

A OMISSÃO DO LEGISLADOR NA REGULAMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVO À ADOÇÃO.

THE OMISSION OF THE LEGISLATOR IN THE REGULATION OF PUBLIC POLICY TO ENCOURAGE ADOPTION.

André Luiz Albuquerque Gomes da Silva Braga¹
Bernardo Silva de Seixas²

RESUMO

O poder constituinte originário elencou diversas normas de eficácia programática no bojo da Constituição Federal de 1988, prescrevendo um programa para o Estado brasileiro com metas a serem cumpridas para a construção de uma sociedade justa, livre e igualitária. No entanto, por algumas razões, os agentes públicos não cumprem com os mandamentos constitucionais, havendo necessidade dos indivíduos recorrerem ao Poder Judiciário para colmatar o vácuo normativo através dos instrumentos processuais aptos a cumprir este desiderato. Este artigo, portanto, irá se debruçar sobre a questão da omissão inconstitucional legislativa referente à inexistência de implementação do disposto no parágrafo §3º do art. 227 da Constituição Federal, relativa à adoção, tendo em vista que o texto constitucional elenca diversos direitos cujo escopo é estimular a prática do instituto na sociedade, no entanto, o Estado é omissivo em cumprir com os objetivos insculpidos na Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade por Omissão. Políticas Públicas. Adoção.

ABSTRACT

The original constituent power has listed various rules of programmatic effectiveness in the text of the Federal Constitution of 1988, prescribing a program for the Brazilian state with targets to achieve in order to build a fair, free and equal society. However, for some reasons, public officials do not comply with constitutional commands, requiring individuals resorting to the judiciary to fill the normative vacuum through the track to meet this goal using for it the procedural instruments available. This article, therefore, will focus on the issue of legislative unconstitutional omission related to the inexistent implementation of the described in the constitutional command 227, § 3º, related to adoption, given that the Constitution enumerates various rights which aims to encourage the practice of the institute, however, the state is negligent in fulfilling the objectives described in the Federal Constitution.

KEYWORDS: Unconstitutionality by Omission, Public Policies, Adoption.

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino ITE/Bauru. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Bacharel em Direito pela Faculdade Martha Falcão. Advogado em Manaus/AM

² Mestrando em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino ITE/Bauru. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Advogado em Manaus/AM

INTRODUÇÃO

A atual Constituição Federal brasileira é marcada por uma enorme quantidade de normas programáticas, havendo determinações para que o Estado implemente políticas públicas referente à saúde, educação, desporto, dentre outros direitos. Compulsando detidamente o texto constitucional, constata-se que o legislador originário determinou, também, que o Administrador Público, juntamente com demais entidades, atue na esfera social com a finalidade de proteger a criança e do adolescente, nos termos do art. 227, *caput*.

Todavia, constata-se que os poderes da República, principalmente o Legislativo e o Executivo, não vem envidando esforços para cumprir com as normas programáticas referente à proteção da criança e do adolescente, seja na criação de casas de acolhimento, seja na regulamentação das normas de eficácia limitada referentes aos menores.

A presente pesquisa, portanto, se atem à questão contida no VI, §3º do art. 227 da Constituição Federal que determina que o Estado tem o dever de prestar auxílio jurídico, incentivos fiscais e subsídios, norma constitucional que visa, claramente, estimular a adoção no ordenamento jurídico brasileiro.

O estado de letargia do legislador ocasiona a chamada inconstitucionalidade por omissão que assola o texto constitucional relativamente ao direito supramencionado. Neste sentido, fazem-se as seguintes indagações: Qual a intenção da norma jurídica contida no art. 227, § 3º, VI da Constituição Federal? Como se conceder aplicabilidade à determinação constitucional em caso de inércia do órgão competente? Há algum instrumento processual disponível para que o Poder Judiciário interfira na letargia do Parlamento e faça valer a vontade do constituinte?

Para tanto, tendo por finalidade responder os questionamentos acima indagados, apresenta-se, no primeiro capítulo, a ligação entre a Constituição de 1988 e os direitos fundamentais, fazendo menção específica aos direitos de segunda dimensão, já que por serem direitos sociais, estão intrinsecamente ligados aos direitos de família, sobretudo ao instituto da adoção que, não pode mais ser visto como instituto de direito privado unicamente.

No segundo capítulo, julgou-se salutar tratar das normas programáticas insertas no texto constitucional, assim como a consequência de sua inobservância para a Constituição, para os destinatários da norma constitucional e para a relação, nem sempre harmoniosa, dos três poderes da República.

Em seguida tratou especificamente da norma programática em questão, qual seja o inciso VI, §3º do art. 227 da Constituição Federal, com a finalidade de compreender a intenção do legislador ao inserir tal norma no corpo permanente da Constituição Cidadã.

Por sua vez, no quarto capítulo, vislumbra-se a possibilidade de utilização de um instrumento processual da jurisdição constitucional brasileira – o Mandado de Injunção - para tornar eficaz o direito fundamental que concede o direito subjetivo à incentivos fiscais e subsídios à família que acolhe criança e adolescente em estado de abandono.

