



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

FERNANDA THAIS LIRA DE SÁ BARRETO

**A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA PARA CONCRETIZAÇÃO DO
DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA: UMA ANÁLISE DA LEI Nº 10.431/2015 DO
ESTADO DA PARAÍBA**

**JOÃO PESSOA-PB
2020**

FERNANDA THAIS LIRA DE SÁ BARRETO

**A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA PARA CONCRETIZAÇÃO DO
DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA: UMA ANÁLISE DA LEI 10.431/2015 DO
ESTADO DA PARAÍBA**

Dissertação apresentada ao Programa de pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), orientada pelo **Prof. Dr. Robson Antão de Medeiros**, como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Área de Concentração - Direito Econômico.

Linha de Pesquisa - Estado, Mercado e Sujeitos Sociais: Juridicidade e Economicidade.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Robson Antão de Medeiros
Orientador - Presidente

Prof^a Dr^a Lorena de Melo Freitas
Membro Interno

Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho
Membro Interno

Prof^a Dr^a Marília Marques Rego Vilhena
Membro Externo

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

B273i Barreto, Fernanda Thaís Lira de Sá.

A intervenção estatal na economia para concretização do direito à saúde da criança : uma análise da lei nº 10.431/2015 do Estado da Paraíba / Fernanda Thaís Lira de Sá Barreto. - João Pessoa, 2020.
161 f. : il.

Orientação: Robson Antão de Medeiros.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Direito à saúde - Criança. 2. Criança - Hipervulnerabilidade. 3. Economia - Intervenção do Estado. I. Medeiros, Robson Antão de. II. Título.

UFPB/BC

CDU 34:614-053.2(043)

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pela minha vida e pela coragem de encarar todos os obstáculos ao longo dessa pesquisa.

À minha mãe, Maria da Penha, que partiu para o céu no final desta pesquisa, por todo ensinamento moral que me foi dado desde a infância e por ter cuidado dos meus filhos durante a realização desta pesquisa nos momentos que precisei me ausentar.

Ao meu pai, Fernando Lira, professor e advogado vocacionado, por seu ensinamento de que a educação é o bem mais precioso do ser humano.

Ao meu marido, Luís Eduardo, por sempre acreditar que posso alcançar todos os meus sonhos profissionais.

Aos meus filhos, Maria Gabriela e Luís Eduardo, por todas as noites que pediram para dormir com a mamãe, mas entenderam que ela tinha que estudar.

Às minhas irmãs, Patrícia e Mariana, por serem minhas melhores amigas.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Robson Antão de Medeiros, pela atenção e cuidado com o desenvolvimento deste trabalho.

Aos Professores do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba pelos conhecimentos compartilhados com os alunos ao longo destes dois anos, bem como aos colegas de curso, pelos debates em sala de aula e pela amizade.

RESUMO

Resumo: Esta Dissertação tem por objeto o direito fundamental à saúde em contraposição à intervenção estatal na Economia à luz da Lei nº 10.431/15 do Estado da Paraíba. Diante de possíveis conflitos entre normas e princípios constitucionais, o objetivo desta pesquisa foi analisar o direito fundamental à saúde em relação à intervenção estatal na Economia à luz da Lei Estadual da Paraíba nº 10.431/15. O problema da pesquisa está condensado no seguinte questionamento: é normativamente válida a proibição de vendas de refrigerantes em escolas particulares realizada pela Lei nº 10.431/15 do estado da Paraíba? A fim de alcançar o objetivo desta pesquisa, o trabalho dividiu-se em quatro capítulos. O primeiro capítulo cuidou da introdução de todo trabalho. O Segundo capítulo tratou do direito fundamental à saúde preventiva das crianças na normativa brasileira. O terceiro capítulo abordou o estudo da regulamentação normativa da intervenção estatal na Economia. O quarto capítulo, por sua vez, analisou a Lei nº 10.431/15 do Estado da Paraíba a partir das conclusões alcançadas nos capítulos anteriores, detendo-se à análise do direito fundamental à saúde da criança, educação, liberdade e emancipação humana. Metodologicamente, o estudo da temática baseou no método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa foi bibliográfico e o documental. Nas considerações finais do trabalho percebem que a intervenção do Estado na Economia é válida para concretização do direito fundamental à saúde da criança em sua faceta preventiva. No entanto, proibir a venda de refrigerantes em escolas privadas, alcançará seu objetivo de prevenir doenças se estiver associada a alguma política de conscientização de pais, familiares, escolas, Estado e da sociedade. Fora deste contexto, não passará de mera restrição da liberdade.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Hipervulnerabilidade. Criança. Intervenção do Estado na economia.

ABSTRACT

Abstract: The present Dissertation studies the fundamental right to health in the face of state intervention in the economy in light of Law nº 10.431/15 of the Federative-State of Paraíba. Faced with possible conflicts between constitutional norms and principles, the objective of this research is to analyze the fundamental right to health concerning the State intervention in the economy in the light of the Paraíba Law nº 10.431/15. The problem of the research is condensed in the following question: is the prohibition of sales of soft drinks in private schools carried through by the Law nº 10.431/15 of the Federative-State of Paraíba legally valid? In order to reach the objective of this research, the work is divided into four chapters. The first chapter took care of the introduction of all the further content. The second chapter dealt with the fundamental right to preventive health of children in the Brazilian legislation. The third chapter approached the study of the normative regulation of State intervention in the economy. The fourth chapter, in turn, analyzed Law 10.431/15 of the Federative-State of Paraíba based on the conclusions reached in the previous sections, focusing on the analysis of the fundamental right to children's health, education, freedom, and human emancipation. Methodologically, the study of the theme was based on the deductive approach method and the research technique was bibliographic and documentary. In the final considerations of the work, the Dissertation concludes that the intervention of the State in the economy is valid for the implementation of the fundamental right to the child's health in its preventive aspect. Nonetheless, such a prohibition of the sale of soft drinks in private schools will only achieve its objective of preventing diseases if it is associated with some policy of awareness of parents, relatives, schools, the State and society. Outside this context, it will be no more than a restriction of freedom.

Keywords: Right to Health. Hypervulnerability. Child. State intervention in the economy.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPF - Ação Direta de Preceito Fundamental

AGEVISA – Agência Estadual de Vigilância Sanitária

Art. – Artigo

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

CAE - Conselho de Alimentação Escolar

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DUDH - Declaração Universal dos Direitos Humanos

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

FNDE - Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação

FUNABEM – Fundação Nacional de Bem-Estar do Menor

INC - Informação Nutricional Complementar

Inc. – Inciso

LOA – Lei Orçamentária Anual

Min. - Ministro

Nº - Número

OEA – Organização dos Estados Americanos

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

P. – Página

PIDCP - Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

PIDESC - Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais

PNAE - Programa Nacional de Alimentação Escolar

R. – Relator

SISAN - Sistema de Vigilância Alimentar e Nutricional

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

UFPB – Universidade Federal da Paraíba

UNESCO - Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura

UNICEF - Fundo das Nações Unidas para a Infância

LISTA DE TABELA

Tabela 1 - Nestlé Ninho: Iorgute parcialmente desnatado com preparo de morango e cereal	125
Tabela 2 - Del Valle KAPO.....	126
Tabela 3 - Nestlé Nescau Bebida Láctea UHT sabor chocolate.....	126/127
Tabela 4 - Refrigerante de guaraná Antártica.....	128
Tabela 5 – Refrigerante de cola COCA-COLA.....	128

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DA CRIANÇA NO MARCO DA CRFB/88.....	18
2.1 DIREITO À SAÚDE NO DIREITO INTERNACIONAL.....	20
2.2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PREVENTIVA DA CRIANÇA NA CRFB/88.....	26
2.3 A CRIANÇA ENQUANTO SUJEITO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS NA CRFB/88.....	37
2.4. EDUCAÇÃO INFANTIL COMO INSTRUMENTO PARA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PREVENTIVA A PARTIR DE UMA ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL.....	41
2.4.1 Direito à educação e sua relação com a saúde preventiva.....	42
2.4.2 O papel da educação infantil na concretização do direito à saúde preventiva a partir das experiências vividas no ambiente escolar	46
3. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA À LUZ DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA E FINANCEIRA.....	54
3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO MODELO DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA SOCIAL DEMOCRACIA.....	55
3.1.1 Livre Iniciativa e Ampla Concorrência	64
3.1.2 Razões para Intervenção do Estado na Economia	71
3.1.3 Paradoxo inerente ao Estado que pretende assegurar a livre iniciativa e direitos fundamentais e o possível conflito entre princípios constitucionais.....	76
3.2 MODELO ECONÔMICO DA CRFB/88	82
3.2.1 Estado como Agente Normativo e Regulador da Atividade Econômica.....	83
3.2.2 Limites da Intervenção do Estado na Economia.....	87
3.3 DENSIDADE NORMATIVA DO DIREITO À SAÚDE E SUA RELAÇÃO COM A INTERVENÇÃO DO ESTADO.....	90
4. ANÁLISE DA LEI ESTADUAL Nº 10.431/15 DO ESTADO DA PARAÍBA.....	98
4.1 COMPETÊNCIA FEDERATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 PARA A PROTEÇÃO DA SAÚDE	98
4.1.1 Competência Privativa, Comum e Concorrente.....	99
4.1.2 Competência da União, dos Estados e dos Municípios.....	105
4.2 PRESSUPOSTOS PARA A INTERPRETAÇÃO NORMATIVA (VONTADE DO LEGISLADOR <i>VERSUS</i> VONTADE DE JUIZ).....	108
4.3 ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS DA LEI Nº 10.431/15 E DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS.....	115
4.4 LIBERDADE E CULTURA ENQUANTO ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DA SAÚDE CIDADÃ E INTERVENÇÃO DO ESTADO.....	139
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	148
REFERÊNCIAS.....	154
ANEXO.....	163

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) consagra a saúde como direito fundamental social e, enquanto direito, encontra fundamentação em nível constitucional, além de uma vasta regulamentação normativa na esfera infraconstitucional, a exemplo das leis e convenções internacionais de direitos humanos.

Além de sua vinculação com o direito à vida, o direito à saúde se manifesta de forma ainda mais contundente em virtude de sua vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana; de modo a conceder proteção tanto para a sobrevivência física do indivíduo, enquanto vida ou morte, quanto para a vivência digna, ou seja, padrões que garantam o desenvolvimento saudável da pessoa ao longo de sua vida.

A CRFB/88 compreende que o direito fundamental social à saúde, é interpretado a partir de três facetas: promocional, curativa e preventiva. Nesse contexto, ganha relevo o aspecto da saúde preventiva, que se caracteriza pela ação que se antecipa às doenças, com o objetivo de evitar o seu surgimento e manter o indivíduo constantemente saudável. Tudo o que se pode fazer em prol da saúde antes que a doença se instale é considerado medicina preventiva. Cumpre ressaltar, que este tipo de medicina tem evoluído mais do que a curativa por ser tida como a mais eficiente e a menos onerosa.

Do ponto de vista da faceta preventiva, a saúde do infante é concretizada a partir de ações do Poder Público e da comunidade, abrangendo pais, profissionais de saúde, sobretudo da escola particular. Assim, a saúde é desenvolvida a partir do ambiente de convivência da criança, o que garante a entrada do tema nas escolas particulares como forma de promovê-la e prevenir doenças, e não apenas por meio de medidas curativas e ações isoladas sem qualquer resultado eficaz.

Neste contexto, em exercício de sua competência conferida pela CRFB/88, o Poder Legislativo do Estado da Paraíba elaborou a Lei nº 10.431/15, que trata da regulação econômica do Estado da Paraíba nas escolas privadas no que tange à proibição de venda de refrigerantes nos estabelecimentos de educação infantil, fundamental e média.

Conforme se destaca nos debates parlamentares envolvendo a promulgação da referida lei, a medida foi tomada como forma de promover saúde e prevenir doenças nas crianças, tais como obesidade e enfermidades relacionadas às altas taxas de açúcar no organismo, prejudicial ao desenvolvimento saudável desde o ambiente escolar.

Ocorre que é possível argumentar que, ao proibir a venda de refrigerantes em estabelecimentos privados, o Estado intervém na Economia. Isto porque, com o propósito de assegurar o direito à saúde das crianças, o Poder Público interfere no Mercado, impedindo a venda de determinado produto em ambiente privado pelos agentes particulares. Sendo assim, em um diálogo de valores normativos, se percebe uma flexibilização de primeira norma (liberdade econômica) em favor de outra (direito à saúde).

Neste contínuo, tem-se que o objeto desta pesquisa é o estudo do direito fundamental à saúde em cotejo com a intervenção estatal na Economia à luz da Lei nº 10.431/15 do Estado da Paraíba.

No que diz respeito, especificamente, ao direito à saúde das crianças, é de se mencionar que o art. 24 do Decreto nº 99.710/90 (Convenção sobre os Direitos da Criança) que, inclusive, no Brasil, detém hierarquia de norma supralegal, dispõe que o Estado deve garantir aos infantes acesso ao melhor padrão de saúde possível, bem como aos serviços de tratamento voltados à recuperação da saúde. Os Estados devem patrocinar medidas eficazes com o objetivo de promover e incentivar a cooperação internacional para proporcionar efetivação ao direito à saúde.

Neste sentido, é de se ressaltar que as questões relativas à infância e à juventude gozam de caráter prioritário, em razão da “hipervulnerabilidade” de seus titulares. A perspectiva de proteção integral coloca como dever da família, da sociedade e do Poder Público, com prioridade plena, os direitos fundamentais das crianças. Neste sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição positivam os princípios da “absoluta prioridade”, do “melhor interesse da criança e do adolescente”.

Outrossim, ressalta-se que a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, em seu princípio oitavo, estabelece que as crianças gozam de caráter prioritário nos serviços de prestação de saúde.

