, entre o “possuir” e o sentimento de pertença social, que se perfaz pela cidadania. Este serve tanto como base para o exercício das virtudes cidadãs que movem a república, porquanto só o

A amplitude da noção republicana de igualdade é um elemento que dificulta, por um lado, a visualização de tal elemento em tal contexto. Por outro lado, é possível observar, no caso, a largura de suas dimensões, enquanto valor central à república. Concepções que, desde a antiguidade, concebem a república como modelo baseado em igualdade política, material, moral e civil, são predecessoras dos diversos modelos políticos e institucionais que acabam por dar suporte contemporâneo ao tema.

Apesar de existir uma pluralidade de visões para com a igualdade em meio ao ideário republicano, é possível encontrar uma convergência entre os modelos, até o ponto em que o conceito de igualdade passa por uma marcante evolução, em meio às próprias elaborações institucionais de matriz republicana, sobretudo a partir do constitucionalismo.

O que se tem, hoje, do conceito de igualdade em meio à noção contemporânea de república, é resultado deste processo evolutivo pelo qual o elemento em questão passa, enquanto valor político. Não deixa de consistir traço basilar, a permear o modelo republicano como um de seus elementos mais centrais, mas evolui e carrega-o consigo. Neste sentido, a igualdade, enquanto elemento republicano, abarca, aos modelos contemporâneos de república, a complexidade que assume após os longos processos de evolução e desenvolvimento que experimenta, remodelando a própria concepção republicana conforme evolui.

Neste sentido, é elemento que, por um lado, se apresenta multifacetado, a abarcar tanto aspectos formais, de igualdade política e igualdade perante a lei, quanto aspectos materiais, a considerar as desigualdades que são aferíveis a partir de um contraste entre o normativo e o fático, sobretudo em associação à própria noção de dignidade humana. Neste sentido, igualdade formal e igualdade material compõem as duas partes de um pilar axiológico e estrutural do modelo republicano.

Por outro lado, os modelos normativos que perfazem as repúblicas possuem o condão de especializar a própria noção de igualdade inserida como régua e baliza do sistema, o que acaba por moldar a própria face do regime jurídico que perfaz o modelo republicano e, assim, da república que se estabelece. A relativa flexibilidade temática dos elementos resulta na possibilidade de se modular estes para que

exercício da frugalidade poderá despertar a virtude para preservá-la, quanto como objetivo republicano, inerente à noção de bem comum. MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Pgs. 53-58.

alcance traços próprios das diferentes sociedades que adotam o modelo como seu. É este um aspecto que será melhor desenvolvido ao longo do trabalho, ao qual retornaremos posteriormente.

Diante de tudo, a igualdade é elemento que preenche as estruturas do modelo posto, de modo a vincular o exercício do poder, sendo baliza do desenho institucional republicano tanto como pressuposto, quanto como fim e razão que se coloca e ao qual o poder é dirigido, sendo acoplada à dimensão estrutural que a república ostenta.

Passados estes pontos, fato é que a igualdade possui, em meio ao ideário republicano, inerente relação com a noção de supremacia da lei. Em que pese ambos os conceitos exprimam conteúdos próprios, os dois são, por vezes, trabalhados em conjunto nos modelos teóricos e institucionais republicanos, em uma relação de mútua troca e sustentação, tanto no que se refere às suas concepções axiológicas, quanto no que diz respeito às estruturas normativas que os movem.

Isso ocorre a partir de duas premissas. A primeira, porquanto, a partir da lei, se tem uma dimensão hábil a garantir e estruturar o caráter de igualdade que permeia dada sociedade, enquanto povo titular do poder. A segunda, conexas à anterior, pois se concebe a existência de lei formal, enquanto base legitimadora do exercício do poder, como maneira de limitar e vincular o poder político à vontade cidadã.

No caso, a legalidade, na república, é moldada a partir de uma ideia de racionalização do exercício do poder pautado na igualdade das pessoas enquanto suas titulares, ocupando um importante papel como campo de estabilização do interesse comum, sendo a partir dela a veiculação das vontades a remeter o interesse pautado desde o povo soberano. Nesta linha, se verifica dos desenhos republicanos o papel que possui a Lei na garantia de um plexo de liberdades e igualdade ao cidadão<sup>81</sup>, elemento que será abordado em tópico posterior.

O fato é que a igualdade política e mesmo a igualdade em direitos, conforme estes passam a compor os modelos republicanos, se sustentam com garantia da lei formal, nela estruturadas, expressas e a partir dela, buscadas. O mesmo ocorre com relação à limitação dos poderes do Estado<sup>82</sup>. A isonomia, desde a origem grega do

81 É a visão consagrada desde Cícero, defendida sobretudo por Rousseau, que se adere, posteriormente, ao modelo de Estado moderno.

82 Neste aspecto, legalidade, liberdade e igualdade perfazem relação de complementariedade, sendo esta composta por diversas correntes do pensamento político, como o liberalismo, o comunitarismo e mesmo a concepção socialista de Estado.

termo, associa a igualdade das pessoas pela paridade conforme a Lei. Este é um conceito que evolui até alcançar o centro de valores que pautam o pensamento liberal surgido com o iluminismo e aporta-se no ideário republicano a partir da dimensão formal da igualdade.

Conforme ocorre com a noção de república, a multiplicidade de concepções de igualdade marca o tratamento que o tema tem ao longo da história e do direito; ainda assim, não esconde o fato de que o conceito de igualdade permanece central à noção de república no decorrer dos séculos. No mesmo sentido ocorre com o prestígio à Lei.

A supremacia da Lei é elemento crucial dos conceitos republicanos de Rousseau, Kant, Maquiavel, Montesquieu, Bodin e já era destacada como essencial ao ideário republicano desde a concepção de Cícero<sup>83</sup>. É a supremacia da Lei que caracteriza a república para Maquiavel, sendo o traço diferenciador entre ela e o modelo monárquico – conforme, claro, o modelo de monarquia vigente à época.<sup>84</sup>

A partir do conteúdo que se filia à noção de supremacia da Lei, cria-se um vínculo formal para que o poder exercido seja vinculado tanto à vontade dos seus titulares (vez que, em geral, não é o titular que o exerce<sup>85</sup>), quanto aos objetivos aos quais o poder serve (o que será melhor exposto adiante, ao tratar das razões que balizam e permeiam o poder republicano). Neste sentido, é ela base do modelo institucional e regrador que permite um traçado de modelo político-institucional a partir da noção de república, sendo estrutura hábil a garantir a estabilidade de seus outros elementos e, assim, caracterizar a essência racionalizadora desta.<sup>86</sup>

83 MATTEUCCI, Nicola. Verbete “Contratualismo”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. Pg. 277.

84 Neste ponto se observa um traço que coloca as monarquias atuais dentro do contexto de Estado moderno, denotando o impacto basilar que o ideário republicano possui para sua formação, vez que as modernas monarquias ostentam mecanismos de limitação do poder político, se baseiam na supremacia da Lei e no princípio da igualdade, entre outros traços de origem republicana.

85 Conforme a cisão feita entre forma de Estado e forma de governo, presente em Bodin e Rousseau, conforme BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo na história do pensamento político**. Trad. Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2017. Pgs. 89-94; e BOBBIO, Norberto. Verbete “Democracia”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. Pg. 321.

86 Neste sentido, Renato Janine Ribeiro, sobre a supremacia da lei e a república, assevera que “Uma aristocracia de magistrados honestos poderia aplicar imparcialmente a lei. E o que se chama o império da lei, *rule of law*. Mas essa consagração da lei acima dos interesses particulares já significa que ela é coisa pública e não privada. Há aí o princípio republicano da prioridade conferida à *res publica*. Contudo, para promover a coisa pública, é imprescindível que o próprio público a controle. Ele não pode ser só o beneficiário, tem que ser o responsável, o autor do bem comum. Confiar na bondade dos magistrados não basta. Uma república aristocrática tende a se esgotar.” RIBEIRO, Renato Janine. **A república**. São Paulo: Publifolha, 2001. Ebook.

É de se notar, já desde aqui, o paralelismo entre o curso do pensamento republicano e o constitucionalismo, tomados enquanto fenômenos de racionalização do poder político em um determinado sentido, pautados por um plexo de valores que os caracterizam. Sobre o constitucionalismo e sua relação com a noção de república será abordado em capítulo próprio, mas cabe salientar, desde já, a aptidão que o direito possui como elemento regulador e orientador da trama que desenrola as relações de poder, sobretudo àquelas que se desenham entre o plano institucional de uma dada sociedade e o corpo social em si.

O direito surge, para o pensamento republicano, como meio de arrefecer vontades e distensões, apaziguando e alinhando interesses no sentido de um dado mecanismo de funcionamento da organização social. Para além disso, é pela materialidade e racionalidade inerentes ao direito que se delineiam os traços especiais de determinada realidade, transpondo o amálgama de posições e fins – fixados a partir do próprio exercício do poder político –, para dentro do universo normativo possibilitado pela forma jurídica. Assim, a supremacia da lei se apresenta como um traço de razão essencial às concepções de Estado republicano, perfazendo os modelos de organização social e possibilitando, conjuntamente, seu desenvolvimento.

A supremacia da Lei fecha um núcleo de elementos que caracterizam o pensamento republicano. Ao se entender república como a forma de governo na qual o povo é titular do poder soberano – ou mesmo nas concepções mais restritas, referentes à república aristocrática, na qual parcela da sociedade é titular deste poder –, este só terá seu exercício possibilitado se houver prestígio a uma noção de igualdade, a conferir portanto o status necessário para ser verificada a parcela de soberania que cada membro do corpo social detém. Isto, no caso, se consagra mediante a noção de segurança que a supremacia da Lei propõe e a partir dela se persegue, como limitadora do exercício do poder político e racionalizador das ações institucionais.

Deste modo, o poder vincula-se ao desenho político-institucional, em um processo de filiação a parâmetros de desenvolvimento, racionalidade e balizamento. Estes são elementos que, em maior ou menor medida, compuseram o ideário republicano ao longo de seu desenvolvimento histórico, consolidando-se até a

contemporaneidade e marcando a base dos diversos Estados qualificados como república.

Estes elementos perfazem uma base, considerando perfil e conteúdo, de como a Constituição de 1988 estabelece seu princípio republicano, com os traços que lhe são próprios, o que será explorado nos capítulos posteriores. Cabe, porém, abordar mais alguns elementos da concepção geral de república, no sentido de ser melhor delineado o que compõe tal conceito e quais elementos, com mais precisão, são bases a partir das quais o constituinte estrutura-o. O faremos na próxima seção.

#### **2.2.4. Separação de poderes, interesse comum e carta de direitos**

Cabem ser destacados, ainda, mais três elementos que compõem, de forma geral, o pensamento republicano, sobretudo a partir da modernidade e de sua institucionalização a partir do advento do constitucionalismo – processo que será tratado, de forma específica, no capítulo seguinte. Tais elementos surgem, em meio às formulações que compõem tal ideário, sobretudo quando desenvolvida a república em seu aspecto jurídico-normativo, como garantias, pressupostos e decorrências deste próprias.

Ainda que sejam elementos associados a certas concepções mais específicas do que é a república, aderem-se às formulações republicanas até a contemporaneidade e, sobretudo, à noção que é inerente ao termo como é proposto na história e desenvolvimento constitucional, em razão de suas importâncias e presenças normativas. Com eles, fecha-se um rol de elementos que definem o cânone republicano na contemporaneidade. Tratam-se da separação de poderes, da noção de interesse comum e, ainda, da garantia de um plexo de direitos.

Deve-se destacar, também, que, conforme as bases para o desenvolvimento do Estado e do direito moderno assentam-se nos esforços para aperfeiçoamento e racionalização do exercício do poder e estes, em grande medida e desde as suas origens, permeiam o desenvolvimento histórico do pensamento republicano, seria de se imaginar a possibilidade de arrolar diversos outros princípios e elementos do paradigma moderno do Estado como corolários do próprio princípio republicano.

Neste sentido, ainda que os elementos que, em conjunto, identificam o ideal republicano de fato se desdobrem em meio aos diversos ordenamentos de matriz

republicana, limita-se, nesta seção, a expor apenas aqueles que concentram o traçado básico dos elementos que se centralizam no desenho de tais repúblicas.

O primeiro dos elementos citados, a separação de poderes, é consagrado de forma clássica a partir da concepção de Montesquieu, sendo um corolário da temática republicana acerca do poder limitado, contido e racionalizado institucionalmente.

De fato, alguma forma de repartição de funções como meio de garantir que o poder se limite e impeça o abuso e o emprego desmensurado é pregada desde os primórdios do pensamento político, com as diversas concepções de governo ideal que albergavam as defendidas versões de governo misto<sup>87</sup>.

Sem dúvidas, a racionalização do poder enquanto elemento republicano, por vezes, ganha nova projeção e força própria com a separação de poderes, porquanto esta ganhe o centro da concepção acerca do modelo de governo e do poder institucionalizado<sup>88</sup>. O fato é que, a partir dos teóricos do Estado no iluminismo, tal elemento passou a compor os modelos republicanos da modernidade, sendo incorporado ao cerne da concepção de Estado moderno e sintetizando a ideia de limitação do poder político nas repúblicas e em suas institucionalizações a partir do direito.

No, caso, a separação de poderes surge como elemento próprio a servir como pilar racionalizador do poder político e estatal, sendo alçado ao centro das caracterizações republicanas. Este movimento ocorre de duas formas.

Em um primeiro sentido, a noção de separação de poderes, visando a sua autocontenção e regulação, é traço que tem terreno fértil em meio aos modelos republicanos, potencializada por outros elementos que os compõem.

A soberania popular, por exemplo, é campo que transmite aos poderes legitimidade, fortalecendo e estruturando a divisão realizada, na qual cada poder assume as tarefas incumbidas a eles formalmente. Isso fortalece cada um dos poderes do Estado. Na república, a separação de poderes cumpre com um objetivo de se dissipar os excessos que possibilitam a subversão da soberania popular, com

87 Esta é uma ideia que marca o pensamento desde a antiguidade, estando presente nas idealizações das politeias gregas e perpassando o ideário republicano de forma marcante. No mesmo sentido se dava com as visões que defendiam Aristóteles, Cícero e, de certa forma, Bodin e Rousseau, ao admitir a cisão entre forma de Estado e a forma de governo.

88 É o que fica marcado, por exemplo, na própria teorização de Montesquieu, na qual, para além de meramente pensar no desenho de Estado partindo da baliza de limitação do poder, delineia a separação de poderes de forma nuclear e essencial, de modo que tal elemento ganhe o centro da teoria e, portanto, força própria.



o solapamento do povo enquanto titular do poder. Na mesma linha se dá o efeito causado pela supremacia da lei, que delinea a separação, dotando o traçado institucional de verossimilhança com o interesse público e, sobretudo, segurança.

Em um segundo sentido, os outros elementos republicanos são potencializados pela racionalização estabelecida a partir da separação de poderes, porquanto mecanismo que ordena cada função de Estado com base nas competências prescritas, equilibrando as forças neles depositadas e, sobretudo, promovendo o sistema de autolimitação que o identifica, por meio de freios e contrapesos. As dinâmicas internas aos aparelhos institucionais passam a se desenvolver a partir de tal separação, de modo que os elementos do modelo institucionalizado de poder são moldados, desde a origem, tomando em conta tal base.

Deste modo, o traço racionalizador que possui a noção de república é depositado, em grande parte, na separação de poderes e na separação de funções, ganhando força própria enquanto elemento que marca os modelos republicanos contemporâneos.

O segundo elemento a ser destacado é o do interesse comum, crucial para definir a república na contemporaneidade e, para além disso, desde a gênese do ideário republicano. Introduzido por Aristóteles como traço caracterizador de sua *politia*, abrangido pelas visões de Cícero, dos renascentistas e de praticamente toda a tradição republicana, ganha nova dimensão com autores iluministas como Rousseau, Montesquieu e Kant.

Derivado da própria noção de soberania popular e do poder exercido conforme a vontade do povo soberano – ou, conforme a concepção de república aristocrática, do grupo –, o interesse comum se posiciona de modo a representar as razões que movem e pautam o governo republicano: o norte que pauta o exercício do poder e ao qual este se vincula, garantindo parâmetro para os atos do governante e limitando os poderes deste a determinados fins.

No caso, optamos por trabalhar o interesse comum nesta seção justamente em razão de sua relação com a soberania popular, enquanto corolário que é daquela em meio ao modelo lógico pelo qual é trabalhada a república na contemporaneidade. Todavia, é certo que o interesse comum está no centro do ideário republicano há séculos, sendo, em muitas de suas definições, o principal elemento a caracterizar a república.

Se, de um lado, a soberania popular é noção que mostra uma proximidade relevante ao conceito de democracia, o interesse comum representa uma projeção daquela para dentro do ideário republicano como um elemento que lhe é próprio. A partir da noção de interesse comum, se obtém, enquanto projeção da própria prática política soberana, um campo na qual se situam as razões que pautam e balizam o poder republicano. É este, no caso, elemento a expor a própria *ratio* que pauta o exercício do poder, apurada e estabelecida conforme vontade do povo soberano, a qual cabe ao governo absorver e observar.

Sobretudo na visão de Rousseau, o interesse comum é o traço que caracteriza o Estado legítimo – que, conforme expõe, somente será o republicano –, podendo ser avaliado apenas a partir da Lei elaborada pelo povo. Nisso se desdobra o ideal de soberania popular e a noção de autogoverno para o filósofo, passando ele a defender um modelo de democracia direta, com participação de todos na criação da Lei e pactuação conjunta do interesse comum<sup>89</sup>. Deste modo, a república acaba tomando sua forma mais paradigmática para diversos países ditos ocidentais, a partir de sua absorção no processo constituinte francês.

A força da lei e do direito constitucional como consignadora das vontades e objetivos do povo ganha importância basilar no entendimento da república, tanto em sua concepção, na qual contrasta com outros modelos políticos, quanto em seu delineamento interno, a partir da virada paradigmática promovida pelo constitucionalismo. Isso porque é pela forma jurídico-normativa que o poder e seu exercício são estruturados, sendo moldados e vinculados com base nos fundamentos e fins postos a partir da vontade do povo soberano.

Neste sentido, é a partir da supremacia do interesse comum no modelo normativo republicano que os demais elementos do ordenamento jurídico-político se encontram e tomam forma, de modo que, no exercício da soberania popular, o povo possa exprimir seus interesses, anseios e objetivos, a serem fixados normativamente e, assim, pautar a ação e vincular criação, interpretação e aplicação de normas.

Em outras palavras, sob tal ponto de vista, o Estado e seu ordenamento passam a ser republicanos a partir do momento no qual a soberania titularizada pelo povo promove uma pactuação dos interesses comuns, expressa em leis, válidas

89 ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. P. 76.

pelo ponto de vista de sua criação e legitimidade e, conseqüentemente, em contexto no qual todas as camadas sociais são abarcadas no processo deliberativo. Assim, na república, a ação e o direito ficam balizados e orientados a partir do interesse comum pactuado. Este plexo de procedimentos, diplomas e vontade expressa é apto para exprimir os rumos do poder e os limites que vinculam seu exercício.

Como será abordado em seção posterior, o interesse comum, a partir de suas idealizações em meio ao pensamento republicano, desenvolve-se até as teorias contemporâneas que concebem Estado, ordenamento e o modelo institucional de valores e fins. Autores de diferentes correntes concebem o desenho do ordenamento como sistema limitado por seus fins e razões, posicionados, no contexto do Estado democrático, pela própria sociedade soberana. Neste sentido, o interesse comum enquanto elemento republicano clássico guarda ligação com a concepção de estado democrático, representando o cerne não apenas dos valores do ordenamento, mas de fundamento e limite para a ação<sup>90</sup>.

Por fim, justamente no sentido de identificar os núcleos que, hoje, definem e movem a república enquanto paradigma de um modelo de Estado, um último elemento a ser abordado é a previsão de cartas de direitos como marca dos modelos político-institucionais contemporâneos, a se identificar com uma noção contemporânea da forma republicana.<sup>91</sup>

A república encontra justificação, ou seja, sua própria razão, na valorização do poder popular e no controle político realizado sobre o poder do Estado. Tal controle, partindo dos elementos de soberania popular e do delineamento do interesse comum, é feito pelas pessoas, membros do corpo social, em nome do qual age e se fundamenta o poder. É a partir daí que passam as pessoas a ser objeto de proteção do direito e das estruturas institucionais que racionalizam e canalizam o exercício do poder.

A ênfase no valor do ser humano e a consolidação dos mecanismos democráticos como elementos de canalização de poderes e norte para tomadas de decisão marcam o início desta concepção, na qual sem direitos não há forma de

90 Deste modo concebem, em diferentes visões, por exemplo, Luigi Ferrajoli, Gianluigi Palombella, Ronald Dworkin, Geraldo Ataliba, Robert Alexy, Philip Pettit, entre outros.

91 No plano histórico, desde, sobretudo, o iluminismo, o plexo de liberdades compõe o ideário republicano em seu núcleo, conforme visões do próprio Montesquieu, de Kant e de Rousseau, a título de exemplo. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Pgs. 129-132; MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Pgs. 165-167.

governo na qual o povo seja soberano e beneficiário do exercício do poder. Daí porque Kant entende a república como o Estado fundado na liberdade de seus membros, por exemplo<sup>92</sup>.

Na mesma linha segue a concepção contemporânea que centraliza os direitos fundamentais em meio aos ordenamentos constitucionais. A carga de consolidação histórica que estes possuem se confunde com a evolução do modelo republicano, de modo que os direitos assumem, no plano jurídico, posição central dos ordenamentos desde, pelo menos, as revoluções do século XVIII.

Se antigamente o modelo político-institucional em questão implicava a necessária previsão, garantia e proliferação dos direitos políticos, as revoluções francesa e estadunidense marcaram o momento no qual as liberdades civis passa a enquadrar não apenas a carta de direitos que se põe por sobre a pessoa em sociedade, mas o cerne dos ordenamentos e dos modelos de Estado em questão.

O curso da história do Estado e a evolução dos modelos políticos se entrelaça com o desenvolvimento dos direitos, de modo a atender as novas demandas e necessidades postas pelos paradigmas remodelados de dignidade humana, cidadania e igualdade. Novos direitos, conforme são demarcados e institucionalizados, não apenas se fazem elementares ao ordenamento jurídico, mas são absorvidos enquanto razões do poder institucionalizado. No caso, a república passa a ostentá-lo enquanto elementos seus, conforme são eles abarcados como eixos civilizatórios e alicerces de legitimidade do próprio regime jurídico do Estado.

Assim ocorre porquanto o próprio delineamento de modelos político-institucionais pela via constitucional implica os direitos enquanto elementos não apenas de sua validade jurídica, mas de sua legitimidade política. É desta maneira que, conforme passa o tempo, a república se altera enquanto modelo conforme o paradigma de civilização ordenada a partir do poder institucional evolui.

### **2.2.5. O processo de consolidação institucional dos elementos republicanos**

Começa-se assim a entender o núcleo primordial do que se compreende por república. A conjugação dos conceitos mais classicamente associados à matéria, desenvolvidos sobretudo em meio ao campo teórico, representa um plexo de

92 KANT, Immanuel. **A paz perpétua**: um projeto filosófico. Editora Vozes, 2020. Pgs. 17-19.

elementos que é consagrado a partir dos modelos de Estado que se originaram com as revoluções do final do século XVIII e se difundiram pelo mundo.

Em meio aos processos de efervescência política e social que se deram, sobretudo, na França e nos Estados Unidos da América, ao fim do século XVIII, o ideário republicano ocupa importante lugar como combustível e sustentáculo teórico e filosófico dos movimentos revolucionários e suas decorrências institucionais<sup>93</sup>.

O que se extrai dessas experiências é que ambas foram cruciais para consolidar um modelo contemporâneo do que se entende por república e por forma republicana, solidificando os elementos que compõem seu ideário e que se torna paradigma de diversos Estados ao redor do mundo, bem em meio à virada para o constitucionalismo.<sup>94</sup>

Deve-se ter em vista que o modelo republicano, considerando assim suas feições estruturais e axiológicas e seus alicerces teóricos, conforme são compreendidos na atualidade e, sobretudo, no Brasil, são resultados de processos de desenvolvimento que englobam diversas experiências e abordagens. Estas advêm de diferentes âmbitos políticos e político-institucionais, a extrapolar, assim, os paradigmas advindos das experiências do atlântico norte.

Não se nega, assim, a relevância dos processos de criação e consolidação das repúblicas nas Américas do Sul e Central para o processo de estabelecimento e aperfeiçoamento do que se tem, hoje, por república. O próprio processo observado em meio ao âmbito histórico interno brasileiro traz peculiaridades de absoluta relevância para a formação do modelo presente.

Todavia, situando-se a base de análise deste trabalho junto ao campo do direito constitucional positivo da Constituição brasileira, não aprofundaremos os meandros acerca de como se consolidam os traços distintivos dos diferentes padrões republicanos. Aqui, o objetivo, como já foi frisado, não é remontar o percurso histórico e muito menos tecer maiores considerações acerca dos aspectos filosóficos que permeiam diferentes variações da ideia de república, mas apontar um panorama sobre as bases que a compõem, de modo a permitir avançar para

93 No caso da Constituição estadunidense, expõem o tema e destacam as bases republicanas WOOD, Gordon. **The Creation of the American Republic**. Nova Iorque: W.W. Norton and Company, 1969. Pgs. 593-616. Versão Kindle; BAILY, Bernard. **The ideological origins of american revolution**. Cambridge: Harvard University Press, 1992. Pgs. 258-278.

94 Neste sentido, conforme FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales**. Madri: Editorial Trotta, 2014. Pgs. 30-42.

compreender como o direito constitucional brasileiro as absorve e, assim, estrutura uma dimensão normativa de república.

Neste sentido, circulamos os processos em questão justamente em razão de sua importância enquanto movimentos de institucionalização normativa a oferecer um modelo paradigmático ao dito mundo ocidental. A partir destes processos do atlântico norte, portanto, tal base é estabelecida e carregada para dentro das dimensões normativas que estruturam o Estado, em meio ao advento do constitucionalismo. A gênese do chamado Estado moderno, como veremos, está intimamente associada a um triunfo institucional dos valores e estruturas nascidos em meio ao ideário republicano.

Tratando-se, ambos, de movimentos de contraposição a Estados monárquicos, pode-se partir de um entendimento de que a opção pelo modelo republicano se dá razão do elemento numérico relacionado à detenção do poder e à contraposição às instituições inerentes a tal modelo político-institucional. Há, neste sentido, uma remissão à clássica distinção entre monarquia e república. Esta, se não for devidamente aprofundada, suprime nuances que permeiam o desenho republicano criado.

Ainda que a rejeição ao poder centralizado seja um dos motivos que favorecem – por vezes, o maior motivo – a adoção da república como modelo adotado na origem do Estado moderno, a correlação entre o ideário republicano e o modelo moderno de Estado permeia o conjunto dos elementos destacados – que marcaram as revoluções em questão – desde sua origem, enquanto movimentos sociais e políticos, até o processo de consolidação jurídica dos novos desenhos político-institucionais.

A supremacia da Lei, a contenção do poder, a sustentação do aparato institucional e do meio social com base na previsão de direitos, com base em um clamor pelo valor de igualdade, são os elementos principais que serviram de combustível às rupturas e orientaram os ordenamentos fundados<sup>95</sup>. Como resultado, para além da inauguração de novas ordens jurídicas e políticas para os dois países, as duas revoluções alçam a república à base de uma nova construção institucional.

Cabe destacar a aptidão que tiveram os revolucionários franceses e estadunidenses em consolidar o poder, suas estruturas, suas instituições e,

95 Neste sentido, também, NATELSON, Robert G. A Republic, Not a Democracy: Initiative, Referendum, and the Constitution's Guarantee Clause. *Tex. L. Rev.*, v. 80, 2001. Pgs. 822-831.

sobretudo, os direitos dos cidadãos, em cartas constitucionais, em prestígio à expressão dos valores republicanos da garantia do poder racionalizado e da supremacia da Lei.

É certo que, em grande medida, tal consolidação se dá de acordo com limites inscritos no próprio contexto. Não se deve desconsiderar, conforme destacado ao longo do presente capítulo, a mutabilidade que permeia não apenas os elementos republicanos apontados, mas a própria noção de república. O que se destaca, aqui, é a consolidação dos elementos, em conjunto, como signos e alicerces do cânone institucional criado.

Esse processo ocasionou um novo panorama de república; não uma configuração inédita, formada por atributos novos, estranhos à tradição e às concepções trabalhadas no plano histórico, mas uma consolidação dos elementos clássicos da tradição republicana, que se desenvolvem conforme o tempo, abarcando a adesão de determinados novos elementos, marcas dos contextos pelos quais a república e seu ideário atravessam<sup>96</sup>.

Há que se considerar, portanto, fatores presentes em ambos os contextos que, com o desenvolvimento e evolução dos próprios elementos republicanos, são certamente incompatíveis com o paradigma axiológico e institucional atual. Isso ocorre em relação à dominação exercida pela França sobre suas colônias e, também no caso dos EUA, a possibilidade de, à época, se manter relações escravagistas. Igualdade e a supremacia de uma carta de direitos, para citar dois apenas dois, são elementos que, conforme se observa a partir destes e de outros fatores, ressignificam a república conforme são ressignificados pelo tempo.

Ainda assim, em vista do cenário de consolidação dos elementos em questão, destaca-se o que ocorre na experiência da fundação estadunidense e da revolução francesa envolvendo a quebra de alguns paradigmas acerca de conceitos republicanos – sobretudo, rousseauianos –, readequando o perfil de elementos clássicos em que se fundava a república para a formação do modelo de Estado almejado. Deve-se considerar que cada uma destas experiências possui um contexto e um substrato material que implicam demandas distintas e, assim, diferentes soluções institucionais – o que ocorre com cada processo de institucionalização republicana.

96 PETTIT, Philip. **Republicanism**: a theory of freedom and government. Oxford University Press, 1997. Pgs. 19-20. Versão Kindle.

A conformação de um ideal republicano, conforme integrados os elementos de seu ideário em cada experiência de institucionalização política, assume feições próprias, condizentes com as realidades em que cada experiência se dá<sup>97</sup>. Tal vocação à mudança e à adaptação de suas bases marca a noção de república, e se consolida neste período de gênese do Estado moderno, com diversas conformações institucionais se perfazendo de acordo com cenários próprios, diferentes entre si.

É assim que nasce, com as revoluções do final do século XVIII e, sobretudo, com a estadunidense, uma concepção de república federativa, possível para grandes Estados – de modo a remediar a visão de que a república só seria viável em territórios pequenos, como se concebia por boa parte dos teóricos do tema –, marcada por uma soberania popular exercida mediante processos de democracia representativa – também a fim de viabilizar a soberania dentre grandes populações.

Tais reinterpretações se alinham com um sistema normativo baseado na supremacia do direito, na igualdade política e na garantia de liberdades – é neste mesmo contexto de racionalização dos poderes dos Estados e fim do absolutismo que surgem cartas de direitos como a Declaração de direitos do bom povo da Virgínia (1776) e a Declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789).

A partir do advento da Constituição dos Estados Unidos, diversos modelos político-institucionais passam por refundações, tendo os elementos que identificam-se no ideário republicano por paradigma. A gênese do Estado moderno é permeada por valores, estruturas e proposições originadas dos movimentos políticos e intelectuais que propagavam a república enquanto padrão adequado. Não é à toa que, em ambos os casos, os modelos institucionais inaugurados se consolidaram no âmago de tais sociedades, preenchendo dimensões tanto jurídicas e políticas, como culturais e sociais.

Esta consolidação institucional fica demarcada, portanto, com o advento de uma estrutura normativa complexa e robusta, apta a delinear o modelo de Estado e organizar as relações sociais conforme os valores que nela se expressam. Este modelo, alçado a paradigma mundial, acaba por formar a base do que se entende

97 Destaca-se aqui, no caso da Constituição dos Estados Unidos, o modelo de república defendido por James Maddison em *The Federalist Papers*, nº 39. Naquele caso, há uma defesa bastante própria da república enquanto modelo representativo a contrapor as democracias diretas, no interesse que se tinha de estabelecer estrutura institucional com tais feições. Há, neste sentido, o estabelecimento de um conteúdo antitético à forma como Rousseau, por exemplo, concebe o modelo republicano. Vislumbra-se assim a variabilidade de sentidos que o termo comporta ao se observar seu conteúdo.



por Estado a partir da modernidade, tendo, porém, impacto e importância que transcendem o perfil estatal.

Todavia, ainda que o modelo de Estado constitucional originado das revoluções nos EUA e na França tenha servido de base para os muitos outros que aparecem na sequência, ao longo dos séculos XIX e XX, é certo que este cânone, consagrado, foi readaptado e readequado às diversas realidades – sobre as quais se pode, inclusive, discutir os níveis de sucesso alcançados, sob diferentes pontos de vista.

Em muito, como se verá posteriormente, o modelo republicano constitucional originado no final do século XVIII acabará por servir de paradigma à experiência brasileira, mais de cem anos após a independência dos EUA e à promulgação de sua constituição, bem como da carta francesa. Tais elementos impactaram a filosofia política e a teoria do Estado, ditando não apenas as linhas que perfazem as denominadas repúblicas contemporâneas, mas o próprio Estado democrático, a partir de sua dimensão juspositiva.

No plano jurídico, os elementos republicanos ganham contornos e conteúdos próprios, resignificados e redimensionados conforme o modo em que são trabalhados, frutos dos próprios processos de percepção, estabilização e institucionalização. A relação entre o ideário republicano e o constitucionalismo, ademais, será abordada em tópico posterior, porém cabe já destacar que, após o advento do Estado moderno, estes passaram a pautar sua estrutura central a partir de linhas traçadas sobre os valores relativos ao conjunto dos elementos destacados, inerentes ao ideário republicano.

Em muitas das institucionalizações que, anteriormente, foram intituladas como repúblicas, não havia a conjugação, de forma concomitante, dos elementos destacados: essa concomitância passa a ser uma marca do constitucionalismo e da era moderna. Por mais que houvessem traços dos elementos expostos em suas formulações mais antigas, falar de república, atualmente, vai além da mera alusão aos modelos clássicos, do período no qual o termo foi cunhado e, mesmo, de modelos específicos estabelecidos no decorrer dos séculos. A república, como concebida atualmente a partir dos elementos expostos, é de fato um modelo paradigmático consolidado a partir do constitucionalismo e da estabilização do Estado moderno no dito ocidente.

Deste modo, é importante ter em vista que aquilo que se trata como forma republicana consiste, no caso, em um plexo de valores e estruturas que conduzem a forma e o espírito do Estado contemporâneo – cenário no qual se insere a Constituição brasileira de 1988. É ela o ponto ao qual este trabalho se dirige, de modo que as posições e concepções aqui desenvolvidas buscam desvendar os meandros da república enquanto formulação constitucional no Brasil.

Levantados os elementos que permeiam a forma republicana de governo e sua consolidação a partir dos movimentos político institucionais ao final do século XVIII, avançaremos para uma análise da república conforme se dá sua institucionalização em meio ao mundo contemporâneo. Há pontos acerca da república na contemporaneidade que cabem ser abordados para alcançar uma maior compreensão acerca do termo.

### **2.3. Concepções contemporâneas de república e sua institucionalização em meio ao direito**

Para além do desenvolvimento que a noção de república possui a partir da tradição da filosofia política e de seu contato com o percurso histórico, surgem concepções republicanas situadas já na contemporaneidade e cunhadas, em geral, a partir da dos modelos de direito positivo. Deste modo, o que se procura nesta seção é levantar certos pontos acerca de como a república é, atualmente, institucionalizada, sobretudo em meio aos traçados constitucionais.

Busca-se expor, a partir das contribuições de autores que partem, cada um, de distintas realidades jurídico-políticas, a acomodação dos elementos republicanos apontados neste capítulo em meio a diferentes traçados institucionais. O objetivo final desta seção é expor como a maleabilidade da forma republicana impacta na própria definição da república e o papel do direito constitucional enquanto campo de expressão e desenho das diferentes estruturas de poder estabelecidas.

Neste cenário, Cass Sunstein, em face do contexto que parte da constituição estadunidense e de acordo com as bases que permeiam os debates da filosofia política e da filosofia do direito daquele país, centra um abordagem sobre a república a partir do seu contato com o valor liberdade, enquanto axioma central a preencher e pautar as instituições, o ordenamento estadunidense e bastante da raiz cultural daquela sociedade.

Ao contrário de uma crença existente no pensamento político dominante em seu país<sup>98</sup>, o autor entende haver uma coincidência entre determinados valores de tradição republicana e valores pelos quais se pautam as correntes ditas liberais, tomadas, muitas vezes, como fiadoras filosóficas da constituição estadunidense<sup>99</sup>. O que Sunstein reconhece no modelo é a influência de pensamentos de base republicana com a incursão de aspectos do ideário liberal<sup>100</sup>. Conforme coloca, tal coincidência parte do campo do debate teórico da filosofia para o centro do direito constitucional estadunidense.

Neste sentido, o autor identifica quatro princípios que pautam a forma de governo republicana e que estão inscritos no direito constitucional.

Primeiro, a república abarca o princípio da deliberação política, sustentado na clássica ideia da virtude cívica como elemento essencial. Pela deliberação, se busca atingir o propósito de privilegiar as visões coletivas de sociedade, no sentido de um afastamento do individualismo e de decisões baseadas fora do campo do consenso.<sup>101</sup>

Deste modo, é posta em relevo a régua do consenso como base a sustentar e vincular o exercício do poder, consenso a ser atingido a partir de processos de contraposição de visões e deliberação entre campos devidamente legitimados e representados enquanto agentes políticos.

O segundo princípio arrolado pelo autor é o da igualdade. Neste contexto, igualdade caberá ser tomada como a eliminação de desigualdades que signifiquem disparidades nos níveis de participação política, independentemente da causa. A questão se centra sobre a influência política detida pelos membros do corpo social, que acaba impactada por motivos de desigualdade econômica, cultural ou regional etc.

A partir de sua visão, portanto, o modelo republicano de Estado tem como valor central seu a eliminação das desigualdades geradoras de desnível em poder

98 PETTIT, Philip. **Republicanism**: a theory of freedom and government. Oxford University Press, 1997. Pgs. 16-21. Versão Kindle.

99 SUNSTEIN, Cass R. Beyond the republican revival. **Yale LJ**, v. 97, 1987. Pgs. 1566-1571.

100 SUNSTEIN, Cass R. Republicanism and the preference problem. **Chi.-Kent L. Rev.**, v. 66, p. 181, 1990.

101 Conforme Sunstein, "The republican belief in deliberation counsels political actors to achieve a measure of critical distance from prevailing desires and practices, subjecting these desires and practices to scrutiny and review". Daí a correlação com a virtude cívica, entendendo-a de forma a romper com uma visão de reforço da força individual e aderindo à visão que a serviço da deliberação posta como justiça social e solidariedade. SUNSTEIN, Cass R. Beyond the republican revival. **Yale LJ**, v. 97, 1987. Pgs. 1548/1549.

político<sup>102</sup>. Essa posição em relação à igualdade, no caso, ainda que por diferentes justificativas axiológicas, acaba compondo a diversidade de conteúdos que o próprio princípio comporta.

O terceiro princípio é o do universalismo. Neste ponto, o autor estadunidense destaca a crença inerente à possibilidade de se encontrar soluções para os problemas que se apresentem e impliquem diferentes posicionamentos a partir de diálogo e deliberação – crença essa que é inerente à sua concepção de república<sup>103</sup>. Em um ambiente povoado por diferentes grupos e interesses e constantes tensões, o universalismo prestigia a solução hábil a tutelar problemas de forma satisfatória a todos – de modo a, assim, universalizar a decisão. Em razão do universalismo, o ideário republicano concebe a possibilidade do alcance de um bem comum – que, neste sentido, é fruto do processo deliberativo e da pactuação conjunta<sup>104</sup>.

Nesta concepção, universalismo é um elemento correlato à noção procedimental e deliberativa de democracia, permeada pela assertividade prática da ideia de interesse comum. No caso, a forma republicana de governo acaba por implicar que diferentes pontos de vistas, sustentados por distintos atores sociais, sejam racionalizados em soluções que possam abarcar o máximo equilíbrio entre os interesses que se fazem predominantes, garantindo traços básicos das posições minoritárias. Assim se tem um processo de participação universal, apto a gerar soluções de regulação e ordenação do poder político.

O quarto e último princípio que Cass Sunstein identifica na forma republicana é o da cidadania, compreendendo o plexo dos direitos de participação que viabilizam o exercício das virtudes públicas e da soberania popular, com os referentes controles do poder pelo cidadão. A concepção de cidadania, na república, vai além da mera possibilidade de eleição de representantes, englobando, por exemplo, o avanço sobre a prática da fiscalização e o acesso a espaços que permitam seu exercício e evolução.<sup>105</sup>

O que se extrai do modelo político-institucional exposto por Sunstein, nos quatro princípios republicanos por ele apontados, é que estes se retroalimentam e

102SUNSTEIN, Cass R. Beyond the republican revival. **Yale LJ**, v. 97, 1987. Pgs. 1552/1553.

103SUNSTEIN, Cass R. Beyond the republican revival. **Yale LJ**, v. 97, 1987. Pgs. 1544/1545.

104SUNSTEIN, Cass R. Beyond the republican revival. **Yale LJ**, v. 97, 1987. Pgs. 1553/1554.

105Conforme o autor, “But on the republican view, political participation is not only instrumental in the ordinary sense; it is also a vehicle for the inculcation of such characteristics as empathy, virtue, and feelings of community”. SUNSTEIN, Cass R. Beyond the republican revival. **Yale LJ**, v. 97, 1987. Pgs. 1556.

operam em conjunto. No caso, fica delineado como consequência da forma republicana em seu país um modelo de Estado em que vige um regime democrático, pautado por deliberação e pela igualdade entre os cidadãos, sobretudo no que se refere à tomada de decisão e ao traçado das estruturas de poder. A valorização do valor liberdade, sobretudo pela expressão dos direitos fundamentais, não exclui todos estes elementos, cruciais à organização e funcionamento da sociedade – pelo contrário: é componente seu.<sup>106</sup>

Fato é que o modelo institucional, incluindo o sistema de freios e contrapesos, o desenho das instituições, o modelo federal e legislativo bicameral, entre outras marcas institucionais da realidade estatal estadunidense e também presentes em modelos mundo afora – incluindo, em boas medidas, o caso brasileiro –, favorecem, ao menos enquanto modelo idealizado, a deliberação e oposição de visões antagônicas em meio a um processo racionalizado que permita o alcance de soluções.<sup>107</sup>

Daí que, em essência, o desenho da república se justifica sendo pensado de modo que diferentes posições e diversos interesses encontrados em meio à sociedade sejam percebidos e lhes seja garantido espaço de participação nos centros de tomadas de decisão, canalizando as possíveis tensões para dentro do corpo institucional desenvolvido.<sup>108</sup> A tomada de decisões passa a ocorrer em conjunto, garantindo maior verossimilhança da condução do poder com os resultados do exercício pela busca de consenso.<sup>109</sup> Neste sentido, o autor se aproxima do modelo democracia sustentado por Habermas, inclusive no que toca ao

106 Fica patente, na visão proposta, uma estruturação de Estado e governo que comporta o preenchimento do ideário republicano por vetores de vocação liberal. Neste sentido, há que se notar a contextualização própria que a noção de república assume em tradições distantes daquelas observadas no republicanismo europeu e, mesmo, latino-americano.

107 Conforme aponta Alexis de Tocqueville, acerca dos sistemas políticos após a Revolução: “Em nossos dias, o princípio da soberania do povo teve nos Estados Unidos todos os desenvolvimentos práticos que a imaginação é capaz de conceber. Ele se depurou de todas as ficções com que tomaram o cuidado de cercá-lo em outros países; vemo-lo revestir-se sucessivamente de todas as formas, conforme a necessidade do caso. Ora o povo em corpo faz as leis, como em Atenas; ora deputados, que o voto universal criou, o representam e agem em seu nome sob sua vigilância quase imediata”. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes. 2. ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Pgs. 65-68.

108 Cabe destacar que Cass Sunstein aponta como elemento central da democracia a existência do conflito, que implica a solução de questões a partir da decisão de uma maioria em contraposição a partes e ela opostas. A existência de sistemas de freios e contrapesos e outros mecanismos de contenção do poder político se apresentam como mecanismos de canalizar os dissensos e mantê-lo controlados em meio ao processo democrático. SUNSTEIN, Cass R. Beyond the republican revival. **Yale LJ**, v. 97, 1987. Pgs. 1587-1589.

109 SUNSTEIN, Cass R. Beyond the republican revival. **Yale LJ**, v. 97, 1987. Pgs. 1558-1560.

papel das instituições, do direito e, sobretudo, dos processos nos quais estes se envolvem, incluindo aí o processo legislativo e o todo do processo democrático.<sup>110</sup>

A república, assim, é modelo de governo que constitui-se ao redor de um plexo de ideias que sustentam uma estrutura institucional e jurídica apta a garantir a igualdade política entre os cidadãos, a cidadania como expressão da atividade social e controle do poder, o universalismo como ideal basilar que sustente a possibilidade de um bem comum pactuado e guie as soluções adotadas no âmbito do poder e, sobretudo, a deliberação, como forma de arrefecer o antagonismo e as tensões que lhe são inerentes.

Em decorrência destes princípios, há pressupostos a serem levantados. No caso, o autor, ainda que parta de um modelo institucional e normativo próprio, desenvolve tais apontamentos ao redor dos próprios elementos republicanos delineados no início do presente capítulo. Daí, portanto, que é de se considerar certas decorrências do modelo republicano contemporâneo como um todo, frutos do próprio desenvolvimento que o modelo republicano apresenta.

Deste modo, a existência de um sistema democrático surge hoje como uma necessária implicação republicana, considerando a igualdade política e a deliberação que lhe são características e, conforme o que se concebe atualmente da igualdade e da cidadania enquanto axiomas, de suas dimensões materiais cada vez mais robustas. Estes são elementos que, centralizados em tal forma de governo, demandam um desenvolvimento que se consolida acima de um limiar básico de democracia, pautado pela deliberação e participação popular. Assim que, na contemporaneidade, é impossível dissociar república do ideal democrático.

Outra consequência que o autor aponta é a adoção de medidas de redução das desigualdades que deformem a participação política, independentemente da causa. Esta é uma via necessária que, por mais que possa ser desdobrada e localizada a campos específicos das diferentes dimensões de direitos, surge como requerimento para que seja atingida participação verdadeira, efetiva e hábil a fazer transparecer interesses, posições, dissensos e consensos de forma que se possibilite o traço dos interesses comum.

Daí que, tendo a faticidade como parâmetro, a república, enquanto se desdobre em sistema pautado no valor igualdade, implica a busca da justiça social

110 HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Pgs. 60-64.

entre os cidadãos, buscando, a partir do prestígio aos elementos republicanos antes apontados, à deliberação enquanto via e os fins e meios que vinculam o agir estatal, o bem comum pactuado. A garantia da igualdade, portanto, é preocupação central do modelo republicano, figurando como requisito de sua funcionalidade de acordo com as bases axiológicas que preenchem tal forma de governo. Se situa ela dentre as razões e fins, formatando uma base a partir da qual a normatividade se desenvolve e estrutura instituições voltadas a seu prestígio.

Outro autor que empreende um delineamento dos conteúdos abarcados pela noção de república é Geraldo Ataliba. Tendo por objeto a Constituição brasileira de 1967, sua concepção se perfaz a partir do traçado positivo da república no texto constitucional, destacando os seus elementos clássicos conforme suas posições em meio aos dispositivos: identifica características, pressupostos e garantias do princípio conforme este é desenhado no texto.

Um ponto relevante a ser destacado é que o autor concebe a república já enquanto princípio constitucional. As disposições do texto, deste modo, perfazem seu perfil jurídico, de onde são extraídas diferentes camadas funcionais a operar e preencher o conteúdo do princípio republicano. Neste sentido, enfatiza a natureza que a república possui como princípio vetor da constituição de 1967.

Cabe apontar, aqui, o fato de que sua análise se dá a partir de uma sistemática que é própria daquele texto. Deste modo, as bases, o perfil e o próprio conteúdo especial a preencher tal norma e circundar seu universo posto em meio ao texto constitucional se dão de forma própria. O que se mostra relevante, no caso, é a precisão analítica de Geraldo Ataliba ao, analisando um modelo republicano institucionalizado pelo direito, levantar aspectos temáticos de relevo no que se refere à república e sua expressão como modelo jurídico-normativo.

Conforme expõe, o núcleo central do princípio republicano deita-se sobre o ideal de soberania popular e seus meandros, sendo a república o modelo de governo baseado na titularidade do poder pelo povo e, portanto, na conformação por ele dada.<sup>111</sup>

Como consequência, o autor destaca a necessária simbiose entre república e o modelo democrático – e representativo, por questões práticas –, conforme o que

111 Conforme a lição de Geraldo Ataliba, “No intenso e vivo diálogo que precedeu a reunião da convenção constituinte, o povo fixou os grandes rumos, as diretrizes de governo que quis ver concretizadas. Estabeleceu o conteúdo substancial do mandato que conferiu ao constituinte”. ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atual. de Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Pg. 15.

denomina como as três características centrais desta forma de governo: eletividade, periodicidade e responsabilidade<sup>112</sup>. As três são inscritas no sistema constitucional, traduzindo as respostas oferecidas pelo texto para as perguntas sobre quem exerce o poder e como ele é exercido<sup>113</sup>. Tais características compõem a dimensão institucional do princípio republicano, apontando para como o texto constitucional, ao adotá-lo enquanto valor, implica que a dimensão axiológica da soberania republicana se concretize em meio ao exercício do poder e às instituições fundadas na Constituição e a ela vinculadas.<sup>114</sup>

Por sua vez, Geraldo Ataliba indica as premissas necessárias para a existência da república: a supremacia da lei, o princípio da isonomia e a intangibilidade das liberdades públicas. As três – sobretudo, em conjunto – se estruturam de modo que seja possível o exercício da soberania popular e a existência de efetivo sistema democrático, moldando o direito e balizando o poder conforme tais estruturas.<sup>115</sup> Trazidas para o interior do direito constitucional pátrio, caracterizam princípios jurídicos voltados para viabilizar o exercício do poder conforme os limites estabelecidos em meio ao conteúdo do princípio republicano.

No caso das garantias que permeiam o ordenamento de facetas republicanas, aponta que o texto constitucional as estabelece, sobretudo, a partir de seu desenho institucional e da arquitetura de sua carta e regime de direitos, a fim de assegurar a efetividade do princípio, preenchendo seu conteúdo normativo e concedendo-lhe envergadura em meio ao ordenamento. Conforme se verifica, não necessariamente tratam-se de princípios jurídicos, muitas vezes se apresentando como conjuntos de regras, voltados a garantir a soberania, a igualdade, a responsabilidade etc.<sup>116</sup>

112 ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atual. de Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Pgs. 17-19.

113 BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo na história do pensamento político**. Trad. Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2017. Pg. 39.

114 Deve-se ter em vista que, por vezes, o princípio republicano é apontado como norma de reduzido perfil no direito brasileiro, visões as quais, em geral, dão enfoque total aos aspectos formais que a República implica para o direito, em especial a eletividade, a periodicidade e a temporariedade dos mandatos, entre outras, sem se atentar justamente para a base axiológica que sustenta tais características relacionadas à forma institucional e, do mesmo modo, promovem outras decorrências no modelo normativo, conforme alerta feito por CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. **Revista de estudos constitucionais**, hermenêutica e teoria do direito, v. 1, n. 1, p. 87-96, 2009.

115 ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atual. de Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Pgs. 119-125.

116 O autor destaca, no contexto constitucional brasileiro, a indissociabilidade entre federação e república, que se entrelaçam, no traçado do modelo republicano estabelecido, para além de mero aspecto organizacional. Considerado o tamanho e a complexidade do Estado brasileiro, a federação representa um mecanismo de viabilizar o exercício da soberania popular pelo titular do



Entre elas, o autor identifica a separação de poderes, o regime jurídico do chefe de governo e as normas que delineiam a função, o regime de competências, a responsabilidade do Estado, de seus agentes e do chefe do Executivo e, ainda, o controle financeiro e dos bens públicos. Cabe apontar que a este rol se somam os instrumentos constitucionais correlatos, como determinados direitos (como é o direito de acesso à justiça) e os próprios remédios constitucionais.

Diante das garantias que se colocam a suportar e promover estruturalmente a dimensão axiológica que permeia o modelo republicano, o autor aponta como vocação exclusiva da verdadeira república em meio ao paradigma da contemporaneidade a garantia e preservação das minorias<sup>117</sup>. Tal preocupação é consequência direta de como o valor igualdade se amolda à contemporaneidade. Parte ele, inclusive, da própria igualdade política, compondo a concepção moderna de democracia na qual, apesar de governar a maioria, deverá ser assegurada às minorias, pelo sistema normativo e pelo desenho institucional, a possibilidade de se tornar maioria<sup>118</sup>.

poder, que é o povo. A inteligência do bem comum, o exercício mais adequado da cidadania e um melhor balanceamento entre os poderes só são possíveis mediante um sistema de organização que reparta os poderes, em um desenho institucional que permita proximidade entre estes e os membros do corpo social. No caso, tal proximidade se dá tanto pela abertura participativa, comunicativa e, sobretudo, de controle social, quanto pela própria proximidade física aos centros de poder. ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atual. de Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Pgs. 44.

117 ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atual. de Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Pgs. 99-101.

118 Fica destacado entrelaçamento entre os perfis institucionais e a base axiológica que implica na soberania popular individualmente titularizadas e a possibilidade de transformar a posição legítima, individualmente sustentada, em posição predominante, a partir dos processos discursivos que a democracia abarca: “Toda minoria deve ter efetiva e real garantia de possibilidade de transformar-se, pela discussão, pregação e crítica, em maioria. A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais do que isso, por mecanismos que assegurem representação proporcional, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas”. ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atual. de Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Pg. 100.

Conforme aponta<sup>119</sup>, “cada cidadão é titular de uma parcela ideal da *res publica*, pode e deve ter o direito de aplicá-la nos fins que bem entender”<sup>120</sup>. É evidente que tal colocação deve ser compreendida no contexto do próprio sistema erigido pela constituição, considerando os direitos individuais e os fins da república, mas expressa o conteúdo jurídico da soberania e da cidadania em meio ao sistema democrático.

Porquanto visualize a república enquanto princípio, Geraldo Ataliba parte de um olhar para o texto constitucional e dele extrai as estruturas e camadas normativas que perfilam e preenchem o termo república de sentido, demarcando conteúdos que demandam a sua caracterização enquanto princípio jurídico. Neste sentido, seu trabalho é bastante preciso ao apontar e enfatizar a dupla dimensão que marca a república enquanto norma jurídica.

De um lado, a república possui uma dimensão axiológica, levada para dentro do texto constitucional. De outro, o autor aponta as diversas estruturas postas a partir do direito de modo a erguer a república enquanto tal, de modo a projetar os valores a consubstanciar razões de sua existência para a faticidade que o direito deve tocar. Seu núcleo está vinculado à ideia de titularidade do poder pelo povo, ou seja, a própria ideia de soberania, base de onde se ergue a república enquanto forma de governo. Daí surgem as características que tal governo terá, de modo a viabilizar o prestígio a sua dimensão axiológica.

É claro que, porquanto trabalha a partir de uma dada realidade juspositiva, o autor demarca e destaca aspectos que, se fazem presentes e enfáticos no modelo por ele analisado. Outras concepções e outros modelos normativos são cabíveis em meio ao imaginário relativo ao tema. Todavia, a dupla dimensão da república ao ser

119Luigi Ferrajoli, partindo de concepção que tem nos direitos fundamentais a *ratio* do modelo político institucional, concebe a soberania popular em sentido semelhante, vinculando seu caráter fracionado a cada pessoa com o próprio conjunto de direitos: “Ya he dicho que todos los derechos fundamentales dan formas y contenidos a la “voluntad popular”, la cual, en cuanto suma de las voluntades de cada uno de sus miembros, no puede manifestarse auténticamente si no puede expresarse libremente: y no puede expresarse libremente sin estar presidida por las garantías no sólo de los derechos políticos y de libertad, sino también de los derechos sociales. (...) Estos derechos, por consiguiente, no sólo son límites a su ejercicio concreto, sino que son también su sustancia democrática, dado que se refieren al pueblo en un sentido mucho más concreto y rico de la misma representación política, es decir, a todos y a cada uno de sus miembros de carne y hueso. Equivalen, en otras palabras, a otros tantos fragmentos de soberanía popular correspondientes a todos y a cada ciudadano”. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 2: Teoría de la democracia**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. Pg. 14.

120ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atual. de Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Pgs. 99.

trabalhada pelo ordenamento jurídico é um dado inerente aos próprios elementos que conformam tal forma de governo, sendo muito bem esboçada por Geraldo Ataliba.

No caso, a república implica cânones para o desenho de valores albergados pelo texto, fundamentando elementos constitucionais essenciais, como a carta de direitos, o sistema político, as garantias para o controle social, etc. Esta carga axiológica existe justamente porquanto a forma republicana é uma noção que, ela própria, abarca determinados valores, inerentes a seus elementos formadores.

Por outro lado, o modelo republicano, ao ser internalizado pelo direito e pelo processo de desenvolvimento normativo, implica uma materialidade a ser inscrita e garantida pelo sistema jurídico, por meio de diversos dispositivos específicos que se prestam a efetivá-lo. É o caso, por exemplo, do desenho de sistemas eleitorais, elaborado pelo texto constitucional de forma pormenorizada, visando a garantia do controle político pelo povo soberano. O mesmo pode ser dito das diversas garantias a direitos fundamentais, como são os remédios constitucionais e as instituições postas enquanto estruturas de garantia, desde o texto constitucional.

Destaca-se este duplo aspecto da república justamente em sua positivação e representação na forma de princípio jurídico, abrigando, mais do que valores, verdadeiras decorrências materiais e de garantia no ordenamento jurídico, a partir de sua normatividade.<sup>121</sup> É de se observar, portanto, a incursão que a dimensão axiológica da noção de república realiza em direção ao campo jurídico-normativo, a partir do qual se consolida e se perfaz.

Uma terceira concepção acerca do conteúdo a preencher a noção de república é de José Joaquim Gomes Canotilho, que arrola os atributos fundamentais que conformam a Constituição portuguesa de 1976 em um texto de verniz marcadamente republicano.

Neste sentido, Canotilho entende a república como sendo uma “comunidade política”, ou uma “unidade coletiva de indivíduos que se autodetermina politicamente, através da manutenção e criação de instituições que se pautam pelas decisões e pela participação dos cidadãos”. O aparato institucional é elemento

121ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atual. de Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. Ps. 37-40.

essencial do conceito de república, bem como sua relação com o povo, titular do poder soberano.<sup>122</sup>

Neste aspecto, aponta que a república só é soberana se for “autodeterminada e autogovernada”. Para haver autogoverno, ou seja, para que o exercício do poder parta das linhas e diretrizes postas pelo povo, impõem-se representação territorial, um procedimento justo de seleção dos representantes e deliberação majoritária destes, limitada pelo reconhecimento prévio de direitos e liberdades. Assim, o que caracteriza a república, para Canotilho, à luz mesmo da tradição filosófica e das visões que embasam o que é exposto por Geraldo Ataliba, é o ideal da soberania popular, mediante um sistema de democracia representativa. Sua obra também destaca, neste sentido, a simbiose entre democracia e a república.

Axiologicamente, o autor destaca como base constitutiva da república contemporânea o princípio da dignidade humana, que pauta o bem comum a ser perseguido já desde o texto constitucional e oferece razão ao exercício do poder. Com isso, denota que a Constituição portuguesa prevê uma república inclusiva, adepta do que denomina como um “multiculturalismo mundividencial”<sup>123</sup>. Percebe-se assim a república como modelo baseado na centralidade da figura da pessoa, de seus horizontes e dos fins a ela correlatos. A participação política, as frações de soberania detidas pelos membros do corpo social e os processos deliberativos de formação de consenso e apuração do bem comum são etapas deste espírito que demarca a república enquanto governo do povo desde meados do século XX. A contemporaneidade do século XXI, com seus desafios, demanda que o enfoque para com o prestígio e evolução destas bases seja redobrado.

Daí que, para Canotilho, a república é sustentada com base em diversas liberdades que protegem o indivíduo e nele centram seu escopo finalístico. O Estado e o direito, afinal, têm a tutela do ser humano como fim. Prevê, assim, que o poder na república será balizado por dimensões de liberdade de defesa, na qual se incluem as clássicas liberdades individuais, liberdades de participação, que são

122CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. Pgs. 223-229.

123No caso, o multiculturalismo exposto por Canotilho, o pluralismo, o universalismo, conforme aportado pela teoria de Cass Sunstein, entre outros traços que vão neste sentido, têm por condão demonstrar o vínculo entre a noção de soberania como elemento vinculado à pessoa, a dignidade humana e a igualdade como balizas dos modelos político-institucionais postos. Conforme sejam os ordenamentos pautados por princípios que expressem tais valores, denota-se na noção contemporânea de República um traço primordial de abertura à diferença e aos diferentes grupos, tendo por escopo a valorização de cada um como componente da sociedade.

essenciais à soberania popular e ao exercício da cidadania e, ainda, direitos sociais, que o autor aponta como marca do Estado social e garantidoras da igualdade na república.

Ainda, Canotilho destaca, como fruto da própria conformação e arrolamento de valores fundamentais a partir da origem que o ordenamento republicano possui na soberania, um elemento ecológico a compor a república portuguesa, de modo que o poder só será legítimo enquanto prestigie a sustentabilidade, garantindo as futuras gerações. Este é previsto expressamente no texto da Constituição do país, delineando o perfil próprio que é dado às suas instituições, a seus valores e ao seu ordenamento. Neste sentido, há uma opção política que eleva este elemento para tal posição, moldando a república portuguesa conforme valores e interesses específicos, caros ao meio social a partir do qual esta se ergue.<sup>124</sup>

O último aspecto do princípio republicano como exposto por Canotilho é a cisão que este implica entre a esfera pública e a esfera privada. Tal cisão acarreta a separação da esfera individual das pessoas que atuam em meio ao Estado e a esfera das próprias instituições, gerando esferas de garantia aos interesses e valores que permeiam a república, nas duas vias. Em garantia a tal traço, inclusive, a constituição passará a prever as proteções à função administrativa, visando o interesse público, bem como o aparato de controle social, de modo a situar as vontades e posições que partem de uma dimensão privada, afeita à sociedade organizada e representada, enquanto razão dos poderes públicos.

A partir das visões ora abordadas acerca da noção de república, trabalhadas todas em aproximação ao próprio contexto normativo e institucional desta em meio à contemporaneidade, devem ser destacados alguns aspectos relevantes, de modo a aclarar algumas questões para o que se coloca, inclusive, para além dos seus elementos basilares, considerada a natureza que possui.

Em primeiro lugar, destaca-se a própria noção de forma de governo, a ser delineado a partir do texto constitucional, enquanto assume um dado padrão que marca Estado e sociedades a partir da modernidade. É na própria constituição que estão previstos e resguardados os traços essenciais que baseiam e limitam o exercício do poder, sendo ela o elemento a assumir papel de maior relevância na

<sup>124</sup>No caso, o autor expõe este traço da República portuguesa com base em uma série de dispositivos que se espalham pelo texto constitucional, moldando o aparato institucional que a partir dele se conforme e delineando o modelo de valores que conformam o modelo político-normativo português. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. Pgs. 227.

racionalização do poder político, possibilitando maior previsibilidade, segurança e, enfim, efetividade ao direito. Este é aspecto que, inclusive, será aprofundado no capítulo seguinte, ao trabalhar a correlação entre a república e o constitucionalismo.

Em segundo lugar – e talvez o ponto mais relevante sobre a concepção de república – é justamente o fato de que o modelo de Estado republicano, para além do estabelecimento de seus elementos conforme paradigmas correntes, é delineado a partir de ato soberano do titular do poder, de modo a estabelecer, à luz dos seus interesses, valores, objetivos e problemas, os atributos específicos e próprios do regime criado, dando a ele uma conformação única.

No caso, os elementos republicanos oferecem um cânone basilar apto à ser moldado e estabelecido de modo a dialogar com as propriedades que se apresentam em uma dada sociedade, em dado momento histórico, de modo a ser erigido um modelo de legitimação, balizamento e orientação do poder condizente com suas experiências e aspirações.

Este fator é o que torna o delineamento normativo da república apto a reger relações e vincular o poder às razões e fins que são estabelecidos em sua essência. Daí a república portuguesa, a brasileira – conforme a Constituição de 1967 – e a estadunidense, apesar de compartilharem diversas bases e traços em comum, serem, cada uma, delineadas conforme realidade, anseios e necessidades de cada contexto, abarcando estruturas, valores e elementos republicanos com perfis próprios a cada situação.

Tal compreensão é necessária se procuramos compreender os traços caracterizadores do ordenamento e das instituições brasileiras e, sobretudo, os especiais elementos axiológicos e as suas decorrências estruturais, que vinculam e limitam o uso do poder no Brasil, guiando e pautando a criação, interpretação e aplicação do direito.

Neste sentido, deve-se ter em mente que, ao se falar em ideal republicano, não se está a tratar de modelo único e acabado, em todos os seus aspectos, mas de uma base que está presente em diferentes modelos jurídico-políticos, delineados em diferentes ordenamentos, partindo de suas respectivas constituições. Estas, portanto, regem a forma de governo e são a base para compreender seus meandros e, no todo, seu especial perfil.

#### **2.4. Controvérsias comuns sobre a concepção de república**

Como visto, as concepções de república cunhadas ao longo da história apresentam diversas ênfases e enfoques, a depender dos contextos políticos, sociais e filosóficos presentes à época em que foram elaboradas. Tais contextos implicam diferentes modelos de república. Fica, assim, patente um traço do conceito – ao qual já nos referimos anteriormente: sua maleabilidade. Esta, no caso, marca o trabalho com o termo e dificulta o alcance de uma definição única e acabada.

Neste sentido, a fim de se obter uma melhor noção das possibilidades que o conceito de república apresenta e permitir o melhor circundamento de uma concepção para os fins deste trabalho, cabe esclarecer alguns pontos, acerca de frequentes dissociações e conflitos entre a noção de república e outros conceitos ou linhas de pensamento. Serão abordados alguns destes casos adiante.

Uma concepção muito difundida de república é aquela que a resume como um modelo político marcado pela oposição ao da monarquia. Essa visão surge com Maquiavel e é trabalhada por filósofos como Montesquieu e Rousseau, sendo observada até hoje como marcante a dadas colocações sobre o termo.<sup>125</sup>

Possui embasamento no pensamento que considera que a sustentação do ideário republicano se dá, historicamente, com base em elementos meramente numéricos da detenção de poder, na rabeira de visões que concebem a monarquia, enquanto poder soberano, como um poder ilegítimo – ou seja, a partir da experiência com o absolutismo –, ou, de outro lado, de visões que não questionam a legitimidade (como é o caso da distinção feita por Maquiavel), mas observam bases antagônicas entre os dois modelos. Na sua origem enquanto modelo institucional, a essência constitucional da república se forma a partir de duas revoluções antimonárquicas – o que, inclusive, representou uma das motivações pela adoção de instituições republicanas<sup>126</sup>.

Todavia, entender república como mera contraposição à monarquia só pode ser feito enquanto sejam desconsiderados diversos elementos que marcam a complexidade deste ideário, arrolados no conjunto. Isso se dá, inclusive, pelos mesmos autores no qual tal concepção antitética à monarquia se sustenta. Enquanto movimentos e posições baseadas no ideário republicano clássico, como as de

125NATELSON, Robert G. A Republic, Not a Democracy: Initiative, Referendum, and the Constitution's Guarantee Clause. *Tex. L. Rev.*, v. 80, 2001. Pg. 823.

126PISARELLO, Gerardo. **Un largo termidor**: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. Pgs. 66-69.

Maquiavel, Bodin, Rousseau e Montesquieu, entende-se a noção de república considerando-se todos os seus elementos definidores, que se mostram, no conjunto, como antítese daquilo que define a monarquia.<sup>127</sup>

A mesma tradição clássica que contrapôs república ao governo monárquico, todavia, também concebeu a possibilidade de coexistência entre ambos os conceitos, a partir, sobretudo, de uma cisão entre a titularidade de poder do Estado e de exercício de governo.

Neste sentido, Rousseau entendeu possível uma república monárquica, da mesma forma que Bodin concebe a coexistência entre democracia e monarquia, na qual o poder titularizado pelo povo é delegado ao monarca – modelo este que a contemporaneidade absorveu.<sup>128</sup> Maquiavel, por outro lado, rejeitava a possibilidade, visto que suas concepções de cada modelo partiam de uma que não cindia titularidade e exercício do poder, repartindo as noções de governo e Estado, bem como suas chefias, suas balizas e suas diferentes razões.

Fato é que a visão que contrapõe república e monarquia se detém apenas em aspectos isolados do ideário republicano, mais precisamente traços dos contextos políticos e históricos de sua consolidação – o que, apesar de relevantes para a compreensão da dimensão e complexidade que são abarcadas pelo termo, não podem ser vistos de modo a limitá-lo – e seu aspecto acerca da titularidade do poder, visto de forma estrita.

Deste modo, não se mostra possível tal simplificação da república. A mera possibilidade que a tradição da filosofia política e o campo histórico denotam, de que se faz possível a conjugação do ideário republicano com instituições monárquicas, indica que a noção de república vai além de uma mera contraposição destas.

<sup>127</sup>Maquiavel, por exemplo, define república a partir de quatro elementos caracterizadores de natureza qualitativa: um fator espacial, vez que se entendia que a república somente se viabilizaria em territórios reduzidos; um segundo fator baseado na igualdade, presente em suas duas espécies de república e inexistente no modelo monárquico, que pressupõe uma desigualdade em favor do Rei; um terceiro elemento expresso na base que a república possui na legalidade; por último, a república teria por valor fundamental a virtude dos cidadãos, no sentido de pautarem seu agir em direção ao bem comum. Neste sentido, o conceito de república é preenchido por elementos antitéticos àqueles que o autor reserva à monarquia (grandes territórios, desigualdade, governo baseado em decretos do Rei e regime baseado na honra dos súditos e do monarca), conforme MATTEUCCI, Nicola. Verbete “República”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. Pg. 1108.

<sup>128</sup>BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo na história do pensamento político**. Trad. Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2017. Pgs. 92-96. e ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Pgs. 105-107 e 109-115.



República, assim, é termo que está muito além de uma referência à titularidade do poder e a quem o detém, dirigindo-se mais aos elementos que pautam o modelo político-institucional por um conjunto de valores e traços, a basear seu conteúdo conforme os fins para os quais o poder é exercido.<sup>129</sup>

Neste sentido, as razões que legitimam o poder se estendem para todo o perfil que estabelece um dado modelo republicano, conformando-o, em essencial, de modo a situá-lo em campo para além daquele da mera contraposição com a forma monárquica. Isso, inclusive, é o dado que estende o ideário republicano para diversos possíveis modelos políticos institucionais, gerando um influxo para dentro do âmbito das próprias monarquias, rompendo com o Estado absolutista.

Outro conflito possível em meio às concepções republicanas é aquele entre os valores de igualdade e liberdade, que se intensificaram sobretudo após as revoluções francesa e estadunidense e possuem fundamental importância no atual debate sobre o papel do Estado.

Aqui se tem um exemplo que demonstra a possibilidade de aproximação do ideário republicano com outras vertentes do pensamento. Estes dois axiomas – liberdade e igualdade – são tomados como centrais para correntes de pensamento distintas, que vão embasar, de forma valorativa, o ideal republicano enquanto construção institucional. Neste sentido, é possível entender a república a partir do valor de liberdade, tal como no modelo contemporâneo estadunidense<sup>130</sup>, para além de uma compreensão da república com enfoque no valor da igualdade, como é o caso de uma visão mais tradicional, desde a idade antiga.

Um possível e falsamente insolúvel conflito entre liberdade e igualdade como um limitador à presença do ideário republicano se mostra falacioso. Como bem

<sup>129</sup>Renato Janine Ribeiro, nesta linha, aponta, a respeito da etimologia dos termos república e monarquia, que “República é um conceito romano, como democracia é um termo grego. Vem de *res publica*, coisa pública. Surgiu em Roma substituindo a monarquia, mas monarquia e república não se definem pelo mesmo critério. Monarquia se define por quem manda: significa o poder (*arquia*) de um (*mono*) só. Já a palavra república não indica quem manda, e sim para que manda. O poder aqui está a serviço do bem comum, da coisa coletiva ou pública. Ao contrário de outros regimes, e em especial da monarquia, na república não se busca a vantagem de um ou de poucos, mas a do coletivo.” RIBEIRO, Renato Janine. **A república**. São Paulo: Publifolha, 2001. Ebook. Pgs. 8/9.

<sup>130</sup>Conforme se observe dos pontos de partida dos grandes trabalhos que abordam a temática do ideário republicano em meio ao pensamento político e, sobretudo, o direito constitucional estadunidense. PETTIT, Philip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford University Press, 1997. Pgs. 17-51. Versão Kindle. LOVETT, Frank. *Republicanism*. In: **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Summer edition. Stanford: 2018; HOEVELER JR, J. David. Original Intent and the Politics of Republicanism. **Marq. L. Rev.**, v. 75, p. 863, 1991; entre outros.

apontam autores cujo trabalho se dá em meio a contexto de ampla difusão da liberdade como valor-base do modelo político-institucional – como é o caso de Cass Sunstein e Philip Pettit –, igualdade e liberdade só são incompatíveis porquanto sejam consideradas em formas específicas, em meio a concepções adotadas de modo a gerar este choque. Porém, a realidade é que, enquanto valores que são, relevantes para um dado desenvolvimento político e social e basilares a uma dada matriz cultural, não é possível identificar neles perfis tão estreitos, a ponto de se anularem em meio ao processo de formação do pensamento que culmina na fundação das instituições políticas.

No caso da experiência estadunidense, Sunstein bem descreve a coincidência entre diversas concepções das duas correntes – a liberal e a dita neorrepublicana – acerca do poder político no Estado, que acabaram por pautar o que viriam a se tornar os Estados Unidos e sua ordem normativa e política. De sua vez, Pettit trabalha um modelo de forma republicana que parte do próprio valor de liberdade, sem se descolar dos elementos constitutivos que o desenvolvimento clássico da república elabora e consagra nas constituições modernas.

Deste modo, percebe-se que sustentar incompatibilidade entre o liberalismo e os valores republicanos é descabido e só pode ser sustentado a partir de uma específica concepção de liberdade – enquanto axioma – que tenha essa rejeição enquanto um elemento definidor seu. A tradição clássica que permeia ideário republicano demonstra isso também: igualdade e liberdade compõem em conjunto o núcleo de concepções republicanas como as de Kant, Rousseau e Montesquieu, dando-se a visão de república, de fato, a partir da conjugação e contato de ambos os valores, considerando, é claro, as possíveis versões que estes termos abarcam a partir dos contextos em que se inserem.<sup>131</sup>

No caso, ambos os valores sofrem modificações e a relação entre eles se realinha ao longo da história. A noção de igualdade republicana foi por muito tempo tratada apenas na esfera da igualdade formal ou da igualdade política, salvo

131 Conforme KANT, Immanuel. **A paz perpétua**: um projeto filosófico. Editora Vozes, 2020. Pgs. 17; MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Pgs. 165-167; ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Pgs. 90-105. Sobre a conformação da república em Rousseau e a forma que a liberdade assume: BIGNOTTO, Newton. **Matrizes do republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013. Pgs. 192-201.

algumas construções.<sup>132</sup> O fato é que, atualmente, todos os sistemas constitucionais que comportam valores republicanos o fazem de modo a conjugar liberdade e igualdade dentre seus elementos caracterizadores, espalhando-se pelos seus plexos de direitos fundamentais, que têm nestes valores grandes paradigmas axiomáticos. Este aspecto, como se observará, é potencializado pela própria natureza agregadora que possui o constitucionalismo, a centralizar múltiplos valores no cerne dos modelos político-normativos postos e, mais do que isso, dar a eles especiais contornos.

Cabe abordar ainda uma terceira controvérsia, que se refere à relação entre república e democracia. Por vezes os dois conceitos se confundem, sobretudo quando trabalhados no plano contemporâneo, tanto no ideário popular como na própria ciência do direito.

Em concepções mais longínquas no tempo, república e democracia se diferenciavam por traços simples. República surge como termo que fazia referência à noção que, hoje, é própria ao Estado, sendo conceito que enfatiza seu aspecto institucional a partir do ideário acerca da qualidade do bom governo e do melhor exercício do poder. Democracia, por sua vez, implicava na ideia governo pela maioria: era conceito ligado estritamente ao ideal de soberania popular, caracterizando um aspecto procedimental, como critério de tomada de decisões.<sup>133</sup>

O renascimento representa uma aproximação entre os conceitos, em razão de critérios numéricos ligados à titularidade do poder e vinculação da monarquia, antitética à república, ao Estado governado com base na vontade individual. Assim, em tais visões, a democracia se faz possível somente dentro do ideário republicano, que também poderia acomodar um modelo aristocrático, sendo ambos antitéticos às monarquias.<sup>134</sup>

Apenas o iluminismo possibilitará uma proximidade maior entre os dois conceitos, com o Estado republicano abarcando definitivamente como pressuposto seu o ideal de soberania popular, típico da democracia, o que é noção que se

132Montesquieu, ao trabalhar a frugalidade, faz referência aos gastos públicos que se impunham em Roma e na Grécia, visando um mínimo grau de usufruto material que permitia mover o cidadão às virtudes., conforme MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Pgs. 53-62.

133BOBBIO, Norberto. Verberte "Democracia". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. Pgs. 319-323.

134BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo na história do pensamento político**. Trad. Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2017. Pgs 71/72.

estabelece com a obra de Rousseau<sup>135</sup>. A partir desta linha de pensamento, as repúblicas modernas fundadas trabalham, no plano normativo, sob o ideal democrático, sendo a soberania popular, outrora apontada como inerente ao conceito de democracia, um elemento caracterizador da forma republicana, passando, por vezes, a se confundir os dois termos, sobretudo ao serem considerados não os próprios conceitos, mas suas decorrências e caracteres distintivos.<sup>136</sup>

Evidentemente que o contexto fático analisado é essencial para que essa proximidade seja ou não confirmada – e de que forma. É o arcabouço constitucional um dado essencial para o traçado normativo da forma republicana e de seus atributos axiológicos e institucionais, demarcando de maneira mais precisa as linhas que separam ambos os conceitos. Assim, tendo outros elementos aptos a diferenciar uma noção da outra, é certo que é a partir do texto constitucional que elas são compreendidas de forma mais adequada.

A democracia, de seu lado, enquanto regime político, abre espaço para diferentes versões. Os modelos republicanos paradigmáticos consagrados após as duas revoluções do final do século XVIII são diferentes daquele idealizado por Rousseau, por exemplo, justamente por rejeitar a ideia de autogoverno enquanto democracia direta e estabelecer a representação como paradigma. Tal modelo, por questões de viabilidade e, também, de possível controle do poder institucional por determinados grupos no meio social, acaba por se consagrar como aquele que abarca a noção contemporânea de república.

De fato, a democracia, a partir da gênese do Estado moderno, começa a passar por processo de fortalecimento, se consolidando como mecanismo de ordenação social e racionalização do poder adequado a sociedades complexas. Assim expõe, por exemplo, Geraldo Ataliba, ao trabalhá-lo perante a Constituição brasileira. Conforme o autor aponta, o modelo republicano implica necessariamente a existência de um sistema democrático, pautado na vontade da maioria e em processos deliberativos de formação de consenso e decisão política. Esta é a única maneira de se garantir a soberania do povo e prestigiar a sua posição enquanto titular do poder.

135ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. Pgs. 68-80.

136BOBBIO, Norberto. Verberte "Democracia". In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. Pgs. 323.