Por fim, apresenta-se a importância da convivência familiar para o desenvolvimento sadio do ser em formação, buscando demonstrar que a adoção pode ser um meio de permitir esse convívio para aqueles menores que foram abandonados ou foram retirados do convívio de sua família natural pelo Estado, nas possibilidades previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

1 A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não é nova a afirmativa de que o direito acompanha a sociedade, uma vez que atua segundo as passadas desta, a fim de permitir um melhor convívio entre os seres que desfrutam da proteção que o Estado fornece por meio de ações que viabilizam a promoção dos direitos.

Em contrapartida, a assertiva que pretende demonstrar que a compreensão do direito e a atuação do Estado sempre conteve a presente formula é errônea, e a compreensão destes diferentes momentos históricos da atuação estatal perpassa inequivocamente pela criação e desenvolvimento do conceito de direitos fundamentais.

Paulo Gustavo Gonet Branco ao escrever sobre o tema afirma que

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica. (1)

Pode-se extrair desta ideia manifestada pelo autor, que os direitos fundamentais são aqueles direitos que, apesar de distintos em cada época e em cada local em que se manifestam, visam a proteção dos direitos mínimos daqueles que se sujeitam ao poder do Estado.

Neste sentido manifestam-se também os professores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, para quem “os direitos fundamentais constituem uma categoria jurídica, constitucionalmente erigida e vocacionada à proteção da dignidade humana em todas

as dimensões”, possuindo natureza poliédrica, em razão de destinar-se a proteção das liberdades do ser humano, na outorga de suas necessidades básicas, e na sua preservação. (2)

Pode-se aferir, do conceito apresentado, que os autores incluem um novo elemento na equação que se visa desenvolver, afirmando que os direitos fundamentais são constitucionalmente erigidos, ou seja, possuem suas bases determinantes insertas em uma constituição. Além disso, apresentam o início do caminho percorrido pelos direitos fundamentais, que em um primeiro momento versaram unicamente sobre as liberdades dos homens, depois serviram também para cobrar do Estado sua intervenção para que as necessidades básicas dos fossem atendidas e mais adiante propagou os ideais como a fraternidade e a solidariedade.

O primeiro passo do caminho que se menciona acima fora realizado ainda em 1215, quando o Rei João sem terra assinou a *Charta Magna*, que outorgava ao povo inglês, dentre outras coisas, a necessidade de realização de julgamento, que se utilizasse do *due process law*, de então, para que fossem, como punição, retiradas as terras ou a liberdade de ir e vir da aristocracia da época, fazendo assim com que o Rei perdesse, em muito, seu poder decisório em questões judiciais.

O segundo, e mais importante passo para a pesquisa que se intenta condensar, refere-se à atuação do Estado para salvaguardar as necessidades básicas daqueles que se integram a ele como elemento povo, visando por meio de uma atuação positiva do Estado diminuir as desigualdades sociais, propiciando uma vida digna a todos. Tem-se este direito fundamental, portanto, em local diametralmente oposto ao passo anterior que visava a não atuação do Estado, permitindo o *laissez faire*, ou seja, possibilitando que cada um agisse, dentro de certos limites, da maneira que lhe aprouvesse.

Esses direitos fundamentais de segunda dimensão, passaram a ter relevância e a ganhar corpo no meio constitucional, conforme afirma Pietro de Jesús Lora Alarcón, a partir da terceira década do século XX, no qual se viu a promulgação da Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar (Alemã) de 1919, que continham dispositivos que visavam a satisfação das carências mínimas do homem, imprescindíveis para sua para sua dignidade e que outorgaram sentido à sua vida. (3)

O terceiro passo dessa caminhada evolutiva dos direitos a que se outorgou, justamente, a alcunha de fundamentais, tem-se aqueles de terceira dimensão, que se consubstanciam na visualização e compreensão da humanidade como grupo, daí dizer-se que são direitos que visam a propagação dos ideais cristãos da solidariedade e da fraternidade, pois que é mesmo o exercício de enxergar o outro como um irmão de humanidade.

Há autores que admitem ainda a existência de outras dimensões dos direitos fundamentais, entretanto, estas as dimensões aceitas e mencionadas pela maioria dos autores do tema, por isso mesmo optou-se em apresentar apenas a discriminação supramencionada.

Como dito, estes direitos estão contidos em normas constitucionais, desde a Carta Magna, que a despeito de não ser ainda um documento ao qual se possa nomear de constituição, mesmo porque é anterior ao movimento constitucional, fez as vezes desta no tempo em que fora promulgado.

O motivo pelo qual estes direitos estão inseridos em uma Constituição pode ser facilmente inferido pelo conceito de Constituição que é ofertado por Luís Roberto Barroso, para quem é o documento escrito e sistemático que

[...] cria ou reconstrói o Estado, organizando e limitando o poder político, dispondo acerca de direitos fundamentais, valores e fins públicos e disciplinando o modo de produção e os limites de conteúdo das normas que integrarão a ordem jurídica por ela instituída. (4)

Pode-se afirmar, portanto, que constituição é o documento jurídico, ao qual se outorga efetividade, que carrega em si as normas que serão utilizadas para sistematizar a vida em sociedade, perpassando pelas questões administrativas do Estado, podendo outorgar ou instituir valores sociais a serem alcançados por aquele Estado que se constitui.