Nestes termos, dada a sua importância, o direito à saúde deve ser visto não apenas como um direito, mas, sobretudo, como um dever, salientando a importância do papel do Poder Público para que este direito se efetive. Nesse sentido, se ressalta,

inclusive, o dever do Estado de promover políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde.

Sendo assim, com base no artigo 196 da CRFB/88, o direito à saúde é considerado pelo Supremo Tribunal Federal prerrogativa constitucional indisponível que deve ser garantido mediante a realização de políticas públicas; é atribuído ao Estado a obrigação de elaborar condições objetivas que possibilitem o acesso a tal direito, o que pode ser considerado, à luz da doutrina portuguesa, como um dever fundamental do Estado.

Os deveres fundamentais apresentam-se simetricamente ligados aos direitos fundamentais. Esses deveres podem ser entendidos como situações jurídicas de necessidade ou de adstrição, impostas às pessoas diante do Estado ou, por consequência de direitos ou interesses difusos, a determinadas pessoas em face de outras.

Não obstante, a Constituição eleva a livre-iniciativa ao patamar de fundamento da República e a ampla concorrência à princípio da atividade econômica. Em razão disso, parte da doutrina fala, inclusive, em uma “Constituição Econômica”, direcionada à transformação das estruturas sociais através dos seus princípios norteadores.

A CRFB/88 não aborda apenas o livre funcionamento do mercado na autorregulação, mas também as formas de regulação do Estado sobre a iniciativa privada, a fim de garantir os direitos fundamentais dos agentes econômicos, dos trabalhadores, dos consumidores, dos empresários.

O princípio da livre iniciativa está previsto na CRFB/88, no art. 1º, IV e 170, parágrafo único, sendo o norte da ordem econômica. Significa a liberdade para o exercício da atividade econômica. Mais que isso, a ordem econômica tem como alicerces a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, tendo como finalidade assegurar existência digna de acordo com a justiça social. Deste modo, a atividade econômica deve ser vista de forma ampla, pois é tida como valor do Estado Democrático de Direito, e não apenas como elemento restrito aos interesses da Economia.

No que se refere à livre concorrência, trata-se de princípio constitucional inquisitivo. É característica do liberalismo econômico, cujo objetivo é assegurar a sobrevivência do mercado e o fortalecimento da livre iniciativa. A livre concorrência, no conceito que lhe foi atribuído pela Constituição, supõe desigualdade de competição

econômica, ao mesmo tempo em que oferece um quadro de igualdade jurídico-formal, com o intuito de formar um mercado ideal para todos atuarem em igualdade de condições.

Do ponto de vista político, é uma garantia de acesso iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração do poder. O quadro de competitividade gerado através da livre concorrência, é forma de tutela do consumidor com o intuito de conquistar cada vez mais o mercado através de preços baixos em produtos ou serviços. Nesse contexto, livre concorrência significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública.

Neste diapasão, é de se ressaltar que John Keynes, enquanto um dos principais estudiosos do intervencionismo estatal, defendia a expansão da atuação do Estado na Economia através de medidas fiscais e monetárias para amenizar a recessão e depressão do Mercado. O Estado passou a ser visto como agente indispensável no controle mercantil. A Escola Keynesiana não negava o mercado capitalista, mas defendia que ele não era auto regulável. A partir de então, o governo passou, de forma progressiva, a ser planejador e executor das ações sociais e econômicas do Estado, estabelecendo a nacionalização da Economia.

A intervenção econômica, refere-se a todos os tipos de impostos e subsídios, assim como a controles legislativo e administrativo, que tratem a respeito de taxas, ingresso e outras peculiaridades do mercado econômico.

Nesse sentido, corroborando o entendimento acima exposto, o art. 174 da CRFB/88 confere ao Estado a prerrogativa de intervir no mercado como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, nos termos da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado).

A doutrina majoritária reconhece que a CRFB/88 criou uma estrutura organizacional para intervir na atividade mercantil, com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa e o de fornecer equilíbrio entre o crescimento econômico e o social. Parte da doutrina afirma que um dos grandes problemas dos estudos jurídicos e constitucionais do Brasil reside na falta de uma reflexão mais aprofundada sobre o próprio Estado e os padrões e limites da intervenção estatal na Economia, onde esta reflexão é da maior importância para o Estado Brasileiro principalmente por ser subdesenvolvido. Um dos maiores desafios da intervenção

estatal no domínio econômico é a modificação das organizações socioeconômicas e institucionais para atender os interesses e necessidades da sociedade nacional.

Outrossim, no que se refere à regulação foram propostas duas principais escolas: a Neoclássica e a do Interesse Público. A Escola do Interesse Público sustenta que a regulação nada tem a ver com a preservação do Mercado; foi elaborada com o intuito de atender o interesse público, muito embora, na prática, a preocupação com o interesse público se traduz juridicamente nos serviços públicos. A maior crítica a esta escola é a falta de sistematização dada as diferentes formas de regulação. Isso faz com que a regulação ora fraqueje pelo excesso, ora pela ausência.

Neste escopo, é possível considerar eventual conflito entre o direito fundamental à saúde e as normas constitucionais a respeito da livre iniciativa e ampla concorrência. Concretizando tal hipótese, tem-se que, como dito, o Poder Legislativo do Estado da Paraíba elaborou a Lei nº 10.431/15, a qual proíbe cantinas e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média de venderem bebidas de baixo teor nutricional, como os refrigerantes.

A referida lei proíbe, em seu art. 1º, a venda de refrigerantes nas cantinas e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média. O art. 2º dispõe que os estabelecimentos que não observarem o dispositivo desta lei, estarão sujeitos às punições previstas pela legislação sanitária e poderão perder a licença ou o alvará de funcionamento. A Lei nº 10.431/15, no art. 3º, determina que os sistemas de ensino deverão estabelecer as normas e procedimentos para o cumprimento desta Lei no âmbito de suas respectivas redes de ensino.

Diante do exposto, o problema da pesquisa está condensado no seguinte questionamento: é normativamente válida a proibição de vendas de refrigerantes em escolas particulares realizada pela Lei nº 10.431/15 do estado da Paraíba? A hipótese do trabalho de pesquisa é de que esta intervenção do Estado na Economia é válida para concretização do direito fundamental à saúde da criança em sua faceta preventiva.

O objetivo geral da pesquisa é analisar o direito fundamental à saúde em relação à intervenção estatal na Economia à luz da Lei Estadual nº 10.431/15 da Paraíba. No que se refere aos objetivos específicos, o trabalho de pesquisa se propõe a: (i) analisar o direito fundamental à saúde preventiva das crianças de acordo com a normativa brasileira; (ii) estudar a regulamentação normativa da intervenção estatal na Economia; (iii) estudar a Lei nº 10.431/15 do Estado da Paraíba, assim como os debates

parlamentares que a antecederam a partir das notas taquigráficas fornecidas pela Assembleia Legislativa.

A pesquisa se propõe a utilizar o método de abordagem dedutivo, a técnica de pesquisa será o levantamento de dados bibliográficos e documentais. Os documentos utilizados no trabalho serão a Lei nº 10.431/15 do Estado da Paraíba, a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Decreto nº 99.710/90 (Convenção sobre os Direitos da Criança). As referências doutrinárias do trabalho serão as obras de Jorge Miranda, José Casalta Nabais, Eros Grau, Ingo Wolfgang Sarlet, André de Carvalho Ramos, Robson Antão de Medeiros, Canotilho, Fernando Vasconcelos, Cláudia Lima Marques, José Afonso da Silva, Gilberto Bercovici, Calixto Salomão Filho, Pietro Perlingieri dentre outros.

No que tange à estrutura do trabalho procede-se a divisão em quatro capítulos. O primeiro capítulo é a Introdução do trabalho. O segundo capítulo trata do direito fundamental à saúde na normativa nacional e principais documentos internacionais, fazendo-se, posteriormente, recorte metodológico para enfatizar a saúde preventiva das crianças e adolescentes.

O terceiro capítulo se ocupa do estudo da regulamentação normativa da intervenção estatal na Economia, enfatizando a importância da CRFB/88 no domínio econômico e social para a concretização de direitos e princípios fundamentais como a dignidade humana e livre iniciativa, além das razões e limites para a intervenção estatal na economia para que não haja violação dos princípios inerentes à ordem econômica.

O quarto capítulo, por sua vez, analisa a Lei nº 10.431/15 do Estado da Paraíba à luz das discussões elencados nos capítulos anteriores, detendo-se sobre o direito fundamental à saúde da criança e a liberdade econômica, verificando possíveis conflitos de forma a considerar a referida lei normativamente inválida ou não.

Enquanto quadro normativo, aponta-se as seguintes normas essenciais para a condução da pesquisa: a Lei nº 10.431/15 do Estado da Paraíba, a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), além de Decreto nº 99.710/90 (Convenção sobre os Direitos da Criança). Outrossim, é apontada enquanto base normativa a ser utilizada para a pesquisa a jurisprudência dos tribunais superiores.

A justificativa para elaboração deste trabalho transparece pela relevância da pesquisa para a realidade paraibana (tendo em vista tratar de Lei estadual nº 10.431/15), e, ao mesmo tempo, relevância nacional e internacional, ao se considerar que a

preocupação com a saúde infantil e a intervenção do Estado no meio privado é tema de interesse global, conforme indicam os fóruns internacionais de proteção das crianças.

Outrossim, se justifica a pesquisa ao se considerar que esta propõe um estudo que pode afetar a realidade local ao questionar a validade jurídica de uma lei que está em vigor e afeta o cotidiano paraibano. Por fim, a relação das escolas enquanto meios responsáveis pela saúde infantil se trata de tema pouco explorado nas academias jurídicas e, deste modo, a pesquisa pode contribuir com seu aprofundamento.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DA CRIANÇA NO MARCO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988

O desenvolvimento científico e tecnológico trouxe para a coletividade moderna consequências que podem ser devastadoras e que podem levar à destruição do mundo. É da natureza humana o processo de transformação social, o que consequentemente ocasiona o surgimento de novos conflitos sociais, que deverão ser solucionados pelo Estado, principalmente diante do progresso da ciência e da tecnologia. No entanto, diante desse processo de acelerada mutação social, o legislador encontra dificuldade na elaboração de leis que restabeleçam a pacificação e venham tornar efetivos os direitos individuais e coletivos.

As leis precisam ser elaboradas para dirimir os conflitos existentes no cotidiano, observando-se as peculiaridades de cada sociedade, bem como as novas situações que surgirão em virtude do processo de transformação social; o que parece ser fundamental à sociedade em um determinado momento histórico, pode deixar de ser com o passar do tempo e com a evolução da sociedade. Não raras vezes, o legislador cria leis que não são capazes de atender aos anseios da sociedade.

Quanto às constantes transformações sociais, Norberto Bobbio afirma que:

O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc.¹

Assim, diante deste cenário de instabilidade nas relações sociais, o legislador precisa resgatar as experiências históricas vivenciadas pela humanidade, entender os anseios que perturbam a pacificação social na atualidade e projetar a leis, a serem inseridas em um contexto social atual, de forma que atendam à solução dos conflitos e efetivem a concretização de direitos fundamentais coletivos e individuais.

De acordo com Paulo Bonavides, vários juristas têm empregado estas denominações de maneira promíscua, havendo o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em consonância

¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Later. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 3ª reimpressão, p. 38.

com a tradição e a história, enquanto a expressão “direitos fundamentais” parece se limitar à preferência dos publicistas alemães.²

Desde logo, é necessário estabelecer a diferença entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, em virtude da possível confusão quanto à distinção dessas duas expressões. Inclusive, atualmente, vários operadores do Direito utilizam essas expressões como sinônimas. No entanto, este trabalho segue o entendimento de que são conceitos são diferentes: ora se refere ao direito internacional, ora ao direito constitucionalmente positivado.

De acordo com Ingo Sarlet³, os direitos fundamentais são e sempre serão direitos humanos, cujo titular é o ser humano, individual ou coletivamente agrupados. Além do mais, a expressão “direitos humanos” possui limites mais amplos e imprecisos do que os direitos fundamentais. Ressalte-se ainda que esses dois direitos guardam relação intrínseca com a dignidade da pessoa humana⁴ na qualidade de sujeito de direito individual ou coletivo. Provavelmente, é neste sentido que muitos confundem esses dois direitos.

Assim, Paulo Bonavides acrescenta que os direitos fundamentais visam criar condições essenciais para estabelecer uma vida baseada na liberdade e na dignidade da pessoa humana, além de serem aqueles direitos que o direito vigente identifica como tais, com status constitucional mais elevado de garantia ou segurança, sendo considerados ou imutáveis ou de difícil alteração.⁵

A respeito desta diferenciação, esclarece Carlos Alberto Molinaro que:

Os direitos humanos e os direitos fundamentais, entendidos os primeiros como direitos positivados na ordem internacional, e os segundos como direitos positivados nas Constituições estatais, guardam semelhança quanto a sua conformação de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana na qualidade de sujeito individual ou plural. Em qualquer sentido, ao menos no mundo ocidental e democrático, os direitos humanos e os direitos fundamentais constituem o arcabouço de qualquer estatuto internacional, ou

² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 560.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. rev. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 35.

⁴ O amplo conceito de dignidade da pessoa humana encontra maior acolhida na delimitação do filósofo Immanuel Kant, o qual afirma que: “no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”. KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**; tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004, p.64.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 560-561.

das Constituições dos Estados Nacionais, e adquirem a forma de direitos de defesa e de direitos a prestações.⁶

Portanto, a expressão “direitos fundamentais” está relacionada aos direitos do ser humano reconhecidos e positivados no âmbito do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto que a expressão “direitos humanos” se refere aos documentos de direito internacional, por estar relacionada ao reconhecimento jurídico da condição de ser humano, independentemente da ordem constitucional que pertença.