O fato é que a própria noção de democracia, por vezes, é concebida de forma mais ampla, se confundindo com a que aqui foi trabalhado e, assim, sobrepondo-se àquela de república. A coincidência de elementos definidores de ambos os conceitos demonstra o impacto que possui cada experiência política, histórica e, sobretudo, jurídico-constitucional, com relação à nomenclatura dada a este plexo de elementos axiológicos e estruturais. Conceitos e concepções de democracia como os elaborados por Norberto Bobbio e Luigi Ferrajoli e assim denominadas se assemelham muito a outros, trabalhados perante a tradição republicana, como os de Geraldo Ataliba ou Cass Sunstein. A democracia, tal qual a forma republicana, também apresenta uma dupla dimensão, englobando tanto uma base de cunho axiológico, quanto estruturas institucionais a desenvolvê-la.

É relevante, para tanto, observar que ambos os processos e seus ideários mostram diversas conexões, havendo contribuições recíprocas e, por vezes, zona de sobreposição. A partir do paradigma do constitucionalismo, a oferecer um novo campo de alicerçamento para ambos os cânones, suas bases axiológicas e seus desenvolvimentos enquanto estruturas, é para o direito posto que se deve olhar de modo a possibilitar entender as zonas de contato e, sobretudo, os limiares entre os conceitos.

## **2.5. Considerações finais acerca da noção de república**

Conforme visto neste capítulo, o conteúdo abarcado e os debates que fundeiam a república denotam ela como sendo um termo plúrimo. É noção composta por uma série de elementos, que são trabalhados por diferentes campos do saber, em diversos contextos, ao longo dos anos. É de se perceber assim a pluralidade de abordagens que tais elementos ostentam, para além de constarem enquanto traços basilares ao ideário em questão.

Demarcamos, nesta linha, dois dos aspectos cruciais dos quais se deve partir no trato com o tema: a maleabilidade que, mais do que seus elementos, a própria definição de república apresenta e, também, o viés evolutivo que este abarca. Estes aspectos permitem que o conceito figure de diferentes maneiras, tanto enquanto idealização, quanto como modelos institucionais a exhibir graus de realização fática, de modo a exercer importante papel na filosofia, na história e, sobretudo, para o que interessa a este trabalho, no campo do direito. Estes dados, se implicam em uma

dificuldade de se atingir uma definição precisa do que é a forma republicana, representam também a sua própria natureza.

No caso, os elementos republicanos que se estabilizam em meio ao conceito representam um arquétipo de como se dá tal forma de governo a partir da modernidade, aferível até os dias de hoje. O que se tem, neste sentido, é um traçado de bases que estruturam e permeiam o tema, a preenchê-lo em suas dimensões axiomática e estrutural.

Todavia, a adequada inteligência do perfil e conteúdo a balizar, orientar e formatar um dado modelo republicano depende de um olhar específico para sua normação e a maneira pela qual é estabelecido e disposto. No caso, vê-se aí a relevância do próprio direito constitucional para tal tarefa. Cada elaboração republicana, assim, apresentará um perfil próprio, a partir do desenvolvimento que se dá a partir da base de elementos axiológicos e estruturais que permitem identificar o modelo como tal.

É assim que, para além do grupo de elementos que foram destacados no início do capítulo e formam a estrutura básica de traços da forma republicana de governo, é possível a aproximação da noção de república à valores e instituições que contatam diferentes correntes de pensamento e bases históricas, sociais e culturais. Esta se dá, na origem, pela própria maleabilidade relativa dos elementos que compõem o círculo essencial da forma republicana, a permitir uma certa modelagem, abarcando conteúdos e temas que orientam e vinculam o poder de acordo com diferentes balizas.

É justamente este contato que possibilita a manutenção e evolução dos alicerces que se, por um lado, permitem guiar o pensamento político e as instituições criadas, por outro lado o abrem para as novas demandas que a sociedade humana impõe ao poder e sua estruturação, de modo a manter o regime do poder adequado à faticidade apresentada.<sup>137</sup>

É neste sentido, inclusive, que a república figura como cânone adotado por modelos político-institucionais pautados por matrizes axiológicas díspares, desde modelos de capitalismo liberal até estados socialistas, passando pelos modelos de estado de bem-estar social, variando entre diferentes culturas e tradições, englobando ocidente e oriente, estados confessionais e estados laicos.

137PETTIT, Philip. **Republicanism**: a theory of freedom and government. Oxford University Press, 1997. Pgs. 130-146. Versão Kindle.

Com estes aspectos em vista, alertamos para o fato de que o termo república, por vezes, é associado a modelos de Estado e governos que, em vários aspectos, se distanciam das essências do paradigma aqui esboçado. A forma republicana implica um conjunto de elementos que permitem a absorção e racionalização de diversos valores e interesses, a serem situados em meio ao cerne do balizamento do exercício do poder e das instituições hábeis a tal. Todavia, o rótulo em si, para além de seu conteúdo, é atribuível a modelos de verdadeira negação dos valores e estruturas que, de fato, caracterizam a forma republicana.

Este é um dado que se deve ter em vista ao trabalhar com o termo. Modelos autocráticos, ditatoriais e desiguais extrapolam, em muito, a elasticidade que elementos essenciais da república permitem. É um primeiro ponto ao qual se deve atentar diante do trabalho com o termo república ao longo dos séculos e, sobretudo, no próprio mundo contemporâneo.

Para além destes casos mais limiares, há que se considerar, também, a variabilidade entre as faces dos diversos modelos ditos republicanos que, sem esgarçar os limites dos elementos aqui apontados e solapar a própria essência base dos valores que conformam a república, acabam por expor relevantes diferenças entre si.

Sem dúvida, muitas autoproclamadas repúblicas não preveem, na prática, todos os elementos republicanos conforme suas exposições consagradas a partir de paradigmas normativos replicados mundo afora – sobretudo, aqueles das correntes políticas e filosóficas que tocam o cenário dos desenhos político-normativos brasileiros. É o que ocorre, por exemplo, com as noções de igualdade e liberdade, que são previstas em diferentes modelos, muitas vezes distantes das concepções consagradas no paradigma no Estado moderno dito ocidental e seus desdobramentos.<sup>138</sup>

Em que pesem as dificuldades inerentes à interpretação do termo e, mesmo, à elaboração de um conceito conforme os diferentes modelos assim denominados, é certo que, previstos os elementos básicos em suas mínimas configurações – ou seja, de modo a garantir um mínimo padrão de igualdade, um plexo de direitos

<sup>138</sup>Sobre as aproximações entre posições republicanas e outras correntes do pensamento no âmbito de sua institucionalização, AGRA, Walber Moura. **Republicanism**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Pgs. 94-99; GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz editores, 2015. Pgs. 52-59; PETTIT, Philip. **Republicanism: a theory of freedom and government**. Oxford University Press, 1997. Pgs. 130-134. Versão Kindle.

coeso com o exercício da soberania, um grau básico de controle popular sobre as instituições, por exemplo –, a república implica um cânone estrutural e axiológico base para a difusão de uma miríade de ideários distintos, sempre que estes se mostrem compatíveis com o seu citado plexo mínimo e seus conteúdos, preenchendo um teor especial que a formata e, deste modo, o rol de razões e fins que caracterizam especialmente o delineamento feito.

É o caso, por exemplo, de agendas que impliquem numa focalização do bem comum sobre dado aspecto social, político ou cultural, como a proteção das minorias étnicas, o ambientalismo, o feminismo, determinadas posições relacionadas à economia, incorporação de traços culturais e multiculturais, entre muitos outros exemplos. Nos ordenamentos que acomodam este tipo de aproximação, o que ocorre é um reforço no próprio conteúdo base dos axiomas que se associam à república e, sobretudo, aos interesses que são a ela inerentes.

Esse movimento ocorre, em geral, a partir dos empreendimentos relacionados ao desenho institucional e de direitos nos arcabouços jurídicos de cada Estado. Neste sentido, os valores republicanos e os elementos que caracterizam a república e seu ordenamento jurídico acabam por servir de fio condutor a outros valores específicos daquela realidade, dando substrato institucional e procedimental para o seu desenvolvimento, afirmação e especialização à luz da faticidade. Deste modo, o modelo republicano de valores e instituições é dotado de novas camadas, axiomas e interesses, que são acoplados ao seu cerne e o caracterizam, remodelando os elementos básicos a conformar o cânone que é a forma republicana.

A soberania popular, enquanto se situe na base da república, implica um processo de apuração e delineamento dos interesses sociais. A estrutura democrática, elementar nas repúblicas que se desenvolvem de acordo com tais alicerces, serve, para além de um circundamento de valores, como um campo de racionalização formal apto a aferir tais interesses e sedimentar os valores mais caros no âmbito interno do ordenamento.

Assim, portanto, especiais traços de uma dada sociedade são internalizados no âmago de sua sistematização e delineamento ideal, a partir de seu desenho jurídico-normativo, transformando-os, sob o ponto de vista do direito, em limites e fundamentos do poder naquele ordenamento, levando-o para além de uma noção genérica e universal do que é a república, possibilitando o traçado de um modelo adequado para a realidade na qual se instala.



É assim que a república, ao final, é noção que cabe ser compreendida como um cânone a ser representado. De um lado, remete a um plexo de elementos axiológicos e estruturais, que, em conjunto, conformam as bases de uma determinada forma de governo, replicável ao redor do mundo. Por outro lado, no seu estabelecimento rumo à faticidade das relações de poder e do desenho axiomático e institucional do Estado e do governo, ela se torna modelo especial, que resulta da instalação dos elementos que identificam tal cânone a uma dada realidade fática, a qual desenhará os modelos conceituais dos seus elementos conforme os valores e fins que lhe são próprios, remetendo, deste modo, à razão e aos fins que lhe definem.

Deste modo, a partir de sua reprodução, falar em um ideal republicano é falar sobre as especiais razões e fins que, a partir dos clássicos elementos que permeiam a base deste modelo, marcam uma versão sua, racionalizando o poder. Como dito anteriormente, não se trata de um único ideal republicano, mas de vários ideais republicanos, caracterizadores pelos especiais valores e interesses que pautam e orientam o traçado básico de elementos que, concomitantemente presentes, o conformam.

Sem dúvida, a noção de república remete a uma forma de governo e, portanto, é cara às ciências sociais e à filosofia, onde ela é delineada teoricamente e trabalhada em meio a esta categoria teórica. Da mesma forma, é de se apontar que o modelo republicano é emplacado e aperfeiçoado em constantes movimentos no campo político, que lhe conferem os sentidos de seu desenvolvimento e evolução.

Todavia, é necessário ter em vista que, sobretudo na contemporaneidade, a república e o ideário ao qual esta remete se consolidam e operam com base no campo jurídico-normativo: é nele que se delineia o específico perfil de uma república, apontando seus elementos e traços característicos, garantindo que um dado Estado, sua forma de governo e seu ordenamento estruturador possam ser classificados como tal, a partir de sua sustentação nas balizas que lhe são típicas. É o campo jurídico-normativo que delineia a específica forma dada ao cânone apurado, conformando seus valores, modelando suas estruturas realizadoras e situando-os defronte ao campo da faticidade.

Deste modo, veremos no próximo capítulo o papel que possui a Constituição como campo no qual se assentam os dados fundamentais que permitem qualificar um Estado e seu ordenamento como republicanos, estabelecendo-a

institucionalmente e dotando seus elementos de normatividade a partir da faticidade do direito constitucional posto. Assim, cabe aprofundar-se na análise daquele que consiste um verdadeiro momento de virada para o ideário republicano, ou seja, a partir da experiência ocorrida após a gênese do Estado moderno com o constitucionalismo.

### 3. Constitucionalismo e república

#### 3.1. Aproximações entre os conceitos

Observados os aspectos trazidos no capítulo anterior acerca da definição geral de república, ressaltamos o fato de que trata-se a forma republicana de um cânone reproduzido nas diversas realidades dos Estados ordenados a partir do direito, como se observa na contemporaneidade. No caso, não excluimos outras possíveis definições, de modo a adotar uma visão única sobre conceito cuja natureza remete a um ideário vasto, com muitas aplicações. Todavia, para os fins que nos levam a trabalhar o tema, sublinhamos seu aspecto enquanto modelo basilar, conformado a partir de um ideário longo e estabilizado no curso da história, de modo a atingir a própria dimensão normativa e o direito constitucional.

Neste sentido, é importante avançarmos, no desenvolvimento do tema, partindo justamente para o campo temático que concerne à estabilização relativa do modelo republicano desde a modernidade, quando passam seus elementos a entrecruzar-se com a forma jurídica e, para além disso, com o constitucionalismo. No caso, temos a pretensão de, com este capítulo, expor as aproximações e consequências geradas pelos cruzos entre república e constitucionalismo para, assim, desenvolver uma melhor compreensão acerca da forma republicana contemporânea enquanto criação constitucional.

Partimos, assim, de uma aproximação entre os arquétipos que são próprios de cada um dos conceitos. Deve-se, para tanto, buscar aproximar uma definição do que é o constitucionalismo. Este, no caso, observado pelo ponto de vista formal, consiste em uma técnica de regulação do ordenamento jurídico a partir da instituição de normas hierarquicamente superiores às demais, que regulam a produção e a aplicação do direito e, assim, condicionam o exercício do poder, regendo a forma e conteúdo do arcabouço normativo em caráter último.<sup>139</sup>

Essa visão tem por foco a própria dimensão interna do fenômeno jurídico, observado do ponto de vista do intérprete que procura a *ratio* do ordenamento e a concebe em consideração ao escalonamento estrutural do edifício normativo. Tal

<sup>139</sup>Tal visão é trazida por Luigi Ferrajoli ao relacionar a evolução do direito enquanto sistema de garantias e o papel do direito constitucional neste empreendimento histórico. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 2: Teoría de la democracia**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. Pgs. 37-41.

noção enfatiza uma dimensão formal do constitucionalismo e serve a determinados propósitos, possuindo indubitável importância, mas não é a única possível. Buscando obter uma visão mais ampla para os objetivos deste trabalho, é importante avançar sobre outras concepções.

Num outro sentido, o termo é posicionado para se referir à adoção de tal método de organização e racionalização normativo em um dado contexto político e histórico. Em outras palavras, a partir de uma série de transformações políticas movidas e consolidadas com base em um certo plexo de valores e razões, é estabelecida e fixada a técnica em questão como mecanismo de regulação do poder. Neste segundo sentido, ainda que abarque o aspecto formal hierárquico, o que se destaca é o constitucionalismo enquanto um movimento próprio, demarcando os aspectos históricos, políticos e culturais que ostenta.

Neste sentido, é de se observar que os movimentos que marcam a origem do constitucionalismo em sua acepção moderna se dão justamente com gênese de tal modelo de Estado, a partir das revoluções do final do século XVIII<sup>140</sup>. E, neste ponto, cabe apontar: os valores em questão são, em sua grande parte, os mesmos que permeiam o ideário republicano, em um processo que marca a consolidação da noção dominante de república, com a institucionalização definitiva dos elementos que o compõem. É assim que república e constitucionalismo são conceitos historicamente, socialmente e conceitualmente conexos.

Já foi apontado que os valores e estruturas nos quais é baseado o modelo moderno de Estado têm sua gênese e desenvolvimento a partir do próprio ideário republicano. A forma republicana, tal qual desenvolvida até o século XVIII, é a base da virada institucional que enterra o antigo regime, pautando inclusive o teor das novas monarquias até a contemporaneidade. Ocorre que os movimentos que originaram a virada jurídica, política e estrutural do Estado consagram os elementos que marcam a forma republicana a partir dos textos constitucionais, adotados de modo a reger a sociedade política e o direito.

Deste modo, o constitucionalismo marca um ponto de consagração e estabilização dos elementos que compõem os cânones da república, colocando-os para dentro da dinâmica normativa posta pelo direito, enquanto balizas do próprio

<sup>140</sup>Neste sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. Pgs. 52-59.; BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, v. 4, n. 14, 2018. Pgs. 16-18; FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales**. Madri: Editorial Trotta, 2014. Pgs. 17-42.

modelo que rege as estruturas e instituições constitucionais. Estas se estabelecem, enquanto reguladoras da criação e aplicação das demais normas do ordenamento, alçando portanto os elementos que conformam o modelo republicano ao campo da matriz jurídico institucional em voga.

A aproximação e dependência entre a república e o direito não é um dado estranho. Philip Pettit bem expõe tal relação, destacando que a república acomoda suas garantias e seus valores a partir do sistema legal.<sup>141</sup> Vimos este aspecto que o direito apresenta, enquanto suporte da forma republicana, quando trabalhamos a legalidade enquanto seu elemento. Nesta linha, o constitucionalismo absorve o processo de institucionalização do ideário republicano, implicando em sua consolidação e na formação de estruturas de proteção e promoção que se fixam em meio aos processos que culminam no nascimento do Estado moderno. O próprio cenário apresentado pelos dois principais marcos do constitucionalismo no dito ocidente transparecem isso: são constituições que fundam repúblicas.

A partir daí, cabe observar que o cruzamento entre a forma republicana e o constitucionalismo abarca as diversas dimensões substanciais de ambas. Diversos autores, inclusive, definem o constitucionalismo a partir dos valores que este acomoda, ou seja, pela faceta axiológica que denota – entre eles, destacam-se as concepções expostas por Barroso<sup>142</sup>, Haberle<sup>143</sup> e Canotilho. Se dá um cruzamento entre o conteúdo axiológico que é abarcado pela noção de república e o campo do constitucionalismo, seja em relação ao espectro básico destes valores, seja no sentido em que estes se orientam. Canotilho, ao defini-lo, o faz com base no aspecto finalístico deste, vinculando o termo com a noção de estabelecimento do “governo

141PETTIT, Philip. **Republicanism**: a theory of freedom and government. Oxford University Press, 1997. Pgs. 37-38 e 173-182. Versão Kindle.

142Barroso destaca, no Brasil, uma maior influência do constitucionalismo de matriz estadunidense, sobretudo em razão das proximidades pelo modelo de controle de constitucionalidade, originado nos EUA. Em sua concepção, acerca dos valores que o constitucionalismo alberga, enquanto ideologia entende que, “O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nele se condensam as promessas da modernidade: poder limitado, dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, justiça material, tolerância, respeito ao outro e – quem sabe? – até felicidade”. BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, v. 4, n. 14, 2018. Pgs. 16.

143Peter Haberle, por sua vez, arrola entre os “elementos concretos” do constitucionalismo a dignidade do homem, a democracia pluralista, os direitos fundamentais, a divisão dos poderes, a independência dos tribunais, o Estado de direito, a organização das ordenações constitucionais, entre outros. HÄBERLE, Peter. Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 13, jul./ago. 2006.

limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.<sup>144</sup>

Daí se vê a relação estreita entre república e constitucionalismo. Suas origens, propósitos e, por vezes, definições, se confundem. Ambos são termos plurissignificativos, trabalhados sob diversos aspectos pela doutrina, o que, sob dados pontos de vista, dificulta a identificação de linhas divisórias entre ambos. Como já destacado com relação à noção de república, falar em constitucionalismo implica um esforço conceitual acerca dos diferentes recortes dado ao tema, aqui introduzidos. Todavia, é notável a existência de uma conexão. Esta, inclusive, é crucial em relação à reprodução da forma republicana e seus elementos a partir do direito.

Assim, cabem ser apontadas as maiores áreas de aproximação entre os temas – que não são poucas. O constitucionalismo está situado em meio às movimentações sociais e movimentos políticos que implicam na institucionalização do ideário republicano. É justamente pela sua constitucionalização, ou seja, pela sua consagração ao grau mais basilar em meio ao ordenamento jurídico, que as bases da república se consagram enquanto modelo político mundo afora.<sup>145</sup> Deste modo, é cabível apontar que, em diversos aspectos, essa conexão se faz visível, unindo os dois termos e permitindo que, nestes pontos, sejam trabalhados e compreendidos de forma conjunta à luz do direito positivo, como se observará.

No que se refere à origem histórica, pode-se citar como marco, tanto para a consolidação dos elementos que marcam a noção de república, quanto para a gênese do constitucionalismo, a formação do Estado moderno, com as revoluções do final do século XVIII. Este foi o principal modelo replicado, a partir de seu aspecto jurídico, pelos diversos constitucionalismos mundo afora. No caso, o próprio Estado moderno se confunde com o advento da sua ordenação pela via constitucional.

Deve-se considerar, todavia, que o processo de consolidação da constituição

<sup>144</sup>Neste sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. Pgs. 51.

<sup>145</sup>Conforme expõe Walber Moura Agra, sobre a influência deste na gênese do constitucionalismo estadunidense, AGRA, Walber Moura. **Republicanism**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Pgs. 38-43; em sentido semelhante coloca André Ramos Tavares, apresentando panorama histórico sobre a gênese do constitucionalismo até a contemporaneidade, seus elementos identificadores e as possíveis definições que o termo comporta TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Pos. 1394-1665. Versão Kindle; ainda, o mesmo processo se dá em relação ao constitucionalismo da América Latina, conforme GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz editores, 2015.

como norma suprema e ordenadora das estruturas político institucionais se estende pelos anos que se seguiram às ascensões dos elementos republicanos no desenho institucional dos Estados, de modo que não passou ileso de evoluções e remodulações. Estado, ordenamentos, constitucionalismo e ideário republicano seguem evoluindo, como se abordará em seção posterior.

Seguindo adiante, cabe destacar que tanto o pensamento republicano quanto o constitucionalismo têm suas origens mais remotas vinculadas às teorias contratualistas da sociedade, em uma necessária associação dos conceitos com o ideal do poder organizado e regulado. O fato é que o campo teórico é o mesmo para ambos os casos. Passa-se a trabalhar o conceito de república na ocasião do pensamento do bom governo, sendo este termo resgatado e desenvolvido pelos mesmos teóricos que subsidiam a adoção das constituições escritas, principalmente no iluminismo.<sup>146</sup>

Assim, com relação a um segundo aspecto no qual ocorre essa aproximação, ou seja, relativo ao propósito, ambas as noções possuem por escopo a limitação do poder político, sua regulação e vinculação a um dado modelo normativo. A ebulição propositiva no campo da filosofia política e da política institucional acabam por adotar o constitucionalismo como técnica de organização jurídica, na rabeira dos fins que movem o ideário republicano desde os seus primórdios.

Aqui ressalta-se a importância do constitucionalismo enquanto elemento formal de regramento, a tornar o direito um campo balizado pela vontade formalmente expressa e racionalmente regulada, limitando o poder aos fins e razões para os quais se concebe. Essa concepção acerca do poder, de sua natureza e de seu exercício é ponto central no tema: em uma república, a sociedade soberana estipula as formas e os caminhos que podem ser percorridos pelo poder político, desenhando o ordenamento, as estruturas institucionais que regulam direitos e garantias e, ainda, os poderes do Estado e as ações de particulares, a partir das razões postas a seu exercício. A constituição surge neste panorama como elemento concreto de racionalização e vinculação do poder. A partir dela se tem os critérios de validade e os ditames sobre quais vias deve o seu exercício tomar em sua dinâmica cotidiana.

<sup>146</sup>Conforme TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Pos. 1394. Versão Kindle.

O último aspecto de contato entre república e constitucionalismo é aquele relativo aos elementos caracterizadores de ambos. Neste sentido, cabe lembrar que o constitucionalismo comporta diferentes visões, algumas mais amplas e outras com perfil mais limitado. Ainda assim, destacamos que a maioria de seus principais atributos encontra guarida dentro dos elementos republicanos, sobretudo no que se refere ao aspecto formal de vinculação ao direito e, também, quanto ao fim de racionalização do exercício de poder. Como exemplo, visões como a de Peter Haberle, que concebem o constitucionalismo de forma mais abrangente, enquanto fenômeno a abarcar os valores e garantias que consagra, acabam por aproximar as duas concepções.<sup>147</sup>

Sem dúvidas, observar o constitucionalismo enquanto fenômeno completo, para além de sua dimensão formal, permite acessar um campo fértil para extração de valores correlatos àqueles que circundam o pensamento republicano. Tal visão não se mostra equivocada, pois, ainda que este tenha relevante elemento formal, é certo que os processos denominados constitucionalismos apresentam aproximações em suas dimensões ideológicas, de modo a compartilhar valores, visões e objetivos. Sob este aspecto, é cabível entender que a proteção dos direitos fundamentais é um elemento seu, tal qual é elemento do pensamento republicano, conforme observado. O mesmo se pode dizer acerca da racionalização e limitação de poder. Ao cabo, o conteúdo de ambos se confunde.

Neste sentido, entendemos que o constitucionalismo se apresenta como sendo o movimento multifacetado resultante dos movimentos de afirmação institucional e política dos valores e estruturas componentes da concepção moderna de república, importando na adoção da técnica de ordenação por meio da introdução do ordenamento constitucional como base de validade das demais normas jurídicas. Mais do que mera técnica de ordenação normativa, portanto, o constitucionalismo compreende valores que marcam sua gênese e se desenvolvem em meio ao processo histórico, refletindo tais evoluções de forma direta no campo normativo formal que acaba por resultar. Ao cabo, ambos os aspectos levantados acerca do constitucionalismo o compõem: tanto o formal, quanto o ideológico.

Essa relação entre república e constitucionalismo se dá desde o campo pré-normativo, ou seja, desde as raízes políticas, culturais e sociais que possuem.

<sup>147</sup>Conforme TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Pos. 1418. Versão Kindle.



Todavia, é noção que mostra-se aferível mediante análise histórica dos dispositivos e sistemas constitucionais. O constitucionalismo se apresenta como um cume da evolução histórica do ideário republicano: a dimensão axiológica da república e os esboços de estruturas delas derivadas canalizam-se e se afirmam institucionalmente pelo constitucionalismo, a partir do qual se estabilizam em modelos postos e, a partir da dimensão jurídico positiva, se desenvolvem.<sup>148</sup>

Assim, na passagem para a modernidade, a república sai dos planos teóricos que esboçavam seus modelos, no campo pré-positivo que é marcado pelo pensamento filosófico e pelo debate político, e tem seus elementos e estruturas postas como paradigmas do modelo de Estado moderno, normativamente estabelecido. É assim, inclusive, que seus valores elementares são prestigiados, como a institucionalidade, a igualdade, a garantia do poder de fato regulado e, sobretudo, o interesse comum pautado no exercício da soberania popular. Essa correlação que se dá entre o ideário republicano e o constitucionalismo gera alguns efeitos, que serão objeto da seção seguinte.

### **3.2. Efeitos do constitucionalismo para o ideário republicano**

#### **3.2.1. A propagação do plexo de elementos que compõem a noção de república mundo afora**

Os efeitos do constitucionalismo para o ideário republicano e, sobretudo, para a definição contemporânea de república aqui trabalhados são dois. O primeiro diz respeito à possibilidade de propagação da república, enquanto cânone que é, mundo afora, a partir do advento do constitucionalismo. O segundo se refere à estabilização de determinados valores e estruturas enquanto elementos da forma republicana a partir de seu cruzamento com o direito constitucional e a evolução que, juntos, passam. É a partir do constitucionalismo que se forma um cânone identificável referente à forma republicana até a contemporaneidade.

148Neste sentido, vale a lição de Streck, que aponta a existência de vários constitucionalismos contemporâneos, frutos de processos e procedimentos próprios, a denotar variadas características que, no caso, impossibilitam, em dado sentido, se falar em uma teoria geral do constitucionalismo. Assim, ganham ênfase, ao cabo, os próprios valores e processos próprios de cada realidade constitucional. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Pos. 3822. Versão Kindle.

Neste sentido, um marcado efeito que a gênese do constitucionalismo gerou para o ideário republicano é o fato de que o leva, conforme ocorre a partir de seu advento enquanto movimento projetado para diversos Estados mundo afora, a espaços nos quais ele não teve o mesmo processo de desenvolvimento que nos países e regiões nos quais sua consolidação histórica ocorreu.

Após as revoluções do final do século XVIII e o advento das constituições francesa e estadunidense, outros países adotam o sistema jurídico baseado na supremacia da constituição – a partir de constituições escritas –, de nítida inspiração nas cartas francesa e/ou estadunidense. Ainda que com certa discrepância e linhas de desenvolvimento diferentes, o modelo em questão toma o centro das disputas acerca das formas e modelos de Estado, pautando, a partir daí, os próprios regramentos postos no plano normativo.<sup>149</sup>

Neste mesmo contexto de difusão pelo constitucionalismo, países latinos adotam modelos republicanos após as suas independências, o que se dá com a criação de estruturas constitucionais próprias – em muito inspiradas nas europeias e estadunidenses. Estes processos constitucionalistas foram marcados pela adoção de práticas e valores republicanos, devendo ser aqui considerada a faceta republicana da maleabilidade dos valores e a possibilidade da aproximação do ideário republicano com diferentes correntes ideológicas. O fato é que o constitucionalismo latino, historicamente, apresenta movimento que leva ao encontro do ideário republicano e percepção dos seus valores, dando início a processos de descolamento de valores antigos, herança do passado colonial e, sobretudo no caso do Brasil, monárquico.<sup>150</sup>

Para além destes dois casos, mais próximos à realidade brasileira, países do oriente médio, África e Ásia adotam, ao longo dos séculos XIX, XX e XXI, Constituições que seguem a linha evolutiva do constitucionalismo originado no marco histórico aqui trabalhado. Tais constituições, em inúmeros casos, surgiram em

149FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo**: Experiencias históricas y tendencias actuales. Madri: Editorial Trotta, 2014. Pgs. 42-58.

150Neste sentido expõe Roberto Gargarella, ao narrar os processos que culminaram na passagem dos modelos coloniais, na América Latina, a partir da adoção de modelos republicanos que, para além da mera inspiração naqueles surgidos na Europa nos Séculos XVII e XIX, traziam em si uma acomodação das realidades sociopolíticas caras a seus contextos. GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución**: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Buenos Aires: Katz editores, 2015. Pgs. 15-42 e 125-150.

meio a movimentos voltados para consolidar viradas em prol da república, clamando por versões dos seus elementos aqui expostos.<sup>151</sup>

Neste sentido, apesar de constitucionalismo e república não se confundirem totalmente, o primeiro consiste em um campo a possibilitar a existência de um contexto que favorece a difusão de valores e estruturas conformadoras da noção de república. Por mais que em diversos casos o modelo constitucional tenha sido adotado com objetivo de estabilizar regimes de ares absolutistas – ou de feições pré-modernas –, como são casos do Japão (no modelo pré-1946) e, em alguma medida, do Brasil, conforme a Constituição de 1824,<sup>152</sup> o certo é que o constitucionalismo – e seu desenvolvimento – se dá, no mundo, como verdadeira plataforma possibilitadora da introdução e reforço de uma base conceitual do modelo republicano nos diferentes sistemas normativos.

A partir da ampla adoção de modelos de regulação de poder de traços constitucionalistas, os valores e estruturas que marcam os cânones da república encontram cenários cada vez mais abertos para sua inserção, consolidação e evolução enquanto modelo institucional. Assim o ideário republicano avança para imaginários políticos diversos, tomando o centro dos debates públicos acerca dos modelos de Estado e, mais do que isso, das formulações conceituais de suas instituições e ordenamentos.

Há, com isso, uma complexificação dos desenvolvimentos dados às suas bases, que culmina em uma complexificação da própria noção de república sob o ponto de vista internacional, alargando os espaços semânticos que a envolvem. Se, a partir do constitucionalismo, ocorre uma profusão de modelos que buscam na forma republicana as bases para sua estruturação, por outro lado facilita-se, também a sua evolução, conforme será observado na subseção seguinte, referente ao segundo efeito do contato entre república e constitucionalismo.

### **3.2.2. Evolução e desenvolvimento da forma republicana pelo constitucionalismo**

<sup>151</sup>Este é o caso de China e Japão, por exemplo. A China adota um modelo autodenominado republicano, de base constitucional, após a queda dos imperadores. O Japão, após a adesão ao processo de evolução constitucionalista, segue a mesma tendência apontada nas Américas, em um movimento cada vez maior de consolidação, a partir do plano normativo de valores republicanos, com a instituição de um sistema democrático e a reforma da monarquia.

<sup>152</sup>DA SILVA, José Afonso. **O constitucionalismo brasileiro**: evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011. Pgs. 44-50.

O segundo efeito do cruzo entre república e constitucionalismo é, a partir da estabilização dos elementos que conformam a definição moderna de república, a intensificação dos processos de desenvolvimento desta a partir de sua estruturação e racionalização em meio aos mecanismos e lógicas que o campo do direito constitucional e as disputas que se dão a partir dele possibilitam.

Neste sentido, república e constitucionalismo são dois objetos que comportam reinterpretações, adesões de novos elementos a seus perfis, fixações de diferentes razões e objetivos, proteções a novos valores e, também, evoluções nas estruturas que abrangem. Assim, não são noções estanques em seus atributos, estruturas e valores.

Aqui, devemos alertar que o entendimento deve ir além da já citada maleabilidade que possui o conceito de república, visto a partir dos diferentes desenvolvimentos que o tema abarca e, portanto, da abertura semântica e substancial que o tema e seus elementos, a partir do plano histórico abarcam. Tratamos especificamente do desenvolvimento e consolidação que se dão a partir de uma própria abertura que o constitucionalismo promove a partir do campo jurídico institucional.

Deste modo, cabe avançar para a maneira pela qual o cruzo entre república e constitucionalismo resulta em uma própria evolução da forma republicana. A república, neste sentido, percebe evoluções observadas a partir de dois pontos de vista. O primeiro diz respeito à evolução percebida pelos próprios elementos que a definem e conformam, o que se dá, conforme veremos, de duas maneiras. Um segundo ponto de vista diz respeito ao momento em que tal evolução se dá.

A partir do primeiro ponto de vista, o constitucionalismo imprime na república dois tipos de evolução. Primeiro, uma evolução que se refere ao acréscimo e estabilização de seus elementos, de modo a permitir identificar tal forma de governo enquanto cânone moderno. O que se percebe é que a acomodação dos elementos que perfazem um arquétipo de forma de governo em meio a um arcabouço normativo estruturado contribuem para a inteligência do perfil e conteúdo de tal forma, de modo a se perceber os valores por ela abarcados e as estruturas que a compõem. Forma-se, assim, verdadeiro paradigma escrito.

Exemplo disso é o sentido democrático que permeia a forma republicana e os princípios e instituições a ele inerentes. Se, anteriormente, a república poderia ser

conceituada de forma a não englobar o paradigma de valores e instituições democráticas enquanto decorrência necessária, isso passa a acontecer, a partir de Rousseau<sup>153</sup> e das primeiras constituições modernas, de maneira que já não se concebe república de forma dissociada de democracia<sup>154</sup>. Da mesma forma, república já foi termo adotado por concepções que excluía de seus requisitos – ou davam ênfase baixíssima – à separação entre os poderes do Estado, o que atualmente é inconcebível<sup>155</sup>. Deste modo, a república é noção que foi e vem sendo formulada com o tempo e os processos pelos quais ele passa, mediante sua consagração institucional.

Um segundo tipo de evolução da forma republicana ocorre no campo dos seus próprios elementos, em si considerados. Sem a modificação do plexo de elementos de forma numérica, essa passa a ocorrer de forma qualitativa. Neste sentido, as concepções que se têm de igualdade, de soberania, de democracia etc, comportam mudanças e versões adequadas a cada realidade histórica e social. Os constitucionalismos, ao implicar o desenho de modelos próprios de república a partir das faticidades das quais tais movimentos surgem, remodelam os elementos republicanos conforme estas demandam.

Assim, a título de exemplo, se, originalmente, a igualdade era conceito vinculado a uma minoria social masculina, possuidora e livre, vista por um aspecto meramente formal, este conceito evolui em meio aos modelos normativos que a estabelecem até sua concepção contemporânea, entendida como igualdade apta a gerar influência política efetiva, chegando, em muitos casos, ao exposto enfoque no campo da igualdade material.<sup>156</sup>

153Conforme o desenho de Rousseau, entretanto, o modelo de democracia direta seria o único aceitável a fim de se prestigiar a soberania popular. Tal concepção influencia a argumentação feita por Madison, em o *Federalista*, sobretudo o nº 38, no qual defende a legitimidade de um modelo de democracia representativa, que se tornou paradigmático nos modelos constitucionais.

154É assim que república encerra o ideal da soberania popular, conforme a ampla visão dos autores que abordam especificamente o tema da república, como Ataliba, Sunstein, Pettit, Lovett, Canotilho, Bignotto, entre outros.

155O caso da separação de poderes é paradigmático, pois, de um lado, este valor tem sua gênese em meio ao próprio ideário republicano remoto, dentro das teorias de governo misto e separação de funções, presentes desde Cícero e Platão, conforme TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Pos. 1514-1561, Versão Kindle. Todavia, as concepções republicanas de Maquiavel e Bodin, por exemplo, não reservavam espaço pra tal debate, focando-se no ideal de soberania e supremacia da Lei. É a partir de Montesquieu e sua ênfase nos mecanismos de autocontrole do poder que a separação de funções entre os poderes ganha destaque e se individualiza enquanto elemento na teoria republicana.

156Conforme CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “O Círculo e a Linha. Da «liberdade dos antigos» à «liberdade dos modernos» na teoria republicana dos direitos fundamentais”, **Revista de História das Ideias**, vol. 9. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. Pgs. 751-758.

Isso se dá com relação aos diversos níveis pelos quais se institucionalizam os elementos republicanos nos países que adotam a república como forma de governo normativamente estruturada. Estes amoldam visões de igualdade, soberania, democracia institucional, entre outros, às suas realidades e sistemas políticos, sociais, econômicos e culturais – exercício que é típico do ideário republicano e do exercício do poder conforme o ideal de soberania popular. A própria face que os elementos republicanos assumem, assim, consiste em expressões do interesse comum pactuado. Tem-se assim uma consagração do ordenamento posto enquanto base na qual se situam os perfis dos elementos que compõem e revelam a específica forma republicana estabelecida.

Passando para a evolução com base no ponto de vista do momento evolutivo, concebem-se evolução no ideário republicano como possíveis a partir de dois momentos. De um lado, é certo que a república surge e é trabalhada no campo propositivo e analítico da filosofia política e da política em si, sendo desenvolvido também com auxílio da filosofia e de outras áreas das ciências humanas. Estes campos desenvolvem o ideário republicano no plano pré positivo, anterior a qualquer institucionalização e absorção pelo direito, mas de modo a modelar a noção de república às demandas de cada tempo e lugar. Aí se dá um primeiro momento de evolução dos modelos republicanos, conforme são eles trabalhados em uma dimensão pré positiva.

Uma virada evolutiva para o segundo momento ocorre com a positivação destes elementos em modelos institucionais, que o direito passa a incorporar e consagrar como base estrutural da organização política do Estado. Se, antes, a república era modelo idealizado, a partir de sua institucionalização passa a ser o campo normativo aquele no qual a forma republicana cabe ser observada.

A partir de tal virada, internalizadas as bases republicanas nas mecânicas de criação e reprodução que são próprias do direito, este se torna o campo propício para a absorção e racionalização das novas demandas políticas que surgem no curso da história, sendo possível alterar pontos do modelo republicano exarado, que assim se abre a novos objetivos, novos princípios e novas bases.

É a partir destes pontos possibilitados pela institucionalização da república em meio aos ordenamentos constitucionais que a força ao mesmo tempo propositiva e reguladora do ideário político em questão é canalizada e potencializada pelo direito, o que implica num maior desenvolvimento ao redor das bases que

conformam a forma republicana, o que, ao mesmo tempo, garante uma estabilidade ao cânone e impulsiona sua evolução a partir do advento do constitucionalismo.<sup>157</sup>

A questão que se coloca acerca da abertura da forma republicana à evolução e mutabilidade é que ela, ao pautar-se pelo ideal da soberania popular e pelo prestígio ao interesse comum, acaba por consistir em um modelo baseado numa dimensão substantiva do exercício do poder. Não é republicano o poder exercido meramente conforme formas que o regulam, mas sim aquele que, para além disso, se direciona à realização do temas e interesses que são erigidos a partir da soberania popular como razões do exercício do poder, guardados na dimensão do interesse comum.

Portanto, é necessário, a partir de sua estruturação no campo normativo, conceber a república em uma dupla dimensão, que incrementa aquela já apontada com relação à definição geral balizada desde o ideário republicano.<sup>158</sup> Vislumbra-se, por um lado, uma dimensão formal, que implica no desenho de corpo institucional e normativo hábil a permitir o exercício da cidadania e o predomínio da soberania popular como base do poder político, fornecendo o suporte em que se dá a relação entre o povo, aqueles que exercem o poder em seu nome, o poder orientado ao interesse comum pactuado e o exercício deste.

Este aspecto se desenha com maior clareza, por exemplo, a partir do elemento referente ao traçado institucional que a república implica, da simbiose que possui com o sistema democrático (representativo ou não), das consequências formais decorrentes da supremacia da lei. O fato é que o modelo republicano, ao

157A adoção e expansão de sistemas democráticos como legitimadores do poder implica na absorção e racionalização dos dissensos e conflitos inerentes ao meio social, composto por grupos díspares, detentores de interesses em muito conflitantes. O sistema democrático tem o condão de direcionar tais dissensos e conflitos para que assim sejam convertidos em energia, movimentando o campo institucional e garantindo cadência para as decisões e ações dos grupos sociais. Neste sentido, HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade, volume I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Pgs. 55-63; e SUNSTEIN, Cass R. Beyond the republican revival. **Yale LJ**, v. 97, 1987. Pgs. 1548-1551.

158Neste sentido, com base na centralidade normativa dos direitos fundamentais, Luigi Ferrajoli separa sua teoria democrática, enquanto teoria direcionada ao próprio modelo político-institucional normativamente posto, em duas vertentes: "Puesto que la democracia es un conjunto de reglas sobre el válido ejercicio del poder: por un lado, las reglas que confieren poderes de autodeterminación individual y colectiva, garantizando su igual titularidad a todos en cuanto personas o ciudadanos: por el otro, las reglas que imponen límites y vínculos a estos mismos poderes para impedir su degeneración en formas despóticas y garantizar su ejercicio en tutela de los intereses de todos. Y estas reglas valen para limitar y vincular los diferentes tipos de poder en garantía de los intereses de todos en la medida en que establezcan la igualdad en los derechos fundamentales como normas constitucionales jerárquicamente superiores a aquellos poderes." FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 2: Teoría de la democracia**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. Pg. 17.

tratar da regulação do poder por força da soberania popular, o faz a partir de mecanismos formais que institui no plexo normativo. Neste sentido, os traços que conformam o aspecto formal da república são, também, variáveis e evolutivos. Como exemplo, cabe citar, de plano, evoluções nos mecanismos de controle popular do poder, a previsão de novas instâncias de participação e o desenvolvimento de políticas que permitem maior acesso do cidadão às instâncias de decisão.

A evolução dos mecanismos formais decorrentes da noção institucional de república caminham junto de sua consagração enquanto modelo efetivo e regente do meio social, o que é potencializado com o advento do constitucionalismo e do seu traçado pelas constituições. A partir de tal processo, o modelo republicano passa a funcionar de forma sistemática e mais efetiva, garantindo maiores condições de impor os valores que o balizam a partir de sua colocação pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, é essencial tomar em conta o outro aspecto da república, ou seja, aquele de caráter substancial. No caso, a pactuação do interesse comum delinea e preenche os conteúdos que compõem as razões a balizar e orientar o exercício do poder, levantando os temas que se acoplam a um dado modelo republicano, conforme a concepção que daquele se faça em dada realidade. Os seus conteúdos próprios, a partir da pactuação realizada, expressam uma carga de fins e razões, que direcionam o ordenamento jurídico e o Estado.

É sobretudo em relação a este aspecto substancial, centrado no elemento do bem comum e nas razões do exercício do poder, que o modelo republicano abre-se para a adesão de interesses e valores próprios a cada experiência, vinculado o ordenamento jurídico de um dado Estado. Verifica-se que, a partir do constitucionalismo, a forma republicana, a partir de seus elementos arquetípicos, tem ter por razão o regramento de uma dada sociedade conforme os interesses e balizas que dela se erigem, leva ao cerne do direito a aptidão para arrolar as razões que lhe são fundantes.

Neste sentido se dá a evolução da república enquanto forma de governo a compor a estrutura central dos ordenamento constitucionais, balizando a legitimação e orientando o exercício do poder no de acordo com temas, aspirações, bases culturais e sociais e outros elementos erigidos enquanto suas razões e fins. Esta é a absorção da faceta de mutabilidade da forma republicana pela sua estruturação normativa fornecida a partir do direito e da dimensão normativa hierárquica hábil a estabelecê-la que surge com o constitucionalismo.



### 3.2.2.1 A evolução das repúblicas em face das posições minoritárias e o impulsionamento do princípio democrático

Observados aspectos gerais acerca das evoluções que a forma republicana percebe a partir do advento do constitucionalismo, cabe avançar sobre aspectos que, a partir deste marco, adentram o cerne da forma republicana e de suas mecânicas, pautando seu funcionamento e, neste sentido, conectando-se às suas razões. Neste tópico buscamos avançar sobre a evolução que a república passa a incorporar enquanto forma hábil à racionalização de mudanças.

Partimos da preocupação histórica para com o elemento de soberania popular, que pauta os embates acerca da democracia desde seus primórdios. Esta se dá com relação aos excessos que as maiorias poderiam impor sobre as minorias, a partir de sua formação.<sup>159</sup> O que se observa é que, neste sentido, se a forma republicana e as limitações e contenções por esta impostas implicam um contrapeso a este tipo de argumento, as noções modernas e contemporâneas de república e, principalmente, o constitucionalismo implicam uma resposta negativa a tais riscos.

O primeiro motivo se dá porque a república, ao incorporar o princípio democrático e evoluir o seu plexo de facetas institucionais como um dos necessários elementos para legitimação da soberania – com o devido desenvolvimento das instâncias e mecanismos de deliberação –, acarreta em seu funcionamento a absorção e racionalização de dissensos surgidos no meio social, em relação ao próprio exercício do poder. Deste modo, a forma republicana acaba por, cada vez mais, englobar os afetados pelo exercício do poder institucional no processo de balizamento e condução deste exercício, o que acaba por legitimar a ordem estabelecida e contribuir com a integridade e pacificidade das soluções.<sup>160</sup>

<sup>159</sup>Preocupação essa que marca a filosofia política e o ideal democrático desde as concepções negativas que democracia tinha em Aristóteles, Cícero e Platão, até as críticas sofridas pela doutrina de Rousseau.

<sup>160</sup>Neste sentido, FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 2: Teoría de la democracia**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. Pg.15; e, conforme alude Cass Sunstein, “The republican position is instead that existing desires should be revisable in light of collective discussion and debate, bringing to bear alternative perspectives and additional information. Thus, for example, republicans will attempt to design political institutions that promote discussion and debate among the citizenry”. SUNSTEIN, Cass R. *Beyond the republican revival*. **Yale LJ**, v. 97, 1987. Pgs. 1548-1551.

Este é processo gradual, muitas vezes lento, e que se não se dá sem contratempos e, por vezes, períodos de regressão. Todavia, é processo cuja trilha é posta já pelas dinâmicas que são inerentes ao perfil ao qual os valores de soberania e racionalização do poder são vocacionados: daí se observa a tendência que se apresenta de expansão da esfera deliberativa e da representação de cada vez mais camadas sociais junto às instâncias de decisão.

Para além disso, outros elementos republicanos, tais como o ideal de igualdade e a supremacia da Lei oferecem, a partir dos próprios núcleos de valores de cada um, contraponto ao poder detido pelas maiorias formadas, racionalizando tal potência através dos procedimentos deliberativos e formas que a democracia constitucional impõe<sup>161</sup>. É assim que a república equilibra a vertente evolutiva, baseada na soberania do povo, no ideal democrático, na pactuação e deliberação do bem comum, conjugando tais bases com o perfil conservador que, em certa medida, a permeia, pregando pela manutenção de uma estrutura estável e racional para a regência do poder, baseada na estrutura de viés rígido do direito e do procedimento.<sup>162</sup>

Essa aptidão ordenadora se manifesta como vocação do constitucionalismo; este, enquanto técnica de regulação do poder e do ordenamento jurídico pautada por determinados valores, resulta em uma adaptabilidade que lhe é própria, para que seja possível, a partir das estruturas do modelo constitucional, simultaneamente preservar aspectos caros a uma dada realidade e, também, empreender transformações ordenadas pelo direito. A constituição tem por razão uma maior segurança às dinâmicas colocadas pelo próprio ordenamento, garantindo que este se pautem com base em determinadas normas de hierarquia superior, o que acaba por criar uma ordem de critérios de validade que conformarão o arcabouço normativo.

Do ponto de vista do prestígio à coisa pública enquanto elemento de soberania popular e do interesse comum pactuado, as prioridades sociais são

161SUNSTEIN, Cass R. Beyond the republican revival. *Yale LJ*, v. 97, 1987. Pgs. 1543-1555.

162Neste sentido coloca Sérgio Cardoso, ao expor que "(...) há, seguramente, nas repúblicas um laivo conservador. Entretanto, é preciso compreendê-lo adequadamente, a partir da própria natureza do regime. (...) compreenderemos, então, que o respeito e o apego às leis que os caracterizam exprimem fundamentalmente o interesse coletivo na permanência da vida social, na própria existência da ordem política. O amor às leis e à constituição assinala, enfim, o desejo da cidade de conservar-se em seu ser (...) Não se trata, portanto, de buscar a conservação das próprias leis; trata-se de, por elas, buscar a conservação da vida política". CARDOSO, Sérgio. Por que República? Notas sobre o ideário democrático e republicano. *In*: CARDOSO, Sérgio. **Retorno ao republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004. Pgs. 61/62.

positivadas no plano superior representado pelo texto constitucional, compondo bases do Estado e do direito e viabilizando o privilégio aos valores e objetivos fundamentais de uma sociedade. Estes se cristalizam na Constituição e sua perseguição nela se escora, conformando a estrutura central do bem comum pactuado e direcionando a criação normativa e o exercício do poder para aquela realidade almejada.

Neste sentido, o direito não é estático e se abre para mudanças, tendo, por outro lado, a vocação própria de racionalizá-las, o que, quando associado aos valores e estruturas democráticas, permite o alcance de soluções mais adequadas para os conflitos que naturalmente decorrem do dia a dia das sociedades humanas. Assim o faz com o bem comum. O que fica estabelecido assim é que o constitucionalismo é permeado pela mesma vertente evolutiva que marca a república e abre o desenho político-normativo para novos valores e fins, direcionando o direito e o poder a novas realidades.

É justamente em face deste aspecto que, historicamente, os Estados constitucionais passaram a expandir o direito e o papel do sufrágio, até o alcance do sufrágio universal.<sup>163</sup> Da mesma forma, as constituições ampliaram, no curso da história, os mecanismos referentes à separação de funções, de controles mútuos pelos poderes, passaram a prever e ampliaram instrumentos de democracia direta e de controle popular dos poderes, entre outras evoluções estruturais e axiológicas percebidas e postas a pautar os ordenamentos mundo afora.

São evoluções não apenas dos modelos normativos constitucionais, mas dos próprios cânones do poder institucionalizado. Novos valores e estruturas, gestados em meio a processos que se iniciam nos campos social e político, são incorporadas ao cerne dos modelos políticos positivados a partir dos processos constitucionalistas. A constituição assim é o terreno adequado no qual se consolidam tais mudanças na própria forma republicana de governo, com o estabelecimento, por ela, de novas vias, guias e balizas ao poder.

### **3.2.2.2. Constitucionalismo, dignidade humana e direitos fundamentais**

<sup>163</sup>Basta observar a expansão do direito ao sufrágio ao longo da história constitucional do Brasil, com a evolução institucional e normativa que acarretou no modelo atual, no qual praticamente toda a população maior de 16 anos é alistável no plano eleitoral. DA SILVA, José Afonso. **O constitucionalismo brasileiro**: evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011. Pgs. 218-228. Também, conforme processo exposto em NICOLAU, Jairo Marconi. **História do voto no Brasil**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

Cabe, por fim, apontar talvez a mais relevante consequência que o cruzamento entre o modelo republicano de Estado e o advento do constitucionalismo importaram para a forma republicana e sua configuração contemporânea: a centralização do valor da dignidade humana e da proteção e concretização dos direitos humanos e fundamentais dentre as balizas do exercício do poder. O que ocorre é uma nova configuração dos valores e estruturas que pautam os modelos jurídico-políticos em geral, em razão da evolução histórica e social pela qual o mundo passa, dotando a forma republicana de governo de um núcleo de razões que se mostra fruto dela.

A dignidade humana se consolida no contexto político, social e cultural pelo qual passou o mundo a partir da segunda metade do século XX, ganhando o papel de condutora dos diplomas constitucionais e se colocando como sustentáculo da ordem jurídica internacional contemporânea a partir, sobretudo, da Carta da ONU e da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tal valor se efetiva como baliza dos próprios processos internos de constituição dos Estados democráticos contemporâneos, em uma demonstração de força do que é, atualmente, o traçado mais básico dos modelos político-institucionais, sendo elemento vinculante destes.<sup>164</sup>

No caso, a valorização e consolidação da dignidade humana e dos direitos como elementos essenciais ao modelo político-institucional posto é potencializada em meio ao próprio constitucionalismo. Há uma repactuação do interesse comum ao redor da proteção e do desenvolvimento das pessoas, motivo pelo qual as normas definidoras dos direitos fundamentais assumem o centro normativo do ordenamento jurídico. A partir da compreensão da pessoa como fim último do Estado e do direito, os direitos fundamentais, representando verdadeiros corolários destes valores, impactam os poderes estatais, as limitações cabíveis aos poderes privados e, sobretudo, os deveres previstos pelo direito.<sup>165</sup>

164Conforme expõem, por todos RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação**. Tese de Livre-docência. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Pgs. 155-160; FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 2: Teoría de la democracia**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. Pgs. 478-480; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, v. 4, n. 2, p. 23-48, 1999.

165SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais Na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Pgs. 70-88.

Assim, é de se notar que relação entre direitos fundamentais e o constitucionalismo implica de sobremaneira na concepção contemporânea de república, comunicando-se diretamente com as visões e pactos apurados e estabelecidos com base na soberania popular. Esta, hoje, tem por base de interpretação e de valores os atributos decorrentes da dignidade da pessoa, que vinculam o poder político e estatal e representam importante paradigma normativo.

Ferrajoli aponta para os direitos fundamentais como faces da soberania popular, os traduzindo, no caso, em fragmentos seus. Assim se dá pois, porquanto a soberania é elemento de legitimação do poder, essa só poderá se manifestar autenticamente, enquanto racionalização das vontades dos membros do corpo social, se estiverem presentes os direitos que dotam a pessoa de condições de participação e expressão, ou seja, direitos políticos, civis, sociais etc. Neste contexto, quaisquer violações a direitos fundamentais acabam, mais do que agredir ao âmbito do titular, a afrontar a própria soberania popular, malbaratando o modelo político em voga.<sup>166</sup>

Na mesma linha, são os direitos fundamentais que consubstanciam e desenvolvem as bases do valor de igualdade no direito, porquanto tenham por pressuposto a isonomia entre todos os seus titulares em seu gozo, e promovem, a partir da sua concretização em meio ao regime jurídico que lhes é próprio, a superação dos graus de desigualdade encontrados. Falar em desigualdades no meio social é, em essência, falar em desigualdade no gozo de direitos.

Observar os direitos fundamentais como fins do ordenamento constitucional e do exercício do poder político nada mais é do que entendê-los, em relação ao conteúdo estrutural que o constituinte deu ao modelo jurídico-político, como verdadeiras especificações dos valores, objetivos e considerações prevalentes durante o processo constituinte e postas como basilares ao seu resultado. As normas definidoras de direitos fundamentais e as diversas garantias que possuem concorrem para fornecer os limites e balizas do projeto de país pactuado e

<sup>166</sup>Além disso, destaca o autor, sobre os direitos fundamentais enquanto base da soberania popular, “Estos derechos, por consiguiente, no sólo son límites a su ejercicio concreto, sino que son también su sustancia democrática, dado que se refieren al pueblo en un sentido mucho más concreto y rico de la misma representación política, es decir, a todos y a cada uno de sus miembros de carne y hueso. Equivalen, en otras palabras, a otros tantos fragmentos de soberanía popular correspondientes a todos y a cada ciudadano. Por eso cualquier violación de tales derechos es una lesión no sólo a las personas que son sus titulares, sino también a la soberanía popular”. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 2: Teoría de la democracia**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. Pg.19.

consagrado na constituição, eliminando margens de dissenso acerca de conteúdo e alcance dos dispositivos que contêm o desenho dos elementos republicanos. Deste modo, fica delineado um modelo de Estado e governo em termos normativos mais precisos e robustos, em movimento que transfere consolidações políticas, sociais e econômicas para o centro do universo jurídico.<sup>167</sup>

É neste sentido que a doutrina contemporânea concebe os direitos fundamentais na posição de razões centrais dos modelos normativos de Estado. Ferrajoli entende os direitos fundamentais como sendo eles próprios as razões do modelo democrático, pelas quais o Estado baseia suas atividades e seu poder, sendo este efeito estendido aos particulares.<sup>168</sup> Em sentido parecido, Gianluigi Palombella afirma a posição dos direitos fundamentais enquanto normas de reconhecimento do direito contemporâneo, nas democracias constitucionais, vinculando atos e normas infraconstitucionais e pautando, assim o exercício do poder.<sup>169</sup>

A mesma centralidade dos direitos fundamentais, porém, surge concebida por autores de outras tradições jusfilosóficas, como Robert Alexy, que concebe os direitos fundamentais como horizonte axiológico do texto constitucional, enfatizando o plexo de valores nos quais se baseiam o ordenamento a partir do sistema de direitos fundamentais.<sup>170</sup> Outra perspectiva nesta linha é aquela que expõe o processo de evolução do direito moderno e contemporâneo a partir da consolidação

167Ferrajoli destaca a natureza de pactuação em vista da heterogeneidade social que sustenta o modelo político-normativo: “en una perspectiva garantista las constituciones han de entenderse, hobbesianamente, como pactos de convivencia, es decir, como contratos sociales en forma escrita, tanto más necesarios y preciosos cuanto más profundas son las diferencias personales que están llamadas a tutelar, cuanto más heterogéneas y conflictivas son las subjetividades políticas cuya convivencia deben garantizar y cuanto más vistas e intolerables son las desigualdades materiales que tienen la tarea de remover o reducir e o modelo de democracia garantista contemporânea inaugurado a partir da Constituição.” FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 2: Teoría de la democracia**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. Pg. 54.

168Este caráter dos direitos fundamentais é posto pelo próprio autor como razão essencial não apenas do modelo político-normativo, mas de seu conceito de constituição, enquanto elemento crucial de ordenação normativa. FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 1: Teoría del derecho**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. Pgs. 841-846.

169PALOMBELLA, Gianluigi. De los derechos y de su relación con los deberes y los fines. Madrid: **Derechos y Libertades**, n. 17, 2007. Pgs. 115-169.

170Conforme bem exposto em ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003 e, sobretudo ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

dos direitos fundamentais, ao redor dos quais os sistemas normativos constitucionais são elaborados, como trabalhada por Ingo Sarlet.<sup>171</sup>

Desta maneira, os direitos fundamentais assumem posição de destaque na sistemática do texto constitucional na medida em que, dispostos como alicerces dos sistemas de regulação política e normativa, representam a referência de desenvolvimento do ordenamento jurídico e do modelo político nele delineado. No que concerne à república e seu perfil normativo, essa centralidade impacta de forma sensível a noção de interesse comum que a demarca.

O valor basilar da dignidade se amolda dentre os elementos republicanos a partir da consagração dos direitos, enquanto estes componham, por um lado, uma redoma protetiva à pessoa, impondo limites às maiorias e balizando o exercício da soberania popular e, por outros, o objetivo do próprio modelo político, voltando-se o poder a seu prestígio e concretização. A partir desta consagração da dignidade humana enquanto razão primordial do direito na contemporaneidade, o regime que prevê e busca o alcance dos direitos fundamentais é alçado ao cerne do texto constitucional e, mais do que isso, da forma republicana, assumindo a posição mais alta dentre as prioridades para o exercício do poder.

Todo o sistema normativo que conforma o Estado, considerando seus aspectos institucional, procedimental e substancial, pauta-se pela garantia dos direitos fundamentais. Daí que, a partir da consagração dos direitos enquanto centro do ordenamento jurídico, o ideário republicano assume nova feição, focada, acima de tudo, na pessoa e tendo ela, simultaneamente, como base e limite do poder. Não é à toa que o vetor normativo principal da imensa maioria dos ordenamentos constitucionais se dá na direção da proteção do ser humano e alcance de ideais de desenvolvimento deste<sup>172</sup>.

### **3.3. República em evolução, por meio do constitucionalismo**

Na sequência do que se viu acerca das evoluções que a definição de república e a conformação da forma republicana percebem com a virada para o constitucionalismo, cabe destacar como, a partir delas, o modelo resultante se

171 Como exposto em SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018. Pos. 961-1272. Versão Kindle.

172 Tome-se como exemplo a declaração de independência dos Estados Unidos, que se pauta pelo direito à “busca da felicidade”.

estrutura de modo que, por essência, possibilite o abrigo a novas áreas de interesse dentre suas razões, que se aderem a partir da via do interesse comum pactuado e se desenvolvem dentre o cerne dos limites e balizas do poder.

A forma republicana na contemporaneidade se estabelece a partir do direito constitucional, estabelecendo-se normativamente e tendo por cerne, mais do que a estruturação do poder político, o arrolamento das razões a partir das quais esta se dá. Diante de tudo o que se viu, falar de república, na contemporaneidade, é abordar um conjunto normativo a englobar valores e estruturas que circundam interesses, bases e objetivos a legitimar, balizar e orientar o exercício do poder e, diante destes, estruturar as instituições que o exercem. Este é o cerne do princípio republicano.

Desta maneira, os ordenamentos que estabelecem e moldam repúblicas alçam, como critérios de validade da ordem normativa e orientadores do exercício do poder, traços especialmente caros à sociedade observada, apurados desde os elementos que permeiam seu contexto fundacional. É o que se vislumbra, por exemplo, nas constituições que centralizam a preocupação com o meio ambiente, como é o caso de Portugal<sup>173</sup>, da Bolívia<sup>174</sup> e do Equador<sup>175</sup>. Seja como objetivo republicano explícito, como direito fundamental ou como estipulação de deveres para o Estado, é certo que tais constituições passam a acomodar a preocupação ambiental no centro do regime normativo, definindo um alicerce ao poder legítimo regulado.<sup>176</sup>

173Como apontado por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. Pg. 52.

174Conforme o artigo 9.6 da Constituição da Bolívia: “Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: (...) 6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.”

175Sobre as constituições do equador e da bolívia e o tratamento guardado ao meio ambiente por tais textos, WOLKMER, Antonio Carlos. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E. (Orgs.). **Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica**. São Paulo: Planeta Verde, 2014, p. 67-84. No mesmo sentido, TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão S. Pachamama e o Direito à vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino americano. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 12, n. 23, p. 23-23, 2015.

176No caso de Portugal, essa preocupação se alça ao núcleo axiológico do texto constitucional, balizando-o a partir de seus princípios mais sensíveis. O mesmo ocorre com as constituições de Bolívia e Equador, que arrolam a proteção do meio ambiente, ainda, como direito e dever fundamental da pessoa. No caso da Bolívia, o artigo 108, parágrafos 14, 15 e 16 estabelecem que “Son deberes de las bolivianas y los bolivianos: (...) 14. Resguardar, defender y proteger el patrimonio natural, económico y cultural de Bolivia. 15. Proteger y defender los recursos naturales y contribuir a su uso sustentable, para preservar los derechos de las futuras generaciones.16. Proteger y defender un medio ambiente adecuado para el desarrollo de los seres vivos.”



Outros casos podem ser citados, ainda, ao observar a experiência com o constitucionalismo latino-americano.<sup>177</sup> Isso fica patente a partir de uma análise das características que este ostenta, com sua ênfase em valores que abrangem o multiculturalismo, a proteção socioambiental, a garantia de direitos – sobretudo às minorias étnicas e sociais – e a viabilização do desenvolvimento social e econômico.<sup>178</sup> O chamado “novo constitucionalismo latino-americano” implica em uma remodelagem da forma republicana aos valores e preocupações levantados a partir de manifestações de soberania popular identificadas aos traços da região, o que permite que as constituições que fazem parte deste grupo estruturam suas instituições de modo a prestigiá-las.

À vista destes exemplos, o que se busca destacar é o fato de que república, a partir do advento do Estado moderno, se concretiza por meio do constitucionalismo, porquanto este viabiliza a consolidação do ideário republicano em uma plataforma organizacional e racionalizadora, estável a partir da normatividade do direito e que possibilita a fixação dos elementos básicos que conformam a forma republicana. É a partir das diferentes experiências constitucionalistas que se dá a consolidação, em meio ao campo normativo e institucional, dos elementos republicanos, a formar um cânone que, em meio aos processos de fundação constitucional, é reproduzido e moldado de acordo com a realidade contextual, garantindo que cada modelo republicano posto pelas diferentes sociedades seja assim fundado a partir de seus traços, suas necessidades e seus objetivos. Importa, para o direito, a república que este desenha: como estabelece seus elementos, fixa seus fins e prestigia o específico caráter que possui o ideário republicano em sua realidade.<sup>179</sup>

177Conforme Leonardo Avritzer, “o novo constitucionalismo tem três características principais: a primeira delas é a forte ampliação de direitos, em especial dos direitos das comunidades tradicionais, o que altera o desenho das comunidades políticas; em segundo lugar, a ampliação das formas de participação existentes ao largo da deliberação pelo Executivo e pelo Legislativo, o que altera o escopo do exercício da soberania; e, em terceiro lugar, um novo papel do Poder Judiciário, o que muda o equilíbrio de poderes tradicional na América Latina”. AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, Leonardo et al. (org.). **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. São Paulo: Autêntica, 2017. Pg. 19. Versão Kindle.

178Conforme abordam GARGARELLA, Roberto. Sobre el “Nuevo constitucionalismo latinoamericano”. **Revista Uruguaya de Ciencia Política**, v. 27, n. 1, p. 109-129, 2018; e PISARELLO, Gerardo. **Un largo termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático**. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. Pgs. 189-205.

179Neste sentido, Pettit e Lovett destacam que a república depende de suporte da experiência empírica, para além das contribuições da filosofia política. Isso porque as proteções institucionais republicanas, para cada caso específico, só poderão ser estabelecidas à luz dos dados fáticos

É certo que, ao apontarmos a república enquanto cânone a ser reproduzido, sua concepção implica uma forma básica, de conteúdo mínimo. A falta de um modelo republicano ideal não invalida a caracterização enquanto gênero; ao contrário, justifica tal posição. Os elementos que se consolidam a partir da modernidade e se fazem presentes até a contemporaneidade – racionalização do poder, institucionalidade, soberania popular, igualdade, supremacia da Lei, separação de funções, proteção aos direitos da pessoa e busca do interesse comum – representam, em conjunto, a própria base que perfaz a noção de república.

Conforme se observa na experiência comparativa, essa tradição se replica nos textos constitucionais da imensa maioria dos países, em maior ou menor medida, mas com presença maciça nos planos normativos dentro de todos os continentes. Essa estabilização e difusão é o que marca os arquétipos do modelo, tornando possível identificá-los enquanto linhas-base do que é a forma republicana na contemporaneidade.

É certo que, em alguma medida, os diversos constitucionalismos se entrecruzam a partir das mecânicas observadas no direito internacional, sobretudo a partir do segundo pós-guerra, com as grandes cartas de direitos e diversos outros tratados multilaterais ganhando uma posição de centralidade em meio às relações jurídico-políticas. Este é fator relevante para que paradigmas de valores sejam construídos, aparados, consentidos e, em diferentes medidas, erigidos como vinculantes de uma ordem jurídica internacional.<sup>180</sup>

É deste modo que valores como a dignidade humana, a igualdade, a proteção do meio ambiente, a defesa da paz, entre outros, passam a preencher uma concepção de Estado e modelo político a ser posicionada como paradigma às diversas ordens jurídicas. Isso impacta, sem dúvidas, a profusão de conteúdos a pautar as repúblicas fundados nos diversos constitucionalismos, que acabam por, ao se filiar a dados modelos, absorver padrões, valores e estruturas promovidos a partir de uma normatividade internacional.<sup>181</sup>

que se coloquem diante do poder. Em LOVETT, Frank; PETTIT, Philip. Neorepublicanism: a normative and institutional research program. **Annual review of political science**, v. 12, 2009. Pg. 21.

180BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. Pgs. 573-578; FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. Trad. Perfecto Andrés Ibañez. Madri: Trotta, 2018.

181RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação**. Tese de Livre-docência. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Pgs. 184-186.

Quanto à presença, maior ou menor, do plexo de valores em questão nos ordenamentos constitucionais, vale aqui a noção apresentada por Luigi Ferrajoli, que, ao trabalhar sua teoria de constitucionalismo democrático, entende não ser possível vislumbrar um modelo de democracia ideal, fechado, já que o grau democrático cabe ser aferido de acordo com cada realidade constitucional, não se falando em um alcance objetivo do ideal democrático, mas em graus de realização da democracia, a partir do volume de garantias postas às suas camadas de identidade formal e substancial.<sup>182</sup>

Da mesma forma, ainda que se possa conceber um determinado modelo normativo básico a ser transmitido pelo rótulo da república, este será sempre instalado em uma dada realidade a partir da normatividade empenhada pelo direito, o que implica no fato de que é impossível o estabelecimento de um padrão único a definir seus elementos. Para tal, é possível apontar as bases conforme os paradigmas que os informam, mas não se pode desconsiderar a realidade em que são estruturados os valores e elementos referentes à forma republicana e seus entrelaçamentos com aspectos da faticidade.

Pesa, para estipulação do modelo de república de um determinado Estado, sob um determinado ordenamento, a maneira pela qual seus valores foram elevados ao grau do desenho fundamental, mediante o processo de constitucionalização ali ocorrido. Este aspecto é crucial para o estudo do modelo republicano no Brasil ou em qualquer país. Daí destaca-se a necessária relação entre o constitucionalismo e o conceito de república, vez que não cabe, do ponto de vista do direito, trabalhar república como um modelo único e acabado, a ser fielmente reproduzido. Diante do direito, república assume a expressão e as características próprias por ele dadas.

A partir da abertura proporcionada pelos diversos constitucionalismos à institucionalização e desenvolvimento do ideário republicano, as constituições dos Estados contemporâneos incorporam os elementos desta forma de governo em duas medidas: primeiro, adotam tais elementos enquanto bases estruturantes, de modo que, para além da questão relativa à adoção de rótulos, se situam em meio ao campo paradigmático de uma dada forma possível de ser identificada como republicana; em uma segunda medida, por outro lado, cada realidade constitucional

182FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 2: Teoría de la democracia**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. Pg. 88.

concebe e desenvolve tais elementos de modo a adequá-los ao contexto específico no qual determinado processo constituinte se dá.

Essa segunda medida – onde atualmente se concentra a maleabilidade que o conceito de república demonstra – é percebida e compreendida a partir de um olhar amplo para o sistema normativo constitucional elaborado. Neste sentido, o constitucionalismo opera como via racionalizadora para os modelos republicanos elaborados, seja pelo seu aspecto procedimental, seja pela faceta histórica e política sobre a qual cada elemento republicano é, em seu âmbito, trabalhado e especificado, assumindo feições próprias e ganhando tratamento condizente com a realidade social, histórica, política e jurídica na qual é fundado.

Desta maneira, considerando que importa, para o escopo do presente trabalho, a forma republicana conforme esta é estabelecida para com a realidade brasileira, é necessário avançar para o texto constitucional, de modo a alcançar a forma pela qual a república se perfaz enquanto norma jurídica, avançando sobre as disposições que estabelecem os perfis dos elementos que permeiam dada forma de governo. Desta maneira, será possível compreender as posições que a noção de inclusão e suas garantias assumem em relação ao próprio modelo político e institucional brasileiro, pautando o exercício do poder desde o texto constitucional, o que será feito nos capítulos posteriores.

## 4. O princípio republicano e sua estruturação pela Constituição de 1988

### 4.1. Aspectos introdutórios

A partir deste capítulo, voltamos a atenção para a seara juspositiva da Constituição de 1988. Passadas as considerações acerca da forma republicana enquanto cânone contemporâneo para as formas de governo constitucionalmente estruturadas, avançamos para uma análise acerca de sua reprodução pela Constituição brasileira, de modo a absorver o ideário republicano e seus elementos e estruturá-los enquanto princípio jurídico.

O objetivo deste capítulo é promover uma exposição do perfil normativo do princípio republicano conforme este é disposto na Constituição. No caso, partimos da análise do próprio texto enquanto suporte dos valores e estruturas arquetípicas da república, a delinear a forma de governo brasileiro e estabelecer os campos de legitimação, balizamento e orientação do poder. Já adianta-se que é neste espaço que se situa e se desenvolve o trato constitucional para com a inclusão, a partir da expressão soberana apurada na constituinte e da fixação do interesse público republicano. Este é o ponto de chegada do capítulo. Parte-se, assim, do delineamento da república brasileira.

O texto constitucional, como visto<sup>183</sup>, faz menção expressa à república desde seu título, no preâmbulo e em diversos dispositivos, como é o caso do artigo 1º, dos artigos 3º e 4º, de diversos dispositivos que utilizam o termo para referir-se ao próprio ente consistente no Estado brasileiro, entre outros. Não há, para além disso, uma definição expressa do conteúdo e perfil acerca das normas abarcadas pelo termo, a apresentar assim seu exato teor e natureza. Neste sentido, o que o texto constitucional faz é estruturar o modelo político brasileiro, estabelecendo e prevendo seus elementos, conforme o traçado das debatidas bases do ideário republicano.

Enquanto estruturadora do Estado e do ordenamento brasileiro, a Constituição desenvolve-se a partir dos elementos que marcam a forma republicana. É deste modo que, à luz do que ocorre mundo afora, se dá o princípio de sua caracterização como república. Mais do que isso, todavia, é o fato de que os elementos em questão são, a partir da passagem para a normatividade empreendida pelo texto constitucional, internalizados ao direito, assumindo, eles próprios,

<sup>183</sup>Conforme a seção 2.1.

enquanto normas a veicular axiomas e bases estruturantes do ordenamento e das instituições nele fundadas, a natureza de princípios jurídicos. São, desta maneira, identificáveis, com variada clareza, em meio ao traçado do texto constitucional.

Neste sentido, a soberania popular, premissa que é da forma republicana, tem sua base normativa estabelecida desde o parágrafo único do artigo 1º, refletida também em seu *caput*, que fixa a noção de supremacia da lei e o modelo pautado do paradigma democrático ao qualificar o Estado brasileiro como democrático e de direito. Do mesmo modo, igualdade encontra suportes textuais estabelecidos ao longo de diversos dispositivos que denotam sua centralidade normativa, como os casos do artigo 5º, em seu *caput* e nos incisos do artigo 3º, conforme será exposto adiante. Trazemos estes dois a título de exemplo.

À luz do delineamento da forma republicana brasileira pela Constituição, deve-se salientar que o próprio sentido do texto constitucional é organizar a institucionalidade que permeia Estado e sociedade, para estruturar e limitar o poder, tal como visto no capítulo 3, criando e desdobrando garantias e instituições hábeis para tais fins. Estas decorrências estruturais, inclusive, acabam por aperfeiçoar este traçado dos elementos caracterizadores do modelo republicano, perfazendo sua incursão como paradigma de valor a estruturar o ordenamento. Neste sentido, as bases da república são colocadas em meio ao texto.

É certo, todavia, que o centro de preocupação ao se trabalhar as facetas que, para além de caracterizar, definem o ideal republicano da Constituição, é a busca pelas razões do modelo político por ele fixado. Assim, portanto, é necessário identificar, em meio ao traçado realizado pelo constituinte, os especiais elementos normativos que englobam as razões e os fins que permeiam e definem a república brasileira, ou seja, razões e fins a legitimar, sustentar e balizar o exercício do poder, vinculando-o desde sua dimensão normativa.<sup>184</sup>

Nesta toada, a dinâmica desenvolvida na Constituição de 1988 é assertiva ao expor este núcleo do seu ideal republicano, sendo o constituinte bastante claro ao arrolar os valores e interesses que fundamentam seu empreendimento. O Título I do texto constitucional – e, em especial, os artigos 1º e 3º – é dedicado a isso, ao arrolar expressamente seu plexo de princípios fundamentais, oferecendo suporte ao intérprete para visualizar as bases de fundo axiológico que, em conjunto, compõem

184Streck aponta neste sentido. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Pos. 3828-3939. Versão Kindle.

as diretrizes, fundamentos e objetivos a orientar o texto e o ordenamento. Enquanto tais, representam o suporte dos valores políticos fundamentais, a formatar a ordem jurídico-política de acordo com a vontade expressa e pactuada em meio ao processo constituinte.

No caso, são pactuados determinados valores e interesses a demarcar direções às quais deve o poder regulado orientar-se, o que implica na efetuação de escolhas, realizadas a partir do processo de eliminação de dissensos, levantamento de prioridades e estipulação dos valores maiores a pautar a república constitucionalmente desenhada. O resultado de tais processos, no caso, objetiva ser a conformação de um plexo de verdadeiras prioridades axiológicas, aproximadas de forma a balizar o conjunto do empreendimento normativo realizado pelo constituinte, dando suporte e orientando sua própria ação. Positivado, este plexo acaba por demarcar balizas, alçando-as à normatividade e oferecendo, ao intérprete, a própria base normativa que funda o arcabouço constitucional e o modelo republicano aqui traçado.

Em que pese todo o Título I do texto constitucional abarcar dispositivos de elevada importância aos cânones republicanos, trazendo o princípio da separação de funções no artigo 2º, por exemplo, é nos plexos de fundamentos e objetivos que se encontram embasados os especiais fins e razões formatados à luz da soberania do constituinte brasileiro, para além das consagradas balizas estabelecidas em meio ao constitucionalismo e o ideário republicano que são seus paradigmas. Nos artigos 1º e 3º, o texto constitucional estabelece duas séries de dispositivos, respectivamente estabelecendo seus expressos fundamentos e objetivos. Tais normas são, na prática, a Constituição indicando o que justifica e fundamenta os poderes exercidos em meio ao seu modelo político-institucional. Neles está contido o rol mais primário das razões que compõem o núcleo do interesse comum estabilizado constitucionalmente. É à luz deles que está caracterizada a república brasileira.

O constituinte estabelece, no rol dos fundamentos republicanos, nos incisos do artigo 1º, as bases dos valores que pautam o ordenamento e, mais do que isso, balizam o exercício do poder e suas limitações. No caso, são conceitos semanticamente abertos, cujo conteúdo é desdobrado ao longo do texto, como ocorre com as noções de dignidade humana, cidadania e o pluralismo político. O foco, aqui, não é esgotar seus conteúdos, mas expor que tal plexo implica um

arrolamento de valores basilares, caros ao constituinte, estruturando a base axiológica do modelo jurídico-político estabelecido, porém dependendo de desdobramentos a serem feitos pelo próprio empreendimento de redação do texto constitucional para melhor desenvolver seu perfil e conteúdo.

Outro caráter possuem os objetivos republicanos arrolados no artigo 3º. Estes fixam objetivos concretos, verdadeiros alvos apurados e fixados conforme se deu o esforço constituinte. Sua textualidade remete à faticidade do país e de sua sociedade, de modo a abarcar maiores referências de aplicação e interpretação, precisando o horizonte para o qual o ordenamento busca direcionar o regime jurídico, ou seja, delimitando o campo de seus fins. Neles, o constituinte fixa um norte a ser atingido e guiar o poder, a partir de uma leitura acerca de características sociais, econômicas e culturais do país, formando uma visão do cenário da época da elaboração do texto – cenário este que, em muitos aspectos, se faz ainda muito presente – e traçando posições futuras almeçadas a partir desta consideração sobre a realidade. Dotam o texto constitucional de proximidade à faticidade da sociedade brasileira e os setores de sua realidade que são foco de interesses e preocupações cuja relevância é tamanha a ponto de serem elevadas ao grau de princípios fundamentais, a pautar e vincular a validade de atos e normas em meio ao modelo jurídico-político.