2 AS NORMAS DE EFICÁCIA PROGRAMÁTICA E A INCONSTITUCIONALIDADE RESULTANTE DE SUA INOBSERVÂNCIA

Como afirmado capítulo precedente, a Constituição Federal é um documento jurídico dotado de efetividade que cria, regulamenta e restringe os poderes estatais em prol dos indivíduos. Assim, suas normas devem ser observadas por todos aqueles que atuam no Estado, seja os particulares, seja os governantes, portanto, deixa de ser uma mera carta de intenções para ser um documento dotado de efetividade para transformar a sociedade. Sobre essa força normativa Canotilho leciona que

A constituição é uma lei vinculativa dotada de efectividade e aplicabilidade. A força normativa da constituição visa exprimir, muito simplesmente, que a constituição sendo uma lei como lei deve ser aplicada. Afasta-se a tese generalizadamente aceite nos fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX que atribuía à constituição um valor declaratório, uma natureza de simples direção política, um carácter programático despido da força jurídica actual caracterizadora das verdadeiras leis. (5)

Com a falência do modelo estatal liberal, houve a criação do Estado social, que se preocupa com as desigualdades de classes e atua em diversos campos para transformar a vida

em sociedade. Assim, as constituições de Estados que atuam no seio social são formadas por normas que definem programas, metas e objetivos para o melhor desenvolvimento dos indivíduos. Para essas normas constitucionais há a denominação, pela doutrina, de norma de eficácia limitada de princípio programático. Ademais, a constituição que define um programa a ser implementado pelo Estado é conceituada como constituição dirigente.

José Afonso da Silva conceitua as normas programáticas como

[...] aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e indiretamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. (6)

Portanto, as normas programáticas obrigam que àqueles que fazem parte de qualquer poder constituído atuem em prol da realização dos direitos consagrados na Constituição, que por sua característica própria, necessitam da atuação do Estado para sua efetiva realização. Relembre-se que esta modalidade de norma constitucional modifica a atuação do poder estatal, este passa a ser um parceiro do indivíduo no momento que é obrigado a atuar para realizar modificações no plano fenomênico, saindo do estado de letargia, que era característica básica do Estado Liberal.

Todavia, esta modalidade de norma constitucional não é dotada de aplicabilidade imediata, tendo em vista que os poderes públicos, principalmente o Executivo, devem realizar atos que viabilizem o cumprimento de determinado mandamento contido na Constituição. Desta maneira, deve-se aguardar a conveniência e a oportunidade do administrador ou de qualquer agente público em efetivar as normas de eficácia programática. Portanto, a maior problemática das normas programáticas é a falta de vontade política no seu cumprimento, seja pelo legislador, seja pelo administrador público.

O estado de letargia fomenta o surgimento da inconstitucionalidade por omissão, tendo em vista que o ato omissivo do órgão responsável por cumprir a Constituição também atinge o texto constitucional. Neste sentido é a lição de Flávia Piovesan

[...] a omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, existe quando o legislador não cumpre o dever constitucional de emanar normas, destinadas a atuar as imposições constitucionais permanentes e concretas. Isto significa que o legislador violou por ato omissivo, o dever de atuar concretamente, imposto pelas normas constitucionais. Logo, o conceito de omissão aponta a não fazer aquilo a de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado, ou seja, a omissão inconstitucional esta relacionada à exigência concreta de ação contida nas normas constitucionais. (7)

Ademais, o fato de persistir a inconstitucionalidade por omissão causa inúmeros danos aos indivíduos e ao próprio texto constitucional, haja vista que o primeiro não pode usufruir da integralidade dos direitos fundamentais previsto na Constituição. Por sua vez, para a Carta Magna há a perda de sua efetividade e o início de um processo denominado de mutação informal da constituição. O escólio de André Puccinelli Júnior é nesta orientação

Por entrever na inércia das casas legislativas um pernicioso processo de corrosão dos valores tutelados pelo constituinte [...] pressente-se que a indiferença do legislador, na medida em que estanca a aplicação da Lei Maior, deflagra sem alarde o fenômeno da mutação informal da Constituição, com desastrosas consequências a longo prazo. Vale dizer, à semelhança de um costume *contra legem*, como é o caso do desuso ou costume negativo, esta abstenção condenável investe contra a normatividade constitucional e dela faz letra morta, impedindo sua aplicação. Em vez de contribuir com a atualização semântica da Constituição, este *non facere* culmina por erodir seu quadro de valores, fazendo pouco caso de sua força normativa. (8)

Apontados os prejuízos que acarretam a inconstitucionalidade por omissão ao texto constitucional e à proteção do indivíduo, surge um importante questionamento, como se pode efetivar as normas programáticas em caso de inércia dos agentes públicos?

Nesta seara importante mencionar que a omissão inconstitucional pode surgir por ação do legislador ou do Administrador Público.