2.1 DIREITO À SAÚDE NO DIREITO INTERNACIONAL

Após a Segunda Guerra Mundial, a sociedade sentiu necessidade de elaborar um novo documento para resguardar os direitos humanos dos sobreviventes e das futuras gerações⁷. Foi a partir desta necessidade, em 1948, em Paris, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁸, na Assembleia Geral da ONU, um importante documento que trata dos direitos humanos básicos, em nível internacional, incentivando a criação de órgãos especiais para proteger direitos que derivavam da essência ou da natureza do homem. De acordo com Paulo Bonavides, com a DUDH “o humanismo político da liberdade alcançou seu ponto mais alto do século XX”.⁹

A partir do que dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos nos seus 30 artigos, “trata-se de um documento de convergência e ao mesmo passo de uma síntese”¹⁰. Verifica-se, ainda, que se trata de uma exposição genérica dos direitos

⁶ MOLINARO, Carlos Alberto. Dignidade, interculturalidade e direitos humanos e fundamentais – uma nova tecnologia? In. BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tassinari (Org). **Direitos Fundamentais e Vulnerabilidade Social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 30.

⁷ De acordo com Paulo Bonavides, a DUDH representou uma espécie de carta de alforria para os povos que as subscreveram, depois da guerra de extermínio das décadas de 30 e 40, que representou o mais grave duelo da liberdade com a servidão em todos os tempos. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 574.

⁸ Segundo Sven Peterke, em princípio a DUDH goza meramente de *status soft law*, pois esse tipo de documento traz regras e disposições que muitas vezes se encontra em um processo de formação do direito positivo, porém ainda não elaboraram obrigações jurídicas. Porém, em relação à DUDH, já foi reconhecido atualmente que essa transformação, ao menos em parte, já aconteceu. PETERKE, Sven. O DIDH como Direito Positivo. In. PETERKE, Sven (Coord). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 574.

¹⁰ Paulo Bonavides acrescenta que a DUDH “representa uma convergência de anseios e esperanças, porquanto tem sido, desde sua promulgação, uma espécie de carta de alforria para os povos que a subscreveram, após a guerra de extermínio dos anos 30 e 40, sem dúvida o mais grave duelo da liberdade com a servidão em todos os tempos. Síntese, também, porque no bronze daquele monumento se

humanos, até porque abordar e disciplinar temas relacionados ao ser humano de forma pormenorizada, levado em consideração questões complexas que são próprias da condição do homem, seria tarefa difícil de ser esgotada no plano internacional, principalmente levando em consideração questões sociais, políticas e culturais dos países signatários.

No entanto, apesar de ter um corpo normativo estreito, formado por apenas trinta artigos, é possível interpretar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos representa a consciência histórica que a humanidade tem dos seus valores fundamentais na segunda metade do século XX, refletindo direitos históricos do homem e servindo de inspiração para gerações futuras, de forma que poderão e deverão ser reajustadas para atender às novas situações futuras que nem de longe se poderia imaginar há época, representando “um grau adiantadíssimo de consciência do homem livre, cidadão de todas as pátrias”¹¹.

Em relação especificamente à saúde enquanto direito humano, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, preceitua em nível internacional:

Artigo 25º

1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

2. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social.¹²

Assim, dentre os direitos essenciais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos trata da dignidade da pessoa humana, da liberdade, do direito à vida, à saúde, à educação, temas fundamentais do direito brasileiro. Por sua vez, a Declaração elege a

estamparam de forma lapidar direitos e garantias que nenhuma Constituição insuladamente lograria ainda congrega ao redor do consenso universal. Se a Declaração exprime esse grau adiantadíssimo de consciência do homem livre, cidadão de todas as pátrias, bem merece ela que se faça a respeito de sua importância um ligeiro exame doutrinário”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 574.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 574.

¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 574.

¹² A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, resultante de um consenso entre Estados-Membros da Organização das Nações Unidas. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), 1948**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> por <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

educação¹³ como um instrumento indeclinável para a promoção dos direitos humanos, assim como a saúde¹⁴ um direito inalienável a ser conquistado por toda humanidade.

Em nível global, além da Declaração Universal de Direitos Humanos, outros dois diplomas foram fundamentais para a influência dos direitos humanos no mundo, são eles: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (PIDESC), ambos adotados na Assembleia Geral das Nações Unidas de 1966.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos¹⁵ teve por objetivo “tornar juridicamente vinculantes aos Estados vários direitos contidos na Declaração Universal de 1948, detalhando-os e criando mecanismos de monitoramento internacional de sua implementação pelos Estados partes”, afirma André de Carvalho Ramos¹⁶. No Brasil, o protocolo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos foi aprovado em 2009 através do Decreto Legislativo nº 311/2009.

No que se refere ao Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, é considerado, de acordo com André de Carvalho Ramos¹⁷ “um marco para os direitos econômicos, sociais e culturais vencendo a resistência de vários Estados e mesmo da doutrina que viam os direitos sociais em sentido amplo como sendo meras

¹³ Neste sentido dispõe a DUDH acerca do direito à educação no art. 26: I) 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 técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, está baseada no mérito. II) 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. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), 1948**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> por <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

¹⁴ Assim dispõe o art. 25 da DUDH: I) Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. II) A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), 1948**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> por <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

¹⁵ Acrescenta ainda André de Carvalho Ramos, em relação especificamente à proteção das crianças, que “o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos assegura o direito de não sofrer discriminação por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, bem como o direito às medidas de proteção por parte de sua família, da sociedade e do Estado que sua condição de menor requerer. Toda criança tem o direito de adquirir uma nacionalidade e deverá ser registrada imediatamente após o seu nascimento e deverá receber um nome (art. 24)”. RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 159-160.

¹⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 155.

¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 163.

recomendações ou exortações” e foi recepcionado no Brasil em 1991 através do Decreto Legislativo nº 226. Por sua vez, em nível internacional regional, os direitos humanos contam com a proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, onde a Organização dos Estados Americanos (OEA) elaborou o seu próprio sistema de Direitos Humanos, cujo objetivo é:

fortalecer a paz e a segurança do continente Americano, promover e consolidar a democracia representativa, com todo respeito ao princípio da não –intervenção, prevenir possíveis causas de dificuldades e assegurar a solução pacífica de eventuais confrontos entre os Estados-membros.¹⁸

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi aprovada em 1969, porém o Brasil aderiu apenas em 1992. A partir da assinatura do Pacto, os Estados-membros são obrigados a assegurar os direitos protegidos pela Convenção, não apenas no sentido de não violar esses direitos, mas também assegurar o amplo exercício dos mesmos.

A CADH criou uma Corte, composta por sete juízes eleitos por seis anos, com competência para julgar os países que aderiram e reconhecem a sua jurisdição, caso haja violação dos direitos protegidos pelo Pacto¹⁹. Com preocupação internacional a saúde é encarada como um direito humano, principalmente em virtude da sua estreita relação com a dignidade e a vida. Por esta razão, em nível internacional, Organização Mundial de Saúde (OMS), no seu preâmbulo, conceitua a saúde da seguinte forma: “A saúde é um completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”.²⁰

Constata-se que a OMS define a saúde de modo amplo e avançada para a época que foi formulada, implantando desde já a concepção de saúde preventiva, promocional e curativa²¹, com o objetivo de salvaguardar a saúde, a vida e a dignidade da pessoa

¹⁸ HEINTZE, Hans Joachim. Os Direitos Humanos Como Matéria de Direito Internacional Público. In: PETERCK, Sven (Coord.). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009, p. 69.

¹⁹ Primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos humanos foi no caso de Damião Ximenes, deficiente mental, o qual sofreu de agressões físicas na Casa de Repouso Guararapes (CE), onde faleceu. Assim, diante da morosidade da justiça brasileira em julgar o caso, a família acionou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Washington). Assim, a Comissão processou o Estado Brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²⁰ BRASIL. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso: 10 set. 2019.

²¹ Este trabalho trará a conceituação, nas páginas seguintes, de saúde preventiva, promocional e curativa para fins de diferenciação e melhor compreensão da temática.

humana. Ressalte-se, inclusive, que a OMS visa o desenvolvimento da medicina preventiva e curativa:

Art. 2 Para conseguir o seu objetivo, as funções da Organização serão:

[...]

p) Estudar e relatar, em cooperação com outros organismos especializados, quando for necessário, as técnicas administrativas e sociais referentes à saúde pública e aos cuidados médicos sob os pontos de vista preventivo e curativo, incluindo os serviços hospitalares e a segurança social;

Neste contexto, a sociedade mundial inspira e necessita conquistar a saúde em internacional. Porém, proporcionar uma vida saudável aos indivíduos requer proporcionar desde os primeiros dias de vida condições dignas, por ser este um fator determinante para a manutenção de uma infância mais saudável e consequentemente refletirá numa vida adulta com menos doenças. Por esta razão, é imprescindível aprofundar a pesquisa para o avanço da ciência e o conhecimento de novas técnicas proporcione a melhor qualidade de vida aos seres humanos.

Nesta senda, a saúde deve ser vista como um elemento indispensável para a promoção da vida, do bem-estar físico e mental dos seres humanos, em virtude de sua vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana; de modo a conceder proteção tanto para a sobrevivência física do indivíduo, enquanto vida ou morte, quanto para a vivência digna, ou seja, padrões que garantam o desenvolvimento saudável da pessoa ao longo de sua vida.²²

A respeito da eficácia do direito à saúde encarado como um direito humano, Norberto Bobbio afirma que:

Decerto, para empenhar-se na criação dessas condições, é preciso que esteja convencido de que a realização dos direitos do homem é uma meta desejável; mas não basta essa convicção para que aquelas condições se efetivem. Muitas dessas condições (e passo assim ao terceiro tema) não dependem da boa vontade nem mesmo dos governantes, e dependem menos ainda das boas razões adotadas para demonstrar a bondade absoluta desses direitos: somente a transformação industrial num país, por exemplo, torna possível a proteção dos direitos ligados às relações de trabalho. Deve-se recordar que o mais forte argumento adotado pelos reacionários de todos os países contra os direitos do homem, particularmente contra os direitos sociais, não é a sua falta de fundamento, mas a sua inexecutabilidade. Quando se trata de enunciá-los, o acordo é obtido com relativa facilidade independentemente do maior ou menor poder de convicção de seu fundamento absoluto; quando se trata de

²² MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 556.

passar à ação, ainda que o fundamento seja inquestionável, começam as reservas e as oposições. O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-lo, mas o de protegê-lo. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.²³

Vê-se que os países desenvolvidos do ponto de vista material ou econômico gozam de um padrão de saúde superior aos países subdesenvolvidos, tendo em vista as várias condições influenciam no estado de saúde do indivíduo e da coletividade, tais como alimentação, moradia, educação, organização das cidades, renda, ecossistema equilibrado e até mesmo a paz.²⁴

No entanto, os Estados que aderem aos pactos internacionais precisam elaborar internamente uma política para concretização dos direitos humanos, notadamente o direito à saúde. O planejamento de políticas públicas são importantes características do Estado social de direito²⁵, tendo em vista que o processo de realização e efetivação desses direitos fundamentais necessitam de uma ação planejadora eficiente que possa atender os diversos anseios e demandas sociais. O Estado precisar estar estruturado com políticas de planejamento capazes de superar os diversos obstáculos impostos por ele mesmo e pela própria sociedade.

A respeito dessas políticas de planejamento, exige-se uma ação complexa e conjunta entre os três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), observando-se as atividades típicas de cada entidade. Requer-se, além do mais, empenho do Estado brasileiro para a criação de sistemas públicos eficazes, capazes de solucionar os conflitos sociais e assegurar os direitos humanos mínimos da população, tais como educação, saúde, ecossistema equilibrado, principalmente por se tratar de um país subdesenvolvido.

²³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Later. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 3ª reimpressão, p. 43.

²⁴ MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 556.

²⁵ O fim da Segunda Guerra Mundial ocasionou a derrocada do Estado liberal para atender à sociedade dilacerada pelos efeitos da guerra, onde o Estado deixa de ter uma postura omissa diante dos anseios da população. Assim, vários países, inspirados no México (1917) e na Alemanha (1919), passaram a adotar um modelo de Estado preocupado em solucionar demandas concretas dos cidadãos por meio de uma prestação direta de serviços de cunho social, assegurando, desta forma, o mínimo necessário para uma existência digna. A partir deste cenário surge o Estado Social, preocupado não apenas com o desenvolvimento econômico dos indivíduos e do mercado, mas também em assegurar o bem-estar da coletividade mediante a prestação de serviços sociais, os quais serão financiados a partir da arrecadação de tributos pelo Estado. LIMA, Gilvanklin Marques de. **O Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988: entre a concretização e a inviabilidade**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. João Pessoa, 2015, p. 22-24.

2.2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PREVENTIVA DA CRIANÇA NA CRFB/88

O Estado brasileiro sofreu diversos processos de mudança normativa a fim de acompanhar as transformações sociais, o qual, desde a sua independência de Portugal, teve oito constituições: a Constituição de 1824, a Constituição de 1891, a Constituição de 1934, a Constituição de 1937, a Constituição de 1946, a Constituição de 1967, a Constituição de 1969 e a Constituição Federal de 1988.