Ambos os artigos representam a base textual mais acurada e expressa a resumir e expor as razões e fins do desenho da república brasileira. Deve-se dizer, porém, que não são dispositivos que compõem isoladamente o núcleo de conteúdo do princípio republicano. Este, situado na dimensão normativa e possuindo ele um perfil de larga envergadura, composto por diversos valores e estruturas que formam um conjunto, abarca um plexo de dimensões que são extraídas, em sua totalidade, ao longo do texto. Todavia, os dispositivos em questão, porquanto componham um núcleo normativo do rol de razões e fins que pauta o exercício do poder são, eles, o cerne em comum a pautar os diferentes elementos que perfazem a república brasileira enquanto forma de governo e modelo de Estado.

O próprio artigo 3º, neste sentido, trata expressamente dos objetivos maiores a pautarem o perfil próprio da república brasileira, resguardado para si o tratamento, na camada mais elevada de prioridades e circundamento normativo, de temas finalísticos afeitos ao modelo posto. No caso, outros dispositivos, ao longo do texto constitucional, estabelecem objetivos constitucionais. Todavia, conforme se observa,



estes acabam por representar fins próprios a dados setores do texto, em grau de especificidade que é particular dos diversos subsistemas regulados constitucionalmente que, por vezes, representam desdobramentos dos princípios fundamentais do artigo 3º.<sup>185</sup>

É justamente a partir do rol dos objetivos fundamentais que este trabalho se dirige aos seus próprios objetivos no que se refere ao enfoque dado pelo traçado do princípio republicano à inclusão. Este é um percurso que não se faz sem tomar em conta, primeiramente, a dimensão dada ao elemento republicano da igualdade. Neste sentido observa-se, dos próprios incisos que marcam os fins expressos do ideal republicano brasileiro, a ênfase que, a partir das marcas de pactuação baseadas em soberania, é dada ao princípio da igualdade. Este recebe, do constituinte, grandes esforços no traçado e desenvolvimento de seu perfil e conteúdo, à luz da faticidade brasileira, o que se desdobra no desenho de suas específicas camadas normativas e, para além disso, no traçado de garantias que, compondo as estruturas decorrentes da igualdade enquanto valor, ostenta no texto.

À luz da faticidade da qual partem os esforços para a produção constituinte, é a partir da igualdade, do peso que lhe é dado e do perfil que lhe é estabelecido, que os demais elementos que caracterizam o modelo republicano brasileiro são moldados e delineados, de modo que o poder não se faça indiferente a tal valor e às estruturas que dele decorrem. Neste sentido, observa-se que o posicionamento da igualdade dentre o rol de prioridades para com o exercício do poder e do governo, enquanto razão do ordenamento, é fruto do próprio exercício da soberania popular. O próprio regime de direitos fundamentais e os demais elementos que perfazem o interesse comum pactuado são estabelecidos a partir desta base de valores próprios, cujo desenvolvimento se mostra alargado no que diz respeito à igualdade.

Desta maneira se vislumbra a dimensão que possui a igualdade e sua especial faceta constitucional, enquanto baliza a orientar a república brasileira. Cabe, portanto, adentrar o tema do princípio da igualdade na Constituição, identificando seu perfil e a posição que este possui enquanto elemento axiológico que, componente que é do ideário republicano, marca a república brasileira conforme esta é estabelecida pelo texto constitucional.

185São os casos vistos nos artigos 182, *caput*, 193, *caput*, 194, parágrafo único, 203, *caput*, 214, *caput*, entre outros. Ainda, há dispositivos que, apesar de não utilizarem expressamente do termo, arrolam evidentes objetivos, a cumprir a mesma função normativo que os demais. É o caso, a ser abordado posteriormente neste trabalho, do artigo 205, *caput*, que estabelece os objetivos da educação.

## 4.2. Igualdade enquanto elemento de relevo do modelo republicano posto pelo ordenamento constitucional brasileiro

O princípio da igualdade no texto constitucional possui base normativa em diversos dispositivos, que sustentam as dimensões compõem o seu perfil. Neste sentido, a clássica dimensão da igualdade formal tem seu núcleo normativo no caput do artigo 5º, estabelecendo a isonomia perante a Lei desde a abertura do título II, que contém o principal rol da carta de direitos da Constituição de 1988. Fica fixada, na primeira parte do dispositivo, a noção basilar da isonomia, com a declaração de que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Neste sentido, é interessante trazer um breve panorama histórico acerca do trabalho com a igualdade, enquanto valor constitucional brasileiro, que parte da própria igualdade clássica. Essa previsão se faz presente nos textos constitucionais brasileiros desde a proclamação da república, com a carta de 1891<sup>186</sup>, que, inspirada nas constituições dos Estados Unidos (1787) e da Suíça (1848), fez predominar os ares das doutrinas republicanas que preenchiam as constituições da época<sup>187</sup>.

No caso da Constituição de 1891, afirmar a igualdade desde a carta constitucional, naquele contexto, possuía um duplo grau de importância, reforçado pelo seu papel histórico e simbólico, porquanto o texto expressava a abolição de privilégios de nascimento, títulos de nobreza e outros fatores de distinção entre as pessoas, característicos do império, cujo regime se empreendia desmontar.

A cláusula de igualdade formal seguiu sendo a base do princípio de igualdade nas constituições que se seguiram. Isso ocorreu nas Constituições de 1934 (artigo 113, § 1º), 1937 (artigo 122, § 1º), 1946 (141, § 1º), 1967 (artigo 150, § 1º) e 1969 (artigo 153, § 1º), que possuíam o núcleo normativo do princípio previsto sempre após a enunciação dos direitos fundamentais. Em todos os casos em capítulos topograficamente avançados no curso do texto, diferentemente do que ocorre no atual texto, que é aberto pelas seções que estabelecem direitos e garantias.

186No caso, o dispositivo contendo a cláusula de igualdade constava do § 2º do artigo 72, abrindo a carta de direitos daquele texto, sendo o princípio da igualdade formal elemento basilar da sistemática de direitos fundamentais: Art 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º - Todos são iguais perante a lei.

187Neste sentido, conforme DA SILVA, José Afonso. **O constitucionalismo brasileiro**: evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011. Pg. 56.

A mudança de paradigma com relação ao conteúdo jurídico da igualdade se dá apenas com a Constituição de 1988, quando o novo texto promulgado passou a englobar também, de forma expressa, outras dimensões para este princípio, em atenção a uma mudança no panorama global do conceito de igualdade e, acima de tudo, condizentes com os valores e objetivos fixados pelo constituinte para o ordenamento inaugurado. O contexto de elaboração da Constituição e os consensos alcançados permitem tomar conhecimento de um perfil jurídico mais largo ao princípio em questão, em consonância com os valores e interesses que guiaram o constituinte, com o retrato de sociedade e de país que se adotou como paradigma para direcionar o modelo jurídico-político que estabelece sua forma de governo, no sentido dos objetivos fixados.

Neste cenário, ao princípio da igualdade é dado destaque em meio ao delineamento das razões que pautam o texto da Constituição como um todo: o modelo de Estado e sociedade por ele ordenados possui na igualdade um de seus principais esforços e razões. Assim, é justamente dentre o arrolamento dos objetivos republicanos que se encontra parcela substancial do núcleo normativo do princípio da igualdade na Constituição de 1988. O artigo 3º traz, em seus incisos, dispositivos cujos textos concorrem para a formação da complexa base de tal norma, com inédito destaque, no âmbito do constitucionalismo brasileiro, ao seu aspecto substancial, extrapolando a noção de igualdade formal que prevalecia no curso histórico dos textos constitucionais. O que faz o texto do artigo em questão é situar valores de igualdade no cerne das disposições sobre faticidades das quais partiu o constituinte, trabalhando-as à luz do que se estabelece para este princípio.

Este aspecto de fundação axiológica a partir da consideração da faticidade brasileira, em manifestação da soberania popular, é crucial para compreender a essência do modelo de Estado inaugurado na Constituição da República e como nele é legitimado e orientado o exercício do poder. Conforme se extrai do inciso III, sobretudo, há o reconhecimento de um cenário de desigualdades sociais e regionais, bem como de pobreza, o que é prontamente repudiado no próprio texto do dispositivo: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (...)”.

Fixa-se, a partir desta consideração acerca do panorama fático do país, objetivos fundamentais de erradicação da pobreza e redução de desigualdades. No

caso, o dispositivo estabelece o cerne do conceito de igualdade para o texto a partir do panorama observado e indesejado que apresenta a sua inexistência. Deste modo, a igualdade enquanto princípio constitucional tem sua base em meio ao cerne de normas que denotam as razões do texto estabelecida a partir de seu próprio antônimo: a desigualdade. Para além disso, ainda, o texto situa tal problemática em meio ao campo social e regional, denotando-a a partir do contato com a própria vida na sociedade, enquanto marca negativa a ser confrontada.<sup>188</sup>

Neste sentido é o teor axiológico que direciona o princípio da igualdade material. Ele parte de uma percepção acerca dos problemas e desafios que o país possui, postos a peso pelo constituinte, que lhe confere o referido tratamento no plano normativo e, assim, robustece o teor do princípio da igualdade enquanto elemento das estruturas e valores republicanos. Conforme será apresentado e abordado, é nestes incisos do artigo 3º que se encontram os suportes normativos da inclusão.<sup>189</sup>

O artigo 3º traz, ainda, outros aportes que contribuem com o delineamento do princípio da igualdade, cerrando ainda mais os espaços para sua interpretação e orientando o intérprete para além do já citado inciso III. Seu inciso I estabelece como objetivo republicano a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Liberdade, justiça e solidariedade são arrolados como valores coligados à igualdade na forma trazida pelo III.<sup>190</sup>

188Conforme aponta Carmen Lúcia Antunes Rocha, “O art. 3º traz uma declaração, uma afirmação e uma determinação em seus dizeres. Declara-se, ali, implícita, mas claramente, que a República Federativa do Brasil não é livre, porque não se organiza segundo a universalidade desse pressuposto fundamental para o exercício dos direitos, pelo que, não dispendo todos de condições para o exercício de sua liberdade, não pode ser justa. Não é justa porque plena de desigualdades antijurídicas e deploráveis para abrigar o mínimo de condições dignas para todos. E não é solidária porque fundada em preconceitos de toda sorte. O art. 3º traz também uma afirmação: a de que, conquanto retratada a inexistência de uma autêntica República Democrática, o Direito organizou um modelo de Estado que se põe exatamente para realizá-la”. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 15, n. 1996, p. 93-94, 1996.

189Deve-se atentar para o fato de que a clássica expressão que abre o *caput* do artigo 5º, ao dispor que “todos são iguais perante a Lei”, engloba conteúdo hábil a abarcar os elementos de igualdade material que são circundados desde os objetivos fundamentais. Todavia, a fixação dos dispositivos lá postos denota, sem dúvida, o grau de prioridade e importância que os específicos vetores de igualdade demarcados possuem em meio ao ordenamento constitucional, a partir de uma aproximação entre o texto normativo e as impressões da faticidade que o pautam. Neste sentido apontam Luiz Alberto David Araujo e Maurício Maia, em ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. Direito à educação: a matrícula da pessoa com deficiência intelectual na rede regular de ensino. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 16, n. 2, p. 73-100, 2015. Pg. 78.

190No caso, Ferrajoli destaca o traço marcante que as constituições democráticas contemporâneas possuem ao englobar, em suas bases e balizas, uma conjugação de consagrados valores liberais e, também, sociais, postos como elementos definidores destes regimes: “la cultura jurídica y

Pela solidariedade, ganha ênfase o papel do indivíduo considerado no conjunto do meio social, com o papel interligado de cada um para o alcance dos outros objetivos estipulados, garantindo que o equilíbrio entre valores seja mantido por contribuição de todos<sup>191</sup>. O papel ativo da pessoa no alcance de uma sociedade justa não dispensa a garantia de direitos e liberdades, mas sim, é fundamentado nestes. Conforme será abordado nas seções posteriores, o próprio texto constitucional oferece as medidas adequadas e as vias pelas quais se coadunam liberdade, justiça e solidariedade no delineamento do sistema de direitos fundamentais e de outros arcabouços institucionais inscritos no texto, como é o sistema de seguridade social. Ver-se-á que solidariedade representa base axiológica para diversos dos deveres que, dentro da lógica do modelo republicano brasileiro, são titularizados pelas pessoas.

Outros dispositivos do artigo 3º concorrem para os horizontes axiológicos traçados para o princípio de igualdade. O inciso II, que compreende o desenvolvimento nacional, deve ser interpretado de forma ampla. Não especificando o constituinte sobre o campo no qual o desenvolvimento é almejado, é certo que este se referiu aos diversos desenvolvimentos tomados por desafio pelo texto: não apenas no campo econômico, mas no campo social, humano, cultural, tecnológico e ambiental.<sup>192</sup> É assim que este só é concretizado mediante o alcance dos demais objetivos da república, porquanto tais normas representam entre si um conjunto, garantindo-se que o parâmetro acerca dos frutos do desenvolvimento empreendido seja o gozo de todos os membros da sociedade, como critério mínimo de validade.

Na mesma linha, o inciso IV estabelece como objetivo republicano a “promoção do bem de todos”, repudiando quaisquer formas de discriminação, o que reproduz, em certa medida, clássica cláusula de não discriminação, como aquela do

politológica ha oscilado siempre entre la tendencia a privilegiar las formas y la tendencia a dar valor a la sustancia de la democracia; mientras que el paradigma de la democracia constitucional comporta la garantía de sus dos dimensiones formales, la política y la civil, pero también la sujeción de las mismas a límites y vínculos jurídicos en garantía de sus dimensiones sustanciales, tanto liberales como sociales.”. FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 2: Teoría de la democracia**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. Pg. 29.

191Pérez Luño destaca a proximidade entre as noções de igualdade material e solidariedade, destacando uma vinculação entre os conceitos, no campo jurídico, e um especial traço psicológico que a solidariedade carrega: “La solidaridad entraña una determinada forma mental o una actitud tendente a la identificación por parte de un sujeto o de un grupo con las aspiraciones, necesidades o problemas del ‘otro’”. LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2007. Pg. 122.

192Neste sentido, BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Pgs. 108/109.

artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos. No caso, este apresenta contato direto com a cláusula de igualdade estabelecida no *caput* do artigo 5º, situando-o dentre os fins no próprio sentido de realização. A ideia de “promover o bem”, por mais que apresente carga de abertura semântica considerável, reporta à própria noção de interesse comum pactuado, tocando um horizonte delineado normativamente pelas vias que a própria constituição aponta como hábeis para tal. À luz da forma como o texto concebe a faticidade a igualdade enquanto critério base adotada para faceá-la no plano normativo, fica patente que o bem a ser promovido é horizonte ainda somente tão almejado, não vivenciado por todos e, neste sentido, alçado enquanto fim do ordenamento jurídico e do poder nele pautado.

Desta maneira, o que se observa dos objetivos do artigo 3º da Constituição é justamente um trabalho de especialização de elementos basilares do ideário republicano pelo procedimento empreendido no constitucionalismo brasileiro, em meio a um esforço de traçado de horizonte no qual o ordenamento deverá mirar. Em seu texto constitucional mais amplo, participativo e largamente deliberado, a sociedade brasileira termina por desenhar, como critérios de validade de normas e atos, objetivos expressos que almeja alcançar – em grande medida, objetivos concretos, cuja previsão no texto constitucional oferece alto lastro para aplicação de tais normas.<sup>193</sup>

O que deve ser, a partir de então, destacado, é que a ênfase dada ao elemento de igualdade ocorre justamente da consideração das características históricas, econômicas, sociais e culturais do Brasil, que, por séculos, concorrem para a formação das bases sociais e do percurso histórico que culminou no atual texto constitucional. O histórico de desigualdades sociais, raciais, de gênero, econômicas, entre outras, é marca que assola o país até a contemporaneidade. Em grande parte, fatos históricos deixaram marcas jamais adequadamente corrigidas. Muitas delas, inclusive, sem o menor esforço para sua correção: é o caso da escravidão, cuja existência e desdobramentos compõem a raiz de grande parcela do

<sup>193</sup>Conforme aponta José Afonso da Silva acerca do processo de elaboração do texto constitucional de 1988 de seu ineditismo, não deixando de lado viés crítico, “Fez-se uma Constituição que rompeu com o passado, por isso é combatida pelas elites conservadoras. O princípio popular teve importante papel na sua elaboração. Nela, num certo sentido, encontramos a prova de que o procedimento constituinte será compatível com o poder popular se se efetivar com fidelidade a um princípio de justiça do resultado, porque a justiça da Constituição depende do procedimento seguido em sua feitura”. DA SILVA, José Afonso. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011. Pgs. 87/88.

cenário de pobreza e desigualdades existentes até a atualidade.<sup>194</sup> O mesmo pode ser dito dos prejuízos sociais causados pela desigualdade política, fruto de quadro que somente foi devidamente alterado, no plano formal, com a Constituição atual.<sup>195</sup>

Estes são fatos que penetram no âmago da sociedade brasileira, acarretando vícios e panoramas indesejados, dissonantes com os valores e interesses do povo. São quadros que avançam sobre diversos aspectos da realidade do país e tocam o próprio modelo institucional e de valores políticos, porquanto tangenciais aos exercícios do poder que, para além de, muitas vezes, ser inábil para corrigi-los, acaba por assimilá-los como componentes de sua mecânica e, assim, agravá-los.<sup>196</sup>

Não cabe, aqui, descer em análises mais profundas acerca da estrutura social e cultural do Brasil, porquanto tal esforço fuja do escopo deste trabalho. Todavia, deve-se ter em vista que, por vezes, as desigualdades e défices em direitos e dignidade – padrões axiológicos vigentes na contemporaneidade –, compõem apenas um aspecto de modelos hábeis a gerá-la. Não se pode deixar de apontar para o fato de que tais vícios – hoje facilmente assim compreendidos – são justamente frutos ocasionados por modelos de legitimação e regulação de poder que, seja de forma expressa, seja de forma implícita, tinham por objetivo exatamente estes traços<sup>197</sup>. Neste sentido, ordenamento jurídico, o poder institucional do Estado e de particulares e, inclusive, as próprias constituições anteriores, chancelavam e promoviam dominação social a partir da escravidão, do racismo explícito, da

194 Processo este observado em exposições como a feita por SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019. Pos. 982-1196. Versão Kindle.

195 Como aponta José Afonso da Silva, os processos de elaboração constitucional do Brasil foram marcados pelo fato de que excluíram, até 1988, a maior parte da população do país, tanto de si próprios, quanto das condições de igualdade política postas conforme os modelos político-institucionais estabelecidos. DA SILVA, José Afonso. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011. Pgs. 43-80.

196 É o caso, por exemplo, dos efeitos sociais e econômicos do racismo de Estado, perpetuado por décadas sobre o suporte do arcabouço normativo, bem como o caso da misoginia institucional, que afastou mulheres totalmente da vida política até os anos 30 – o direito ao voto só passou a ser previsto de forma paritária a partir de 1965 – e cujos efeitos ainda hoje são percebidos – inclusive, a ocasionar a conquista de políticas de ação afirmativa nestas áreas. Neste sentido, LIMONGI, Fernando; OLIVEIRA, Juliana de Souza; SCHMITT, Stefanie Tomé. Sufrágio universal, mas... só para homens. O voto feminino no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**, v. 27, 2020. 22p.

197 Destaca-se aqui, da reconstrução feita por Jessé de Souza acerca do racismo enquanto elemento central da organização social brasileira que, dentre suas gêneses, não é possível conceber o racismo brasileiro sem se observar que este se dá a partir do papel desempenhado pelo Estado e pelo ordenamento e instituições nele calcadas, desde a escravidão, passando pela acomodação do negro em posição de marginalidade moral e, ao final, resultando em um quadro de exclusão que extrapola o critério da cor da pele para assumir diversas máscaras enquanto fruto do racismo como traço moral ainda existente em meio à sociedade brasileira. Neste sentido, SOUZA, Jessé. **Como o racismo criou o Brasil**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2021. Pgs 226-255. Versão Kindle.

limitação de serviços, dentre outros artifícios estabelecidos. Ainda hoje, o país se choca contra tais estruturas, que não se deram sem suporte e apoio partindo de estratos do meio social.<sup>198</sup>

Neste sentido, a Constituição de 1988 acaba por consolidar, a partir de seu Título I, uma resposta normativa a este quadro, ora exposto. O texto constitucional trabalha as problemáticas desigualdades e exclusões que marcam a faticidade brasileira como cerne das questões cabíveis de evolução, no país, modelando o ordenamento jurídico conforme tais percepções se fazem presentes e são valoradas a partir do meio social. O produto final é a possibilidade de se inserir problemáticas enquanto ponto de partida para o desenho de um modelo republicano moldado enquanto contraposição a elas. Os fins almejados, neste sentido, são construções de horizontes de superação, estabelecendo balizas que situam o texto constitucional em um espaço de conflito e confronto entre suas bases e o modelo de poder estruturado a partir delas e, de outro lado, a faticidade das relações históricas e sociais que marcam o Brasil.

Como já abordado e exposto, a igualdade constitui elemento essencial do modelo republicano e, também, do próprio constitucionalismo. O traçado do modelo político-institucional brasileiro pelo texto constitucional molda o perfil jurídico do princípio da igualdade à luz do que é refletido pelo processo constituinte. Para além de fundar um regime jurídico que preserve situações benquistas, a Constituição da República tem por escopo o alcance de um cenário de igualdade ainda inexistente e, em muito, criado a partir das relações de *status quo* político, normativo e institucional que foram antes dominantes. Neste sentido, a direção axiológica do princípio da igualdade tem forte perfil realizador, deixando de lado qualquer caráter conservador que, no presente momento, possa ser a ele dado.

É deste modo que a inclusão compõe elemento crucial do princípio da igualdade na Constituição, o que será mais adiante aprofundado. É certo, por um lado, que o princípio da igualdade implica uma dimensão de manutenção de estados, englobando, neste sentido, a vedação de desigualdades inválidas

<sup>198</sup>Exemplo disso é o racismo visto em sua acepção estrutural. Conforme desenvolve Silvio Almeida, “assim como a instituição tem sua atuação condicionada a uma estrutura social previamente existente – com todos os conflitos que lhe são inerentes –, o racismo que essa instituição venha a expressar é também parte dessa mesma estrutura. As instituições são apenas a materialização de uma estrutura social ou de um modo de socialização que tem o racismo como um de seus componentes orgânicos”. ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro, Pólen, 2019. Pgs. 37/38.



perante o direito, muito por força da clássica dimensão formal que o princípio abarca<sup>199</sup>. Por outro lado, conforme as suas bases normativas se referem expressamente a condições que persistem no plano fático, grande esforço foi feito pelo constituinte no sentido de delinear um conteúdo de postura ativa, apto a indicar e implicar grandes modificações de realidade, dando-lhe um forte carácter prático.

É a partir daí que se desenvolve o perfil dos sistemas de direitos e garantias e, também, as instituições normativamente estabelecidas pela Constituição, objetos de temas que serão abordados mais adiante. O paradigma da igualdade, no sentido do repúdio a certos graus de desigualdades, erradicação da pobreza e promoção de determinados valores sociais está no centro do traçado do modelo de governo do país, consistindo elemento axiológico central do texto constitucional e, neste sentido, dotando-o de vocação transformadora.<sup>200</sup>

#### **4.3. Dignidade, direitos fundamentais e as medidas constitucionais de igualdade**

O desenho constitucional do núcleo do modelo jurídico-político do Brasil, conforme está sendo aqui trabalhado, parte das impressões e consensos firmados em meio ao processo constituinte, delineando o traçado dos elementos republicanos e dotando a normatividade do texto constitucional com as posições e valores fixados pelo povo no exercício de sua soberania.

No que diz respeito ao princípio da igualdade, é certo que se, de um lado, este possui destaque em meio aos princípios fundamentais, a partir da postura adotada diante da percepção de desafios e paradigmas no campo material, por outro, seu desenho normativo não opera isolado para a consecução dos objetivos constitucionais. Isso ocorre pois por mais que o princípio da igualdade, enquanto

199Neste sentido, conforme o que é exposto em MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 24. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. Pgs. 47/48.

200Sobre o princípio da igualdade estabelecido pela Constituição de 1988, Cármen Lúcia Antunes Rocha leciona que “se buscou a mudança do conceito, do conteúdo, da essência e da aplicação do princípio da igualdade jurídica, com relevo dado à sua imprescindibilidade para a transformação da sociedade, a fim de se chegar a seu modelo livre, justo e solidário. Com promoção de mudanças, com a adoção de condutas ativas, com a construção de novo figurino sócio-político é que se movimenta no sentido de se recuperar o que de equivocado antes se fez. O significado maior do art. 3º da Lei Fundamental da República é, pois, a demonstração de uma mudança essencial do constitucionalismo brasileiro, de uma proposta de sociedade diferente da que percebeu o constituinte de 87/88 e que não lhes pareceu livre, justa, fraterna e solidária”. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 15, n. 1996, p. 93-94, 1996.

fixação de consensos políticos, sociais e morais por parte dos atores do processo de elaboração constitucional, seja transposto para o campo normativa e nele delineado, figurando no texto da Constituição como um vetor de base ampla e – conforme será visto, desdobrada ao longo do texto –, ele não soluciona, normativamente, todas as questões que possam surgir, relativas à sua aplicação.

Partindo das considerações até aqui elaboradas, surgem algumas perguntas relativas à definição do alcance e conteúdo normativo do princípio da igualdade enquanto elemento axiológico do texto, considerando o conteúdo conferido pelo citado artigo 3º. O que é a igualdade albergada pelo texto? A Constituição repudia toda forma de desigualdade? Há critério para medir o desigual? Qual a medida de igualdade constitucionalmente adequada? Tais perguntas demandam respostas, a serem respondidas, preferencialmente, a partir das dinâmicas postas no próprio texto constitucional.

No sistema de princípios fundamentais fixados pelo constituinte, a igualdade é, conforme se observará, componente que encontra suporte nos demais. Como visto, não cabe interpretação dos dispositivos que perfazem o núcleo de normas a estabelecer o fundo axiológico central que marca o texto e caracteriza a república nele formada – em especial, seus fundamentos e objetivos –, de forma isolada. Parte-se, assim, dos próprios princípios que, conforme são desdobrados e possuem seu impacto delineado pela própria Constituição, possuem seus pesos revelados a partir da própria materialidade que lhes é conferida pelo constituinte.

É desta maneira que avançamos para analisar a conjugação da dignidade humana e dos direitos fundamentais com a forma e a dimensão que a igualdade toma no texto constitucional. São estes os temas das próximas subseções.

#### **4.3.1. Dignidade humana e o peso de sua centralidade no texto constitucional**

A partir do que foi visto, portanto, o princípio da dignidade humana, inscrito dentre os fundamentos republicanos conforme previsão no inciso III do artigo 1º – bem como a partir de sua sistemática e desenvolvimento ao longo do texto constitucional –, oferece substrato normativo hábil a auxiliar a interpretação do princípio da igualdade em meio ao desenho da república brasileira e, assim, ampliar a visão sobre esta. Deve-se destacar, ainda, que a especial forma do princípio da

dignidade brasileira se entrelaça com a igualdade enquanto elemento especificamente delineado a partir do interesse na faticidade.

Neste sentido, no que diz respeito à especial situação social vivida pelas pessoas nas diversas regiões do Brasil, considerando os traços de pluralidade social e econômica, a igualdade, o repúdio à pobreza e à determinada parcela de desigualdade – de cunho social e regional –, os objetivos fundamentais fazem menção expressa à condição da pessoa humana em si considerada, ou seja, tendo por central o interesse com o bem-estar e o seu desenvolvimento. É justamente neste sentido que o fundamento republicano no princípio da dignidade humana interessa para a compreensão jurídica da dimensão que a igualdade tem na Constituição da República, levando em consideração, sobretudo, a relação entre aquela e o regime dos direitos fundamentais.

O prestígio à dignidade humana pelo constituinte posiciona a Constituição de 1988 junto do paradigma de valores que passou a imperar no mundo desde o segundo pós-guerra. Enquanto valor humano, a dignidade ocupa o centro dos elementos morais que passam a impactar a elaboração normativa e o direito constitucional. Seu conteúdo é preenchido pela noção, de matriz kantiana, de que o homem existe como fim em si mesmo, não sendo admissível concebê-lo como objeto para fins outros que não ele próprio, não sendo cabível coisificá-lo ou aliená-lo de determinados atributos e direitos essenciais. Neste sentido, inclusive, que a dignidade humana implica no reconhecimento, promoção e manutenção de um plexo de direitos que garantam ao homem o alcance de uma vida digna<sup>201</sup>.

Enquanto base normativa a guiar o constitucionalismo desde o século XX, os sistemas de direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais se reforçam e se estruturam a partir deste princípio, tomado como valor-base e expandindo-se, assim, o seu conceito para novas dimensões da vida e das relações com sociedade e mundo.<sup>202</sup> Em alguma medida, a dignidade humana assume, nas diversas correntes e visões contemporâneas do direito, posição central entre os valores que pautam os diferentes constitucionalismos ocidentais contemporâneos, marcando o

201 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais Na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Pgs. 89-93.

202 Assim se alinham diversos autores que entendem a consagração dos direitos fundamentais como centro normativo e razão final do direito. Sarlet, Bobbio, Ferrajoli, Palombella, Dworkin, Alexy, entre outros.

núcleo do direito internacional dos direitos humanos após, principalmente, a criação da DUDH<sup>203</sup>.

Por força do ideal de dignidade aplicado à noção de forma de governo, fica estabelecida a pessoa como fim e justificativa do exercício do poder, pautando a regulação do poder estatal e particular, sendo o princípio jurídico resultante uma das guias mestras do ordenamento. Neste sentido, os direitos fundamentais, ao consistirem em normas definidoras de posições jurídicas de proteção e desenvolvimento das pessoas, não são apenas permeados pela carga advinda do princípio da dignidade da pessoa humana, mas são verdadeiros corolários dele.

Neste contexto, se, por um lado, a Constituição de 1988 segue padrões normativos que se coadunam com linhas encontradas na essência de diversos constitucionalismos contemporâneos, por outro, a forma como isso se dá encontra um perfil específico do processo pátrio. A centralidade dos direitos fundamentais no delineamento do modelo político-institucional e, por consequência, o próprio perfil do Estado, bem como o caráter de seus valores centrais e o desenvolvimento normativo sistemático destes ocupará um espaço fornecido pelo processo interno de elaboração constitucional que, para além do procedimento de criação normativa em si, engloba os influxos do processo histórico brasileiro e suas decorrências.

Assim, tem-se a dignidade humana como um dos principais alicerces do modelo de Estado e governo em voga, tendo o regime jurídico de direitos fundamentais a principal via de seu desenvolvimento em meio ao arcabouço normativo. Enquanto conceito conjunto à noção de igualdade, temos que não é possível visualizar o conteúdo de um de forma isolada ao outro. Tem eles bases e focos semelhantes, a partir de seu estabelecimento em meio ao texto.

Todavia, a elucidação do conteúdo do princípio da dignidade humana não pode ignorar a necessidade de um maior estudo mirando os próprios direitos fundamentais, porquanto estes sejam seu maior corolário normativo e cujo regime jurídico representa sua maior garantia. São os direitos fundamentais figuras de relevante centralidade em meio ao ordenamento constitucional, o que, para além de implicar no fato de se tornarem pontos cruciais para a interpretação do texto, denota a influência axiológica que dignidade humana e, também, igualdade, possuem. A

<sup>203</sup>É, por exemplo, a posição exposta por Ingo Sarlet, conforme SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais Na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Pg. 74.

próxima subseção aprofunda-se especialmente neste tema, necessário para que adequadamente se compreendam as perguntas levantadas no início desta seção.

#### **4.3.2. O regime de direitos fundamentais como corolário da dignidade humana**

Um primeiro aspecto a se destacar com relação à já apontada centralidade dos direitos fundamentais em meio ao ordenamento constitucional é o fato de que esta se dá, a partir do aspecto estrutural do direito enquanto sistema, em razão do grau de desenvolvimento do conteúdo destas normas e de sua posição em meio a tal arcabouço.

Neste sentido, cabe resgatar a própria concepção que se faz dos direitos fundamentais enquanto “capas de valores”. No caso, há linhas, na ciência jurídica, que concebem as normas de direitos fundamentais e os dispositivos que as abrigam, nos diversos textos constitucionais, como redutos de valores e bens caros ao constituinte, sendo dispostos, muitas vezes, conforme consubstanciem princípios jurídicos. Tal aspecto, todavia, não é absoluto e depende da análise do próprio texto no qual são inseridas as normas que prescrevem direitos, bem como do processo de aplicação destes ao caso concreto.

Como apontam, ainda, outras correntes, em diversos casos direitos fundamentais terão forma de regras e, assim, se comportarão como tal, em meio à já citada divisão estrutural feita entre ambas as espécies, no capítulo I deste trabalho. Neste sentido, o texto constitucional brasileiro confere pressupostos de aplicação suficientes para que as normas de direitos fundamentais se apliquem diretamente, sem mediação de maiores processos interpretativos ou, ainda, legislação de desenvolvimento.

No caso da Constituição brasileira, é típico o fato de que o constituinte estipula, a partir das normas que fixam direitos fundamentais no texto, posições jurídicas e objetos concretos que passam a vincular relações, determinar perfis institucionais e, assim, fornecer um esqueleto sólido de material normativo a pautar as relações jurídicas. A previsão de direitos civis, políticos e, sobretudo, sociais, vai além da mera circunscrição dos valores e expectativas que os compõem, sendo a ação do constituinte, em diversos casos, direcionada a possibilitar um maior delineamento dos seus específicos regimes, encurtando o caminho para sua aplicação.

O que se extrai deste cenário, portanto, é o fato de que, para além dos princípios que servem como linhas centrais e ordenadoras daquilo que é o ordenamento jurídico, as normas que conformam o regime jurídico de direitos fundamentais encerram substrato de aplicação sensivelmente maior do que aqueles presentes nos dispositivos que denotam o núcleo normativo dos princípios constitucionais, como projeções que são destes, a desdobrar, em grande medida, seu conteúdo.<sup>204</sup>

Este efeito é explicado justamente pelo fato de que os direitos fundamentais concretizam, a partir do empreendimento do próprio constituinte, valores e fins que os princípios centrais do ordenamento carregam, desenvolvendo, especializando e tornando a carta de prioridades inscritas na Constituição hábil a reger as relações na sociedade brasileira, sobretudo com base na dignidade humana e, como se verá, em sua relação com os próprios fins da república brasileira.

A centralidade e impacto normativo dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico são elementos cruciais para compreensão do papel dos próprios princípios fundamentais no sistema normativo, igualdade aí inclusa. Estes orientam as demais normas do texto, afirmando os valores adotados pelo constituinte e estipulando as bases sobre as quais são estabelecidos os diversos sistemas que compõem o arcabouço normativo da Constituição da República.

Foi exposto que os elementos republicanos recebem desenvolvimento próprio desde os dispositivos que estabelecem os princípios fundamentais da república. O que ocorre, no caso da relação entre os direitos fundamentais e os princípios fundamentais é justamente a dotação de precisão normativa e interpretativa, posta pelo próprio constituinte, a fim de fixar prioridades e caminhos pelos quais deverá guiar-se o modelo político-institucional. No caso da Constituição brasileira, ambos os grupos de normas se complementam. Isso vai além do valor de dignidade humana,

204 Os dispositivos nos quais estão inscritos direitos fundamentais, no mais das vezes, contêm melhores pressupostos de aplicação, hábeis a permitir a identificação de regras, o que, de certa maneira, ilustra este efeito elucidador que possuem dentro do ordenamento jurídico, em relação aos dispositivos do rol de princípios fundamentais. De todo modo, o certo é que os direitos fundamentais são previstos normativamente dotados de textualidade a permitir compreender posições e linhas sustentadas pelo constituinte, no desenho do ordenamento, destrinchando o conteúdo dos valores básicos do texto. Neste mesmo sentido, também Alexy aponta para o duplo caráter que possuem as normas que preveem direitos fundamentais, enquanto regras e princípios, de forma simultânea, o que é relevante sobretudo no caso de sua aplicação. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Pgs. 141-144.

sendo os direitos fundamentais elementos cruciais para a compreensão do perfil constitucional do princípio da igualdade.<sup>205</sup>

Ambos os grupos de normas, deste modo, se complementam no desenho do ordenamento brasileiro, vez que aquelas que perfazem os direitos fundamentais desdobram os fundos axiológicos e interesses plasmados desde os princípios expostos no Título I, aplicando-os no traçado das relações que compõem o modelo de direitos e garantias e, ainda, ao desenho institucional do Estado brasileiro. Assim, portanto, os direitos fundamentais desdobram e projetam os princípios fundamentais, enquanto traçados basilares do modelo jurídico institucional, garantindo materialidade normativa e desdobrando o esboço do modelo republicano brasileiro.

Deste modo, o regime jurídico de direitos fundamentais se faz crucial para compreensão do perfil constitucional da igualdade e da dignidade humana, enquanto elementos que alicerçam a dimensão normativa estruturadora da república brasileira. Na próxima subseção, aprofundaremos os específicos aspectos intrínsecos aos perfis normativos da dignidade humana e do regime de direitos fundamentais a partir dos quais é possível evoluir na compreensão do princípio constitucional da igualdade.

#### **4.3.3. Mínimo essencial: medida de dignidade e igualdade**

No tocante à noção de dignidade humana, projetada ao longo do texto pela carta de direitos do texto constitucional, há certa dificuldade em compreender, de forma precisa, o perfil e o conteúdo que lhe são próprios. Enquanto valor alçado ao centro do pensamento político, é desenvolvida no campo pré-normativo a partir de

<sup>205</sup>Fala-se assim em relação ao caso do Brasil porque, em geral, os constitucionalismos ao redor do mundo não fazem o uso de dispositivos tão bem desenvolvidos textualmente, em relação aos elementos normativos fixados, como faz a brasileira, para abrigar seu plexo axiológico central. No geral, as constituições democráticas ocidentais acabam por delinear estes alicerces em meio ao plexo de direitos fundamentais e o regime jurídico a ele inerente, de forma a eles implícita. Por um lado, o caso brasileiro não deixa de se filiar a tal sistemática. Sem dúvidas, as normas que perfazem o regime de direitos fundamentais preenchem o ordenamento com seu teor vinculante, limitador e balizador, moldando o perfil do ordenamento à luz dos valores que baseiam e movem tal rol. Todavia, a presença de um plexo de princípios expressos, como o previsto no título I, é um elemento a fechar o processo interpretativo e guiar poderes constituídos e intérpretes no sentido almejado no momento da fundação do ordenamento. É esta a função típica dos princípios no ordenamento, conforme diferentes correntes do pensamento jurídico concebem, a exemplo da concordância entre Ferrajoli e Lênio Streck, no que se refere ao papel dos princípios, em STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle.

uma profusão de correntes, visões e tradições filosóficas, o que se reflete em seu perfil jurídico multifacetado e, por vezes, controverso, no âmbito do pensamento ocidental. A sua base se dá, no caso da dignidade humana em meio aos modelos político-institucionais, na valorização da pessoa enquanto fundamento de legitimação do poder.

O que cabe aprofundar, no caso, é sua análise diante do sistema jurídico-normativo fundado na Constituição, afinal é nessa dimensão em que tal princípio encontra sua existência, validade e dinâmicas que lhe são próprias. Neste sentido, a figura do mínimo existencial, ou mínimo essencial, se apresenta como fundamental para o alcance da compreensão de um conteúdo normativo adequado de prestígio ao princípio da dignidade humana em relação ao plexo de direitos fundamentais.

Este se encontra consagrado em doutrina e jurisprudência como elemento lógico a traduzir o conteúdo do princípio em tela, em associação direta com o regime dos direitos fundamentais, partindo, no caso, da relação que possui a dignidade humana enquanto base normativa e axiológica destes. Desta maneira, o mínimo essencial consiste na parcela mínima de proteção a determinado direito que cada pessoa faz jus, pelo simples fato de sua condição enquanto tal, de modo a restar concretizada em seu favor a prescrição constitucional com relação a tal direito fundamental.<sup>206</sup>

O mínimo essencial é um conceito que possui uma faceta axiológica, enquanto reflexão do princípio da dignidade humana ao ambiente do direito positivo, de modo a circundar as parcelas que, a partir dos fundos de valor, se traduzem em expectativas a serem concretizadas no campo fático. Justamente por isso deve-se reconhecer, por outro lado, uma dimensão material no conceito, situada no campo de aplicação normativa. Tal faceta dúplice é um espelhamento de lógica presente em todo o arcabouço constitucional e marcante da relação entre os princípios fundamentais e o plexo de direitos fundamentais. No caso, fala-se da própria relação que existe entre as normas que estabelecem estes últimos, ao desdobrar e garantir condições de aplicação a partir das bases axiológicas estabelecidas a partir dos primeiros.

O constituinte, ao estabelecer os regimes de direitos como a educação, a saúde, os direitos de liberdade etc, acaba desenvolvendo valores e princípios como

<sup>206</sup>Sobre o mínimo essencial em direitos sociais, especificamente SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais Na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Pgs. 135-143.



a própria dignidade humana, a liberdade, a igualdade, a cidadania, entre outros. O mínimo essencial, neste sentido, ao pautar-se, por vezes, na materialidade destes direitos, conforme as próprias parcelas de concretização impostas pelo constituinte, acaba por estabelecer parâmetros de concretização aos diversos princípios aos quais estes se reportam.

Enquanto figura jurídica de considerável grau de abertura interpretativa, considerando sua faceta instrumental à interpretação, é certo que o mínimo essencial encontra diferentes níveis possíveis de aplicação e promoção. Consiste ele em figura aproximável a todos os direitos fundamentais, tendo por razão a identificação do grau de exigibilidade mínima de cada direito, em situações nas quais sejam eles devam ser garantidos. Neste sentido, à luz dos casos concretos, percebe-se que a identificação da parcela mínima essencial de um dado direito é trabalho por vezes nebuloso, a gerar dissensos e imprecisões quanto aos seus limites e seu próprio conteúdo.<sup>207</sup>

Todavia, em que pesem os espaços interpretativos que o mínimo essencial engloba – e considerando sua natureza inerente à lógica prestacional e de equilíbrio entre direitos, poderes e deveres no âmbito do Estado em sua relação com o meio social –, a Constituição oferece diversos parâmetros de estabelecimento de suas balizas e traços principais na ocasião de sua aplicação. Isso porque a definição sobre o mínimo essencial de determinado direito diz respeito ao grau mínimo referente aos deveres de prestação e respeito que este, a partir de sua previsão normativa impõe. Neste sentido, tratar sobre mínimo essencial é tratar dos padrões de exigência normativa que se estabelecem como cláusulas de validade acerca de

207 Neste sentido, asseveram Carolina Zancaner Zockun e Ingo Wolfgang Sarlet que “importa sublinhar a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e acima de tudo de modo taxativo, um elenco dos elementos nucleares do mínimo existencial, no sentido de um rol fechado de posições subjetivas (direitos subjetivos) negativos e positivos correspondentes ao mínimo existencial, o que evidentemente não afasta a possibilidade de se inventariar todo um conjunto de conquistas já sedimentadas e que, em princípio e sem excluir outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e de modo geral os órgãos vinculados à concretização dessa garantia do mínimo existencial, lembrando que no caso brasileiro os direitos sociais, ainda mais considerando a inserção dos direitos à moradia, à alimentação e ao transporte, em termos gerais cobrem os aspectos usualmente reconduzidos a um mínimo existencial, o que, mais uma vez, comprova que a noção de mínimo existencial exige um tratamento diferenciado de lugar para lugar, especialmente quando se trata de ordens constitucionais com ou sem direitos fundamentais sociais”. SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 3, p. 115-141, 2019. Pgs. 132/133.

ações e omissões impostas pelo direito, sejam elas colocadas diante do poder público ou de particulares.

Na interpretação do princípio da dignidade humana e do mínimo essencial, enquanto corolário daquela, não pode ser ignorado o perfil normativo dos direitos fundamentais como ditados pelo texto constitucional, porquanto estes sejam projeções materiais e específicas do princípio em tela e, no caso, do próprio núcleo axiológico referente às razões do ordenamento. No caso, o próprio texto constitucional estipula diversos parâmetros de aplicação de direitos fundamentais, ao delinear seus regimes jurídicos, o que fornece ao intérprete a base para se estipular o contorno mínimo essencial de determinado direito.

Nesta linha, a sistematicidade do texto assume grande peso. Assim o é pois, enquanto o mínimo essencial implique uma parcela de acesso e concretização de direitos tida como crucial para o alcance do patamar mais básico de dignidade à pessoa, a parcela positivada em meio ao perfil constitucional de um dado direito parte de uma decisão do constituinte, à luz do fato de que é o mínimo essencial, também, um conceito próprio do mesmo ambiente em que seu perfil positivado é estabelecido – ou seja, a sistemática constitucional. Assim, é o mínimo essencial um elemento que repousa no próprio texto constitucional, da mesma forma que os traçados dos regimes jurídicos dos diversos direitos fundamentais. Portanto, o mínimo essencial tem no próprio texto constitucional e no traçado dos plexos de direitos fundamentais uma primeira e necessária fonte de seu conteúdo, hábil a identificar suas medidas.

Para ilustrar, cabe citar o perfil jurídico do direito à educação. Neste sentido, adiantam-se alguns dos temas que serão trabalhados em capítulo próprio. Limita-se o propósito do esforço aqui realizado, todavia, à ilustração do que é exposto. Neste sentido, conforme consta do artigo 205 da Constituição, esta é “direito de todos e dever do Estado e da sociedade”, estabelecendo-se assim, como direito subjetivo do indivíduo, a prestação do direito à educação, à luz da previsão do próprio artigo 6º, que o fixa dentre os direitos fundamentais sociais. A questão paira em torno de qual conteúdo mínimo essencial relativo a este direito.

No que diz respeito aos deveres do Estado, em face dos quais surgirão direitos subjetivos, o texto constitucional oferece arcabouço apto a delineá-lo: conforme expresso no artigo 208, o dever do Estado será efetivado mediante a prestação de “educação básica obrigatória e gratuita dos quatro aos dezessete anos

de idade”, que é assegurada também aqueles que não a tiveram na idade própria (inciso I), “progressiva universalização do ensino médio gratuito” (inciso II), “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino” (inciso III), “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (inciso VI), e “atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à saúde” (inciso VII). Mais dispositivos deste mesmo artigo e, também, de outros, fazem o mesmo. Trazemos estes a título ilustrativo.

Tais direitos, inscritos como deveres do Estado, compõem um padrão mínimo relativo ao direito fundamental à educação, porquanto consistem em direitos estabelecidos a todas as pessoas<sup>208</sup>, exigíveis inclusive judicialmente, caso necessário, enquanto direito público subjetivo, por expressa disposição do artigo 208, § 1º<sup>209</sup>, tendo o próprio poder público como responsável por sua prestação.

Assim, há delineamento exposto da relação jurídica de prestação, com a fixação de garantias ao direito fundamental e o traçado referenciando as posições jurídicas contrapostas. Tal plexo não foi deixado aos cuidados do legislador infraconstitucional, mas sim balizado pelo próprio constituinte, consagrando um traçado básico do direito fundamental à educação desde o texto constitucional. Este perfil vincula diretamente as competências estatais referentes à prestação de serviços públicos de educação, bem como todo o arcabouço normativo infraconstitucional. São linhas expostas pelo próprio constituinte, neste caso, a oferecer parâmetros para se identificar o seu mínimo essencial.<sup>210</sup>

Por outro lado, o próprio texto estipula áreas do direito à educação que não geram direitos subjetivos, não integrando de plano seu núcleo mínimo essencial, apesar de comporem o escopo do direito à educação num sentido amplo. Caso evidente, por exemplo, é o do ensino superior. O texto constitucional fixa o dever do Estado como sendo o de garantir “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da

208 Conforme concepção de parte significativa da doutrina, o caráter universal é elemento característico do núcleo fundamental dos direitos. Neste sentido, FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 1: Teoría del derecho**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. Pgs. 684-690.

209 Este ponto será melhor abordado no capítulo referente à própria educação e as garantias à inclusão.

210 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018. Pos. 10845. Versão Kindle.

pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”. Neste sentido, não há que se falar em direito subjetivo a vaga no ensino superior, porquanto ao Estado apenas compete garantir acesso àqueles que demonstrem capacidade para tal, mediante procedimento apto e adequado a avaliá-la.

O acesso, portanto, não sendo universalizado, não compreende o núcleo mínimo essencial deste direito fundamental, porquanto, enquanto tal plexo tem por traço decisivo ser titularizado em caráter universal.<sup>211</sup> Há que se falar, por outro lado, no direito à participação na referida seleção para aferir capacidade, concorrendo em igualdade de condições com os demais, conforme se demonstrará em tópico posterior. Nesta linha, é cabível argumentar tal direito como inerente ao mínimo essencial para com a educação, porquanto a possibilidade deva depender do gozo do direito à educação básica e ser disponível a todos.

A possibilidade de concorrer a uma vaga no ensino superior é conexas com uma educação básica de mínima qualidade e dota este de um objetivo constitucional claro – entre diversos outros que podem ser apontados –, que vincula seu desenvolvimento e concretização, ou seja, ser hábil a permitir ao aluno concorrer, em igualdade de condições, a uma vaga no sistema ensino superior. De todo modo, seja qual for o motivo, ter negado o direito de concorrer a vaga envolve uma usurpação inconstitucional de elemento do plexo de direitos previstos à pessoa, no que se refere ao padrão constitucional do direito à educação.

Outro exemplo de como a Constituição fixa parâmetros normativos hábeis a nortear o intérprete no alcance do mínimo essencial é relativo ao direito ao benefício de prestação continuada da assistência social, previsto no artigo 203, inciso V. Diz o dispositivo que

“a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: (...) 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”.

Neste sentido, a Constituição deixa para os poderes constituídos a estipulação dos específicos critérios que envolvem o procedimento de aferição da

<sup>211</sup> Neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018. Pos. 10857. Versão Kindle.

inexistência de meios para prover sustento ou tê-lo provido pela família, bem como, em certa medida, do próprio grau no qual fica caracterizada essa carência.

Todavia, o texto insere ao perfil jurídico do direito à assistência social a parcela a que tem direito pessoas que se encontrem na situação constitucionalmente descrita. Recusar a concessão do benefício para casos que de fato se enquadram no apontado consiste em ato inconstitucional da administração pública e, portanto, inválido perante o ordenamento jurídico, justamente por ferir o mínimo essencial, constitucionalmente delineado.

O mesmo resultado ocorreria caso fosse pago valor inferior ao do salário-mínimo, ao qual o benefício se vincula. Este, além disso, é previsto constitucionalmente no âmbito do direito ao trabalho, no inciso IV do artigo 7º, sendo estabelecido como direito do trabalhador:

“salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

Portanto, mesmo neste sentido a Constituição, apesar de transferir os pormenores acerca da interpretação e regulação do inciso V de seu artigo 203 ao legislador infraconstitucional e ao Executivo, oferece, expressos no seu texto, parâmetros que vinculam tal regulação.

De acordo com a dinâmica normativa ora exposta, a zona cinzenta que circunda a interpretação das normas constitucionais e possui especial relevância no que diz respeito ao princípio da dignidade humana é significativamente encolhida pelo trabalho do constituinte, que regula normativamente o conteúdo dos direitos e estipula as balizas de seus perfis jurídicos, em maior ou menor medida.

A dignidade humana, porquanto sustentáculo axiológico do plexo de direitos fundamentais e à luz de sua destacada posição em meio ao ordenamento jurídico brasileiro, tem, assim, seu desenvolvimento normativo básico fornecido pelo próprio constituinte, ao longo do texto. É ela elemento crucial do modelo político-institucional calcado no texto constitucional, conferindo a seu conteúdo axiológico e às suas

decorrências normativas – sobretudo, aos direitos fundamentais –, largo conteúdo a definir a razão do poder político juridicamente regulado.<sup>212</sup>

A Constituição da República, deste modo, expande o conteúdo normativo do empreendimento indicado nos princípios fundamentais. Tal parâmetro – o do mínimo essencial tomado em perspectiva a partir do sistema normativo positivado – não diz respeito apenas ao campo de interpretação da dignidade humana – do qual é corolário – sem comunicação com os demais princípios a ele coligados. O princípio da igualdade e o vetor axiológico nele estipulado fazem grande valia do mínimo essencial; sobretudo, ao responder as perguntas antes feitas.

#### 4.3.4. As medidas constitucionais de igualdade

À luz do que foi apresentado nas três subseções anteriores, tendo em conta a centralidade que possuem a dignidade humana, o prestígio aos direitos fundamentais e a figura do mínimo essencial em meio ao ordenamento da Constituição de 1988 e, desta maneira, considerando a conexão que possuem para com o peso dado à igualdade pelo constituinte, deve-se dizer que já é possível avançar para algumas respostas às perguntas colocadas no início da seção.

Assim, adianta-se que, em relação ao desenho feito para com o princípio da igualdade, a Constituição não repudia toda e qualquer desigualdade social e regional, à luz do artigo 3º, III. O primeiro motivo é de ordem semântica. O mandamento normativo fixado como objetivo republicano é no sentido de “redução” das desigualdades sociais e regionais, enquanto, ao se referir à pobreza, o texto cita expressamente sua “erradicação”.

Se, de um lado, o constituinte arrola dentre os termos empregados quanto aos seus objetivos aquele de erradicação, de outro as desigualdades sociais e regionais, de um modo geral, são ordenadas de acordo com o interesse na redução. Há, neste sentido, uma diferença entre comandos. Reduzir implica em fazer menor, diminuir ou limitar, não implicando em tornar inexistente. Este, no caso, é o sentido de erradicação, sendo a pobreza valorada no sentido de seu total repúdio. Portanto,

<sup>212</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais Na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Pgs. 95-103; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018. Pos. 2492. Versão Kindle; PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Pos. 1379-1515. Versão Kindle.

a própria terminologia adotada na Constituição aponta para a existência de um patamar de desigualdade aceito pela sua sistemática e pela materialidade de suas normas.

Para além da questão semântica relativa ao texto constitucional, o elemento hábil a fixar o padrão de dignidade humana em casos concretos – ou seja, o mínimo essencial – e a própria relação entre os princípios fundamentais – sobretudo aquela que decorre da interseção entre dignidade humana e igualdade –, enquanto parâmetros de interpretação recíprocos, já demonstram a possibilidade de certas desigualdades. Isso porque o conceito de mínimo essencial parte de uma lógica que estipula um nivelamento “por baixo”, ou seja, pautado pela noção de um plexo mínimo a ser observado para concretização dos valores do qual é corolário. Não opera pela lógica de patamares máximos, limitando os graus de realização de direitos fundamentais a “tetos”.

Neste sentido se mostra possível, hipoteticamente, que assegurado o patamar mínimo em dignidade social conforme estabelecido pela Constituição em relação a dado direito, existam pessoas que detenham parcelas mais elevadas dos bens jurídicos a ele relativos. Neste caso, certamente se afiguraria um cenário de desigualdades entre as pessoas que gozam de tal direito no grau mínimo e os que o gozam em patamares acima daquele. Todavia, conforme atingido o mínimo essencial em todas as situações, tais casos se mostram constitucionalmente adequados.

Um exemplo disso é o caso, já exposto, do gozo do direito ao ensino superior. Este é componente do direito à educação para além do seu mínimo essencial. Não deixa de ser um direito fundado na própria constituição cujo gozo representa, por si só, uma desigualdade, à luz do que se mostra possível para a grande maioria das pessoas na sociedade e, deste modo, não é comum em meio aos seus patrimônios jurídicos no que se refere a direitos.

De todo modo, o mínimo essencial e o princípio da dignidade humana operam conjuntamente como critérios para diferenciar as desigualdades sociais e regionais constitucionalmente válidas daquelas inválidas, tendo os direitos fundamentais como objeto. A compreensão do princípio constitucional da igualdade passa por entendê-lo, no âmbito dos princípios fundamentais, em sua relação com a dignidade humana, o mínimo essencial e do plexo de direitos fundamentais. Esta dinâmica denota o fato de que busca o constituinte promover um movimento de aproximação entre as pessoas tendo por régua justamente o gozo dos direitos fixados no texto

constitucional. É assim que ser igual, conforme a Constituição, implica no gozo, por todos na sociedade, dos direitos fundamentais em seus plexos mínimos essenciais.<sup>213</sup> Esta é a essência do princípio de igualdade, conforme este é estipulado no rol dos princípios fundamentais.

Portanto, a Constituição não cria patamares mínimos e máximos relativos aos graus de desigualdade aceitáveis e inaceitáveis. Tal estipulação se dá a partir do nivelamento a partir de um único nível, conforme o critério constitucional do mínimo essencial, porquanto balizador do plexo de direitos fundamentais à luz de um de seus valores mais primários, ou seja, a dignidade humana.

Para muitos direitos, a Constituição estabelece balizas hábeis a indicar o perfil deste plexo mínimo essencial, sendo fonte suficiente para interpretação e aplicação. Em outros casos, tais parâmetros serão mais escassos, demandando maior atividade hermenêutica e atenção à sistematicidade do ordenamento jurídico, com a necessária atuação dos poderes constituídos e, por vezes, esforços na elaboração de parâmetros válidos para cada direito. Tais esforços são naturais e inerentes ao processo político: é impossível a Constituição oferecer, de pronto, todas as medidas exatas, para além de balizas – o que, também, nem sempre o faz. Ainda assim, no que toca ao elemento em tela, a medida aceitável de desigualdade será aquela que esteja de acordo com os parâmetros oferecidos com base no mínimo essencial e neste plexo axiológico que sustenta o desenho republicano fundado na Constituição.

É certo que em muitos casos haverá dúvidas quanto ao plexo mínimo adequado, em termos de exigibilidade e prestação, no que toca a certos direitos. Não obstante, o trabalho com zonas de certeza negativa é inerente à interpretação jurídica. No campo do direito constitucional, é de se destacar o papel dos poderes constituídos, instâncias aptas a trabalhar elementos essenciais ao perfil e conteúdo de certos direitos. Em que pesem tais considerações, é no texto constitucional positivo que está guardado o traçado normativo de tais direitos, ainda que no referente a seus traços primordiais, definidores de seu conteúdo e paradigmáticos para a atuação tanto da jurisprudência quanto do legislador infraconstitucional.

O que se percebe, portanto, é que, por força das duas bases axiológicas mais bem trabalhadas em meio ao plexo de princípios fundamentais – ou seja, a

213 Neste sentido, FERRAJOLI, Luigi. **Iura Paria**: los fundamentos de la democracia constitucional. Trad. Andrea Greppi. Madri: Editorial Trotta, 2020. Pos. 3594. Versão Kindle.



dignidade humana e o princípio da igualdade –, há ligação essencial entre tal plexo e o regime de direitos fundamentais da Constituição de 1988. Igualdade e dignidade humana constituem princípios constitucionais de perfis e conteúdos reciprocamente complementares, basilares ao desenho do horizonte de valores e objetivos fundado na Constituição e, porquanto a compreensão das razões do poder e dos fins aos quais se orienta a república brasileira deles partam, bases essenciais do princípio republicano brasileiro.

Ambos são delineados pelo constituinte tendo por pressupostos as condições e características apuradas como marcantes da sociedade brasileira, moldadas à luz dos objetivos pactuados no processo de fundação da ordem jurídico-política. É deste contexto que decorrem as linhas orientadoras dos direitos fundamentais e seu regime de proteção conforme o arcabouço constitucional. Os direitos fundamentais são verdadeiro espraiamento deste horizonte axiológico que, ao mesmo tempo, foi estabelecido pelo constituinte e, também, o moveu. A relação entre eles e o plexo de princípios fundamentais opera de forma dúplice: enquanto são fundados neste plexo e dele obtém forte carga interpretativa, os dispositivos que os preveem e envolvem seu regime jurídico são, eles próprios, desdobramento dos elementos republicanos, concorrendo para o traçado do perfil dos princípios basilares do texto constitucional.

Diversos traços dos regimes de direitos fundamentais são previstos e elaborados tendo por enfoque os moldes da igualdade como posta no texto, conforme veremos nos próximos capítulos. Outros, por sua vez, sustentam e desenvolvem com mais ênfase o princípio da cidadania, como ocorre os direitos políticos. Por mais que exista um fundamento geral dos direitos sociais no princípio da dignidade humana, estes possuem aspectos específicos que se conectam com outros valores que sustentam o regime e o texto, como o desenvolvimento.

Assim, o regime jurídico de direitos fundamentais possui grande centralidade na dinâmica constitucional. Apenas uma leitura que avança sobre tal plexo é capaz de apresentar os perfis dos princípios fundamentais e dos elementos que conformam a facetas próprias da forma republicana estabelecida de forma adequada. Ambos os grupos possuem uma relação de continuidade normativa, servindo, de forma mútua, como parâmetros interpretativos e de aplicação.

Deve-se destacar que o caso brasileiro apresenta um importante traço a colaborar com este processo de interpretação dos princípios fundamentais em conjunto ao rol de direitos. No caso, o texto constitucional estabelece uma robusta

base de dispositivos, a permitir um extenso contorno normativo não apenas com a da previsão de direitos a partir do apontamento de seus núcleos de proteção, mas com esforços para o estabelecimento de garantias a eles, incluindo importantes de bases institucionais para sua garantia e concretização. Este é um elemento crucial do ordenamento e do modelo político-institucional brasileiros, formando, a partir da forma como o tempo estrutura os valores de igualdade e dignidade humana em princípios, um rol de sustentáculos dos horizontes normativos desenhados pelo constituinte.

Na próxima seção adentraremos o desenho da mecânica constitucional dedicada à previsão e orientação dos regimes que compõem seu rol de direitos fundamentais. Adentrar as estruturas criadas permite uma compreensão dos meios pelos quais o constituinte empreende levar os núcleos de valores, traços e interesses protegidos em seus róis de direitos à faticidade. Deste modo, avança-se para um entendimento de como o princípio republicano estrutura-se a partir do balizamento do poder e de seu exercício conforme os comandos normativos postos, desde a Constituição, para com a realização de direitos fundamentais. Mais do que projeções a desenvolver os conteúdos dos princípios de dignidade humana e da igualdade, os direitos fundamentais e sua robustez normativa compõe a própria razão do exercício do poder e das instituições. É isto que buscamos apresentar agora.

#### **4.4. Direitos fundamentais enquanto normas complexas: direitos e deveres**

Para adentrar o campo dos direitos fundamentais e sua estrutura na Constituição de 1988, de modo a permitir uma compreensão mais profunda de seu papel em relação aos elementos que caracterizam o ideal republicano brasileiro, é cabível, antes, aproximar-se de uma conceituação destes. Deste modo, buscamos levantar alguns elementos acerca destes, de modo a permitir compreender como são estruturados e positivados no texto.

Parte-se de um princípio de conceito de Direitos Fundamentais como aquele adotado por Ingo Wolfgang Sarlet<sup>214</sup>. Como expõe, “direitos fundamentais’ é termo

<sup>214</sup>O conceito finalizado pelo autor, a considerar a complexidade e natureza dos Direitos Fundamentais em meio ao direito, considera que “Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo (na ótica do Constituinte), foram, por seu conteúdo e importância, integradas – de modo expresse ou implícito, bem como por força da abertura material do

que se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado”.<sup>215</sup> Essa concepção bem expõe a natureza histórica e o reconhecimento jurídico dos direitos enquanto elementos constitucionais.<sup>216</sup> Deste modo, em que pesem sejam normas que abarquem grandes influxos de outras dimensões da vida humana e do saber, tratam-se, acima de tudo, de normas jurídicas. São positivados e estabelecidos a partir do direito e têm, nele, sua via primeira de realização.

A partir desta noção, cabe situar a análise em relação às possibilidades trazidas pela própria terminologia em questão. Falar em direitos fundamentais implica diferentes possibilidades de interpretação do termo em meio ao arcabouço constitucional. Neste sentido, destacam-se três caminhos pelos quais é possível seguir. Veja-se que não se tratam de denominações baseadas por critérios que seguem estrita lógica sistemática, não servindo elas próprias como uma conceituação acerca do que são os direitos fundamentais no texto.<sup>217</sup> O que se busca é expor objetos possíveis à própria terminologia que, no caso, não deixa de possuir ela mesma certa variabilidade semântica.

catálogo constitucional (art. 5º, § 2º, CF) – à Constituição formal e/ou material, além de subtraídas à plena disposição dos poderes constituídos, porquanto dotadas de um regime jurídico qualificado e reforçado”. SARLET, Ingo Wolfgang. Conceito de direitos e garantias fundamentais. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>

215 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018. Pos. 609. Versão Kindle.

216 O conceito do autor, no caso, toma em conta o próprio processo de positivação dos direitos humanos e, neste sentido, sua normatividade no âmbito do direito interno e da própria Constituição. Outros conceitos, porém, dão enfoque no papel funcional que possuem os direitos fundamentais, desdobrando a noção básica da internalização, caso da concepção elaborada por Gianluigi Palombella, que considera-os “como normas jurídicas en torno a las que gira el sistema jurídico. Su fuerza moral probablemente nazca de su condición de «derechos» subjetivos, apoyados desde múltiples perspectivas por muy diversas doctrinas morales. Pero no es aquí donde radica su carácter «fundamental» para un ordenamiento, pues esta calificación concierne esencialmente a la jerarquía entre normas. Los derechos fundamentales lo son porque, y si, forman parte de las normas (funcionalmente) fundamentales (o de reconocimiento) de un ordenamiento”. PALOMBELLA, Gianluigo. **Derechos fundamentales**: Argumentos para una teoría. trad. Alfonso García Figueroa. **Doxa**, v. 22, 1999. Pgs. 529-530.

217 A própria Constituição adota terminologias diversas para se referir aos direitos nela previstos, o que dificulta a adoção de um conceito constitucional, demandando atividade hermenêutica própria. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018. Pos. 561-624. Versão Kindle.

Num primeiro olhar para o sistema constitucional, é possível entender os direitos fundamentais como sendo os diferentes direitos cuja proteção é estabelecida desde o Título II, de forma geral – ainda que não exclusivamente neste. Tome-se como exemplo os previstos no rol do artigo 6º, que arrola os direitos sociais. Fala-se em direito fundamental, neste caso, ao tratar genericamente do direito à educação, à saúde ou ao trabalho, por exemplo. A referência é feita ao gênero constitucional do direito.

Em um segundo olhar, numa concepção mais ampla, é possível compreender o termo como abrangente de todos os diferentes direitos subjetivos estipulados pelo constituinte, ao longo do texto, isoladamente considerados – englobando, por exemplo, os desdobramentos dos direitos previstos no Título II para com os capítulos que tratam da ordem social, já no Título VIII do texto constitucional. Assim, fala-se em direito fundamental ao se referir, por exemplo, ao direito à educação básica, estipulado no artigo 208, I, do texto constitucional, que é previsto como um direito subjetivo componente do direito à educação. Portanto, neste sentido, é possível a referência ao “direito fundamental à educação básica”. Nesta visão, a referência enquanto direito fundamental se estende a todos os específicos direitos previstos no texto constitucional que desdobrem aqueles mencionados no Título II, entre outros.

Para além destas duas visões que o termo comporta, é possível adotar a expressão para se referir, de forma geral, ao regime jurídico de direitos fundamentais, abarcando todos os seus componentes normativos; regras e princípios que o permeiam. Neste caso, fala-se em direitos fundamentais para se referir a todos aqueles direitos fixados como elementos da república brasileira, arrolados pelo constituinte e cujo desenvolvimento, a partir do texto constitucional, compete ao Estado e sociedade. Fala-se, portanto, em direitos fundamentais de modo a fazer referência ao conjunto de regras e princípios relacionados a este regime jurídico, dentro do texto constitucional.

Esta última visão comporta certa complexidade. Primeiramente, considerar os direitos fundamentais de forma ampla envolve uma pluralidade de vias interpretativas, textuais e normativas, em razão do volume de dispositivos que, ao cabo, se envolvem com direitos em todas as parcelas do texto. Conforme entende-se a Constituição como um diploma que tem por fim a promoção, proteção e

concretização de direitos, este se coaduna com as diferentes camadas do texto constitucional, incluindo as de traçado institucional e de organização do Estado.

Tomando em conta a garantia de direitos como fim último do Estado e do ordenamento,<sup>218</sup> se alargam as possibilidades de consideração nas fronteiras internas entre regimes do ordenamento constitucional e é cabível considerar como abarcadas pelo regime de direitos fundamentais as normas que, em meio ao traçado da atuação dos poderes constituídos, a eles se referem, por exemplo. É o caso das normas postas a estabelecer diversas competências estatais. O mesmo cabe dizer da interpretação das normas jurídicas em geral, incluindo aquelas pertencentes à esfera particular.

Neste sentido, normas constitucionais que em um primeiro momento não se conectam diretamente com o regime dos direitos fundamentais acabam por ele afetadas. Em certa medida, é possível entender que são, por ele abarcadas, sendo a muitas aplicados seus princípios e regras. Os limites entre o regime constitucional de direitos fundamentais e as normas constitucionais que dele não fazem parte se tornam mais opacas e menos bem demarcadas. Deste modo, torna-se tarefa significativa do intérprete a adoção de critérios de separação, a identificar começo e fim do regime de direitos fundamentais sobre outros regimes jurídicos inerentes à sistemática constitucional.

Um segundo ponto de complexidade que surge ao trabalhar os direitos fundamentais enquanto regime jurídico envolve a miríade de tipos normativos e posições jurídicas que estes encerram.

Os direitos fundamentais, ao serem normativamente estipulados, não envolvem apenas a fixação de seu núcleo de valores protegidos, que desdobra interesses elementares da república brasileira, fixando expectativas e indicando os bens caros que constituem seus objetos. Na verdade, sua previsão se dá em meio a diversas relações jurídicas, com delineamento de posições ocupadas por sujeitos titulares de direitos e, também, de deveres. Os dispositivos que os encerram consistem, geralmente, em normas complexas, definidoras de expectativas, por um lado e, de outro, estabelecedoras de proteção e garantias àquelas. É justamente

218Conforme expõe FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 1: Teoría del derecho**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. Pgs. 684-690; bem expresso também em PALOMBELLA, Gianluigi. De los derechos y de su relación con los deberes y los fines. Madrid: **Derechos y Libertades**, n. 17, 2007. Pgs. 127-134 e 154-157.

nesta posição, reflexa à dos direitos, que se encontram a figura dos deveres constitucionais.

Neste sentido, a concepção de garantia – referente ao próprio papel garantidor que determinadas normas jurídicas assumem em meio à lógica do direito – é de vital relevância para bem compreender a natureza normativa dos deveres. Sem procurar um maior aprofundamento na temática, que será melhor desenvolvida no capítulo seguinte, é útil apresentar o conceito cunhado por Luigi Ferrajoli para definir as garantias. Conforme o autor, “‘garantía’ es la obligación o la prohibición que corresponden respectivamente a la expectativa positiva y a la expectativa negativa que son sus temas”<sup>219</sup>.

Assim, será garantia o comando deôntico consistente em uma proibição ou vinculação estabelecida em relação a determinada expectativa, normativamente fixada. Não se fala em garantia, deste modo, enquanto espécie específica de norma dentro do conjunto de regimes que compõem a Constituição, mas como natureza de um tipo de vínculo inerente ao direito em si. Há garantia pois há norma que vincula um dado sujeito a atuar em prol de uma expectativa fixada. Estes três elementos – o comando deôntico, o objetivo da expectativa e os sujeitos envolvidos – são essenciais à natureza do próprio direito enquanto campo ordenador.

A figura do dever, neste sentido – e, sobretudo, a dos deveres constitucionais aqui trabalhados –, tem tal natureza: fixados em contraposição às expectativas abarcadas pelo texto da Constituição, têm por objetivo inaugurar nele uma camada de garantia para elas. Em outras palavras, para além de meramente indicar o objeto da expectativa na qual se traduzem os direitos fundamentais – como é típico de diversas declarações de direitos e ordenamentos constitucionais<sup>220</sup> –, a Constituição avança para a estipulação de relações jurídicas completas, com indicação de sujeitos em posições jurídicas contrapostas, em meio à construção de garantias a tais direitos – garantias estas que são os próprios deveres fixados.

Este conjunto de vias deônticas previstas desde o texto constitucional é um fato crucial no que toca ao tema dos direitos fundamentais. Seu regime é permeado por posições de sujeição à expectativas, gerando uma vinculação maior aos poderes

219FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 1: Teoría del derecho**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. Pg. 188.

220Caso das Constituições chamadas sintéticas, em geral, bem como de cartas e declarações de direito que carecem de maiores estruturas institucionais a elas coligadas, baseando-se tão somente nas adesões dos Estados.

constituídos e demais entes subordinados à Constituição, a partir da limitação da margem de criação que possuem. Tais vinculações implicam em vias pelas quais se direciona a ação, no sentido do alcance dos objetos estipulados no cerne das figuras dos direitos.

A partir do desenho de deveres e de sua fixação a um dado sujeito, o texto constitucional resolve, em si mesmo, diversos aspectos sobre a concretização, efetivação e proteção de direitos, em diferentes níveis, de acordo com os plexos de direitos previstos. Consagra, por vezes, complexos sistemas de proteção. É típico do texto constitucional brasileiro, por exemplo, o entrelace entre o traçado constitucional de competências estatais, que engloba os serviços públicos, e o sistema normativo de direitos.

Portanto, o bloco dos direitos fundamentais envolve não apenas a existência de expectativas fixadas em meio ao desenho do modelo republicano e do desdobramento de seus valores em dados conteúdos, mas a previsão, também, de deveres jurídicos, correspondentes aos direitos e constitucionalmente consagrados e hábeis à garantia das promessas/compromissos ali cristalizados. É por meio do conjunto entre direitos e deveres que a Constituição evolui as camadas de garantia dos interesses protegidos pelo regime jurídico em questão e ergue estruturas de proteção a eles.

#### **4.4.1. Papel ordenador dos deveres jurídicos**

O que cabe ser destacado e explorado para compreensão da posição do regime de direitos fundamentais enquanto elemento da legitimação e regulação do poder republicano é o papel ordenador que as relações pautadas pela fixação de deveres jurídicos, enquanto garantias que são, têm enquanto dados inerentes à lógica de elaboração normativa do poder constituinte. No caso da Constituição de 1988, a figura do dever possui especial relevância, dado sobretudo o contexto e as técnicas adotadas na elaboração do arcabouço normativo em tela. Assim, nesta subseção, abordaremos esta essência ordenadora que permeia os deveres.

Pela vinculação deôntica decorrente da fixação do dever jurídico, o direito sobe um degrau no sentido da transposição de seus conteúdos do campo normativo ao campo da almejada faticidade. Norberto Bobbio aponta o dever como sendo a

figura deôntica “originária”.<sup>221</sup> É justamente este o aspecto que faz dela uma noção tão cara à sistemática do ordenamento. A partir dos deveres, o direito passa a orientar a ação humana no sentido dos objetos e interesses nele estipulado, tocando a própria esfera material da pessoal. É a partir da noção de dever que fica associado, por exemplo, o elemento de responsabilidade, crucial para efetivação da vocação coercitiva que o direito possui: o não cumprimento do dever gera responsabilização do agente normativamente estipulado, implicando em sanções ou execuções hábeis a garantir o cumprimento da obrigação predisposta e/ou compensação pelo não cumprimento.

Deveres são estipulados em associação aos direitos positivados, como mecanismos de contraponto, estipulação de responsabilidade e garantia de sua concretização. Se os direitos geram para determinado sujeito uma expectativa, os deveres se encontram no lado inverso da relação jurídica. Na lógica do direito enquanto ordenador social, sem o apontamento de um sujeito para o cumprimento de determinada ação ou omissão que satisfaça dada expectativa, esta se torna – ou corre o iminente risco de se tornar – letra vazia em meio ao ordenamento. Assim, é fixado outro sujeito, titular de uma obrigação de cumprimento de determinado ato que concretize, portanto, o direito posto. Fixam os deveres posições jurídicas ativas, vinculando a ação de sujeitos jurídicos e, assim, movimentando o direito – no caso, desde a Constituição – enquanto ordenador social.

Fica nítido, neste sentido, o papel dos deveres em meio às normas que envolvem o regime jurídico de direitos fundamentais no texto constitucional. São estes fixados em benefícios das pessoas, membros do corpo social, em meio a deveres dispostos a sujeitos – seja Estado ou particulares –, formando relações jurídicas paralelas e contrapostas, de limitação e prestação, aptas a criar as situações necessárias à garantia dos direitos fixados. A partir da fixação dos deveres constitucionais garantidores das expectativas postas nos direitos previstos, o corpo de entes subordinado à Constituição é mobilizado no sentido da concretização dos próprios direitos fundamentais. Esta é a lógica da mecânica pela qual este plexo é formado.

Considerando direitos fundamentais enquanto atributos da dignidade humana e decorrência do horizonte axiológico delineado no texto, os deveres se prestam a

221BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Pos.1235. Versão Kindle.



determinar a ação e a criação, interpretação e aplicação normativa no sentido dos fins fixados para a ordem político-institucional estabelecida, sendo assim figuras dispostas a desdobrar o núcleo de valores e razões que pautam a república no sentido de seu prestígio e concretização. A figura do dever, deste modo, é essencial à própria razão do poder republicano, contribuindo para que os enunciados normativos postos no texto constitucional sejam hábeis a ir além do mero circundamento de interesses e axiomas, de modo a, de fato, ordenar o campo social e os entes estatais na persecução de tais valores e fins.

A dinâmica normativa encontrada na Constituição de 1988 apresenta diversos aspectos únicos, definidores de sua essência própria e, simultaneamente, de avanços e dificuldades que impõem aos intérpretes. É um texto que arrola um grande número de direitos e abarca um extenso rol de valores, em constante processo de reforço dos bens e interesses protegidos. Neste sentido, há, no que diz respeito ao regime dos direitos fundamentais, um esforço em sustentar sobretudo as fortes cargas axiológicas de suas previsões. O problema é que, por vezes, a mera circunscrição dos objetos não é hábil, por si só, a efetivar a proteção jurídica que se busca.<sup>222</sup> Neste ponto, a fixação dos deveres entra em cena, perfazendo o papel garantidor que a norma jurídica é apta a cumprir e completando o perfil da previsão relativa aos interesses e expectativas protegidas, formando base de relações jurídicas. É pelo desenvolvimento das figuras dos deveres que o texto exprime sua faceta ordenadora, mobilizando os sujeitos constitucionalmente vinculados, bem como o ordenamento infraconstitucional, no sentido da concretização fática almejada.

Tal esforço, como se perceberá, é maior em relação a dadas áreas do ordenamento, de modo que certos direitos e os aparatos institucionais que os circundam são objeto de maiores composições normativas a vincular e garantir desde o campo constitucional. Deste modo, se em relação a alguns direitos e valores o texto é aberto e, por vezes, impreciso semanticamente, em outros casos o

<sup>222</sup>Neste sentido, vale trazer a lição de Luiz Alberto David Araujo e Antonio Moreira Maués, que destacam o fato de a Constituição, por diversas vezes, pautar sua linguagem pela “fuga” do conflito, postergando decisões ao adotar um expediente de remissão à Lei como campo definidor de certas temáticas ensejadoras de conflitos e necessidade de pactuações: “A linguagem do texto, portanto, não é uma linguagem de enfrentamento, não é uma linguagem direta. Escamoteia a solução, retarda o conflito e remete ao futuro, como se, no futuro, os mesmos problemas não estivessem existentes nas representações futuras do Congresso Nacional. Mas esse era o espírito nacional, quando da elaboração da Constituição de 1988”. ARAUJO, Luiz Alberto David; MAUÉS, Antonio Moreira. Linguagem, Constituição e lei: a Constituição da República Federativa do Brasil. **RIHJ**, p. 63, 2016. Pgs. 64-66.

constituente compensa tal estilo com o delineamento de deveres, completando verdadeiras relações jurídicas desde tal patamar normativo.

É claro, porém, que este empreendimento se mostra possível em áreas nas quais há razoável grau de consenso alcançado, de modo a resolver questões desde o campo do direito constitucional posto e não adiando decisões políticas para serem tomadas por poderes constituídos. Nos casos em que é possível antecipar a elaboração em questão, o constituinte acaba por fixar camadas mais robustas de garantias. É este o caso, como será abordado ao final deste trabalho, de diversos aspectos do desenho constitucional do direito à educação.