A inércia do primeiro se constatada quando este não cumpre com seu dever de legislar as normas constitucionais que necessitam de regulamentação infraconstitucional para terem plena aplicabilidade.

Por sua vez, a inércia do administrador público surge quando este não realiza determinada política pública prevista na Constituição Federal ou realiza de forma deficitária, causando prejuízos àqueles que necessitam dos serviços públicos.

Determinados ordenamentos jurídicos criaram institutos processuais para compelir o agente público na concretização do mandamento constitucional, cita-se, por exemplo, que no Brasil há o Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão para atacar as omissões inconstitucionais do legislador.

No entanto, é a omissão do administrador público que causa maior controvérsia no âmbito jurídico, haja vista que cada vez mais os particulares, assim como próprias instituições públicas – Ministério Público e Defensoria Pública – ingressam no Judiciário, através de ações ordinárias, para compelir a Administração Pública a cumprir com os mandamentos constitucionais que não são totalmente observados pelos agentes públicos e que obstam a plena e total fruição de direitos fundamentais, sendo comum, atualmente, ações que tem por

objetivo determinar a internação de paciente na rede pública de saúde ou matricular uma criança na rede pública de ensino.

Este cenário vem sendo denominado pela doutrina de judicialização da política, tendo em vista que a margem de discricionariedade do Poder Executivo é tolhida por sentenças judiciais que o obrigam a prestar determinado serviço público. Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira judicialização implica “avanço do direito em detrimento da política e consequentemente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos” (9).

Tal acontecimento social é por demais danosa à democracia brasileira, tendo em vista que modifica o local das discussões políticas para os tribunais em detrimento do Parlamento, assim como as decisões tomadas pelos juízes não passa pelo processo democrático necessário para a edição de uma lei com a participação de todas as parcelas da sociedade. Outro fator determinante para o prejuízo da democracia é a falta de legitimidade social daqueles que compõem os tribunais, tendo em vista que não há votação popular para escolha dos ministros ou juízes.

Em virtude desta não observância do texto constitucional pelo Poder Legislativo e Executivo há um gigantismo do Poder Judiciário no cenário político brasileiro, haja vista que via decisão judicial o legislador ou o administrador público são compelidos a cumprir o que já se encontra estabelecido constitucionalmente, ainda que por meio de mandamento do Poder Judiciário sob pena de responsabilização em caso de descumprimento.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E AS NORMAS PROGRAMÁTICAS EM RELAÇÃO À ADOÇÃO. A FALTA DE NORMA REGULAMENTADORA DO ART. 227, § 3º, VI, CF/88.

A Constituição Federal de 1988 é provida de inúmeras normas programáticas, haja vista que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre outros, é construir uma sociedade livre, justa e solidária, assim como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Dentro deste contexto filosófico de outorga de direitos concernentes à continuidade da vida com dignidade, em que o constituinte originário formulou o texto constitucional atual, entendeu-se por bem incluir normas constitucionais referentes ao Direito de Família, ou como os tempos requerem, ante a diversidade de possibilidade de formação do instituto, Direito das Famílias.

É importante que se diga, porém, que a Constituição cidadã não inovou no ordenamento jurídico ao fazer esta inclusão, já que a Constituição de 1934 – em seu Título V, intitulado “Da Família, da Educação e da Cultura”, além de outros esparsos no texto constitucional -, já havia dedicado espaço, dentre suas normas, à enumeração de direitos relacionados às relações familiares, entretanto, as normas antes apontadas não possuíam a efetividade e a abrangência das que se vê no texto atual.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, nos artigos 226 a 230 desfez um arsenal de proteções e de promoções a serem perpetradas pelo poder público, no intuito de salvaguardar direitos referentes às relações familiares, bem como fazer efetiva a proteção e o desenvolvimento das pessoas inseridas na família, principalmente as crianças, adolescentes, jovens e idosos, bem como garantir a inserção das pessoas em um ambiente familiar, em razão da necessidade e da importância que este ambiente tem na formação e desenvolvimento das pessoas que se encontram na fase da infância e adolescência.

No art. 227, § 3º, VI, por exemplo, o texto constitucional determina que o Poder Público deverá estimular, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento de criança ou adolescente órfão ou abandonado sob a forma de guarda, sendo tal atividade regulamentada por norma infraconstitucional. Percebe-se que esta norma constitucional pode ser classificada como uma norma de aplicabilidade limitada, haja vista que necessita de atuação do legislador para poder surtir todos os seus efeitos.

No entanto, passados vinte e cinco anos da promulgação do texto constitucional ainda não há norma regulamentadora que defina quais são os incentivos fiscais e subsídios concedidos pelo Poder Público para aqueles indivíduos que aceitem a guarda de criança e adolescente órfão ou abandonado, ou para aqueles que decidam adotar um menor, por livre vontade, a fim de resguardar seus direitos e possibilitar o seu convívio em um ambiente familiar.

Observe-se que, nem mesmo o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90 (10), mesmo após as modificações realizadas pela Lei 12.010/09 (11) – conhecida como Lei da Adoção -, possui normas que possibilitem a outorga do direito aos incentivos previstos no § 3º do art. 227 da Constituição de 1988.