Cumprе ressaltar que a Constituição Federal de 1934²⁶ implantou pela primeira vez no Brasil o modelo de estado social, onde o Estado se mostra mais inclinado para atender os anseios da sociedade. A partir desta Constituição, o Estado brasileiro passou a se preocupar com as questões sociais dos cidadãos, muito embora, nas Constituições seguintes, o Brasil tenha oscilado entre a democracia e a ditadura.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988²⁷, o Brasil recepcionou os princípios de um estado social e democrático de direito, onde o fundamento deste modelo de estado social, não é apenas o respeito aos direitos individuais, tais como liberdade de expressão, direito de ir e vir, mas também a concretização dos direitos sociais²⁸, como por exemplo, direito à saúde, à alimentação, à educação. O cidadão é visto como um indivíduo dotado de direitos fundamentais reconhecidos constitucionalmente, os quais precisam ser protegidos e garantidos pelo Poder Público.

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 trouxe pela primeira vez, no Título II, a expressão “direitos e garantias fundamentais”²⁹, tendo em vista que nas

²⁶ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 25 ago. 2019.

²⁷ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2019

²⁸ Acerca dos direitos sociais, esclarece Vidal Serrano Nunes que “envolvem uma ampla seara de direitos, como, por exemplo, os de proteção do trabalho, o direito a saúde e o direito de educação. Naqueles florescem disposições como as que limitam a jornada de trabalho, impõem pisos salariais e asseguram participação nos lucros participação nos lucros da empresa, mas também outras que indicam a existência do direito de greve e do direito de sindicalização, além de outras formas organizatórias mais específicas. É visível certa assincronia entre os direitos citados. O direito à saúde e o direito à educação, de fato exigem do Estado uma atividade prestacional, que devem ser materializadas em serviços públicos. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 45.

²⁹ A Assembleia Constituinte Nacional ao adotar a expressão “direitos fundamentais” se inspirou principalmente na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976, rompendo com a

Constituições anteriores utilizavam a expressão “direitos e garantias individuais”. Esses direitos são referentes à educação, saúde, alimentação, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, os quais receberam um *status* diferenciado pelo próprio legislador, sendo elevados à condição de autênticos direitos fundamentais sociais, tendo em vista que, nas Constituições anteriores, os direitos sociais estavam inseridos no capítulo relativo à ordem econômica e social.

A este respeito acrescenta Ingo Sarlet que:

De qualquer modo, ficou consagrado o status jurídico diferenciado e reforçado dos direitos fundamentais na Constituição vigente. Esta maior proteção outorgada aos direitos fundamentais manifesta-se, ainda, mediante a inclusão destes no rol das “cláusulas pétreas” (ou garantias de eternidade”) do art. 60, § 4º, da CF, impedindo a supressão e erosão dos preceitos relativos aos direitos fundamentais pela ação do poder Constituinte derivado.³⁰

Em virtude da sua importância, os direitos fundamentais são considerados cláusulas pétreas, os quais não podem ser alterados nem mesmo pelo poder constituinte reformador por meio de emenda à Constituição³¹. Assim, o Estado deve garantir a materialização desses direitos tidos como essências pela vontade da Assembleia Constituinte, de forma que todos os cidadãos possam usufruir efetivamente destes direitos, principalmente por serem direitos inerentes à condição humana³².

A CRFB/88³³ no art. 1º, inciso III, eleva a dignidade da pessoa humana³⁴ ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito³⁵, bem como no *caput* do art. 5º resguarda a inviolabilidade do direito à vida. Nesta senda, é no âmbito do direito à saúde que se manifesta de forma mais contundente a relação da natureza positiva

tradição até então adotada no direito constitucional positivo. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. rev. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 34.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 79.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. rev. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. rev. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79.

³³ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2019.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. rev. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 113-114.

³⁵ A dignidade da pessoa humana foi elevada ao patamar de fundamento da República e, de acordo com Ingo Sarlet, os direitos fundamentais são, em verdade, concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana consagrado expressamente em nossa Lei Fundamental. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. rev. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 83.

prestacional, como remédio para resguardar o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é relativamente recente e foi submetido a um longo processo de incorporação no ordenamento jurídico brasileiro pela doutrina e legisladores. Inclusive, apesar de estar previsto expressamente na Carta Constitucional, é algo que foi e ainda vem sendo construído ao longo de muitos anos.

Historicamente, ganhou destaque com a aparição formal na Constituição de Weimar de 1919. Estabeleceu-se como princípio jurídico no século XX, após a 2ª Guerra Mundial, o valor da dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido expressamente nas Constituições em diversos países, como por exemplo, Alemanha, Espanha, Grécia, Irlanda e Portugal. Este fato que gerou a necessidade mundial de uma busca pela humanização do direito, consolidada com os **Direitos** Humanos e a aprovação de documentos internacionais na Organização das **Nações** Unidas (ONU), tais quais: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1996), e o Pacto Internacional dos **Direitos** Econômicos, Sociais e Culturais (1966), dentre outros.³⁶

Dentre os direitos fundamentais, o direito à saúde foi consagrado pela Carta Constitucional um direito fundamental social³⁷ pelo que dispõe o art. 6º da CRFB/88³⁸, a partir do Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Assim, existe uma intrínseca relação da dignidade da pessoa humana com o direito à vida e o direito à saúde, consagrado no art. 6º da CRFB/88 como direito

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. rev. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 113-114.

³⁷ José Afonso da Silva aduz que “os ‘direitos sociais’ como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionada pelo Estado direta ou indiretamente enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos; direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam com o direito da igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real – o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”. SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 186-187.

³⁸ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2019.

fundamental social, o qual recebe maior concretização em nível normativo-constitucional a partir do art. 196 até o art. 200, além da vasta regulamentação em nível infraconstitucional.³⁹

Assim, art. 196 da CRFB/88 dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Do ponto de vista da faceta preventiva, verifica-se no dispositivo constitucional citado que a saúde deve ser garantida pelo Estado através da implementação de políticas públicas para oferecer à sociedade, condições de acesso à saúde preventiva.

A partir da previsão Constitucional (art. 196 a 200) de que a saúde é direito de todos e dever do Estado não resta dúvida de que o Estado tem o dever de concretizar este direito. Sendo assim, com base no art. 196 da CRFB/88, o direito à saúde é considerado pelo Supremo Tribunal Federal prerrogativa constitucional indisponível que deve ser garantido mediante a realização de políticas públicas; é atribuído ao Estado a obrigação de elaborar condições objetivas que possibilitem o acesso a tal direito ⁴⁰, o que pode ser considerado, à luz da doutrina portuguesa, como um dever fundamental do Estado.

Neste mesmo sentido, a respeito do dever do Estado de concretizar direitos, José Casalta Nabais sustenta que os deveres fundamentais constituem a “face oculta” dos direitos fundamentais, pois, mesmo quando as constituições não o dizem expressamente, integram diversos deveres fundamentais. Estes deveres “constituem o suporte do estado social, ou seja, os deveres econômicos, sociais e culturais, como os deveres de subscrever um sistema de segurança social, de proteger a saúde, de frequentar o ensino básico, etc”⁴¹.

Por isso, o Estado elaborar políticas eficazes para a concretização de direitos fundamentais não é uma mera faculdade ou opção que o Poder Público tem, mas um

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 592.

⁴⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. [Emendas Constitucionais de Revisão](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Brasil: DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 ago. 2019.

⁴¹ NABAIS, José Casalta. **A Face Oculta Dos Direitos Fundamentais: Os Deveres E Os Custos Dos Direitos**. Revista do Direito Público da Economia, ano 5, número 20. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 157-158.

dever que o mesmo assume perante a sociedade. Em termos práticos, não há sentido em conferir direitos aos cidadãos se estes não poderão usufruir dos mesmos.

Assim, um dos principais e mais elementares direitos conferidos ao ser humano é o direito à vida e o ponto de intercessão entre o direito à vida, à saúde e a própria dignidade da pessoa humana está na proteção da integridade corporal e psíquica como condição minimamente essencial à existência do ser humano. A saúde assegurada enquanto direito fundamental vem resguardar, além da sobrevivência física e mental do indivíduo, a sobrevivência que abranja também a dignidade da pessoa humana.

O conceito de saúde enquanto direito fundamental passou por diversas transformações ao longo da história da humanidade. Este conceito foi evoluindo de acordo com a própria evolução do homem não apenas em relação ao direito positivado, mas principalmente em relação noção do que seja saúde propriamente dita.

Neste sentido, o conceito atual de saúde é assinalado por Robson Antão de Medeiros e Eduardo Soares da seguinte forma:

entre os vários conceitos de saúde, provavelmente o mais abrangente é dado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), que aborda como o estado de completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou de qualquer afecção, o que foi absorvido pela legislação pátria ao incluir como fatores determinantes e condicionantes de saúde pública, entre outros: a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.⁴²

Apesar de não estar previsto expressamente, a CRFB/88 está em harmonia com o amplo conceito de saúde traçado pela OMS, em virtude do dever de resguardar a vida e a dignidade humana⁴³.

Ainda em relação à saúde, Pietro Perlingieri acrescenta:

A saúde, perfil essencial da pessoa, interessa ao operador do direito sob vários pontos de vista, os quais confluem na ampla problemática que, em geral, se encerra na expressão 'direito à saúde'. Nesse contexto, seria limitativo individuar o conteúdo do direito à saúde no respeito à integridade

⁴² MEDEIROS, Robson Antão; SOARES, Eduardo José de Carvalho. **Judicialização da Saúde: a influência da biotecnologia quando resistida pelo Estado a inserção das novas tecnologias**. In. MEDEIROS, Robson Antão (Org.). Biotecnologia, Bioética e Direitos Humanos. João Pessoa-PB: Editora da UFPB, 2015, p. 229-230.

⁴³ MAIA, Maurílio Casas. **O Direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor**. Revista do Direito do Consumidor, ano 21, vol. 84. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 200.

física; e, isso, por duas razões. A saúde refere-se também àquela psíquica já que a pessoa é uma indissolúvel unidade psicofísica; a saúde não é apenas aspecto estático e individual, mas pode ser relacionada ao são e livre desenvolvimento da pessoa e, como tal, constitui um todo com esta última.⁴⁴

Maurílio Casas Maia⁴⁵ entende que este direito pode ser interpretado a partir de três facetas: promocional, curativa e preventiva. Por sua vez, Ratelle⁴⁶ compreende que a saúde promocional deve ser encarada de forma ampla e pode ser definida como medidas que servem para melhorar a qualidade de vida e o bem-estar social da sociedade. A promoção da saúde é um dos pilares essenciais para a prevenção de doenças. No que se refere à saúde curativa é aquela que, depois de instalada a doença, visa tratar os seus sintomas e trazer o restabelecimento da saúde. Além de causar dor e sofrimento ao indivíduo, é mais dispendioso ao Poder Público.

No desenvolvimento deste trabalho, ganha relevo a saúde preventiva⁴⁷, a qual pode ser conceituada como toda ação que se antecipa às doenças com o objetivo de evitar o seu surgimento e manter o indivíduo constantemente saudável⁴⁸.

É de ressaltar que a saúde preventiva se caracteriza mediante qualquer ação, que não precisa ser necessariamente exclusiva de um profissional de saúde, cujo objetivo seja evitar o surgimento de doenças para manter o indivíduo constantemente saudável.⁴⁹ Toda ação ou omissão que tenha por objetivo proteger a saúde antes que a doença se instale é considerado medicina preventiva.

De acordo com Maurílio Casas Maia:

[...] notória a adoção privilegiada das dimensões promocionais e preventivas da saúde, mencionando-se somente por fim a dimensão repressiva ou curativa.

[...]

Em outras palavras, a Constituição da República confere primazia à prevenção e promoção da defesa da saúde, mas sem deixar esquecida a dimensão repressiva ou curativa. É nesse sentido amplo de saúde que repousa

⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 158.

⁴⁵ MAIA, Murílio Casas. **O Direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor**. Revista do Direito do Consumidor, ano 21, vol. 84. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 200.

⁴⁶ RATELLE, Sylvie. **Medicina Preventiva e Saúde Pública**. 8 ed. São Paulo: Manole, 1999, p. 25.

⁴⁷ De acordo com Samuel Pessoa, “a medicina preventiva se constitui em atividade excessivamente vasta e, muitas vezes, de limites bastante imprecisos”. PESSOA, Samuel Barnsley. **Ensaio Médico-Sociais**. 2ª ed. São Paulo: Cebes Hucitec, 1978, p. 314.

⁴⁸ RATELLE, Sylvie. **Medicina Preventiva e Saúde Pública**. 8 ed. São Paulo: Manole, 1999, p. 25.

⁴⁹ MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 567.

a tutela da dignidade humana por meio de atividade sanitária de tríplice faceta – promocional, preventiva e curativa –, devendo ser esse o caminho norteador do Poder Público em suas políticas públicas.⁵⁰

Samuel Pessoa afirma que as crianças são as maiores vítimas de moléstias parasitárias e infecciosas, por isso, é na preservação da vida e na luta pela conservação da saúde da criança que a medicina preventiva pode exercer ação ampla e eficiente.⁵¹

Além disso, a saúde preventiva ganha destaque porque a manutenção da saúde do ser humano está intrinsecamente ligada à sua dignidade e à sua própria vida, como dito anteriormente, pois tudo o que se pode fazer em prol da saúde antes que a doença se instale é considerada medicina preventiva e deve ser encarado como prioridade para a organização e o procedimento de instrumentalização do direito à saúde. Cumpre ressaltar, que este tipo de medicina tem evoluído bastante nos últimos anos por ser tida como a mais eficiente para o indivíduo e a menos onerosa para o Estado⁵².