#### **4.4.2. Os deveres constitucionais como garantias centrais do ordenamento**

Apontado e esboçado o papel ordenador que os deveres estabelecidos no texto da Constituição possuem, avançamos para apontar como, a partir deste, o constituinte tece uma malha de garantias, a pousar sobre todo o ordenamento, a partir de tais figuras. Este centra no dever um dos mecanismos mais importantes para dotar o texto de poder normativo e, a partir de então, elaborar uma teia de garantias as mais diversas, aptas a contribuir para o alcance dos horizontes traçados e a almejados. Aqui, buscamos apresentar esse papel dos deveres enquanto elementos de garantia; capítulo posterior aprofundará a estrutura das dimensões de garantias do texto.

Tal traço do texto constitucional, ou seja, a centralidade dos direitos fundamentais e do papel da figura dos deveres em seu desenho normativo, pode ser verificado justamente nos dispositivos que encerram direitos constitucionais. Tome-se novamente o artigo 208, I, sobre a educação básica, como exemplo. Diz o trecho em questão:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (...)

Vislumbra-se no próprio *caput* do artigo 208 a indicação deste e de seus incisos como fixação de deveres, titularizados pelo Estado, no tocante ao direito à

educação. O constituinte posiciona o Estado como sujeito ativo de uma relação jurídica de prestação, levantando uma verdadeira malha normativa e institucional de garantias ao direito fundamental, em um desenho que vai além da mera fixação de uma expectativa à pessoa.

Há ainda o fato de que a fixação do dever, com a respectiva estipulação de um sujeito passivo, gera para o sujeito ativo do direito a ele referente a possibilidade de exigir o cumprimento da prestação, enquanto um direito subjetivo. Veja-se que o texto constitucional é enfático em estabelecer o ensino básico como direito de todas as pessoas compreendidas na faixa de idade adequada – o que tem por efeito a indicação, desde a Constituição, da idade escolar – e, também a aqueles que não o tiveram na idade adequada, de forma incondicionada, estipulando um direito subjetivo, exigível pela pessoa e justificador do acesso às vias oferecidas pelo texto para assegurar a prestação e o gozo do direito em questão.

Vê-se a largura destas relações em outras áreas do texto. Seguindo no tema da educação, outros dispositivos fixam deveres ao Estado no que se refere a tal direito, delineando sistemas de ensino conforme o perfil positivado. O inciso V do artigo 23, por exemplo, arrola como competência comum dos entes federativos “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação”. De forma mais específica, destrinchando o conteúdo deste e dos incisos do artigo 208, o artigo 211 dispõe que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino”. Isso tem por efeito a fixação dos pilares do serviço de educação pública desde o patamar normativo constitucional.

Deste modo, portanto, opera o constituinte, ao fixar uma teia normativa composta de direitos e deveres ao longo do texto, delineando, ele próprio, relações jurídicas completas como forma de garantia às expectativas componentes da carta de direitos. O que faz é desenhar o texto constitucional e o rol de direitos fundamentais para além do esboço de meras promessas e arrolamentos de valores naquilo que remete à sua garantia: aponta sujeitos competentes para a concretização de expectativas, levantando estruturas institucionais a partir dos direitos previstos.

Destaca-se essa relação em meio à lógica das competências estatais. Isso porque tais figuras consistem justamente na disposição normativa de deveres detidos por determinados entes aos quais são conferidos os respectivos poderes

para seu cumprimento.<sup>223</sup> O efeito garantidor da fixação de deveres é, assim, projetado para o campo da fundação institucional, delineando entes hábeis a assegurar a prestação e proteção dos direitos positivados no texto e, assim, centralizar os direitos fundamentais como normas condutoras da dinâmica constitucional. É assim que muitas das prestações relativas a direitos fundamentais assumem a natureza de serviços públicos, a serem prestados pelo Estado, em uma roupagem jurídica que garante o encontro de tais bens com os titulares dos direitos de que são objeto. Mais sobre isso será abordado quando forem trabalhadas as garantias em capítulo próprio.

Foi citado, anteriormente, o fato de que os direitos fundamentais assumem posição central no sistema constitucional em razão da robustez normativa a partir da qual são delineados, uma vez que o intérprete extrai dos dispositivos que encerram direitos, no sistema constitucional brasileiro, boa carga de elementos de aplicação normativa, hábeis a fechar o rol de possibilidades interpretativas e conduzir o aplicador em uma direção, que é, graças a estes, melhor indicada. O desenvolvimento dos dispositivos pelo constituinte assim se dá, em um texto que é frequentemente caracterizado pela doutrina como sendo analítico e minucioso em seu rol de direitos.

É crucial reconhecer o papel que possui a figura dos deveres neste desenho, especialmente sua posição em meio ao regime de direitos fundamentais. Ao fixar deveres referentes a certos direitos, o constituinte desenvolve o próprio perfil normativo dos direitos: garantias que são, os deveres têm como seus objetos os mesmos objetos das expectativas que protegem. É comum que o delineamento dos deveres e direitos seja feito simultaneamente, com o desenvolvimento de seus conteúdos materiais em conjunto. Mais sobre isso será abordado ao tratar das garantias e de sua forma de previsão, mas basta observar, no exemplo do artigo 208, I, que o mesmo dispositivo que contém elementos componentes do conteúdo do direito à educação básica, estabelecendo seus titulares e o objetivo, contém também os elementos que descrevem e fixam o dever do Estado. No caso, a multiplicidade de estipulações normativas em meio ao texto ganha relevo.

Desta maneira, os direitos fundamentais têm depositada no cruzamento com a figura dos deveres uma parcela relevante de sua essência enquanto conjuntos de

223 Neste sentido, conforme o conceito trazido por BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32a edição. São Paulo: Malheiros, 2015. Pgs. 148-150.

normas. Sendo a Constituição de 1988 um diploma a partir do qual se busca maior contato com a malha social, de modo a transcender as expectativas nela fixadas à faticidade, a estipulação destas se dá, em muito, pela fixação de dispositivos a partir da descrição dos deveres criados— ou seja, pela ótica das próprias garantias, a delinear conteúdos materiais dos direitos fundamentais, individualmente considerados, bem como de outros interesses ali dispostos. Mais do que isso, o empreendimento normativo avança para a construção de complexos institucionais de proteção a tais direitos, delineando entes aptos a proteção de direitos, princípios e valores a sustentar o modelo político-institucional, levantando garantias normativas às pretensões correlatas.

A figura do dever possui, deste modo, uma importância que pode ser resumida a partir de duas dimensões. Num primeiro momento, identificar o perfil de deveres constitucionais relativos ao regime dos direitos fundamentais é importante caminho para se ter conhecimento dos pressupostos de aplicação destes, a conferir-lhes materialidade normativa e embasar relações jurídicas que sustentam não apenas a pretensão ao direito, com indicação de um sujeito de direito e seus objetos, mas a vinculação posta a outro sujeito, a garantir a concretização de tal pretensão.

Sem a fixação do dever e, portanto, com a figura do direito estando isolada enquanto previsão normativa, este corre maior risco de se tornar letra morta, vez que não há vinculação de qualquer sujeito jurídico ao respeito ou cumprimento de dada pretensão. A expectativa que permeia o direito se torna, sem o dever, mera intenção, a depender de seu desenvolvimento pelos poderes constituídos, dando margem à sua atuação.

Voltamos a tomar o direito à educação, novamente, como exemplo. Seu perfil normativo é desenvolvido a partir da fixação de deveres e, concomitantemente, de direitos, ao longo dos incisos do artigo 208, bem como nos artigos 210 e 211 e, ainda no citado artigo 23, V, entre diversos outros, da Constituição da República. Todos estes estabelecem competências estatais, estipulando assim uma malha de garantias que passa pela qualificação da educação como serviço público essencial e obrigatório, cujas balizas são impostas por força de norma constitucional, tamanha a importância do direito em questão.

No traçado de tais competências, em exemplos do artigo 208, verifica-se o estabelecimento da educação básica como serviço gratuito, a garantia de creche e

pré-escola para uma determinada faixa de idade, bem como o atendimento ao educando em direitos conexos ao próprio ensino, como saúde, transporte e alimentação. Todos os citados são atributos que preenchem o conteúdo do direito à educação. O que se destaca, todavia, é justamente o fato de que as diversas normas que perfazem o regime de tal direito, neste ponto, são centradas na figura dos deveres e em seu traçado.

Em um segundo momento, os deveres exprimem, eles próprios, conteúdo axiológico, desenvolvendo valores, fins e objetivos do texto. Isso porque, tal como os direitos que os faceiam, derivam diretamente dos dispositivos que compõem o rol de princípios fundamentais, sobretudo aqueles ligados aos objetivos que implicam na vinculação do ordenamento, da sociedade e do Estado ao alcance do horizonte axiológico constitucional. Deste modo, tal como ocorre com as posições jurídicas relativas a direitos, os deveres contidos nos dispositivos componentes do rol de direitos fundamentais consistem, eles também, em projeções dos objetivos e fundamentos republicanos: revelam a completude das vias normativas adotadas pelo constituinte para prestígio e efetivação de tais valores e razões, enquanto desdobramentos deste horizonte axiológico, compondo assim seu universo normativo.

Foram afirmadas as mesmas duas importâncias ao tratar dos direitos fundamentais. De fato, os deveres têm aí sua posição: são, de um lado, elementos normativos essenciais ao próprio regime jurídico dos direitos fundamentais, arrolados pelo constituinte como fatores de compleição e finalização normativa, possibilitando coercitividade, robustez e a efetivação das intenções que depositou na figura de direitos fundamentais. De outro lado, pelo uso que deles faz o constituinte e pela posição normativa que assumem, refletem, enquanto elementos simultâneos aos direitos, o cerne de valores constitucionais em sua essência, projetando as balizas do modelo jurídico institucional para o interior dos diferentes sistemas que conformam a Constituição.

#### **4.4.3. Os princípios fundamentais à luz da centralidade dos deveres na Constituição**

O que resulta da exposição feita nesta seção é uma ampliação da visão de que os dispositivos que formam o plexo de princípios fundamentais não consistem

apenas no arrolamento de meros axiomas sem peso maior. A redação destes – igualdade e dignidade humana, sobretudo –, bem como seus perfis postos no texto, encerram um lastro normativo de direitos e, também, deveres, a sustentar posições jurídicas e fundar as pretensões, expectativas e obrigações que o texto constitucional delinea e desdobra, vinculando diversas pessoas em relações jurídicas de garantia.

Assim, da mesma forma que os princípios da dignidade humana e da igualdade, conforme são previstos na Constituição de 1988, possuem caráter embaixador para com a previsão de direitos fundamentais e seu regime jurídico, representam eles também a base normativa de deveres. Ambas as figuras espraiam pelo texto e têm, em seus diversos sistemas, efeitos aptos a desenvolver e garantir o horizonte axiológico estipulado pelo texto constitucional.

Não é o caso de os princípios fundamentais encerrarem, por si, desenhos completos de direitos e deveres. Todavia, as normas contidas em nos dispositivos que os preveem oferecem substrato que alicerça não apenas a existência dos deveres e direitos presentes no texto constitucional, mas define posições e estipula critérios de interpretação sobre todo o arcabouço normativo.

É possível encarar o plexo de princípios fundamentais sob duas formas, consistentes em dois efeitos que este possui com relação ao texto constitucional. Por um lado, os princípios fundamentais compõem o centro normativo do ordenamento, marco zero de sentido e conteúdo. Por outro lado, para além de representar um núcleo de valores básicos, porém, tal plexo representa um núcleo operacional da dinâmica da Constituição. Em suas normas estão contidas as balizas normativas que orientam o funcionamento das instituições e demais entes que se encontram sob a égide constitucional, o perfil das relações jurídicas, os limites para ação no meio social, entre outros aspectos que movem o ordenamento. Qualquer interpretação constitucionalmente adequada das normas da Constituição e do resto do arcabouço jurídico brasileiro deve direcionar-se pelos nos limites e vínculos presentes em meio aos princípios fundamentais. Daí que é crucial reconhecer a materialidade normativa ali presente e os elementos, fixados pelo constituinte, a vincular o direito e a ação no âmbito do Estado constitucional brasileiro.<sup>224</sup>

224 Neste sentido, STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Pos. 2107. Versão Kindle.

Encontra-se, inscrito no centro axiológico da Constituição, não somente um plexo de normas que alicerçam e vinculam os direitos fundamentais, mas que também sustentam as posições jurídicas correlatas e garantidoras destes, ou seja, os deveres estabelecidos. Assim, é cabível falar nos dispositivos e normas do Título I não apenas como alicerces de um regime de direitos fundamentais, mas, também, de deveres fundamentais, entendendo deveres fundamentais justamente como o conjunto de posições jurídicas de sujeição que a Constituição estabelece para garantir os direitos por ela fixados.<sup>225</sup>

Deste modo, é certo que não cabe entender o regime de direitos fundamentais como um conjunto de normas postas no entorno de posições jurídicas meramente de pretensão e expectativa, mas, também, de sujeições à obrigações correlatas. Pensado de forma ampla, este será composto, na verdade por direitos, em estrito senso, ou seja, normas dispostas ao longo do texto que consistem em expectativas e pretensões, mas também em deveres, em estrito senso: posições jurídicas de obrigação e sujeição. Mais adequado à dinâmica do direito constitucional seria nomear tal regime não apenas com referências aos direitos fundamentais, mas sim com referência completa a direitos e deveres fundamentais. Estes sempre serão correlatos a direitos, a outra faceta das relações delineadas desde o texto constitucional para proteção e concretização dos bens mais caros ao povo, conforme o modelo republicano delineado pelo constituinte.

Os princípios fundamentais formam a base interpretativa para as vinculações que se espraiam pelo texto, movendo Estado e particulares no sentido de determinadas ações e, também, para longe de outras. É neste sentido, portanto, que dignidade humana e igualdade têm desenvolvidas suas posições de centralidade em meio aos trabalhos realizados pelo constituinte, elaborando seus perfis normativos à luz da experiência histórica, política, social e moral que foi apurada no procedimento democrático em questão.

A Constituição de 1988, para além de um texto situado em cenários global e regionais de constitucionalismos, toma os próprios processos internos como base para a elaboração de sua sistemática, desde o plexo de valores. Elementos normativos como a pobreza, as desigualdades sociais, econômicas e regionais e a

<sup>225</sup>É neste sentido que entende Luigi Ferrajoli, para quem os deveres fundamentais consistem nas garantias normativas às normas de direitos fundamentais. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 1: Teoría del derecho**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. Pg. 730.



garantia dos direitos fundamentais – cujo regime é largamente delineado conforme são eles construídos enquanto signos no Brasil – são elementos condutores das normas fixadas. É neste panorama que a fixação de deveres, com o respectivo apontamento de seus titulares e a elaboração de modelos institucionais para garantia de cumprimento se fazem necessários.

#### **4.5. As bases do princípio republicano na Constituição e a inclusão**

À luz do que foi posto na seção anterior e expostos os papéis das figuras dos deveres – em conjunto com os direitos fixados – para o desenho do texto constitucional, cabe adentrar de fato as bases que, especialmente, desenvolvem o modelo republicano brasileiro a partir da normatividade constitucional e, assim, compõe o conteúdo jurídico do princípio que legitima, baliza e orienta o poder.

Neste sentido, se de um lado a malha de deveres e direitos desenvolvem os princípios fundamentais, sendo tais figuras posicionadas no ordenamento de modo a conduzir relações e construções normativas que são desdobramentos deste plexo, observando pela via na via de inversa, são eles, por outro lado, elementos que têm as suas bases projetadas no próprio rol em questão. É possível observar nos princípios fundamentais os alicerces de vias a serem desenvolvidas, orientando conjuntos de deveres e direitos específicos em uma dada direção. É assim que verdadeiros vetores normativos são observados desde os princípios fundamentais.

Há certos conjuntos de deveres que, pela importância que possuem, assumem posição central no arcabouço normativo. Estes têm suas bases inscritas desde o seu núcleo mais central: são deveres que, por sua natureza, representam suporte direto para o espraiamento dos fins e diretrizes que pautam o exercício do poder. No caso brasileiro, a partir de um olhar sobre os dispositivos que encerram os princípios fundamentais, é possível encontrar a base das relações jurídicas inscritas no ordenamento, desde o rol dos fundamentos da República, no artigo 1º e, sobretudo, dos seus objetivos, no artigo 3º.

O grau de elementos de faticidade postos neste rol possui grande relevância. Dado o empreendimento de uma estipulação expressa de objetivos, é certo que estes impliquem ao ordenamento um delineamento de horizontes nítidos, postos textualmente pelo constituinte, a pautar a ordem jurídico-política, permitindo identificar vinculações e direções em sentidos específicos em face do plano fático. É

neste rol que se situa o principal núcleo normativo do princípio republicano da Constituição de 1988, a estabelecer as fundações e balizas do poder, fixando também os objetivos aos quais este se orienta.

No caso, a Constituição de 1988 tem essa marca especial: arrola fins do poder e do Estado, a partir de considerações sobre a faticidade social, política, econômica, histórica e cultural, de modo a culminar na fundação de uma ordem jurídico-política que se guia para horizontes cujas bases são previamente estipuladas. Traços da faticidade passam a orientar os valores colocados. Isso já foi apresentado como marca deste constitucionalismo, a partir, sobretudo, do próprio rol do artigo 3º.

Enquanto elementos do plexo de conteúdos mais centrais do ordenamento – da mesma forma que os fundamentos republicanos –, tais objetivos não vinculam apenas os poderes constituídos, guiando a ação e o direito sob a égide da Constituição: é a partir deles que o constituinte se orienta no desenvolvimento dos diversos sistemas que conformam o texto constitucional. Nessa linha, as vinculações que partem dos objetivos fundamentais do texto se desdobram em relações jurídicas delineadas em meio a fixações de direitos e deveres, preenchendo o seus sentidos enquanto verdadeiras diretrizes e, ao mesmo tempo, perfazendo conteúdo verossímil às demandas positivadas frente ao plano fático. Assim, concorrem para delinear o perfil da república criada.

O rol de princípios fundamentais, desta maneira, abarca os especiais elementos a compor o conteúdo e o sentido do princípio republicano da Constituição brasileira. Este tem como marca distintiva de seu conteúdo justamente conter as razões do poder e do ordenamento posto, de modo a sustentar axiologicamente o modelo político-institucional fundado. A partir dele, o constituinte desenvolve as diversas estruturas postas de modo a desenvolver e projetar estas bases de razões e fins, modelando assim a dimensão estrutural do modelo republicano desde o plano constitucional.

No caso, deve-se destacar que o desenvolvimento, ao longo do texto, dos dispositivos componentes do núcleo em questão é variável, oferecendo ao intérprete, a depender do caso, lastro textual maior ou menor. É assim que determinadas diretrizes constitucionais recebem maior atenção do constituinte, sendo certo que em alguns casos o desenho normativo realizado perfaz mais elementos e gera maiores impactos no sistema jurídico positivo, de modo a expor,

com maiores circundamentos normativos, certos elementos axiológicos. Em tais casos, o peso do processo político que culmina no direito constitucional positivado é determinante. O constituinte parte de referências fáticas marcantes, trabalhadas com objetivo de pactuar formas de ação, modelos institucionais, direitos e deveres. É a partir desta sistemática que se observa a natureza que possuem tais dispositivos enquanto bases das razões que pautam as estruturas que legitimam, balizam e orientam o poder.

Deste modo se observa que, dado o histórico de marcante carência para com a dignidade humana, considerando os anos de ditaduras e todos os períodos de défices democráticos pautados na própria dimensão juspositiva antes do texto constitucional de 1988, bem como as profundas desigualdades, as diversas violências e falta de acesso da maior parcela da população a direitos fundamentais no Brasil, há maior enfoque no traçado de um horizonte fundado na proteção e valorização da pessoa enquanto foco de proteção e do ordenamento posto.<sup>226</sup>

Tal empreendimento ocorre em duas etapas. Num primeiro momento há o estabelecimento de valores e expectativas que, pelo arrolamento de bens caros e estados jurídicos almejados em relação à pessoa, compõem, no conjunto, um paradigma de dignidade humana, que é alçado à posição de centro de validade e legitimidade política e jurídica do ordenamento posto. Em seguida, à luz deste horizonte e do fato de sua não existência fática – ao menos, para grande parcela da sociedade –, o rol de valores centrais se molda de maneira a orientar o ordenamento e o poder, considerando a natureza normativa do texto constitucional desde seu rol de princípios fundamentais, no sentido da extensão e promoção deste horizonte àqueles que não estão nele inseridos.

O papel dos objetivos republicanos é essencial no sentido de apontar espaços de especial preocupação e foco do trabalho do constituinte, fornecendo, dentro da própria positividade do texto, base contextual hábil a revelar as intenções e balizas que orientam o poder político e o ordenamento, desde o esforço de elaboração do texto constitucional. Enquanto princípios que são, performam verdadeiro fechamento interpretativo na direção dos próprios fins que estipulam.

<sup>226</sup>Neste sentido, por todos, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018. Pos. 1404-1560. Versão Kindle; PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Pos. 1367. Versão Kindle; BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. Pgs. 369/370.

É a positivação destas posições uma efetiva resposta à teia de questões sociais, econômicas, culturais e políticas que permeiam o país, desde suas gêneses em diversos processos que culminaram na fundação da ordem vigente; é a carga de contato com o campo da faticidade que, a partir dos processos pré-positivos que promovem dele um balanceamento, sustenta o regime constitucional erguido.

Neste cenário, enquanto bases axiológicas de suma importância no âmbito do regime constitucional brasileiro, igualdade e dignidade humana são especializadas e vetorizadas a partir desta incursão de elementos desenvolvidos pelo constituinte em face da faticidade que os faceia. A atuação do constituinte com relação a tais valores baseia-se na relação entre o ordenamento fundado e os traços especiais que circundam e moldam o especial perfil destes para o caso do Brasil. O resultado são desdobramentos normativos próprios, sobretudo com relação a direitos e deveres.

No caso da dignidade humana, o que faz o texto constitucional vai além de simplesmente arrolar elementos e bens necessários para que tal valor seja concretizado. A dignidade, ocupando espaço basilar no paradigma do Estado contemporâneo e sendo ela própria um valor ameaçado e violado em diferentes camadas, se mescla em uma teia com outros princípios. Assim, o constituinte delinea suporte à dimensão normativa do ideal republicano que parte de um entrelace dos esforços de soerguimento do princípio da dignidade humana à luz do ideal de igualdade, ou seja, tomando este binômio de conteúdos como elemento basilar do traçado do princípio republicano brasileiro. Partindo da faticidade, como faz o constituinte, é impossível trabalhar a luta pela dignidade humana, no Brasil, sem que se adentre a problemática relativa à igualdade.

Este desenvolvimento pode ser observado no conjunto do princípio da dignidade com o rol dos objetivos republicanos. Como se observa dos incisos III e IV do artigo 3º, os graus de desigualdade que marcam o Brasil são consagrados como preocupações centrais do arcabouço constitucional – e, por ele, repudiados. Há, nos dispositivos citados, importante substrato textual que compõe o princípio da igualdade na Constituição, aportando nele conteúdos que excedem as clássicas figuras da igualdade formal e material – também componentes de seu perfil constitucional –, posicionando tal faceta junto aos expressos objetivos do modelo republicano posto. Tal empenho do constituinte demonstra a importância que possui este aspecto específico do princípio da igualdade no Brasil: mais do que um valor genérico e estanque, o constituinte o molda a partir de vontades políticas pactuadas

de superação do quadro de desigualdades inaceitáveis, processo que é vinculante e orientador do modelo republicano posto.<sup>227</sup>

Pelos objetivos, ha uma ponte com a faticidade da qual emanam os processos que culminam na Constituição. Os graus de desigualdade, em suas mais diversas formas, e a exclusão de pessoas do horizonte de valores e bens elementares à dignidade da pessoa são parte do contexto que desafia as vontades e anseios democraticamente pactuados, o estatuto humano que da constituinte surge e, ao fim, o próprio perfil do modelo de legitimação, balizamento e orientação do poder. É neste sentido que o ideal de igualdade assume posição central no traçado do ideal republicano brasileiro.<sup>228</sup> Ser igual, conforme o núcleo mais primário de valores da Constituição, é ser igual em direitos, em parcelas de dignidade. No caso, o princípio da dignidade humana, a partir de sua centralidade normativa e caráter precedente às camadas de direitos que se associam à pessoa, oferece a base para o desenho de um horizonte de bens e valores paradigmáticos à condição almejada para o ser humano. Atingir este horizonte, em sua parcela mínima exigida é parâmetro de validade estipulado à ordem jurídica e às relações que, no âmbito dela, se dão.

O princípio da dignidade, assim, somente se prestigia porquanto seja ela um valor universalizado. Enquanto base primária de um ideal republicano pautado num poder a ser exercido de forma humanista, a dignidade é traço vinculado à própria noção de pessoa e, deste modo, se refere à condição individual de cada membro do corpo social. Da forma como se estabelece no regime jurídico-constitucional brasileiro, é a dignidade valor difuso, a ser batalhado tendo por paradigma a totalidade do corpo social. Não se admite, assim, a massa de pessoas que, por diversos motivos e em diversas camadas, são excluídas do gozo deste estatuto.

Neste sentido, o efeito principal desta constitucionalização é o posicionamento, como vetor central do exercício do poder legitimado, do especial perfil da igualdade e dos desafios referentes à dignidade humana. Estes representam a base normativa de um binômio de posições direito/dever específico,

227No caso, há que se falar em desigualdades no plural justamente em razão do assumido caráter multifacetado com o qual o termo é inserido no texto constitucional, englobando as diversas dimensões que este fenômeno se faz relevante e enseja elaborações normativas e camadas de garantias postas na Constituição. O próprio artigo 3º, III, prevê a noção no plural, englobando neste sentido o reconhecimento da dimensão que este conceito abarca no campo normativo, a refletir a faticidade que o sustenta e justifica enquanto princípio fundamental.

228STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Pos. 3849-3897. Versão Kindle.

que, conforme será exposto adiante, marca diversos aspectos do arcabouço constitucional: de um lado, há os direitos que são gerados, a cada pessoa, de estar incluída no estatuto de dignidade constitucional; de outro, os deveres correlatos, garantidores da inclusão de pessoas que estão fora de tal *locus*.

A inclusão, neste sentido, é noção que compreende todos os processos, estabelecidos pelo constituinte para expansão e projeção dos valores e bens essenciais vinculados à dignidade humana e aos direitos fundamentais, de modo a superar as vicissitudes reconhecidas e apontadas pelo constituinte e, assim, abarcando todas as pessoas no alcance de um horizonte projetado na esfera normativa inscrita na Constituição.

Deve ser destacado que inclusão, tal como se trabalha, não é termo adotado expressamente pelo constituinte. É, todavia, elemento calcado desde o perfil do princípio da igualdade, sendo seu conteúdo normativo extraído de diversos dispositivos que abrigam trechos nucleares daquele. A inclusão, na Constituição, é elemento lastreado na figura dos direitos e deveres enquanto horizontes vetorizados a partir do princípio da igualdade: representa assim uma ponte entre o corpo de direitos que é posto no texto e a igualdade. Mais do que estabelecer um conjunto de estados e bens dotados de proteção normativa constitucional, o constituinte fixa, a partir do próprio peso que possui a luta pelos direitos no Brasil e do perfil que deve assim assumir a igualdade, comandos e vinculações no sentido da promoção de processos de alcance desta. Nestes, reside o elemento de inclusão.

Essa faceta do perfil constitucional da igualdade é patente a partir de um olhar sobre a base de tal norma em meio aos princípios fundamentais, conforme o artigo 3º, III e, em certa medida, conforme os incisos I e IV. No caso, extrai-se desse conjunto uma alusão direta ao horizonte normativo de conteúdos do texto, tendo por paradigma a dignidade humana e os demais valores sociais que o ordenamento toma por referência. Inclusão, assim, configura verdadeiro elemento a preencher e caracterizar o princípio republicano brasileiro desde sua base no princípio da igualdade: o constituinte o modela de modo a não apenas vedar exclusões e diferenciações inconstitucionais, mas a orientar esforços no sentido de incluir pessoas que, pelos motivos que sejam, se encontrem fora do nível de proteção e desenvolvimento humano constitucionalmente consagrado.

As consequências deste aspecto normativo da igualdade na Constituição de 1988 são profundas em seu próprio texto. Tal vinculação se desdobra em diversos

dispositivos que encerram direitos e deveres, em uma miríade de posições jurídicas estabelecidas pelo constituinte. Garantias expressas, como as de caráter organizacional e procedimental, bem como diversos direitos previstos, inclusive em meio ao traçado institucional do Estado, são estipulados em estrita relação com a necessidade de inclusão de pessoas excluídas de seu gozo.

Partindo do plexo de princípios fulcrais do ordenamento, este vetor do princípio da igualdade, em contato direto com a dignidade humana, permeia e subordina o exercício do poder. A partir dele são erguidas diversas vias normativas para executar processos de inclusão em meio ao cotidiano institucional. É a inclusão, assim, aspecto central do modelo político-institucional brasileiro, conforme estabelecido na Constituição da República, compondo traço fundamental do conteúdo de seu princípio republicano, de modo a embasar e vincular as razões e fins que legitimam, balizam e, sobretudo, orientam o exercício do poder.

Neste sentido, conclui-se este capítulo apontando para o fato de que, conforme desenha o texto constitucional brasileiro, o princípio republicano a partir do qual se sustentam o poder, o ordenamento e as instituições jurídico-políticas é permeado por um relevante conteúdo inclusivo. Mais do que caracterizar a legitimação e ordenação do poder a partir do estatuto de dignidade humana nela estabelecido, a Constituição, reconhecendo os quadros de exclusões e défices diversos que marcam a faticidade do país, preenche o conteúdo e desenvolve o perfil de seu princípio republicano a partir de desígnios inclusivos, de modo que seja tal estatuto estendido a toda pessoa existente no Brasil. Daí decorrem as diversas vetorizações que voltam o ordenamento e a ordem institucional para o alcance destes objetivos.

Neste sentido, sendo o texto constitucional a baliza máxima do poder político e dos entes constituídos, por meio da qual são fixados os seus fins, seus parâmetros de atuação e seus poderes, a vinculação à inclusão se afirma e desenvolve a partir do desenho das relações fundadas no texto. Isso se dá pela estipulação de direitos e deveres que se destinam a garantir a inclusão de pessoas excluídas do horizonte de proteção. Por um lado, o plexo de direitos fundamentais, observado pelo aspecto das prestações e pretensões, compreende um rol de direitos de inclusão. Toda pessoa, sob a égide da Constituição, é amparada por dos direitos deste rol, a serem resguardados, quando já há gozo, e a serem conferidos, quando este não existe.

Neste sentido, por outro lado, o constituinte delinea, em paralelo, um rol de deveres correlatos, hábeis a garantir e efetivar este processo de inclusão.

Assim, o próximo capítulo adentra o tema da inclusão enquanto um dever geral estipulado pelo texto constitucional, delineando seus atributos e apresentando seu traçado normativo. Deste modo será possível, ao final deste trabalho, apresentar como este se espraia por regime de direito fundamental amplamente balizado desde o próprio texto da Constituição, ou seja, aquele referente à educação.



## **5. O dever de inclusão como paradigma do constitucionalismo brasileiro**

### **5.1. Um princípio de compreensão da natureza da inclusão no texto constitucional**

Conforme foi introduzida na seção final do capítulo anterior, a inclusão é elemento normativo fincado dentre os dispositivos que arrolam os princípios fundamentais do texto constitucional, com suporte assentado, sobretudo, a partir dos objetivos estabelecidos no artigo 3º. Considerando o marcado papel ordenador que possui, situando-se entre as bases axiológicas que marcam a forma republicana brasileira e preenchendo o conteúdo do princípio republicano estabelecido no texto constitucional, é em meio ao próprio perfil de tal princípio que o debate acerca da inclusão e sua natureza constitucional se coloca. Ao final, é ela importante elemento a pautar a legitimação, a estruturação e a orientação do poder, sendo estabelecida em meio às bases dos elementos republicanos conforme são estes postos no texto constitucional.

Neste sentido, a inclusão surge no arcabouço normativo brasileiro como elemento inerente ao perfil constitucional dos princípios da igualdade e da dignidade humana. Cabe avançar sobre sua natureza em meio ao texto, de modo a permitir uma melhor visão acerca das relações que mantém com outras normas e elementos, bem como de sua produção de efeitos no âmbito do modelo político-institucional delineado.

Deste modo, deve-se afirmar que não se entende a inclusão enquanto um princípio constitucional isolado, mas como elemento que compõe o perfil do princípio da igualdade na Constituição. Cabe expor, assim, os motivos para tal.

Porquanto tenha seu núcleo normativo fixado em dispositivos do plexo de princípios fundamentais e, em grande medida, exponha valores caros ao constituinte, seria possível imaginar um enquadramento normativo da inclusão como sendo tema de um princípio constitucional próprio. De fato, o perfil normativo da inclusão tem seu principal suporte normativo situado dentre dispositivos fixados no rol de princípios fundamentais e, dada a importância que lhe é designada pelo constituinte, poderia se entender que assume independência normativa enquanto um princípio isolado.

A partir de outra visão, ainda, seria possível compreender a inclusão como um subprincípio, de modo a vincular-se ao conteúdo do princípio de igualdade, consubstanciando uma ramificação deste. Deste modo também, ainda que de outra forma, se está a circundar o conteúdo da inclusão de modo a lhe conferir independência temática, ainda que derivada – ou componente – de um princípio maior. Falar-se-ia assim em “princípio da inclusão” ou em um “subprincípio da inclusão”.

No caso, há certas objeções a estes enquadramentos, que não traduzem da forma mais adequada a natureza da inclusão em meio ao texto. De início, cabe trazer a crítica presente em parte da literatura jurídica relativa à profusão de princípios no meio doutrinário<sup>229</sup>. Neste sentido, é comum observar que, para cada conteúdo normativo específico inscrito no ordenamento, que assuma características mais próximas às figuras dos princípios, se dê um rótulo próprio, delimitando tais temas e criando, assim, um novo princípio jurídico, seja no plano constitucional ou mesmo dentro o ordenamento infraconstitucional.

Tal fenômeno, apresenta certos problemas. A superabundância de princípios jurídicos torna difícil a compreensão de seus conteúdos em meio a tantas alcunhas, que, por vezes, se sobrepõem e dificultam o entendimento dos perfis normativos. A problemática se intensifica quando é levada em consideração a diversidade de critérios de delimitação entre normas, sua confusão e, sobretudo, a falta de suporte legal para determinados enunciados os quais são denominados princípios e, assim, elevados a um dado status de norma jurídica sem que o texto normativo e os sistemas ali estabelecidos confirmem robustez temática condizente.

Ainda que tais vícios não ocorram em todas as situações nas quais se delimitem perfis próprios a princípios específicos, é certo que a proliferação de rótulos a plexos de conteúdo normativo só tem razão de ser quando se justifiquem a partir de bases lógicas em relação ao conjunto do ordenamento. Não cabe, no caso, a adoção de um rótulo de maneira puramente retórica, descolada de sustentação lógica que a justifique, de forma harmônica e coerente à classificação conferida ao conjunto do ordenamento. Cabe menos ainda com relação a conteúdos que, mais do que assumir um perfil que lhes seria próprio, preencham os específicos teores que um dado princípio já existente possui. Daí que não se entende a inclusão como

229STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Pos. 10660-11097. Versão Kindle.

um princípio constitucional isolado. Isso se dá em razão de seu próprio papel, ao ser estabelecida normativamente em meio ao traçado constitucional a partir da configuração específica que traz ao princípio da igualdade.

Enquanto norma constitucional, a inclusão é prevista em meio ao soerguimento das linhas nas quais se sustenta o princípio da igualdade e os específicos vetores que este impõe na Constituição brasileira. Seu especial conteúdo é resultante da pactuação realizada acerca de traços da faticidade, posta desde os alicerces axiológicos do texto, moldando tal princípio em uma dada direção, sendo base direta para direitos e deveres a permear o ordenamento jurídico. É justamente da projeção de dados da faticidade e da consideração que o constituinte faz destes que a inclusão decorre enquanto elemento normativo.

Esta seção tem por escopo expor a natureza jurídica da inclusão, enquanto elemento normativo, a partir do texto constitucional. Não queremos aqui extrapolar tal objetivo, para fins de melhor exposição e organização. Todavia, cabe adiantar que não é possível conceber a noção de inclusão sem que se tenha consciência de que esta, posta enquanto razão normativa, está a se referir a um quadro fático de marcada exclusão. Este é o especial dado da faticidade que marca profundamente a Constituição de 1988 e seu constituinte, dando a face deste texto. No caso, trata-se de elemento que será melhor desenvolvido nas próximas seções deste capítulo.

De todo modo, tem-se assim que não há que se falar em inclusão, no texto constitucional, sem ter em conta que esta representa um contato da própria base de dignidade humana posta como paradigma político normativo para com a noção de igualdade, considerando as bases fáticas das quais parte o constituinte e o peso que estas tem para o desenho destes princípios. O peso axiológico que possui a inclusão é cristalizando enquanto norma a partir de específicas estipulações e vetorizações realizadas de forma expressa neste sentido; estas se situam em meio ao próprio traçado constitucional da igualdade, conferindo-lhe específico perfil jurídico.

Neste sentido, a inclusão tem natureza de elemento componente e, mais do que isso, definidor do princípio da igualdade da Constituição de 1988, fixando um específico conteúdo desde os princípios fundamentais e, assim, do núcleo de elementos que legitimam, sustentam e orientam o ordenamento jurídico e o exercício do poder por ele. Tal qual elementos como a isonomia e a noção de solidariedade, a inclusão compõem as camadas que perfazem o conteúdo da igualdade enquanto elemento normativo constitucional. Assim, seu conteúdo, ao ser identificado em meio

a uma norma jurídica, cabe sê-lo em relação ao próprio princípio da igualdade na Constituição de 1988. É a inclusão um desígnio essencial estipulado em meio aos próprios fins expressos do Estado, da ordem social e da ordem jurídica.<sup>230</sup>

A partir desta sua faceta de inclusão, a igualdade não se mostra um princípio estanque, mas uma norma que implica movimentos e ações, garantindo, para além da proteção de certos estados e situações já consolidados, a criação de novos. No caso, a partir da carga de valor que possui, a inclusão compõe o princípio da igualdade de modo a representar verdadeiro desígnio ao qual o princípio republicano se filia, orientando o exercício do poder e, deste modo, compondo o rol de critérios de validade à ação e trato com o direito. É camada de conteúdo que implica verdadeira vetorização à extensão de uma noção de igualdade, conforme prevista na Constituição da República.

Passado este ponto referente à natureza da inclusão enquanto elemento caracterizador do princípio da igualdade no texto constitucional, cabe avançar sobre outros aspectos de sua previsão, de modo a buscar suas bases normativas, traçar seu perfil e, assim, procurar compreender suas decorrências para a ordem jurídica. O relevante desta seção é justamente enquanto que é a partir da noção de inclusão que o princípio constitucional da igualdade tem caracterizada sua especial forma, conforme posta pelo texto e, assim, determinada enquanto feição do interesse comum pactuado de mais alto grau.

## **5.2. A base textual da inclusão em meio ao princípio da igualdade**

Cabe, agora, aprofundar o tema das bases normativas da inclusão no texto constitucional. Neste sentido, convém destacar que o constituinte segue, com relação a ela e ao princípio da igualdade, metodologia semelhante àquela explanada no capítulo 1 deste trabalho, comum à dinâmica textual dos princípios constitucionais. Deste modo, o constituinte fixa a inclusão enquanto um importante núcleo normativo da igualdade em meio ao rol de princípios fundamentais, no qual estabelece suas bases e seus principais elementos, de onde irradiam balizas e vinculações. Assim, para além deste núcleo, desdobra o ideal de inclusão por

<sup>230</sup>Streck aponta justamente o fato de que o constituinte, ao levantar tais fins para o patamar constitucional, limita a possibilidade de conformação política de sentido procedimental pelos poderes constituídos, por um lado, para privilegiar os valores a pautar a ordem republicana, por outra. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Pos. 2202-2366 e 3775-3913. Versão Kindle.

diversos dispositivos ao longo do texto, de modo a garantir desenvolvimento ao seu conteúdo e aplicar específicas orientações e decorrências sobre diferentes campos juridicamente regulados.

Enquanto permeia os próprios objetivos expressos do texto constitucional, a previsão da inclusão enquanto elemento de seu arcabouço acaba por não apenas denotar a esta uma importante dimensão procedimental, que representa base de validade da fixação normativa e do exercício do poder, mas por assim qualificá-la enquanto elemento essencial em meio aos valores e razões que marcam o ideal republicano brasileiro.

Conforme dispõe o artigo 3º:

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.

Foi destacado, ao final do capítulo anterior, que determinados dispositivos que estipulam objetivos da república, apesar de fazerem uma prescrição normativa expressa que fornece ao intérprete elementos específicos a balizar seu ofício, possuem o que se pode entender ser um grau de abertura semântica alargado. É o caso – já citado como exemplo – do inciso II deste artigo 3º, que traz a previsão do desenvolvimento nacional como objetivo. Desenvolvimento nacional é um elemento normativo singular em meio ao texto que demanda maior integração com os demais dispositivos do plexo axiológico da Constituição e com as suas demais normas para que se possa extrair um esboço de seu conteúdo.

É neste mesmo sentido que se comporta o inciso I. Este arrola valores caros ao constituinte e vincula-os a um perfil de sociedade almejada. O que faz o constituinte é desenhar um modelo de valores e realidades postas enquanto lugar ideal, aspirado conforme anseios estabilizados e registrados no processo constituinte. É assim que liberdade, justiça e solidariedade são elementos cujas

camadas e dimensões o texto constitucional aprofunda mais ou menos, ao longo dos diversos capítulos que o compõem. Não poderia deixar de ser assim.

Porquanto noções como liberdade e justiça forneçam uma base semântica, histórica e contextual que permitam ao intérprete reconhecer certos fundamentos, a forma como estes recaem sobre os meandros da vida social, das relações econômicas, da administração da justiça, entre tantos outros campos, é dependente de desenvolvimento específico. É possível identificar a relação de sustentação que possuem estes dispositivos para com as construções normativas dispostas em meio ao sistema constitucional. É fato que tais valores possuem uma relação direta com outros estabelecidos no rol de princípios fundamentais. Conforme se observa dos fundamentos republicanos do artigo 1º, o empreendimento do constituinte é delinear o sustentáculo axiológico basilar do modelo político-institucional em torno da proteção, desenvolvimento e dignidade humana. É este o paradigma que ele desenha.

Os objetivos republicanos, neste sentido, se interpretam em conjunto com o rol de fundamentos, de modo a implicar um desenvolvimento dinâmico, a apontar certo movimento e vias de ação às quais prestigiam o núcleo de valores de referência. São eles uma complementação não apenas em conteúdo, mas em natureza normativa, adicionando a este núcleo uma carga de vetor de ação mais evidente.

Independentemente do grau de abertura normativa que possuem os dispositivos que acomodam os objetivos republicanos, a maneira pela qual o constituinte os alinha enquanto centro normativo é parte relevante de um conjunto de normas e valores a guiar a ação e a criação, interpretação e aplicação do direito, tendo por base a condição humana e os valores sobre os quais se baseia o constituinte ao fundar a república brasileira conforme o texto. Mais do que estabelecer valores estanques e totalmente abertos às possíveis interpretações de como estes demandam prestígio normativo, a estipulação de metas expressas inscreve elementos que remetem à própria identidade fática diante da qual o plano jurídico positivo é situado, como já esboçado no capítulo anterior. É isso o que ocorre, mais especificamente, com relação aos incisos III e IV do artigo 3º em relação à interpretação a ser dada ao princípio da igualdade.

De início, é de se destacar o inciso IV, que ao reproduzir a noção de igual proteção em direitos e estipular cláusula de não discriminação, à luz do que é

estipulado em textos de direitos humanos como, por exemplo, no artigo 2º, parágrafo 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos,<sup>231</sup> centraliza em meio ao plexo axiológico do texto um importante elemento inerente ao perfil difundido da igualdade. No caso, faz reprodução clássica, que arrola dimensões que compõem e definem identidade, individualidade e o pertencimento das pessoas, protegendo tais camadas de discriminações injustas enquanto base dos ordenamentos jurídicos. Tal conteúdo compõe a base da igualdade, em sentido lato, que se desdobra ao longo do texto constitucional.

O que acrescenta o constituinte a este panorama é justamente o caráter dinâmico que marca os objetivos da república, porquanto estabeleça uma vinculação à promoção “do bem de todos” enquanto objetivo expresso – e, deste modo, interligado aos demais. Tal elemento, dotado de certa abertura, implica um laço com o horizonte axiológico delineado, acima de tudo naquilo que se refere à condição das pessoas no meio social e ao estatuto de dignidade humana.

Promover o bem de todos denota um binômio de elementos úteis a identificar o teor do paradigma no qual situa o ideal republicano. De um lado, a noção de “promoção” coaduna-se com o teor procedimental que marca os objetivos do texto, de modo a orientar o exercício do poder e a ação constitucionalmente vinculada. Por outro lado, em meio à abertura que a ideia de “bem de todos” guarda – afinal, a definição do conteúdo deste elemento (ou seja, “bem”) é dependente de inúmeros elementos jurídico políticos –, o dispositivo em questão acaba por orientar o regime no sentido do serviço à pessoa humana, considerada coletivamente, no plano social.

Se definir o que é do interesse e do proveito do corpo social é tarefa que depende de inúmeros processos de comunicação, eliminação de dissensos e construções de vias e soluções à luz de procedimentos democráticos e das formas juridicamente estipuladas, o texto constitucional estabelece o espírito de tais esforços desde sua base, a partir da qual se orientam os atores que sob sua égide atuam. Neste sentido, fixa-se uma posição basilar, na dinâmica do ideal republicano brasileiro, aos atos de persecução e o processo de alcance do modelo de Estado social delineado e de seus fins, dotando todos, indistintamente, dos ganhos estipulados em tal movimento.

231 Conforme o dispositivo citado: “Artigo 2: 1) Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.”

Assim, é possível vislumbrar uma das principais bases da inclusão, no texto, em meio ao inciso IV. A promoção do bem de todos enquanto objetivo implica na extensão de um estatuto de bens e estados tracejado e estipulado como parâmetro constitucional às pessoas que se encontram fora deste *locus*. A vedação à discriminação sustenta que nenhum traço individual poderá justificar exclusão de espaços e do gozo de bens sociais, orientando o desenho do modelo normativo de legitimação, balizamento e orientação do poder a partir do respeito à diferença. Neste sentido, igualdade, dignidade humana e suas decorrências normativas se encontram em uma cláusula geral de proteção, não discriminação e, em especial, inclusão.

Mas a atuação do constituinte para com a inclusão ganha uma nova camada a partir do conteúdo do inciso III do artigo em tela. Tal dispositivo possui grande relevância no seu traçado constitucional, porquanto traz elementos que revelam específicos pontos de exclusão aos quais são destinados atenção e trabalho normativo para além daqueles abarcados pela clássica cláusula de não discriminação posta no inciso IV – a partir destes, o constituinte desenvolve uma série de específicas garantias, sendo a base de deveres, direitos e garantias institucionais e organizacionais, conforme será exposto.

No caso, o constituinte aponta as desigualdades sociais e regionais como elementos específicos dignos de atenção e foco do arcabouço constitucional. Ambas são relevantes não apenas ao traçado do princípio constitucional da igualdade, enquanto atributos a ditar sua mecânica e seus efeitos, mas como elementos que possuem essencial relevância para o desenho do próprio princípio republicano da Constituição brasileira. Junto com a positivação do elemento referente à pobreza, trazem uma carga de conexão com o plano fático que situa o ordenamento constitucional em relação à realidade empírica que ele regula: conforme exposto, mais do que meramente dispor um determinado posicionamento de valor da Constituição, tais elementos o fazem perante a faticidade específica que move o constituinte, de modo a permitir uma modelagem normativa e institucional adequada à realidade normada pelo texto.

Este tipo de estipulação tira o rol de valores positivados do campo da mera generalidade oferecida pelos traços basilares que são paradigmáticos nos constitucionalismos contemporâneos e os contextualiza em meio à identidade, aos desafios e à faticidade do país. No caso, isso é feito em meio ao próprio suporte



textual ao princípio da igualdade, que é estabelecido a partir da menção às suas próprias negações, ou seja, as desigualdades constitucionalmente repudiadas. É assim que a desigualdade social é elemento que se ancora em uma camada específica do que compõe o ideal de igualdade constitucional, arrolado de modo a estipular um desígnio próprio frente a tal problemática.

Em meio ao paradigma do Estado social e do rol de atributos que este implica – sobretudo em relação à própria pessoa –, o constituinte fixa, enquanto elemento central do texto, desígnio pela redução do quadro de desigualdades que prejudiquem o alcance deste campo idealizado. O objetivo fixado, conforme vimos anteriormente ao trabalhar o princípio da igualdade, é pela modificação de quadros sociais concretos.<sup>232</sup> A inclusão, desta forma, ganha uma camada de alta relevância: é posicionada como vetor que se aplica, especialmente, às desigualdades em bens jurídicos sociais e econômicos, para além da proibição de discriminações em geral. Se esta última é um valor permanente e que permeia todo o ordenamento jurídico – e, convenhamos, é cânone do modelo contemporâneo de Estado constitucional –, a primeira é uma indicação de empreendimento urgente, porquanto tais faces da exclusão persistem como vicissitudes relevantes dentro do cenário brasileiro – a ponto de receberem especial destaque na estrutura normativa da república brasileira, a partir de sua colocação como bases de conteúdo do princípio republicano posto.

Deve-se destacar que, ao tratar de desigualdade social, o constituinte não está a se referir tão apenas à desigualdade de renda. Um primeiro motivo está situado no fato de que o texto não restringe as desigualdades sociais e regionais à desigualdade econômica – expressão que, inclusive, poderia ter sido adotada e não foi. O segundo motivo se refere ao fato de que sua estipulação se dá em contexto que arrola pontos de mácula ao princípio da dignidade humana, de modo a abarcar sua amplitude e, portanto, as diferentes dimensões pelas quais ela ocorre. A relação entre a dignidade humana e o princípio da igualdade a partir de sua base textual posta no artigo 3º é simbiótica. Desigualdade econômica é, sem dúvida, uma problemática que implica em exclusão no gozo e alcance do horizonte normativo em questão. Todavia, não é a única problemática que acaba por gerar desigualdades

<sup>232</sup>Gilberto Bercovi, ao trabalhar o tema dos princípios fundamentais e os fins do Estado, destaca a centralidade da problemática envolvendo a distribuição e as desigualdades. BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003. Pgs. 297-302

sociais inconstitucionais. Conforme será exposto na próxima seção, fazem jus aos esforços de inclusão outros grupos – para além dos economicamente excluídos, portanto –, que acabam não excluídos do circundado modelo de dignidade almejado.

A fixação do objetivo de erradicação da pobreza é ainda mais impactante neste sentido, pois denota grau de desigualdade extremado, presente em um quadro recorrente e endêmico que marca a sociedade brasileira há séculos. Porquanto implique completa exclusão e mácula do estatuto de dignidade e valores humanos abrigados pela Constituição, não há tolerância alguma com a sua existência.

No caso, deve-se ter noção de que o conceito de pobreza mais corrente e, em especial, mais adequado à dinâmica de valores e garantias traçada na Constituição, é de natureza heurística e multifacetada, abarcando, para além de uma carência no que se refere às condições econômicas, um grau de déficit em direitos e bens constitucionalmente caros. O texto constitucional não é estabelecido a partir de valorização a meros cânones de renda e acumulação econômica. Sua base interpretativa não é a linguagem do dinheiro agregado, mas sim aquela referente aos direitos previstos serem efetivamente concretizados ou não. Em se tratando a pobreza de elemento normativo posto em meio à fixação de objetivos conforme o paradigma axiológico dos direitos fundamentais e da dignidade humana, não há outra baliza interpretativa hábil a oferecer visão acerca de sua concepção constitucional.

Há, neste sentido, uma vinculação da ordem jurídico política aos esforços de extinção de quaisquer graus nocivos de exclusão socioeconômica, tendo por base sua existência no plano fático e por, balizas primárias, o próprio traçado de direitos fundamentais.<sup>233</sup> O fato de o constituinte incluir no texto uma assunção de características e problemas socioeconômicos em meio ao traçado elementar da república brasileira aponta-o no sentido de vincular a concretude inerente ao exercício do poder a estes pontos postos como balizadores de sua ação. O inciso III, desta maneira, possui destacada importância no que se refere ao traçado de prioridades da república brasileira, alinhando a ordem jurídica a uma agenda específica.

<sup>233</sup>Tal sentido constitucional de pobreza e, para além disso, das próprias desigualdades, se dá no sentido multifacetado que extrapola a mera ausência de nível de renda e recai na falta de bens e , conforme exposto em SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. Pgs. 109-137.

Diante deste cenário, o constituinte delinea, assim, duas medidas de inclusão. Em um primeiro momento, é ela, conforme estabelecido pelo inciso IV do artigo terceiro, um paradigma permanente, que veda qualquer exclusão inconstitucional e se apresenta enquanto critério de validade para o alcance do bem comum constitucionalmente fixado. Neste sentido, verifica-se uma cláusula geral de inclusão no paradigma constitucional de dignidade, cidadania e bem comum.<sup>234</sup> Em um segundo momento, a partir do que é fixado, sobretudo, pelo inciso III do mesmo artigo, a inclusão é estabelecida com relação às desigualdades de caráter socioeconômico, em uma resposta do constituinte às bases fáticas pelas quais se pauta. Neste segundo nível, é estabelecida uma linha de expressa prioridade, encetando processos de inclusão que vinculam o exercício do poder, como decorrência do princípio da igualdade.

O que faz o constituinte, portanto, em meios aos objetivos republicanos, é estabelecer um vetor que modula o conteúdo da igualdade no texto, tirando-o do paradigma de um conteúdo generalista e estabelecendo a inclusão como marca da igualdade enquanto traço central do ideal republicano brasileiro. Como elemento importante do paradigma do Estado social, tal valor possui ligação direta com os direitos econômicos, sociais e culturais – conjunto que acaba por destacar e operar em sua dimensão material. O caso da Constituição de 1988 implica um avanço, não apenas dando ênfase no sentido da busca pela garantia desta camada de dignidade, mas estipulando a inclusão de pessoas em concretas situações de déficit no que se refere a tais direitos, como processo decorrente do conteúdo do princípio da igualdade.

O desígnio de inclusão positivado em meio ao corpo textual referente ao princípio da igualdade é o elemento que promove a estrita vinculação deste com o princípio da dignidade humana e o regime dos direitos fundamentais. O relacionamento entre estes três campos normativos, elementares ao traçado da república brasileira – e assim, tangentes ao seu princípio republicano –, é de complementariedade, considerando a sua previsão sistemática, tanto em meio ao plexo de princípios fundamentais mas, sobretudo, consideradas as suas decorrências ao longo do texto constitucional. A inclusão consiste em vetor que

<sup>234</sup>Neste sentido, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Fundamental à Igualdade. *In*: J.J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Pos. 11632-11833. Versão Kindle.

modula a urgência relativa ao processo de efetivação de direitos e, portanto, dos deveres correlatos a tal fim. A dinâmica encetada neste entrelaçamento de regimes implica, como razão da república brasileira, que a concretização dos direitos fundamentais e o prestígio à dignidade humana se dê com o exercício do poder pautado pela necessária realização de processos inclusivos, como prioridade expressa da Constituição da República.

O desdobramento das bases dispostas no núcleo normativo da Constituição, no que se refere à inclusão, é extenso ao longo de seu texto. Diversos são os dispositivos que explanam, estipulam garantias e desdobram os desígnios postos no Título I. O foco deste trabalho está junto à inclusão enquanto base de garantias promovidas pela figura do dever. Cabe apontar, todavia, que a projeção da inclusão pelos diversos capítulos e seções da Constituição se dá, em geral, ao longo do desenho de uma miríade de relações jurídicas complexas. Porquanto permeia a sistemática normativa relativa aos direitos fundamentais, sua abrangência é composta por uma teia de relações jurídica constitucionalmente estipuladas. Ao passo que a inclusão implica em um direito – ou, por vezes, um plexo de direitos –, também implica deveres correlatos.

De todo modo, as normas que desdobram o ideal de inclusão tangenciam as aspirações e consciências no plano social e o desenho das instituições, bem como permeiam relações privadas e a esfera econômica. Enquanto figura relacionada à própria condição da pessoa e à dignidade, marca ela presença em uma miríade de subsistemas do texto, de diferentes formas.

Neste sentido, a proibição de exclusão e discriminação, porquanto seja elemento vinculante a toda relação jurídica, tem sua aplicação direta, desde seu núcleo normativo, como garantia, limitando a ação e interpretação no sentido de estabelecer a persecução de determinados horizontes. Por mais aberto que possa ser o comando fixado desde o artigo 3º, IV, é certo que há casos nos quais a exclusão inconstitucional é evidente e o princípio se aplica de plano. A não exclusão, deste modo, marca presença como conteúdo basilar do princípio da igualdade.<sup>235</sup>

<sup>235</sup>Neste sentido aponta Clèmerson Merlin Clève, sobre a base da igualdade estipulada no artigo 3º, IV: “Trata o referido dispositivo constitucional de garantia da igualdade, que se conecta ao reconhecimento de todas as pessoas como sujeitos de direitos, não tolerando, no ordenamento jurídico brasileiro, discriminações injustificadas. O mesmo pode ser depreendido da leitura do art. 5º, XLI, que trata da punição de discriminações que violem os direitos e garantias fundamentais. Ou seja, a previsão de punição para o ato discriminatório e preconceituoso é reflexo de uma das dimensões da igualdade, de modo que, sendo todos iguais perante a lei, no contexto da aplicação da lei não pode haver discriminação sob pena de violação direta da Constituição”. CLÈVE,

Há casos, todavia, em que o constituinte direciona sua atenção para a geração de processos de inclusão, em vista de quadro de exclusões existentes. Neste sentido, estipula diferentes garantias, de modo a pôr tal empreendimento em marcha. Aqui estão abrangidos os casos delineados no inciso III do artigo 3º, por exemplo. O que faz o constituinte, neste sentido, é desdobrar o conteúdo destes desígnios em garantias hábeis a orientar o exercício do poder à realização de políticas de inclusão, a desenhar e manter instituições hábeis a promover processos inclusivos, a vigiar e corrigir formas de exclusão, dentre outras ações.

É desta forma que a inclusão demonstra seu peso normativo em meio ao traçado constitucional, para além de um valor afirmado e de um fim expreso. Enquanto valor, a partir dela o constituinte se debruça, em diversos dispositivos e estruturas normativas, frente a problemas persistentes, como resultado de longos processos políticos e sociais que acabam se consolidando e sendo inteirados no traçado do modelo político normativo, balizando-o.

A Constituição, enquanto carta de prioridades, tem a inclusão como um relevante empreendimento dentre os seus dispositivos. Como se verá, diversas garantias existentes, sobretudo em meio ao traçado de direitos, ao regime de competências e aos limites da atuação de particulares, são filiadas à tal lógica, compondo o regime constitucional da igualdade a partir de seu elemento inclusivo.

Vistos estes pontos acerca da natureza, da posição e das bases normativas da inclusão em meio ao texto constitucional, cabe avançar para a análise do desenho de deveres dela derivados. No caso, é possível observar a inclusão, para além de um desígnio elementar ao princípio da igualdade, a promover o contato entre este princípio e o horizonte ideal posto pelo perfil que a dignidade humana assume na Constituição, como um plexo de deveres hábeis a garantir que as parcelas do povo brasileiro excluídas de tal horizonte sejam, nele, incluídas. Portanto, é importante avançar para uma análise dos deveres de inclusão, sobretudo ao se considerar o papel de garantia exercido a partir da figura do dever jurídico, no texto constitucional. Na próxima seção, começamos pelos parâmetros constitucionalmente fixados para definir a existência de deveres de inclusão.

### **5.3. Parâmetro constitucional de inclusão e as vias adotadas pelo constituinte para estipulação dos deveres correlatos**

Se, por um lado, a inclusão consiste em um desígnio constitucional que acarreta uma miríade de decorrências normativas, entre a fixação de deveres, direitos e o desenho de inúmeras relações jurídicas, por outro, seu perfil é trabalhado com base em diferentes dispositivos constitucionais, que albergam, conforme visto, múltiplos elementos. Em se tratando de desígnio inerente ao rol de valores centrais do ordenamento, a inclusão é diretamente baseada no paradigma humano que o constitucionalismo brasileiro encerra, tendo a proteção e o desenvolvimento da pessoa como foco. Surgem, deste modo, duas questões essenciais. A primeira questão é referente ao parâmetro de inclusão, ou seja, o que justifica que uma dada pessoa ou grupo de pessoas sejam destinatários de políticas e ações resultantes de deveres de inclusão. A segunda questão envolve quem são essas pessoas ou grupos, ou seja, o que qualifica alguém como objeto das ações destinadas à concretização do desígnio constitucional de inclusão.

No que toca à primeira questão, a relação entre igualdade, dignidade humana e direitos fundamentais é o ponto-chave. Conforme já abordado, a inclusão é um elemento que promove uma conexão entre a dignidade humana, o regime de direitos fundamentais e o princípio da igualdade. Porquanto a dignidade humana implique, com o desenvolvimento de seu perfil normativo, em um estatuto referente à pessoa humana e os atributos necessários para a vida digna, que deságua assim no regime de direitos fundamentais, a igualdade implica que este estatuto seja estendido a todos. Aqui, vale o que se trabalhou sobre o princípio da igualdade: ser igual é gozar, no mínimo essencial, do plexo de direitos fundamentais estabelecidos como essenciais à dignidade da pessoa, alcançando um *locus* estipulado como ideal.

Neste sentido, os deveres de inclusão, que marcam o perfil da igualdade na Constituição, implicam na vinculação da ação ao esforço de estender tal estatuto às pessoas que se encontrem fora dele. É por isso que se destacam os deveres como figuras essenciais à tal noção: é a partir de específicos deveres que são estabelecidos os esforços para com a inclusão, consistindo em garantias do arcabouço constitucional rumo à sua efetivação.

Da mesma forma, a segunda questão tem sua resposta sustentada também pela dinâmica posta pelo plexo axiológico destacado. Quem faz jus, enquanto

beneficiários de ações executadas com base em deveres de inclusão, são pessoas e grupos que se encontrem excluídas do horizonte de bens e valores delineado no texto constitucional a partir do perfil de seu princípio da dignidade humana e de seu regime de direitos fundamentais, não gozando de um ou mais direitos em seu patamar mínimo essencial e, assim, de modo a contrariar o estatuto de dignidade posto pelo ordenamento.

A questão acerca de quem incluir e no que incluir ganha maiores complexidades ao se observar as diferentes abordagens do constituinte para com os deveres de inclusão. Em certos casos haverá maior facilidade em identificar aqueles que são seus beneficiários do que em outros. Seja como for, a via adotada pelo constituinte permanece sendo a do erguimento de garantias pela fixação de deveres. Considerando que o desígnio de inclusão se espraia por diversos dispositivos e sistemas da Constituição, são encontradas duas vias adotadas pelo constituinte ao estipular tais deveres.

De início, cabe destacar os deveres gerais derivados diretamente do seu próprio núcleo textual, deveres de inclusão sem indicação expressa de destinatário específico e, também, sem referência ao próprio objeto de inclusão. Em tais situações, esses elementos serão observados nos casos concretos, nas relações fáticas que se desenvolvam e possam acarretar exclusão ou em meio a processos que acabem por poder promover inclusão, sendo dado enfoque ao próprio comando deôntico extraído da fixação das normas constantes nos artigos 3º, III e IV, por exemplo. Neste contexto, a inclusão acarreta um plexo de deveres que vinculam determinado agente, de modo que sua não observação acaba por acarretar em inconstitucionalidade da conduta, por violação ao princípio da igualdade. É certo que tais casos se estendem por uma miríade de possibilidades, considerado o grau de abertura interpretativa que, por vezes, abrange as normas constitucionais.

Deve-se considerar o dever de inclusão, neste caso, na medida de suas possibilidades de aplicação. Há situações nas quais este implicará num dever de abstenção de atos que possam gerar exclusões. Em outros, o princípio demanda medidas positivas, de modo a gerar inclusão de fato. Fica destacada aqui a faceta axiológica que marca o desígnio constitucional de inclusão, de modo que se posiciona ele enquanto norma geral a recair sobre o ordenamento jurídico e as ações juridicamente reguladas.

Trata-se, assim, do princípio da igualdade operando como base de validade tanto de ações, como da criação, interpretação e aplicação do direito. Por mais que uma garantia específica a determinado processo de inclusão não seja fixada desde o texto constitucional, como nos casos que serão a seguir expostos, os poderes legitimados são vinculados pelos deveres decorrentes de seu plexo axiológico e, sobretudo, do perfil normativo do princípio da igualdade.

A segunda via adotada para estipulação dos deveres de inclusão se dá pela indicação expressa de um especial destinatário e objeto. No caso, o constituinte desdobra, ele próprio, tal desígnio em específicas inclusões ao estabelecer casos nos quais garantias e o traçado de subsistemas específicos indicarão expressamente o perfil de pessoas ou grupos que façam jus a ações e políticas a eles voltadas. É o caso, por exemplo, do traçado que o constituinte faz do benefício de prestação continuada da assistência social, no artigo 203, V. O dispositivo em questão traz elementos de traço objetivo que estipulam quais pessoas farão jus ao pagamento do benefício – que, em contrapartida, constitui dever desde o texto constitucional, a ser garantido pelo Estado. Conforme estabelece o dispositivo:

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

(...)

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.

Tal caso, expressamente, demanda complementação infraconstitucional, o que é feito na Lei Orgânica de Assistência Social, estipulando, entre outras coisas, os dados que especificamente compõem a família, para tais fins, bem como critérios objetivos para aferir a impossibilidade de prover a própria manutenção. De todo modo, o constituinte empreende a criação de uma verdadeira política de garantia desde o plano constitucional, voltada à inclusão de um grupo específico e fixando as principais balizas, dentre elas o apontamento de seus beneficiários de modo objetivo, alinhado no caso a um critério econômico.



Outro exemplo de apontamento de destinatários específicos às ações decorrentes dos deveres de inclusão é aquele inerente à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo. Tal diploma parte de uma definição de pessoa com deficiência para estabelecer direitos e deveres a uma dada camada do corpo social, de modo que suas disposições são amparadas por um balizamento expresso de sujeito ativo de direitos. No caso, a Convenção em tela e seu protocolo facultativo possuem caráter material e formalmente constitucional: são as únicas até hoje aprovadas conforme o procedimento disposto no artigo 5º, § 3º, da Constituição.<sup>236</sup> Seus dispositivos, deste modo, encerram normas a equivaler como provenientes de emendas constitucionais, a operar sistematicamente com as demais garantias e previsões do texto.

O fato é que o caráter protetivo e o inegável vetor inclusivo<sup>237</sup> que a convenção empreende parte de definições sobre o próprio grupo destinatário de suas garantias. Conforme o artigo 1º, primeira parte, da Convenção:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

É o mesmo que ocorre com a estipulação de determinados direitos como garantias a grupos específicos. No campo dos direitos sociais, a Constituição estabelece, a título de exemplo, licença à gestante (artigo 7º, XVIII), como uma garantia à maternidade e à infância, voltada à proteção e desenvolvimento tanto da mãe trabalhadora, quanto do recém-nascido. Outros direitos trabalhistas têm o mesmo condão. Em que pese componham o plexo de direitos fundamentais sociais, são voltados como garantia a um estrato específico da sociedade, detentor de traços ou posições que impliquem em determinadas vulnerabilidades. A inexistência de tais garantias, por vezes, implica na exclusão de pessoas do gozo do direito ao trabalho

236 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Pos. 2177-2211. Versão Kindle.

237 A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência segue a definição que este trabalho encerra acerca de inclusão, em consonância com seu perfil constitucional que sustenta o desígnio de inclusão na centralidade normativa que possuem a dignidade humana e o rol de direitos fundamentais. Conforme estabelece seu artigo 1º, segunda parte: “O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”.

e dos direitos à proteção da maternidade e infância, dispostos ambos como direitos fundamentais no rol do artigo 6º.

Verifica-se assim a existência de um específico rol de garantias normativas, criadas a partir da positivação de expectativas a destinatários particulares, de modo a compor uma camada de deveres para além da proteção geral às inclusões lastreada na cláusula de não exclusão. Ainda que não esgote este desenho – e nem é da natureza do direito constitucional que o faça –, a Constituição traça parâmetros básicos hábeis a definir atributos essenciais, denotando determinada situação de exclusão – ou de potencial exclusão – como percebida em meio ao processo de elaboração do arcabouço constitucional positivo e erguendo relações de garantia em face destes cenários.

A dinâmica da Constituição da República, portanto, opera duas camadas textuais do perfilamento dos deveres de inclusão. Na primeira, vincula aqueles que estão sob sua égide a um dever geral de inclusão (com efeito, sobretudo, de não exclusão). Na segunda, o próprio texto aponta deveres específicos, relacionados a particulares relações e, portanto, limitado a elas. Esta, no caso, acaba por aproximar o texto constitucional do campo da faticidade, a partir do desenvolvimento que o texto recebe.

Vistas estas duas camadas pelas quais a inclusão acarreta deveres, deve ser destacada a prática do constituinte de estipular deveres gerais e específicos de forma inerente ao traçado institucional do Estado realizado pelo texto constitucional, de modo a englobar a fixação de aspectos inclusivos na mais diversas relações institucionais existentes. No caso, o constituinte estabelece a inclusão para além do traçado de núcleos normativos próprios do princípio da igualdade e de seus desdobramentos mais diretos, moldando as instituições fundadas na Constituição à luz das posições, valores e deveres gerais que compõem o perfil normativo referente à inclusão.

Em tais casos, considerando a faticidade tocada pelo texto a partir do reconhecimento expresso de determinados graus sistemáticos e massivos de exclusão que assolam o país – como é o caso dos quadros de pobreza, da falta de acesso a determinados bens sociais por partes massivas do povo, da falta de aptidão para a cidadania gerada por tais carências, da concentração excessiva de riquezas etc –, o constituinte fixa deveres específicos em meio ao delineio de verdadeiros sistemas de garantia constitucionais, delineando a base de políticas e o

alicerce de empreendimentos normativos de organização institucional fundados no texto constitucional. São casos nos quais o constituinte se dedica a soerguer subsistemas de garantia, dotando-os de facetas inclusivas e limitando o espaço de ação dos poderes constituídos.<sup>238</sup>

Deve-se destacar que não há, na maioria destes casos, uma delimitação expressa de destinatários. Há, porém, diversos deveres que são estipulados, de modos específicos, a concorrer para os desígnios de inclusão. A exemplo do primeiro grupo de casos apresentados, o ponto de referência destes para com a inclusão não se dá, no texto normativo, junto da indicação dos beneficiários ou de fatores de vulnerabilidade em particular. A referência disposta no texto legal se dá com relação aos próprios objetos dos deveres estipulados. A diferença é que, nestes casos, o constituinte dedica maior esforço para positivar mecanismos, relações e instituições hábeis a garantir processos inclusivos, indo além do dever geral.

Esta maneira de atuar em relação aos deveres de inclusão se dá, sobretudo, no âmbito das competências constitucionais relativas a prestação de determinados serviços e garantia de certos direitos fundamentais. No caso, determinados direitos que possuem ligação direta com o panorama fático que envolve o modelo republicano posto acabam recebendo intenso tratamento do texto, sendo suas garantias institucionais e as relações que implicam moduladas para que seus processos de efetivação se deem com observância do desígnio de inclusão.

É este o caso do âmbito para o qual este trabalho se dirige, ou seja, o traçado constitucional de educação. Este – tal como, por exemplo, ocorre com o suporte institucional que recebe o direito à saúde – é um direito fundamental cujas garantias e processos de efetivação receberam especial atenção do constituinte, com o soergimento de um largo suporte institucional para o processo sua de promoção. Conforme será exposto, os deveres fixados na Constituição posicionam suas facetas normativas no sentido estipulado pelo viés inclusivo que pauta o princípio republicano a partir de seu elemento inclusivo.

Neste sentido, cabe assim avançar na exposição de modo a denotar que, em se tratando a inclusão de elemento de contato entre a dignidade e o rol de direitos

<sup>238</sup>Conforme pontua Lenio Streck, “um dos fatores que colabo(ra)ram para a pouca importância que se dá à Constituição se deve ao fato de que as Constituições brasileiras, até o advento da atual, sempre haviam deixado ao legislador a tarefa de fazer efetivos os direitos ou objetivos materiais contidos no texto constitucional, que, com isso, se transformava, porque assim era entendida, em mero programa, uma mera lista de propósitos”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Pos. 3897. Versão Kindle.

fundamentais, implicando a expansão de seu gozo e alcance por camadas da sociedade deles afastadas – a partir da baliza dos mínimos essenciais –, o constituinte estipula garantias à inclusão em meio ao róis dos próprios direitos por ele postos em duas camadas.

Em uma primeira camada, a inclusão é prestigiada pela simples garantia de direitos fundamentais no texto, porquanto sejam, em geral, pautados os seus regimes a partir das balizas normativas fornecidas pela inclusão, sendo sua interpretação pautada pelo princípio da igualdade conforme este é posto. Esta é uma camada mais evidente, sem dúvida, em relação a alguns direitos específicos, em razão do foco dado à modulação de seu regime com base na instituição de um aparato inclusivo. É o caso do direito à saúde, por exemplo e, como se verá, o caso da educação. Neste sentido, garantir saúde e educação é garantir que sejam executados processos inclusivos, estendendo o ensino institucional e os serviços de saúde, porquanto públicos, gratuitos e de prestação obrigatória, a um número cada vez maior de pessoas – considerando que, como direitos fundamentais que são, todas as pessoas os titularizam, de modo que a imposição é pela criação e expansão de serviços historicamente insuficientes.

Na segunda camada, todavia, o constituinte fixa especiais garantias a processos de inclusão próprios, de modo a enfrentar específicas situações de exclusão ou perigo de exclusão em direitos fundamentais. Nestes casos, há uma especificação do regime jurídico, de modo que seja hábil a se impor diante de possíveis barreiras que possam surgir, para além de sua regular garantia. Tais situações envolvem atuações e prestações específicas, portanto. É o caso da obrigatoriedade do poder público de estabelecer atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, conforme disposto no artigo 208 do texto constitucional estabelece, bem como a já citada obrigação que possui de oferecer ensino regular com utilização das línguas maternas e processos próprios de aprendizagem às comunidades indígenas, por força do artigo 210, § 2º.

Vistos estes aspectos acerca de como a Constituição estipula os deveres relativos à inclusão, deve-se considerar, ainda, um último ponto sobre quem deverá ser incluído. Conforme exposto na seção que abordou o princípio da igualdade, nem todas as desigualdades serão incompatíveis com o texto constitucional. O fator pelo qual se diferenciam as desigualdades válidas das inválidas é elemento

essencial no âmbito do princípio da igualdade. Assim, desigualdades inconstitucionais, que, neste sentido, acarretem na exclusão de pessoas, podem ser geradas por diferentes razões, que coloquem diferentes pessoas e grupos em situações nas quais farão jus aos esforços de inclusão.<sup>239</sup> Traços inerentes à pessoa, como visto, são abarcados pelo texto como elementos protegidos de desequiparação. É caso da religião, do gênero, da cor, da raça, entre outros. O desígnio de inclusão, neste sentido, abarca quaisquer múltiplos fatores de discriminação como objeto de proteção contra exclusões, bastando que sejam eles incompatíveis com o ordenamento constitucional e os direitos fundamentais, enquanto tais.<sup>240</sup>

Ao destacar a desigualdade social e regional, bem como o quadro de pobreza, o constituinte faz realces a situações sistemáticas e graves às quais é dada especial atenção. Em outros momentos, todavia, o texto põe em relevo fatores tendentes a gerar situações excludentes, como, por exemplo, é o caso das normas referentes à Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. O mesmo se diz em relação à especial atenção dada ao tratamento do idoso, do desempregado, da criança etc. São erguidas salvaguardas que impeçam que tais situações acabem por ser atingidas por cenário de exclusão no gozo dos bens sociais; ou, já existindo tais situações, é fundado na Constituição um desígnio de promoção de processos hábeis à inclusão das pessoas por elas acometidas na medida de sua exclusão do horizonte constitucional de dignidade. Nestes casos, diferentes condições de vulnerabilidade são consideradas e abarcadas desde o texto como objeto de proteção constitucional.

239 Há que se ter cuidado para avaliar a incompatibilidade de uma desigualdade em relação ao estabelecido pela própria Constituição, de modo que tal diferença se tornará uma discriminação ou uma desigualdade inconstitucional. O liame lógico é essencial, de modo a se considerar a concretude da diferença e seu contraste com a normatividade constitucional conforme expõe Celso Antônio Bandeira de Mello em MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 24. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. Pgs. 21-40.

240 É justamente esta a base normativa das ações afirmativas enquanto importantes ferramentas a comporem o universo normativo brasileiro, por força da própria constituição, conforme exposto em SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Fundamental à Igualdade*. In: J.J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck. (Org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Pos. 11632-11833. Versão Kindle; e ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 15, n. 1996, p. 93-94, 1996. Clèmerson Merlin Clève, a respeito das ações afirmativas em meio ao princípio da igualdade da Constituição de 1988 assevera que “é indubitável que a Constituição de 1988 operou a transformação da igualdade, implicando a passagem de um conceito constitucional estático e negativo para outro dinâmico e positivo, de sorte que o princípio constitucional supõe também satisfação de obrigação positiva cuja expressão democrática mais atualizada é a ação afirmativa”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 3, p. 542-557, 2016.

A metodologia das vias destacadas, pelas quais se dão a estipulação de deveres de inclusão, abarcam este fator, relativo à diversidade de barreiras e elementos que possam, sem a devida observação pelo arcabouço normativo e pelo poder político, gerar exclusão de pessoas do horizonte constitucionalmente tracejado. No caso, o princípio da igualdade, pelo seu elemento de inclusão, impõe a eliminação de quaisquer barreiras, tendo por premissa de seu próprio perfil a diferença e o respeito aos traços que, dela, derivam.

Dessa forma, o texto constitucional tem, a partir dos deveres decorrentes da inclusão e do conteúdo do princípio da igualdade, diversas garantias e elementos que se voltam para abarcar a sociedade, em sua diversidade, no gozo do estatuto de dignidade humana, o que protege e alavanca a noção de individualidade em meio a este núcleo de valores. Tal viés de proteção do texto avança para o regime de direitos fundamentais, cujo processo de efetivação e promoção é vetorizado para, ao mesmo tempo, impedir que determinadas situações acarretem na exclusão de sua fruição, bem como – e, principalmente – estendê-la a pessoas que não se encontrem nesta qualidade, seja qual for o motivo. Devem o direito e o exercício do poder, portanto, adaptarem-se a traços inerentes ao indivíduo e aos diferentes grupos que compõem a sociedade brasileira, promovendo acesso de todos aos bens jurídicos que formam o horizonte de dignidade desenhado no texto da Constituição.

#### **5.4. Os titulares do dever de incluir: Estado e sociedade**

Explorado na seção anterior o parâmetro e os sujeitos de inclusão, de modo a trabalhar parcela acerca do perfil posto à inclusão pelo texto constitucional, cabe avaliar agora a questão relativa a quem titulariza a inclusão enquanto dever. Esta dinâmica denota enfoques aproximáveis às vias de estabelecimento dos deveres expostas na seção anterior.

Neste sentido, num primeiro plano, que se refere à inclusão enquanto elemento que irradia desde os dispositivos que formam seu núcleo normativo, situado enquanto componente do princípio da igualdade, os deveres a ela relativos recaem sobre todos, em determinado grau, sempre operando como baliza para interpretação e compatibilização de atos e normas com o direito constitucional. Assim, mesmo que não haja tratamento específico para um dado caso – determinando como a inclusão nele se concretiza, a partir do delineio de um suporte

fático específico à matéria –, há carga normatizadora desde os dispositivos constantes no Título I da Constituição.