Neste diapasão, ante a inexistência de norma infraconstitucional que possibilite outorgar a devida efetividade ao dispositivo constitucional supramencionado, entende-se como possível a impetração de um mandado de injunção por aqueles que se sentem prejudicados pela omissão do Poder Público em concretizar a vontade do constituinte originário, haja vista que o indivíduo faz sua parte ao acolher o menor, no entanto o Estado

não faz sua contraprestação em conceder assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios. Podem existir até mesmo casos em que, a despeito da vontade de realizar a adoção, as impossibilidades intelectivas, financeiras e fiscais impedem que aquela pessoa efetue o ato de amor que a adoção representa.

4 POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE MANDADO DE INJUNÇÃO PARA COLMATAR O VÁCUO NORMATIVO DO LEGISLADOR.

O mandado de injunção é uma garantia constitucional, com sede constitucional no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal de 1988 que tem por finalidade sanar as omissões inconstitucionais do Poder Público possibilitando o exercício de direitos subjetivos aos interessados quando houver falta de norma regulamentadora. Daniel Wunder Hachem explica que

A finalidade do instituto consiste em atribuir imediata aplicabilidade aos direitos constitucionais, possibilitando o seu exercício, quando este encontrar-se obstado pela ausência de regulamentação infraconstitucional. Constitui, portanto, a necessária instrumentalização do princípio da aplicabilidade imediata do art. 5º, § 1º, CF (12)

É um instrumento do controle difuso de constitucionalidade que permite que qualquer indivíduo que esteja sendo prejudicado por falta de norma regulamentadora na fruição de direito fundamental ingresse no Poder Judiciário para ver sanada a omissão transgressora do texto constitucional.

No entanto, não é somente a impetração do Mandado de Injunção que irá extinguir o não cumprimento dos ditames do poder constituinte originário, faz-se necessário que o tribunal competente para julgar esta garantia constitucional emita uma decisão que possa afastar o óbice que impede a total fruição do direito fundamental.

Há intensa controvérsia doutrinária sobre os efeitos da decisão que julga o Mandado de Injunção, sendo três as correntes que intentam explicar os seus efeitos que são denominadas de restritiva, intermediária e ampliativa.

A primeira corrente, adotada pelo Supremo Tribunal Federal logo após a promulgação da Constituição Federal, reduziu os efeitos da decisão em sede de mandado de injunção, determinando-lhe que somente era deferido ao Poder Judiciário comunicar a mora do Poder Legislativo em regulamentar determinada norma constitucional.

Baseou-se, o pretório excelso, no princípio da separação dos poderes para restringir os efeitos do Mandado de Injunção, haja vista que não é permitido pelo princípio

supramencionado que uma função estatal interfira na outra, sob pena, caso houvesse a atuação do Poder Judiciário no sentido de emanar alguma ordem ao Poder Legislativo, de usurpação do ofício precípua de cada Poder. Ademais, esta corrente entende que as hipóteses de cabimento do mandado de injunção se restringem aos direitos suscitados no art. 5^a, LXXI, CF/88.

Esta decisão foi duramente criticada pela doutrina, uma vez que comparou os efeitos do Mandado de Injunção aos da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, prevista no art. 103, § 2^a, CF/88. Crítica Barbosa Moreira no sentido de que

Conceber o mandado de injunção como simples meio de pautar a inexistência da norma reguladora e comunica-la ao órgão competente para a edição é reduzir a inovação a um sino sem badalo. Afinal, para dar ciência de algo a quem quer que seja, servia – e bastava – a boa e velha notificação. (13)

O supramencionado autor critica neste seu comentário a falta de efetividade do Mandado de Injunção, pois não haveria necessidade de ter-se criado uma ação constitucional que o único intuito seria o de comunicar a mora legislativa, bastando uma mera notificação ou ofício para informar a situação de inércia do Poder Legislativo em que muitas vezes já é de próprio conhecimento dos parlamentares.

Fazendo também sua crítica a atuação do Supremo Tribunal Federal no primeiro momento referente ao Mandado de Injunção Luís Roberto Barroso entende que

[...] de acordo com a interpretação da Suprema Corte, há dois remédios constitucionais para que seja dada ciência ao órgão omissor do poder público, e nenhum para que se componha, em via judicial, a violação do direito constitucional pleiteado. (14)

A comparação realizada é pertinente no sentido de que a Constituição Federal, no art. 103, § 2^a, CF/88 determina que o efeito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão é a comunicação do órgão omissor para adoção das providências necessárias. Insta refletir que essa interpretação e o próprio texto constitucional reduzem a efetividade dos instrumentos disponíveis na jurisdição constitucional brasileira para combater as omissões inconstitucionais.

Neste íterim, impôs-se necessário uma modificação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal referente ao Mandado de Injunção, haja vista que não foi da intenção do legislador a criação de dois institutos jurídicos que tivessem a mesma finalidade.