O Relatório Final da 14ª Conferência Nacional da Saúde, na Diretriz nº 09, intitulada “Por uma sociedade em defesa da vida e da sustentabilidade do planeta: ampliar e fortalecer as políticas sociais, projetos intersetoriais e a consolidação da vigilância e a promoção à saúde”, dispõe no tópico 01, que tem como objetivo fortalecer os programas de promoção da saúde, prevenção de doenças e qualidade de vida voltados para os diferentes ciclos da vida: crianças, idosos, adolescentes, entre outros, além de pessoas com necessidades especiais, garantindo a acessibilidade nos serviços públicos e privados.⁵³

Outro objetivo da 14ª Conferência Nacional da Saúde que merece destaque é qualificar as políticas específicas e afirmativas de atenção à saúde, bem como incentivar programas de conscientização sobre as mesmas, de forma universal, integral, equitativa e descentralizada: acesso às consultas, exames, procedimentos, prevenção e promoção na atenção básica, de média e alta complexidade.

⁵⁰ MAIA, Murílio Casas. **O Direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor**. Revista do Direito do Consumidor, ano 21, vol. 84. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 200-201.

⁵¹ PESSOA, Samuel Barnsley. **Ensaio Médico-Sociais**. 2ª ed. São Paulo: Cebes Hucitec, 1978, p. 319.

⁵² MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 567.

⁵³ BRASIL. **Relatório Final da 14ª Conferência Nacional de Saúde: Todos Usam o SUS**. SUS na Seguridade Social – Política Pública, Patrimônio do Povo Brasileiro. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2012, p. 44. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_final_14_conferencia.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2019.

Porém, cumpre destacar que apesar do Poder Público e da sociedade terem consciência da importância da manutenção da saúde, muitas ações positivas de cunho preventivo ou promocional que contribuiriam para o bem-estar do ser humano são colocados de lado em detrimento de interesses particulares ou até mesmo financeiros⁵⁴.

Na maioria dos casos, o direito à saúde depende da organização prévia de procedimentos e estruturas, muitas vezes públicos, para que possa ser efetivado. Não se trata apenas de fornecer vacinas à população, mas de criar estruturas sociais de proteção dos seres humanos, através da implantação de políticas de empoderamento como forma de proteger as pessoas vulneráveis para não incidir nem no disciplinamento, nem na vitimização. Os cidadãos precisam perceber a importância e os benefícios da vacinação, da manutenção da higiene pessoal, de uma alimentação saudável, da prática de exercícios físicos cotidianamente, sem que o Estado precise obrigá-los a adotar um estilo de vida saudável.

A Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica de Saúde – SUS) dispõe:

Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis para o seu pleno exercício.

§1º O dever do Estado de Garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de risco de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família,, das empresas e da sociedade.

Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.⁵⁵

Assim, verifica-se a preocupação em nível nacional e internacional para a concretização do direito à saúde não apenas na faceta curativa ou promocional, mas também, e principalmente, na preventiva. A saúde preventiva não pode ser caracterizada

⁵⁴ MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 567.

⁵⁵ BRASIL. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 30 ago. 2019.

apenas como ausência de doenças, pois o conceito de saúde envolve questões mais amplas, como o bem-estar físico, mental e social.

O Relatório Final da 14ª Conferência Nacional da Saúde, realizada em 2012, na Diretriz nº 09, intitulada “Por uma sociedade em defesa da vida e da sustentabilidade do planeta: ampliar e fortalecer as políticas sociais, projetos intersetoriais e a consolidação da vigilância e a promoção à saúde”, dispõe no tópico “01”, que tem como objetivo fortalecer os programas de promoção da saúde, prevenção de doenças e qualidade de vida, voltados para os diferentes ciclos da vida: crianças, idosos, adolescentes, entre outros, além de pessoas com necessidades especiais, garantindo a acessibilidade nos serviços públicos e privados⁵⁶.

É possível argumentar que o Estado brasileiro tem se preocupado na elaboração de normas constitucionais, leis infraconstitucionais, fóruns, Conferências Nacionais que tratem do direito à saúde, reconhecendo cada vez mais a importância de proteger a saúde das crianças não só para que tenham uma vida saudável na infância, mas para que cresçam e se tornem adultos saudáveis.

No entanto, de acordo com Maria Helena Diniz, o que se constata no cenário atual da concretização saúde no Brasil é que:

O Estado deve dar assistência integral no que atina à preservação da saúde para que não se coloque em risco a coletividade, mas infelizmente, no Brasil, têm havido falhas gritantes nos serviços de saúde, como: hospitais péssimos e em más condições; filas imensas de pacientes à espera de um tratamento; pressão para atender apadrinhado, amigo ou indicado; observância à estrita ordem de chegada, sem contemplação da gravidade de cada caso; despreparo dos serviços de urgência para os primeiros socorros, esquecimento de que o paciente é a maior prioridade de uma instituição de saúde; falta de rapidez nos procedimentos diagnósticos e terapêuticos; atendimento desatento e grosseiro; falta de verbas para aquisição de material cirúrgico e de medicamentos; deterioração da conduta ética dos profissionais da saúde; despreparo de certos médicos e psiquiatras para o exercício de determinadas tarefas; falta de humanização da assistência à saúde mental; obrigação médica de enfrentar situações que conflitam com sua formação e com o passado hipocrático, por serem de difícil solução, tais como eutanásia, antinatalidade, aborto, fecundação artificial, clonagem, uso de órgãos e tecidos em transplantes, possibilidade de não prolongar a vida de um paciente terminal, esterilização humana, experiência científica em seres humanos etc.⁵⁷

⁵⁶ BRASIL. **Relatório Final da 14ª Conferência Nacional de Saúde**: Todos Usam o SUS. SUS na Seguridade Social – Política Pública, Patrimônio do Povo Brasileiro. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2012, p. 44. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/14cns/docs/Relatorio_final.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2 ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil Lei nº 10.406 de 10-01-2002. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150.

Nestes termos, dada a sua importância na CRFB/88, a saúde é reconhecida como um direito fundamental social que deve ser visto não apenas como um direito, mas, sobretudo, como um dever, salientando a importância do papel do Poder Público para que este direito se efetive. Nesse sentido, se ressalta, inclusive, o dever do Estado de promover políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde⁵⁸.

Assim, o Estado deve exigir cada vez mais dos profissionais da saúde, incluindo médicos, pesquisadores, psicólogos, enfermeiros, etc., não só atender e tratar os enfermos, mas principalmente aplicar a saúde promocional e preventiva, para pelo menos diminuir o número de pessoas doentes. Muitas doenças podem ser evitadas se a sociedade for instruída a adotar determinados hábitos desde a infância (que podem envolver higiene, alimentação, atividade física, etc.) ou através de campanhas para promoção do combate de endemias ou epidemias, por exemplo.

A medicina é uma ciência de interesse coletivo tendo em vista que o resultado de suas pesquisas atinge diretamente tanto indivíduo quanto toda sociedade. Por esta razão, é importante que o Estado fique atento para as atividades desenvolvidas por esta ciência, pois as técnicas empregadas para promoção, prevenção e cura de doenças refletem na qualidade da saúde física e mental, na vida e na dignidade das pessoas. Logo, a medicina deve sujeitar-se à proteção estatal e imposições legislativas.

Para que haja a concretização dos direitos sociais, notadamente a saúde, é imprescindível a implantação de mecanismos necessários à sua realização. Não haveria sentido positivar tantos direitos nas Constituições se eles de fato não pudessem ser vivenciados no dia a dia dos indivíduos. Por isso, apesar de serem temas há muito discutidos em fóruns nacionais e internacionais, a doutrina constitucional brasileira ainda se dedica ao aprofundamento da matéria.

2.3. A CRIANÇA ENQUANTO SUJEITO CONSTITUCIONAL DE DIREITOS NA CRFB/88

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 592.

Cumpra ressaltar inicialmente o conceito de criança adotado neste trabalho. Nestes termos, faz-se uso do conceito de “criança” de acordo com o Decreto nº 99.710/90 (Convenção sobre os Direitos da Criança): “Artigo 1. Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.⁵⁹

Especificamente em relação ao direito à saúde das crianças, é de se mencionar que o artigo 24 do Decreto nº 99.710/90 (Convenção sobre os Direitos da Criança)⁶⁰ que, inclusive, no Brasil, detém hierarquia de norma supralegal⁶¹, dispõe que o Estado deve garantir aos infantes acesso ao melhor padrão de saúde possível, bem como aos serviços de tratamento voltados à recuperação da saúde. Os Estados devem patrocinar medidas eficazes com o objetivo de promover e incentivar a cooperação internacional para proporcionar efetivação ao direito à saúde.

De acordo com André de Carvalho Ramos:

Pelo art. 24, a Convenção determina que os Estados Partes reconheçam o direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde, envidando esforços para assegurar que nenhuma criança se veja privada de seu direito de usufruir desses serviços sanitários. Os Estados devem garantir a plena aplicação desse direito, adotando, em especial, medidas apropriadas para: reduzir a mortalidade infantil; assegurar a prestação de assistência médica e cuidados sanitários necessários a todas as crianças, com ênfase nos cuidados básicos de saúde; combater as doenças e a desnutrição dentro do contexto dos cuidados básicos de saúde mediante a aplicação de tecnologia disponível e o fornecimento de alimentos nutritivos e de água potável; assegurar às mães adequada assistência pré-natal e pós-natal; assegurar que todos os setores da sociedade conheçam os princípios básicos de saúde e nutrição das crianças, as vantagens da amamentação, da higiene e do saneamento ambiental e das medidas de prevenção de acidentes, tenham acesso à educação pertinente e recebam apoio para a aplicação desses conhecimentos; e, finalmente, desenvolver a assistência médica preventiva, a orientação aos pais e a educação e serviços de planejamento familiar. Os Estados também devem adotar todas as medidas eficazes e adequadas para abolir práticas tradicionais que sejam prejudiciais à saúde da criança e se comprometem a promover e incentivar a cooperação internacional para alcançar, progressivamente, a

⁵⁹ BRASIL. **Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção Sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 07 set. 2019.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Conforme aduz Yulgan Lira, a teoria da supralegalidade aponta para a hierarquia especial dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de que estes estariam “acima de todas as normas, com exceção da Constituição”. Esta teoria foi consagrada pelo STF no RE 466.343. LIRA, Yulgan Tenno de Farias. **Controle de convencionalidade**: a tutela coletiva dos tratados internacionais de direitos humanos. João Pessoa: Ideia, 2016, p. 66.

plena efetivação do direito à saúde.⁶²

Wânia Lima, Fernando Vasconcelos e Fernanda Brandão⁶³ mencionam que as questões relativas à infância e à juventude gozam de caráter prioritário, em razão da “hipervulnerabilidade” de seus titulares. A perspectiva de proteção integral coloca como dever da família, da sociedade e do Poder Público, com prioridade plena, os direitos fundamentais das crianças.

Percebe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição positivam os princípios da “absoluta prioridade”, do “melhor interesse da criança e do adolescente”. Ressalta-se, ainda, que a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, em seu princípio oitavo, estabelece que as crianças gozam de caráter prioritário nos serviços de prestação de saúde⁶⁴.

De acordo com Cláudia Lima Marques:

A criança é um exemplo de vulnerável, desde o seu nascimento até mesmo durante o seu desenvolvimento necessita de ajuda e de cuidados para sobreviver. No caso da criança, a vulnerabilidade é um estado a priori, considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, uma ferida (*vulnus*), aquele que pode ser “ferido” (*vulnerare*) ou é vítima facilmente.⁶⁵

Diante da condição de vulnerabilidade dos infantes, a saúde deve ser vista não apenas como um direito, mas, sobretudo, como um dever, salientando a importância do papel do Poder Público, da família e da comunidade para que este direito se concretize. Corrobora com esse entendimento o Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 734.487⁶⁶, julgando da 2ª Turma, Relatora Min. Ellen Grace, em que o STF reconhece

⁶² RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 211-212.

⁶³ LIMA, Wânia Cláudia Gomes Di Lourenço; VASCONCELOS, Fernando Antônio de; BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. Proteção da Criança e do Adolescente Frente ao Assédio da Publicidade. In: VASCONCELOS, Fernando Antônio de; GUERRA, Gustavo Rabay (Coord.). RAMOS, Alana; TRINDADE, Ely; MELO, Jeremias; ALMEIDA (Orgs.). **Proteção Jurídica do Consumidor em Perspectiva Transversal**. João Pessoa: EREPB, 2014, p. 210-211.

⁶⁴ Dispõe o Princípio 8 da Declaração dos Direitos da Criança de 1959 que “a criança figurará, em quaisquer circunstâncias, entre os primeiros a receber proteção e socorro”. Organização das Nações Unidas. Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). **Declaração dos Direitos da Criança de 1959**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 313.

⁶⁶ Julgado extraído do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 734.487⁷, julgando da 2ª Turma, Relatora Min. Ellen Grace, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

que direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso à saúde.

Com base no posicionamento dos Tribunais Superiores e da doutrina pátria, é possível se concluir que é dever do Estado promover políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde⁶⁷.

Assim, diante vulnerabilidade natural das crianças, a qual tem sido agravada principalmente no atual cenário mundial em que a sociedade se encontra em constante e acelerado processo de transformação, é de ressaltar que, para acompanhar essas transformações sociais, o aplicador do direito deve estender a interpretação e aplicação das normas para proteção dos direitos da criança, sob pena de já nascerem obsoletas, sobretudo diante do que Ulrich Beck denomina “Sociedade de Risco”, onde a humanidade tem caminhado para a sua própria destruição.⁶⁸

Uma tarefa importante do aplicador do direito é aprofundar e identificar o significado latente na norma constitucional, levando-se em consideração o contexto social, cultural e temporal que a sociedade está inserida. Mais ainda, é preencher as lacunas que se encontram nas normas positivadas de forma a tornar o direito aplicável ao caso concreto, pois quando uma norma é inserida no ordenamento jurídico, ela certamente é elaborada para atender as necessidades de determinada sociedade que, ressalte-se mais uma vez, se encontra em acelerado processo de transformação, e por isso ela pode precisar ser realinhada diante de novos direitos e deveres.