Tratando-se de componentes do núcleo normativo do princípio da igualdade, é necessário destacar efeitos básicos as normas referentes à inclusão acarretam. É relevante apontar, também, para o fato de que tais efeitos, ao incidirem diretamente sobre o exercício do poder e as ações legitimadas normativamente para o correto exercício dele pelas instituições, estabelecem feições próprias para seu balizamento e fundamentação desde a base constitucional a ele estabelecida. São, assim, efeitos que moldam o princípio republicano e o modelamento que este faz para o poder constitucionalmente normatizado.

Dada a falta de desenvolvimento normativo pelo próprio constituinte para quando da aplicação dos desígnios de inclusão a um determinado caso concreto, merece relevo seu efeito negativo, que implica na não recepção de normas que impliquem em exclusão, na incompatibilidade de novas normas ou na proibição, por inconstitucionalidade, de ações contrárias ao conteúdo jurídico da inclusão<sup>241</sup>. Nestes casos, o princípio da igualdade e sua faceta de inclusão se aplicam diretamente, a partir de seu núcleo normativo, dependendo, é certo, de atividade hermenêutica e dos termos presentes no caso concreto para que se possa estabelecer o seu impacto. Neste sentido, o elemento constitucional de inclusão se aplica a todos aqueles que se encontrem sob a égide do texto, sendo titulares de deveres de respeito aos objetivos de inclusão todas as pessoas, em conformidade com a natureza que possuem. Se diz neste sentido justamente porque nestes casos não há um padrão rígido a determinar específicos deveres. Isto é, sem dúvidas, natural à falta de desenvolvimento específico de suporte fático de aplicação.

É certo que, no que toca, por exemplo, ao efeito negativo de proibição de novas leis que acarretem exclusões, os titulares do dever de respeito desta camada do princípio da igualdade serão aqueles que têm competências de criação normativa. Este é um efeito direto do núcleo normativo da inclusão no texto, que implica em um específico dever a ser titularizado apenas por um grupo de sujeitos em razão de suas especiais naturezas. Por outro lado, particulares e Estado violam

<sup>241</sup>Inserir referência sobre efeito negativo de normas de aplicabilidade limitada, conforme SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª. 2ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008. Pgs. 147-160. Com relação aos princípios, em especial, BARCELLOS, Ana Paula de. **Princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito**. Um estudo de caso: reflexões sobre o direito do trabalho e o sistema constitucional. 1. ed. Createspace, 2014. Pos. 898-1064.

o dever em questão quando agem amparados por norma que, ao gerar exclusões, se torna incompatível com o ordenamento constitucional.

Os casos ora citados exemplificativos. Porém, Estado e particulares titularizam deveres por força da aplicação direta do princípio da igualdade. Este, enquanto tal, não se afasta do traço de abertura normativa. Todavia, é inegável que, enquanto alicerce do ordenamento jurídico e do modelo republicano normativamente estabelecido, é essencial enquanto baliza às relações jurídicas e às relações de poder, oferecendo uma base mínima, que seja, para sua aplicação direta. Atuar de modo a gerar exclusão é, sem dúvidas, atentatório não apenas ao direito constitucional, mas ao núcleo mais central do arcabouço em questão. Discriminações que tendam a gerar exclusão são completamente incompatíveis com ele, o que gera um dever geral de respeito por todos os agentes sociais.

Já no que se refere aos casos componentes de um segundo plano, os deveres correlatos se aplicarão aos sujeitos indicados diretamente pelo próprio texto. No caso, tratam-se de situações normativas nas quais o direito já aponta um determinado sujeito vinculado ao cumprimento do dever de inclusão em questão. Assim, conforme o lastro normativo é desenvolvido, o texto passa expressamente a desenhar relações jurídicas e o estabelecimento de deveres, os quais são direcionados a sujeitos determinados. É o caso do estabelecimento de deveres de prestação ou de abstenção específicos, nos quais se busca estabelecer juridicamente uma garantia maior para que ocorra uma dada inclusão em especial.

Ainda que o primeiro plano apontado dê ênfase ao peso jurídico que possui a inclusão, em especial, junto da natureza que possui como componente de princípio aplicado desde seu núcleo normativo e, portanto, aplicável sobre o agir e as normas que permeiam relações públicas e privadas, gerando efeitos sobre todos os agentes sociais, neste segundo plano também há estipulação de deveres de inclusão aos particulares. Neste sentido se encontra o exemplo já levantado da licença-maternidade e outros encargos trabalhistas postos sobre particulares. O outro exemplo é o que envolve o papel da família para com a educação (artigo 205, *caput*), bem como para a proteção de idosos e crianças (artigos 227, 229 e 230). O mesmo se pode dizer sobre a fixação constitucional do salário-mínimo, vinculada – não à toa – a bens jurídicos componentes do estatuto de dignidade constitucional.

No campo dos deveres do Estado, este segundo plano possui ainda mais impacto. Em geral, o balizamento de relações pautadas pela matéria de inclusão



trará expressamente o titular ou titulares do dever em questão. É o caso, como visto, da garantia do benefício de prestação continuada da assistência social, previsto desde o 203, V, da Constituição, englobando o plexo de competências estatais. Em casos como o citado, a fixação do dever sobre um dado sujeito implica num reforço da garantia estipulada no texto.<sup>242</sup>

Todavia, outros casos também comportam o apontamento de sujeitos de deveres determinados. Casos nos quais o constituinte delinea aspectos de sistemas constitucionais, nas mais diversas áreas, com olhos ao ideal de inclusão, se incluem nesta mesma situação. Entram aí diversas competências que são esboçadas desde o arcabouço constitucional e possuem atributos inclusivos. Neste caso, a fixação destes atributos enquanto deveres marcantes de tais competências representa um esforço de soerguimento de garantias às inclusões. É o que ocorre, a título de exemplo, em diversos aspectos do desenho constitucional da educação, conforme será abordado posteriormente.

Em ambos os enfoques plano de incidência, diferentes sujeitos titularizam os deveres relativos à inclusão. Suas vinculações primárias, decorrentes de seu núcleo normativo e que dispensam desenvolvimento específico, enquanto princípios fundamentais, se aplicam a todos. Assim, Estado e particulares devem observar o conteúdo jurídico da inclusão, em alguma medida. Todavia, em que pese a inclusão compor o princípio da igualdade desde seu núcleo mais essencial, consistir paradigma para o traçado das relações sociais em meio ao modelo republicano estabelecido e vincular o ordenamento jurídico como um todo, há forte alinhamento de deveres voltados ao desígnio de inclusão na figura do Estado. Estes que, no caso, são o enfoque desta dissertação.

Por opção do constituinte, as normas de organização estipuladas no texto fixam sistemas de deveres que abrangem a inclusão como traço marcante, em esforço rumo ao alcance dos objetivos definidos e inerentes ao princípio republicano

242Feita esta aproximação entre as fixações de sujeitos dos deveres de inclusão e aquelas relativas à indicação de seus beneficiários, deve-se acrescentar que não há, necessariamente, uma correlação entre indicações expressas destes dois elementos, nos casos em que são feitas. Casos de garantia expressas, como é o caso do benefício previsto no artigo 203, V, possuem a correlação, muito em razão de tratar-se de uma política de Estado fixada desde a Constituição. Há casos, todavia, nos quais o texto fixa deveres gerais, implicando em garantias de respeito, conforme visto quanto ao primeiro enfoque ora exposto. É o caso, por exemplo, dos princípios gerais da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que, apesar de fazerem parte deste subsistema de proteção específico à pessoa com deficiência, são – inclusive pela natureza principiológica que possuem – normas vinculantes sobre todas as relações que envolvam a pessoa com deficiência e a aplicação da Convenção.

como norma que fundamenta e orienta o exercício do poder. Essa opção expõe a relação que permeia a Constituição acerca de consensos sobre problemas relacionados às exclusões que assolam a sociedade e as vias pelas quais serão estes defrontados. O Estado surge, neste aspecto, como ente apto ao cumprimento de diversas metas que se fazem possíveis no âmbito de seu regime jurídico e os traços que o caracterizam. É assim, portanto, que o constituinte faz em relação a temas que se tornam, no Brasil, sensíveis, e são objeto de específica atenção normativa, como ocorre com a pobreza, a exclusão de minorias – incluindo os povos indígenas e quilombolas –, a inclusão das pessoas com deficiência, o racismo, o desamparo à infância e à velhice, entre outras que existem e, por vezes, implicam em exclusão, relegando grupos à margem do gozo do estatuto de bens de dignidade em seu patamar mínimo. Para tais casos, os poderes constituídos são posicionados no sentido de uma atuação incisiva e adequada aos fins expressamente fixados.

Deste modo, portanto, que ganha relevo a forte correlação entre o vetor de inclusão e o desenho do regime de competências constitucionais. O impacto da inclusão em seu traçado é via adotada pelo constituinte que acaba por conferir não apenas diversos suportes a delinear e desenvolver o princípio da igualdade em um sentido próprio ao Brasil, mas um campo de desenvolvimento de seu conteúdo normativo a partir deste desígnio. Em áreas que tem como essenciais para gerar processos inclusivos, o constituinte avança para o traçado de incumbências ao Estado, levantando garantias de nível institucional que correspondam às expectativas correlatas. É este o caso do tratamento dado pela Constituição às competências voltadas para concretização de direitos fundamentais, cujo panorama é, historicamente, objeto de movimentação social e consideração por parte dos mais diversos setores da sociedade, dada suas importâncias, como são educação, saúde, assistência social, previdência, entre outros. Para além dos direitos fundamentais sociais, deve-se destacar o impacto que a inclusão possui no desenho dos direitos políticos, relevantes à cidadania.

Se, por um lado, o regime de competências desenvolve o conteúdo do ideal de inclusão, na via inversa, ele acaba por ser moldado à luz deste desígnio constitucional. Não é mera liberalidade oferecida pelo constituinte em específicos aspectos. Porquanto a inclusão implique na extensão de um estatuto de bens que se resolve em camadas do plexo de direitos fundamentais, ambos os regimes se entrelaçam e se encontram no delineamento dos sistemas de concretização deste.

Em grande medida, a efetivação de direitos fundamentais é pautada pela inclusão, funcionando como motor desta.

Pautar a igualdade na Constituição e, sobretudo, o princípio republicano, pelo objetivo específico de obstar exclusões e promover inclusões como razões do poder constitucionalmente balizado é a forma pela qual se molda um Estado e uma ordem político normativa hábeis a romper com processos e conflitos que tinham a exclusão como efeito, o que marcou o passado institucional pré-1988. A Constituição de 1988 absorve as demandas por um Estado capaz de romper com marcas inadmissíveis de um Brasil excludente, desigual e pautada por diversos focos de poder – sobretudo mas não somente estatal – não apenas descompromissados com aqueles largamente afetados pelos quadros citados, mas promotores de tais quadros. Neste sentido, a inclusão enquanto razão a mover competências estatais é um ponto de virada absolutamente relevante que a Constituição brasileira estabelece. Justamente por isso é ponto de disputa intensa e tão constantemente atacada, conforme será abordado mais adiante.

### **5.5. A posição do Estado enquanto gestor de pretensões sobre a inclusão**

O que deve ser levantado, todavia, é que, conforme o desenho realizado no texto constitucional, não é o Estado a única figura posicionada como titular de deveres de inclusão, deveres estes contrapostos a pretensões, portanto, de outros sujeitos. Diferentes figuras, tais quais a sociedade em sua totalidade, a família e o próprio indivíduo, são estabelecidas pelo constituinte como titulares de deveres, de modo a destacar o papel que possuem no alcance de fins pactuados e positivados. De fato, esta é uma mecânica que condiz com a essência de uma noção corrente de república até a atualidade, que ressalta república como modelo que baseia não apenas a titularidade de direitos, mas também a de deveres pelos membros do corpo social e outras figuras relevantes às relações internas a ele.

No caso, em meio a uma construção normativa pautada pelos fins que constituem as razões do modelo político normativo estabelecido, é certo que a fixação de múltiplas figuras em diferentes posições, ao longo de diversas relações jurídicas, acaba por permitir uma possibilidade maior de alcance de um potencial de garantia a partir do direito, levando-se em conta as diferentes posições, vocações e

funções empreendidas por tais sujeitos. Neste complexo contexto se encontram os deveres de inclusão.

Desta construção decorre que o Estado, enquanto figura a gerir os interesses positivados como razão de seu desenho político-institucional e, neste sentido, no que diz respeito ao desígnio de inclusão, não será apenas titular de deveres. Porquanto seja ele fundado com base em fins que envolvem a participação cidadã e o cumprimento de deveres titularizados por outras figuras, o ente estatal, enquanto reitor de interesses públicos e catalisador de ações individuais e coletivas voltadas ao bem comum, é também titular de pretensões contrapostas à determinadas sujeições fixadas aos outros atores ordenamento constitucionalmente. Basta pensar na posição que o Estado possui em relação aos deveres tributários dos quais são titulares os particulares, considerando a função ao qual tais relações servem. Nestes casos, o Estado atua como gestor de interesses, ocupando posição no qual, frente a ele, devem os sujeitos vinculados cumprirem com deveres que, de outra face, são pretensões que o ente jurídico demanda cumprimento.

Apenas para ilustrar, sem a pretensão de aqui antecipar o tema, a educação é fixada como direito fundamental, titularizado por todos, sendo dever do Estado e da família, conforme dispõe o artigo 205 do texto constitucional. Com base neste dispositivo, há diversas normas, previstas em meio ao ordenamento infraconstitucional estipuladas com fins de garantir que o papel da família seja cumprido, caso dos artigos 18-A, 18-B e 22, do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o artigo 246 do Código Penal, que tipifica o crime de abandono intelectual, desempenhando os deveres fixados.<sup>243</sup> São trazidos estes casos a título ilustrativo. Há pretensões do Estado em relação a outros deveres relacionados, também, ao desígnio constitucional de inclusão, titularizados de forma difusa, enquanto elementos do modelo político normativo posto, pela miríade de atores sociais que são jurisdicionados.<sup>244</sup>

243RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação**. Tese de Livre-docência. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Pgs. 320-326.

244Casos envolvendo desde os deveres tributários, que envolvem pretensões econômicas cujo cumprimento permite ao Estado o alcance de seus objetivos, bem como no papel da família para com a assistência de pessoas idosas, pessoas com deficiência, crianças e adolescentes etc. Casos como os dos artigos 227, 229 e 230, da Constituição, estabelecem deveres às pessoas que geram ao Estado pretensões de fiscalizar e punir atos que violem tais obrigações, por exemplo.

Há, para além disso, um outro motivo que implica o Estado enquanto titular de pretensões relativas à inclusão, para além da fixação de deveres específicos em meio aos diferentes regimes que compõem o texto. Este, no caso, se encontra na própria base axiológica da república fundada na Constituição. Neste sentido, porquanto tenha por fundamento a cidadania e a dignidade humana, é intrínseco à figura do Estado que este seja dirigido e pautado a partir do exercício das atividades cidadãs, requerendo, para tal, que o estatuto de dignidade humana seja garantido, permitindo compreensão e capacidade de participação sociopolítica às pessoas. É interesse constitucional, assim, que a sociedade, em ação permanente, preencha a razão que sustenta a ação dos poderes e mova sua atuação, limitando-os e vinculando-os ao ideal de soberania popular. No caso, compreende tal interesse o fato de que deve a sociedade cumprir com um conjunto de deveres, ainda que num mínimo exigido, de participação nos negócios da sociedade. Este aspecto se encontra no próprio cerne do ideal republicano em geral, remetendo, novamente, à figura dos deveres como base a estruturar e desenvolver tal modelo de legitimação, balizamento e orientação do poder. É desta maneira, portanto, que a figura do Estado ocupa posição inversa, titularizando competências relativas à cobrança do cumprimento destes deveres sociais postos a outros atores sociais.

Deve-se frisar que, ainda que não se considere a figura do Estado efetivamente titular de pretensões, em sentido estrito, em razão do fato de ser este, enquanto ente, um meio para os próprios fins estabelecidos como razão do modelo republicano posto, compõe seu plexo de competências a exigência de atuação cidadã no sentido dos deveres que derivam do arcabouço constitucional. É neste sentido que, aqui, se fala no Estado como titular de pretensões. O que deve se observar é, considerando a dinâmica exposta sobretudo no segundo motivo, o papel que possui o Estado, enquanto figura contraposta aos deveres cidadãos, no sentido de ente a movimentar processos de inclusão. Considerando que o estatuto básico de dignidade humana não é realidade de muitas pessoas, com défice no gozo de diversos direitos fundamentais necessários ao pleno exercício da cidadania e, até mesmo, para o cumprimento dos deveres a ela relativos, processos de inclusão são uma pretensão pela qual zela o Estado, enquanto figura cuja própria legitimidade é, ela própria, sustentada em processos participativos.

Portanto o Estado, enquanto mediador de relações sociais e mecanismo de concretude para desígnios democraticamente fixados, rege uma pretensão de que

ocorra efetiva inclusão, porquanto apenas assim terá este atingido o campo em que ficam situadas suas razões e se desenvolverá em conformidade com a pretensão que a Constituição estipula em relação a ele.

### **5.6. Considerações finais acerca da inclusão como desenhada pelo constituinte**

À luz do que foi colocado neste capítulo, devem ser feitas algumas colocações a título de conclusão, de modo a se delinear uma visão acerca da inclusão enquanto elemento central do princípio republicano tal como estabelecido pelo constituinte brasileiro. Neste sentido, partimos de uma concepção de república enquanto cânone a ser reproduzido e especificamente estabelecido, a partir do direito constitucional, na forma de princípio jurídico reitor do texto e de seus diversos sistemas. No caso, tal estabelecimento se dá em meio ao próprio processo ao cabo do qual tem-se a gênese da constituição, incorporando portanto, dentre seus elementos, campos específicos que marcam as realidades postas em dada sociedade. Tais elementos preenchem as próprias razões do poder legitimado constitucionalmente, balizando-o e orientando-o.

Assim, é de se observar que, no caso brasileiro, a Constituição de 1988, à luz do processo político e do cenário histórico que antecede sua criação, molda a república nela fundada a partir de uma centralização do elemento de igualdade, o que se dá com base no próprio reconhecimento e positivação de específicas visões sobre a faticidade que concernem a ele. É um texto constitucional que reconhece e assume as diversas desigualdades e exclusões que marcam o país. Desta maneira, observa-se no texto posto o suporte estabelecido aos dados do plano fático que marca o país, de modo, em muito, inédito na história de suas constituições. Paralelamente, o próprio texto delinea um horizonte pautado na dignidade, de modo a desenvolver um paradigmático estatuto de direitos e condições sobre a pessoa humana, balizados pelo mínimo essencial, a ser prestigiado e garantido. A inclusão surge, portanto, enquanto elemento de contato entre o princípio da igualdade e este estatuto lastreado na dignidade humana e nos plexos de direitos fundamentais nela assentados.

O que se deve ter em vista ao trabalhar o princípio republicano da Constituição de 1988 é que este importa uma relevante ruptura em relação ao

passado institucional brasileiro. Esta se dá a partir do direito positivo, em sua Constituição mais debatida e marcada por forte caráter democrático. É assim que a inclusão é elevada a elemento central não apenas a vincular o exercício do poder, mas a legitimá-lo. Incluir é projetar a dignidade e suas parcelas marcantes para todas as camadas do povo brasileiro. Desta maneira, a ruptura mencionada não abarca simplesmente a colocação da inclusão enquanto valor central do texto, mas a partir de seu desenvolvimento ao longo dos diversos sistemas que perfazem a ordem normativo constitucional. É assim que Estado e sociedade são ordenados a partir da baliza posta pela inclusão, enquanto cerne que é do modelo republicano posto.

Neste sentido, o texto constitucional desenvolve este núcleo axiológico – a englobar os princípios da dignidade, da igualdade, o seu específico modelo de princípio republicano e os desígnios de inclusão que promovem o contato entre todos eles, desde suas bases textuais em meio aos princípios fundamentais – posicionando direitos e deveres detidos por atores sociais, de modo a abarcar Estado e particulares no sentido do alcance de tal horizonte. Neste sentido, direitos e deveres são as figuras que estruturam as diversas relações pelas quais o direito intenta possibilitar a transcendência os conteúdos e interesses postos no plano do direito positivo – e, assim, almejados porém não ainda materializados – à faticidade. Instituições criadas, encargos distribuídos e os diversos regimes jurídicos especificamente estruturados pelo texto são pautados enquanto vinculadores da ação por meio do estabelecimento de relações jurídicas que indicam objetos, sujeitos de deveres e de direitos. É desta maneira, com a inclusão – e os demais conteúdos que permeiam o núcleo de valores do texto – posicionada enquanto elemento de tais relações – e, assim, entre deveres e direitos postos – que se busca que ela deixe o mero campo da vontade e idealização e avance ao plano fático.

Deste modo, nos próximos capítulos, voltamos nossa atenção para as garantias estabelecidas pelo texto constitucional aos desígnios de inclusão. Estas desenvolvem e projetam o conteúdo do princípio republicano e dos demais princípios que se situam em seu universo temático, espalhando-os pelo texto constitucional. Focamos, aqui, a figura do Estado e suas competências. O caso é que, enquanto texto de marcada ruptura e realinhamento para com um passado de exclusões e desigualdades criadas, em muito promovidas e mantidas pelo Estado, é em sua reestruturação que se situa um dos maiores desafios da ordem posta. Mais

do que posicionar o desenho de direito e Estado a partir de um modelo de legitimação e exercício do poder, é crucial que se efetivem estes novos desenhos. Desta maneira, abordaremos como são estabelecidas competências estatais próprias, em meio ao desenho das instituições, a efetivar os necessários processos de inclusão.

O desenho constitucional do direito à educação, que é o regime jurídico para o qual nos direcionamos, é campo cujo desenvolvimento normativo é feito de modo a prestigiar largamente os desígnios de inclusão. Isso se dá, conforme veremos, justamente em razão da posição constitucional da educação e seu impacto em meio ao sistema delineado, bem como em relação à própria faticidade que marca os sistemas de ensino. É assim que, após o próximo capítulo, referente às garantias, adentraremos o tema da educação na Constituição, explorando as garantias postas de modo a concretizar os objetivos de inclusão, à luz do que é estabelecido em meio ao desenho do princípio republicano brasileiro.



## **6. Garantias**

### **6.1. Aspectos introdutórios**

Neste capítulo, inicia-se a segunda parte deste trabalho. Assim, após abordar o princípio republicano da Constituição de 1988 e a colocação do elemento de inclusão em seu cerne, cabe agora avançar para a estruturação, pelo arcabouço constitucional, de garantias a este desígnio próprio da razão republicana brasileira e, em especial, no traçado do direito fundamental à educação pelo texto.

Assim, dada a apresentação dos deveres enquanto elementos centrais à interpretação do modelo republicano fundado na Constituição e do vetor de inclusão como componente do princípio da igualdade, cabe agora avançar sobre um tema relativo ao próprio papel que a figura do dever, enquanto comando deôntico, assume em meio ao ordenamento jurídico, ou seja, o de garantia.

Faz-se assim justamente para entender: I) o que são e como se comportam, no contexto do direito e, sobretudo, na realidade da Constituição brasileira, as garantias; II) o papel de garantias das normas componentes do desenho institucional realizado para suporte do modelo político normativo posto, considerando os deveres de inclusão inscritos a partir do plexo de princípios fundamentais do texto constitucional.

É importante destacar que o foco deste capítulo – considerando as garantias enquanto elementos deônticos recorrentes à dimensão jurídico positiva e, portanto, inerentes à lógica do direito –, está nas garantias constitucionais. É com base em seu especial regime jurídico positivo que são feitas as considerações aqui expostas.

### **6.2. Concepção de garantias**

O contexto mais comum no qual são desenvolvidas as garantias jurídicas – em doutrina e jurisprudência sobretudo –, se dá em meio ao tema dos direitos fundamentais. De fato, não poderia ser diferente, considerando-se a evolução do constitucionalismo democrático enquanto limitador de poderes em prol da pessoa humana, naquilo que se refere, inclusive, à gênese da figura da garantia jurídica, conforme será exposto adiante. Neste contexto, o papel de garantia normativa surge, evolui e é trabalhado em meio a uma concepção de ordenação que tem por

horizonte a proteção de expectativas e bens caros à sociedade democraticamente organizada e ao ser humano individualmente considerado. Na própria lógica interna ao texto constitucional essa aproximação se apresenta, sendo as garantias tema do título II da Constituição, ao lado da figura dos direitos.<sup>245</sup>

Todavia, as garantias, em sua própria essência normativa e em atenção à dinâmica do regime de direitos fundamentais, não podem ser com os direitos confundidas. Enquanto figuras inerentes à lógica deontica que permeia a dinâmica jurídico normativa, elas e os direitos compõem regimes jurídicos de forma complementar, sendo essa uma dinâmica reproduzida no âmbito do direito constitucional, onde assume fundamental importância. Neste sentido, a diferença entre as duas figuras se dá na própria concepção de cada uma: enquanto os direitos implicam pretensões e expectativas, comportando objetos demarcados normativamente a determinados sujeitos, as garantias implicam em vinculações tendentes a promover a concretização daqueles; pela garantia, busca-se encurtar o caminho entre o direito protegido e a faticidade almejada em sua estipulação.

De grande valia, neste sentido, é a definição trazida por Luigi Ferrajoli, já apresentada quando tratou-se dos deveres constitucionais, cabível novamente a exposição. Este as define como sendo obrigações (aqui, no sentido próprio de comando deontico consistente em uma proibição ou uma prestação) fixadas em prol de uma dada expectativa, a compor o próprio objeto da garantia em questão.<sup>246</sup> É um conceito básico, formado por: 1) um elemento deontico de obrigação, 2) um interesse que, em se tratando de garantias jurídicas, é de algum modo positivado, e 3) um sujeito fixado pela norma.

A figura da estipulação de uma obrigação é central, portanto, à vinculação decorrente da garantia. O próprio direito posto aponta um sujeito ou grupo de sujeitos que são vinculados, no campo do dever ser, ao cumprimento de um dado interesse, seja por ação ou omissão, delineada assim uma relação jurídica em seus elementos. Não fica distante da concepção adotada por autores como Paulo Bonavides, que trabalha as garantias com ênfase no papel de proteção aos direitos

<sup>245</sup>Conforme é trabalhado por SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018. Pos. 4279-4431. Versão Kindle; Ferrajoli, Paulo Bonavides, Jorge Miranda e outros, trazendo seus conceitos acerca das garantias.

<sup>246</sup>FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 1: Teoría del derecho**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. Pgs. 186-190.

previstos no ordenamento.<sup>247</sup> O que deve ficar marcado é o fato de o papel garantidor do direito restar guardado junto à vinculação da conduta para o alcance do objeto de uma dada expectativa, juridicamente fixada. Mais do que estabelecer a declaração normativa de um dado direito, o triunfo da coercitividade da forma jurídica ocorre pelo estabelecimento de uma obrigação, a alguém, de cumprir com a expectativa gerada em sua declaração.

Trabalham-se as garantias, portanto, em um conceito aberto, de caráter eminentemente deôntico, sem desconsiderar que a doutrina possui diversos recortes tratados com base no tema. O fato é que a ideia de garantia deve ser mais abrangente, porquanto não necessariamente esteja referida a um direito subjetivo, podendo ter por razão a concretização de outros interesses normativos, a eles relacionados, porém não exigíveis no plano da titularidade individual.<sup>248</sup>

Em razão disso e, também, pelo fato de que demandam maior desenvolvimento normativo acerca de situações juridicamente reguladas, abrigando uma especificação de soluções e acarretando maior trabalho democrático de construção de consensos, as garantias guardam, em sua essência, o fato de serem figuras de contato entre o campo normativo – com a fixação de interesses nele realizada – e a faticidade almejada e ensejadora da própria existência de tais figuras normativas. É este papel de ponte entre mundos que denota o especial valor da figura da garantia para o direito. Promovem contato entre os interesses normativos positivados com os sujeitos das relações a envolver os agentes jurídicos nos empreendimentos constitucionais. Sem garantias fixadas, interesses e expectativas restariam como posições jurídicas isoladas, carentes de comandos deônticos e força mobilizadora. As garantias são as figuras que exercem um papel de vinculação de sujeitos, orientando a ação e a criação, interpretação e aplicação do direito.

247 BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. Pgs. 525-529.

248 No caso, vale mencionar a noção trazida por Paulo Bonavides acerca das chamadas garantias do direito objetivo, que fazem transparecer o próprio papel estabilizador que possui o texto constitucional. No caso, em dicotomia com as clássicas garantias de direitos subjetivos: “as de direito objetivo, a garantia das garantias, se assim podemos nos expressar, vem a ser a Constituição mesma, a sua rigidez, o seu grau de legitimidade, o seu formalismo, a eficácia, a juridicidade e o alcance de suas cláusulas, a par de um efetivo controle de constitucionalidade. Mas não param aí as garantias formais de que a Constituição será protegida e protegerá o Direito”. Esta é apenas uma das concepções que demonstra o caráter amplo que possui a noção de garantias e sua cisão de uma noção reducionista do papel de garantia na Constituição. BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. Pgs. 547-548.

Diferentes visões acerca do direito, no que toca a garantias, acabam se encontrando, como nos casos de Paulo Bonavides e Luigi Ferrajoli. Daí se vislumbra que, independentemente da corrente filosófica adotada, a figura da garantia se faz presente nas diferentes teorias jurídicas, justamente por conjugar elementos cruciais a uma ideia de direito enquanto ordenador social. São elas campos centrais aos ordenamento postos a partir de desígnios de concretização de valores, portanto. É o que se observa no caso da Constituição de 1988, que estabelece a partir de seu texto uma república voltada à realização de processos inclusivos desde a figura do Estado. Assim, a partir das garantias ela orienta os diferentes atores conforme este objetivo.

### **6.3. O caráter evolutivo das garantias**

Dada a natureza das garantias enquanto comandos deônticos elementares ao arcabouço normativo, certos traços inerentes à sua abrangência merecem relevo para continuidade do trabalho. Neste sentido, cabe adentrarmos o aspecto evolutivo das garantias: enquanto elemento normativo, são elas um conceito que, aqui, cabe apontar como, simultaneamente, evoluído e evolutivo.

É conceito evoluído pois sua própria noção tem na evolução histórica um suporte: em sentido amplo, a noção de garantias tem origem em contexto de liberalismo, protegendo direitos individuais e limitando a ação do Estado. Com a chegada do Estado Social, porém, a previsão de novos direitos acarreta uma nova concepção sobre deveres e a mudança no papel do Estado, de maneira que as garantias constitucionais mudam de perfil, passando a caracterizar uma figura mais abrangente e hábil a consagrar diferentes interesses, permitindo a abertura das previsões de direitos a maiores realidades, pautadas por novas expectativas.<sup>249</sup>

Por outro lado, é evolutivo pois, conforme tenham assento no direito positivo e, sejam fruto, no Estado constitucional democrático, de processo dialógico de criação e desenvolvimento, absorvem e comportam as transformações que o direito passa – sobretudo naquilo que diz respeito ao seu conteúdo. O traçado de garantias se altera conforme os papéis sociais definidos pelo ordenamento sejam modificados ou, como é ainda mais importante, conforme se altere o plexo de interesses

249BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. Pgs. 530-535.

compreendidos pelo direito e os entendimentos acerca das vias pelas quais estes são estabelecidos e prestigiados.

Conforme constituições sejam feitas, no âmbito do constitucionalismo moderno e contemporâneo, a partir de uma consolidação de consensos políticos em meio à normatividade jurídica, o ordenamento, em tese, mantém relação de fidedignidade com anseios sociais e políticos específicos da sociedade em questão, na medida da coerência do processo constituinte com o grau de participação democrática – aqui considerada em sentido amplo e completo – existente. As garantias são parte deste processo.

Isso ocorre, em primeiro lugar, porque, a partir das garantias dispostas num determinado ordenamento constitucional, é possível observar os interesses, padrões de consenso e opções que marcam o modelo de legitimação, balizamento e orientação de poder nele posto – tal qual foi destacado quando trabalhado o tema dos deveres jurídicos em meio à Constituição. Enquanto elementos deônticos fixados visando a concretização de expectativas consagradas no arcabouço normativo, as garantias são relevante expressão dos conteúdos que preenchem o direito – sobretudo, ou seja, a dimensão material da Constituição. Por mais que, por vezes, o constituinte fixe interesses e expectativas de forma isolada, há uma miríada de ocasiões nas quais o próprio interesse é fixado já em meio a camadas próprias de garantia, enquanto objeto posto de uma relação constitucionalmente estabelecida.

Em segundo lugar, as garantias são diretamente relacionadas com o papel de cristalização de consensos que tem o texto constitucional: conforme abarquem vinculações específicas a determinados sujeitos, a fixação de garantias pressupõe um processo deliberativo de construção e de soluções pactuadas acerca da distribuição de funções, deveres, responsabilidades e diversas outras posições, em face dos interesses maiores e específicas expectativas firmadas.

A noção de garantia, a partir de sua faceta de elevação do campo normativo à faticidade das relações sociais e dos papéis subordinados à ordem jurídico política, representa, deste modo, mecanismo normativo adotado a comportar não apenas uma ponte entre interesses e o campo das obrigações, mas uma própria figura de depósito da carga de conteúdo material do texto constitucional. Neste sentido, é essencial observar o peso que possui a figura das garantias para o traçado do modelo político normativo tal como feito pela Constituição. Conforme a fixação de

garantias demande avanço no processo democrático de assimilação e criação normativa, o plexo erigido representa verdadeiro parâmetro hábil a revelar parcelas de prioridades fixadas pelo constituinte, dentre as matérias que preenchem o conteúdo do ordenamento constitucional.

Não se está a dizer que as garantias fixadas – ou, em outras palavras, os objetos das garantias postas – são os únicos elementos normativos hábeis a expor os interesses e valores maiores do texto. Todavia, a fixação de garantias é resultado de desenvolvimentos sociais, políticos e normativos, expandindo o material objetivo presente no direito constitucional positivo e, portanto, os vínculos gerados a partir da Constituição. Justamente por isso sua presença, perfil e intensidade é variável conforme a realidade constitucional observada.

Do ponto de vista axiológico, é de se ver, por trás dos esforços em estipular garantias, uma dimensão permeada pelas próprias expectativas às quais elas se referem. No caso, por trás da malha de garantias postas, se está a prestigiar valores e interesses em função das quais estas são estabelecidas. Isso ocorre, sobretudo, em relação às garantias de direitos fundamentais. Mais do que este impacto pelo seu fundo axiológico, porém, o seu efeito prático a partir do ordenamento acaba por alçar seus objetos à faticidade das relações que se dão a partir das vinculações e esforços por tais normas mobilizados.

Neste sentido, este processo de constitucionalização de temas e soerguimento de garantias acarreta a retirada de conteúdos da disposição dos entes subordinados ao direito constitucional, implicando na vinculação dos poderes constituídos e, também, na criação, interpretação e aplicação de direito infraconstitucional ao padrão normativo e aos conteúdos estabelecidos na seara constitucional, que desdobram e refletem as opções político ideológicas postas desde os princípios fundamentais.<sup>250</sup>

Tem-se, assim, uma primeira camada de garantia gerada pela própria lógica do regime jurídico do direito constitucional – no caso, residente na supremacia da Constituição e reforçada pelo aspecto de sua rigidez.<sup>251</sup> Outras camadas, todavia,

<sup>250</sup>Conforme assevera Gilberto Bercovici ao avaliar os princípios fundamentais enquanto parâmetros para interpretação constitucional. BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003. Pg. 299/300.

<sup>251</sup>Conforme os efeitos e as correlativas garantias constitucionais decorrentes da rigidez constitucional em FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 2: Teoría de la democracia**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. Pg. 85-96. No mesmo sentido, Paulo Bonavides circula tal conceito como sendo de “garantias constitucionais

surgem a partir da ação do constituinte, podendo assumir diversos graus e, inclusive, se sobrepor – como é, inclusive, comum na dinâmica do texto constitucional brasileiro.

Este é, talvez, o elemento primário que faz do direito constitucional um campo, por si só, apto a promover garantias dos interesses democráticos, das vontades do meio social e, sobretudo, dos conteúdos substantivos do ideal republicano. A própria lógica interna à Constituição da República intensifica este fator, em razão dos limites aos poderes constituídos e, sobretudo, ao poder constituinte derivado, impostos pelas opções constitucionalmente positivadas, a inserir no campo normativa as posições, valores e interesses politicamente consagrados.

#### **6.4. Como se apresentam as garantias no direito positivo**

Vistos alguns dos traços gerais acerca do conceito de garantia, cabe abordar aspectos relativos à sua previsão delas em meio ao direito positivo. Neste sentido, é importante expor desde já que elas não se apresentam, enquanto comandos normativos, dentro de uma forma específica e única. O aspecto de vinculação deôntica que preenche a garantia pode se dar em diferentes níveis, tendo por escopo variadas vinculações a um objeto. Antes, ainda, há variações relativas à sua própria disposição em meio ao texto normativo.

Neste sentido, podem ser as garantias previstas de forma conjunta com a estipulação do interesse protegido, ou seja, pelo próprio dispositivo que o aponta, bem como podem ser previstos interesse e garantia em dispositivos isolados. Conforme exposto ao tratar dos deveres e dos direitos fundamentais, há diversos dispositivos no texto constitucional nos quais determinada garantia a uma expectativa é fixada de forma conjunta, de modo que, por exemplo, um dado objeto de expectativa seja estabelecido de maneira implícita ao traçado da própria garantia.<sup>252</sup> Por outro lado, podem ser estabelecidas em dispositivos distintos daqueles que demarcam os interesses que visam proteger, tal como ocorre com os diversos desdobramentos que, vinculando Estado e particulares, buscam promover

secundárias”, BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. Pgs. 548-550.

<sup>252</sup>Como os artigos que vinculam apontam dado ente como competente a determinada prestação, caso dos artigos que estabelecem os deveres de prestação de serviços públicos, por exemplo.

a concretização de direitos de liberdade, a partir da limitação da ação, ou mesmo direitos sociais, pela estipulação de prestações.

Podem, ainda, serem previstas de modo a englobar um plexo de vinculações a serem observadas para mobilização de entes de garantia, como ocorre com as garantias de acesso institucional, tendo estas uma demarcada caráter procedimental. No caso, envolvem uma série de obrigações que se interligam e formam um plexo especial. É o caso das garantias que envolvem os remédios constitucionais, o acesso à justiça, entre outras vinculações que oferecem à pessoa meio de buscar a concretização de interesses a partir da movimentação de instituições.

O que se deve ter em vista é o fato de que as diversas estipulações de garantias no traçado constitucional possuem diferentes formas de se relacionar, operando, neste sentido, em um verdadeiro conjunto que, a depender da opção do legislador e, no caso, do constituinte, acabam por adotar diferentes vias para promover a concreção das expectativas protegidas. A variabilidade que a disposição textual da relação de garantia acarreta implica em uma variabilidade efeitos na estipulação de vinculações. Tendo por elemento central a figura da obrigação de um dado agente, é certo que, a depender das consequências e elementos postos, as garantias constitucionais podem oferecer maiores ou menores vinculações aos sujeitos apontados.

Neste sentido, podem, simplesmente fixar um comando deôntico a ser observado em dada situação, de forma simples, deixando outros aspectos formais ou materiais do ato em aberto. É o caso, por exemplo, de diversas proibições a serem observadas, por exemplo, por agentes do Estado, como aquelas decorrentes de direitos de liberdade tais como a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa ou, até mesmo, a liberdade de locomoção. Em outros casos, os elementos da vinculação deôntica não são todos fornecidos pelo texto, dependendo de atuação maior dos poderes constituídos para o estabelecimento e aplicação da garantia prevista na Constituição – neste caso, como base –, de modo a acarretar uma menor produção de efeitos.

Como se observa, a medida de garantias fixadas é variável e dependente do próprio desenvolvimento normativo fixado. Pode o texto, por exemplo, delinear mais aspectos do dever estabelecido, mas não prever sanções, bem como pode fixar ele próprio uma sanção específica pelo não cumprimento do comando deôntico a



proteger dado interesse. O que se percebe é que aquilo que define a ideia de garantia normativa é o próprio papel exercido pela norma de vincular sujeitos a partir de um comando deôntico no sentido da realização de um dado interesse ou pretensão, podendo existir garantia em relação a determinados conteúdos ou a determinados aspectos somente.

Todos estes aspectos devem tomar conta do fato de que a criação de garantias no ordenamento, por mais que possua o objetivo de aproximar a dimensão dos interesses postos do campo da faticidade, permanece no interior do plano normativo, de modo que seus efeitos não são certos e, portanto, dependem, por vezes, de um plexo de camadas hábeis promover os efeitos almejados. A redação e a interpretação se fazem essenciais para que seja extraído, portanto, o exato efeito de garantia pretendido e desenvolvido. Nesta linha, não se entende que, para que se possa considerar uma dada vinculação como garantia constitucional deva ser estabelecida a maior proteção possível,<sup>253</sup> até porque esta parcela é subjetiva e, no que tange às garantias constitucionais, podem elas se limitar a somente uma fração da expectativa normativamente fixada, sendo deixado aos poderes constituídos o desenho de maiores estruturas de garantia com relação ao resto de seu conteúdo.

A garantia cumpre uma função normativa, vinculando elementos: obrigação e expectativas. Expectativas, note-se, que não necessariamente são direitos subjetivos, como é o caso de expectativas gerais fixadas e inerentes ao ordenamento constitucional, sem titulares definidos, como aquelas abarcadas por princípios como os da legalidade, moralidade e probidade, bem como a própria segurança jurídica e, em muitos aspectos, o princípio republicano. Conforme já destacado quando tratou-se da figura do dever, a garantia surge ao se estabelecer um comando deôntico obrigando dado sujeito e vinculando-o ao alcance de dada expectativa. Deste modo, portanto, se observa a miríade de possibilidades que se apresentam para o desenho de garantias, bem como a importância do tema à própria razão do direito enquanto ordenador – e, sobretudo, da Constituição.

Ainda cabe ressaltar mais um traço acerca da apresentação das garantias no direito positivo. É o fato de que estas não necessariamente são fixadas de maneira que expressamente protejam um único interesse, fixado em uma única expectativa. Como visto, o determinante é a função de garantia exercida por certas normas em

<sup>253</sup>Conforme BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. Pgs. 541-545.

relação a interesses constitucionais. Neste sentido, o liame que caracteriza a relação de garantia não se dá, necessariamente, de forma textualmente expressa, porém em uma relação normativa entre uma dada expectativa fixada pelo direito e uma norma que estabeleça, a um dado sujeito, comando deôntico que tenha por objeto o mesmo da expectativa fixada. Deste modo, determinadas normas funcionam como garantias a mais de um interesse constitucional, ainda que a relação não seja expressa ou possua diferenças no que se refere ao grau de relação entre estas. Pode uma determinada vinculação constitucional servir a diversos interesses, ainda que, em relação a muitos, o liame seja indireto. Isso fica explícito ao se observar instrumentos como o mandado de segurança ou o próprio direito de ação.

É em vista disso que surge a importância em se compreender a natureza que as garantias possuem enquanto camadas de proteção. Em geral, os interesses maiores que preenchem a essência do modelo político-normativo posto e permeiam, assim, o princípio republicano, são emplacados e protegidos por diversas camadas de garantia. O texto constitucional estabelece garantias diretas a tais interesses, considerando inclusive as ramificações que estes abarcam, de modo a compor, no quadro geral, um sistema próprio de expectativas e garantias no âmbito normativo de um dado elemento marcante da república brasileira em sua face jurídico normativa. Neste cenário, a inclusão é, mais do que posta no texto como valor, interesse prestigiado por um largo plexo de dispositivos de diferentes espécies, cujos perfis acabam por vincular ação e criação, interpretação e aplicação do direito.

Em geral, dispositivos que servem de garantia à inclusão a comportam junto de outros interesses, em diferentes níveis de especificidade, a serem por ela garantidos. Isso se mostra, por exemplo, nos regimes constitucionais voltados à promoção e concretização de direitos fundamentais que, ao modular forma e conteúdo dos direitos bem como dos meios para sua concretização, o fazem de modo a prestigiar os necessários processos inclusivos que a Constituição estabelece como objetivo. O constituinte trabalha o desenho dos específicos regimes de direitos tendo a inclusão como uma de suas balizas, sendo ela, enquanto interesse, protegida por diversas normas destes regimes, de modo que exercem função de garantia em relação à ela. Deste modo, garantias postas à concretização dos direitos fundamentais representam, necessariamente, garantias à inclusão. É neste sentido que se percebe garantias dispostas em favor da atuação de figuras

como o Estado, enquanto este detenha um plexo de interesses pelos quais zela e em função dos quais são estabelecidas vinculações deônticas a outros entes.

Do todo, pode-se resumir que, para além das diversas possibilidades que o direito positivo proporciona, o essencial à figura da garantia é a ponte realizada entre um dado interesse – que, em uma democracia, é embasado em certo grau de consenso –, fixado normativamente, à estipulação de uma dada obrigação a ele direcionado – seja ela uma obrigação direta, titularizada por alguém que deva satisfazer dado interesse, seja uma obrigação de respeito ou ainda de apreciação, em vias secundárias de garantia, como para fixação de sanção por descumprimento – a um ou mais sujeitos.

### **6.5. Desenhos institucionais enquanto conjuntos de garantias do modelo republicano brasileiro**

Vistos os traços gerais acerca das garantias e de seu papel e apresentação no ordenamento jurídico, cabe avançar sobre sua posição em meio aos desenhos institucionais que permeiam a Constituição da República, considerando-se, inclusive, o peso que estes possuem em sua dinâmica. É sob este viés que o tema se faz caro para o estudo de como as garantias à inclusão são estabelecidas em meio ao desenho constitucional da educação.

Os traçados institucionais realizados pelo constituinte compõem conjuntos de normas que fixam os atributos, poderes, limites e deveres das instituições que no texto constitucional se fundam e dele extraem sua legitimidade normativa. No caso, conforme o nível de desenvolvimento que determinadas áreas possuem na Constituição brasileira, os aspectos institucionais nelas situados e as balizas que nela são inscritas assumem centralidade e marcada robustez em seus universos normativos. Este aspecto é especialmente latente no que diz respeito aos direitos fundamentais e, conforme veremos, em sua relação com o desígnio de inclusão. Conforme se verá, as normas que conformam instituições compõem e exercem marcado papel de garantia aos interesses que as baseiam. Desta maneira, adentra-se a uma análise dos desenhos institucionais feitos pelo constituinte enquanto polos de garantia dentro do ordenamento.

Neste sentido, a associação entre a noção de garantia e as instituições aparece na literatura jurídica, por vezes, abarcada por um conceito próprio das

chamadas garantias institucionais. Tal concepção, com origem no direito alemão do início do século XX, surge em meio à ascensão do Estado social e do desenvolvimento do conceito das garantias a direitos individuais, predominantes na gênese do constitucionalismo.<sup>254</sup>

Em que pese a doutrina de garantias institucionais ser bastante díspar e vacilante, conforme destaca Paulo Bonavides, este as define de forma coesa e bastante coerente no âmbito do direito brasileiro, ainda que com certa abertura conceitual:

A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza<sup>255</sup>

Vislumbra-se que a noção de garantia institucional é possível de ser vista, sobretudo, a partir de duas vertentes. A primeira, no caso, sendo formada por garantias dispostas em proteção ao funcionamento – ou a aspectos do funcionamento – de dadas instituições, de modo a resguardar, para além de sua razão institucional definida pelo texto da Constituição, as expectativas relativas à sua atuação.<sup>256</sup> Neste campo se encontram, por exemplo, as garantias à função do magistrado, estabelecidas no artigo 95, bem como aquelas relativas ao Ministério Público, conforme o artigo 128, § 5º, I. Tratam-se, assim, de garantias que municiam a atuação institucional no sentido da perseguição dos interesses que são abarcados por sua razão.

Num segundo ponto de vista, tem em seu âmago uma conexão com as razões que, no texto, sustentam a demanda por uma dada instituição, referindo-se aos próprios aparatos institucionais que são delineados em função da concretização de tais razões. Tratam-se, no caso, dos próprios traçados institucionais fixados como garantia aos interesses constitucionalmente consagrados que os demandam para sua concretização. Esta segunda vertente, sem dúvida, é mais abrangente que a

254BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. Pgs. 534-538.

255BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. Pgs. 537.

256Como tomado por Sarlet, ao assim definir a autonomia universitária prevista no artigo 207. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018. Pos. 10766. Versão Kindle.

primeira – abarcando-a, em certo sentido –, sendo referente a um ponto basilar, normativamente falando, da matéria. Tais garantias se apresentam conforme a Constituição estabeleça um dado aparato institucional voltado à proteção de interesses constitucionalmente consagrados. A garantia se dá porquanto seja razão institucional a própria proteção e persecução destes fins, de modo que seja modelado o direito constitucional positivo no sentido do soerguimento de instituições hábeis a garantir tais expectativas. No caso, este grupo de garantias é marcante quando se pensa no modelo político-normativo posto enquanto mola de promoção e garantia de direitos fundamentais, de modo que a Constituição seja a base de diversas garantias institucionais voltadas ao delineamento de um aparato hábil a esta razão.

Observa-se, assim, serem as garantias institucionais uma especialização da noção geral de garantias, ora exposta. O elemento específico a estas é a presença de uma expectativa relacionada à existência, operação e desenvolvimento de um dado aparato institucional, o que preenche seu conteúdo e marca sua finalidade. Previstas na Constituição, possuem o mesmo efeito das garantias em geral, ou seja, limitam a liberdade de atuação de todos os que a ela se vinculam. No caso, o interesse que limita a ação é sempre um interesse canalizado em uma instituição, de modo que o traçado institucional delineado pelo constituinte se qualifica como traço impositivo.

Neste sentido, as garantias institucionais englobam, elas mesmas, traços que compõem o perfil das próprias instituições, porquanto traduzam facetas almejadas e, em geral, tidas por essenciais, à sua existência e atuação. Tal como se apontou com relação à noção geral de garantia normativa enquanto elemento revelador das expectativas e interesses que lhes embasam, é possível, no que diz respeito às garantias institucionais, aferir o perfil das razões que as sustentam a partir de sua própria previsão textual.

Para além disso, é da natureza da função normativa de garantia o direcionamento do sentido ordenador do direito, em direção à almejada faticidade. Vale o mesmo com relação ao papel institucional. Neste sentido, a concreção que se busca impulsionada e promovida pelas garantias fixadas é o que dá efetiva tônica e solidez necessárias para se obter a dimensão do interesse compreendido, revelando seu perfil de forma mais precisa. Este aspecto será objeto de melhor visualização no capítulo próprio às garantias no traçado constitucional da educação, de modo a

denotar, no caso, o enfoque dado às instituições delineadas para a efetivação de tal direito fundamental, sobretudo naquilo que se refere ao desígnio constitucional de inclusão. No caso, o traçado institucional que é elaborado no entorno do direito à educação é um campo hábil a denotar o próprio perfil do deste direito na Constituição de 1988, bem como as especiais razões e expectativas que o cercam.

Neste sentido, o papel das garantias, no que se refere aos traçados institucionais realizados na Constituição de 1988, é relevante justamente em razão do fato de que os interesses abarcados desde seu núcleo axiológico possuem contato com determinados empreendimentos e deveres gerais que recaem, na dinâmica do desenho republicano feito, sobre o traçado institucional do Estado. Este é um elemento típico, por exemplo, dos direitos fundamentais sociais.<sup>257</sup> Estes possuem, no mais das vezes, sua concretização vinculada à existência de um aparato institucional, mantido pelo Estado e/ou por particulares. O mesmo se dá em relação a outros interesses constitucionais.

Assim, é de se notar que a existência de normas no texto constitucional a conformar tais instituições representa, por si só e em diversas medidas, a inscrição de comandos deônticos, a ordenar diferentes sujeitos e, assim, consistir em garantias de interesses gerais e específicos a elas correlatos. O desígnio de inclusão, enquanto faceta elementar no princípio da igualdade e demarcador do balizamento do poder conforme o princípio republicano, encontra-se justamente nesta situação.

Partindo destas considerações acerca dos desenhos institucionais e sua relação com o papel garantidor do direito, é possível apontar alguns traços essenciais desta relação, que se revelam marcantes da própria inscrição da inclusão enquanto elemento do regime de educação no texto constitucional. A primeira é referente à variabilidade nas maneiras pelas quais um dado desenho institucional positivado funciona como garantia. Conforme a variabilidade de conteúdo e forma

257Conforme assevera Paulo Bonavides, “O Estado social é enfim Estado produtor de igualdade fática. Trata-se de um conceito que deve iluminar sempre toda a hermenêutica constitucional, em se tratando de estabelecer equivalência de direitos. Obriga o Estado, se for o caso, a prestações positivas; a prover meios, se necessário, para concretizar comandos normativos de isonomia. Noutro lugar já escrevemos que a isonomia fática é o grau mais alto e talvez mais justo e refinado a que pode subir o princípio da igualdade numa estrutura normativa de direito positivo”. BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. Pg. 377. Em sentido semelhante acerca do papel condutor da ação do Estado que possuem os direitos sociais, Neste sentido, BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. Pgs. 106/107.

que as garantias apresentam, as que são fixadas em meio aos desenhos institucionais possuem também escopos, especificidades e efeitos variáveis. O traço comum será a fixação de comandos deônticos relativos a interesses que contatam um determinado traço institucional.

Em alguma medida, todos os aspectos do desenho de uma dada instituição acabam por representar garantias. Os atributos deste desenho, no caso, enquanto elementos constitucionalizados, limitam o regime institucional a ser normativamente desenvolvido pelos poderes constituídos. Por força da supremacia do direito constitucional, o desenho por ele estabelecido, por si só, representa uma camada primária de garantia frente ao ordenamento, porquanto os conteúdos e formas ali estipulados sejam elementos normativos cogentes e rígidos, vinculando as demais normas e entes. O traçado constitucional, assim, denota uma dimensão negativa de proteção, porquanto a fixação de dadas matérias no texto constitucional acarreta um dever de respeito ao texto posto e um limite de ação. Assim, a garantia existe porquanto, havendo um aspecto institucional já previsto pelo constituinte, surge automaticamente o dever de observação e respeito por parte dos entes vinculados ao texto, na forma da proibição de criação e interpretação normativa que viole o preceito fixado, bem como vedando ações a ele contrárias.

Por vezes, porém, os desenhos institucionais implicarão em veiculações de vínculos positivos, implicando em deveres de ação e desenvolvimento de expectativas e interesses e, assim, orientando o agir institucional. Esta é uma realidade marcante no regime constitucional de direitos fundamentais sociais, sobretudo ao considerar o papel das competências de Estado. Percebe-se, portanto, a variabilidade de efeitos que a existência de normas de traçado institucional resulta, no que se refere à sua função de garantia. São diversas as maneiras pelas quais ficam vinculados os entes atuantes sob a égide da Constituição, a partir dos traçados institucionais por esta empreendidos.

Todavia, deve ser destacado é o fato de o direito constitucional, apesar de delinear traçados institucionais – ainda que timidamente, em certos casos –, não impõe uma necessária vinculação de seu empenho a um determinado balizamento institucional mínimo, que avance sobre um conjunto estabelecido de conteúdos conformadores das instituições. Não há um modelo ideal relativo ao desenho institucional a ser estabelecido na Constituição. A existência de uma dada envergadura normativa ao traçado institucional é, conforme será melhor exposto

adiante, variável consoante o contexto constitucional observado e o desenvolvimento dado por opção do próprio constituinte.<sup>258</sup>

Ainda assim, em que pese tal fator, que denota justamente essa variabilidade no perfil dos traçados realizados, a existência de elementos conformadores de uma dada instituição desde o texto constitucional tem por efeito uma maior solidificação e cristalização destes no ordenamento, na medida do que for adotado. Este é um aspecto que decorre diretamente do efeito vinculante que possui o direito constitucional em razão de sua supremacia hierárquica e centralidade axiológica. Neste sentido, quanto mais avancem os aspectos constitucionalmente estipulados acerca de um determinado desenho institucional, menor a liberdade existente no âmbito de sujeição à Constituição, com relação à forma e conteúdo que marcam o perfil da instituição em questão. Isso ocorre tanto no sentido do efeito negativo dos vínculos, no sentido em que o traçado realizado implica limites aos entes constitucionalmente subordinados, quanto no sentido próprio das vinculações positivas, a determinar ações destes mesmos entes.

De todo modo, os traços estabelecidos, na proporção que seja, empreendem tal vinculação. Fica limitada a ação dos poderes constituídos, seja no que se refere à criação e modelagem de instituições, seja no que se refere ao traçado infraconstitucional de suas competências e, também, seus limites de atuação. A eles caberá atuar nas margens de possibilidade deixadas – e, por vezes, a partir de expressa determinação – pelo constituinte.<sup>259</sup>

Prosseguindo, a variabilidade no volume e forma do balizamento constitucional das instituições em razão do contexto jurídico-político é um segundo ponto cujo destaque é importante. As garantias institucionais fixadas na Constituição demandam, para sua previsão normativa, um grau de consenso social e político. Essa é característica importante das garantias em geral, porém crucial à própria

<sup>258</sup>Aqui, ressalta-se o que é posto por autores como Streck, acerca do caráter próprio que possui cada experiência constitucional, como efeito dos processos próprios que acarretam nas formas jurídicas estabelecidas e na conformação juspositiva de uma dada sociedade. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Pos. 3820. Versão Kindle.

<sup>259</sup>Ainda que tais aspectos possam ser objeto de modificação, em alguma medida, pelo poder constituinte derivado, o papel de garantia se perfaz diante, sobretudo, dos poderes constituídos de nível infraconstitucional, no que se tratam de verdadeiras garantias de segunda grau, conforme qualifica Paulo Bonavides: “A garantia constitucional simples ou de segundo grau, ao contrário da garantia qualificada ou de primeiro grau, recai unicamente contra a ação do legislador ordinário, sem invalidar contudo o poder reformista do legislador constituinte constituído, competentemente habilitado pela Constituição para exercer o poder de emenda”. BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011. Pg. 548/550. Há que se atentar, todavia, para a possibilidade de determinados aspectos que configurem garantias institucionais se tratarem, também, de limitações ao poder de reforma.



noção de instituição. Esse traço de desenvolvimento, aberto ao processo histórico, se aplica a todo desenho institucional fixado normativamente.

Cada instituição fundada na Constituição – e seus atributos – representam uma opção jurídico política adotada conforme processos fáticos de assimilação e movimentação rumo à construção de soluções. Neste sentido, são constitucionalizadas partes de seus perfis na medida em que estes representem graus de consenso, de modo a prevalecerem enquanto soluções apuradas e consagradas em meio ao processo de desenvolvimento jurídico-político. Assim, as instituições são frutos do processo histórico, sendo seus aspectos definidores e os interesses que elas abarcam apurados em meio ao avanço dos movimentos políticos que as fundamentam e, ao mesmo tempo, constituem, solidificando seus alicerces e promovendo uma alocação de seu conteúdo no campo da positividade oferecida pelo direito constitucional.

Para constatar o exposto, basta um olhar sobre os aparatos institucionais relacionados aos diferentes direitos fundamentais estabelecidos pelo modelo político-institucional assentado na Constituição de 1988: enquanto certos direitos fazem jus a menor desenho institucional, sendo maiores as tarefas, incumbências e liberdades deixadas aos poderes constituídos e sobretudo ao legislativo, outros possuem instituições de garantia e prestação mais desenvolvidas.<sup>260</sup>

Este quadro, todavia, não é estanque. Conforme o decurso do tempo e dos mesmos processos históricos de construção de consensos se dão, o direito constitucional passa a incorporar modificações nestes aspectos. A própria dinâmica interna do texto admite, por via de sua própria mecânica, o acompanhamento deste processo, internalizado à lógica do Estado democrático nela fundado. Fala-se, aqui, das vias formais de alteração do texto, pelas quais os poderes derivados têm, de um lado, limites para alteração de direitos e garantias nele fixados, porém, por outro lado, uma canalização de meios de incorporar, à dimensão do direito positivo, novas formas e conteúdos referentes às balizas institucionais, dignos de garantia.

É deste modo que novas construções institucionais e aspectos seus são alocados dentro do ordenamento constitucional, implicando em alteração no quadro de vinculações que partem do texto. Assim, opções políticas relativas à persecução e concretização de interesses não deixam de ser desenvolvidas, modificadas e

<sup>260</sup>Veja-se, por exemplo, os sistemas de proteção à saúde e aquele referente à proteção do consumidor, para efeito comparativo.

atualizadas. O comportamento institucional relativo a tais opções acompanha essas transformações, sendo processo que, por vezes, foi percebido pelo ordenamento constitucional brasileiro desde sua redação original, sobretudo no que diz respeito ao aparato institucional referente ao direito à educação, conforme veremos adiante.

É certo, diante do que foi exposto até este ponto, que o desenho institucional inscrito na Constituição, ao circunscrever e munir o Estado de suporte normativo para que persiga os fins a ele estabelecidos, se espraia a partir das razões que permeiam os diversos interesses e expectativas dispostos no texto. Em se tratando de regimes como o de direitos fundamentais, tal dinâmica refere-se, ao cabo, ao próprio plexo de razões fundamentais inerentes ao modelo republicano posto e seus objetivos, considerando, neste âmbito, as suas diversas ramificações em aplicações específicas ao longo dos campos que perfazem o texto constitucional. Dentro desta dinâmica, ganha destaque a possibilidade de se observar o grau de importância de um determinado interesse ou expectativa fixada na Constituição a partir do volume de garantias fixadas em prol dele. A existência de traços delineadores dos aparatos institucionais desde o campo constitucional representa o nível no desenvolvimento e consolidação de tais sistemas de garantia, refletindo o impacto e força dos interesses que são resguardados e, sobretudo, dos processos pré-positivos que culminam em sua entrada no arcabouço jurídico em questão.

É assim que a República, no plano jurídico, a partir do contato que a figura das garantias possui com o plano da faticidade, situa-se enquanto plexo de interesses e valores superiores em meio ao ordenamento delineado, com suas instituições sendo traçadas na rabeira de seu plexo axiológico principal. Estas se justificam porquanto, a partir de seu desenho constitucional, se tem um traçado de elementos que reproduz os interesses a eles coligados. É a partir destes elementos que o modelo republicano e suas instituições se projetam para uma possível materialidade, expandindo desde o campo constitucional o aparato de concretização necessário para que seja o poder exercido de acordo com específicos fins e direções. É assim, portanto, que se comportam as garantias postas à inclusão no texto constitucional.

## **7. O desenho constitucional da educação e as garantias ao desígnio de inclusão**

### **7.1. Posição constitucional da educação**

Neste capítulo, passamos a trabalhar as diferentes garantias levantadas pelo texto constitucional para que se deem os devidos processos inclusivos em meio ao regime do direito à educação. Nesta seção e em suas subseções, exporemos os motivos que fazem este direito e seu traçado constitucional tão relevante ao se trabalhar a inclusão enquanto desígnio central a pautar o princípio republicano da Constituição de 1988. Isto se dá, acima de tudo, em razão da própria posição constitucional que a educação assume no texto.

A educação, na Constituição, tem o perfil e conteúdo de seu regime difundido em um conjunto de dispositivos, situados por diversos setores do texto. Tal fato denota, por si só, a amplitude que sua dimensão normativa assume, sendo da consideração deste complexo textual, em seu conjunto, de onde proveem as bases necessárias para compreender o seu sentido e natureza no ordenamento jurídico. A análise empreendida parte dos dispositivos que abarcam o núcleo normativo do direito fundamental à educação e dos principais vetores a orientar seu regime constitucional. A partir deste conjunto, é possível compreender o cruzamento de bases axiológicas que situam o direito à educação em posição central diante do desenvolvimento institucional feito a partir do princípio republicano da Constituição de 1988.

O escopo do capítulo, desta maneira, é o de apresentar como o plexo axiológico que implica a demarcação de fins e razões do poder, a compor o conteúdo que é próprio do princípio republicano, se espraia em meio ao traçado de garantias da educação conforme feito pelo texto constitucional. Não se procura remontar todas as possíveis garantias postas desde a Constituição, mas sim apresentar a dinâmica pela qual o desenho institucional nela efetuado estabelece diversas garantias às inclusões tangentes à educação.

Assim, partiremos da exposição da própria natureza constitucional da educação e dos vetores normativos que o texto estabelece para seu regime. O que se busca é demonstrar que, no que se refere à inclusão, o direito à educação é ponto crucial para o empreendimento dos processos necessários para seu prestígio.

Deste modo, esta seção tem caráter introdutório ao capítulo, sendo relevante para que, nas seguintes, possamos nos deter nas garantias específicas desenvolvidas em meio ao seu regime constitucional.

### **7.1.1. Educação: natureza constitucional e vetores normativos**

A principal referência normativa, a nortear a dimensão constitucional da educação, é sua previsão em meio ao plexo de direitos fundamentais, no rol de direitos sociais constantes do artigo 6º. Tal fixação expõe a sua natureza jurídica primária, demarcando sua posição em meio ao regime jurídico relativo aos direitos fundamentais. Ou seja, é a educação um direito fundamental de natureza social. Neste sentido, é de se reconhecer a aplicação de inúmeros aspectos gerais do regime de direitos fundamentais estabelecido na Constituição brasileira à educação, como ocorre, por exemplo, com a proibição do retrocesso, a proteção enquanto cláusula pétrea, a abertura do rol de direitos e garantias, a aplicabilidade imediata, entre outros.

O arrolamento da educação em meio ao plexo em questão denota a natureza de seu conteúdo em meio à concepção histórica que permeia os direitos sociais. O constituinte, desta maneira, vincula o seu perfil ao campo em questão, associando-o a seus traços distintivos, sobretudo no que diz respeito ao aspecto prestacional e em seu liame com objetos de teor marcadamente material. Por outro lado, o perfil constitucional da educação denota que tal direito fundamental possui, também, uma carga de conteúdo relevante no que se refere ao próprio ideal de liberdade, sendo seu plexo normativo tradicionalmente composto por diversos elementos situados dentre os chamados direitos de primeira geração, entre eles a liberdade de consciência, a liberdade de cátedra, a autonomia universitária, a livre expressão do pensamento, entre outros direitos e facetas que permeiam tal regime. É esta, também, uma parcela essencial do que compõe o perfil constitucional da educação.<sup>261</sup>

<sup>261</sup>Neste sentido, é importante trazer a lição de André Ramos Tavares, “é possível falar numa dimensão não-prestacional do direito à educação, consistente no direito de escolha, livre, sem interferências do Estado, quanto à orientação educacional, conteúdos materiais e opções ideológicas. Nesse sentido, o Estado cumpre e respeita o direito à educação quando deixa de intervir de maneira imperial ditando orientações específicas sobre a educação, como “versões oficiais da História” impostas como únicas admissíveis e verdadeiras, ou com orientações políticas, econômicas ou filosóficas. Também cumpre a referida dimensão deste direito quando admite a pluralidade de conteúdos (não veta determinadas obras ou autores, por questões

Todavia, para além da estruturação normativa da educação enquanto direito fundamental, o empreendimento do constituinte envolve a fixação de uma envergadura normativa mais ampla ao delinear seu regime e situar sua posição constitucional. Diversos dispositivos, situados em diferentes campos em meio a texto, concorrem para compor o desenho normativo da educação, estabelecendo seu traçado de modo a posicionar Estado e particulares em um complexo regime jurídico, dispondo sujeições e, ainda, preenchendo o especial conteúdo da educação a partir do texto constitucional. É neste sentido que a educação é desenvolvida em seção própria, entre os artigos 205 e 214 do texto constitucional, em meio ao desenho da Ordem Social.

O núcleo de sua dimensão material parte do estabelecimento de suas bases axiológicas em diversos dispositivos, de modo a fixar e aprofundar fins e razões seus, conforme se observa dos artigos 205, *caput*, e 206. A partir destes, fica evidente o escopo que possui a educação em meio ao traçado da república brasileira, porquanto tais dispositivos operem conexões normativas a situar a educação em suas relações com os principais objetivos e fins situados no ordenamento, desde os princípios fundamentais. Tais conexões serão melhor esmiuçadas mais adiante.

A amplitude da presença da educação no texto, ainda, engloba a sua fixação dentre o traçado de competências, tanto legislativas quanto executivas. Tal fato é essencial ao esforço do constituinte na elaboração de um traçado institucional referente a este direito. No caso, a própria estipulação sistemática da educação segue as balizas institucionais do texto desde seus alicerces organizatórios. A sua consonância com as dinâmicas formais internas à república criada partem da própria federação: conforme se observa de dispositivos como os artigos 22, XXIV, 23, V, 24, IX e 30, VI, a Constituição fixa competências relativas à educação repartindo-as conforme a dinâmica decorrente do princípio federalista. Para além disto, a educação se espalha para outros dispositivos, ao longo do texto, fixando vinculações no campo tributário e, inclusive, no desenho do sistema de seguridade social, pelo estabelecimento de um regime próprio aos professores. Estes são exemplos que

ideológicas, políticas ou morais).” TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Pos. 15983, Versão Kindle. De outra, forma, Nina Stocco Ranieri aborda o que denomina “direitos na educação”, RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação**. Tese de Livre-docência. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Pg. 283.

demonstram a abrangência e o peso que a educação possui em meio ao traçado institucional realizado no texto.

A fixação de competências relativas à educação denota as bases de uma organização normativa a pautar e vincular todo o seu desenvolvimento pela ação dos poderes constituídos e, inclusive, da própria sociedade. No caso, são uma amostra do avanço do constituinte sobre aspectos específicos do tema, englobando conteúdos em meio ao plano constitucional e, deste modo, dotando-os de aspectos inerentes ao regime em questão. Mais do que isso, a repartição de competências tem ainda um peso distintivo no caso da educação, porquanto seja a partir de normas desta natureza que o constituinte, por vezes, desenvolve conteúdos do direito à educação. Conforme sejam constitucionalizados elementos formais e materiais componentes da educação, é possível denotar diversos aspectos relevantes ao regime em tela, como vetores de interpretação, a malha de garantias fixadas com relação à educação e, sobretudo, os interesses, os fins estipulados e as cargas axiológicas sobre as quais se desenrola o espectro normativo da educação em meio ao ordenamento.

Apenas considerando a educação em todo o seu escopo constitucional, com dimensões e previsões ora expostas, é que é possível conceber uma visão completa de sua natureza no texto. Neste sentido, dentro do que foi introduzido no início desta seção e daquilo que já foi exposto acerca dos direitos fundamentais e de seu regime na Constituição, a educação é estabelecida ela própria como um direito fundamental social que, por sua vez, possui traços especiais, para além das complexidades que existem como fatores marcantes e específicos, no ordenamento brasileiro, em relação aos direitos fundamentais.

De um modo geral, é a educação um direito cujo regime abarca expectativas e sujeições, num plexo contraposto de deveres a orientar seu perfil normativo. O constituinte fixa limitações e estabelece direitos a prestações, de modo a cumprir com as razões definidas e delimitadas que orientam seu traçado. Neste sentido, a educação se identifica com os traços que permeiam os direitos fundamentais em geral, sobretudo considerando suas bases axiológicas e os aspectos de sua consolidação histórica.

O que é notável no traçado constitucional da educação é o fato de que ele vai além de circundar conteúdos protegidos à luz da essência histórica e dos valores que o compõem. Suas especificidades em meio ao regime de direitos fundamentais,

para além destes traços, se dão em meio à própria dinâmica pela qual este se desenvolve na Constituição de 1988, partindo de seu posicionamento em face às razões que permeiam o princípio republicano, até o desenho que se verifica em seu próprio regime específico. O desenvolvimento normativo da educação em meio ao texto constitucional revela uma centralidade deste direito fundamental junto a diversos campos ordenados a partir da Constituição, partindo das relações estabelecidas com as suas próprias bases axiológicas, em vista do ideal de organização político-social estabelecido no texto e ao qual busca-se dirigir.

Em vista disto, é de se destacar duas camadas pelas quais se dá a centralidade existente, a partir do traçado da educação enquanto direito fundamental.

O primeiro traço especial diz respeito ao volumoso desenvolvimento normativo que a educação possui no ordenamento constitucional. É o seu regime, no texto, objeto de intenso trabalho de elaboração, considerando o empreendimento do constituinte no sentido de estabelecer bases a diversas camadas deste direito desde a Constituição, trabalhando-o em diversos dispositivos. Neste sentido, o constituinte se dedica a elaborar o que se chama de “Constituição da educação”,<sup>262</sup> ou, ainda “Constituição cultural”,<sup>263</sup> fixando elementos normativos que detalham o perfil e a prestação de tal direito em termos que superam, em envergadura textual e normativa, aqueles dedicados a outros direitos fundamentais, incluindo os de natureza social.

Partindo de uma concepção da educação que a toma enquanto elemento essencial aos fins do modelo republicano inaugurado, o texto constitucional acaba por abrigar uma verdadeira estrutura de sistema normativo, orientando o perfil institucional e o conteúdo da educação, de modo a resguardar, em meio à camada hierarquicamente superior do ordenamento jurídico, as balizas principais de seu regime. Daí decorre uma acentuada produção de efeitos sobre toda a dimensão jurídica do traçado republicano, em termos de vinculações ao arcabouço constitucional e possibilidades de manejos sociopolíticos, que partem do ordenamento em tela.

262RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação**. Tese de Livredocência. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Pg. 309

263De modo a considerá-la como parte de um plexo envolvente da educação e da cultura na Constituição, conforme terminologia cunhada por José Afonso da Silva. DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. Pg. 315

A partir destes aspectos destaca-se o segundo ponto acerca da especial natureza do direito fundamental à educação. No caso, está ele relacionado à posição normativa que, a partir do conteúdo de suas bases normativas, a educação assume em meio ao cerne axiológico da república fundada na Constituição. Isso se verifica, conforme alusão já feita, levando em conta o entrelaçamento, realizado pelo constituinte, entre os princípios constitucionais que regem a educação, ou seja, os próprios vetores normativos que orientam e garantem coesão ao seu regime, e o plexo de princípios fundamentais do texto constitucional.

Este fator, adianta-se, ocorre, primeiramente, em razão do próprio perfil que possui a educação em relação à posição que ocupa a pessoa e a sociedade no ideal republicano brasileiro: é a educação um bem jurídico essencial ao estatuto inerente à primazia, prestígio e concretização do princípio da dignidade humana, sendo expressamente vinculado com princípios que encerram valores cruciais neste campo. No caso, o contato de bases axiológicas entre a concepção constitucional da educação e aquelas do próprio modelo político-normativo posto vão além da dignidade humana e seus corolários: é ela alinhada junto do plexo de valores centrais do ordenamento, entre fundamentos republicanos, objetivos e outros princípios e valores que o texto encerra.

Observa-se, assim, a inscrição da educação numa posição estratégica e privilegiada em meio às razões que orientam o texto constitucional e a república nele fundada.<sup>264</sup> Por vezes, a prestação e proteção da educação é o suporte para diversos processos ordenados normativamente desde a Constituição, em meio ao próprio caráter evolutivo inerente ao modelo político-institucional brasileiro.

Cabe, para compreender esta centralidade da educação no sistema normativo que rege a República brasileira e abrange o teor jurídico-político do ideal republicano, um olhar para os objetivos específicos do direito à educação no texto constitucional. Este são previstos a partir do artigo 205, inaugurador da seção a ela dedicada na Constituição:

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.

<sup>264</sup>Neste sentido, TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Pgs. 776-778.



Desta maneira o constituinte fixa verdadeiros fins para a educação em meio ao ordenamento constitucional, que orientam e vinculam sua prestação e proteção enquanto direito, contendo as três figuras – desenvolvimento pleno da pessoa, prepara para exercer a cidadania e qualificação para o trabalho – uma postura normativa semelhante, em certo aspecto, a outros objetivos inscritos desde a Constituição.<sup>265</sup> O especial caráter que advém de tais normas, no caso do regime em tela, se dá a partir de uma leitura feita em consonância com o resto do texto constitucional e suas bases axiológicas. Deve-se notar, assim, que os objetivos constitucionalmente fixados para a educação se conectam com os valores centrais do regime normativo constitucional: a cidadania, o primado do trabalho, a dignidade e o desenvolvimento, performando o entrelaçamento normativo ao qual foi feita alusão.

Conforme a própria ordem topográfica fixada, a educação destina-se, antes de tudo, a desenvolver plenamente a pessoa. Apesar da abertura semântica que tal noção abrange, a ideia de desenvolvimento da pessoa tem grande sustentação interpretativa na consideração do espaço normativo que a educação ocupa enquanto direito fundamental. Com base na dignidade e no próprio *locus* da pessoa enquanto centro de valor do ordenamento,<sup>266</sup> é este direito percebida pelo ordenamento como elemento que preserva e promove, a cada pessoa e ao seu conjunto, a capacidade de vida em sociedade, do gozo de independência e de bens componentes do estatuto de dignidade humana.

Deste modo, portanto, que se verifica ser a dignidade humana elemento basilar da concepção e posição constitucional da educação, a partir da qual é centralizada a valorização da pessoa e de seu desenvolvimento, observado de um modo completo. Tal relação é evidente já desde a própria natureza jurídica da educação, qual seja a de um direito fundamental social, mas assume um escopo

265No caso, a Constituição estabelece a partir de seu texto os objetivos da política de desenvolvimento urbano, no artigo 182, bem como da Ordem Social, no artigo 193, Seguridade Social, conforme o artigo 194, parágrafo único, Assistência Social, inscritos no artigo 203, entre outras disposições semelhantes. Nos casos apontados, o constituinte exerce, tal como faz com a educação, um esforço de direcionamento finalístico de estruturas institucionais e ações políticas e administrativas, cristalizando no texto constitucional um dado grau de consenso alcançado, que vincula e orienta a ação dos entes constitucionalmente regidos.

266SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais Na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Pgs. 79-88.

específico ao ser considerada a essência do direito em questão e seu papel enquanto base necessária ao gozo de todo o conjunto.

O que faz o artigo 205, neste sentido, é uma pormenorização dos vetores normativos que partem da educação, desdobrando seu conteúdo em direções condizentes com seu especial perfil e aptidão. Assim, inclusive, que esta noção de desenvolvimento pleno da pessoa é desdobrada, diretamente, pelos dois objetivos seguintes, ou seja, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho. Crucial, aqui, é compreender a educação em meio à sua própria natureza, para além de forma e conteúdo jurídico, enquanto meio hábil à construção de saberes, bases e recursos internos à pessoa, maximizando capacidades e potencialidades.

É neste mesmo sentido que o fundamento republicano da cidadania tem no direito à educação seu motor mais direto dentre os direitos fundamentais. Fixa o constituinte a educação como via para que sejam desenvolvidas, no indivíduo, as capacidades relativas a seu exercício, no sentido condizente com aquele que pauta o Estado democrático contemporâneo, de base humana e legitimidade social. Sua presença como objetivo da educação, da forma direta que existe no artigo 205, situa a educação como elemento basilar à prática cidadã, fixando sua garantia como um requisito direto deste princípio.<sup>267</sup>

Em linha semelhante, independentemente da falta de menção expressa ao termo, o objetivo republicano do desenvolvimento encontra na educação um de seus pilares mais importantes, em mais de uma de suas camadas. É certo que o desenvolvimento humano, pessoal, cidadão e social, associados como base de todos os componentes do ideal de desenvolvimento nacional, têm na educação uma mola, em vínculo necessário que se faz com o objetivo desta de desenvolvimento do indivíduo e sustentáculo da prática cidadã que é essencial à forma republicana. Os desenvolvimentos econômico, científico e tecnológico somente se dão em

<sup>267</sup>Conforme assevera Carlos Roberto Jamil Cury, “uma das condições para o advento dessa “racionalidade iluminada” e interessada, própria da sociedade civil enquanto universo do privado, é a instrução, à medida que ela abre espaço para a garantia dos direitos subjetivos de cada um. E como nem sempre o indivíduo pode sistematizar esse impulso, como nem sempre ele é, desde logo, consciente desse valor, cabe a quem representa o interesse de todos, sem representar o interesse específico de ninguém, dar a oportunidade de acesso a esse valor que desenvolve e potencializa a razão individual”. CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de pesquisa**, n. 116, p. 245-262, 2002. Pg. 248.

conformidade com o texto constitucional porquanto se sustentem na centralidade e prestígio da pessoa humana, enquanto fim dos esforços para seu alcance.<sup>268</sup>

Assim, percebe-se que, desde a fixação dos objetivos específicos a reger a educação, o texto põe em relevo a sua posição especial enquanto direito social elementar ao próprio plexo axiológico que conforma as bases da república brasileira. A posição constitucional da educação se delinea a partir da relação de projeção e desdobramento que existe entre os dois plexos de princípios e razões expressas, ou seja, o plexo de fins do regime constitucional da educação e os próprios objetivos da república. Tal posição, no caso, é confirmada pelo conjunto do esforço empreendido pelo constituinte em desenhar o aparato institucional que circunda e realiza direitos e deveres inerentes à educação desde o plano do texto constitucional.