A corrente intermediária foi uma solução adotada pelo Pretório Excelso para conceder maior efetividade ao Mandado de Injunção. Tem por principal característica a

concessão de prazo para que o Poder Legislativo regulamente a norma constitucional e não sendo cumprido o prazo concedido, ocorreria a transformação da norma constitucional de aplicabilidade limitada em plena, passando o dispositivo constitucional ter aplicação independentemente de lei infraconstitucional.

Ao adotar esta corrente podemos extrair duas mudanças de posicionamento na jurisprudência do Supremo no tocante ao mandado de injunção.

Primeiro que se admitiu converter uma norma constitucional de eficácia limitada em norma de eficácia plena concedendo aos indivíduos o direito subjetivo público para requerer em juízo os direitos previstos na legislação constitucional. Segundo que o mandado de injunção é instrumento apto à concretização de quaisquer direitos que não possam ser usufruídos por falta de regulamentação legal e não somente os direitos fundamentais previstos na Constituição da República, haja vista que este posicionamento fora tomada em virtude de falta de regulamentação de uma norma contida nos atos das disposições transitórias da Constituição Federal. Sobre a amplitude do Mandado de Injunção cita-se o comentário de Maria Cecília Cury Chaddad

Por tratar-se de instrumento que visa salvaguardar direito e garantias constitucionais, é natural e exigível que se interprete da maneira mais abrangente possível, a fim de se atingir sua máxima efetividade, motivo pelo qual o objeto do mandado de injunção deve ser visto como instrumento de grande amplitude, abarcando todos os direitos individuais e coletivos previstos na Constituição Federal. (15)

Por fim, a terceira corrente adota uma postura vanguardista que determina que o Poder Judiciário possa tomar as medidas cabíveis necessárias para fruição do direito fundamental. Assim, havendo o estado de letargia do legislador em cumprir os mandados constitucionais haveria autorização, implícita, da Constituição Federal para que o Supremo Tribunal Federal regulamentasse a questão como forma de afastar todo e qualquer óbice que impeça a concretização de qualquer direito fundamental.

O Supremo Tribunal Federal tem evoluído na sua interpretação sobre os efeitos do mandado de injunção, sendo que atualmente, caso ocorra a hipótese de omissão inconstitucional o Pretório Excelso, através da analogia, tem determinado a aplicação de outras normas existentes no ordenamento jurídico, tal como no caso de greve dos servidores públicos federais, em que não há legislação específica para esses, porém há a lei de greve para os trabalhadores privados, que pode ser aplicada às greves do funcionalismo público até que norma específica para categoria seja expedida pelo Poder Legislativo. Este mesmo entendimento fora aplicado pelo Pretório Excelso na questão da inércia legislativa referente à

aposentadoria especial do servidor público que labore em condições especiais lhe sendo aplicado o regramento legal da aposentadoria especial dos segurados do Instituto Nacional do Seguro Social previsto na Lei 8.213/90.

Vidal Serrano e Luiz Alberto David Araújo comentam a decisão do Supremo Tribunal referente ao direito de greve dos servidores públicos

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a injunção para garantir o direito de greve dos funcionários públicos, adotando a tese concretista, determinou que fosse aplicada, enquanto não formulada a lei, a legislação do setor privado aos impetrantes, garantindo uma norma que assegurasse o direito. Essa decisão pode marcar um passo importante para a efetivação das garantias constitucionais, passo que se esperava do Supremo Tribunal Federal há vinte anos! (2)

No caso sob análise no presente ensaio, referente à concessão de benefícios fiscais, incentivos e assistência judiciária às pessoas que aceitam a guarda de criança e adolescente em estado de abandono ou órfãos, entende-se prudente que os indivíduos prejudicados pela omissão legislativa inconstitucional impetrem mandado de injunção perante o Supremo Tribunal Federal para que o estado de vácuo normativo referente à concessão de incentivos fiscais, subsídios e assistência jurídica seja colmatada pelo Poder Judiciário através de uma decisão judicial provisória que regulamente a questão fática até que sobrevenha uma lei democraticamente debatida que preencha esta lacuna legislativa.

A decisão do Poder Judiciário pode ser tomada no sentido de declarar a plena aplicabilidade do dispositivo constitucional contido no art. 227, § 3º, VI, deferindo ao impetrante todo e qualquer incentivo fiscal e subsídio requerido no bojo do Mandado de Injunção. Convém ressaltar que situação similar já ocorreu na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ao analisar a falta de norma regulamentadora do art. 194, § 7º, CF/88 que determina a isenção de contribuições para a seguridade social de entidades beneficentes de assistência social, determinando a aplicação plena e imediata do instituto mesmo não havendo atividade legislativa regulamentadora.

Atuando desta maneira o Supremo Tribunal Federal estará tanto protegendo os direitos subjetivos dos indivíduos que se encontram impossibilitados de usufruir de um direito previsto no texto constitucional como se estará afirmando, a importância que o instituto da adoção tem na sociedade atual, uma vez que se reconhece a necessidade do convívio familiar para a plena formação da criança e do adolescente.