No que se refere ao objeto de estudo deste trabalho, ao buscar o significado das normas atinentes ao direito à saúde e à educação, o aplicador do direito deve procurar ampliar o seu significado de forma a atender os anseios da sociedade atual. Neste sentido, Benjamin N. Cardozo⁶⁹ menciona que: “Sobretudo na esfera do direito constitucional, o método da livre decisão tornou-se, em minha opinião, o que predomina em nossos dias. As grandes generalidades da Constituição têm um conteúdo e um significado que variam de uma época para outra”.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 592.

⁶⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, p. 45.

⁶⁹ CARDOSO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale**. Tradução: Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vila. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 7.

Não é possível concretizar determinados direitos, seja de crianças, adolescentes, adultos ou idosos, sem a concretização de outros direitos, a exemplo do próprio direito à saúde que está intrinsecamente relacionado ao direito à educação, à alimentação saudável, à moradia, etc. Neste sentido, estes direitos devem ser interpretados de forma indissociável, pois não é possível se pensar em uma sociedade que goze do direito à saúde, sem ter esses demais direitos concretizados.

Neste contexto, saúde preventiva da criança é concretizada a partir de ações conjuntas do Poder Público e da comunidade, abrangendo pais, profissionais de saúde, onde se destaca na elaboração deste trabalho o papel da escola infantil. Não é possível dissociar a saúde preventiva das crianças do contexto do ambiente escolar, pois muitas delas passam o dia nas creches e escolas, onde realizam a maior parte das refeições diárias, higiene pessoal, etc.

Assim, vida adulta traz muitos reflexos da infância do ser humano e a participação das pessoas diretamente envolvidas no cotidiano dos infantes reflete diretamente no que essas crianças serão quando se tornarem adultas. A cultura, os hábitos e crenças familiares e sociais que essas crianças viverem na infância refletem diametralmente no estilo de vida que será adotado por estas quando alcançarem a fase adulta. Por isso, além da hipervulnerabilidade que a condição natural da criança traz, que somente por este fato já merece proteção especial, outros fatores também devem ser levados em consideração e que também justificam essa proteção especial, pois certamente os direitos violados ou concretizados na infância terão relação ou reflexo direta na fase adulta.

Assim, a criança não pode ser reconhecida apenas pela sua condição de ser humano em desenvolvimento. É preciso inseri-la no contexto social enquanto sujeito histórico e cultural que participa diretamente da construção social da comunidade na qual está inserida, participando inclusive do seu próprio processo de formação. As crianças desde a infância colaboram com a construção da sociedade e contribuem muito mais quando alcançam a fase adulta, sempre carregando e refletindo sua bagagem cultural adquirida na infância.

A CRFB/88 reconhece a importância da proteção especial à criança para que possa desfrutar de uma infância saudável e feliz, conferindo a estas o direito ao atendimento em creches e pré-escolas gratuitas, o direito à vida, à dignidade, à saúde, à alimentação, ao lazer, à cultura, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar, além da

proteção contra qualquer forma de violência física, psíquica ou moral, de negligência, discriminação, exploração, crueldade e tortura.

De acordo com Tânia da Silva Pereira, o reconhecimento dos direitos fundamentais da criança pressupõe diversas conquistas constitucionais e legislativas ocorridas principalmente a partir da previsão do art. 227 da CRFB/88:

Art. 227: é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.⁷⁰

Além do mais, esses direitos constitucionalmente protegidos foram ratificados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), que inclusive reconhece, expressamente, a criança como sujeito de direitos no art. 100, parágrafo único: “[...] da condição da criança e do adolescente como sujeito de direitos: crianças e adolescentes são titulares dos direitos previstos nesta e em outras leis bem como na Constituição Federal [...]”. Assim, não resta dúvida de que a criança sujeito de direitos amplamente protegidos em nível internacional e nacional, principalmente diante da sua condição de hipervulnerabilidade.

2.4 EDUCAÇÃO INFANTIL COMO INSTRUMENTO PARA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PREVENTIVA A PARTIR DE UMA ALIMENTAÇÃO SAUDÁVEL

Educação e saúde estão ligados pela interdisciplinaridade. Essa interdisciplinaridade deve se ocupar em trazer para o campo de educação o debate sobre as ações que promovam saúde e previnam doenças e trazê-las para serem colocadas em prática no dia a dia das crianças.

São campos de conhecimentos diferentes: científicos ou populares. A educação para a saúde preventiva envolve um conjunto de saberes para a formação de práticas educativas que visam a prevenção de doenças.

⁷⁰ PEREIRA, Tânia da Silva. O reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente no sistema jurídico brasileiro. In. MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A Construção dos novos direitos**. Porto Alegre: Nuria Fabris editora, 2008, p. 307.

Os conhecimentos científico e popular produzidos na área da saúde deve ser trazido para o cotidiano das crianças, através de profissionais da saúde, da educação, dos cuidados maternos e familiares, para a construção de uma infância saudável e uma vida adulta com menos doenças. O objetivo dessa ação para a promoção de saúde e prevenção de doenças é oferecer ferramentas essenciais à sociedade para a formação de hábitos e condutas saudáveis, através da intervenção educativa desde infância.

Neste sentido, não é possível pensar “educação” e “saúde” sem levar em consideração essa interdisciplinaridade existente entre elas. Não se trata de inserir no currículo da educação infantil conceitos particulares da medicina, mas trazer para dentro das salas de aula noções de “cuidados de si”, de quais alimentos devemos priorizar no nosso dia a dia e principalmente consciência de que precisamos de autonomia para assumir os riscos da própria existência.

Percebe-se que não basta inserir no currículo escolar noções de educação sanitarizada ou educação em e para a saúde. O educador precisa alcançar a dimensão do seu papel na construção da educação e da saúde, estabelecendo articulações entre esses dois campos, buscando desenvolver políticas sociais que envolvam as diversas classes populares de crianças, convidando inclusive a família e a sociedade a participarem desse processo de educação e conscientização.

2.4.1 Direito à educação e sua relação com a saúde preventiva

O direito fundamental à educação⁷¹ está inserido no rol dos direitos sociais constantes no art. 6º da CF/88 com a seguinte redação: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, mas forma desta Constituição”. Em virtude da posição privilegiada que ocupa no rol dos direitos sociais, a educação é considerada como o primeiro dos direitos fundamentais.

⁷¹ Este trabalho faz uso do termo “educação” de acordo o conceito dado pela Lei nº 9394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional): “Art. 1º. A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais”. BRASIL. **Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

Nota-se que o direito à educação passou a ser regulamentado detalhadamente na CF/88 no Capítulo III, dos artigos 205 a 214. A CF/88 reconhece expressamente no art. 205 que “a educação é um direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. O art. 205 da CF/88 possui uma dupla dimensão, pois ao tempo em que reconhece e define a educação como direito fundamental que deve ser alcançado por todos, também possui um caráter de norma impositiva de deveres por parte do Estado e da sociedade para este direito se realize.

Por sua vez, a Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN)⁷², no Título III, trata do direito à educação e o dever de educar. Já o art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁷³ preceitua que o Estado tem o dever de oferecer educação escolar pública e os pais ou responsáveis o dever de efetuar a matrícula dos menores a partir dos sete anos de idade no ensino fundamental.

Desse modo, os temas de direito fundamental à educação não possuem proteção apenas em nível nacional, mas também internacional, conforme dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷⁴:

Artigo 26º

1.Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.

2.A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.

3.Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos.

⁷² BRASIL. **Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁷³ BRASIL. **Lei nº 8.069/90. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁷⁴ A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, resultante de um consenso entre Estados-Membros da Organização das Nações Unidas. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), 1948**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por> >por <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

A educação é um direito inalienável⁷⁵, conferido a toda criança⁷⁶ e adolescente. Assim, o art. 206 da CF/88 dispõe sobre os princípios que devem nortear o ensino, trazendo ainda alguns dispositivos de eficácia plena, ou seja, imediatamente aplicáveis. Dentre estes dispositivos pode-se citar a garantia de acesso e permanência nas escolas em igualdade de condições, como forma também de preservar o direito à igualdade e dignidade da pessoa humana.

Nas palavras de Ingo Sarlet, a dignidade da pessoa humana pode ser assim conceituada:

[...] têm-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra tudo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a teia da vida.⁷⁷

O inciso I do art. 208 da CF/88 menciona que a educação escolar é gratuita e obrigatória no ensino fundamental, inclusive para aqueles que não tiveram acesso na idade adequada. Além do mais, preceitua o art. 208 no seu §1º, da CF/8, assim como o art. 54 §1º da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA) que o acesso a esse ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

Percebe-se que a educação escolar é um bem público, sendo reconhecida como um direito das crianças e da sociedade e dever do Estado, assegurando por ser a educação escolar gratuita e obrigatória no ensino fundamental é necessária que seja garantida pelo Estado de forma a concretizar a sua realização, nos termos da Constituição Federal em todas as suas condições.

⁷⁵ BRASIL. **Lei nº 8.069/90. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

⁷⁶ Este trabalho faz uso do conceito de “criança” das Diretrizes Curriculares Nacionais para a educação infantil, a qual se refere à primeira etapa da educação básica oferecida em creches e pré-escolas, as quais se caracterizam como espaços institucionais não domésticos que constituem estabelecimentos educacionais públicos ou privados que educam e cuidam de crianças de 0 a 5 anos de idade. BRASIL. Ministério da Educação. **Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Básica**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=15548-d-c-n-educacao-basica-nova-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 26 mar. 2019.

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 67.

Ainda no que se refere ao art. 206, IV da CF/88, é permitido ao Estado conceder autorização para a existência de escolas particulares de ensino, as quais deverão cumprir as normas gerais de educação nacional e serão submetidas à avaliação de qualidade pelo Poder Público, conforme dispõe os artigos 170, parágrafo único, 206, incisos I, II e III, 209 da CF/88 e 7º da Lei da LDBN.

Preceitua o inciso VII do art. 206, da CF/88, que todas as crianças têm direito a uma educação de qualidade, seja oferecida por escola regular particular ou pública, sendo vedado qualquer tipo de discriminação, preconceito ou exclusão.

Neste sentido tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no acórdão do Ministro João Otávio de Noronha no Recurso Especial: Resp. nº 510598/SP - 2003/0003273-3⁷⁸:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA ARTIGOS 54 E 208 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL.

1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96, art. 4º, IV) asseguram o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas da rede pública.

2. Compete à Administração Pública propiciar às crianças de zero a seis anos acesso ao atendimento público educacional e a frequência em creches, de forma que, estando jungida ao princípio da legalidade, é seu dever assegurar que tais serviços sejam prestados mediante rede própria.

3. "Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo" (REsp n. 575.280-SP, relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJ de 25.10.2004).

4. A consideração de superlotação nas creches e de descumprimento da Lei Orçamentária Municipal deve ser comprovada pelo Município para que seja possível ao órgão julgador proferir decisão equilibrada na busca da conciliação entre o dever de prestar do ente público, suas reais possibilidades e as necessidades, sempre crescentes, da população na demanda por vagas no ensino pré-escolar.

5. No caso específico dos autos, não obstante tenha a municipalidade alegado falta de vagas e aplicação *in totum* dos recursos orçamentários destinados ao ensino fundamental, nada provou; a questão manteve-se no campo das possibilidades. Por certo que, em se tratando de caso concreto no qual estão envolvidas apenas duas crianças, não haverá superlotação de nenhuma creche. 6. Recurso especial provido.

⁷⁸ STJ - Superior Tribunal de Justiça, acórdão do Ministro João Otávio de Noronha no Recurso Especial: Resp. nº 510598/SP - 2003/0003273-3, 2008.

Nota-se que a partir da previsão Constitucional do direito à educação, o Estado se empenhou na criação de ações pontuais, na construção de novas escolas e creches e na implementação de políticas públicas eficazes, como a criação da LDB, do Plano Nacional de Educação e de outros diplomas legais, a fim de fortalecer as práticas pedagógicas e garantir a concretização do direito à educação das crianças.

De acordo com Maria Creusa Borges:

A possibilidade de requerer o direito de uma pessoa em juízo, consiste na característica que distingue o direito subjetivo. Nessa perspectiva, se coloca a questão da possibilidade de se exigir o direito à educação, um direito, cuja marca consiste na exigência de uma prestação por parte do Estado para que ele seja garantido. Trata-se da cobrança de políticas públicas e de programas governamentais voltados para a execução/prestação do direito à educação.⁷⁹

Destaca-se a importância implementação de políticas públicas eficientes por parte do Estado e a participação dos pais ou responsáveis, assim como da comunidade, na exigência da efetivação deste direito fundamental à educação. O § 2º do art. 208, da CF/88 e art. 54, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) determinam que o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou a sua forma irregular importa responsabilidade da autoridade competente. Além do mais, o cidadão dispõe da prerrogativa de exigir a garantia da concretização deste direito, através da cobrança ao Estado de políticas públicas e programas governamentais.

No art. 205, da CF/88, declara que o direito à educação é dever do Estado e da família. Neste sentido, de um lado tem-se a criança que dispõe do direito à educação e do outro, o Estado e a família com o dever de oferecer esta educação, através de uma ação de parceria com a sociedade, para a realização e efetivação deste direito.

A CF/88 traz elencado os objetivos da educação no art. 205, sendo eles: a) pleno desenvolvimento da pessoa; b) preparo da pessoa para o exercício da cidadania e c) qualificação para o trabalho. Esses objetivos refletem o sentido que a CF/88 concedeu ao direito fundamental à educação. A partir dos objetivos expressamente elencados, é necessário buscar o significado que o legislador pretendeu empregar à norma constitucional. É relevante, a partir desse dispositivo, compreender o conteúdo da própria educação, como direito fundamental social.