### **7.1.2. O peso normativo da educação a partir do contato com outros valores marcantes do modelo republicano brasileiro**

A partir do entrelaçamento entre plexos axiológicos, vistos na subseção anterior, o constituinte demarca a centralidade da educação à legitimação, balizamento e orientação do poder em diversos campos do texto constitucional. Para melhor ilustrar a posição da educação em meio ao ordenamento, é interessante realizar um breve aprofundamento no panorama relativo aos contatos que o direito à educação faz com outros interesses e valores por ele abarcados e protegidos em seu desenho. Envolvem, sobretudo, as relações normativas entre a educação e a dignidade humana, a cidadania, o desenvolvimento e a igualdade.

#### **7.1.2.1. Educação, dignidade humana e a essência deste contato na Constituição de 1988**

O contato entre dignidade humana e educação se faz pertinente porquanto seja relevante à visualização da posição constitucional deste direito. Sem dúvida, diversas são as especificidades que o cruzamento entre as duas concepções constitucionais apresentam, podendo seus detalhes renderem longos estudos. Ainda assim, nos restringiremos aos aspectos que são caros à proposta do trabalho.

<sup>268</sup>Este papel estratégico da educação bem expõe TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Pos. 15891, Versão Kindle.

No panorama do arcabouço constitucional se faz importante destacar, sobretudo, dois pontos. O primeiro é relativo ao fato de que o perfil que possui a educação na Constituição de 1988 é fruto direto do desenvolvimento histórico que percebe a própria noção de dignidade humana, sendo ambos elementos diretamente relacionados. O segundo aspecto a ser destacado, partindo do primeiro, é a específica natureza da relação entre educação e dignidade humana em meio à lógica estabelecida no texto constitucional.

Assim, no que toca ao primeiro ponto, conforme o histórico das Constituições do Brasil, a partir das próprias relações sociais e da visão sobre a educação, é de se destacar que sua previsão não se deu, anteriormente, conforme direito fundamental, igualitariamente prestado e garantido, mas como um interesse a ser pautado com base em um modelo de estratificação de classes.<sup>269</sup> Neste sentido, a Constituição de 1824 continha previsão da instrução primária como direito gratuito a todos os cidadãos. Deve-se atentar, no caso, para a restrição que aquele texto fazia à própria qualidade de cidadão, que limitava, na prática, o gozo do direito em questão à maior parcela da população do Brasil.<sup>270</sup> Neste sentido, apesar de prever a educação a partir da rubrica de direito, o ordenamento em tela conferia a seu regime um caráter certamente restritivo.

Com outra abordagem, o texto constitucional de 1891 suprimiu a previsão da educação de seu rol de direitos. Em seu modelo, de matriz marcadamente liberal, o texto omite maiores regulações acerca do ensino, deixando a busca por instrução para a dimensão da liberdade individual.<sup>271</sup> Considerando as massas de escravizados recentemente libertos e deixados à própria sorte, o que se liga diretamente na enorme parcela da população que, à época, era analfabeta, é de se destacar que a primeira constituição do período republicano não fazia nenhuma questão de prestigiar a inclusão das já existentes parcelas de pessoas excluídas no existente paradigma constitucional de cidadania. Vê-se por aí como a república

269Conforme RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Educação obrigatória e gratuita no Brasil: um longo caminho, avanços e perspectivas. Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga. **Direitos à educação e direitos na educação**. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018; e CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação escolar, a exclusão e seus destinatários. **Educação em Revista**, n. 48, p. 205-222, 2008.

270Aqui deve-se destacar a exclusão socioeconômica que fazia com que apenas 40% da população do Brasil tivesse acesso ao direito à educação. CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação escolar, a exclusão e seus destinatários. **Educação em Revista**, n. 48, 2008. Pg. 211.

271CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação escolar, a exclusão e seus destinatários. **Educação em Revista**, n. 48, 2008. Pg. 212.

mudou, ao longo do último século, à luz de sua mutabilidade e evolução, conforme já exposto.

Pressões sociais e grandes articulações em prol da educação vista enquanto direito básico, a considerar a importância do papel a ser assumido pelo Estado, tiveram resultado com a Constituição de 1934. Conforme aponta Carlos Roberto Jamil Cury, se alcança, ali, “a educação como direito, a obrigação dos poderes públicos em prestá-la, no ensino primário, gratuita e obrigatoriamente nas escolas oficiais, a vinculação de percentuais dos impostos federativos para a educação e o estabelecimento de um plano nacional de educação”<sup>272</sup>.

Todavia, a brevidade deste texto constitucional implica no retorno a um traçado normativo que considera a educação enquanto privilégio. A Constituição de 1937 estipulou uma educação pública profissionalizante destinada às camadas mais pobres, em um desenho que previa o ensino particular como via acessível somente às classes mais elevadas, em uma ação de clara repartição de classes no que diz respeito à qualidade do ensino. No caso, vislumbrava-se desde ali um caráter estratégico da educação, ainda que em um regime pautado pela estratificação social e pela seletividade no gozo do direito.

Mesmo após a Constituição de 1946, apesar de ser a educação nela prevista como direito de todos e dever do Estado e ser reestabelecido, em grande parte, o tratamento dado pelo texto de 1934, sua garantia sofre um esvaziamento a partir da própria Lei de Diretrizes e Bases, promulgada em 1961 – a primeira Lei do tipo –, com dispositivos a prever exceções à obrigatoriedade da prestação de serviços de educação e dos deveres de manter as pessoas em idade escolar na escola, constando dentre tais exceções, por exemplo, a falta de vagas em escolas ou mesmo a falta de escolas.<sup>273</sup>

272CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação escolar, a exclusão e seus destinatários. **Educação em Revista**, n. 48, 2008. Pg. 213.

273Esse esvaziamento ocorre, sobretudo, a partir da exceção feita à garantia consistente na vinculação dos responsáveis pela matrícula de crianças em idade escolar, conforme o artigo 30 da Lei em questão: “Não poderá exercer função pública, nem ocupar emprêgo em sociedade de economia mista ou emprêsa concessionária de serviço público o pai de família ou responsável por criança em idade escolar sem fazer prova de matrícula desta, em estabelecimento de ensino, ou de que lhe está sendo ministrada educação no lar”. Contudo, conforme seu parágrafo único: “Parágrafo único. Constituem casos de isenção, além de outros previstos em lei: a) comprovado estado de pobreza do pai ou responsável; b) insuficiência de escolas; c) matrícula encerrada; d) doença ou anomalia grave da criança”. Neste sentido, na prática, a LDB acabou por esvaziar a obrigatoriedade do ensino primário e, na prática, manter a legitimidade de quadros de exclusão em tal direito.

O que se extrai deste breve panorama é o acompanhamento, no campo normativo – e, por vezes, no campo constitucional –, de uma determinada concepção sobre a educação, partindo de um entendimento histórico – e que obteve predominância, política e socialmente, por décadas –, que entende a educação como fator basilar e essencial à manutenção de estruturas de poder e de ordenação social. Destaca-se, contudo, o teor excludente, pautado na dominação do tecido social por um dado estrato deste, que pautava este desenho.<sup>274</sup>

No caso, em que pese os intentos que geraram certo processo de evolução no entendimento e abrangência do direito à educação, sua posição jurídica em meio aos textos constitucionais – com exceção, em muito, dos textos de maior influxo democrático que vigoram, por breve período, com a Constituição de 1934 e, posteriormente, com a de 1946 –, foi de um elemento importante de acesso e alcance a outros bens e espaços sociais, políticos e jurídicos, porém restritos a uma dada parcela da população, em uma formulação baseada num ideal excludente e restritivo.

É importante observar que a conformação normativa da educação historicamente considerou e reconheceu seu papel estratégico em meio a interesses fixados constitucionalmente, abrigando os aspectos, a ela intrínsecos, de ligação com outros campos e bens jurídicos caros à sociedade, à vida política e à economia, por exemplo, como ocorre com o trabalho, a cultura e, também, a cidadania – hoje todos estes abrigados sob as estruturas e o manto normativo do ideal de dignidade humana. Todavia, o caráter restritivo e excludente, acerca do qual Carlos Roberto Jamil Cury aponta a natureza da educação enquanto privilégio<sup>275</sup>, revela bastante também sobre o papel do ideal de igualdade em meio aos marcos constitucionais anteriores, em sua relação com o rol de direitos.

Neste sentido, a partir do caso da educação, é possível observar como o advento e evolução da dignidade humana enquanto efetivo paradigma do ideal republicano brasileiro altera esta dinâmica. O cenário muda, de fato, com a Constituição de 1988, sendo consolidada a educação enquanto componente do estatuto de dignidade, essencial à pessoa e à própria sociedade e, assim, conteúdo de deveres a serem prestados, indiscriminadamente, a todos, ao qual se vincula o

274 Neste sentido, conforme CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação escolar, a exclusão e seus destinatários. **Educação em Revista**, n. 48, 2008. Pg. 214.

275 CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação escolar, a exclusão e seus destinatários. **Educação em Revista**, n. 48, 2008. Pgs. 210-216.

ordenamento infraconstitucional. A mudança de concepção do direito à educação é melhor observada ao tomar-se em conta as diversas camadas de garantia – sobretudo aquelas de nível institucional – fixadas no texto, em uma ampla profusão que se presta, principalmente, ao seu desenvolvimento estratégico em consonância com os objetivos e fins próprios e, também, os objetivos centrais da república fundada no texto constitucional.

O que não se altera – pelo contrário, se densifica – é o fato de que o desenvolvimento normativo da educação possui laços e relações com outros direitos e campos normativos albergados em termos constitucionais, tais como o direito ao trabalho, o direito à cultura, o exercício da cidadania e o domínio econômico. A educação acaba sendo um direito central que possibilita a concretização do paradigma constitucional de dignidade que abarca todos estes.

Aqui deve-se destacar uma relação de duas vias entre educação e o próprio princípio constitucional de dignidade. Por um lado, a educação passa a ser abarcada pelo texto constitucional enquanto decorrência axiológica deste princípio, com sua estruturação normativa e o regime a ela disposto fixado enquanto desdobramento daquele. Por outro lado, em razão de sua abrangência dimensional e do impacto que possui na esfera individual e coletiva, é a educação percebida pelo ordenamento a partir de seu papel agregador de diversos campos, basilar a outros direitos e essencial para o alcance de fins jurídicos caros, entre eles os relativos aos diversos direitos fundamentais cuja concretização possui na educação uma importante etapa.

O primeiro fator desta relação implica em uma previsão constitucional da educação que recaia sobre sua concretização enquanto exigência da própria condição de pessoa, considerado o plexo do mínimo essencial, portanto, como baliza primária de quaisquer vinculações promovidas pelo seu regime constitucional. É assim que são elaboradas e se justificam as garantias e mecânicas de acesso e difusão do ensino aos diversos extratos sociais excluídos do estatuto de dignidade.<sup>276</sup> A partir destes direitos e mecanismos, tomados aqui como exemplo,

<sup>276</sup>Neste sentido, é paradigmático o caso da ADI 186, julgada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, que rejeitou a argumentação do partido Democratas, que questionava a constitucionalidade do programa de cotas raciais implementado pela Universidade de Brasília. Na ocasião, o partido questionou o critério adotado pela instituição, exclusivamente racial, alegando que a desigualdade de raça é conexas à desigualdade econômica e que a política adotada impunha quebra da isonomia com relação aos brancos pobres, conferindo privilégios aos negros de classe média. Deste modo, afirmou o partido que “cotas para negros nas universidades geram a consciência estatal de raça, promovem a ofensa arbitrária ao princípio da igualdade, gerando discriminação reversa em relação aos brancos pobres, além de favorecerem a classe média negra”. A decisão em questão ilustra o próprio espírito do texto constitucional no que diz respeito

fica marcado um empreendimento de garantia que deve ter em vista, como necessidade primeira, a superação de um panorama histórico antitético àquilo que é a essência do plexo de valores sobre os quais é erguido o pacto jurídico-político em voga, panorama que, no caso, pautou estruturas institucionais e uma concepção de educação que eram válidas à luz direito então vigente.

O desenho constitucional da educação, neste sentido, é coligado com diversos elementos relativos à qualidade da pessoa no meio social, de modo a prestigiar efetivamente a dignidade humana como fundamento e, deste modo, compreendendo traços protetores de individualidades e de necessidades básicas coligadas com outros direitos fundamentais, como ocorre com a saúde, o transporte, a alimentação, a cultura, o lazer, o trabalho, entre outros. O traçado normativo que permeia a educação tem por escopo a garantia não apenas do ensino formal, mas de uma presença digna a partir de políticas que abarquem esta visão total da dignidade e do regime de direitos. A própria estrutura institucional da educação, soerguida pelo texto, proporciona este entrelaçamento, consistindo num conjunto de alicerces para seu prestígio e concretização. Isso se dá tanto em termos de estruturar, a nível individuais, a proteção e desenvolvimento da pessoa, quanto no nível organizatório da sociedade e Estado, conforme se observa nas garantias normativas fixadas em dispositivos como o artigo 208, VII<sup>277</sup> e o artigo 210, § 2º<sup>278</sup>, sobre os quais se discorrerá mais adiante.

Verifica-se, portanto, uma relação de decorrência entre o regime constitucional da educação e o princípio da dignidade humana que baseia o ideal republicano. No caso, esta não é tão somente uma relação que toma em conta uma ideia relativa à educação em si considerada – afinal, a experiência histórica demonstra que é possível existir educação descolada de conteúdo de valor pautado pela dignidade e pela valorização da pessoa –, mas de sua específica concepção pautada pelos vetores em tela e o decorrente desenho institucional, performando

à promoção das diferentes inclusões, necessárias conforme seja diverso o cenário de exclusões que marcam a faticidade do Brasil. Neste sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF. Autor: partido Democratas. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, publicado em 20 de outubro de 2014.

277 Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...) VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

278 Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. § 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.



assim sua natureza enquanto direito fundamental e abarcando os atributos que essa concepção envolve.

Com relação ao segundo fator de contato entre dignidade humana e educação a partir do texto constitucional, seu desenho normativo denota uma posição de alicerce para demais setores do texto, na qual o regime da educação passa a figurar.<sup>279</sup>

Já se mencionou o contato da educação com o trabalho e a cidadania, partindo de seu próprio plexo axiológico em contato com princípios basilares da república brasileiro e percorrendo o papel que o ensino tem na concretização destes dois direitos. Estes são exemplos da dinâmica que aqui se ilustra. O que ocorre, no caso, é que o próprio desenho institucional da educação incorpora tal característica, estabelecendo em meio a seus dispositivos e normas uma coligação com a concretização de parcelas de dignidade humana a serem observadas pela ótica de outros direitos fundamentais e expectativas constitucionais. Nesta linha, a Constituição fixa o ambiente de ensino como base de formação de seres humanos aptos ao convívio social e humano conforme o plexo de valores que fundamenta seu texto. Educar, conforme o desenho constitucional e as razões ali estabelecidas, visa, mais do que observar a pessoa como destinatária de um direito social, englobando a sua prestação por meio dos sistemas de ensino – tal qual ocorre com outros direitos sociais –, estabelecer o ser humano como agente apto e independente em meio ao desenho político-institucional realizado.

Tais fins encontram guarida no princípio da dignidade humana. Enquanto direito fundamental que é, ganha relevo o aspecto de interdependência que ostenta, também, a educação – no caso, inclusive, com destaque para seu próprio regime. Porquanto seja ela englobada como elemento essencial para a concretização do direito ao trabalho, para o exercício da cidadania, inclusive para a concretização da

<sup>279</sup>Conforme expõe Nina Ranieri, “valores fundamentais ao interesse social, nos termos da Constituição, são aqueles inerentes ao Estado Democrático de Direito e à República. Remetem à ‘consciência de pertencimento à sociedade estatal’ (Silva, 2006) e à conseqüente participação política e defesa de direitos. É nesse contexto que devem ser compreendidas as exigências constitucionais referentes ao ensino fundamental obrigatório, à sua oferta em línguas indígenas mediante os seus processos próprios de aprendizagem (art. 210, §2º), ao oferecimento da educação ambiental em todos os níveis de ensino (art. 225, §1º, VI), e da educação para o trânsito (art. 23, XII) e mesmo à educação sanitária (ECA, art. 14), as primeiras expressando o ideal da igualdade política, as últimas o da solidariedade. E, do mesmo modo, a exigência de educação científica e tecnológica”. RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação**. Tese de Livre-docência. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Pg. 361.

saúde, da cultura e esporte – em conjunto com os quais é estipulado seu regime pelo constituinte –, entre outros, o acesso à escola e o alcance do mínimo essencial em educação é etapa necessária para o correr dos diversos processos de prestígio à dignidade humana pela garantia de direitos fundamentais.

No caso, a largura que o regime constitucional da educação estabelece para as ações e políticas de concretização deste direito decorre diretamente da importância que é dada a ela, a partir de seu papel basilar no tocante à dignidade humana. É assim que, para além de etapa essencial à concretização de outros direitos, a educação também assume um papel fundamental no alcance de interesses, desígnios e horizontes maiores conforme o princípio republicano fixados no texto, a pautar o exercício do poder e o direcionar em certos sentidos.

Conforme será abordado, tal fator ganha especial relevo em relação à inclusão. Porquanto o papel do Estado e do administrador público se robusteça diante de ocasiões de exclusão ou de tendência à exclusão, no sentido do soerguimento de garantias contra possíveis barreiras ao alcance de um mínimo essencial, o corpo institucional pelo qual este se concretiza, por vezes, terá no ensino, no ambiente da escola e nos esforços que partem do educador um aspecto crucial para o alcance do horizonte de dignidade constitucionalmente projetado para todos.

#### **7.1.2.2. Educação enquanto alicerce e via da cidadania**

Na mesma direção e em razão da posição destacada, que toma o desenho constitucional da educação enquanto reflexo de diversos direitos, desígnios, valores e interesses do texto, é que se dá a relação entre educação e a cidadania. Ela é essencial à forma republicana porquanto partem dela diversos dos pressupostos que preenchem a dimensão material do princípio a ela relativo, considerado o elemento de soberania popular que o permeia, a correlação que possui com as estruturas democráticas e o balizamento do exercício do poder no entorno do interesse comum posto pelas pessoas.

No caso, cidadania implica uma condição e plexo de conteúdos a serem transmitidos ao indivíduo como fim e, simultaneamente, possibilitador da ordem posta. Sem o preparo para seu exercício, não se pode falar no preenchimento de um requisito básico para a existência de uma efetiva república. O próprio conceito de

cidadania enquanto fundamento republicano se extrai somente em consonância com os vetores mais marcantes do texto constitucional. Assim se observa a conexão direta da concepção de cidadania com a expansão da garantia de direitos e o prestígio dos demais valores centrais do texto, contexto que eleva o papel da educação enquanto possibilitador desta difusão e tem na inclusão, portanto, um importante vetor, porquanto implique a extensão deste horizonte a toda a coletividade uma verdadeira baliza pela qual se guia tal processo.<sup>280</sup>

Neste sentido expõe Nina Beatriz Stocco Ranieri, ao trabalhar o objetivo da educação referente ao preparo para a cidadania:

(...) Tal finalidade implica a conservação de determinados valores, quais sejam a democracia, a justiça social, a liberdade e a paz, sendo esta a razão determinante da sistemática constitucional de promoção, proteção e garantia do direito à educação (...)<sup>281</sup>.

Assim, é a educação direito que, concretizado, garante à pessoa uma base de elementos necessários para a vida republicana, digna e independente. Por meio de sua efetivação se alcançam habilidades racionalizadoras e capacidade crítica, necessárias para a vida em sociedade, sobretudo no que diz respeito ao controle do poder e participação efetiva na condução dos rumos da sociedade política.

O preparo para a cidadania e o contato com os demais valores coligados ao modelo republicano inscrito na Constituição de 1988 implicam uma vinculação das formas e conteúdos do ensino a determinados limites e bases fixados conforme os

280Nesta aponta José Afonso da Silva ao demarcar o cuidado que se deve ter ao considerar o ideal de cidadania: “a nova ideia de cidadania se constrói, pois, sob o influxo do progressivo enriquecimento dos direitos fundamentais do homem (...). A cidadania, assim considerada, consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular de direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos”, DA SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Pg. 36. Mais diretamente sobre o contato com a dignidade humana, na mesma linha, aponta André Ramos Tavares: “frise-se que a concepção de cidadania adotada pela Constituição de 1988 coincide com aquela introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e vincula-se, portanto, ao movimento de incorporação (internalização) dos direitos humanos e, acrescente-se, ao movimento da máxima efetividade dos referidos direitos. Como conteúdo mínimo da cidadania tem-se a vedação absoluta no ser considerado estar o indivíduo a serviço do Estado, ou o indivíduo como instrumento do Estado. Aqui, o conceito se justapõe à tutela derivada da própria dignidade da pessoa humana (mais um aspecto evidenciado da consubstancialidade já analisada aqui quando do estudo da dignidade)”. TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Pos. 16354, Versão Kindle

281RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação**. Tese de Livre-docência. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Pg. 350.

conteúdos e valores consagrados no texto constitucional. A educação, tal qual o próprio ordenamento, jamais será neutra, porquanto qualquer postura de ensino adotada implicará em determinadas escolhas e caminhos a guiarem os sujeitos e serem, simultaneamente, por eles construídos. O que se deve obter – e, ao menos no campo na normação, se obtém – a partir do debate democrático e dos processos institucionais de consolidação de consensos, é a fixação de balizas temáticas que guiarão a formatação dos conteúdos e formas de ensino a serem oferecidas e desenvolvidas. É assim que valores constitucionais a compor o ideal republicano, como são o princípio democrático, a igualdade, o pluralismo de ideias, o respeito à diferença, o prestígio às diversidades culturais e sociais do país, entre outros vários, compõem o rol de temas a serem transmitidos – e, essencialmente, resguardados –, o que tem na educação a sua via institucional mais adequada.<sup>282</sup> Neste sentido, é o ensino uma atividade vinculada ao traçado de valores inscrito na mesma fonte primária da qual sua projeção institucional retira legitimidade e seus fundamentos, ou seja, o texto constitucional.

O objetivo expresso do preparo para a cidadania parte desta transferência de valores e parâmetros constitucionais, sendo a educação a principal via apontada pelo constituinte para tal. Isso é possível de se afirmar porquanto seja a educação o campo no qual são erguidos os processos hábeis a introduzi-la no imaginário da pessoa e desenvolvê-la, tendo a cidadania como razão expressa do ato de ensinar e, assim, baliza das competências relacionadas. Daí se observa o peso que a educação possui em meio à dinâmica de poderes e garantias dos valores do próprio modelo republicano brasileiro.<sup>283</sup> Educação possibilita domínio da ação em meio aos

282Essa promoção de valores centrais do modelo republicano a partir da educação é relação que se estabelece desde a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo artigo 26, II, estabelece que “A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”.

283Conforme Nina Ranieri: “O direito à educação não é ideologicamente neutro. Em vários dispositivos a Constituição assinala sua finalidade, o que denota forte juízo de valor. Conforme se depreende da visão global do sistema constitucional, a difusão e a promoção dos princípios republicano e democrático, como fundamentos do Estado brasileiro, são o conteúdo político nuclear do direito à educação. (...) Esse nexos exige a transmissão formal, a cada geração, de todo um conjunto de valores e princípios de extração democrática, por meio do ensino escolar. É o que se extrai, repito, do art. 3.º, mas também do art. 1.º da Constituição Federal (CF BR, 1988), nos quais estão patentes, nomeadamente, a soberania popular, a cidadania, a dignidade humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político”. RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O novo cenário jurisprudencial do direito à educação no Brasil: o ensino domiciliar e outros casos no Supremo Tribunal Federal. **Pro-Posições**, v. 28, 2017. Pgs. 144/145.

processos políticos, desde os planos mais diminutos do tecido social, até um panorama macro, de sociedade democrática organizada. A qualidade da educação, deste modo, é estabelecida desde a Constituição como meta vinculada ao exercício da cidadania, procurando capacitar o indivíduo neste sentido.

É certo que isso passa, necessariamente, pela expansão no gozo dos direitos fundamentais e, sobretudo, da educação como base de cidadania. A universalidade, enquanto característica deste regime, não trata-se somente de conceito a adornar a matéria. Trata-se de critério para a própria concretização do perfil constitucional dos direitos. O empreendimento da garantia de acesso ao ensino tem por um de seus objetivos centrais a efetiva participação nos processos de decisão. Um ensino prestado de acordo com os parâmetros constitucionais é aquele que resulta em efetiva soberania da sociedade, em efetiva autonomia do indivíduo no meio social, partindo, antes de tudo, de um desenvolvimento de capacidade de percepção e autoconhecimento em meio à república criada.

No caso, trata-se de participação efetiva aquela que possibilite a entrada da pessoa como agente em processos aptos a gerar respostas democráticas conexas às experiências e necessidades das mais diferentes realidades. Por isso que, ao se ter dimensão do cruzamento entre a educação e a cidadania na Constituição, deve-se ter em mente uma concepção de tal direito que a considere tanto como bem difuso e inclusivo, a permitir e ampliar o grau de soberania.

Para além disso, é certo que as implicações que a cidadania tem na educação, partindo da própria fixação dentre seus objetivos, implicam num contato direto com a dimensão dos deveres a ela relativos. De fato, o tratamento da educação no texto constitucional possui forte referência à figura dos deveres, o que compõe uma de suas mais importantes facetas. Deveres estes que são distribuídos entre diferentes sujeitos: Estado, indivíduo, família. Neste sentido, a centralidade da educação não é garantida tão somente com uma relação ativa e passiva, na qual o ensino é mero objeto a ser prestado pelo Estado ou por outros entes. A própria sociedade e mesmo os indivíduos em si considerados são relacionados entre si em uma teia de relações, de modo a fixar camadas de garantia para um direito que, no caso, é crucial para o estabelecimento do modelo político-institucional realizado.

É assim que se percebe que são os deveres relativos à educação uma contraparte da própria sociedade política aos objetivos do modelo republicano estabelecido, sendo eles não apenas baseados nos princípios mais caros do

ordenamento, mas vinculados às razões que pautam a Constituição.<sup>284</sup> Desta forma, portanto, a educação, enquanto alicerce dos esforços, vetores e ações que permeiam a cidadania, é elemento crucial também na dimensão dos deveres que engloba a figura do cidadão e a construção coletiva da república almejada.

### 7.1.2.3. Educação e desenvolvimento

O penúltimo ponto a ser tratado com relação ao peso da educação em face aos valores do modelo republicano estabelecido diz respeito a seu cruzamento com o desenvolvimento. Neste sentido, o constituinte posiciona o regime normativo da educação em meio a processos direcionados ao desenvolvimento das mais diversas áreas tocadas pelo ordenamento constitucional, cujas importâncias são reconhecidas na Constituição. Entre todas, destacam-se como centrais os desenvolvimentos econômico, científico, tecnológico e o próprio desenvolvimento da democracia.

Tais vínculos se fazem patentes a partir dos dispositivos que expressam as razões que orientam a efetivação do direito à educação, conforme destacado na seção anterior, a partir do traçado axiológico da educação no texto. Este se espalha por outros campos do seu desenho constitucional, como é o caso – para citar um exemplo mais evidente –, das bases que vinculam a criação do PNE, conforme exposto no artigo 214. Este – a ser melhor abordado em momento próprio – arrola, dentre os objetivos de tal política, a formação para o trabalho (inciso IV) e a promoção humanística, científica e tecnológica do País (inciso V).

Tais dispositivos apresentam verdadeiro desdobramento e especificação de princípios como a garantia do desenvolvimento, o fundamento republicano da cidadania e o próprio princípio democrático, sobretudo na figura do pluralismo de ideias. Desta maneira, a Constituição reconhece o peso da correlação e vincula a

<sup>284</sup>Conforme expõe Nina Ranieri, “se necessita um grande esforço de educação e auto-educação para inculcar-se, na mentalidade coletiva, o pressuposto dos direitos humanos (tudo que é indispensável para um é indispensável para todos), o da democracia (todos têm o direito de se manifestar e de participar das decisões coletivas) e o da república (todos são responsáveis pela coletividade e pelo bem comum). O esforço para incluir todos no mesmo elenco de bens, direitos e deveres está na base da reflexão sobre o preparo para o exercício da cidadania, mediante a educação”. RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação**. Tese de Livre-docência. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Pg. 362.

efetivação do direito à educação ao desenvolvimento da ciência, da tecnologia e do desenvolvimento econômico, a partir da estipulação, em seu próprio corpo, de bases de políticas a serem desenvolvidas, com vinculações entre os campos em questão.

Tais contatos são feitos majoritariamente a partir do traçado de bases axiológicas dos setores do texto relativos a tais processos. É caso, por exemplo, da relação existente entre a educação e o trabalho, que reflete na própria ordem econômica, ao ter esta por fundamento a valorização do trabalho humano, conforme o *caput* do artigo 170 do texto constitucional<sup>285</sup>. Daí que não há que se falar em desenvolvimento sem garantia de educação, sobretudo na seara econômica, porquanto a garantia do direito ao trabalho passa pela capacitação e alocação da pessoa a partir das potencialidades que possui.

Em que pesem tais relações se darem entre normas de textualidade, por vezes, aberta e dependente de complementação interpretativa a partir de trabalho hermenêutico que considere o texto constitucional em sua inteireza, é justamente deste modo que se extrai da Constituição o sentido de seu potencial vinculante e ordenador. No caso, tais aproximações cumprem a função de posicionar o direito fundamental à educação em um campo de centralidade em meio ao ordenamento, pondo em relevo seu papel basilar aos diferentes âmbitos de interesse constitucional. Por mais que, por vezes, o entrelaçamento de regimes se dê no âmbito do traçado axiológico primário de direitos fundamentais (ou outros interesses constitucionalmente protegidos) específicos – como é o caso da educação e do direito ao trabalho –, a abrangência e peso dado a tais linhas fica ressaltada, enquanto elemento vinculante de ação e interpretação normativa.

Nesta mesma linha, é certo que as relações estabelecidas entre cultura e educação são, por vezes, vagas: a menção de que os conteúdos mínimos ministrados no ensino fundamental deverão assegurar “respeito aos valores culturais e artísticos”. O mesmo ocorre com relação ao desenvolvimento científico e tecnológico, porquanto o constituinte expressamente delegue a elaboração das garantias a este fim ao legislador infraconstitucional, conforme estabelecido no citado artigo 214.

De todo modo, a relação entre os campos aqui pontuados e o papel do direito à educação em meio a eles é evidente, de modo que a sua concretização possui

<sup>285</sup>No caso, estabelece o *caput* em questão que “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: (...)”.

objetivos direcionados a sua concretização nos moldes do estipulado constitucionalmente enquanto balizas suas. Tal fato, por si só, representa garantia normativa apta a orientar a criação e o desenvolvimento de políticas públicas pelos poderes constituídos, implicando em específicas formas e, sobretudo, conteúdos a serem prestigiados e protegidos.

#### **7.1.2.4. A relação entre o desenho constitucional do direito à da educação e o princípio da igualdade na Constituição**

Cabe, por fim, destacar o contato que a educação possui com o ideal de igualdade no texto constitucional e, deste modo, oferecer um primeiro olhar acerca de como o seu traçado normativo contribui para o delineamento do regime relativo ao direito em questão.

A própria natureza constitucional do direito à educação, ou seja, enquanto direito fundamental social, deixa exposta a relação estrita que ela possui com o valor de igualdade. Conforme o advento dos direitos sociais seja resultado de uma construção baseada em uma dimensão de igualdade material, esta tem seu estopim, para o campo do direito positivo, a partir de sua fixação e conseqüente promoção em diversos diplomas de direito internacional, desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, se espraiando, enquanto paradigmas, a diversos constitucionalismos mundo afora. É deste modo, portanto, que a educação se apresenta como um necessário corolário da dimensão de igualdade material, ligação que existe em qualquer ordenamento contemporâneo que se adéque ao paradigma da dignidade humana conforme este é delineado desde o campo do direito positivo, ao longo do século XX. Esta linha de contato entre educação e igualdade, portanto, é inerente à própria concepção arquetípica de seu perfil contemporâneo<sup>286</sup>.

<sup>286</sup>É de se notar este contato em meio ao processo de afirmação da igualdade racial nos Estados Unidos, considerando o papel que a discussão sobre o acesso ao direito à educação teve como mola propulsora do debate acerca da igualdade na Suprema Corte daquele país. Acesso às mesmas escolas e a proibição do Estado em tolerar discriminações são temas que passam por longos processos de amadurecimento, necessário à afirmação da igualdade jurídica com a decisão em *Brown v. Board of Education of Topeka*, em 1859. Neste sentido, TAVARES, André Ramos. *Direito fundamental à educação*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.



Para além deste primeiro contato, que reflete a posição da educação em meio ao paradigma geral inerente à sua própria natureza, a relação entre educação e igualdade assume maior complexidade no caso do direito positivado em um dado contexto, o que é possível verificar ao voltar o olhar para a Constituição de 1988. Esta reflete uma série de especificidades do Brasil na relação entre igualdade e educação, que são o foco da análise empreendida. Em vista do panorama histórico apresentado quando mencionado o contato com a dignidade humana, relativo tanto à concepção sociopolítica da educação no país e sua base de legitimidade normativa, quanto ao próprio desenvolvimento fático de tal direito, o constituinte de 1988 pauta o traçado da educação de modo a enfrentar as consequências de décadas de sistemas normativos e institucionais que a tomavam por privilégio de um mero estrato da sociedade, a atender seus fins próprios: foi a educação um campo pautado por uma lógica de exclusão, o que o próprio direito acabava por legitimar.

Como resultado de um campo normativo e institucional a cancelar a educação enquanto privilégio de poucos, mantendo portanto grandes camadas do povo excluídas do gozo dos direitos a ela relativos, marcaram o percurso histórico da educação no Brasil, durante todo o período que culminou na constituinte, taxas de analfabetismo elevadas<sup>287</sup>, alta distorção entre idade e série<sup>288</sup>, falta de estrutura, entre outras vicissitudes, muitas delas, ainda, persistentes. Estes são apenas alguns efeitos do que a oficialidade do país estabeleceu a grande parte da população, mantendo-a fora da escola e, quando havia sua inserção no sistema de ensino, provendo uma prestação precária de tal direito.

O fato é que a educação só passou a possuir um traçado constitucional a, de fato, pautá-la pelas bases de um direito fundamental somente com o advento da Constituição de 1988. No caso, é possível dizer que não há que se falar em déficit de educação ao trabalhar a efetiva lógica normativa e fática que antecede 1988. Tal déficit somente existe em relação a um paradigma da educação que a considera por sua natureza de direito fundamental social, corolário do ideal de dignidade humana; não era esse, todavia, o tratamento dado pelo traçado da educação no passado normativo do país.

287Em 1987, o Brasil possuía, ainda, 19,7% de analfabetos em sua população maior de 15 anos de idade, conforme dados do Anuário Estatístico do IBGE de 1990. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Anuário Estatístico do Brasil**, Rio de Janeiro: IBGE, 1990.

288Distorção idade/série para o ensino fundamental – conforme modelo à época vigente – era de 76,2% em 1982. Disponível em: <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=4&op=0&vcodigo=M18&t=distorcao-idadeserie-ensino-fundamental>. Acesso em: 5/4/2020.

A Constituição de 1988, mais do que buscar empreender mudanças estruturais e fáticas, representa ela mesma um ponto de virada no que diz respeito à posição e ao fundamento normativo que permeia o tratamento da educação, sendo o primeiro texto a, de fato, entender e sustentar a educação com natureza a que hoje possui. Cabe compreender a posição constitucional da educação como a de um direito fundamental orientado no sentido dos alicerces republicanos mais marcantes. Neste sentido, a dignidade humana, a cidadania e, sobretudo, a igualdade, considerado o seu vetor elementar de inclusão, estão na base do tratamento constitucional que possui a educação.

O traçado constitucional específico ao direito constitucional em tela, no caso, corrobora o perfil que a Constituição de 1988 delinea, especialmente, no que se refere ao princípio da igualdade. Os esforços na garantia dos direitos fundamentais e, em especial, aqueles demarcados como de natureza social, se pautam, justamente, pelo objetivo de transpor os vãos existentes entre as realidades que marcam a sociedade brasileira, de modo a romper com as diversas desigualdades que são assumidas e adotadas como base no modelo de legitimação, balizamento e orientação do poder. Porquanto seja a inclusão dos excluídos o suporte sobre o qual se assenta o princípio da igualdade em contato com o regime de direitos fundamentais, sobretudo naquilo que diz respeito às ações para a sua efetivação e proteção, é de se observar que com o desenho constitucional da educação isso não se faz diferente. Conforme será exposto, o desenho da malha de garantias ao direito à educação tem nas inclusões dos excluídos de seu gozo um norte marcante.

Essa presença da igualdade e, sobretudo, de seu elemento de inclusão, enquanto elementos distintivos do traçado constitucional da educação, se apresenta em alguns de seus aspectos estruturais. Um primeiro traço a se destacar é o desenvolvimento de um regramento pautado pelo respeito à diferença e a diversidade existente no tecido social brasileiro. Carlos Roberto Jamil Cury aponta que, há algum tempo, a educação vem sendo prevista nos ordenamentos constitucionais conforme o que Bobbio chama de especificação, ou seja, o direito à diferença, sendo este um dos traços centrais a pautar seu regime<sup>289</sup>. Nessa lógica, tal direito engloba não apenas uma noção de igualitarismo seco e raso, mas de uma valorização das diferenças inerentes à complexidade dos meios sociais como forma

289CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de pesquisa**, n. 116, p. 245-262, 2002. Pg. 255.

de garantia de liberdade, autonomia, proteção contra a discriminação e, sobretudo, às diferentes desigualdades.

Tal aspecto se observa no desenho da educação na Constituição de 1988, pautando o regime de tal direito a partir da valorização das variedades culturais e sociais, englobando, por exemplo, as especificidades que marcam o tratamento dos povos indígenas no que refere à educação, sendo assegurado o ensino em suas línguas maternas e, inclusive, seus processos próprios de aprendizagem (artigo 210, § 2º<sup>290</sup>), direitos das pessoas com deficiência na educação (conforme artigo 24 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoas com Deficiência), as especificidades regionais e culturais (artigo 210, *caput*<sup>291</sup>), entre outros elementos que compõem o conteúdo e a forma do ensino, vinculando sua prestação. Para além deste primeiro aspecto e as disposições que o albergam, é essencial destacar que a igualdade é expressamente prevista, no artigo 206, I,<sup>292</sup> como princípio a reger o ensino no Brasil. Neste sentido, o texto constitucional é enfático ao estipulá-la como o primeiro valor do rol, associando-o tanto ao acesso quanto à permanência da pessoa na escola.

É a partir deste vetor normativo que diversas das prestações e limitações estipuladas em garantias ao longo do texto constitucional são balizadas, demarcando o regime da educação a partir de uma modelagem sua que seja hábil a abranger a sociedade brasileira em seu gozo. Isso implica um impacto multilateral de garantias: fatores que, em um primeiro momento, parecem acessórios ao ensino têm sua relevância demarcada enquanto elementos essenciais do direito à educação, porquanto sejam determinantes para possibilitar ou impedir acesso e permanência na escola. Exemplos da dinâmica em questão são a garantia do transporte, da alimentação e do vestuário, entre outros fatores que se mostram necessários para o adequado desenvolvimento das atividades de ensino. Nesta linha, a base para diversos deveres do Estado, como o fornecimento de serviços de transporte escolar, materiais escolares e atendimento médico, por exemplo, está disposta junto do princípio da igualdade.

290 Art. 210. (...) § 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

291 Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

292 Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (...).

O peso que possui o direito fundamental à educação e o impacto do princípio da igualdade – como este é constitucionalmente delineado – em seu regime refletem a essência do princípio republicano positivado, de modo a abarcar o ser humano em um traçado que visa resguardar este plexo de conteúdos, visando seus fins, a partir de seus mais diversos aspectos. Garantir a educação é garantir que esta seja acessível e abranja a todos, independentemente das especificidades, diferenças, desafios e barreiras a se considerar. O que deve ser observado, no caso, é o enfoque dado pelo constituinte à expansão e extensão do alcance deste direito fundamental a locais e camadas nos quais, antes, não se fazia presente, seja de forma absoluta, seja no que se refere aos paradigmas normativos fixados no que diz respeito ao conteúdo estipulador de qualidade e abrangência constitucionalmente consagrados.

Desta maneira, portanto, a relação entre educação e igualdade se dá por meio de verdadeiro entrelaçamento normativo, manifesto em diversos dispositivos do texto constitucional, a serem, assim, entendidos como vinculadores do ordenamento jurídico no que se refere a tal direito e sua concretização. A inclusão, enquanto vetor marcante do princípio da igualdade no texto, representa verdadeira linha condutora da educação desde o seu posicionamento em meio ao traçado normativo da república brasileira.

No caso, para além das relações estabelecidas entre os plexos centrais de orientação normativa que marcam tanto o conjunto do texto constitucional, quanto o traçado constitucional da educação, outros aspectos marcam o contato entre o ideal de igualdade conforme este é delineado e o desenho da inclusão no texto. Estes aspectos, essenciais ao traçado constitucional da educação, serão objeto de aprofundamento nos tópicos adiante.

### **7.1.3. As dimensões da relação entre o direito fundamental à educação e a inclusão**

A partir da posição constitucional da educação, considerado o entrelaçamento das bases axiológicas de seu próprio regime com os vetores normativos fundamentais do texto e, sobretudo, sua vetorização tendo por fundamento o próprio princípio da igualdade, cabe abordar, em pormenores, o perfil que a inclusão

assume em meio ao seu contato com o traçado normativo da educação. Neste sentido, educação e inclusão se relacionam de duas formas na Constituição.

Enquanto faceia um histórico marcado por um quadro de previsão normativa e execução pautados por um substrato lógico muito distinto daquele verificado em sua concepção contemporânea, partindo de um cenário fático de milhões de excluídos no seu gozo, a Constituição, primeiramente, designa um processo de inclusão na educação, tendo a sua parcela mínima essencial como paradigma. Neste sentido, se dá uma primeira dimensão de contato entre educação e inclusão, ou seja, o estabelecimento constitucional de vetores de inclusões no direito à educação. Este é, certamente, o campo sobre o qual o constituinte deposita maiores esforços no que diz respeito ao soerguimento de linhas de garantias normativas.

Por outro lado, tendo em vista sua essência e a importância que possui em meio ao conteúdo da dignidade humana e seus atributos, o direito à educação se relaciona com processos inclusivos porquanto, a partir dele, é possível o acesso a espaços sociais e econômicos antes inacessíveis, bem como ao adequado gozo de outros direitos. Nesta segunda dimensão, a educação assume função, ela mesma, enquanto motor de inclusão. Este segundo campo de contato entre educação e inclusão decorre diretamente do peso que possui o direito à educação, conforme verificado ao se adentrar a posição constitucional deste direito fundamental e de seu regime em meio ao texto.

Ao longo dos dois próximos tópicos serão aprofundadas estas duas pontas da relação entre educação e inclusão no texto constitucional, a partir das quais o constituinte posiciona o regime normativo do direito à educação de acordo com os vetores que marcam, em especial, o princípio de igualdade que permeia o ideal republicano brasileiro.

#### **7.1.3.1. Educação como campo no qual deve ocorrer a inclusão**

A estipulação da educação enquanto campo no qual deve ser prestigiada a inclusão fica patente desde os princípios do ensino, no artigo 206. Conforme já levantado, a igualdade no acesso e permanência é vetor normativo que expõe a expressa estipulação feita pelo constituinte de que a garantia do ensino – aqui considerado em sua dimensão institucional – seja promovida de modo a alcançar maiores números de pessoas – à luz do quadro fático de exclusão que marca

historicamente a prestação de tal direito –, vinculando o Estado e os demais encarregados do ensino.

No caso, o inciso I do artigo citado pauta ambas as noções pela régua da igualdade, que deve ser interpretada à luz do contexto em que é fixada desde os princípios fundamentais e, portanto, com ênfase em sua dimensão de inclusão e, portanto, nas diversas exclusões existentes para com acesso e permanência. Do mesmo modo ocorre com a gratuidade, prevista no inciso IV do mesmo artigo como princípio norteador do ensino. É ela posta enquanto princípio da prestação deste direito porquanto seja elemento conexo à própria visão que faz o constituinte da educação enquanto. É o ensino gratuito pois essencial a todos, elementar para a vida digna e o alcance da condição de cidadão, conforme a dinâmica impressa na Constituição.

Mais sobre tal atributo será abordado ao tratar da gratuidade enquanto garantia, mas cabe destacar, desde já, que é ela forma de contrapor empecilhos existentes no acesso ao ensino ocasionados pela assumida desigualdade social do Brasil, que chega até a pontos extremos, com os marcados quadros de pobreza. É elemento elencado como base a garantir a abertura deste campo, como requisito para superação de diversas exclusões, sobretudo as de naturezas social e econômica.

Tais princípios centralizam o desígnio de inclusão com relação à educação, modulando a concretização deste direito não apenas pela garantia de um padrão de qualidade em relação a conteúdos e fins (como estabelece o inciso VII), nem pelo mero elenco de garantias a direitos de liberdade na educação (como fazem os incisos II e III), mas pelo delineio da educação enquanto direito social compreendido por diversas prestações, no campo de uma realização material que seja hábil a abarcar pessoas que, antes, não tinham acesso a tal direito.

A partir deste conjunto de bases axiológicas e demais parâmetros normativos, o constituinte desenvolve um traçado institucional da educação que é moldado de forma que seja hábil a enfrentar os específicos pontos de relevo nos quais se manifestam exclusões relativas ao tema. No caso, dada a abrangência do direito à educação, diversos são os fatores determinantes das exclusões que se apresentam, o que demanda um plexo de frentes de atuação, a pautar os deveres inerentes ao regime jurídico do direito à educação, promovendo os necessários processos de inclusão. O impacto mais direto neste sentido, conforme observaremos no

seguimento deste trabalho, ocorre em relação às bases constitucionais da educação básica. É em meio a estas que o constituinte dedica maiores esforços ao fixar garantias desde o texto da Constituição para que seja a educação um campo no qual devem ocorrer inclusões.

### 7.1.3.2. Educação como propulsão às diversas inclusões

De outra parte, a educação se apresenta como propiciadora de inclusões. Isso se dá a partir da própria conformação de seu especial regime enquanto direito fundamental, tal como posto pelo texto constitucional. Há, no caso, uma ligação direta com a essência da noção de educação, sendo ela uma via reconhecida para a estruturação e alcance de aptidão para autonomia do indivíduo, em meio a campos característicos dentre o próprio regime de direitos fundamentais, como são a cidadania e o trabalho – ou seja, os fins expressos desta –, mas, também, possibilitando acesso a outros espaços sociais, culturais e econômicos.<sup>293</sup>

Do ponto de vista coletivo – sob o qual deve ser, também, observada –, a educação acaba por promover diferentes inclusões e contatos no meio social, garantindo a participação e o convívio dos diferentes estratos e camadas na sociedade. Neste sentido, o ensino constitucionalmente fundado e orientado compreende um processo de trocas e de autoconhecimento individual e coletivo hábil a gerar a construção de relações harmônicas, o respeito à diferença, o contato com as diferentes realidades que marcam a sociedade brasileira.<sup>294</sup> No texto constitucional, este vetor do contato entre a inclusão e a educação pode ser observada em diversos dispositivos que posicionam e munem o seu regime e sua

293“Pelo tipo de instrumento que constitui, trata-se de um direito de múltiplas faces: social, econômica e cultural. Direito social porque, no contexto da comunidade, promove o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Direito econômico, pois favorece a auto-suficiência econômica por meio do emprego ou do trabalho autônomo. E direito cultural, já que a comunidade internacional orientou a educação no sentido de construir uma cultura universal de direitos humanos. Em suma, a educação é o pré-requisito fundamental para o indivíduo atuar plenamente como ser humano na sociedade moderna”. CLAUDE, Richard Pierre. Direito à educação e educação para os direitos humanos. Sur. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 2, p. 36-63, 2005.

294Neste sentido, conforme asseveram Luiz Alberto David Araujo e Maurício Maia, “poucos direitos são tão importantes como o direito à educação, que garante o acesso do ser humano ao instrumental necessário para o exercício da cidadania, para o pleno desenvolvimento pessoal e para a inclusão no mercado de trabalho; sem educação dificilmente o ser humano consegue atingir qualquer objetivo de desenvolvimento.” ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. Direito à educação: a matrícula da pessoa com deficiência intelectual na rede regular de ensino. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 16, n. 2, p. 73-100, 2015. Pg. 76.

prestação como ponte para tal. Ainda que não sejam garantias que se voltem unicamente a tal vertente, é ela contemplada por tais garantias.

Tal é o caso, por exemplo, da expressa vinculação à elaboração dos currículos, promovida pelo disposto no artigo 242, § 1º, que estabelece que “o ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro”. Neste sentido, é relevante o papel da educação para a inclusão cultural de minorias, com o resguardo de sua identidade e papel social frente aos processos de massa que, por vezes, acabam oferecendo risco ao diferente.

Ao incorporar tal previsão, a Constituição acaba por moldar a atividade dos poderes instituídos e, especificamente, balizar a ação dos entes vinculados para o exercício das competências correlatas, em esforço voltado para o afastamento de possíveis obstáculos ao gozo de uma educação constitucionalmente adequada, considerado o já referido direito à diferença, que se traduz, no caso, em verdadeira faceta componente dos traçado dos regimes de direitos fundamentais.

Outro exemplo bastante marcante é aquele, já citado, referente às garantias à educação indígena, conforme o artigo 210, § 2º, porquanto tal aspecto seja essencial para o conhecimento mútuo e o decorrente respeito e harmonia almejado entre sociedade envolvente e os povos indígenas.

Para além disso, a estruturação institucional da educação, conforme se verá mais afundo na seção seguinte, possui papel essencial na proteção de diversos estratos da sociedade, no tocante a vários regimes de direitos fundamentais, conforme já exposto acerca do papel que educação possui enquanto elemento de concretização de inúmeros valores e interesses de seu regime. Isso se dá, em especial, com relação à infância e juventude. Com relação à figura da escola, no caso, é associado um papel de centralidade no que diz respeito às dinâmicas de dia a dia, o que se estende à prestação de diversas garantias em direitos fundamentais sociais, como é o caso de atendimento à saúde, alimentação, vestuário, lazer, entre outros.

O estabelecimento de ensino, em muito, é desenhado pelo texto como suporte a diferentes aspectos do resguardo da dignidade, em vista do teor do artigo 208, VII, que estabelece o dever, para o Estado, de garantir “atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didáticoescolar, transporte, alimentação e assistência à



saúde”. Percebe-se, assim, uma centralidade do traçado da educação que se eleva ao próprio nível institucional, de modo a fornecer esteio a ações e políticas tocantes, também, a outros direitos fundamentais. No caso, ganha relevo, o traço de interdependência que possuem os direitos fundamentais. Conforme já levantado, pela garantia do direito à educação se atravessa etapa necessária à efetivação plena de outros direitos fundamentais.

Inclusive, a partir deste vetor do contato entre o regime constitucional de educação e o desígnio de inclusão é possível observar uma importante faceta deste direito fundamental. No caso, trata-se da educação enquanto dever da própria pessoa. Por se guiar de forma estreita às próprias razões e fins da república brasileira constitucionalmente delineada, tendo ela mesma direcionamento vinculado aos valores coletivos inscritos no ideal de cidadania do texto constitucional, a educação abriga uma faceta notadamente republicana, de modo que seu gozo não constitui apenas um direito da pessoa, mas é ele mesmo a implicação de um conjunto de deveres, conformadores eles próprios de seu regime. Destaca-se tal fator pois a educação passa a ostentar um plexo de garantias que, no que se refere aos próprios sujeitos vinculados à sua concretização, é alargado, denotador de sua importância em relação à pessoa e à própria dinâmica do modelo político-institucional posto. Percebe-se no desenho constitucional da educação um campo expandido de mecanismos a vincular e orientar os processos de inclusão, a partir do próprio acesso ao direito fundamental em questão.

Porquanto o texto estipule expressamente, desde o próprio *caput* do artigo 205, a pluralidade de sujeitos detentores de deveres, fica estabelecida a conexão que a própria ação de particulares passa a ter para com tais processos. Para além de direito, a concretização dos fins estipulados para a educação é ferramenta a partir da qual se torna possível integrar-se à sociedade em sua vertente programática, pautada pelos seus princípios.

Deste modo, portanto, que o regime normativo de educação, mais do que apenas promover inclusão pela estipulação de obrigatoriedade de políticas a serem empreendidas pelos poderes constituídos, acaba por ordenar a própria sociedade no sentido de sua concretização, socializando o peso que possui a educação para os fins e horizontes tracejados em meio ao delineamento do modelo republicano brasileiro.

## **7.2. Garantias à inclusão no traçado constitucional do direito à educação**

### **7.2.1. Aspectos introdutórios**

Passa-se agora, nesta segunda parte do capítulo, à análise de três grupos de garantias à inclusão estruturadas, pelo constituinte, em meio ao desenho da educação. No caso, tratam-se de garantia estabelecidas em relação a 1) o desenho institucional da educação básica, 2) o financiamento da educação e 3) o Plano Nacional de Educação. Estes três grupos serão objetos das seções vindouras. Todavia, antes de adentrar propriamente o tema, é relevante abordar três pontos introdutórios, de modo a melhor situar a visão acerca das normas que o constituinte estabelece neste sentido.

Um primeiro ponto a se destacar, referente à relação entre educação e inclusão a partir do que foi trabalhado nos tópicos anteriores, diz respeito ao modo como a dupla vetorização do contato entre educação e o desígnio de inclusão implica no desenho constitucional de garantias. No caso, a relação de dupla via do contato entre os dois campos acaba por se projetar para o próprio traçado constitucional de garantia à educação, resultando em uma malha de garantias voltadas para a concretização de cada um dos polos deste binômio. Deste modo, é possível falar em duas espécies de garantias à inclusão no traçado constitucional da educação: garantias à inclusão na educação, voltadas a permitir que mais pessoas tenham acesso ao gozo deste direito em seu mínimo essencial; e garantias hábeis a moldar a educação e os sistemas institucionais que a promovem para que seja ela uma mola efetivadora de inclusões, de acordo com o que se estipula com base na aptidão de seu perfil.

É certo que o próprio delineamento das garantias em meio aos dispositivos que permeiam o texto constitucional não é um empreendimento uniforme e sempre bem delimitado. Conforme visto no capítulo referente às garantias, por vezes um mesmo dispositivo acaba por encerrar garantias referentes a uma ou a diferentes expectativas normativamente estipuladas. Daí cabe afirmar que, em certos casos, a Constituição terá dispositivos dedicados a garantir inclusão em educação, como predomina, por exemplo, naqueles que estabelecem a gratuidade da educação básica, em especial o próprio artigo 208, I, que tem por razão a garantia de uma

camada do direito à educação de forma a abarcar todas as pessoas, em posição de fixação de deveres ao sujeito prestador, ou seja, o Estado.

Por outro lado, há dispositivos nos quais predomina uma expressa garantia à fixação da educação enquanto motor de inclusão. Isso se vislumbra no citado artigo 208, VII, ao incorporar camadas relativas a outros direitos fundamentais – ainda porquanto tal garantia seja essencial ao próprio desenvolvimento do ensino –, bem como no artigo 210, § 2º, que, conforme já exposto, acaba por perfilar o conjunto de competências relativos à garantia da educação básica, de modo a abranger não apenas o ensino em línguas maternas das diversas comunidades indígenas, mas também os seus próprios processos de aprendizagem. Desta maneira se está a abarcar tais camadas da população no horizonte de fins constitucionais da educação, respeitando e observando as particularidades culturais – constitucionalmente asseguradas.

De todo modo, o fato marcante, neste sentido, é o soerguimento de dois vetores de garantias, a facear ambas as expectativas configuradas pelos focos de inclusões aqui demarcados. Esses dois polos de contato entre o desígnio constitucional em tela e o direito à educação pautam o seu traçado constitucional, revelando a dupla importância que a educação tem para a dinâmica posta em meio ao cerne do ideal republicano brasileiro.

O segundo ponto a ser abordado diz respeito a outro binômio existente em meio ao contato que se dá entre educação e inclusão, desta vez sendo este mais próprio do traçado de garantias. À luz do que foi exposto no capítulo referente às garantias, o constituinte estipula aquelas que são relativas à inclusão, a partir do regime da educação, em uma dupla camada.

A primeira camada se refere ao fato de que garantir o direito fundamental à educação conforme a Constituição o desenha é, por si só, prestigiar o desígnio de inclusão. Isso se dá em razão de sua própria natureza enquanto direito social, cujo desenvolvimento normativo se dá a partir de um plexo axiológico sustentado pelo princípio da dignidade humana, igualdade e, sobretudo, de seu vetor de inclusão. Assim, é a educação constitucionalmente estabelecida de modo a romper com os desafios que, a partir do campo da faticidade, pautam o texto. Portanto, a concretização do direito à educação somente se dará de forma constitucionalmente adequada enquanto seja ela inclusiva.

Garantir o direito à educação, de um modo geral, é garantir, também, um cumprimento primário do desígnio constitucional de inclusão. Isso se dá porquanto a garantia do direito fundamental em questão, conforme posto pelo próprio texto, implique nas garantias de acesso e permanência a todos, em meio ao desenho de um patamar mínimo essencial pautado por outras garantias como a gratuidade e a obrigatoriedade, conforme será visto nas subseções vindouras. O constituinte fixa diversas garantias à concretização da educação que se referem diretamente a esta camada inclusiva que possui. Do mesmo modo ocorre com as garantias referentes ao financiamento em geral, ao acesso às camadas suplementares do ensino – essenciais à garantia do direito como um todo –, como é o caso do transporte escolar, alimentação, material etc.

Deste modo, ao garantir a expansão dos sistemas de ensino, com seu acesso por todos, bem como sua prestação segundo adequado padrão de qualidade e prestígio ao estabelecido com seu mínimo essencial, estará o poder público prestigiando as garantias à inclusão postas nesta primeira camada de garantias. Deste modo, a própria prestação do direito à educação constitui uma garantia à inclusão.

A segunda camada de garantias à inclusão no traçado constitucional da educação diz respeito aos específicos processos de inclusão cujo prestígio e promoção são devidos à luz do ordenamento constitucional. No caso, há diversos casos de exclusão ou tendência à exclusão que demandam ações específicas, de modo a garantir o alcance do mínimo essencial em educação a todos, independentemente de fatores que se apresentem no plano fático. Neste sentido, por vezes, o próprio constituinte reconhece tais situações e, a partir de tal consideração, fixa específicas garantias a processos inclusivos próprios, de maneira a contemplar particularidades e contrapor possíveis barreiras que se apresentam.

Em outros casos, todavia, a textualidade constitucional não abarca, de forma expressa, tais situações. Ainda assim, a base normativa a partir da qual se sustenta o regime constitucional de educação, conforme se verá, é assertiva no sentido de ser o direito à educação, bem como as ações no sentido de sua concretização, moldados de modo a abarcar as mais diversas camadas sociais e indivíduos titulares do direito fundamental à educação, conforme será observado nos tópicos vindouros.

Por fim, em face dessa relação entre as normas constitucionais componentes do regime normativo da educação e o vetor constitucional de inclusão, destaca-se aqui que a análise quanto às garantias a esta, no texto, se centrará no traçado das que são fixadas em favor da educação básica. Este é o terceiro e último ponto introdutório. Se opta por este recorte, sobretudo, em razão do fato de que a educação básica concentra, atualmente, o maior volume de conteúdo daquilo que pode ser mais facilmente identificado como o mínimo essencial em educação. Conforme será objeto deste tópico, o conjunto de garantias estabelecidas pelo constituinte ao delinear as diferentes relações jurídicas que permeiam a educação básica fixam tal etapa a partir de uma múltipla vinculação, a revelar sua qualidade como parcela do mínimo a ser assegurado.<sup>295</sup>

As etapas que compreendem o ensino básico são fixadas não apenas como dever do Estado, mas como direito subjetivo de toda pessoa sob a égide da Constituição e, mais do que isso, ele mesmo um dever da pessoa e da sociedade, conforme exposto no inciso I do artigo 208, em conjunto com o seu § 1º. No caso, a dinâmica estabelecida pelo texto constitucional demonstra que o próprio conjunto de conteúdos e fins relacionados à educação básica integram o mínimo essencial em educação, sendo pressuposto necessário para sua concretização.

Por outro lado, de forma alguma se está a defender que apenas a educação básica componha o plexo mínimo essencial em educação. Ainda que, conforme trabalhado anteriormente, este seja noção aberta e dependente de processo hermenêutico tomando por base a sistematicidade do regime de direitos fundamentais, a textualidade da Constituição é clara: não apenas a educação básica, mas direitos decorrentes da garantia da educação básica, bem como outros direitos em meio ao traçado da educação são parte de tal plexo. É o caso da garantia de creche para as crianças de até 5 anos de idade, conforme reconhecido pelo STF.<sup>296</sup>

A educação básica, todavia, é etapa de ensino para a qual o constituinte dedica grandes esforços no sentido de delinear as bases de suas políticas concretizadoras, o que é compreensível sobretudo porquanto se toma em conta a fase da vida na qual esta, idealmente, é ministrada, bem como os temas e aptidões

<sup>295</sup>Neste sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018. Pos. 10845. Versão Kindle.

<sup>296</sup>Caso do ARE 639337 AgR, rel. Min. Celso de Melo, publicado em 15/09/2011.

trabalhadas, em face dos objetivos da educação. É na educação básica que a pessoa tem contato com o volume de conteúdos mais essenciais no que diz respeito ao seu desenvolvimento, ao preparo para a cidadania e à qualificação para o trabalho. Não é por outros motivos que se almeja, no caso, a sua garantia a todas as pessoas e, assim, se estabelecem esforços para tal, a partir de um grande volume de vinculações e expectativas dispostas. Neste sentido, é intenso o trabalho do constituinte no desenho e fixação de garantias à concretização da educação básica.

Em vista deste primeiro ponto, é certo que a inclusão apresenta grande impacto no desenho normativo da educação básica. No caso, o constituinte, ao criar alicerces institucionais a este direito, estipula diversas garantias às duas vias de inclusões destacada em relação à educação, ou seja, tanto no que diz respeito à inclusão tendo a educação como seu objeto, quanto na aptidão da educação enquanto motor de inclusões. Conforme se analisará a seguir, é possível observar no texto constitucional um traçado normativo largo, a fixar deveres, sobretudo na figura do Estado, de modo a promover o soerguimento de uma estrutura garantidora das etapas de ensino que a compreendem, tanto com relação à forma institucional, quanto em relação aos conteúdos que a permeiam.

Em face deste esforço, o próprio texto estipula expressamente a educação básica como direito subjetivo. Cabe, deste modo, partir de uma análise do traço deste direito e seus componentes básicos, conforme o desenho normativo no texto constitucional, o que, a partir de seu delineamento principal no artigo 208, I, compreende desde já um plexo de garantias à própria inclusão. Em outras subseções serão trabalhados os outros dois polos de inclusões que temos por enfoque, sempre com a educação como recorte, ou seja, o financiamento da educação e o Plano Nacional de Educação.

### **7.2.2. O artigo 208, I, da Constituição e os alicerces do perfil normativo da educação básica**

O inciso I do artigo 208 da Constituição contém a fixação do núcleo de deveres do Estado para com a educação básica:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

Neste sentido, fica estipulado um traçado relevante no que diz respeito ao perfil de tal direito, de modo a vincular os deveres do Estado, enquanto sujeito prestador, e compor o conteúdo do respectivo direito subjetivo. A partir de tal base textual, é possível identificar as linhas centrais a orientar a atuação estatal nesta área, de acordo com a base axiológica que a fundamenta, em especial a inclusão.

Um primeiro elemento a se destacar diz respeito ao referencial etário posto como parâmetro do direito em tela. Conforme o texto estabelece, as etapas de ensino a, idealmente, abranger a fase da vida que vai desde os 4 até os 17 anos são fixadas enquanto educação básica. Em que pese o texto constitucional não especificar, a legislação infraconstitucional (no caso, a LDB) estipula que tais etapas componentes da educação básica são a pré-escola, o ensino fundamental e o ensino médio.<sup>297</sup> O constituinte opta por estabelecer o período em questão – que, na prática, passa a ser regido e protegido por regime jurídico específico –, com relação ao próprio período da vida, sem adentrar em delineamento de etapas e outros aspectos de organização do ensino, deixados, em grande parte, ao legislador.

A idade enquanto referência denota também o peso do regime de educação e, sobretudo, da educação básica, na proteção da infância, que é, ela própria, destacada enquanto direito fundamental social no caput do artigo 6º e tem seu regime desdobrado ao longo do texto. Não se trata, certamente, de fase de ensino exclusiva a crianças, conforme se depreende do próprio artigo 208, I, que estipula como dever sua prestação às pessoas que a ela não tiveram acesso na época adequada – o que, no caso do Brasil, é política essencial à garantia de educação à totalidade de camadas que compõem a sociedade, dado o número de adultos que, à época da promulgação da Constituição e, ainda hoje, apresentam defasagem. Todavia, se apresenta como estratégia adotada de modo a interligar a proteção do ensino em fase da vida adequada e permitir seu melhor aproveitamento, de modo a valorizar o plexo de valores que permeiam infância e juventude. É preferência do constituinte que a educação se dê em tais fases.

<sup>297</sup>Conforme o artigo 21, I: “A educação escolar compõe-se de: I - educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e ensino médio (...)”.

O referencial etário é inclusão promovida a Constituição de 1988 pelo constituinte derivado, através da Emenda Constitucional 59/2009<sup>298</sup>. Mais do que isso, o próprio texto anterior não previa a educação básica como elemento componente deste traçado, sendo o conteúdo da garantia tão somente o ensino fundamental. Verifica-se, deste modo, um processo de ampliação do traçado constitucional de garantias, que estende a maioria dos deveres referentes ao ensino fundamental para que abarquem toda a educação básica, fixando o próprio texto o lapso de duração que esta possui. Assim, o constituinte derivado alarga o escopo de proteção constitucional para abarcar desde a pré-escola até o ensino médio.

O que ocorre com tal processo, já destacado quando exposto o viés evolutivo do traçado constitucional de garantias, é que o estatuto que compõe o mínimo essencial de educação aumenta, assim como aumentam os deveres do Estado, da família e do próprio indivíduo. O processo de desenvolvimento constitucional não é estanque e segue em elaboração, integrando o estatuto jurídico de proteção e o aparato institucional exarado. Tal aspecto é relevante quando se trata do regime constitucional da educação sobretudo em razão de que, não sendo a modificação do texto um fenômeno estranho ao constitucionalismo brasileiro – considerando as mais de 100 emendas promulgadas desde o advento da Constituição de 1988 –, o regime de educação sofreu diversas mudanças que promoveram verdadeiro alargamento de seu escopo e das garantias normativas aos conteúdos consagrados – outras, porém, tendem a reduzir estas malhas, como será trabalhado posteriormente a respeito da EC 95/2016. Deste modo, portanto, deve-se ter em consideração o viés evolutivo do traçado constitucional ao trabalhar o desenho institucional de tal direito.

Adiante na análise do inciso I do artigo 208 cabem ser abordados dois elementos cuja presença se faz essencial ao vetor de inclusão encerrado no texto. São eles a gratuidade e a obrigatoriedade da educação básica.

### **7.2.2.1. Gratuidade**

Determina o inciso I do artigo 208 que a educação básica é obrigatória e gratuita. Opta-se por trabalhar, primeiro, o aspecto de gratuidade, por uma razão lógica expositiva deste conjunto enquanto garantia de inclusão. No caso, em se

<sup>298</sup>Antes da Constituição de 1988, o texto constitucional de 1967 já previa referencial etário, em seu artigo 168, § 3º, II, ao fixar o ensino como obrigatório para pessoas dos 7 aos 14 anos, estabelecendo ainda a sua gratuidade nos estabelecimentos oficiais.



tratando de direito fundamental social cujo déficit assumido se relaciona com quadro fático de graves exclusões, sobretudo a partir do cenário socioeconômico vivido pelo povo brasileiro, o traçado normativo da educação tem na atuação dos poderes públicos e no acesso gratuito dois alicerces centrais da concretização da educação básica no Brasil. Parte-se de breve panorama histórico referente à educação no país, para, depois, situar a posição normativa destes dois aspectos enquanto garantias à inclusão.

O processo histórico de desenvolvimento da educação no Brasil denota a formação precoce de um padrão de exclusão no tocante à prestação de tal direito, a atingir especialmente uma grande parcela da sociedade brasileira com base em critérios de estratificação socioeconômica. Tal exclusão reflete um quadro geral de desigualdades permeado na própria conformação dos regimes jurídicos constitucionais, ou seja, refletor da tônica destes, no qual a difusão de bens jurídicos hoje pacíficos enquanto conteúdos de direitos fundamentais se estipulava como restrita a parcelas específicas da população. Este é o panorama que foi abordado no início.

Os textos constitucionais de 1891 e o de 1937 são dois grandes suportes deste cenário. O primeiro moldou o perfil da educação enquanto sendo de prestação prioritária dos particulares<sup>299</sup>, excluindo da declaração de direitos a garantia de gratuidade do ensino (instrução primária, conforme terminologia adotada no texto de 1824). O segundo estipulou o direito à educação conforme uma lógica divisiva, a orientar ação do Estado e os direitos relativos em razão de classe social, de modo que esta se dava, apenas, em caráter subsidiário, com o conteúdo da educação de classes mais pobres sendo voltado à educação profissionalizante<sup>300</sup>. Este apoio nestas constituições se dá sobretudo em razão do tempo pelo qual vigoraram e do fato de que tal vigência expõe a solidez desta concepção em meio às estruturas do poder político.

299CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação escolar, a exclusão e seus destinatários. **Educação em Revista**, n. 48, 2008. Pg. 212.

300Neste sentido, conforme o artigo 129 do texto constitucional em questão, “A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.” Prossegue sua segunda parte: “O ensino pré-vocacional profissional destinado às classes menos favorecidas é em matéria de educação o primeiro dever de Estado. Cumpre-lhe dar execução a esse dever, fundando institutos de ensino profissional e subsidiando os de iniciativa dos Estados, dos Municípios e dos indivíduos ou associações particulares e profissionais.”

Conforme já exposto, mesmo após a mudança do status normativo constitucional da educação, nas constituições de 1934 e 1946, em consonância com concepções já presentes no direito internacional e, sobretudo, em outros processos constitucionais,<sup>301</sup> a efetivação da educação enquanto direito fundamental foi prejudicada pela atuação institucional dos poderes constituídos a partir de conformações sociopolíticas, fato que marcou a manutenção de um já aprofundado quadro de exclusão, de matriz socioeconômica e regional, sobretudo.

Em face deste suporte juspositivo a um quadro excludente que pautou, por décadas, o direito à educação, é necessário ter em conta que o traço de gratuidade não é novidade do regime constitucional inaugurado em 1988, tendo sido este previsto de forma inaugural no texto de 1824 e sendo omitido, tão somente, no traçado performado na Constituição de 1891. De resto, a gratuidade marca o desenho da educação em todos os textos constitucionais brasileiro, ainda que apenas a título simbólico, no conjunto do ordenamento, ou com restrições.

O desafio atual, para o direito, ocorre justamente em razão do resultado posto pelos conjuntos normativos dos regimes que, de um ou outro modo, acabaram por esvaziar qualquer teor inclusivo que o sistema de educação pudesse, de fato, possuir. Em outras palavras, ainda que houvesse o atributo de gratuidade enquanto garantia de difusão da educação formal, aspectos do desenho do regime normativo acabavam por esvaziar o potencial inclusivo deste traço.

O cenário da educação brasileira, até 1988, mesmo com a previsão de gratuidade do ensino – ainda que apenas em alguma medida –, demonstra que a mera existência do traço em questão no arcabouço constitucional não é determinante nos processos de erradicação da exclusão. Pelo contrário, mesmo com a redução de taxas de analfabetismo e o aumento proporcional de crianças na escola,<sup>302</sup> o percentual de pessoas com ensino fundamental completo, no Brasil, pouco se alterou, em dados do que cobrem o início da década de 1960 até 1990.<sup>303</sup>

301CURY, Carlos Roberto Jamil. Educação e direito. **Enciclopédia de filosofia da educação on line**. Disponível em [https://inforum.insite.com.br/arquivos/652/Educacao\\_e\\_Direito\\_-\\_JAMIL.doc](https://inforum.insite.com.br/arquivos/652/Educacao_e_Direito_-_JAMIL.doc). Acesso em 11/10/2021.

302Conforme dados do INEP, disponíveis em: [https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas\\_e\\_indicadores/estatisticas\\_da\\_educacao\\_basica\\_no\\_brasil.pdf](https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas_e_indicadores/estatisticas_da_educacao_basica_no_brasil.pdf). Acesso em 4/4/2021.

303No caso, em 1960, 41% da população tinha completo somente os primeiros anos do ensino fundamental, contra 40% em 1980. Considerando a redução no percentual de analfabetos (46% para 33%), é de se observar um avanço relativo. Todavia, o aumento nos outros níveis educacionais não é tão sensível: em 1960, 10% da população tinha completado até os níveis finais do ensino fundamental, ante 14% em 1980. A década seguinte, marcada por uma expansão das garantias à educação e pela própria promulgação da Constituição de 1988, apresenta avanços mais significativos, potencializados nas décadas posteriores. Conforme dados

Mais do isso, até hoje, a frequência escolar e o período de comparecimento na escola se mostra proporcional à renda familiar, de modo que, quanto mais pobre o estrato demográfico, maior a taxa de evasão escolar e menor o período de comparecimento ao ensino formal.<sup>304</sup>

Deste panorama se nota que a simples previsão de gratuidade no ensino não é garantia hábil a efetivar, isoladamente, um desenho normativo de um direito à educação que seja inclusivo naquilo que diz respeito a um mínimo essencial prestigiador dos valores de cidadania e igualdade, podendo ela, inclusive, constar como elemento de uma educação que, ainda que seja tomada como dever do Estado e, em alguma, medida, direito de todos, mantenha um traçado direcionado a prestigiar e garantir uma concepção divisiva do ensino e do papel ordenador que o direito exerce sobre este. Justamente em razão de tal fato que o elemento de gratuidade, no sistema constitucional brasileiro, não representa a completude do regime normativo estabelecido, sendo aberta uma necessidade de seu desenvolvimento estrutural e institucional, com sua complementação por bases e aspectos que confirmam uma especial tônica a ele. No caso, o esforço empreendido é no sentido de estabelecer a gratuidade em dimensão normativa que a posicione como verdadeiro elemento inclusivo.

Neste sentido, a gratuidade é um traço cuja origem se confunde com a própria história do direito à educação – ou, em outras palavras, da educação como direito – e, há muito, está presente nos seus traçados normativos, sendo elemento fixado na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>305</sup>, no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>306</sup> e no Protocolo de San Salvador à Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>307</sup>, bem como em diversos textos constitucionais a elas anteriores, contemporâneos e posteriores<sup>308</sup>.

consolidados pelo IPEA e a PNUD para IPEA; PNUD. **Relatório sobre o desenvolvimento humano no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA; Brasília: PNUD, 1996.

304Conforme dados de UNICEF. **Cenário da exclusão escolar no Brasil**. Brasília: UNICEF, 2017. Disponível em: <https://buscaativaescolar.org.br/downloads/guias-e-manuais/busca-ativa-escolar-v10-web.pdf>. Acesso em 6/4/2021.

305No caso, o artigo 26, I, estabelece que “todo o homem tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnica profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.”

306Conforme seu artigo 13. 2, “a”, “A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos”.

307Conforme seu artigo 13.3, “a”, em redação semelhante àquela do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente”.

Percebe-se, assim, o peso do processo de desenvolvimento histórico da educação, enquanto direito fundamental, na consolidação de seu aspecto de gratuidade, enquanto elemento que hoje é determinante em seu perfil. Conclui-se, por este lado, a existência de uma natureza histórica e de logicidade na gratuidade do ensino, no que se refere a um plexo básico de matérias essenciais – sobretudo, no que tange aos desígnios do próprio modelo republicano brasileiro, o que coloca a existência de ensino gratuito como uma decorrência lógica de um dado padrão de cidadania e organização social.<sup>309</sup>

A experiência social e jurídica que o tema experimenta no Brasil resulta em uma – também lógica – resignificação do traço de gratuidade, que, num panorama atual, não pode ser considerado de modo a ignorar o impacto que possuiu no passado e no desenvolvimento que este deve ter. Para além de gratuidade de ensino enquanto elemento prestigiador de sua essencialidade em meio ao modelo político-institucional posto, a forma e a interpretação necessariamente contactam as específicas bases e diretrizes que a educação comporta na Constituição da República. Daí que a gratuidade da educação básica, para além de traço derivado da concepção de educação como direito fundamental, essencial à dignidade humana, é estabelecida como importante elemento no que diz respeito à garantia da educação à luz da base axiológica própria da igualdade e do mínimo essencial Brasil. De fato, a própria desigualdade econômica, sobretudo em um país no qual esta alcança níveis extremos, é fator marcante a implicar em verdadeira exclusão do acesso à escola.

Neste sentido, é de se reconhecer que o impacto deste elemento não fica avulso em meio ao traçado do regime de educação, com o seu desenvolvimento normativo a trabalhá-la enquanto pilar do ensino básico e, simultaneamente, com o texto constitucional fixando-a como uma decorrência lógica de seus vetores principiológicos mais fundamentais. Não se está negando a origem e correlação da gratuidade como necessária decorrência da concepção de educação como direito

308Casos notáveis das Constituições francesas de 1791 (artigo 3º) e de 1946 (artigo 13 do preâmbulo), Constituição italiana de 1947 (artigo 34), Constituição argentina de 1853 (artigo 5º, cuja reforma, em 1860, suprimiu a menção à gratuidade).

309Ingo Wolfgang Sarlet aponta que a própria natureza de dever do Estado, que inclusive denota a pertença do ensino básico enquanto mínimo essencial e, considerada a sua obrigatoriedade, são fatores a acarretar na gratuidade deste direito, para além da previsão expressa de tal traço. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018. Pos. 10780. Versão Kindle.

essencial, sobretudo em um modelo republicano, mas sim realçando o especial enfoque garantidor que sua previsão constitucional e o seu desenvolvimento possuem, na Constituição de 1988, a partir da faticidade que move o empreendimento do constituinte e baseia o traçado normativo de garantias, partindo da própria posição constitucional do direito à educação.

Assim, é certo que a gratuidade, enquanto atributo do traçado primordial da educação básica, configura ela própria uma relevante garantia à inclusão. Todavia, a sua fixação impõe ao Estado um conjunto de ações e políticas, a serem desenvolvidas em meio ao ordenamento infraconstitucional e também na efetivação de políticas educacionais, de modo a conferir um plexo de conteúdos balizadores e vinculantes da atuação estatal.

É justamente por isso que a gratuidade, enquanto elemento de inclusão, envolve necessariamente mais do que o ensino em si, ou seja, o acesso à própria escola, mas também todos os direitos a ela coligados que abranjam a permanência, tais quais o transporte do aluno, alimentação, o suporte de saúde, ou seja, os campos de atendimento suplementar ao educando, arrolados no artigo 208, VII. Aliado ao aspecto de gratuidade, representa o dever inscrito no inciso VII do artigo 208 uma importante garantia à inclusão na educação. Fica circunscrito, assim, relevante campo material a compor o traçado constitucional do direito à educação básica, em sentido estrito.