5 DA IMPORTÂNCIA DO CONVÍVIO FAMILIAR NO PLENO DESENVOLVIMENTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE.

A importância da convivência familiar para as pessoas em formação está diretamente ligada à noção de direitos fundamentais, uma vez que, em razão do disposto no *caput* do art. 227 da Constituição Federal, este direito se perfaz em direito fundamental a ser outorgado tanto aos pais, independentemente da forma pela qual a filiação fora realizada, mas principalmente aos filhos que, em razão de sua condição de pessoa em desenvolvimento, precisam do aconchego do lar e do afeto daqueles que o amam para desenvolverem-se plenamente.

Nesse mesmo sentido manifesta-se Dimas Messias de Carvalho ao afirmar que

Os direitos fundamentais encontram-se arraizados na ideia de dignidade e, portanto, voltados para a tutela do homem como fim em si mesmo, considerando a unidade da pessoa humana e as situações existenciais objeto de proteção jurídica. [...] A constituição familiar pode, por conseguinte, ser considerada como um verdadeiro direito fundamental, o direito de uma pessoa ter uma família, que, por sua vez, é considerada como um dos principais abrigos a propiciar a plena satisfação e realização dos direitos fundamentais, mostrando-se, a família, tão fundamental quanto eles. Considerando-se a proteção dos direitos fundamentais na unidade de cada membro da família, merece atenção prioritária as pessoas em formação, que necessitam de cuidados especiais para sua criação, orientação, educação e plena assistência familiar e comunitária, ou seja, possuem direito ao dever de cuidado. (16)

Assim, pode-se afirmar que a formação da família é uma escolha de cada indivíduo, mas também que, sobretudo para o ser em formação, a inserção em uma família é fundamental, já que a convivência, os cuidados, a atenção, o afeto e o amor, que somente inserido no âmbito familiar poderá lhe ser outorgado, são essenciais para o seu pleno desenvolvimento e satisfação como ser humano digno.

É preciso, entretanto, que se avalie o direito de convivência familiar de um modo mais abrangente, uma vez que tal direito não se destina unicamente ao ser em formação em relação a sua família originária, pois pensando assim, como se poderia falar em outorga de direitos fundamentais ao órfão e ao abandonado?

Ora, um direito fundamental, conforme assevera Canotilho, é um direito que pode ser exercido por todo e qualquer pessoa e não apenas por determinados grupos que possuem determinadas qualidades. (5)

Assim, considerar a convivência familiar como um direito fundamental e outorga-la apenas àqueles em que tal direito servirá apenas para realizar a manutenção de uma situação de fato, excluindo àqueles outros que precisariam ter garantida, em primeiro lugar, uma família, para então exercerem tal direito é renegar a própria indispensabilidade do direito em comento.

Em razão disso é que se defende a adoção como meio hábil para a efetiva entrega do direito fundamental de convivência familiar, já que entre adotante e adotado, no momento da decisão judicial que conceder a adoção, surgirá vínculo familiar similar ao existente na família natural, e posteriormente o afeto e amor sucederão àquele, se é que não existiam antes mesmo da decisão favorável à adoção.

É preciso garantir, portanto, tanto para quem já possui, quanto para quem aguarda uma família o mesmo direito de exercício deste direito fundamental de convivência familiar, que na pena de Geraldo Claret Arantes, é um dos mais importantes direitos recepcionados pela Constituição de 1988, que se origina da doutrina da proteção integral construída sob a égide das Nações Unidas e destina-se a adultos e crianças, sobretudo a estas, em razão de seu estado. (17)

Assim, existindo dispositivo constitucional como o § 3º do art. 227, que prevê a possibilidade de entrega, pelo Estado, de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, com vistas à concretização de adoções, cuja forma deveria ter sido discriminada em lei infraconstitucional, não podem ser prejudicada pela inexistência da legislação infraconstitucional, uma vez que prejudicar a outorga dos direitos elencados no artigo supramencionado é impossibilitar, em alguns casos, a própria adoção e assim impedir o exercício do direito de convivência familiar.

Neste sentido, ante a inércia do Poder Legislativo, entende-se que o Poder Judiciário poderá, por meio do julgamento de Mandado de Injunção, determinar a eficácia plena da norma contida no §3º do art. 227 da Constituição Federal, permitindo que o Poder Executivo, por meio das formas devidas, determine qual será o tipo de auxílio jurídico e os incentivos fiscais e de subsídios que serão endereçados àqueles que praticarem o ato de adoção.

Insta salientar, por fim, que não se intenta com isto transformar o instituto da adoção em um objeto de mercado, ou em uma moeda de troca a ser utilizada por aqueles que queiram se beneficiar fraudulentamente dos direitos elencados no dispositivo retromencionado, ao contrário, intenta-se garantir, para aqueles que veem a adoção como o exercício do amor fraterno, da caridade e do afeto verdadeiro, o direito de, mesmo com poucas condições, atuarem na formação digna daqueles que foram abandonados ou em tenra idade perderam seus genitores.

CONCLUSÃO

O presente ensaio propôs-se a estudar a questão da omissão inconstitucional perpetrada pelo Poder Legislativo no tocante à política pública de incentivo à adoção constante no inciso VI, § 3º do art. 227 da Constituição Federal de 1988.