⁷⁹ BORGES, Maria Creusa de Araújo. **A educação como um direito fundamental, um bem público, e um serviço comercializável**. Campina Grande: EDUEPB, 2018, p. 75, 76.

2.4.2 O papel da educação infantil na concretização do direito à saúde preventiva a partir das experiências vividas no ambiente escolar

A Revolução Industrial, o crescimento do capitalismo e a globalização dos hábitos alimentares geraram o enfraquecimento das culturas alimentares tradicionais. Houve uma homogeneização das formas de preparar os alimentos no ambiente familiar, “caracterizado pelo abandono do preparo e na partilha de refeições e pela desvalorização do comer e do cozinhar como práticas sociais carregadas de simbolismo, significado, história e identidade coletiva”.⁸⁰

Como dito, a escola exerce forte influência na formação da criança. Neste contexto, Hannah Arendt⁸¹ ressalta o papel das escolas:

Normalmente, a criança é introduzida ao mundo pela primeira vez através da escola. No entanto, a escola não é de modo algum o mundo e não deve fingir sê-lo; ela é, em vez disso, a instituição que interpomos entre o domínio privado do lar e o mundo com o fito de fazer com que seja possível a transição, de alguma forma, da família para o mundo. Aqui, o comparecimento não é exigido pela família, e sim pelo Estado, isto é, o mundo público, e assim, em relação à criança, a escola representa em certo sentido o mundo, embora não seja ainda o mundo de fato. Nessa etapa da educação, sem dúvida, os adultos assumem mais uma vez uma responsabilidade pela criança, só que, agora, essa não é tanto a responsabilidade pelo bem-estar vital de uma coisa em crescimento como por aquilo que geralmente denominados de livre desenvolvimento de qualidades e talentos pessoais. Isto, do ponto de vista geral e essencial, é a singularidade que distingue cada ser humano de todos os demais, a qualidade em virtude da qual ele não é apenas um forasteiro no mundo, mas alguma coisa que jamais esteve aí antes.

Não é suficiente apenas um profissional qualificado para instruir as crianças com tecnicidade, pois é preciso, acima de tudo, um profissional com autoridade e responsabilidade para mostrar o verdadeiro mundo aos infantes. O educador tem a capacidade ou até mesmo o poder de representar todos os adultos perante a criança e de lhe revelar um mundo que deseja que o infante acredite. Dependendo da postura do educador, a criança e o mundo podem estar ameaçados.

⁸⁰ TADDEI, José Augusto; TOLONI, Maysa; SILVA, Giovana Longo. Infância, Consumo e Sustentabilidade. In: FONTENELLE, Laís (Org.). **Criança e consumo: 10 anos de transformação**. São Paulo: Instituto Alana, 2016, p. 184.

⁸¹ ARENDET, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 238.

Em relação à influência da educação alimentar nas escolas, é de se ressaltar, que tanto dentro, quanto fora do ambiente escolar, a sociedade mundial tem caminhado para um padrão de ingestão alimentar com alta densidade energética, baixo valor nutricional, altos teores de sal, gorduras totais, colesterol, farinhas brancas, pouca fibra e ácidos graxos insaturados e fibras. O resultado desses hábitos alimentares não saudáveis tem sido o aumento do número de crianças com obesidade, diabetes, alergias alimentares, além de outras doenças crônicas não transmissíveis.⁸²

Em virtude desse cenário global de mudança de perfil alimentar das crianças, vários países têm mudado de estratégia para enfrentar a epidemia de obesidade, a diabetes e o surgimento de outras patologias crônicas não transmissíveis ocasionadas pela ingestão de alimentos nocivos à saúde. Nota-se que a partir de uma abordagem multisetorial em parceria com o governo, dando prioridade à melhoria da alimentação escolar e também ao controle da publicidade infantil reflete que as crianças são público-alvo de muitas propagandas de alimentos ultraprocessados.

Assim, a preocupação com a saúde das crianças levou à união de vários países para a implantação de políticas eficazes voltadas à formação de hábitos alimentares saudáveis e à construção de uma saúde preventiva e promocional, a Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) implantou os seguintes Pilares para Saúde Escolar Eficaz:

Serviços escolares de saúde e nutrição. Muitos problemas comuns de saúde enfrentados por estudantes nas escolas podem ser efetivamente administrados de forma simples e barata, por meio de serviços escolares de saúde e nutrição. Serviços de tratamento como a vermifugação e a suplementação de micronutrientes são simples, fáceis, seguros e baratos de serem administrados por professores, e podem melhorar imediatamente a saúde e a condição nutricional das crianças. Por outro lado, isso as ajuda a se concentrar e a aprender na escola. Serviços de aconselhamento escolar podem ajudar a identificar e apoiar crianças e jovens nos momentos difíceis e, ao mesmo tempo, evitar o absenteísmo e a evasão escolar. Um sistema de referência forte para prestadores de serviços de saúde, serviços de proteção à criança e grupos de apoio comunitários também são essenciais para garantir que as crianças com problemas mais sérios de saúde, os quais não possam ser tratados na escola, sejam enviados para serviços apropriados. O sistema educacional raramente é universal, ao passo que o apoio governamental frequentemente é superior aos sistemas de saúde, com extensiva mão de obra qualificada em contato diário com as crianças e a comunidade. Portanto, as escolas estão em uma posição única para tratar prontamente e a custos baixos dos problemas comuns de saúde, evitando que as crianças deixem de

⁸² TADDEI, José Augusto; TOLONI, Maysa; SILVA, Giovana Longo. Infância, Consumo e Sustentabilidade. In: FONTENELLE, Laís (Org.). **Criança e consumo: 10 anos de transformação**. São Paulo: Instituto Alana, 2016. p. 184.

frequentar e participar das atividades escolares, além de ajudar na melhora dos serviços sociais e de saúde existentes.⁸³

Não é possível dissociar o reflexo dos hábitos alimentares das crianças a partir do ambiente escolar, por ser este um ambiente de convivência diária dos infantes, onde, inclusive, a maioria permanece durante o dia e realiza maior parte das refeições diárias. Assim, é necessário implantar nas escolas políticas públicas eficazes que garantam a saúde preventiva e não apenas medidas pontuais de cura sem qualquer resultado eficaz.

Neste sentido, é necessário articular diferentes conhecimentos científicos e populares, com a finalidade de fortalecer as ações coletivas em que todos estão de acordo, ou que há grandes acordos, mas que há perspectivas diferentes ou conhecimentos diferentes sobre os temas que nos congregam, seja saúde, educação ou qualquer outro. Ressalte-se que todos os saberes são incompletos, de forma que um saber pode ser melhor para certos objetivos, e outro, para outros objetivos. Para diferentes objetivos são precisos diferentes conhecimentos.

Boaventura Santos menciona que ao tratar da “ecologia dos saberes”, defende a necessidade de articulação entre diferentes saberes, sejam eles populares ou científicos, afirmando que:

A ecologia dos saberes tem de ser produzida ecologicamente: com a participação de diferentes saberes e seus sujeitos. Há práticas de saber dominantes, assentes na ciência moderna ocidental, e práticas de saber subalternas, assentes em saberes não científicos, ocidentais e não ocidentais, e que esta hierarquia produz e reproduz a desigualdade social do mundo.⁸⁴

Percebe-se que os saberes resultados dessa interação é justamente possibilidade de uma convivência que tem que ser construída entre diferentes saberes incompletos e que naturalmente possuem diferentes perspectivas a respeito de cada um deles, tendo seus diferentes conceitos, diferentes limitações, diferentes linguagens. É preciso criar diálogos que permitam que essa ecologia emergja.

Boaventura Santos afirma, ainda, que nessa relação de conexão entre os diferentes saberes pode haver hierarquia:

⁸³ BRASIL. Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO). Representação no Brasil. **Saúde escolar eficaz**. 2017. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/education/health-education-in-brazil/effective-school-health/>>. Acesso em: 25 set. 2019.

⁸⁴ SANTOS, Boaventura. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3. ed. São Paulo. Cortez, 2010, p. 158.

A ecologia de saberes centra-se nas relações entre saberes, nas hierarquias e poderes que se geram entre eles. O objectivo de criar relações horizontais entre saberes não é incompatível com a inexistência de hierarquias concretas e fixas no contexto de práticas de saber concretas. Aliás, nenhuma prática concreta seria possível sem tais hierarquias. O que a ecologia de saberes combate são as hierarquias e poderes universais e abstractos, naturalizados pela história e por epistemologias reducionistas.⁸⁵

Não se pode esperar que todos os saberes estejam em pé de igualdade, ao contrário, a autoridade do conhecimento científico não decorre muitas vezes do que se diz, mas de quem o disse, se é um professor doutor, se é da universidade. Tudo isso já convoca uma ideia de hegemonia e superioridade que o conhecimento popular não tem. No entanto, essa “superioridade” que o conhecimento científico tem, se assenta na eficácia de um projeto políticos, capitalista, colonial que é servido por esta ciência.

Diante dessa perspectiva, é necessário invocar os conhecimentos científicos e populares no campo da saúde e da educação e inseri-los no âmbito das escolas de educação infantil para que seja possível alcançar o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e o seu preparo para o trabalho.

Cláudia Lima Marques menciona que a expressão “bem-estar” passa a ter duplo sentido, envolvendo o bem-estar econômico e afetivo, direito também à sua identidade cultural, ao respeito aos novos direitos humanos⁸⁶. Assim, a saúde e bem-estar⁸⁷ das crianças constitui uma meta para educadores infantis, em parceria com familiares e profissionais de saúde, além de estar inserida nos objetivos da proposta pedagógica das diretrizes curriculares nacionais para a educação infantil, a qual dispõe que:

A proposta pedagógica das instituições de Educação Infantil deve ter como objetivo garantir à criança acesso a processos de apropriação, renovação e articulação de conhecimentos e aprendizagens de diferentes linguagens, assim como o direito à proteção, à saúde, à liberdade, à confiança, ao respeito, à dignidade, à brincadeira, à convivência e à interação com outras crianças.⁸⁸

⁸⁵ SANTOS, Boaventura. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3. ed. São Paulo. Cortez, 2010, p. 159.

⁸⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 133.

⁸⁷ No direito pós-moderno, busca-se entender o que vem a ser “melhor interesse” e “bem-estar” da criança. Esses conceitos devem ser inspirados à luz da Convenção dos Direitos da Criança da ONU e do ECA.

⁸⁸ BRASIL. **Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil**. Secretaria de Educação Básica. Brasília: Mec, 2010. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=9769-diretrizescurriculares-2012&category_slug=janeiro-2012-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 22 jul. 2019.

As problemáticas sociais estão inseridas na proposta educacional dos Parâmetros Curriculares Nacionais como Temas Transversais⁸⁹, em que a:

transversalidade pressupõe um tratamento integrado das áreas e um compromisso das relações interpessoais e sociais escolares com as questões que estão envolvidas nos temas, a fim de que haja uma coerência entre os valores experimentados na vivência que a escola propicia aos alunos e o contato intelectual com tais valores.

Nota-se que não se trata de integrar ao currículo das escolas novas áreas de conhecimento, mas inserir no debate em sala de aula um conjunto de temas transversalizados em áreas de interesse social e que refletirão na formação da pessoa enquanto indivíduo e cidadão.

Em relação aos Temas Transversais, a proposta educacional dos Parâmetros Curriculares Nacionais⁹⁰ afirma:

O conjunto de documentos dos Temas Transversais comporta uma primeira parte em que se discute a sua necessidade para que a escola possa cumprir sua função social, os valores mais gerais e unificadores que definem todo o posicionamento relativo às questões que são tratadas nos temas, a justificativa e a conceitualização do tratamento transversal para os temas sociais e um documento específico para cada tema: Ética, Saúde, Meio Ambiente, Pluralidade Cultural e Orientação Sexual, eleitos por envolverem problemáticas sociais atuais e urgentes, consideradas de abrangência nacional e até mesmo de caráter universal.⁹¹

O Estado tem buscado inserir na escola de educação básica a discussão científica e a vivência dos saberes populares dos temas transversais, os quais são orientados pelos princípios norteadores da dignidade humana⁹², tais como a igualdade de direitos entre as

⁸⁹ BRASIL. **Parâmetros Curriculares Nacionais como Temas Transversais**. MEC/SEF, 1997. Conteúdo extraído do site Portal MEC, disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=12640:parametros-curriculares-nacionais-1o-a-4o-series>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

⁹⁰ Conteúdo extraído do site Portal MEC, disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro01.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

⁹¹ BRASIL. **Parâmetros Curriculares Nacionais como Temas Transversais**. MEC/SEF, 1997. Conteúdo extraído do site Portal MEC, disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=12640:parametros-curriculares-nacionais-1o-a-4o-series>>. Acesso em: 25 abr. 2020.

⁹² De acordo com Luiz Roberto Barroso, três elementos constituem o conteúdo mínimo dessa dignidade humana. São eles: o valor intrínseco da pessoa humana, que consiste na posição especial de cada pessoa no mundo; a autonomia de cada indivíduo, que envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo e o valor comunitário, que fixa restrições à autonomia do indivíduo em nome de valores sociais ou interesses estatais. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 274.

peessoas a partir de uma reflexão problematizadora da diversidade social e cultural, a discussão da necessidade de uma participação consciente e democrática enquanto cidadão vivendo em sociedade.

Não é possível dissociar a saúde do contexto da educação infantil, fazendo-se necessário uma educação para a promoção de saúde e prevenção de doenças, voltada para a discussão e análise dos cuidados básicos que resultarão em uma vida mais saudável.

A educação também deve estar voltada para a formação da liberdade do cidadão e deve caminhar na direção da construção de uma pedagogia, de uma educação para a liberdade, de uma educação dialógica, democrática e conscientizadora.