Da mesma maneira, elementos demandados pelas especificidades pessoais, locais, culturais, entre outras que se revelem relevantes ao desenvolvimento do ensino, são naturalmente abarcados pela gratuidade, não sendo a pessoa, deste modo, onerada por ações necessárias ao acesso, permanência e adequada realização das competências referentes à garantia da educação conforme o plexo mínimo de conteúdos a concretizar seus objetivos, consideradas, portanto, as diferenças.<sup>310</sup> Neste sentido se enquadram a educação básica oferecida aos povos

<sup>310</sup>No caso das pessoas com deficiência, por exemplo, o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência abarca tal decorrência do desígnio de inclusão de forma a ampliá-la para a proibição de cobrança de valores adicionais pela rede particular de ensino, conforme expresso no artigo 28, § 1º: “As instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações”. As garantias estabelecidas pelo sistema infraconstitucional vão além, com a tipificação de crime pela conduta de cobrar de valores adicionais de pessoa com deficiência, seja na rede pública ou privada de ensino, conforme estabelece o artigo 8º, I, da Lei nº 7.853/89: “Constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa: I - recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de

indígenas, o atendimento especial às pessoas com deficiência (previsto no próprio inciso III do artigo 208 e mais bem delineado no artigo 24 da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência) e o ensino noturno regular (inciso VI), apenas para citar vinculações presentes já desde o texto expresso da Constituição, a compor a própria camada constitucional de garantia relativa à gratuidade.

Percebe-se, diante de tal panorama, que a gratuidade do ensino básico, mais do que configurar um elemento do dever do Estado com relação ao direito fundamental à educação, possui um caráter de centralidade normativa em meio à própria mecânica e conformação do regime em questão, sendo desenvolvido e destrinchado conforme é efetivado o dever de garantia da educação básica. O traçado normativo dela decorrente, deste modo, compõe um plexo a garantir este perfil que possui tal direito.

#### **7.2.2.2. Obrigatoriedade**

Junto do traço de gratuidade, estabelece o artigo 208, I, do texto constitucional, que a educação básica é obrigatória. Neste sentido, a obrigatoriedade compartilha com a gratuidade processo de afirmação semelhante, formando assim um binômio de caracteres definidores do ensino básico, sendo ela um corolário tanto da concepção da educação enquanto direito, quanto de seu assentamento junto aos princípios fundamentais de cidadania, igualdade e dignidade que permeiam o Estado de direito.

Cabe destacar, em primeiro lugar, que, ao determinar a educação básica como obrigatória a todos, o constituinte fixa uma característica especial à tal conjunto de etapas do ensino, fazendo jus à sua natureza enquanto elemento cuja posição é crucial na dinâmica de uma sociedade típica de Estado republicano. Sendo obrigatória, a educação básica é posta como evidente prioridade do constituinte, consistindo ela em relevante aspecto do núcleo mínimo essencial do direito à educação, porquanto seja titularizado por todos.

Deste modo a educação básica difere, a título de exemplo, do ensino superior, que não é obrigatório e é, expressamente, exclusivo à determinada parcela da sociedade que se demonstre apta ao acesso. Em contrapartida, a educação

qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência”.

básica, permeada por outra concepção, engloba idealmente um conjunto de conteúdos postos como hábeis a permitir, por si, o alcance dos objetivos da educação em relação à pessoa. Percebe-se, assim, a educação básica como aquela fase essencial do ensino formal, de onde é possível obter a parcela mínima em relação ao preparo à cidadania, à qualificação para o trabalho e o pleno desenvolvimento da pessoa. Este, ao menos, é o objetivo que deve ser alcançado minimamente a partir dela.

Deste modo, vislumbra-se a obrigatoriedade como um corolário da essencialidade que possui a educação básica, sendo parcela normativamente delimitada como voltada a cumprir o núcleo dos desígnios constitucionais fixados dentre os objetivos e diretrizes que pautam o regime de educação. A associação com o mínimo essencial – ainda que não exista uma identidade entre educação básica e mínimo essencial em educação –, é, sem dúvidas, elemento crucial de seu perfil.

Em segundo lugar, a obrigatoriedade da educação básica é um elemento que remete ao fato de que a concretização educação, enquanto direito fundamental que é e, portanto, titularizado por todos, é um componente do modelo político-institucional que implica, também, deveres às próprias pessoas. Este atributo remonta à noção, antes apresentada, da educação enquanto interesse social e coletivo. Neste sentido, já foi exposta a natureza dúplice dos direitos fundamentais, enquanto regime composto de direitos e deveres. Sendo referente a um direito social, o traçado constitucional de educação tem por desígnio principal a organização de competências e, portanto, deveres do próprio Estado no tocante à sua prestação. É este o foco do empreendimento realizado pelo constituinte, bastante um olhar sobre o próprio artigo 208 para se observar que a base da ordenação constitucional da educação é referente aos deveres titularizados pelo Estado.

Dada a sua abrangência normativa, a obrigatoriedade configura um traço basilar da educação básica; alicerce de seu regime normativo. Neste sentido, o conjunto de conteúdos que compõem as etapas de ensino nela incluídas, ao ser pautado pela obrigatoriedade, acaba abarcado por um escopo de proteção normativa, que o envolve em uma lógica de vinculação da pessoa a seus próprios desígnios. Enquanto elemento normativo a perfilar a educação básica, acaba por orientar seu desenvolvimento no sentido de seu conteúdo posto, nas formas e

substância estabelecidas, sustentando um conjunto de normas, institutos e relações nelas baseadas. É de se notar, assim, a natureza principiológica da obrigatoriedade em relação ao conjunto do desenho constitucional da educação básica, enquanto base axiológica e, também, elemento a estruturar tal regime a partir de si.

É cabível, ainda, pensar na obrigatoriedade enquanto princípio sobretudo ao considerar sua previsão em paralelismo à gratuidade, sendo esta, enquanto dever cuja prestação se acomoda junto ao Estado, prevista dentre os princípios da educação no artigo 206, IV, referente aos princípios atinentes ao ministério do ensino. A função normativa desempenhada pela faceta da obrigatoriedade encontra correlação àquela da gratuidade. Ainda que não seja a primeira expressamente fixada no rol, a sua posição em meio ao texto constitucional e a maneira de sua previsão e desenvolvimento pelo constituinte não deixam dúvidas quanto à sua natureza.<sup>311</sup>

Neste sentido, algumas são as decorrências que a fixação da obrigatoriedade, enquanto princípio a orientar o perfil normativo e as relações que delineiam a educação básica, acarreta. Em geral, tratam-se elas de vinculações à ação de diversos entes, em deveres e sanções a desdobrar a garantia primária em que consiste o aspecto de ser a educação básica obrigatória.

No caso, a obrigatoriedade possui implicações nos deveres titularizados pelo próprio Estado, no que se refere à prestação das etapas de ensino em questão. Enquanto a Constituição, por outro lado, determina que a frequência à educação básica é um dever a nível individual, a ser cumprido pela própria pessoa, pela família e mantido pela sociedade em geral, fica estabelecida uma expectativa de uma prestação universal, hábil a abarcar todos os que estiverem na posição de titularidade de tal direito fundamental. Não há, como no caso de outros direitos fundamentais sociais – como houve, por anos, com relação ao ensino médio<sup>312</sup> – uma normação no sentido de garantia paulatina ou parcial da educação básica, ou seja, de modo que a vinculação do Estado se dê com a realização de políticas

311 TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel (Coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 783.

312 Ainda que o texto constitucional permaneça com a redação dada pela Emenda nº 14/1996 ao seu artigo 208, II, que prevê como dever do Estado a “progressiva universalização do ensino médio gratuito”, é certo que a alteração no inciso I promovida pela Emenda nº 59/2009, ao tornar obrigatória e gratuita a educação básica dos 4 aos 17 anos – o que engloba o ensino médio –, acaba por revogar o conteúdo do inciso seguinte, de modo que não há tolerância, conforme texto, com a não garantia do ensino médio gratuito sob pretexto do curso do processo de sua implementação, conforme o que estabelece o dispositivo citado.



públicas a abarcar tão somente uma parte dos possíveis destinatários do direito, ainda que com tendência universalizante.

Também não se enquadra a educação básica no perfil de direitos sociais cuja atuação do Estado se dê conforme o titular decida ou não gozá-lo – com exceção do ministério do ensino àqueles que não o tiveram na idade própria: estes poderão optar por gozar ou não de tal direito. Assim, a educação básica é direito cuja prestação é obrigatória pelo Estado, que deve atuar de modo a garanti-la a todos os que estiverem na idade própria e, ainda, a todos os que, fora dela, demonstrarem interesse, quanto para o indivíduo e a família.

Uma primeira garantia expressa, atinente a este paradigma, a desdobrar o aspecto da obrigatoriedade, é aquela constante do artigo 208, § 1º, o qual estipula que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”. No caso, essa é a única ocorrência do termo “direito público subjetivo” em todo o texto constitucional, o que contribui para se ter dimensão do impacto que tal dispositivo tem sobre os poderes constituídos e a posição que fica estabelecida em favor da pessoa.<sup>313</sup>

Como efeito do dispositivo em tela, fica pacificada, desde a Constituição, a possibilidade de demandar individualmente a prestação do ensino básico, com a garantia de vagas pelo Estado e a gratuidade como pressuposto. Neste sentido, o texto constitucional opta por deixar destacada a natureza das prestações atinentes ao ensino básico como justiciáveis, natureza que fica constitucionalmente disposta, sobretudo, em face de concepções que possam tê-la como inapta à realização por meio de intervenção judicial.<sup>314</sup>

313A esse respeito, Luís Roberto Barroso pontua, destacando a natureza enfática que possui o parágrafo em questão, que “o constituinte preferiu não sujeitar-se a riscos de interpretação em matéria à qual dedicou especial atenção: o ensino fundamental. Desse modo, interpretando a si mesmo, fez incluir no § 1º do art. 208 a declaração de que ‘o acesso ao ensino obrigatório é direito público subjetivo’. O dispositivo, todavia, não deve induzir ao equívoco de uma leitura restritiva: todas as outras situações jurídicas constitucionais que seja redutíveis ao esquema direito individual – dever do Estado configuram, na mesma sorte, direitos públicos subjetivos”. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Pg. 111.

314Conforme Clarice Seixas Duarte, “A função de se prever de forma expressa na Constituição que um determinado direito é público subjetivo é afastar, definitivamente, interpretações minimalistas de que direitos sociais não podem ser acionáveis em juízo, nem gerar pretensões individuais. Trata-se de uma figura que vem reforçar o regime já existente, além de constituir uma baliza para a melhor compreensão dos direitos sociais, sob o prisma do seu potencial de efetividade”. DUARTE, Clarice Seixas. **Direito público subjetivo e políticas educacionais. São Paulo em perspectiva**, v. 18, p. 113-118, 2004.

Com base na qualificação da educação básica enquanto direito subjetivo, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional prevê instrumento específico, em seu artigo 5º, voltada ao pleito relacionado ao acesso.<sup>315</sup> São legitimados para sua propositura da ação “qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público”, sendo ela gratuita e de rito sumário. No mesmo sentido se orienta a ação prevista no ECA, voltada à garantia dos direitos da criança e do adolescente, cujo inciso I arrola dentre seus objetos a proteção do ensino obrigatório.<sup>316</sup> Tais ações têm natureza instrumental dentro do plexo de direitos que compõem o regime jurídico do direito fundamental à educação, formando meios hábeis à garantia da atuação do poder público na efetivação das prestações delineadas no texto constitucional como essenciais dentro do perfil traçado à educação.<sup>317</sup>

Em associação à estipulação da educação básica obrigatória como direito subjetivo, a Constituição fixa outra garantia, inédita no percurso constitucional do Brasil e decorrente do traço de obrigatoriedade que possui esta dimensão do ensino. Trata-se da expressa estipulação da responsabilidade da autoridade competente pelo não oferecimento ou oferecimento irregular do ensino obrigatório, conforme o § 2º do artigo 208.<sup>318</sup> Se é certo, por um lado, que a responsabilidade do administrador público é um corolário primário do princípio republicano, a sua estipulação expressa, para este caso específico, denota a essencialidade que cerca tal direito e reforça o escopo que possui a obrigatoriedade enquanto traço específico do regime desenhado para a educação. Porquanto esse caso específico gere expressa responsabilidade, vê-se o peso que tal direito possui em relação ao modelo político-institucional desenhado.

315 Art. 5º O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigí-lo. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

316 Art. 208. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não oferecimento ou oferta irregular: I - do ensino obrigatório; (...).

317 Neste sentido, RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação**. Tese de Livre-docência. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Pgs. 320-326.

318 Art. 208. (...) § 2º O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

Para além destas, grande impacto do traço constitucional de obrigatoriedade se dá com relação aos deveres titularizados pela família e pelo próprio educando. No caso deste, entretanto, o desdobramento elaborado está ligado, sobretudo, ao que diz respeito à sua própria frequência à escola, enquanto a falta dela ocorra por sua responsabilidade. Estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 101, III, que a autoridade competente, verificada a ameaça ou violação do direito à educação e à matrícula em etapa de ensino componente da educação básica (conforme o artigo 98), poderá determinar “matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental”<sup>319</sup>. A existência de tal garantia, ainda que permeada por uma natureza protetiva – como é, no caso, o escopo do ECA –, ilustra muito bem o impacto que a obrigatoriedade possui enquanto fonte de dever ao próprio educando, a orientar o peso que possui a educação básica em meio ao ordenamento em geral.

É certo, porém, que um maior esforço de desenvolvimento de garantias a este direito volta-se ao campo dos deveres da família. Isso é posto, inclusive, à luz do próprio artigo 205, que estipula a educação enquanto dever conjunto entre Estado, família e sociedade. É assim, portanto, que o artigo 6º da Lei nº 9.394/96, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, estabelece que “é dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade”<sup>320</sup>. Da mesma maneira, o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece em seu artigo 55<sup>321</sup>. Em face da garantia criada pelo texto da Constituição, com a fixação do dever da família, existem diversas sanções ao seu descumprimento, a destacar a série de medidas previstas no artigo 129 do próprio ECA, – que podem acarretar, inclusive, suspensão ou perda do poder familiar –, bem como aquela referente à sanção administrativa estipulada no artigo 249 do mesmo

319 É certo que o Estatuto não foi adaptado à mudança promovida pela Emenda Constitucional 59, como advertem CURY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. *Obrigatoriedade da educação das crianças e adolescentes: uma questão de oferta ou de efetivo atendimento? Nuances: estudos sobre Educação*, v. 17, n. 18, 2010. Pgs. 137/138.

320 O dever da família para com a criança em idade escolar é estipulado, no ordenamento, em posição conjunta e reflexo ao do próprio poder familiar, cuja base constitucional está no artigo 229 do texto: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Com base neste, prevê o artigo 22 do ECA: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

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

diploma<sup>322</sup>. No âmbito penal, o artigo 246 do Código tipifica o crime de abandono intelectual<sup>323</sup>.

Percebe-se que a obrigatoriedade estende seu conteúdo em garantias previstas em diversas searas do ordenamento, de modo a vincular a ação da família neste dado sentido, como garantia da frequência de crianças na escola. Observa-se, do quadro de direito infraconstitucional apresentado, a composição de camadas de garantias, a partir do traço de obrigatoriedade fixado no texto constitucional e vinculação das figuras do indivíduo e da família, para além do Estado. Tais estipulações ocorrem em meio ao próprio delineamento do perfil da educação básica, orientando o conteúdo dos dispositivos que o compõem e, deste modo, consistindo em um primeiro nível de garantias ao acesso e permanência dos educandos nas escolas – sobretudo, crianças em idade escolar.

No caso, o binômio com a gratuidade representa uma formação de novo paradigma para a educação, a romper com a visão elitista e restritiva que, por vezes, imperou no Brasil, desde sua própria estruturação pelo direito positivo. Sob a Constituição de 1988, a educação é um direito de todos, expressamente configurando direito público subjetivo.

A partir de todo o panorama exposto é possível observar que a obrigatoriedade – enquanto traço distintivo do perfil jurídico da educação básica –, bem como suas decorrências normativas, acabam por representar importantes garantias ao desígnio constitucional de inclusão. Tais disposições operam no sentido de colocar e manter a criança no ambiente escolar, com a superação aos défices e exclusões que marcaram os ordenamentos anteriores.

Diante disto, é a obrigatoriedade da educação básica uma sólida baliza à atuação dos poderes na exigibilidade de sua prestação. Grande relevância isso possui, por exemplo, pela atuação do judiciário, que tem na obrigatoriedade uma zona de certeza acerca do que deve ser prestado imediatamente – vide, por exemplo, a fixação expressa do ensino obrigatório como direito subjetivo e sua identificação enquanto componente do mínimo essencial.

<sup>322</sup>Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

<sup>323</sup> Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.

Isso se observa na própria demarcação constitucional expressa de sua justiciabilidade, que acarreta, como decorrência relevante ao debate acerca da efetivação dos direitos fundamentais sociais, o fato de não caber invocação da noção de reserva do possível sobre as prestações componentes do direito à educação básica, seja no que diz respeito à vaga, seja no que diz respeito a direitos necessários à permanência. Isso ocorre justamente em razão de tais objetos comporem o núcleo constitucionalmente estipulado referente à educação enquanto direito subjetivo, a formar uma parcela identificável de seu núcleo mínimo essencial.<sup>324</sup>

Outra decorrência da obrigatoriedade para o desígnio de inclusão está relacionada à sua relação com os deveres dela decorrentes. A partir da obrigatoriedade se desenvolve uma verdadeira teia de deveres que extrapolam as figuras constituídas do Estado, de modo a prestigiar a complexidade que possui a educação enquanto direito fundamental social fruível individualmente e, concomitantemente, com natureza de interesse comum da sociedade. É assim que o próprio texto constitucional e o desenvolvimento de suas bases pelo resto do ordenamento jurídico posicionam deveres de concretização da educação básica com a família, a sociedade e o próprio indivíduo. Neste sentido, ampliam-se os agentes hábeis a promover a inserção e manutenção da criança em ambiente escolar, de modo a maximizar o tecido de garantias a este direito. Deste modo, mais atores sociais são estabelecidos enquanto detentores de deveres para com a educação básica, de modo que se ampliem as garantias para que seus objetivos sejam efetivados, as necessárias inclusões dentre eles.

### **7.2.2.3. Extensão do direito à educação básica àqueles que não tiveram acesso na idade própria**

Chegamos, por fim, no último ponto deste primeiro campo de garantias à inclusão estabelecidas a partir da estruturação do perfil da educação básica pelo artigo 208, I, do texto constitucional. A parte final deste dispositivo assegura a oferta gratuita da educação básica “para todos os que a ela não tiveram acesso na idade

<sup>324</sup>É de se observar que, para o caso do mínimo essencial, tal parcela representa, ela mesma, uma limitação à reserva possível, à qual esta noção se conforma logicamente e, deste modo, opera em conjunto no sentido de estabelecer prioridade de ação e prestação. ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. Pgs. 50-61.

própria”. Este é outro aspecto que, expresso diretamente na Constituição, consiste em relevante garantia à inclusão. Com tal disposição, fica estabelecido o dever do Estado de criar um sistema próprio e hábil a disponibilizar esta modalidade de ensino a quem procurar, sendo a facultatividade um traço marcante – o que difere tal modalidade, certamente, do ensino básico oferecido às pessoas em idade própria.

No caso, a estipulação da garantia de tal modalidade desde o texto constitucional denota o caráter universal das etapas que esta compreende, reforça seu caráter essencial e robustece o plexo de deveres a ela correlatos. Tal disposição é suporte para a regulação do tema na Lei nº 9.394/96, nos artigos 37 e 38. Conforme a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que adota a nomenclatura “educação de jovens e adultos” – EJA para a modalidade em questão, esta “será destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos nos ensinos fundamental e médio na idade própria e constituirá instrumento para a educação e a aprendizagem ao longo da vida”.

Verifica-se, a partir de sua regulação, o peso que a EJA possui no desenho constitucional da educação básica a partir do desígnio de inclusão que o vincula e orienta. As mesmas garantias que se apresentam no traçado em questão se aplicam às modalidades de EJA e, para além disso, justificam a sua garantia para o grupo constitucionalmente apontado. Isso se dá no caso, a partir da natureza e posição constitucional que tal modalidade assume. O próprio legislador infraconstitucional demarca estes aspectos.<sup>325</sup> É que veremos adiante. Deste modo, prevê o § 1º do artigo 37 da LDB que

(...) os sistemas de ensino assegurarão gratuitamente aos jovens e aos adultos, que não puderam efetuar os estudos na idade regular, oportunidades educacionais apropriadas, consideradas as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames.

Vislumbra-se assim a consideração à diferença e à especialidade da que possui tal modalidade, em prestígio ao ideal de igualdade que pauta o ordenamento jurídico e o regime de educação. Mais do que isso, cria-se o dever de manter sistema de ensino hábil a incluir diferentes realidades em sala de aula. Deve-se

<sup>325</sup>Destacamos que não pretende este trabalho aprofundar-se nos desenhos dos sistemas infraconstitucionais que desenvolvem garantias à educação básica. Todavia, há casos nos quais estes desdobramentos auxiliam a compreensão do próprio empreendimento constituinte. Deste modo, cabe observar o estabelecido acerca da EJA.

observar a baliza estabelecida desde o texto da constitucional situando a realidade do trabalho em consonância com a educação e a necessidade de os poderes constituídos orientarem suas ações no sentido da conciliação.

Vale para a EJA, também, a mesma garantia de gratuidade que o texto estipula, de modo que se faz ela absoluta, no que se refere à educação básica em estabelecimentos oficiais<sup>326</sup>, o que reforça a natureza que esta possui enquanto parcela mínima essencial da educação, com as barreiras ao seu acesso sendo alvo do ordenamento constitucional em diversas facetas.

É certo, ainda, que as outras garantias previstas na Constituição se aplicam à educação de jovens e adultos. Neste sentido, se aplicam, porquanto inerentes ao perfil da educação básica, as garantias previstas nos incisos III, VI e VII do artigo 208, ou seja, garantia de atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, oferta de ensino noturno regular e atendimento ao educando por meio de programas suplementares, inerentes ao ensino. O mesmo deve valer com relação ao ensino ministrado aos povos indígenas, sendo ele desenvolvido de forma a incluir jovens e adultos em consideração às específicas facetas que o direito lhes resguarda.

É de se destacar que a Constituição fixa tais garantias em prol da educação básica sem estabelecer modalidade ou etapa específica às quais elas se aplicam. O plexo de traços a compor o perfil do direito à educação básica, neste sentido, se orienta pela essencialidade que tal direito compreende, de modo que, apesar de indicar um período da vida mais adequado para a sua fruição – e o cumprimento dos deveres a ele correlatos –, não se omite no sentido de estender seu acesso e garantia às pessoas que, não tendo sido abarcadas pelo modelo preferencial estipulado no texto, a ele fazem jus porquanto sejam pessoas e porquanto tal fase da educação engobe parcela do mínimo essencial.

Vê-se, assim, a essência do contato desta modalidade de ensino com a inclusão. Tal contato é reforçado no desenvolvimento infraconstitucional do tema, inclusive, com a consideração do fator de idade e a relação com o trabalho sendo objeto das normas que vinculam os poderes constituídos competentes à elaboração de políticas hábeis à superação de barreiras existentes à camada social à qual tal direito se volta. Isso fica expresso na própria LDB, cujo artigo 37, § 2º estabelece

<sup>326</sup>Conforme o princípio constante do artigo 206, IV, da Constituição.

que “o Poder Público viabilizará e estimulará o acesso e a permanência do trabalhador na escola, mediante ações integradas e complementares entre si”.

Ainda, cabe destacar, o § 1º do artigo 208, ao estabelecer expressamente a qualidade que possui a educação básica como um direito público subjetivo, de modo a acarretar nas consequências já referidas, o faz com referência ao ensino “obrigatório”. Poderia ser pensado que, sendo a previsão da educação de jovens e adultos no texto constitucional silente com relação ao aspecto de obrigatoriedade, não haveria direito subjetivo a tal prestação bem como os demais efeitos de tal garantia posta. Todavia, esta interpretação não é a mais adequada.

O texto original do artigo 208, I, qualificava o ensino fundamental como obrigatório e gratuito, fazendo, em seguida, referência à sua oferta à quem não teve acesso na idade própria, sem nova referência ou retratação de seus dois traços basilares: “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria”. Neste sentido, uma interpretação mais habitual e próxima da clareza do texto conclui que todo o ensino fundamental, inclusive o de jovens e adultos, seria gratuito e obrigatório.

Considerando justamente a falta de cabimento do estabelecimento de obrigatoriedade com relação à tal modalidade – no que diz respeito, veja-se, ao próprio indivíduo titular do direito em questão e os demais detentores de deveres relacionados à educação básica –<sup>327</sup>, opta o constituinte derivado por remover a menção do dispositivo constitucional.

Assim, a Emenda Constitucional nº 14, de 1996, promove uma alteração da redação, de modo a incluir a referência de gratuidade, novamente, em relação à extensão feita na última parte, omitindo, portanto a obrigatoriedade. Deste modo, prevê “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria”. Com a progressão do dever estatal para que englobe todo o ensino básico, pela Emenda nº

<sup>327</sup>Inclusive, em acordo com os diplomas de direitos humanos paradigmáticos ao tema. Prevê o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que “Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária” (artigo 13.2, “d”). Em sentido semelhante, o protocolo de San Salvador à Convenção Americana de Direitos Humanos, “Deve-se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau”. Cabe destacar ainda que, para além da obrigatoriedade, ambos os diplomas não conferem ao ensino oferecido fora da idade própria o mesmo tratamento que dão ao ensino de primeiro grau. Todavia, da mesma forma, não o fazem com o ensino de segundo grau, prevendo, a este último, por exemplo, tão somente “progressiva” gratuidade. São regimes certamente diferentes daquele previsto no texto constitucional.



59/09, este aspecto da redação foi mantido. Assim, concluir-se-ia que o traço de obrigatoriedade não se estende ao ensino fundamental oferecido fora da idade própria.

O que deve ser observado, no entanto, é que é o § 1º do artigo 208 não foi alterado nem pela Emenda nº 14/96 e nem pela Emenda nº 59/09. Conforme a redação original qualifica todo o ensino fundamental como obrigatório e gratuito – incluído, portanto, o oferecido fora da idade própria –, o dispositivo que estabelece a natureza de direito subjetivo utilizou, como referência, seus dois elementos caracterizadores expressos no texto. Existe, no caso, uma falta de uniformidade semântica do constituinte ao estipular o regime jurídico em questão. Veja-se que no § 1º do dispositivo em questão não se faz referência ao ensino fundamental, ainda que fosse apenas esta a etapa caracterizada como obrigatória e gratuita, dentro do arcabouço constitucional.<sup>328</sup>

Percebe-se, assim, que a redação do § 1º é coerente com os elementos caracterizadores do perfil do direito ao ensino fundamental que se tinham no texto original, sem qualquer cisão em meio à etapa tida por essencial – à época, o ensino fundamental – no que diz respeito à sua natureza como direito público subjetivo. O próprio sentido do § 1º é deixar expressa tal natureza, cuja a produção de efeitos acaba por acarretar um encadeamento de garantias a essa parcela do mínimo essencial em educação. De acordo com o texto original, portanto, não há dúvida de que a natureza de direito subjetivo engloba todo e qualquer ensino fundamental, abrangendo a educação de jovens e adultos. A obrigatoriedade da garantia que hoje se refere ao ensino básico é decorrência da própria concepção de direito essencial que possui e é baliza primordial do traçado normativo feito.

Assim, entendimento que considere que a modificação do texto – de modo a estabelecer a não aplicação da obrigatoriedade à educação de jovens e adultos – e a concomitante não adequação do § 1º em tela implique, no conjunto, em uma retirada da natureza da EJA enquanto direito público subjetivo acaba por resultar em uma redução da proteção normativa, suprimindo verdadeiro direito fundamental. No caso, tal efeito resultaria em uma violação de cláusula pétrea, porquanto a retirada da natureza em questão implicaria em eliminação de garantia ao ensino enquanto

<sup>328</sup>Pode-se entender que a falta da menção à etapa específica, no parágrafo em questão, com a opção pela referência a partir dos elementos característicos, se deu em razão da expectativa do próprio constituinte pela futura ampliação da garantia estabelecida no artigo 208, I, de modo a abarcar outras etapas, para além do ensino fundamental. Este, de todo modo, foi o desfecho que se deu, com a alteração promovida pela emenda nº 59/09.

direito previsto, a partir da própria Constituição, por todos aqueles não que tiveram acesso à etapa mínima essencial da educação na idade própria.

Por mais que a expressa fixação da natureza da educação básica enquanto direito público subjetivo tenha um efeito de reforço discursivo, pelo próprio texto, mais do que uma efetiva circunscrição de regime específico, não deixa o dispositivo em tela de exercer verdadeira função de garantia, porquanto demarque grau de prioridade em relação a tal direito e elimine possíveis dissensos no campo jurisdicional. É verdadeira garantia posta.

O que se verifica, com relação à supressão da correlação expressa entre a obrigatoriedade e a EJA é o fato de que tal característica da educação básica não é fator inexistente no que se refere aqueles que não a tiveram na idade própria.<sup>329</sup> No caso, sua facultatividade se dá com relação à própria pessoa, titular do direito em questão, que opta pelo ingresso no sistema de ensino, de modo a serem vedadas sanções pela opção de não atendimento. Ao Estado e ao administrador público, todavia, permanece a obrigatoriedade, que deriva diretamente da fixação de competências de prestação do direito à educação básica em tal modalidade, bem como da própria natureza essencial que possui este nível de ensino.

É justamente em razão de tal fator que é válida, da mesma forma, a garantia estabelecida pelo § 2º do artigo 208, referente à responsabilidade da autoridade competente pelo não oferecimento do “ensino obrigatório”. No caso, esta ocorre também nos casos em que o não oferecimento seja relativo à educação de jovens e adultos.

Do mesmo modo, as demais decorrências da caracterização enquanto direito público subjetivo, elencadas anteriormente, se aplicam à educação de jovens e adultos. Além disso, pelo caráter essencial que possui, compõe a EJA parte do plexo mínimo essencial a ser oferecido pelo Estado, representando um limitador à aplicação da reserva do possível. É ela exigível individualmente, com a garantia de acesso – ou seja, vaga –, bem como dos direitos relativos à permanência do aluno. O conteúdo que a Constituição confere à educação básica, no caso, é englobado por tal pretensão, na qualidade de direito público subjetivo.

<sup>329</sup>Neste sentido, Carlos Roberto Jamil Cury e Luiz Antonio Miguel Ferreira, que demarcam o fato de que o PNE, em 2001 – e, portanto, posterior à Emenda Constitucional nº 14/96 –, reconhece a natureza da educação de jovens e adultos enquanto direito público subjetivo, em CURY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Obrigatoriedade da educação das crianças e adolescentes: uma questão de oferta ou de efetivo atendimento?. **Nuances**: estudos sobre Educação, v. 17, n. 18, 2010. Pg. 136.

Neste sentido, ao estabelecer a educação básica como direito de jovens e adultos, o ordenamento constitucional reforça o entrelaçamento entre este regime normativo e o vetor de inclusão estipulado pelo princípio da igualdade. Sua previsão constitucional e as implicações desta em meio aos deveres estatais posicionam a ação dos poderes constituídos no sentido da inclusão de camadas profundamente excluídas no acesso e gozo da parcela mínima essencial do direito à educação. Tal compreensão existe, neste sentido, como corolário do próprio princípio da igualdade conforme previsto no ordenamento constitucional brasileiro, pautado pela faceta de inclusão.

### **7.2.3. Garantias no traçado constitucional do financiamento da educação**

O texto constitucional, em meio ao desenho normativo da educação e em face do delineamento do direito à educação básica, estabelece diversas balizas referentes ao seu financiamento, com foco, sobretudo, no ensino público, consideradas as competências fixadas no âmbito do Estado. O conjunto de tais normas, no caso, representa verdadeiro sistema normativo interno ao texto constitucional, compondo, junto do traçado do perfil do direito à educação, um plexo de camadas de garantia do direito à educação.

É este o segundo campo a partir do qual o constituinte estabelece uma malha de garantias à inclusão, moldando o traçado constitucional da educação a partir de tal desígnio. Tal subsistema normativo possui como seus pilares a vinculação de receitas aos investimentos em educação – sobretudo de impostos –, repartições de competências em coerência com o traçado federativo e o desenvolvimento de uma política de fundos hábil a garantir economicamente a concretização do desenho constitucional do direito à educação básica. Serão estas as estruturas abordadas na presente seção.

No que se refere ao seu papel em meio ao desígnio constitucional de inclusão, a fixação de normas de financiamento para um dado direito social, pelo próprio constituinte, por si só, denota um considerável nível de garantia no que se refere ao objeto em questão. A natureza dos direitos sociais demanda recursos e empenho administrativo em sua garantia. O fato de existir um traçado de nível constitucional para o financiamento da educação – e, em especial, da educação básica – demonstra o peso sistemático que esta possui em meio ao ordenamento.

Dedica-se o constituinte a orientar a ação dos poderes constituídos no dispêndio de recursos públicos, limitando sua ação e vinculando riquezas a determinadas competências, conforme seus objetivos, formas e conteúdos.

O papel de garantia à inclusão que possui tal empreendimento normativo é marcante, de modo a assegurar a atuação dos poderes constituídos na realização de necessárias políticas de promoção e realização da educação, promovendo e efetivando tal direito fundamental à luz do que prevê o texto ao delinear seu perfil e suas bases. É, no caso, uma das camadas de garantia mais relevantes no que tange à realização de direitos fundamentais sociais, sendo um nível de garantia complementar àquela consistente no desenho de seu perfil e conteúdo básicos.<sup>330</sup>

Conforme se verá nesta seção, o contato entre o desenho constitucional do financiamento da educação e seu papel garantidor da inclusão se dá em duas camadas, de modo a refletir aquilo que se observa com o desenho constitucional da educação de um modo geral e na abordagem constitucional para o estabelecimento de garantias à inclusão, conforme apontado anteriormente neste trabalho.

A primeira camada de contato é aquela referente à própria função geral de garantia dos direitos fundamentais fixados no texto constitucional. Tal fixação, se por um lado representa um grau básico de garantia ao vincular poderes e entes subordinados ao texto constitucional, por outro é pautada por um plexo axiológico que vetoriza o ordenamento e o poder no sentido do alcance de um grau mínimo de igualdade com a concretização dos direitos em questão, necessariamente rompendo barreiras para alcançar pessoas antes deficitárias no seu gozo. Neste sentido, o financiamento da educação no texto constitucional, ao visar a garantia de bases econômicas para esta concretização de direitos, é vinculado pelas mesmas balizas que o regime de educação em geral.

A segunda camada de contato diz respeito aos conteúdos específicos de inclusão trabalhados pelo desenho constitucional da educação. Estes, no caso, possuem aspectos que contemplam facetas determinadas do quadro de exclusões que são assumidos e enfrentados pelo modelo republicano assentado no texto, de modo a englobar, como próprio, um desígnio condizente com a garantia das

<sup>330</sup>Entre os efeitos do desenho constitucional do financiamento à educação básica está, conforme aponta Ingo Sarlet, o afastamento da pertinência de argumentos, a sustentar teorias que invoquem a impossibilidade de prestações materiais em educação, baseados na noção de reserva do possível, denotando o efeito garantir de tal desenho. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018. Pos. 10823. Versão Kindle.

inclusões correlatas. Ou seja, enquanto o texto constitucional se direciona a enfrentar as diversas exclusões relativas à educação e isso seja elemento de seu regime jurídico, o seu financiamento somente será constitucionalmente adequado se, também, abarcar tais temas.

Deste modo, entende-se o fato de o financiamento da educação, conforme a Constituição, possuir diversos elementos dispostos de acordo com tal dinâmica, que reconhece, responde e incorpora aspectos da conformação do país e de seu povo, no que diz respeito às desigualdades específicas que se apresentam. Daí se percebe, por exemplo, a razão da política de fundos e sua evolução durante o período de vigência do texto constitucional, bem como de outras medidas históricas, como a criação e vinculação do salário educação, que marca a história constitucional brasileira e é diretamente associada com específicos cenários de exclusão. Ainda há outras implicações desta camada de contato, conforme se verá adiante.

Nas próximas páginas serão apresentadas as principais garantias à educação, dispostas no traçado de seu financiamento, para, em seguida, levantar algumas questões relativas a seu contato com o desígnio constitucional de inclusão.

### **7.2.3.1. Vinculação de receitas à educação**

A primeira grande garantia à educação em meio ao desenho de seu financiamento na Constituição, consistindo um importante pilar deste sistema, é a vinculação de receitas de impostos à manutenção e desenvolvimento do ensino. É ela prevista no caput do artigo 212 da Constituição, que estipula que

A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Ainda, para o alcance das porcentagens fixadas no caput, o § 1º estipula que não deverão ser contabilizados valores da receita de impostos transferidos a outras esferas de governo<sup>331</sup>.

<sup>331</sup>Art. 212. (...) § 1º A parcela da arrecadação de impostos transferida pela União aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou pelos Estados aos respectivos Municípios, não é considerada, para efeito do cálculo previsto neste artigo, receita do governo que a transferir.

Não pode se dizer que a vinculação de receitas à educação seja um elemento recente no desenvolvimento normativo que esta experimenta em meio ao direito constitucional brasileiro: no debate público acerca da educação e sua concretização, sua presença, enquanto proposta referente às políticas da área, se faz notar, ao menos, desde 1921, quando fixada dentre as proposições da Conferência Interestadual de Ensino Primário<sup>332</sup>.

Sua presença no texto da Constituição, por sua vez, é decorrência de longo percurso de lutas em prol de tal garantia, em meio a movimentos de demanda e revezes que marcam a consolidação deste mecanismo normativo e político-financeiro no âmago do modelo político-institucional posto. Esse tipo de vinculação foi primeiramente introduzido em um texto constitucional em 1934, sendo retirada quando da outorga da Constituição de 1937. Foi novamente reinserida no rol de garantias da Constituição de 1946, não arrolada no texto de 1967 e somente reinserida no arcabouço constitucional brasileiro por via de emenda constitucional em 1983, com a sua Emenda nº 24.<sup>333</sup>

Um fato notável desta trajetória, que não pode deixar de ser destacado, é que a vinculação de receitas é garantia que se faz presente em meio aos desenhos constitucionais de períodos democráticos, ao mesmo tempo em que é rechaçada nos períodos de marcado autoritarismo. No caso, a colocação de uma vinculação percentual mínima de recursos retira o direito à educação, em parte, da esfera de decisão que é deixada aos poderes constituídos, garantindo que os recursos por ela demandados sejam, conforme estabelecido, a ela direcionados.<sup>334</sup> Cabe destacar esse como um dado demonstrativo da relação umbilical que existe entre a

332ÁVILA, Virgínia Pereira da Silva de. **História do ensino primário rural em São Paulo e Santa Catarina (1921-1952)**: uma abordagem comparada. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013. Pgs. 40-42.

333A efetiva alocação dos recursos para área, todavia, é centro de debates gerados por entraves empreendidos pela área econômico do governo de então. A polêmica se dava justamente com a abrangência de conteúdos compreendida pelo conceito de manutenção e desenvolvimento de ensino, o que só foi definido, sendo pacificada a questão, com a aprovação da Lei nº 7.348/85. CASTRO, Jorge. Financiamento da educação no Brasil. **Em aberto**, v. 18, n. 74, 2001. Pgs. 13/14.

334Neste sentido, a garantia em questão cabe ser compreendida à luz do conceito cunhado por Luigi Ferrajoli da “esfera do indecível”, ou seja, temas e decisões afeitos aos direitos fundamentais e seu regime e postos na esfera constitucional que limitam as margens de opção do campo político e privado constitucionalmente vinculado, caracterizando o modelo político-institucional em sua razão. Observa-se, assim, a própria profundidade política da garantia de vinculação de receitas no que se refere ao grau de importância que denota para a MDE, em meio ao modelo político-institucional estabelecido. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 1: Teoría del derecho**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011. Pgs. 773-777.

identidade do modelo político-institucional e a identidade democrática do ordenamento; esta é estampada, sobretudo, nos sistemas de garantias a direitos fundamentais. Essa relação é ainda maior no caso dos direitos sociais, dependentes de políticas públicas e ações de Estado.

O soerguimento de garantias à promoção e realização de direitos fundamentais é potencializado e, por vezes, possibilitado, como produto de um processo efetivamente participativo, democrático e verossímil de Constituição. Daí não espantar que muitas dessas garantias – e, neste caso, a de maior impacto econômico no desenho do Estado – se façam presentes apenas em textos resultantes de processos constituintes dessa espécie. A vinculação de receitas de impostos acaba por limitar a liberdade de conformação de gastos do Estado, pautando o sistema econômico do modelo político-institucional posto a partir de uma área fixada, em consenso, como prioritária.

Outro dado demonstrativo do impacto que a garantia de vinculação de receitas denota em relação ao peso da educação é o fato de que é ela uma exceção à regra da não vinculação dos impostos. Previsão semelhante existe com relação à saúde, conforme disposto pelo artigo 167, IV<sup>335</sup>. Com isso se percebe a posição estratégica que educação e saúde possuem dentro da dinâmica constitucional elaborada pelo constituinte. O que faz o texto é um alicerçamento do regime que orienta a atividade orçamentária a partir destas áreas; estas, por sua vez, representam uma base a partir da qual devem partir os poderes constituídos ao elaborar as políticas de financiamento de temas que sejam interessantes e politicamente sustentados. Os mínimos, todavia, são postos pela Constituição dentro da esfera do “indecidível”, sendo retirados da disposição daqueles que se subordinam ao texto constitucional.<sup>336</sup>

335Art. 167. (...) IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo (...).

336Luigi Ferrajoli, inclusive, cita mecânica de reserva de orçamento, da forma daquela presente na Constituição de 1988, como rara medida hábil a combater a problemática da eficácia dos direitos prestacionais, demandantes de gastos públicos sobretudo, no que tange às omissões, conforme FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 2: Teoría de la democracia**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011. Pgs. 387/388.

Há, em razão desta seleção de prioridade – considerando o peso que esta possui no cômputo dos recursos públicos –, uma hierarquização que fixa a educação – e, também, a saúde – em posição privilegiada com relação aos demais objetos de alocação de investimentos públicos, obviamente considerando-se aquilo que está englobado pelos limites da garantia em questão. Esta hierarquia assumida por ambas as áreas, com sua fixação em meio à esfera do “indecidível”, protege os conteúdos componentes da educação e saúde constitucional de maiorias de ocasião e projetos políticos que não encontrem guarida em meio ao traçado fundamental do modelo republicano brasileiro. Este é um fator crucial para se compreender o peso de tal garantia – e da educação em si.

No que se refere às camadas de conteúdo abrangidas pela garantia de vinculação de receitas, esta se aplica ao que se enquadra como manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE) e, portanto, deixa de fora da vinculação outros investimentos públicos correlatos à área. Essa definição de matérias abarcadas – que já foi objeto de polêmicas hábeis a travar o cumprimento da garantia – é feita pela LDB, em seus artigos 70 e 71. Sobre o rol elaborado na Lei é importante destacar que o artigo 71 da LDB deixa de fora do enquadramento como MDE os programas suplementares de alimentação, assistência médico odontológica, farmacêutica e psicológica e outras formas de assistência social. Todavia, tais programas são estipulados pelo artigo 208, VII, como componentes do plexo de conteúdos que compõem a educação básica, consistindo em direitos da pessoa e dever do Estado. Em que pese não sejam financiados a partir da vinculação de receitas – ao contrário do transporte e do fornecimento de material didático escolar, que constam do rol do artigo 70 –, devem ser objeto de políticas estatais, de modo a abarcar, enquanto garantia, os estudantes das redes públicas nas etapas que compõem a educação básica, sendo investimentos que devem ser estipuladas nos orçamentos para além do percentual vinculado à MDE.

Avançando para os efeitos de tal garantia, percebe-se que a vinculação de receitas, desde sua previsão pela Constituição de 1988 – considerando que este foi, de fato, o período no qual ela teve aplicação, ainda que se trate de instituto do direito constitucional brasileiro desde 1934 –, teve o condão de, na prática, impedir cortes nos investimentos com a educação. É essa, de fato, a meta e a tônica do instituto. No caso de seus resultados factuais, essa proteção a um certo piso financeiro tem o escopo de, sobretudo, evitar retrocessos à concretização da educação conforme



constitucionalmente estabelecida. Por outro lado, é notável também que não tenha havido, em diversos períodos ao longo dos anos de vigência deste regime, aumento significativo de investimentos em MDE, sem correlatava expansão em diversas modalidades e etapas, o que seria de se esperar considerado o cenário clamante por necessária expansão de redes e acesso.<sup>337</sup>

No caso, é certo que uma avaliação dos efeitos específicos de diferentes aspectos de políticas de educação depende de aprofundamento em estudos empíricos, com atenção aos dados históricos e estatísticos. Este tipo de avaliação é realizado com certa frequência, como os estudos aqui referenciados, promovendo avaliações de resultados que permitem notar uma constante evolução nos principais indicadores de educação no Brasil. É o que ocorre com a taxa de analfabetismo<sup>338</sup>, média de anos de estudo aos 15 anos de idade<sup>339</sup>, taxa líquida de escolarização no ensino médio<sup>340</sup>, queda de taxas de abandono escolar<sup>341</sup>, entre outras métricas, desde a promulgação da Constituição.

Apesar de relevantes indicadores do cenário da educação no país, o aprofundamento neste campo de avaliação não é objeto do presente trabalho, sendo dignos, eles próprios, de análises detidas e direcionadas ao esquadramento de

337Aqui cabem ser citados os levantamentos feito por Jorge Abrahão, que revelam o crescimento constante no gasto público em educação, com aumentos anuais de semelhante proporção, tanto em relação à esfera federal, quanto em relação às esferas estaduais e municipais (considerado o fenômeno de municipalização do ensino que se deu no período observado e o fato de ter sido o crescimento de investimentos marcadamente desigual, com privilégio para o ensino fundamental). Todavia, analisando em valores relativos ao PIB, é constatada uma estagnação, no período entre 1995 e 2007, que manteve o investimento brasileiro na faixa de 4%, sem permitir grandes saltos. CASTRO, Jorge Abrahão de. Financiamento da educação pública no Brasil: evolução dos gastos. *In: OLIVEIRA, Romualdo Portela; SANTANA, Wagner (Org.). Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade*. Brasília: UNESCO, 2010. Pgs. 169-190. No mesmo sentido, em nível estadual, BASSI, Marcos Edgar; VERÇOSA, Pelegrino Santos. O financiamento da educação básica no estado do Acre/Br: um estudo da vinculação da receita de impostos. *Revista on line de Política e Gestão Educacional*, p. 303-321, 2017. Estagnação também constatada por DE VICENTE, Vinicius Renan Rigolin; RAMOS, Carlos Vinicius; DA SILVA MOREIRA, Jani Alves. O financiamento da Educação Básica no Brasil: em discussão a vinculação de recursos. *Revista tempos e espaços em Educação*, p. 219-234, 2015.

338Conforme dados do IBGE, disponíveis em <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=4&op=0&vcodigo=PD366&t=taxa-analfabetismo-pessoas-15-anos-mais>. Acesso em 22/6/2021.

339Conforme dados do IBGE, disponíveis em <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=4&op=0&vcodigo=PD323&t=pessoas-10-anos-mais-idade-anos>. Acesso em 22/6/2021.

340Conforme dados do IBGE, disponíveis em <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=4&op=0&vcodigo=SEE16&t=taxa-bruta-escolarizacao-ensino-medio>. Acesso em 22/6/2021.

341Conforme dados do IBGE, disponíveis em <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=4&op=0&vcodigo=M15&t=abandono-escolar-serie-ensino-medio-serie>, <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=4&op=0&vcodigo=M14&t=abandono-escolar-serie-ensino-fundamental-8> e <https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=4&op=0&vcodigo=SEE15&t=abandono-escolar-nivel-ensino-serie-encerrada>. Acesso em 22/6/2021.

cenários e evoluções. Além disso, um esforço avaliativo mais preciso e específico dos efeitos promovidos pela vinculação de receitas, isoladamente, merece dedicação própria, a qual depende de técnicas e métricas que fogem do escopo desta dissertação. Todavia, do cenário científico disponível, é possível perceber a vinculação da receita de impostos à MDE como uma importante garantia à impossibilidade de reduzir drasticamente o nível de investimento na área.<sup>342</sup>

A garantia de investimento mínimo e indicação de fonte de recursos pelo texto constitucional não é balizamento tendente a minar a atuação do administrador em meio à sua liberdade de ação e opção por diversos caminhos possíveis. Todavia, é um forte elemento vinculador de seu agir aos conteúdos basilares dispostos pelo constituinte. Veja-se, por exemplo, que, após a promulgação do texto constitucional, houve aumento quase que anual do valor investido em educação com relação ao PIB, ainda que este tenha se dado no crescimento decimal simples, sem maiores saltos – ritmo que, inclusive, se mostra insuficiente para o alcance da meta estipulada no PNE, de alcance de investimento equivalente a 10% do PIB até 2024.

Considerando ainda as taxas de crescimento econômico e o aumento dos valores arrecadados em impostos, percebe-se que, em razão da vinculação percentual, este pilar do sistema de financiamento da educação pública tem em seu âmago a manutenção de uma relação de proporcionalidade entre receita tributária e investimento em educação.<sup>343</sup> Essa é uma faceta que identifica tal garantia normativa como verdadeiro corolário do princípio da progressividade dos direitos sociais. Com ela, é possível manter um investimento em educação em um patamar mínimo proporcional às receitas do Estado, implicando em uma reversão de ganhos econômicos a um direito social cujas políticas de realização são colocadas constitucionalmente como prioridades do modelo político-institucional delineado.

Conforme o resultado econômico apresente avanços, a quantidade de recursos disponíveis tende a evoluir, independentemente da vontade de administrações e opções políticas, ao menos em um patamar mínimo. Em contrapartida, caso o resultado econômico apresente revezes, uma parcela do bolo

342Conforme conclusão de CASTRO, Jorge Abrahão de. Financiamento da educação pública no Brasil: evolução dos gastos. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela; SANTANA, Wagner (Org.). **Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade**. Brasília: UNESCO, 2010. Pgs. 186-188.

343Neste sentido, conforme apontado por PINTO, Élica Graziane; XIMENES, Salomão Barros. Financiamento dos direitos sociais na Constituição de 1988: do “pacto assimétrico” ao “estado de sítio fiscal”. **Educação & Sociedade**, v. 39, 2018. Pgs. 989/991.

de recursos captados está resguardado e destinado a financiar os serviços de educação – considerando, no caso, sua fatia proporcional. Isso representa uma camada de garantia significativa para a concretização dos empenhos com o direito social em questão, sobretudo a se considerar a natural necessidade de dispêndio de recursos para sua manutenção e, no caso do Brasil em especial, seu desenvolvimento de acordo com os objetivos fixados.

É essa uma fundamental posição adotada pelo constituinte, dotada de um certo conteúdo ideológico. Este, por um lado, permeia o texto constitucional e se faz lei, a vincular poderes e estruturas, jurídicos, econômicos e sociais. Por outro lado, é conflitante com diversas possíveis posições contrárias às consequências deste sistema. Daí serem latentes a natureza e força garantidoras que a Constituição proporciona a essa dada configuração da educação no país e, acima de tudo, ao peso que lhe é conferido a partir de seu texto.

Para além da vinculação principal, que engloba maior volume de recursos e os destina especificamente à MDE, estabelecida no *caput* do artigo 212, a Constituição prevê ainda uma outra fonte de recursos à educação, ao estabelecer o salário educação, regido pelos parágrafos 5º a 7º do artigo 212. Este, também historicamente presente no sistema normativo brasileiro, é instrumento existente a nível constitucional desde a EC nº 18 à Constituição de 1967, estipulado inicialmente para complementar o financiamento da educação básica, criado pela Lei nº 4.440/64.

Prevê a Constituição o salário educação como recurso a ser recolhido pelas empresas, que, junto de outras receitas (conforme prevê o próprio § 4º do mesmo artigo), representa fonte de custeio adicional à educação básica pública, inclusive financiando outras áreas da educação que não se enquadram como MDE. Deve ser dado destaque, neste sentido, para o FNDE, para o qual são destinados, entre outros, parte dos recursos provenientes do salário educação e que tem por atribuição o desenvolvimento de políticas complementares, englobando programas de alimentação, saúde, entre outras ações em cooperação com os demais entes federativos. No caso, as maiores partes dos recursos arrecadados com esta fonte são repartidas em cotas e distribuídas entre estados e municípios<sup>344</sup>.

344Assim, conforme a sistemática estabelecida pelo artigo 15, § 1º, da Lei 9.424/96: “O montante da arrecadação do Salário-Educação, após a dedução de 1% (um por cento) em favor do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, calculado sobre o valor por ele arrecadado, será distribuído pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, observada, em 90% (noventa por cento) de seu valor, a arrecadação realizada em cada Estado e no Distrito Federal, em quotas, da

O salário educação não possui base de cálculo nem alíquotas indicadas pelo texto constitucional. No caso, o desenvolvimento de seu regime é competência deixada para o legislador infraconstitucional, que possui, portanto, certa margem para delinear aspectos quantitativos referentes a tal contribuição. Deste modo, verifica-se que, em termos de garantia advinda de textualidade expressa, não há o mesmo impacto observado na vinculação da receita de impostos à MDE, que limita a atuação dos poderes constituídos em função da parcela de recursos que devem ser, antes de tudo, dedicados à educação. Todavia, é certo que, conforme o balizamento fixado constitucionalmente para tal contribuição, a partir dos fins que este se presta e do regime que lhes é disposto pelo texto, deve o legislador, ao criá-lo, desenvolver regime e capacidade de custeio coerente com a parcela de competências que são sustentadas a partir dele. Esse cálculo deve considerar como base o rol de conteúdos que compõem o direito à educação básica a partir do texto constitucional, em consideração com o já abarcado pelo financiamento dedicado à MDE.

Esta não é tarefa fácil e, na prática, esbarra em diversos entraves políticos e econômicos na implementação desta fonte de recursos. Conforme expõe Carlos Roberto Jamil Cury, o cálculo da alíquota original fixada na Lei nº 4.440/64, de 2%, tomou por base cálculos, feitos pelo INEP, que partem de um valor médio estipulado referente ao salário de professores, bem como o custo de manutenção de estruturas de ensino. Estes englobam materiais escolares, custos com prédio, equipamentos etc. Deste modo se buscou determinar o valor *per capita* (em relação ao número de crianças de 7 a 11 anos de idade) do custo do ensino primário em relação ao salário-mínimo, sendo este repartido e devido em relação a cada empregado das empresas contribuintes<sup>345</sup>. Deste modo, em que pese exista, na sua origem histórica, uma tentativa de lastreamento dos valores do salário educação na realidade de despesas relativas ao ensino, o valor da alíquota atual mantém-se o mesmo desde 1975, com o Decreto-Lei nº 1.422.

seguinte forma: (Redação dada pela Lei nº 10.832, de 29.12.2003) I - Quota Federal, correspondente a um terço do montante de recursos, que será destinada ao FNDE e aplicada no financiamento de programas e projetos voltados para a universalização do ensino fundamental, de forma a propiciar a redução dos desníveis sócio-educacionais existentes entre Municípios, Estados, Distrito Federal e regiões brasileiras;

II – Quota Estadual e Municipal, correspondente a 2/3 (dois terços) do montante de recursos, que será creditada mensal e automaticamente em favor das Secretarias de Educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para financiamento de programas, projetos e ações do ensino fundamental. (Redação dada pela Lei nº 10.832, de 29.12.2003)”.  
345CURY, Carlos Roberto Jamil. Estado e políticas de financiamento em educação. **Educação & Sociedade**, v. 28, 2007. Pgs. 845/846.

Diante deste cenário, percebe-se, assim, que a vinculação de orçamento e as subvinculações específicas, a serem abordadas adiante, representam garantias das mais significativas no que diz respeito ao desenho constitucional da educação e seu posicionamento em meio ao modelo republicano brasileiro. A partir delas, existe efetivo dever de reservar parte do orçamento para certa expectativa ou grupo de expectativas estipuladas. Cabe acrescentar que disposições do tipo não são comuns no direito constitucional mundo afora, sobretudo na dimensão que estas assumem no direito brasileiro.

Além da vinculação de receitas à MDE, bem como da previsão do salário educação como fonte adicional ao custeio, são estipuladas neste mesmo âmbito – ou seja, do regime do financiamento da educação pelo poder público – outras camadas de garantia complementares, reforçando um sistema de vinculação de entes e autoridades.

A primeira diz respeito à fixação como crime de responsabilidade da retenção ou imposição de qualquer restrição, por parte da autoridade competente, para a transferência de recursos do FUNDEB – a ser adiante abordado –, conforme o disposto pelo artigo 212-A, IX<sup>346</sup>. Neste sentido, ocorrendo tal ação, conforme conduta descrita pelo artigo 160, *caput*, da Constituição<sup>347</sup>, deverá ser dado seguimento em procedimento sancionatório conforme o rito estabelecido para ilícitos desta natureza.

A segunda se refere à presença da vinculação de receitas de impostos dentre os chamados princípios sensíveis da Constituição, ou seja, dentre os princípios que, caso sejam violados, restará autorizada a intervenção federal em estados e no distrito federal, com objetivo específico de ser restaurado o cenário de sua violação. Conforme estabelece o dispositivo em questão:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:

(...)

346 Art. 212-A (...) IX - o disposto no caput do art. 160 desta Constituição aplica-se aos recursos referidos nos incisos II e IV do caput deste artigo, e seu descumprimento pela autoridade competente importará em crime de responsabilidade; (...).

347 Art. 160. É vedada a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos, nesta seção, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, neles compreendidos adicionais e acréscimos relativos a impostos.

VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:

(...)

e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Tal previsão, inserida no artigo em questão pela Emenda constitucional nº 14/1996, é de grande relevância tanto do ponto de vista de garantia, quanto do ponto de vista sistemático, no que diz respeito à própria posição constitucional da educação e, no caso, do subsistema de garantia a esta, referente a seu financiamento. Enquanto garantia adicional prevista em conjunto com o traçado constitucional do financiamento da educação, tal princípio se sobressai, do ponto de vista de sua aplicabilidade, em relação aos demais, estabelecidos nos demais incisos<sup>348</sup>. Isso se dá pois, ao se referir à garantia fixada com base em parâmetros objetivos do orçamento e da arrecadação, a aferição do prestígio ao princípio fixado, conseqüentemente, assume esse caráter de objetividade. Ou se está a contemplar o mínimo fixado à MDE, ou se está aplicando valor abaixo deste e, neste caso, se poderá aplicar o regime de intervenção.

A mesma garantia existe com relação à possibilidade de intervenção dos estados em seus municípios, ou da União nos municípios do distrito federal, conforme disposto no artigo 35, III<sup>349</sup>. No caso, a presença da vinculação de receitas dentre os princípios autorizadores de intervenção federal ou estadual é elemento a destacar a centralidade que não apenas a educação, mas as bases constitucionais de seu financiamento, ocupam em meio ao texto. Considerando a gravidade da sanção que a intervenção representa em meio à lógica federativa e o peso dos bens e interesses jurídicos ali protegidos, é notável a dimensão que o desenho constitucional da educação possui, entrelaçado em meio aos diversos campos regidos pela Constituição.<sup>350</sup>

348No caso, forma republicana, sistema representativo e regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal e prestação de contas da administração pública direta e indireta.

349Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: (...) III - não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;

350Neste sentido, cabe mencionar que a aplicação dos valores mínimos exigidos para a saúde também é contemplada por esta garantia, ou seja, constitui ela própria um princípio sensível do texto constitucional, conforme o teor do próprio artigo 34, VII, "e".

Por fim, complementando este traçado primário do regime de vinculação de receitas como garantia ao financiamento da educação, a Constituição estabelece, ainda, uma fixação expressa de prioridades no dispêndio de recursos dentro da própria área. Neste sentido, conforme o § 3º do artigo 212: “A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação”. Aqui, deve ser considerada a ressalva já feita quanto ao uso, isolado, da obrigatoriedade, ao se referir às etapas e modalidades de ensino. No caso, a maior parte de tal prioridade, atualmente, ocorre mediante o sistema de subvinculações consistente na política de fundos que constitui o FUNDEB. Cabe, desta maneira, adentrar seu regime, porquanto represente este uma camada própria de garantia ao direito à educação e, sobretudo, tendo por base própria o desígnio constitucional de inclusão.

### 7.2.3.2. FUNDEB

No Brasil, políticas de fundos voltadas ao custeio da educação são outro tipo de instrumento que possui raízes históricas no desenho político-institucional do país, havendo previsões do gênero nas constituições de 1934<sup>351</sup> e 1946<sup>352</sup>. A primeira vez que se estabelece expressamente política de fundos mais abrangente, com foco na destinação de recursos à MDE, ocorre com a Lei nº 4.024/61<sup>353</sup>. Todavia, nos moldes que atualmente assume, tal mecânica figurou pela primeira vez em meio ao traçado constitucional brasileiro com a própria Constituição de 1988.

O que se percebe da ideia e evolução que os fundos apresentam, enquanto elementos inerentes ao custeio da educação brasileira, é seu posicionamento e

351No caso, conforme previsão em seu artigo 157: “A União, os Estados e o Distrito Federal reservarão uma parte dos seus patrimônios territoriais para a formação dos respectivos fundos de educação. § 1º - As sobras das dotações orçamentárias acrescidas das doações, percentagens sobre o produto de vendas de terras públicas, taxas especiais e outros recursos financeiros, constituirão, na União, nos Estados e nos Municípios, esses fundos especiais, que serão aplicados exclusivamente em obras educativas, determinadas em lei. § 2º - Parte dos mesmos fundos se aplicará em auxílios a alunos necessitados, mediante fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica, e para vilegiaturas.”

352Conforme o artigo 171 daquele texto e seu parágrafo único: “Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino. Parágrafo único - Para o desenvolvimento desses sistemas a União cooperará com auxílio pecuniário, o qual, em relação ao ensino primário, provirá do respectivo Fundo Nacional.”

353Neste sentido, estabelecia o caput do artigo 92 da referida Lei que: “a União aplicará anualmente, na manutenção e desenvolvimento do ensino, 12% (doze por cento), no mínimo de sua receita de impostos e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, 20% (vinte por cento), no mínimo.”

evolução em meio ao cenário educacional do país e aos desafios que estão colocados no que diz respeito à ação estatal e ao princípio federal. Como observado sobretudo a partir do texto constitucional de 1946, o estabelecimento de fundos de custeio à educação ocorre em meio à lógica de cooperação e ação supletiva da União, o que se mantém até a atualidade e embasa a lógica do FUNDEB. Essa, junto com o fim de resguardar recursos para investimentos prioritários, é a fundação que sustenta a figura dos fundos desenvolvidos e cada vez mais relevantes no desenho institucional da educação brasileira.

Neste sentido, apesar de o texto da atual Constituição não conceber originariamente sistema do gênero, foi instituído o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, o FUNDEF, por via da Emenda constitucional nº 14, em 1996. Esta primeira versão foi incluída nos ADCT, o que, de fato, é condizente com sua natureza transitória, tendo ele sido previsto com duração de 10 anos. No caso, tal sistema foi elaborado como uma política de fundos para subvincular recursos destinado à MDE para sua aplicação específica no ensino fundamental<sup>354</sup>. Esta era, à época, etapa contemplada pela fixação de garantias dispostas a partir do artigo 208, I, sendo identificada normativamente com etapa essencial e prioritária no que diz respeito às competências relativas à expansão do ensino.

Foi o FUNDEF, em 2006, substituído pelo Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica, o FUNDEB, que, com a mudança, passou a abranger toda a educação básica.<sup>355</sup> Deste modo, os recursos vinculados aos fundos passaram a contemplar, para além do ensino fundamental, etapas de pré-escola e ensino médio e modalidades como a EJA – o que é essencial para o desígnio constitucional de inclusão e que a regulamentação do FUNDEF deixava de lado. Com duração de 14 anos, o prazo inicialmente previsto teve seu término em 2020 e foi substituído por uma versão permanente, assentada no texto constitucional em seu artigo 212-A.

354Conforme o *caput* do artigo 60 do ADCT, conforme o texto fixado pela EC nº 14/96: “Nos dez primeiros anos da promulgação desta Emenda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão não menos de sessenta por cento dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal, à manutenção e ao desenvolvimento do ensino fundamental, com o objetivo de assegurar a universalização de seu atendimento e a remuneração condigna do magistério.”

355Neste sentido, conforme a redação que o *caput* artigo 60 dos ADCT passou a exibir: “Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições: (...)”.



Nos moldes vigentes, o sistema de fundos elaborado com o FUNDEB tem por premissa subvincular o piso constitucional fixado no artigo 212 a determinadas competências dentro do traçado da educação, tendo por objeto a MDE na educação básica e a remuneração condigna de seus profissionais. Fala-se, no caso, em subvinculação pois a própria Constituição indica a receita de impostos determinados de onde provêm os recursos componentes dos fundos: o texto estipula uma alíquota de 20% das receitas de determinados impostos (artigo 212-A, II), que deverão ser, necessariamente, repassadas aos fundos criados em cada estado e no distrito federal (artigo 212-A, I). Esta delimitação tem efeito de resguardar e garantir o custeio de etapas da educação cuja importância é expressa e sistematicamente reiterada pelo constituinte, configurando, assim, uma camada de garantias exclusivamente fixadas em prol da educação básica, cumprindo com a prioridade estabelecida pelo constituinte.

Enquanto estrutura de garantias, a política de fundos, desde sua origem histórica, possui contato direto com a necessidade de expansão do ensino e o cenário brasileiro de desigualdades e óbices ao melhor custeio deste direito. Nesta linha, a mecânica do FUNDEB é pautada pela ideal de igualdade desde seu âmago. É ele uma estrutura institucional disposta em face do desequilíbrio de investimentos entre regiões e, sobretudo, do desequilíbrio observado a partir dos próprios titulares do direito à educação básica, considerando o valor investido com relação a cada um.

A lógica sobre a qual se baseia o FUNDEB tem foco na busca pela equiparação de recursos investidos por aluno, em cada rede e ente federativo, sendo este o critério de distribuição estabelecido no inciso III do artigo 212-A:

Art. 212-A. (...) III - os recursos referidos no inciso II do caput deste artigo serão distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial matriculados nas respectivas redes, nos âmbitos de atuação prioritária, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 desta Constituição, observadas as ponderações referidas na alínea "a" do inciso X do caput e no § 2º deste artigo;

Os Estados que não atingem um valor mínimo estabelecido, em investimento por aluno, recebem uma complementação de recursos da União, de modo que sejam os valores dos estados com menores resultados igualados em um piso. Desta maneira, procura-se reduzir o déficit existente entre estados e redes de ensino com

menor investimento em relação àqueles que tem maior capacidade, o que contribui para a redução de desigualdades e avança rumo à garantia de um parâmetro mínimo que, em suma, acaba por conduzir a um movimento de construção de uma garantia de mínimo essencial em educação.

Verifica-se, assim, que é o FUNDEB uma relevante garantia à inclusão, inserida no sistema e desenvolvida ao longo das últimas décadas. A vinculação de recursos que ele acarreta ao traçado financeiro do Estado é mecanismo a contemplar, atualmente, todas as modalidades e etapas da educação básica, o que é desenvolvido em sua regulação legal, dando cumprimento e viabilidade econômica ao perfil traçado pelo constituinte com relação aos conteúdos componentes do direito em questão. Neste ponto, é necessário visualizar a dupla camada de contato com a inclusão que se dá em relação ao financiamento da educação sendo amplificada pelo mecanismo em tela.

Para além de representar uma garantia à inclusão porquanto seja um ponto forte ao financiamento da educação básica, são abarcadas pelo FUNDEB modalidades de ensino circunscritas a grupos sobre os quais o texto constitucional faz menção enquanto titulares de atenção específica, como educação indígena, EJA, a inclusão de pessoas com deficiência na educação, educação dos grupos quilombolas etc, o que permite entender a importância dos fundos para a garantia das diversas inclusões que são abarcadas pelo traçado constitucional do direito à educação.

Enquanto componentes da educação básica e englobados por sua essencialidade, tais modalidades têm no FUNDEB um polo para que as diferenças inerentes a tais grupos e as garantias normativas que se justificam na proteção destes traços, sejam, economicamente, também contempladas. Isso ocorre justamente por força da completude do sistema: enquanto garantia à educação básica, deve o FUNDEB abarcar todo o desenho que a Constituição perfaz, englobando os conteúdos por elas resguardos e sendo pautado pelas mesmas balizas que se apresentam no texto.

Assim, o texto constitucional, para além de estabelecer, ele próprio, camadas de garantia ao moldar o perfil dos direitos e deveres para com a educação básica, estabelece uma nova camada com o desenho dos sistemas de financiamento, sendo a consolidação do FUNDEB enquanto política permanente uma mostra considerável do papel que possui o constituinte derivado na evolução da malha de garantias no

próprio sentido axiológico dado pelo constituinte originário. É a política de fundos em questão uma estrutura institucional de prestígio às balizas postas em relação ao regime de direitos fundamentais e, sobretudo, à prioridade posta aos desígnios de inclusão, como meta primária do modelo republicano posto pela Constituição de 1988.

### **7.2.3.3. Algumas problemáticas acerca das garantias ao financiamento à educação básica**

No que se refere às garantias consistentes em vinculação e subvinculação de orçamento, conforme fixadas pela Constituição, é certo, todavia, que há algumas questões problemáticas, debatidas em doutrina e jurisprudência, as quais vale a pena pontuar. No caso, parece ser natural à complexidade de determinados sistemas normativos internos à Constituição, sobretudo no que se refere à construção institucional de garantias, que questões se apresentem quanto à sua aplicabilidade no campo fático, considerando suas dimensões sociais e econômicas e com relação à sua regulamentação infraconstitucional. Dificuldades quanto ao melhor desenvolvimento do suporte normativo fixado no plano constitucional são inerentes ao desenvolvimento de políticas, sendo consectárias do próprio processo legislativo e, antes, da pactuação política.

Por mais que garantias constitucionais como as aqui trabalhadas representem a consagração jurídico institucional de um grau de consenso acerca de determinados aspectos do perfil do modelo republicano almejado, não deixam de ser seus temas objetos de disputas políticas, sendo constantemente afetados pelos giros que o direito positivo – e, inclusive, o direito constitucional – dá. São temas, por vezes, ao redor dos quais são travados grandes conflitos, que devem estar sempre no horizonte da análise. No caso da educação básica, de seu financiamento e de suas respectivas garantias, essa necessidade se faz crucial, sobretudo tendo em vista o contato que possui com a inclusão.

Aqui, cabe trazer à luz, também, o fato de que a Constituição de 1988, por vezes, se estabelece enquanto campo de disputas entre diferentes visões de poder. Por mais que seja do escopo do direito a garantia de estabilidade e segurança a pautar o campo político e econômico, dentre outros, é certo que, na prática, o direito constitucional abrange determinados traços que, se por um lado, permitem a

absorção e racionalização de tensões para que sejam elas conduzidas à lógica que lhe é própria, por outro lado mantém seu âmbito como foco de disputas a, por vezes, esgarçar estruturas e propósitos que, até por natureza própria, não deveria ser tocados. O desígnio de inclusão, o princípio republica e as diversas estruturas por eles pautadas são vítimas constantes destes processos. Assim, cabe aqui, aproximando as diversas garantias apresentadas no que se refere à educação com os desígnios de inclusão que marcam este regime, tecer considerações acerca de problemáticas que, em meio às tensões e disputas que, marcando o poder no Brasil, marcam o trato para com o ordenamento.

Uma primeira problemática existente, no que se refere à vinculação de receitas e seu papel de garantia, está ligada ao fato de que, por si, este mecanismo não se mostra suficiente para garantir um contínuo crescimento de investimentos na área<sup>356</sup>. De fato, isso é uma consequência de sua própria lógica, porquanto a vinculação promovida pelo modelo em questão é no sentido de limitar os poderes constituídos em um mínimo valor de investimento, conforme expresso no próprio artigo 212 do texto constitucional.

Neste sentido, o montante de recursos destinados à MDE, por vezes, segue o *status quo* de crescimento econômico, sem aumentar, todavia, sua importância relativa dentre os demais investimentos públicos<sup>357</sup>. É ela financiada quase que exclusivamente por impostos, sendo a vinculação de receitas fundada no artigo 212 do texto constitucional, sem dúvidas, o instrumento responsável pela principal fonte de custeio da educação pública – e, considerando o peso que esta tem no cenário da educação em geral, o principal motor econômico da garantia de educação no Brasil<sup>358</sup>.

Essa vinculação dos recursos de educação ao potencial de arrecadação tributária, se, por um lado, é importante para garantir um bloco de investimento mínimo e seguro em relação aos investimentos estatais, dedicando a ela uma parcela fixa do orçamento estabelecida em função de um elenco de prioridades, por outro não é mecanismo suficiente para garantir uma tendência de aumentos em

356Conforme CASTRO, Jorge Abrahão de. Financiamento da educação pública no Brasil: evolução dos gastos. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela; SANTANA, Wagner (Org.). **Educação e federalismo no Brasil**: combater as desigualdades, garantir a diversidade. Brasília: UNESCO, 2010, p. 169-190.

357PINTO, Élide Graziane; XIMENES, Salomão Barros. Financiamento dos direitos sociais na Constituição de 1988: do “pacto assimétrico” ao “estado de sítio fiscal”. **Educação & Sociedade**, v. 39, p. 980-1003, 2018.

358CASTRO, Jorge. Financiamento da educação no Brasil. **Em aberto**, v. 18, n. 74, 2001

investimentos, para além fixado. De fato, não há nem a garantia de manutenção dos valores anuais, pois o que se garante é uma fatia da arrecadação, sem lastrear o orçamento mínimo em valores específicos (como veremos, essa dinâmica se altera enquanto estiverem vigentes as mudanças promovidas pela Emenda constitucional nº 95/2016, de um modo ainda mais negativo).

Esse fator relativo à vinculação é relevante pois, apesar de, na prática, se observar uma constante evolução no investimento em educação do país com relação ao PIB<sup>359</sup>, parâmetros importantes demonstram que o nível alcançado, ainda, é uma problemática a se enfrentar, considerando o baixo valor do investimento feito por aluno, em comparação com países que possuem altos resultados em índices de qualidade de educação, e, também, considerando, no plano interno, as profundas desigualdades entre Estados e redes de ensino, que acarretam brutais diferenças de valores investidos<sup>360</sup>.

Para um país que tem por objetivos a realização de processos de inclusão na concretização de direitos fundamentais e a educação básica normativamente fixada enquanto camada prioritária do regime de competências estatais, essa estagnação relativa pode ser problemática. Não há como dissociar as necessidades de evolução na estrutura e efetivação da educação do Brasil com o dispêndio de recursos, o que implica, por vezes, para além de proteção orçamentária, o alcance de maiores fatias de investimento. Considerando, por exemplo, a meta fixada no Plano Nacional de Educação, de ampliar o investimento público em educação pública para o equivalente a 10% do PIB até 2024<sup>361</sup>, a ampliação de investimentos, para além da insuficiente média de crescimento anual verificada na última década – com, inclusive, estagnação e queda nos últimos anos<sup>362</sup> –, é medida necessária para

359Conforme se observa em levantamentos feitos pelo próprio INEP, considerando o período entre 2000 e 2017, disponíveis em <http://inep.gov.br/indicadores-financeiros-educacionais>. Acesso em: 23/6/2021.

360Neste sentido, verifica-se que o Brasil investe abaixo da média dos países da OCDE, conforme dados de OECD. “How much is spent per student on educational institutions?”. **Education at a Glance 2020**: OECD Indicators, OECD Publishing, Paris: OECD, 2020.. Pgs. 270-280, disponíveis em <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5e4ecc25-en.pdf?expires=1624498118&id=id&accname=guest&checksum=AEFE71E715A78BE21CF2EDD05797D35>. Acesso em: 23/6/2021.

361No caso, conforme a meta 20 do PNE, se busca “ampliar o investimento público em educação pública de forma a atingir, no mínimo, o patamar de 7% (sete por cento) do Produto Interno Bruto - PIB do País no 5º (quinto) ano de vigência desta Lei e, no mínimo, o equivalente a 10% (dez por cento) do PIB ao final do decênio”.

362Conforme o Relatório do 3º ciclo de monitoramento das metas do PNE, elaborado pelo INEP em 2020, aponta queda no valor investido em educação pública, que, em 2015, representava 5,1% do PIB, passou a 5% em 2018. Decerto, há que se considerar o momento de retração econômica vivido pelo país no período, cabendo apontar para o potencial que as garantias existentes

atingir tal patamar – o que, aparentemente, não é o resultado para o qual o país se encaminha.

Um aspecto a se notar na lógica que permeia as garantias em questão, é que, nelas, não há correlação entre o montante de recursos dedicados à área de educação em prol da qual são fixadas e o número de pessoas a gozar das diversas camadas que se busca garantir neste direito e, assim, de tais investimentos. O elo realizado é com o próprio resultado de arrecadação. Neste sentido, verifica-se uma inaptidão do modelo em questão para efetivamente garantir o crescimento de investimentos, ainda que sejam estas metas fixadas e, portanto, vinculantes da atuação dos poderes constituídos no desenvolvimento orçamentário.

O que se observa, no caso, é uma fixação da proporção orçamentária destinada à educação, garantindo sua posição dentre o rol de temas a serem dispostos em diferentes graus de prioridade. A quantidade de recursos, em si, é volátil. Se isso, de um lado, implica numa falta de vinculação entre o desenho orçamentário e o universo de titulares a gozarem do direito à educação e do ensino, acaba amplificando o impacto de aspectos da evolução demográfica que se apresentam e, sobretudo, o crescimento de matrículas, que é fator relevante no que diz respeito ao total investido relativamente<sup>363</sup>. Neste sentido, considerando um mesmo volume de impostos arrecadados, a dimensão de investimentos, com base somente nas garantias em tela, com relação a indicadores como aquele que mede valor investido por aluno – e que, no caso do Brasil, é objeto de muito debate e lutas –, podem melhorar ou piorar, a depender do número de matrículas observado.

Essa inaptidão em garantir maiores investimentos é marcante das vinculações existentes. Tanto é assim que foram elaboradas, ao longo dos anos, novas garantias – inclusive a nível constitucional –, no que diz respeito ao financiamento da educação, de modo a assegurar maior racionalidade na disposição de recursos e, também, na expansão de fontes de custeio. É o caso das

possuem para evitar maiores cortes. Todavia, insuficientes para garantir repartições de receitas em favor da educação, para além dos mínimos que fixam. Disponível em: [http://portal.inep.gov.br/informacao-da-publicacao/-/asset\\_publisher/6JYIsGMAMkW1/document/id/6974122](http://portal.inep.gov.br/informacao-da-publicacao/-/asset_publisher/6JYIsGMAMkW1/document/id/6974122). Acesso em: 23/6/2021.

363 Jorge Abrahão de Castro destaca a possibilidade que possuem a vinculação de recursos e a existência do FUNDEB, sobretudo, de maximizar o potencial de investimento em educação, conforme se confirme uma tendência de evolução demográfica a reduzir a base da pirâmide etária do país e, portanto, permitir alocar maiores recursos a um número menor de docentes. CASTRO, Jorge Abrahão de. Financiamento da educação pública no Brasil: evolução dos gastos. In: OLIVEIRA, Romualdo Portela; SANTANA, Wagner (Org.). **Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade**. Brasília: UNESCO, 2010, p. 169-190.

subvinculações. O desenvolvimento das políticas de fundos, desde os anos 90 e até a recente criação do FUNDEB permanente, são uma prova cabal disso.