Verificou-se, inicialmente, que o direito à adoção encontra-se previsto na Constituição Federal, como um direito fundamental, que na classificação doutrinária de dimensões de direitos, se enquadra na segunda dimensão, necessitando para ser concretizado que o Estado atue no seio social na defesa dos interesses da criança e do adolescente em estado de abandono.

Sabedor desta característica ínsita aos direitos fundamentais prestacionais, o Poder Constituinte Originário prescreveu diversos programas e atividades para que o Estado atuasse em prol das crianças e adolescentes não inseridas no seio familiar, pois além de todas as dificuldades sociais para inserir uma criança ou adolescente noutra família que não a sua natural, há que ultrapassar barreiras econômico-financeiras para melhor desenvolvimento da família que aceita realizar a adoção, não tornando a criança ou adolescente uma moeda de troca, mas apenas auxiliando a nova família a proporcionar uma melhor condição de vida para este indivíduo que necessita de especial cuidado e atenção.

Neste diapasão houve a previsão dos direitos contidos no art. 227, § 3º, VI, CF/88 que ainda carece de regulamentação infraconstitucional pelo Poder Legislativo mesmo após vinte e cinco anos de promulgação da Constituição, caracterizando, assim, uma inconstitucionalidade por omissão.

Todavia, a garantia constitucional insculpida no art. 5º, LXXI, CF/88 – mandado de injunção – se apresenta como o instrumento processual hábil, da jurisdição constitucional brasileira, a viabilizar o direito subjetivo daqueles que aceitam acolher sob sua guarda a criança e o adolescente órfão ou abandonado e se encontram prejudicados pela letargia dos parlamentares brasileiros no recebimento dos benefícios fiscais e subsídios.

Frisa-se que a inércia do Poder Legislativo é danosa tanto para os indivíduos como para a Constituição Federal que perde sua característica principal de transformadora da realidade social para se tornar um mero símbolo que prescreve direitos que nunca serão alcançados. Portanto, a inconstitucionalidade por omissão deve ser combatida por todos os meios disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, seja através da Jurisdição Constitucional, seja através da iniciativa popular de projeto de lei, seja na eleição de representantes mais comprometidos com a ordem constitucional.

Neste ínterim, em que o legislador não assume o ônus do seu cargo político e, ante a existência do mecanismo do Mandado de Injunção, o Supremo Tribunal Federal deve ser chamado para atuar em prol dos indivíduos, da família, da criança, do adolescente e, principalmente, na defesa da Constituição Federal colmatando a omissão inconstitucional e tornando de eficácia plena a norma constitucional contida no art. 227, § 3º, VI, CF/88 como forma de incentivar a adoção de crianças e/ou adolescentes órfãos ou abandonados pelas famílias brasileiras.

Todavia, entendemos que esta atuação do Poder Judiciário deva ser feita de forma excepcional, pois a norma constitucional que determina a concessão de incentivos de ordem econômico-financeira à família que acolhe criança ou adolescente em estado de abandono é destinada ao Poder Legislativo e Executivo, devendo esses regulamentarem, da melhor maneira possível, as formas de implementação de tão importante política pública que visa fomentar a adoção.

REFERÊNCIAS

- (1) MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2013.
- (2) ARAUJO, Luiz Alberto David, NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. – 16. ed. atualizada até a E.C 68 de 21 de Dezembro de 2011. – São Paulo : Verbatim, 2012.
- (3) ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição de 1988. São Paulo : Método, 2004.
- (4) BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo : Saraiva, 2011.
- (5) CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra : Almedina, 2003.
- (6) DA SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 8ª ed. São Paulo : Malheiros, 2012.
- (7) PIOVESAN, Flávia. Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. - 2º ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003.
- (8) PUCCINELLI JÚNIOR, André. A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador. São Paulo : Saraiva, 2007.

- (9) VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. Revista Direito GV. v. 4, n. 2. São Paulo : Fundação Getúlio Vargas, julho-dezembro de 2008.
- (10) BRASIL. Lei n. 8.069/90, promulgada em 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 de fev. de 2014.
- (11) BRASIL. Lei 12.010/09, promulgada em 03 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12010.htm#art2>. Acesso em 10 de fev. de 2014.
- (12) HACHEM, Daniel Wundeer. Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte : Fórum, 2012.
- (13) MOREIRA, José Carlos Barbosa. S.O.S para o Mandado de Injunção. Jornal do Brasil. Rio de Janeiro. 11 Set. 1990. 1º Caderno.
- (14) BARROSO, Luís Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.
- (15) CHADDAD, Maria Cecília Cury. A efetividade das normas constitucionais através do mandado de injunção : o controle da omissão parcial. Belo Horizonte : Fórum, 2011.
- (16) CARVALHO, Dimas Messias. Adoção, Guarda e Convivência Familiar. 2ª ed. Belo Horizonte : Del Rey, 2013.
- (17) ARANTES, Geraldo Claret de. A criança e o Direito à Convivência Familiar. São Paulo : Revista Síntese Direito de Família. V. 12, n. 63, dez/jan. 2011.