O próprio texto originário da Constituição já trazia previsto o salário educação como fonte adicional de recursos – o que é outro fato relevante ao traçado de garantias em tela, em razão da limitação que possui a vinculação de receitas à MDE, ao excluir determinados conteúdos do desenho da educação básica de seu escopo. A atenção a estes é essencial para fins de combate à exclusão, sobretudo aqueles relativos à alimentação e atendimento à saúde. Tais investimentos, assim como quaisquer parcelas que excedam os percentuais previstos no *caput* do artigo 212, ficam sujeitos às disputas políticas e econômicas que permeiam a elaboração e gestão orçamentária, o que representa, assim, um considerável degrau abaixo em relação ao nível de garantia que tais vinculações representam à MDE.

Uma segunda problemática com relação à política de fundos desenvolvida na Constituição e às vinculações orçamentárias estabelecidas remete ao fato de que estas, por si só, não representam garantias a diversas inclusões almejadas e abarcadas pelo ordenamento constitucional – em muito, no que se refere ao próprio desenho expresso do direito à educação –, quando avaliados casos concretos de marcada exclusão.

Esse fator é potencializado ao se considerar que ambas as garantias dependem de desenvolvimento infraconstitucional, a regular as bases fixadas pelo constituinte. Daí cabe dizer que a problemática apontada se relaciona ao fato de que, enquanto garantias constitucionais – e considerada a natureza deste patamar normativo –, não são normas desta estirpe vias hábeis a esgotar textualmente suas hipóteses de aplicação fática. Enquanto tal fato é inerente ao próprio direito positivo, é ele crucial em meio ao tema das garantias constitucionais, sobretudo daquelas realizadoras de traçados institucionais.

A partir da base de garantia estabelecida, cabe aos poderes constituídos a devida regulação do tema, normatizando-o de acordo com as balizas postas, em trabalho realizado face aos contornos fáticos que se apresentam. Todavia, o que se percebe destas normas delineadoras de garantias, sobretudo aquelas relativas aos fundos de educação, é, por vezes, o fato de que a sua execução acaba deixando de contemplar determinados conteúdos que são elencados pela Constituição em meio ao desenho do direito à educação. Em muito, isso afeta diretamente o desígnio de inclusão conforme estabelecido pelo texto constitucional.

Um caso exemplar desta problemática é o que se deu com a EJA, que não era contemplada pelo FUNDEF, mesmo considerando que o texto constitucional expressamente estabelecia, no inciso I do artigo 208, a oferta do direito ao ensino fundamental “àqueles que não a tiveram na idade própria”, considerada a essencialidade deste direito e seu peso com relação à promoção da igualdade em sua faceta de inclusão. Essa exclusão se deu com a regulamentação do artigo 60 das ADCT pela Lei 9.424/96. No caso, apesar de o texto aprovado e levado à sanção do Presidente da República prever as matrículas do ensino fundamental na EJA dentre aquelas consideradas para o cálculo dos recursos devidos a cada rede, nas duas esferas de governo, em cada estado e no distrito federal, o dispositivo em questão foi vetado, sendo considerados, portanto, somente os investimentos nas séries do ensino fundamental voltadas à idade constitucionalmente indicada como própria<sup>364</sup>.

Apesar de, nas razões do veto em questão, o poder executivo alegar que, “o aluno do ensino supletivo não será considerado, apenas, para efeito da distribuição dos recursos. Será, porém, destinatário dos benefícios que advirão da implantação do Fundo, conforme prevê o caput do art. 2º do projeto”, é certo que a consideração das matrículas em EJA para fins de contabilização na distribuição de recursos é critério importante na escolha de investimentos pelos gestores estaduais e municipais de educação. Assim, buscando maiores recursos através da política de fundos criada e em vista de alunos de EJA não serem contabilizados para tal distribuição, é natural se pensar que os esforços políticos e financeiros se voltariam para a expansão das redes direcionadas ao ensino em idade própria, como acabou

364No caso, as razões apresentadas para o veto em questão consideraram que “a garantia de contabilização do alunado do ensino supletivo, para efeito de recebimento dos recursos, poderá provocar, no âmbito dos governos estaduais e/ou municipais, uma indesejável corrida no sentido de se criar cursos dessa natureza, sem rigor nem a observância dos critérios técnicos-pedagógicos requeridos por essa modalidade de ensino, com o objetivo de garantir mais recursos financeiros ao respectivo governo, em detrimento da qualidade do ensino e, por conseguinte, da adequada formação dos educandos”. Além disso, entendeu o executivo que “o MEC não dispõe de dados estatísticos consistentes que possam assegurar uma correta e fidedigna contabilização do alunado do ensino supletivo”. Por fim, foi alegado que “o recenseamento do alunado do ensino supletivo, em razão da dificuldade de aferição dos dados, pela especificidade da forma de controle de frequência do alunado, baseia-se, via de regra, apenas no registro disponível dos estabelecimentos que ministram essa modalidade de ensino, prejudicando eventuais confirmações da presença, ou mesmo da existência do aluno” e que “o aluno do ensino supletivo não será considerado, apenas, para efeito da distribuição dos recursos. Será, porém, destinatário dos benefícios que advirão da implantação do Fundo, conforme prevê o caput do art. 2º do projeto.”



se confirmando, em um quadro de efeitos que foi composto, ainda, por outras vicissitudes<sup>365</sup>.

Com a criação do FUNDEB, a EJA passou, desde a sua regulamentação pela MP nº 339/06, a compor o rol de etapas e modalidades de ensino consideradas para os cálculos de distribuição de recursos dos fundos. Isso se deu em meio a um movimento de sensível expansão que o sistema de financiamento em questão experimentou, passando a ter por objeto o custeio de toda a educação básica, com uma evidente transferência do foco.

Ainda assim, é cabível apontar que houve restrições na presença da EJA dentre as modalidades consideradas pelo FUNDEB, o que acabou por manter a necessidade de aprimoramento nas estruturas deste sistema. Isso fica nítido ao se observar os fatores de ponderação que foram estipulados às modalidades de EJA englobadas pelo sistema, abaixo daqueles referentes a outras modalidades e etapas<sup>366</sup>, bem como a limitação de investimento de valores oriundos do fundo em EJA, expressa e fixada em 15%<sup>367</sup> – cabe destacar, ainda que esta “trava” foi a única estabelecida quando da realização do desenho normativo do FUNDEB.

Estudos como o de Carvalho, consistentes em análise de evoluções em matrículas e investimentos, após criação do FUNDEB, mostram que é possível verificar quedas seguidas nas matrículas de EJA, após um impacto de inicial crescimento – devendo ser considerado o baixo enfoque que as modalidades tiveram no modelo anterior. O autor trabalha a hipótese de que o baixo fator de ponderação e a limitação de investimentos de valores provenientes dos fundos no

365Assim, conforme José Marcelino de Rezende Pinto, chegaram a ser registrados alunos de EJA como alunos de ensino para idade própria, para fins de contabilização geral de matrículas. PINTO, José Marcelino de Rezende. Financiamento da educação no Brasil: um balanço do governo FHC (1995-2002). **Educação & Sociedade**, v. 23, n. 80, p. 108-135, 2002. No mesmo sentido, CARVALHO, Marcelo Pagliosa. O financiamento da EJA no Brasil: repercussões iniciais do FUNDEB. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, v. 30, n. 3, 2014.

366O fator de ponderação inicial da EJA com avaliação de desempenho era de 0,7. Desta maneira, cada matrícula em EJA, quando da aprovação e regulamentação inicial do FUNDEB, equivalia a 70% de matrículas em ensino fundamental urbano, para fins de contabilização e distribuição de recursos. Tais valores, como observa José Marcelino (2021), não se baseiam em estudos de custo, faltando, portanto, critério empírico a justificar o peso econômico relativo à EJA nos sistemas de ensinos. Esses valores foram objeto de modificações ao longo da vigência da primeira versão do FUNDEB, sendo o fator de ponderação referente à EJA com avaliação o processo majorado para 0,8, em 2009, e o fator de ponderação da EJA integrada à educação profissional majorado para 1, em 2009, e 1,2, em 2011.

367Conforme o *caput* do artigo 11 da Lei nº 11.494/2007, “A apropriação dos recursos em função das matrículas na modalidade de educação de jovens e adultos, nos termos da alínea c do inciso III do *caput* do art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT, observará, em cada Estado e no Distrito Federal, percentual de até 15% (quinze por cento) dos recursos do Fundo respectivo.”

setor continuam a desencorajar gestores municipais e estaduais a promover ampliações e maiores dispêndios de recursos.<sup>368</sup>

Em vista desse panorama que acompanhou os anos de execução, desenvolvimento e experiência com os fundos, o novo FUNDEB está regulamentado com a manutenção dos fatores de ponderação majorados ao longo da última década para as modalidades de EJA e, ainda, com a remoção do limitador de investimentos, existente no modelo antigo. Cabe observar, em vista de tais mudanças, como o novo FUNDEB impactará estas modalidades de ensino. O certo é que tais modificações refletem pontos de discussão empreendidos acerca do sistema de fundos e sua realização pelos poderes constituídos e representam, certamente, avanços no que diz respeito à valorização da EJA em meio ao traçado do financiamento pelo FUNDEB.

Deve ser observado, deste cenário, que apesar de o texto constitucional arrolar o direito à educação básica por quem não o teve na idade própria como componente do traçado da educação, sendo sua garantia obrigatória para o Estado, nos termos dos artigos 205, *caput*, e 208, I, o desenvolvimento das garantias constitucionais ao financiamento da educação depende, em muito, da atuação legislativa infraconstitucional e, também, do papel do poder executivo em sua melhor regulamentação e aplicação. Neste sentido, efeitos como o que se observou com relação à EJA no FUNDEB, no curso da última década, são ocorrências possíveis. O traçado normativo do sistema de fundos, como está posto na Constituição, não se mostra hábil a efetivar, por si, a necessária garantia ao financiamento adequado e equilibrado de modo a prestigiar modalidades essenciais para a concretização de específicas inclusões. Deste modo, ficam elas a depender da atuação de poderes constituídos a observar as mesmas diretrizes que orientam e justificam este traçado de garantias no texto constitucional.

O que o sistema constitucional e o traçado do direito à educação demonstram é uma aptidão para consistir em referência normativa de avaliação de políticas, sendo possível avaliar o grau de acerto dos poderes constituídos à luz dos desígnios, metas e vetores estabelecidos no texto. É certo, porém, que melhor será o funcionamento do sistema constitucional positivo, enquanto balizador da ação e da criação, interpretação e aplicação do direito, conforme seja ele hábil a oferecer uma

<sup>368</sup>CARVALHO, Marcelo Pagliosa. O financiamento da EJA no Brasil: repercussões iniciais do FUNDEB. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação*, v. 30, n. 3, 2014.

circunscrição de conteúdos e vias expressas, de modo a orientar a atuação dos entes que têm por razão a garantia destes. Por vezes, as malhas de garantias se mostram mais efetivas na medida em que, de forma expressa, limitam a atuação discricionária à luz da clareza do texto.

Uma terceira e última problemática a se destacar acerca do financiamento da educação básica enquanto garantia de inclusões é relacionada à mudança normativa gerada pela EC nº 95/2016 – esta, no caso, sendo provavelmente a de maior impacto em anos recentes. Tal alteração no texto constitucional – a partir de uma série de dispositivos adicionados ao ADCT –, que introduziu o denominado “novo regime fiscal”, acarretou relevantes impactos nos investimentos relativos a direitos fundamentais, em especial os de caráter social e dependentes de dotação orçamentária. Conforme será exposto, a sistemática das normas inseridas por esta emenda inclui disposições especificamente dedicadas ao regime constitucional da educação.

O maior impacto, certamente, ocorre a partir da instituição de um “teto de gastos” públicos, conforme o estipulado no artigo 107 do ADCT. O resultado é um “engessamento” da capacidade de investimento pelas esferas federais, que ficam vinculadas aos valores constantes no orçamento de 2016, aplicado índice de correção<sup>369</sup>. Por força do artigo 110<sup>370</sup>, o orçamento de educação sofre impacto, em um primeiro plano, justamente no que diz respeito à garantia consistente na vinculação de receitas de impostos. Conforme estipula o inciso II, todos os exercícios financeiros posteriores a 2017 têm por valor de investimento mínimo não um percentual da receita líquida de arrecadação, mas sim o valor correspondente ao percentual aferido em 2017, nestas bases, corrigido conforme os índices apontados.

O chamado teto de gastos, com o objetivo de limitar o endividamento público, acaba afetando o desenho orçamentário e, com isso, o desenvolvimento de políticas

369 Neste sentido: Art. 107. (...) § 1º Cada um dos limites a que se refere o caput deste artigo equivalerá: I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária.

370 Art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão: I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição Federal; e II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

públicas, inclusive as diretamente decorrentes do texto constitucional. Sob a égide da EC nº 95/2016, quaisquer expansões de investimento em uma área específica dependem de um rearranjo entre montantes já dispostos no orçamento, retirando valores que estavam previstos para outras áreas de modo a ampliar investimentos em um determinado campo. Este é um efeito negativo sobre os investimentos públicos, porquanto a expansão de recursos disponíveis em um determinado campo só seja viável mediante uma reorganização do rol de prioridades, o que acaba por abrir o orçamento público para mais uma frente de disputas políticas, que acabam por afetar áreas constitucionalmente definidas como primordiais.

No que diz respeito ao desenho constitucional do direito à educação e seu traçado de garantias, o impacto destas disposições é acentuado. Verifica-se uma quebra na relação de proporcionalidade que o texto estabelece, em função do vínculo de receitas de impostos, entre crescimento econômico e investimento em educação, que é elemento disposto desde a promulgação da Constituição como base do traçado de seu financiamento<sup>371</sup>. Em efeito, a educação deixa de ocupar ao menos um nível de prioridades dentre os objetos de dispêndio de recursos públicos: eventuais aumentos de arrecadação não resultarão elevação nos valores destinados à área.

Cabe questionar se não é este um empreendimento de política econômica que, inserido no contexto da Constituição da República, acaba por se sustentar às custas da desconstrução, por duas décadas, da dinâmica de garantias elaboradas e desenvolvidas para o direito à educação (ao menos naquilo que lhe atinja diretamente).

Se, por um lado, a sua colocação em meio ao contexto do ordenamento constitucional – por meio de acréscimos de dispositivos ao ADCT, ressalta-se – representa uma adição de estrutura normativa destinada a garantir uma determinada mecânica econômica, que tem por objetivo sanear o endividamento público e garantir maior equilíbrio às contas públicas, por outro lado há conflito entre os limites que tal estrutura impõe, não apenas a outras mecânicas internas ao texto, mas a princípios que orientam e fundamentam todo modelo republicano brasileiro, notavelmente no que se refere aos seus objetivos e ao regime dos direitos fundamentais que o tangencia.

<sup>371</sup>Conforme PINTO, Élica Graziane; XIMENES, Salomão Barros. Financiamento dos direitos sociais na Constituição de 1988: do “pacto assimétrico” ao “estado de sítio fiscal”. **Educação & Sociedade**, v. 39, p. 980-1003, 2018.

Diante de tudo, os entraves ocasionados pelo desenho do Novo Regime Fiscal alcançam o traçado da educação e as garantias de seu financiamento a partir de dois aspectos chave. O primeiro é pela citada quebra de proporcionalidade entre o investimento mínimo em educação e o crescimento econômico refletido na arrecadação de impostos. Há uma substituição da vinculação constitucional fixada pelo constituinte originário – e base de toda a dinâmica financeira do direito à educação – por um novo piso mínimo, referente ao valor-base conforme aferido no exercício de 2017, aplicado índice de correção, enquanto estiver vigente tal regime.

Há uma perpetuação do cenário existente em 2017 – período, diga-se de passagem, de baixo crescimento econômico e sensível redução de investimentos públicos – mantendo o peso da garantia que o texto conferia à educação naquele momento para os exercícios futuros, independentemente da evolução de resultados. Assim, apesar de não se poder falar que há extinção total de um mecanismo de vinculação constitucional de receitas de impostos à educação, a dinâmica estabelecida pelo constituinte, que considera o direito à educação em meio ao centro do desenho orçamentário da União, é substituída por um novo panorama hierárquico, desvinculando valores que excedam um determinado patamar historicamente fixado e não variável – excedente que, em si, representa ganhos econômicos – da amplitude da garantia.

O segundo aspecto de impacto diz respeito ao fato de que é a educação, no que se refere ao aumento de investimentos entre exercícios fiscais – ou seja, para além do mínimo fixado –, deixada em um cenário de acirrada disputa por aumentos em sua fatia de investimentos, considerando montantes acima das correções em relação à inflação. Tal disputa coloca este direito face a face, no campo das disputas políticas relacionadas ao desenho orçamentário, aos regimes de diversos outros direitos fundamentais. Estes, apesar estabelecidos em expresse grau de prioridade em meio modelo republicano brasileiro, não possuem o nível de garantias postos em relação à educação pelo constituinte derivado – à exceção, em partes do regime referente às estruturas de saúde. Para piorar, coloca a educação em disputas com outros gastos qualificáveis em meio às despesas primárias da administração pública federal, que não aquelas diretamente relativas a direitos fundamentais e, no geral, bastante abaixo do grau de prioridade republicana posto à educação.

Para além, portanto, de perder robustez e dinamismo no que se refere à garantia de uma vinculação mínima de recursos, consistindo em um piso, o Novo

Regime Fiscal acaba por impor uma espécie de “anti-garantia”, com a criação, na prática, de um teto, que não é apenas estabelecido com relação à educação, mas com todas as áreas demandantes de investimentos estatais.

Percebe-se um conflito entre os efeitos gerais do Novo Regime Fiscal, que opera sobre todos os investimentos e despesas estatais, e o rol de prioridades extraídos do desenho do modelo político-institucional, que fixa relevo a determinados objetivos, implicando em diferentes esforços a serem empreendidos pelos entes constituídos para seu alcance – inclusive no que diz respeito às suas facetas financeiras. No caso, o sistema adotado recai sobre todas as áreas e competências estatais – frise-se, no âmbito da União – dependentes de investimentos (o que ocorre com a imensa maioria delas) de forma igual, sem maiores atenções a prioridades e especificidades do próprio traçado financeiro já delineado no texto constitucional. Neste sentido, é criado, no próprio âmbito do texto constitucional, um choque entre as linhas que orientam e preenchem o conteúdo básico e as estruturas realizadoras do ideal de igualdade e sua faceta de inclusão e a estrutura de contenção de despesas fixada no ADCT.

É certo, conforme visto, que a busca pela inclusão em direitos cujo regime constitucional pressupõe, por vezes, o dispêndio de recursos para o soerguimento de políticas e estruturas conforme determinam os objetivos estipulados na Constituição<sup>372</sup>. No caso da inclusão em contato com o direito à educação, os efeitos da EC nº 95/2006 atingem diretamente a possibilidade de expansão da rede, com aplicação de recursos para expansão de estrutura e de matrículas, a progressão salarial de profissionais de educação, a criação de novas escolas e universidades, a expansão de gastos com determinadas necessidades que se busque contemplar no sistema, sobretudo com relação às diversas inclusões que demandam especiais processos, esforços com EJA, educação indígena e quilombola etc. Há enfim, uma trava nas possibilidades de percurso orçamentário no sentido de todos os esforços

372 Há que se fazer referência ao alerta feito por diversos especialistas na área de educação e na execução de políticas públicas a ela relativas, que apontam a impossibilidade de cumprimento de metas fixadas no PNE em decorrências das alterações promovidas pela Emenda. Por todos, SILVA, Maria Vieira; EUGÊNIO, Ana Júlia; NEVES, Helen Corrêa Solis. Mutações da Face Social do Estado pela Emenda Constitucional 95 e seus Efeitos sobre as Políticas Educacionais. **FINEDUCA-Revista de Financiamento da Educação**, v. 10, 2020; e AMARAL, NELSON CARDOSO. Com a PEC 241/55 (EC 95) haverá prioridade para cumprir as metas do PNE (2014-2024)? **Revista Brasileira de Educação**, v. 22, 2017.

que impliquem aumento de investimentos, o que é, inclusive, fixado como meta do PNE<sup>373</sup>.

Em vista dos diversos efeitos gerados pelo conflito, há diversas ações no Supremo Tribunal Federal questionando as mudanças promovidas pela EC nº 95/2016<sup>374</sup>, ainda sem julgamento. Tão logo a Emenda foi promulgada, diversas entidades e partidos políticos questionaram o específico direcionamento estratégico, sustentado tão somente por uma determinada linha de política econômica, a pautar e se sobrepor às dinâmicas estabelecidas pelo constituinte, englobando todas as áreas de interesse constitucional de forma praticamente indiscriminada. Neste sentido que surgem ações como a ADI 5658, que questiona a validade da limitação de gastos com relação às áreas de saúde e educação, e a ADI 5734, que questiona especificamente a validade do artigo 110 do ADCT e pede que seja declarada a sua inconstitucionalidade.

Da mesma forma, há propostas de emendas constitucionais visando à revogação da EC nº 95/2016, com destaque para a PEC nº 439/18, que tramita na Câmara dos Deputados, e para a PEC nº 54/19, em trâmite no Senado Federal. Ambas as propostas, porém, têm por objeto a revogação total do Novo Regime Fiscal, englobando todos os seus efeitos sobre a gestão orçamentária. Ambas aguardam relatório nas respectivas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania.

Caso diferente é o da PEC nº 14/2018, proposta no Senado Federal, que busca uma alteração nas disposições estabelecidas pela EC nº 95/2016, retirando da incidência da limitação de gastos públicos aqueles relativos às áreas da “Saúde, Educação, Ciência e Tecnologia, Assistência Social, Saneamento, Meio Ambiente e Segurança Pública”, em claro intento de retirar do regime criado as áreas associadas à funções diretamente relacionadas a direitos fundamentais e às competências públicas relacionadas a eles. No mesmo sentido, propõe a revogação do artigo 110 do ADCT, de modo a reestabelecer a vinculação dos investimentos em educação à receita de impostos, restaurando a garantia em questão conforme delineada pelo constituinte.

373Conforme a meta 20 do PNE: “ampliar o investimento público em educação pública de forma a atingir, no mínimo, o patamar de 7% (sete por cento) do Produto Interno Bruto - PIB do País no 5º (quinto) ano de vigência desta Lei e, no mínimo, o equivalente a 10% (dez por cento) do PIB ao final do decênio.”

374Em especial a ADI 5658, com relatoria da Min. Rosa Weber, que questiona a incidência da Emenda em questão sobre os pisos de investimento em educação e saúde, ainda sem julgamento. Outras ações questionando a validade da Emenda são as ADIs 5633, 5643, 5680, 5715 e 5734.

Vislumbra-se neste último caso uma tentativa de adequar os mecanismos de política econômica inseridos na dinâmica constitucional aos alicerces do modelo político-institucional desenhado pelo constituinte. Da mesma maneira que as duas outras propostas, a PEC em questão aguarda relatório na CCJ do Senado.

Abordadas estas três problemáticas com relação ao desenho do financiamento da educação pelo texto constitucional, cabe apresentar um último aspecto que, se não se apresenta como solução a estes na mesma linha que outras garantias expressas estabelecidas no texto, refletem um dado da sistematicidade da Constituição a ser considerado. Neste sentido, a próxima seção finaliza o exame das garantias postas em meio a este segundo campo trabalhado, abordando o paralelismo entre o traçado do perfil do direito à educação básica e os deveres decorrentes do traçado de seu financiamento.

#### **7.2.3.4. O paralelismo entre o desenho constitucional da educação básica e o desenho de seu financiamento: base de garantias**

Como afirmado inicialmente, o desígnio constitucional de inclusão, enquanto faceta elementar do princípio da igualdade, possui dois pontos de contato com as camadas de garantias fixadas pelo desenho constitucional da educação. Com relação às garantias observadas a partir do desenho de seu financiamento na Constituição, é possível observar uma projeção destes dois pontos, de forma especial, que acabam por configurar este traçado como uma camada de garantias à inclusão.

No caso, portanto, para além do fato de que a essência dos direitos fundamentais sociais e sua garantia são, por meta republicana, processos inclusivos, cuja prioridade é expressa, o texto constitucional procura garantir, de forma específica, o resguardo de suporte econômico para que as políticas a serem realizadas abarquem grupos e camadas da sociedade que sejam sujeitas ou tenham tendência de estar sujeitas à situações de exclusão.

Neste sentido, um aspecto notável do traçado do financiamento da educação é justamente o fato de que este reproduz uma lógica marcante do contato entre o desígnio de inclusão com o desenho constitucional do direito à educação em geral: a aplicação da base de princípios que fundamenta a matéria – e, sobretudo, o



princípio da igualdade –, enquanto balizadora da ação dos poderes constituídos no desenvolvimento da (larga) base constitucional do tema.

Ações e interpretações, criações e aplicações do direito pelos poderes constituídos, no que se refere à gestão orçamentária, realização de políticas públicas e quaisquer outras atividades que tenham por base as balizas do financiamento da educação na Constituição orientam-se pelos limites e vínculos decorrentes da sistemática do núcleo de princípios em questão. Desenhos orçamentários, por exemplo, que acabem por macular o princípio da igualdade, gerar situações de exclusão e não abarcar esforços inclusivos acabam sendo, desta maneira, inconstitucionais. Isso é um fator marcante do primeiro ponto de contato entre a inclusão e desenho constitucional da educação e de seu financiamento, mas é crucial, sobretudo, no caso do segundo.

Se é certo, por um lado, que o texto constitucional realiza um desenho de conteúdo do direito à educação de forma a abarcar diversas expectativas e objetos, o traçado do financiamento da educação, por sua vez, não reproduz todos estes – nem é o caso que o faça. Não se ocupa de pormenorizar o traçado de garantias de financiamento de acordo com o específico desenho realizado no arrolamento de conteúdos que compõem a educação na Constituição, considerando sua previsão em meio às competências do Estado e às diversas relações jurídicas especificadas no texto. Não pode e nem cabe ao constituinte individualizar todos os possíveis casos de exclusão que afligem a sociedade brasileira em sua complexidade e diversidade. Ainda assim, de um modo geral, todos estes casos são aproximáveis às bases do arcabouço constitucional e seu teor normativo.

Deste modo, caberá aos poderes constituídos dar o devido desenvolvimento ao financiamento de educação, considerando tanto as bases estipuladas expressamente neste setor do texto constitucional, como, também, o traçado do perfil do próprio direito à educação, conforme este é disposto, enquanto balizador, pelo constituinte. Daí que, conforme elementos e temas são previstos enquanto componentes do direito à educação em seu desenho constitucional, devem eles serem contemplados pelo desenvolvimento infraconstitucional deste bloco de garantias. Isso impacta diretamente no financiamento da educação básica e sua estruturação de acordo com a Constituição.

Aqui opera a lógica sistemática que engloba o tratamento constitucional da educação – e, na verdade, todo o regime de direitos fundamentais. Por mais que a

Constituição não desdobre, de forma expressa, garantias orçamentárias a específicos elementos da educação – como, por exemplo, é o caso da educação indígena, sobre a qual especificidades são arroladas apenas no traçado de conteúdos contemplados dentro do perfil da educação brasileira, vinculando o desenvolvimento do tema –, é certo que estas devem resultar em efetivos reflexos no trabalho com os aspectos orçamentários da educação, por força, portanto, da própria sistematicidade que marca o ordenamento constitucional. É ela um importante dado lógico a estruturar os conteúdos e estruturas inerentes ao texto.

Deste modo, modelos orçamentários que não designem recursos para garantir a realização dos diversos conteúdos que compõem o perfil constitucional da educação no Brasil são sensivelmente inconstitucionais. Por mais que o desenho do financiamento da educação não preveja específicas menções a cada uma das particulares inclusões que dizem respeito à segunda camada de garantias à inclusão referida, são elas vinculantes ao tema e seu desenvolvimento. Por vezes, é questão de se avaliar caso a caso a adequação de medidas e regulamentações ao texto constitucional.

Neste sentido, a textualidade da Constituição não contempla, de forma expressa, a garantia de recursos financeiros a todos os diferentes estratos do perfil da educação. Ainda assim, não se pode falar em uma queda no nível de garantia, em comparação ao que existe com relação aos conteúdos que percorrem os mínimos constitucionais a serem assegurados com relação ao ensino e os objetivos fixados. As garantias de financiamento à educação são estipuladas na rabeira do desenho do perfil deste direito. São elas garantias à própria educação, conforme os conteúdos fixados nesta mesma seção do texto.

Desta maneira, portanto, cabe fazer uma leitura sistemática do perfil constitucional da educação, de modo a compreender o que preenche o conteúdo dos comandos e limites impostos pelo constituinte sobre os detentores de competências para ação e interpretação, criação e aplicação do direito orçamentário no que se refere à concretização do direito à educação. Isso ocorre, sobretudo, no que se refere à educação básica e sua natureza de camada essencial do direito fundamental em questão, considerado seu desenvolvimento normativo ao longo da história e das emendas constitucionais que alteraram a porção assim qualificada na dinâmica constitucional. O perfil das garantias constitucionais ao financiamento da educação foram, cada vez mais, direcionados à garantia de um mínimo essencial.

Essa falta de textualidade expressa no que se refere à específicas garantais, por um lado, é natural do próprio direito constitucional. Deve-se ter por referência que este tem como razão a orientação do direito em dado sentido vetorizador, pautando linhas de modo a definir objetivos, elementos e caminhos válidos, prioridades e, por vezes, limites. Isto é feito com objetivo de orientar a ação dos poderes constituídos, em maior contato com o campo da faticidade, o que lhes vocaciona para a aplicação e desenvolvimento deste plexo.

Dai que a Constituição, apesar de consolidar níveis elevados de garantia a expectativas e interesses consagrados pelo consenso, não é hábil a criar uma garantia total, seja horizontalmente, considerando a largura das matérias que ela abarca – que, por vezes, não possuem conteúdo delimitado de forma tão precisa –, seja verticalmente, considerando o grau das garantias que o direito é hábil e orientado a estabelecer. Todavia, certos processos permitem a inclusão normativa de determinadas situações como objeto de expressa proteção constitucional. Neste caso, consensos traduzem-se em suporte de aplicação normativa já desde o seu texto, pautando assim o ordenamento desde o nível constitucional.

É assim, portanto, que se explica a presença não exaustiva de específicas inclusões contempladas de forma expressa por garantias em meio ao desenho constitucional da educação. São elas referentes a exclusões ou tendências de exclusão identificadas pelo constituinte, de modo a estipular certos remédios hábeis a contornar possíveis barreiras que se apresentem no que diz respeito ao gozo do direito à educação.

Por outro lado, o traçado de garantias à educação na Constituição não é um processo que se esgota com sua promulgação, considerando o percurso histórico que a antecedeu e os processos de pleito e consolidação de agendas e projetos a triunfar e adentrar a ordem normativa máxima do país. Este, na verdade, é um processo que não possui um ponto final no tempo, consistindo em percurso tortuoso de erros, acertos e, sobretudo, aperfeiçoamentos e reforços. Isso está posto de forma evidente no que se refere ao financiamento da educação e seu desenho constitucional, que passou por um marcado percurso de evolução desde a promulgação do texto, com a evolução da política de fundos e os sistemas de subvinculações no centro deste processo. Revezes também marcam este trajeto, como o que se observa na EC 95/2016.

Esta mesma faceta evolutiva, considerando erros, acertos e modificações empreendidas, marca o desenvolvimento das garantias constitucionais pelos poderes constituídos, sobretudo tendo em vista o peso destes no que se refere às estruturas de financiamento da educação, para além do balizamento primário da Constituição. Por vezes, inadequados desdobramentos do desígnio de inclusão em meio ao financiamento da educação são corrigidos e reforçados. Exemplo evidente disto é o citado tratamento da EJA, excluída do FUNDEF quando de sua regulação por meio de Lei, e que foi objeto de um processo de desenvolvimento dentro da política de fundos elaborada a partir da Constituição, culminando em seu tratamento pela Lei do Novo FUNDEB.

Deste modo, é notável o fato de que o perfil normativo do direito à educação básica, tal como posto pelo constituinte, é a baliza mais significativa no sentido de orientar o exercício do poder no sentido dos objetivos postos para com o modelo político-institucional estabelecido e o direito fundamental em questão. Se diz isso justamente em razão de ser este delineamento a base sobre a qual todas as demais garantias e estruturas se desenvolvem. Essa criação do constituinte se mostra hábil a expor a dimensão do direito em questão, bem como sua vocação e sua importância, fornecendo importante base interpretativa. A inclusão de aspectos e expectativas, por ele, neste traçado, é a base a partir da qual se poderá cobrar dos poderes constituídos o alcance dos grupos excluídos pelo estatuto em questão.

Finaliza-se assim a exposição acerca do segundo grupo de garantias à inclusão em meio ao desenho constitucional do direito à educação básica, ou seja, aquele referente ao traçado de seu financiamento pelo texto. Ambos formam um plexo de disposições a abarcar importante núcleo referente ao regime constitucional de educação e suas posições de garantia à inclusão. Todavia, há um terceiro campo no qual são estabelecidas disposições de inclusão em educação, que é aquele referente às normas acerca do Plano Nacional de Educação. Este é, no caso, o tema da próxima seção.

#### **7.2.4. O Plano Nacional de Educação**

A previsão do Plano Nacional de Educação e de seu perfil básico pela Constituição, bem como a vinculação dos poderes constituídos no sentido de sua elaboração, acompanhamento e adoção enquanto paradigma de ação, consistem

em importantes garantias ao direito à educação e sua concretização. Mais do que isso, o PNE é delineado como um mecanismo próprio às bases específicas do modelo constitucional brasileiro de educação, reforçando os sentidos vetoriais que o pautam a partir do desígnio de inclusão. Este fator fica evidente a partir da análise da natureza e razão do PNE, conforme disposto pelo constituinte. Neste sentido, a criação do PNE é prevista pelo artigo 214 do texto constitucional. Estabelece o dispositivo em questão que:

Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a:

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - melhoria da qualidade do ensino;

IV - formação para o trabalho;

V - promoção humanística, científica e tecnológica do País.

VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

Observa-se que o texto estipula o PNE como instrumento essencialmente ligado à ponte entre o passado, o presente e o futuro que marca a Constituição de 1988. É ferramenta hábil a traçar caminhos e mobilizar recursos e possibilidades atuais para o alcance de metas estabelecidas, a partir da avaliação e consideração de falhas, desafios e lacunas. Neste sentido, o constituinte estipula a sua realização como dever do legislador infraconstitucional, de modo a criar um marco legal capaz de orientar os poderes públicos de todas as esferas federativas, em regime de cooperação.

A camada de garantias estabelecidas pelo PNE é voltada a direcionar os poderes constituídos no empreendimento de deliberação e criação de um marco para balizar o processo de elaboração, expansão e aprimoramento das políticas e ações de concretização do direito à educação. Neste sentido, tem o PNE a natureza de instrumento racionalizador dos esforços e caminhos a se percorrer para o

alcance do horizonte de conteúdos fixados como paradigmas para a educação. Desta maneira, fixa o constituinte, ao estabelecer o instrumento, um plexo de objetivos expressos, que operam como verdadeiros alicerces vinculantes à criação do plano. Previstos nos incisos do artigo em tela, são aquelas as bases das metas, objetivos e diretrizes que deverão permear diretamente o trabalho do legislador, vinculando portanto os poderes constituídos enquanto paradigma normativo a orientar ações e políticas.

No caso, a Constituição, em expressa ação delimitadora de prioridades e reforçadora do perfil dos esforços estatais para com a educação, arrola como bases do PNE a erradicação do analfabetismo, a universalização do atendimento escolar, a melhora na qualidade de ensino, a formação para o trabalho, a promoção humanística, científica e tecnológica do País e o estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto. Tal rol abriga não apenas uma antecipação do conteúdo de metas e objetivos a serem observados e guiarem o PNE, mas um apontamento de esforços prioritários no que se refere à educação nacional. É certo que são eles coerentes com outros objetivos e posições estabelecidas pelo constituinte em outros pontos do texto, desdobrando, sobretudo, a assunção do quadro de desigualdades sociais e econômicas feitas desde os princípios fundamentais.

É importante destacar que o artigo 214 e, sobretudo, o seu *caput*, foram objeto de modificação pelo constituinte derivado, de modo a ampliar o perfil normativo da vinculação estabelecida pela Constituição com a previsão do PNE enquanto instrumento de articulação do Sistema Nacional de Educação. A mudança promovida pela EC nº 59/2009, deste modo, robusteceu o papel o PNE, melhor demarcando sua função orientadora das políticas de educação e seu desenvolvimento. Além disso, foi inserido um novo pilar a orientar a criação do PNE, com a inclusão do inciso VI, que estipula a criação de meta de investimento em educação com relação ao valor do PIB.

Neste sentido de orientação de políticas e, mais do que isso, de esforços para a concretização constitucionalmente conduzida do direito à educação, é de se pôr em relevo que o texto fixa o PNE como uma ferramenta temporalmente demarcada. A Constituição estabelece sua duração decenal (a partir da EC nº 59/2009), o que reflete e condiz com o caráter construtor e evolutivo sobre o qual o regime do direito à educação se funda no texto constitucional. Tal caráter vincula a lógica da educação

em seus mais diversos desdobramentos, englobando a progressividade e suas balizas e também o seu financiamento. No caso, a natureza decenal implica em uma lógica cíclica, que permeia a política como um todo e ordena os esforços de elaboração e a lógica interna de funcionamento do PNE.

Deste modo, pautam-se a ação administrativa e a percepção política sobre o plano no sentido de esforços organizados com base em períodos predispostos, o que tende a racionalizar ações e esforços pela instituição de certa previsibilidade. Os dez anos previstos pelo constituinte são, por um lado, elemento limitador das ações dos poderes constituídos, porquanto estabeleça previamente um ciclo de ação e trabalho ao qual deverá ele se adequar. Por outro lado eles representam também uma plataforma de ação previamente posta, garantindo à sociedade um prazo razoável ao qual se pautar no que toca às suas expectativas, cobranças e fiscalização da ação estatal.

Deste panorama, é possível observar o PNE tanto como instrumento de planejamento, a partir da construção e materialização de estratégias que servirão de guias para a ação, bem como de controle e participação. A partir dele se possibilita o contato social com o percurso de concretização do direito à educação, considerando a pormenorização de princípios e objetivos que guiam sua lógica interna. É uma ferramenta que se apresenta diretamente ligada ao elemento de soberania popular típico do modelo republicano, tanto em razão de consistir em instrumento formal racionalizador da condução de políticas, hábil a possibilitar controle e fiscalização, quanto em razão dos conteúdos que o preenchem e direcionam, refletores do horizonte de valores constitucionalmente consagrados.

É neste sentido, considerados os aspectos levantados acerca do balizamento constitucional do PNE e sua natureza enquanto corolário do princípio republicano – enquanto instrumento de soberania e responsabilidade –, que percebe-se ser ele uma importante ferramenta desenhada em prol da inclusão na educação. Isso se afirma sobretudo em função do delineamento básico que a Constituição faz das metas principais que vinculam, acima de tudo, o PNE. São elas expressões de diversas das bases normativas que compõem o desígnio de inclusão, especificando processos em meio ao empreendimento de concretização do direito à educação conforme a Constituição.

No caso, estabelecer a criação do PNE e do SNE a partir deste plexo de objetivos – que se consubstanciam em verdadeiros princípios – tem, primeiramente,

para o intérprete do texto, um efeito demarcatório do peso que a inclusão possui no traçado constitucional da educação. É um reforço deste desígnio fixado em específico para o regime de tal direito, com a pauta dos esforços de concretização do direito fundamental em questão estabelecendo-os a partir de um viés progressivo e expansivo, à luz do que já foi trabalhado com relação aos objetivos constitucionais da educação. O diferencial, todavia, é a especificação promovida pela fixação constitucional direta de uma política orientadora da ação dos poderes constituídos. São o PNE e o SNE ferramentas cruciais ao desenvolvimento do direito à educação, tendo base a partir do texto constitucional.

Os objetivos que orientam os poderes constituídos na elaboração do PNE se traduzem em metas que, necessariamente, envolvem a expansão das redes, do atendimento, da permanência e do alcance da educação a todas as pessoas aptas a gozar do direito à educação. Neste sentido, fica evidente o papel que a demanda constitucional por um PNE pautado pelos objetivos que, a partir dali, o balizam tem no desenvolvimento do direito à educação, conforme o plexo axiológico constitucional que o orienta e, sobretudo, o desígnio de inclusão. A previsão da obrigação de criar e estabelecer o PNE como ferramenta orientadora é uma garantia efetiva de desenvolvimento deste plexo, especificado nos incisos do artigo 214.

É assim que, enquanto aspecto característico a pautar o princípio republicano brasileiro, se sobressai a inclusão enquanto elemento basilar da razão do PNE. Tomam seus objetivos por base os compromissos e vetores que pautam o texto constitucional no sentido da redução de desigualdades e correção de quadros de exclusão, situando o perfil que assume o mecanismo em uma posição que parte dos desafios considerados e assumidos pela Constituição. Daí a tendência de expansão do gozo da educação a partir da universalização do ensino, erradicação do analfabetismo e melhoria da sua qualidade, que são princípios que, fixados, partem de uma assunção de realidades para o apontamento de horizontes almejados. No mesmo sentido do que ocorre com os objetivos republicanos, o PNE é instrumento elaborado com a razão de se impor ante as exclusões que a república brasileira empreende erradicar, compondo sua dimensão estrutural.

A partir daí, se percebe que a inclusão, em meio ao PNE e sua previsão constitucional, ganha enfoque nas duas camadas onde há contato com o papel de garantia, a exemplo do que ocorre com as demais garantias à inclusão no traçado do direito à educação. No caso, o PNE se soma ao traçado de garantias à inclusão



pelo papel que possui enquanto garantia à concretização do direito à educação, nos moldes estabelecidos pelo regime axiológico da Constituição. Não é por outro motivo que possui como princípio e meta a erradicação do analfabetismo, a universalização do ensino, o alcance de padrão de qualidade etc. Todavia, para além disso, o PNE deve incorporar específicos processos de inclusão, a contrapor situações de exclusão ou de tendência à exclusão, considerando as especiais medidas hábeis a contornar barreiras impostas.

Estas duas camadas de contato com a inclusão são aferíveis em um simples olhar pra o próprio PNE vigente. Suas metas, orientadas a partir do arcabouço constitucional e seus aspectos balizadores, abarcam a primeira camada porquanto se orientem a partir da expansão e universalização do ensino, de modo que sua oferta alcance camadas da sociedade que se encontrem excluídas do gozo do direito em tela conforme seu perfil mínimo essencial. O mesmo cabe dizer com relação à qualidade. Ainda que existam maiores complexidades no que se refere à sua concepção, cabe ao PNE e ao SNE adentrarem esta problemática, atingindo vias de aferição e persecução de tais padrões. Por outro lado, os próprios PNEs acabam por abarcar a segunda camada de contato com a inclusão, estabelecendo metas que envolvem a inclusão de grupos específicos da sociedade.<sup>375</sup>

A segunda camada de contato com a inclusão, à luz do que ocorre com o traçado de financiamento da educação, existe em decorrência da vinculação sistemática das garantias – apontada na seção anterior – que permeiam o traçado do direito à educação – sobretudo no que diz respeito ao delineamento de seu conteúdo – e recai sobre o regime do PNE. No caso, o arcabouço dedicado à educação preenche o fluxo de comandos normativos veiculados quando da fixação de dever de criação da ferramenta em questão.

Deste modo, não cabe pensar no desenho de um plano nacional, a traçar metas e diretrizes, sem observação dos objetivos que pautam a educação enquanto direito fundamental a ser prestado com ampla participação dos poderes públicos, e nem do próprio conteúdo fixado em meio ao delineamento do perfil de tal direito. No

375 Exemplos típicos são a meta 4, que estipula “universalizar, para a população de 4 (quatro) a 17 (dezesete) anos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, o acesso à educação básica e ao atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino, com a garantia de sistema educacional inclusivo, de salas de recursos multifuncionais, classes, escolas ou serviços especializados, públicos ou conveniados”; bem como as estratégias 2.6, 2.10, 3.7, 4.3, entre outras, referentes à universalização das diferentes etapas do ensino para indígenas e quilombolas, à título de exemplo.

caso, deve o PNE abarcar, por exemplo, aspectos relativos à educação de índios e quilombolas, à EJA, à educação de pessoas com deficiência, entre outros específicos processos de inclusão a serem empreendidos, sejam eles expressamente resguardados pelo constituinte a partir de garantias específicas, seja por força do dever geral de inclusão que vincula os poderes constituídos.

O perfil de garantias que apresenta a previsão e o traçado basilar do PNE pelo constituinte denota algumas características que são, em certa medida, inerentes às garantias constitucionais. Por um lado, é fixada uma vinculação dos poderes constituídos e demais sujeitos ao direito constitucional, pautando ação e omissão em função de um plexo de conteúdos específicos, que coliga-os ao empreendimento de inclusão que marca a república brasileira. Por outro lado, essa vinculação encontra limites, a depender de fatores como a amplitude de normatividade impressa no texto, a margem de atuação detida pelos poderes vinculados a partir da divisão de papéis normatizadores e o perfil próprio das camadas de garantias fixadas pelo constituinte.

Daí decorrem certas problemáticas, em geral conexas a essa limitação – natural ao direito constitucional –, que apesar de prever o modelo e o papel do plano, não desce em determinadas garantias, a serem incorporadas às estratégias e às metas. Nesse sentido, desafios relativos aos esforços de elaboração e execução dos planos se apresentam, por vezes, como fatos inerentes à limitação da camada constitucional de garantias. Esses problemas existem e são amplamente debatidos (inclusive, sendo tal debate possibilitado pela própria existência dos planos, que é garantida pela Constituição), mas aprofundar nas problemáticas específicas dos PNEs não é o foco desta dissertação. Todavia, cabem apontar certos efeitos do perfil constitucional do PNE, a refletir em seus desdobramentos infraconstitucionais.

Um traço que marca a base constitucional do PNE é a falta de previsão, pela Constituição, de punições ou modelo punitivo específico para o descumprimento das metas. Esse aspecto não é previsto no suporte normativo constitucional ao PNE, sendo tímido no próprio plano atual e no anterior. No caso, o modelo de garantias soerguido contrasta, por exemplo, com aquele estabelecido para a fixação do investimento mínimo em educação, cujo descumprimento acarreta a possibilidade de intervenção federal ou estadual. Da mesma forma ocorre com a garantia do ensino básico, cujo não oferecimento ou oferta irregular acarreta responsabilidade da autoridade competente, por expressa disposição constitucional. Decerto, cabe

avaliar que essa falta de garantia expressa pode prejudicar, em alguma medida, o alcance das metas – o PNE 2001-2010 não viu atingimento de metas, e o PNE atual tem várias metas a caminho do não alcance.<sup>376</sup>

Todavia, há que se considerar que a falta de garantia sancionatória desde o texto constitucional, de seu lado, acaba por concorrer para a caracterização do próprio perfil de garantia institucional que possui o PNE. Ou seja, é inerente à própria natureza do plano, que é previsto como uma garantia ao estabelecimento de metas e tracejo de estratégias enquanto exercício deliberativo, o que permite o acompanhamento público e coloca as políticas de educação no debate democrático. Para além disso, conforme exposto, a garantia constitucional em questão é voltada a direcionar os poderes constituídos na criação de um modelo racionalizador do necessário processo (sustentado no próprio ordenamento constitucional) de elaboração, expansão e aprimoramento das políticas e ações de concretização do direito à educação.

Decerto, o não estabelecimento de sanções ou indicação de modelo sancionatório pelo constituinte não implica na impossibilidade de se estabelecer um dado regime, a acompanhar as metas, diretrizes, objetivos e estratégias, quando da criação dos planos. No caso, o próprio PNE 2014/2024, em sua estratégia 20.11, aponta para a criação de uma Lei de Responsabilidade Educacional, a qual, apesar de o texto do PNE em questão não definir exatamente, é objeto do PL nº 7.420/2006, da Câmara dos Deputados, que procura estabelecer critérios para aferir a adoção e o desenvolvimento de ações e políticas públicas para a educação básica, pelos gestores, de modo a permitir a responsabilização para o caso de inércia ou regressão no padrão realizado.

Neste sentido, verifica-se que o PNE é uma previsão constitucional hábil a delinear uma verdadeira garantia institucional de planejamento e deliberação, tendente a fomentar debate e fiscalização democrática sobre metas e ações a serem empreendidas pelos poderes públicos. Seu escopo de garantia constitucional se dá no sentido de estabelecer uma plataforma voltada à orientação e movimentação das políticas em questão, de modo a internalizar, no cerne da agenda normativa posta pelo texto da Constituição, um processo de avaliação, assimilação e evolução da

<sup>376</sup>Neste sentido, conforme DOURADO, Luiz Fernandes. A institucionalização do sistema nacional de educação e o plano nacional de educação: proposições e disputas. **Educação & Sociedade**, v. 39, p. 477-498, 2018; e AMARAL, NELSON CARDOSO. Com a PEC 241/55 (EC 95) haverá prioridade para cumprir as metas do PNE (2014-2024)? **Revista Brasileira de Educação**, v. 22, 2017.

educação nacional. Novos instrumentos, diretrizes e institutos são desenvolvidos frente aos desafios e situações que se colocam diante do modelo republicano brasileiro, seus objetivos e fundamentos.

Com tal exposição acerca do PNE, fecha-se uma tríade de campos em meio aos quais o constituinte estabelece garantias às inclusões a partir do desenho constitucional educação. Nos três casos, busca o texto constitucional resguardar, antes de tudo, temas e bases de estruturas de modo a orientar os poderes constituídos, limitando a margem de ação no exercício das competências estatais. Tais limitações acabam por prestigiar um dado modelo de educação e, sobretudo, de sua estrutura institucional, à luz das diversas exclusões que marcam o país e demandam, portanto, o posicionamento deste direito de modo a, conforme estabelece o princípio republicano, impor enfrentamento a elas.

## Considerações finais

O modelo republicano brasileiro, desenhado a partir da Constituição, é decorrência dos processos históricos de evolução política, econômica e, principalmente, social, que marcam a sociedade brasileira. É, assim, um encontro dos anseios, vontades e valores que, dado o contexto, marcam os consensos e traduzem interesses do povo do país. Tais expressões, apuradas em procedimento normatizante, são fixadas no âmago do ordenamento jurídico de modo a pautar os limites e exercício do poder, delineando, por sobre os traços marcantes que performam os cânones da república, um princípio jurídico de caráter basilar.

O princípio republicano da Constituição de 1988 é uma norma posta a abrigar as razões primordiais que balizam o poder organizado e orientam o Estado no sentido de um horizonte estabelecido em expressão de soberania popular. Encontra suporte a partir das diversas normas que, em assumida pretensão de ordenar em caráter fundamental, fornecem as bases para identificar os critérios de validade primordiais às diversas instâncias de poder, seja em relação à esfera pública, seja em relação à ação dos particulares.

No que se refere à inclusão, é certo que, neste processo de elaboração de uma expressão e modelo republicano que sejam próprios do Brasil e das pactuações de sua sociedade, são estabelecidos dois pontos primordiais. O primeiro é o desenho de um *locus* ideal de estados, bens, posições e valores consagrados, postos como objetivos de alcance pela sociedade e pela ordem normativo-institucional. O segundo é o delineamento de bases e estruturas de uma institucionalidade que permeia o Estado e contata os demais jurisdicionados, bem como de uma ordem jurídica e seus meandros, hábeis no sentido de uma atuação em prol da inserção das camadas do povo que se situam fora de tal *locus* para dentro dele.

A Constituição tem seu texto pautado a partir da própria faticidade que marca o país. As diversas exclusões, as camadas de pessoas vivendo em situação de pobreza, as desigualdades inconstitucionais e, no todo, o conjunto de males que afetam a condição humana no Brasil são alçados para o âmbito das bases que marcam o sistema normativo e dão forma ao poder delineado. Assim, verifica-se no texto constitucional, mais especificamente no entrelace entre o fundamento constitucional da dignidade humana e o modelo de igualdade posto desde os seus

objetivos fundamentais, a base para o desenho de um ideal republicano pautado por direitos e deveres de inclusão. Estes têm nos direitos fundamentais realizados em seus graus mínimos essenciais suas balizas primárias, a compor paradigma ao qual devem ser inseridos aqueles que, de seu gozo, se encontram excluídos. Em muitos aspectos, infelizmente, esta é a realidade de grandes parcelas do povo do Brasil.

Neste sentido, pauta-se, a partir deste cerne de valores e interesses – que demarcam a dimensão axiológica do princípio republicano –, a regulação do exercício do poder, sua legitimação, seus limites e, sobretudo, os deveres postos. A garantia de direitos fundamentais como fim não é noção que baste para expor a essência do modelo republicano brasileiro, tal como ocorre a partir de diversas Constituições mundo afora. O texto constitucional de 1988 e sua normatividade vão no sentido de estabelecer uma vetorização do poder baseada na centralidade da pessoa e da efetivação dos direitos fundamentais. No caso, a inclusão enquanto desígnio, dadas as diversas exclusões que marcam a faticidade do Brasil, é o elemento posto em destaque.

Muito mais do que traço axiológico, a inclusão, enquanto núcleo do ideal republicano brasileiro, tem camadas de substancialidade normativa, sustentadas por diversas garantias postas ao longo do texto. Estas, de seu turno, vinculam os atores sociais e, sobretudo, o Estado, no sentido de ações em diferentes níveis. Seja como limites ou como prestações, a Constituição dota o elemento inclusivo do princípio republicano brasileiro de peso, a partir da construção de camadas de garantia, erguendo verdadeira malha a sustentar a posição almejada à condição da pessoa humana como razão do exercício do poder e do ordenamento jurídico.

Ao representar ponto de contato entre a valorização da dignidade humana – com consideração sobre o conseqüente regime de direitos fundamentais – e o modelo dado ao princípio da igualdade, trabalhar a inclusão acarreta um necessário olhar sobre o parâmetro do mínimo essencial. A inclusão surge desse amálgama de princípios. Sua normatividade se perfaz pelas estruturas normativas dos próprios direitos que, conforme são desenvolvidos e postos em meio ao ordenamento, acarretam efeitos à inclusão e seu alcance. Deste modo, o núcleo axiológico da Constituição, orientado à inclusão, se concretiza não apenas pelo mero alcance dos direitos fundamentais, mas, no caso, pelo alcance do mínimo essencial e, no que é caro para o modelo republicano brasileiro, sua extensão para aquelas pessoas que são sistematicamente excluídas de seu gozo.

Fato é que a ação do constituinte, pautada pelos processos políticos que culminam no texto elaborado e seus respectivos graus de desenvolvimento, reflete tais trajetórias e avanços nas próprias camadas de garantias estabelecidas. Estas se embrenham em meio ao traçado institucional, definindo relações jurídicas, direitos e deveres e, deste modo, centralizando os consensos acerca das diversas exclusões que marcam o Brasil enquanto balizas a orientar a república brasileira desde sua dimensão normativa. Deste modo, avança sobre áreas do texto que, conforme seu alto grau de importância, recebem enfoque e desenvolvimento notáveis nesta seara.

Neste sentido, o caso do direito fundamental à educação e sua relação com a inclusão não é único, porém é paradigmático. Dada a correlação funcional e axiológica que a educação possui com os valores e fins mais altos estabelecidos e, para além disso, a trajetória e os graus de consenso acerca de modelos a serem consagrados em seu desenho, é certo que a educação ocupa papel crucial no que se refere à inclusão. É direito que acompanha a pessoa pelo menos durante toda a fase inicial de sua vida e tem por razão prepará-la para o seu seguimento, nutrindo a cidadania e sustentando indivíduos hábeis a viver no coletivo e atingir sua realização própria como pessoa.

Todavia, diante da faticidade que orienta as facetas constitucionais elaboradas, a educação é direito que, sistematicamente, é violado e não realizado. As diversas exclusões que marcam a educação brasileira representam um ponto de alta gravidade para o constituinte, o que reflete no desenho que este faz dela. Por sua natureza enquanto direito fundamental de largo escopo e pela essencialidade que possui para a proteção da pessoa, seu perfil normativo e o aparato institucional que o circunda são focos de diversas garantias à inclusão. Deste modo, o texto constitucional contempla a educação tanto como motor de inclusões, quanto como campo no qual devem ocorrer tais processos. No primeiro caso, considera a especial aptidão que tem ela enquanto sustentáculo de estruturas a nível da pessoa, garantindo autonomia e capacidade para acesso a locais que, em sua falta, serão inalcançáveis. No segundo caso, o texto foca os próprios défices e inúmeras barreiras colocadas diante de pessoas e grupos que não têm o acesso a este direito em seu padrão mínimo constitucionalmente exigido.

Diversas garantias são estabelecidas, moldando a natureza da educação, o seu conteúdo enquanto direito e o necessário traçado institucional para a sua realização. Neste sentido, os deveres estabelecidos desde o mais alto patamar do

ordenamento buscam assegurar uma transformação fática, a contrastar com o histórico de desigualdades e exclusões que marcam o país e, em especial, o universo deste direito fundamental. Esta complexidade remete àquela outra que é típica das exclusões, ou seja, aquela a caracterizá-las enquanto problemáticas de cunho sistemático, entrelaçadas e interdependentes. Assim, passa o texto constitucional a estabelecer um complexo sistema de vinculações normativas e de fundação de instituições, dando forma a um modelo de educação de caráter inclusivo, balizador do papel do Estado e conformador da própria ação e expectativas dos particulares.

No caso, as camadas de garantias postas concebem a natureza social do direito à educação e o papel do poder público em sua realização, trabalhando o modelo de seu financiamento desde o plano do texto constitucional e lhe conferindo diversas garantias para além daquelas inerentes ao regime específico dos direitos fundamentais. Neste âmbito, o planejamento, a política de metas e a fiscalização abraçados no PNE consistem, ainda, em outro patamar garantidor e prestigiador da trilha que o constituinte almeja para a educação, estabelecendo na Constituição um esqueleto certamente largo e expandido do que deverá ser a prestação deste direito fundamental.

A educação, como posta no texto constitucional, compõe um modelo que, a partir de seu perfil, do conteúdo trabalhado e considerada a malha de garantias estabelecida, busca refletir o cerne do próprio ideal republicano brasileiro. As relações postas em meio a este traçado orientam os atores e entes constitucionalmente vinculados neste sentido: contribuir com um modelo de educação inclusivo e promotor de inclusões, estabelecido em suas bases desde a Constituição, a compor um projeto de sociedade que, para além de refletir os anseios e posições estabelecidas a partir da própria soberania, funda um panorama republicano voltado para uma certa visão de futuro, estipulando as vias e vínculos para seu alcance conforme balizas que se colocam desde sua própria Lei maior.

A sustentação da inclusão em meio as estruturas e bases do direito à educação, todavia, não é estanque. À luz da natureza dinâmica do próprio perfil do princípio da igualdade da Constituição de 1988, o texto vem passando, desde a sua promulgação – e, sobretudo, nas últimas duas décadas –, por um processo de evolução, com o alargamento das camadas de garantias à inclusão e o avanço no grau de exigência da atuação estatal – o que se dá, ainda, para as ações e limites



impostos a outros atores. A malha de garantias é desenvolvida e acrescida de novos aspectos, tais como se viu em relação ao FUNDEB e o próprio PNE, frutos de pactuações realizadas ao longo da vigência da Constituição.

Assim, à luz do que a própria faticidade dos consensos acerca da inclusão acarreta, o direito posto acaba absorvendo o traço evolutivo apresentado, colocando-se a orientar uma transformação, partindo de sua própria adaptação às exigências que são colocadas desde o cerne de seu núcleo de princípios conformadores. A inclusão, no texto constitucional, comporta processo evolutivo em constante diálogo com a percepção feita acerca da faticidade que rodeia o direito, em contínuo exercício da soberania popular. Os valores e bases que conformam o princípio republicano, neste sentido, encetam um modelo político-institucional apto a permitir desenvolvimento, correção de rumos e seguimento de suas próprias estruturas materializadoras.

No caso da educação, a inclusão é elemento que se coloca no cerne não apenas da prestação deste direito enquanto política pública, mas de sua própria natureza em meio ao modelo republicano estabelecido na Constituição. Assegurar um traçado que faça jus a este desígnio é o desafio posto ao constituinte derivado, de modo a manter o plexo axiológico que conforma o ideal republicano enquanto possibilite evolução no perfil e eficácia das garantias colocadas. A inclusão, no caso, é objetivo cujo alcance demanda processo que perpassa diversas fases, com peculiaridades e especiais linhas de ação. Há sempre o risco de exclusões novas e diferentes se apresentarem, a requerer medidas originais. Neste contexto, a Constituição segue enquanto baliza a conter as ameaças ao modelo de educação definido e o seu alcance, sendo crucial manter atenção para os rumos pelos quais seu texto toma e os novos horizontes que estão a se estabelecer.

De todo o panorama exposto, é importante observar que, se a Constituição busca desenhar um modelo de garantia de direitos – e, em especial, de educação – pautado pelo desígnio de inclusão e, se sua própria normatividade é aberta a um processo evolutivo de percepção de novos consensos acerca de novas exclusões, de modo a possibilitar que se ergam novas garantias, há um outro lado que marca a lógica constitucional. No caso, é relevante observar que é ela, também, alvo de disputas a impor movimentos opostos, no sentido do desmonte de garantias antes estabilizadas em seu texto. Este é um processo que se põe a prejudicar, portanto, o próprio ideal republicano estabelecido desde a promulgação do texto.

Deste modo, cabe compreender a Constituição de 1988 enquanto um campo de conflitos, onde se tem, por um lado, um texto posto – texto esse que é baseado em valores, interesses e consensos que traduzem anseios e vontades de expressão pelo povo ou, ao menos, significativas parcelas deste. Isso se observa até em comparação ao passado constitucional do Brasil. Neste sentido, é possível observar no texto constitucional a entrada de diversos elementos de interesse do povo, bases de interesse público positivado, que antes estavam à margem da institucionalidade: eram elementos de um Brasil real que não entrava no desenho normativo-institucional do país, nos modelos a pautar o poder de forma oficial. Não eram prestigiados.

Por outro lado, o texto constitucional, em que pese sua verve marcadamente mais próxima dos interesses e anseios populares, ainda é um modelo de estruturação normativa do poder, no qual se estabelece sua legitimação. Assim, será ele naturalmente um objeto de disputa por setores que concebem que o exercício desse poder deva se dar de forma diferente ao que está nele efetivamente positivado. Daí, por mais que exista uma base normativa a ordenar conteúdos de interesse público e estruturar o poder no sentido deste, não se apagam outras concepções de mundo, de poder e de país, contrárias ao que é posto no texto constitucional, ainda que em diferentes medidas. Estas buscam se fazer prevaletentes na própria ordem normativa.

É a partir deste ponto que se inserem as diversas modificações feitas ao texto da Constituição. Estas, ao cabo, alteraram camadas do seu desenho, por vezes modificando e até minando garantias estabelecidas. Ainda que em diversas intensidades, esses avanços sobre o texto posto e suas dinâmicas se mostram verdadeiros empreendimentos para reduzir a materialidade que a Constituição dá a certos valores e bases suas, a partir das estruturas postas. O grande exemplo recente aqui trabalho é a Emenda Constitucional nº 95, que estabelece um “teto de gastos” públicos: se por um lado, esta se propõe a de algum modo sanear o orçamento público e balizar a forma pela qual o Estado efetua despesas, seu resultado é um prejuízo direto na capacidade do Estado para garantir uma expansão nos esforços relativos ao direito fundamental à educação – e, para além disso, a todos os direitos fundamentais, atingindo inclusive aqueles que não têm o nível de importância que expressamente o texto dá à educação e as consequentes camadas de garantia que este possui.

Este é um dado que impõe um sentido de alerta, porquanto possa trazer os graves riscos de desfiguração do sistema protetivo constitucional, com a alteração das balizas que orientam o exercício do poder pela dissolução de camadas de garantia. O grave resultado de uma alteração radical neste sentido é a incapacidade de o modelo institucional estabelecido de fazer prestígio às razões que legitimam e orientam o poder político. Caindo as estruturas postas pelo constituinte para desenvolver seu modelo de república, caem os próprios valores que pautam o modelo posto e legitimam sua existência.

A Constituição, desde o cerne axiológico do princípio republicano que a orienta, se coloca como um campo de disputas a absorver e se estruturar a partir do conflito, não ficando alheia a este como outros textos constitucionais ficaram. Isso se dá, justamente, porque abraça-o, reconhecendo vicissitudes presentes na sociedade por ele geradas: parte de um reconhecimento da exclusão, da pobreza, das desigualdades, do racismo etc. que marcam o Brasil. A partir daí, o texto abraça esses conflitos, balizando seu princípio republicano no sentido do enfrentamento destas problemáticas.

A questão é que, ao abraçar o conflito, a Constituição de 1988 se estabelece enquanto campo de tensões e dissensos, a partir do qual poderes são sopesados e, assim, fica demarcada enquanto objeto de disputas. De fato, isso ocorre a partir do momento em que sua normatividade passa a abarcar com mais força os interesses de maiores camadas do Brasil real. Sendo ela uma normatividade reconhecida como legítima e legitimadora, passa a ser disputada pelos diferentes atores que permeiam a faticidade do Brasil, e mais, a disputar o poder para diferentes projetos e visões. É daí que, para muitos setores, se o texto constitucional não legitima as visões que eles têm do poder, busca-se alterar o texto – ainda que, em alguma medida, o texto não permita. Se tem, assim, um direito constitucional sendo constantemente estendido, tensionado.

O que se tem, então, é uma república que centraliza e demanda as diversas inclusões diante de um quadro de múltiplas exclusões abarcadas por sua própria textualidade constitucional, reconhecendo e elegendo os processos para sua superação, enquanto desafios centrais de nosso modelo político-institucional. É assim que, por fim, cabe aqui resgatar o elemento crucial da república enquanto conceito de contraposição entre o idealizado e concreto. A república brasileira, como desenhada e estruturada pela Constituição, não é um modelo de governo

consagrado e concretizado. A própria natureza do desígnio fundamental que a caracteriza e aqui destacamos é o seu viés de passagem: busca-se incluir pois há exclusão. Neste sentido, o estatuto de dignidade por ela estabelecido é, para muitas camadas da sociedade, ainda uma realidade distante.

Se, por um lado, a constituição busca que o poder seja exercido de modo a incluir e erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades, acabar com a marginalidade etc; por outro lado há um constante desafio, diário, de que o poder assim seja, de fato, exercido. Em muito, a contemporaneidade nos mostra que é possível observar um Brasil que, desde a promulgação do texto e a concretização de suas estruturas, evoluiu não apenas noções e consensos acerca do que é adequado ao ser humano, mas avançou no sentido de diversas inclusões ali demandadas. Deste modo, em alguma medida, o Brasil já alcançou camadas da república idealizada no texto. Todavia, as diversas camadas da sociedade ainda marginalizadas, excluídas do estatuto de dignidade desenhado ou, ainda, sob este constante risco, deixam patente que, em muito, ainda falta para que se alcance esse ideal republicano estabelecido no texto constitucional.

## Referências

- AGRA, Walber Moura. **Republicanism**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- AFONSO DA SILVA, José. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª. 2ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- AFONSO DA SILVA, José. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- AFONSO DA SILVA, José. **O constitucionalismo brasileiro**: evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. **Ratio juris**, v. 16, n. 2, 2003.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro, Pólen, 2019.
- AMARAL, NELSON CARDOSO. Com a PEC 241/55 (EC 95) haverá prioridade para cumprir as metas do PNE (2014-2024)? **Revista Brasileira de Educação**, v. 22, 2017.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; MAIA, Maurício. Direito à educação: a matrícula da pessoa com deficiência intelectual na rede regular de ensino. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 16, n. 2, p. 73-100, 2015.
- ARAUJO, Luiz Alberto David; MAUÉS, Antonio Moreira. Linguagem, Constituição e lei: a Constituição da República Federativa do Brasil. **RIHJ**, p. 63, 2016.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. atual. de Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19ª. São Paulo: Malheiros, 2019.
- ÁVILA, Virgínia Pereira da Silva de. **História do ensino primário rural em São Paulo e Santa Catarina (1921-1952)**: uma abordagem comparada. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013.
- AVRITZER, Leonardo. O novo constitucionalismo latino-americano: uma abordagem política. In: AVRITZER, Leonardo et al. (org.). **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**: soberania, separação de poderes e sistema de direitos. São Paulo: Autêntica, 2017. Versão Kindle.

BAILYN, Bernard. **The ideological origins of american revolution**. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Princípios constitucionais no Estado Democrático de Direito**. Um estudo de caso: reflexões sobre o direito do trabalho e o sistema constitucional. 1. ed. Createspace, 2014.

BARROS, José D.'Assunção. Leitura sobre Igualdade: considerações sobre as oscilações de um conceito na perspectiva de alguns autores do século XVII ao XX. **Revista Debates**, v. 7, n. 2, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista da Emerj**, v. 4, n. 15, 2001. Pgs. 46-47.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático ou neoconstitucionalismo como ideologia vitoriosa do século XX. **Revista Publicum**, v. 4, n. 14, p. 4, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luis Roberto; DE BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de direito administrativo**, v. 232, p. 141-176, 2003.

BASSI, Marcos Edgar; VERÇOSA, Pelegrino Santos. O financiamento da educação básica no estado do Acre/Br: um estudo da vinculação da receita de impostos. **Revista on line de Política e Gestão Educacional**, 2017.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades regionais, estado e constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BIGNOTTO, Newton. **Matrizes do republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Versão Kindle.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo na história do pensamento político**. Trad. Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2017.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: A filosofia política e as lições dos clássicos. Michelangelo Bovero (org.). Trad. Daniela Beccaccia Versiani. 1. ed. 38<sup>a</sup> Reimpressão. Rio de Janeiro: Atlas, 2021.

BOBBIO, Norberto. Verberte "Democracia". *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

BOBBIO, Norberto. Verbetes “Governo Misto”. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

BOBBIO, Norberto; VIROLI, Maurizio. **Diálogo em torno da República**: os grandes temas da política e da cidadania. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República**: livro primeiro. Tradução: José Ignacio Coelho Mendes Neto. São Paulo: Ícone, 2011.

BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “O Círculo e a Linha. Da «liberdade dos antigos» à «liberdade dos modernos» na teoria republicana dos direitos fundamentais”, **Revista de História das Ideias**, vol. 9. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

CARDOSO, Sérgio. Por que República? Notas sobre o ideário democrático e republicano. *In*: CARDOSO, Sérgio (org.) **Retorno ao republicanismo**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y Lenguaje**. Buenos Aires: Editora Abeledo-Perrot, 1990.

CARRIÓ, Genaro. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. Buenos Aires: Editora Abeledo-Perrot, 1970.

CARVALHO, Marcelo Pagliosa. O financiamento da EJA no Brasil: repercussões iniciais do FUNDEB. **Revista Brasileira de Política e Administração da Educação**, v. 30, n. 3, 2014.

CASTRO, Jorge Abrahão de. Financiamento da educação no Brasil. **Em aberto**, v. 18, n. 74, 2001.

CASTRO, Jorge Abrahão de. Financiamento da educação pública no Brasil: evolução dos gastos. *In*: OLIVEIRA, Romualdo Portela; SANTANA, Wagner (Org.). **Educação e federalismo no Brasil**: combater as desigualdades, garantir a diversidade. Brasília: UNESCO, 2010.

CÍCERO, Marco Túlio. **Da República**.

CLAUDE, Richard Pierre. Direito à educação e educação para os direitos humanos. *Sur*. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 2, p. 36-63, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Ações afirmativas, justiça e igualdade. **Revista Digital de Direito Administrativo**, v. 3, n. 3, p. 542-557, 2016.

CRUZ, Paulo Márcio; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. O princípio republicano: aportes para um entendimento sobre o interesse da maioria. **Revista de estudos constitucionais**, hermenêutica e teoria do direito, v. 1, n. 1, 2009.

CURY, Carlos Roberto Jamil. A educação escolar, a exclusão e seus destinatários. **Educação em Revista**, n. 48, p. 205-222, 2008.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença. **Cadernos de pesquisa**, n. 116, p. 245-262, 2002.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Educação e direito. **Enciclopédia de filosofia da educação on line**. Disponível em [https://inforum.insite.com.br/arquivos/652/Educacao\\_e\\_Direito\\_-\\_JAMIL.doc](https://inforum.insite.com.br/arquivos/652/Educacao_e_Direito_-_JAMIL.doc). Acesso em 11/10/2021.

CURY, Carlos Roberto Jamil. Estado e políticas de financiamento em educação. **Educação & Sociedade**, v. 28, 2007.

CURY, Carlos Roberto Jamil; FERREIRA, Luiz Antonio Miguel. Obrigatoriedade da educação das crianças e adolescentes: uma questão de oferta ou de efetivo atendimento?. **Nuances: estudos sobre Educação**, v. 17, n. 18, 2010.

DE VICENTE, Vinicius Renan Rigolin; RAMOS, Carlos Vinicius; DA SILVA MOREIRA, Jani Alves. O financiamento da Educação Básica no Brasil: em discussão a vinculação de recursos. **Revista tempos e espaços em Educação**, p. 219-234, 2015.

DOURADO, Luiz Fernandes. A institucionalização do sistema nacional de educação e o plano nacional de educação: proposições e disputas. **Educação & Sociedade**, v. 39, p. 477-498, 2018.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito público subjetivo e políticas educacionais. **São Paulo em perspectiva**, v. 18, p. 113-118, 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª Edição, 2ª tiragem. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. El constitucionalismo entre principios y reglas. **DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, V. 35, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In* STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle.

FERRAJOLI, Luigi. **Iura Paria: los fundamentos de la democracia constitucional**. Trad. Andrea Greppi. Madri: Ediorial Trotta, 2020. Versão Kindle.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 1: Teoría del derecho**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Trotta, 2011.



FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia n. 2: Teoría de la democracia**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo más allá del Estado**. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2018.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: Experiencias históricas y tendencias actuales**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

GALLO, Rodrigo Fernando. A teoria das formas de governo na Antiguidade. **Rónai – Revista de Estudos Clássicos e Tradutórios**, v. 1, n. 2, 2013.

GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Buenos Aires: Katz editores, 2015.

GARGARELLA, Roberto. Sobre el “Nuevo constitucionalismo latinoamericano”. **Revista Uruguaya de Ciencia Política**, v. 27, n. 1, 2018.

HÄBERLE, Peter. Novos Horizontes e Novos Desafios do Constitucionalismo. **Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, n. 13, jul./ago. 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade, volume I**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre faticidade e validade, volume II**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Anuário Estatístico do Brasil**, Rio de Janeiro: IBGE, 1990.

IPEA; PNUD. **Relatório sobre o desenvolvimento humano no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA; Brasília: PNUD, 1996.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua: um projeto filosófico**. Editora Vozes, 2020.

HOVELER JR, J. David. Original Intent and the Politics of Republicanism. **Marq. L. Rev.**, v. 75, p. 863, 1991.

LIMONGI, Fernando; OLIVEIRA, Juliana de Souza; SCHMITT, Stefanie Tomé. Sufrágio universal, mas... só para homens. O voto feminino no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**, v. 27, 2020.

LOVETT, Frank; PETTIT, Philip. Neorepublicanism: a normative and institutional research program. **Annual review of political science**, v. 12, 2009.

LOVETT, Frank. Republicanism. *In: The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer edition. Stanford: 2018.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Dimensiones de la igualdad**. 2. ed. Madrid: Librería-Editorial Dykinson, 2007.

MATTEUCCI, Nicola. Verbete “Contratualismo”. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

MATTEUCCI, Nicola. Verbete “República”. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32a edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 24. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

NATELSON, Robert G. A Republic, Not a Democracy: Initiative, Referendum, and the Constitution's Guarantee Clause. **Tex. L. Rev.**, v. 80, 2001.

NICOLAU, Jairo Marconi. **História do voto no Brasil**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

OECD. “How much is spent per student on educational institutions?”. **Education at a Glance 2020**: OECD Indicators, OECD Publishing, Paris: OECD, 2020.

PALOMBELLA, Gianluigi. De los derechos y de su relación con los deberes y los fines. Madrid: **Derechos y Libertades**, n. 17, 2007.

PALOMBELLA, Gianluigi. **Derechos fundamentales**: Argumentos para una teoría. trad. Alfonso García Figueroa. **Doxa**, v. 22, 1999.

PETTIT, Philip. **Republicanism**: a theory of freedom and government. Oxford University Press, 1997.. Versão Kindle.

PINTO, Élide Graziane; XIMENES, Salomão Barros. Financiamento dos direitos sociais na Constituição de 1988: do “pacto assimétrico” ao “estado de sítio fiscal”. **Educação & Sociedade**, v. 39, 2018.

PINTO, José Marcelino de Rezende. Financiamento da educação no Brasil: um balanço do governo FHC (1995-2002). **Educação & Sociedade**, v. 23, n. 80, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Versão Kindle.

PISARELLO, Gerardo. **Un largo termidor**: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Educação obrigatória e gratuita no Brasil: um longo caminho, avanços e perspectivas. Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar. *In*: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela

Limongi Alvarenga. **Direitos à educação e direitos na educação**. São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação**. Tese de Livre-docência. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O novo cenário jurisprudencial do direito à educação no Brasil: o ensino domiciliar e outros casos no Supremo Tribunal Federal. **Proposições**, v. 28, 2017.

RAZ, Joseph. **Legal Principles and the Limits of the Law**. Acessado em: <https://pdfs.semanticscholar.org/2340/dc6c2c61c7f591f7a96f2737d63a65d2ff04.pdf>, em 20/1/2020.

RIBEIRO, Renato Janine. **A república**. São Paulo: Publifolha, 2001. Ebook

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 15, 1996.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**, v. 4, n. 2, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2018. Versão Kindle.

SARLET, Ingo Wolfgang. Conceito de direitos e garantias fundamentais. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais>

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais Na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 3, p. 115-141, 2019.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Direitos fundamentais e**

**estado constitucional:** Estudos em Homenagem a J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual:** Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SILVA, Maria Vieira; EUGÊNIO, Ana Júlia; NEVES, Helen Corrêa Solis. Mutações da Face Social do Estado pela Emenda Constitucional 95 e seus Efeitos sobre as Políticas Educacionais. **FINEDUCA-Revista de Financiamento da Educação**, v. 10, 2020.

SIMAS, Luiz Antonio. Aula 2: Terreiros. *In: Curso os corpos encantados das ruas: culturas e brasilidades*, 1., 2021, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://oscorposencantadosdasruas.club.hotmart.com/lesson/m7YMZPDW76/aula-2-terreiros>. Acesso em 1/12/2021.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso.** Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019. Versão Kindle.

SOUZA, Jessé. **Como o racismo criou o Brasil.** Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2021. Versão Kindle.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito Fundamental à Igualdade. *In: J.J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck. (Org.). Comentários à Constituição do Brasil.* 2ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Versão Kindle.

STRECK, Lenio. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In* STRECK, Lenio Luiz; FERRAJOLI, Luigi (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Livraria do Advogado, 2012. Versão Kindle.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso.** rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. Versão Kindle.

SUNSTEIN, Cass R. Beyond the republican revival. **Yale LJ**, v. 97, 1987.

SUNSTEIN, Cass R. Republicanism and the preference problem. **Chi.-Kent L. Rev.**, v. 66, 1990.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. *In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de.; SARMENTO, Daniel (Coords.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TESTONI, Saffo. Verberte “Vontade Geral”. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (org.). **Dicionário de política**, 2 vols., 11. ed. Brasília: Editora UnB, 1998. Pg. 1298/1299.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes. 2. ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão S. Pachamama e o Direito à vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino americano. **Veredas do Direito**: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, v. 12, n. 23, 2015.

UNICEF. **Cenário da exclusão escolar no Brasil**. Brasília: UNICEF, 2017. Disponível em: <https://buscaativaescolar.org.br/downloads/guias-e-manuais/busca-ativa-escolar-v10-web.pdf>. Acesso em 6/4/2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. Ética da sustentabilidade e direitos da natureza no constitucionalismo latino-americano. In: LEITE, José Rubens Morato; PERALTA, Carlos E. (Orgs.). **Perspectivas e desafios para a proteção da biodiversidade no Brasil e na Costa Rica**. São Paulo: Planeta Verde, 2014.

WOOD, Gordon. **The Creation of the American Republic**. Nova Iorque: W.W. Norton and Company, 1969.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da Intervenção do Estado no Domínio Social**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.