De acordo com Paulo Freire:

Daí a necessidade de uma educação corajosa, que enfrentasse a discussão do homem comum, de seu direito àquela participação. De uma educação que levasse o homem a uma nova postura diante dos problemas de seu tempo e de seu espaço. A da intimidade com eles. A da pesquisa ao invés da mera, perigosa e enfadonha repetição de trechos e de afirmações desconectadas das suas condições mesmas de vida. A educação do ‘eu me maravilho’ e não apenas do ‘eu fabrico’. (...) Não há nada que mais contradiga e comprometa a emersão popular do que uma educação que não jogue o educando às experiências do debate e da análise dos problemas e que não lhe propicie condições de verdadeira participação. Vale dizer, uma educação que longe de se identificar com o novo clima para ajudar o esforço de democratização, intensifique a nossa in experiência democrática, alimentando-a.⁹³

É preciso construir uma educação não neutra, mas uma educação que tenha conteúdo político, não no sentido político-partidário, mas uma educação que faça uma combinação entre a questão da liberdade, do diálogo, da conscientização voltada para a responsabilidade social e política, para a decisão, para a opção que os indivíduos devem ter em relação à sua vida. Trata-se de uma educação para a formação do ser humano, que o acompanha na sua história, na sua trajetória para a construção do indivíduo enquanto cidadão preparado para viver em democracia, conforme descreve Paulo Freire quando:

Ora, a democracia e a educação democrática se fundam ambas, precisamente, na crença do homem. Na crença em que ele não só pode mas deve discutir os seus problemas. Os problemas de seu País. Do seu Continente. Do mundo. Os problemas de seu trabalho. Os problemas da própria democracia.⁹⁴

⁹³ FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra LTDA, 1967, p. 93.

A educação deve ser cada vez mais potencializada pela decisão consciente, pela melhor opção para cada indivíduo. Neste sentido, as crianças devem ser educadas para decidirem, enquanto cidadãos, com liberdade e conscientização a respeito das práticas favoráveis e medidas de concretização da saúde. O ser humano precisa ter consciência da sua decisão e liberdade para assumir suas consequências.

⁹⁴ FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra LTDA, 1967, 97.

3 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA À LUZ DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA FINANCEIRA

A CRFB/88 demonstra preocupação com a melhoria das condições sociais e econômicas da população e do mercado. Assim, a Carta Constitucional traz no seu corpo as bases de um projeto de desenvolvimento nacional na tentativa de reorganizar o Estado brasileiro, com o objetivo de superar o subdesenvolvimento, ocasionando, conseqüentemente, transformações sociais necessárias para a melhoria da qualidade de vida da população.⁹⁵

Após o período da ditadura militar, deu-se início ao processo de democratização no Brasil sob forte influência da CRFB/88, o que deu origem a um Estado nacional republicano e democrático⁹⁶. Por esta razão, parte da doutrina, a exemplo de Gilberto Bercovici, considera que a CRFB/88 pode ser a última esperança para a construção de um Estado nacional republicano e democrático⁹⁷.

Inclusive, talvez esse seja o motivo desta Constituição ser tão combatida e criticada por seguimentos que até hoje não se contentaram com a vitória de boa parte das propostas emancipatórias na Constituinte, mais do que em nenhum outro momento da história deste país. Pode-se considerar que a CRFB/88 é um documento que faz um balanço do passado e do presente e que busca, trazer melhorias sociais, econômicas e políticas para o Estado brasileiro, nele incluídos a população e o mercado⁹⁸.

Assim, de acordo com Flávia Piovesan⁹⁹, a CRFB/88 institucionalizou a instauração de um regime político democrático no Brasil, considerada um marco

⁹⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 9.

⁹⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

⁹⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 9-10.

⁹⁸ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 10.

⁹⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

jurídico de transição ao regime democrático, trazendo inclusive avanços nos direitos e garantias fundamentais e na proteção às classes vulneráveis da sociedade brasileira.

Primeiramente, é preciso reconhecer a importância desse desenvolvimento econômico para o próprio Estado, tendo em vista que o crescimento do mercado trará a arrecadação de um volume maior de tributos, o qual poderá ser investido no desenvolvimento social da população, com a concretização de direitos sociais, como por exemplo, proporcionando acesso à alimentação, moradia, educação, transporte, saúde.

Porém, o desenvolvimento econômico gerado pelo capitalismo desenfreado viola, ou pelo menos põe em risco, diversos direitos fundamentais, como por exemplo, a igualdade e a saúde, trazendo consequências que merecem a intervenção Estado para a preservação de diversos direitos constitucionais.

Essa intervenção do Estado na Economia deve obedecer normas que vão além do texto da Constituição ou da lei, tendo em vista a acelerada mutação do mercado traz mudanças no contexto social posterior à própria Carta Constitucional.

3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO MODELO DE INTERVENÇÃO ESTATAL NA SOCIAL DEMOCRACIA

A Primeira Guerra Mundial resultou na elaboração de várias Constituições que guardam algumas características semelhantes, fruto dos anseios sociais causados em consequência da guerra, na tentativa de restabelecer a igualdade material e atender tanto as pessoas atingidas diretamente, quanto o restante da população.

A principal característica, ao lado dos direitos individuais, é a preocupação com a efetivação dos direitos sociais que, diante do cenário pós-guerra, necessita ainda mais de prestações diretas e indiretas do Estado para a garantia do princípio da igualdade material, a fim de que possam ser usufruídos por todos indistintamente.

Dentre as várias novas Constituições elaboradas internacionalmente, merece destaque a Constituição de Weimar, de 1919, uma das pioneiras na proteção dos direitos sociais, como direito à educação e direitos dos trabalhadores, representou forte influência sobre as Constituições elaboradas posteriormente, principalmente sobre as Constituições brasileiras de 1934 com direitos sociais e controle de constitucionalidade e de 1946 com fundamento na justiça social.

Assim, ressalte-se que a Constituição brasileira de 1934 sofreu influência de várias Constituições, a exemplo da Constituição do México de 1917 e da Constituição Espanhola de 1931, no entanto, foi com base na Constituição de Weimar que a Constituição brasileira de 1934 dedicou um capítulo à Ordem Econômica e Social (Título IV, arts. 115 a 140), para organizar a ordem econômica a partir dos princípios da justiça, ajustando às necessidades da vida da população.

A respeito da influência da Constituição de Wiemar sobre a Constituição brasileira de 1934, Gilberto Bercovici considera:

A ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional (art. 115). Era permitido à União monopolizar determinado setor ou atividade econômica, desde que agisse segundo o interesse público e autorizada por lei (art. 116). Há no contexto constitucional, também a preocupação com o fomento da economia popular (art. 117), sendo este o motivo que justificaria a proteção da concorrência entre as empresas, pois se buscava a garantia de melhores preços, de desenvolvimento tecnológico e assegurar o abastecimento normalizado dos vários produtos. A propriedade do subsolo era separada da propriedade do solo e as minas e jazidas deveriam ser nacionalizadas (arts. 118 e 199). Podemos considerar, portanto, a Constituição de 1934 como a primeira “Constituição Econômica do Brasil”.¹⁰⁰

A Constituição de Weimar era dividida em duas partes: a primeira, dedicava-se à Organização do Estado; a segunda, aos Direitos e Deveres dos Alemães. A ordem econômica estabelecida pela Constituição de Weimar tinha por objetivo alcançar a transformação social, a partir de uma integração entre os direitos fundamentais sociais e econômicos e o controle da ordem econômica capitalista.

Neste sentido, tratava do direito e proteção ao trabalho (arts. 163 e 157), do direito à assistência social e à sindicalização (arts. 161 e 159) ao lado do controle da ordem econômica através da garantia de reforma agrária (art. 155), previdência e assistência sociais (art. 161), direito de sindicalização (art. 159), democracia econômica (art. 165) e encarava todos esses direitos como base para a construção do Estado Social de Direito, o qual tinha como principal finalidade alcançar a liberdade social.

A partir da Constituição de 1934, todas as Constituições brasileiras dedicaram um capítulo à Ordem Econômica e Social, tratado da intervenção do Estado na economia e dos direitos trabalhistas no mesmo capítulo. Os direitos trabalhistas passaram a ser encarados como uma política de Estado, sendo o principal enfoque desta

¹⁰⁰ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 17.

Constituição. Assim, da mesma forma que a Constituição de 1934 trouxe de forma pioneira um capítulo dedicado à Ordem Econômica e Social, os direitos trabalhistas receberam pela primeira vez proteção constitucional.

O Estado nacional estava enfraquecido diante das inúmeras divergências e conflitos entre os setores dominantes, por isso elaborou uma legislação trabalhista concedendo proteção e abertura política aos trabalhadores na tentativa de fortalecer uma base social e firmar o seu poder.

Sobre a influência das leis trabalhistas na Constituição de 1934, acrescenta Gilberto Bercovici:

Este é um ponto crucial: as leis trabalhistas não foram elaboradas em benefício da burguesia industrial ascendente, embora pudesse atender aos seus interesses, mas para promover, com relativo controle do Estado, a organização e a estruturação da classe trabalhadora nos centros urbanos. Com apoio dos trabalhadores, o Governo Provisório, sustentado por uma aliança frágil e dividida, poderia superar seus adversários internos. Do mesmo modo, os trabalhadores precisavam do Estado para garantir seus direitos, o Estado necessitava do apoio político dos trabalhadores.¹⁰¹

A previsão constitucional dos direitos trabalhistas, estabeleceu limites ao poder patronal, fortalecendo a organização dos trabalhadores assim como o poder Estatal de intervenção no mercado. A legislação trabalhista exerceu papel impulsionador para a intervenção do Estado na política mercantil, cujo objetivo era e ainda é coibir violações de direitos dos trabalhadores por patrões, pela Justiça e pelo próprio Estado.

Posteriormente, a Carta de 1937, marcada pelo regime da ditadura militar e outorgada num contexto antidemocrático, nos arts. 135 a 155, determinou que o Estado deveria intervir no domínio econômico com o objetivo cuidar dos interesses da nação, o que seria feito pelo Conselho da Economia Nacional, formado por representantes do governo, indústrias, comerciantes, produtores e trabalhadores. O objetivo deste Conselho seria a regulamentação e organização da economia nacional, fiscalização das condições de trabalho e da produção do mercado nacional¹⁰².

¹⁰¹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22.

¹⁰² BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

Outro ponto que merece destaque na Constituição de 1937 é o art. 141¹⁰³, que trata da repressão aos crimes contra a economia popular, equiparando-o aos crimes contra o Estado. A partir surge o direito concorrencial como forma de combater o abuso ao poder econômico, não como consequência do liberalismo econômico, mas como forma de proteger o indivíduo isoladamente e a população em geral.

A Constituição de 1937 inspirou a elaboração do Decreto lei nº 1.716/39 o qual proibiu pela primeira vez no Brasil práticas abusivas de mercado, como por exemplo a manipulação da oferta e da procura, fixação de preços tabelados pelas próprias empresas, venda abaixo do preço de custo para “quebrar” pequenas empresas. Ressalte-se que a preocupação do Estado era proteger o preço dos produtos comercializados e não especificamente a livre concorrência do mercado.

Posteriormente, outras leis surgiram para regular o direito da concorrência no âmbito nacional, como por exemplo o Decreto Lei nº 7.661/45 que trata do abuso do poder econômico em suas diversas modalidades, dentre elas: “entendimentos, ajustes ou acordos, visando elevar o preço de venda, restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas e influenciar o mercado no sentido do estabelecimento de monopólio etc”¹⁰⁴.

Esse controle era exercido pela Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), cujas funções eram detectar a existência de atos contrários aos interesses da economia nacional, em consonância com a Carta de 1937, que, como dito, tinha o objetivo cuidar dos interesses da nação.

Com a Constituição de 1946, cujo fundamento da ordem econômica passou a ser a justiça social, o Estado brasileiro fortaleceu o federalismo já encampado pela Carta de 1934, na busca pela redução das desigualdades regionais, com o reconhecimento da necessidade de cooperação e integração nacional para se alcançar o desenvolvimento da nação como um todo.

Foi a partir desta Constituição que o Brasil, até os dias de hoje, incorporou em todas as suas Constituições a preocupação em planejar políticas de intervenção na economia para a diminuir as desigualdades regionais, muito embora a realidade nacional

¹⁰³ Art 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição. BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 20 set. 2019.

¹⁰⁴ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

atual denota grandes discrepâncias entre regiões, principalmente em relação ao próprio mercado, onde, por exemplo, a região Sudeste abrigou e ainda abriga a maior parte das indústrias nacionais e internacionais, gerando para os Estados que compõem esta região mais receitas e melhores condições de vida para a população, quando comparado, por exemplo, com o Nordeste.

A respeito da influência da Constituição de 1946 no ordenamento jurídico atual, o novo código manteve o Regime Representativo, a Federação e a República. Esta Constituição se inspirou na Constituição de 1934¹⁰⁵ e, segundo Pontes de Miranda, “na parte econômica, é de inspiração social democrática”¹⁰⁶.

Em 1962 foi elaborada a Lei nº 4.137 que enumerou taxativamente todas as formas de abuso de poder econômico, onde o Estado passou a intervir até mesmo no setor público, através do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O período de vigência da Constituição de 1946 foi marcado por um intervencionismo estatal voltado para a promoção das estruturas econômicas e industriais.

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Econômica, dedica um capítulo à ordem econômica (arts. 170 a 192), cujo objetivo é ajustar o domínio econômico de modo a atender às transformações das estruturas sociais, a partir da sistematização de dispositivos relacionados à estrutura jurídica da economia e intervenção Estado na economia.

É de se ressaltar que, de acordo com Bercovici, a expressão “Constituição Econômica” não é uma novidade do “constitucionalismo social” do século XX, pois faz parte de todas as Constituições, inclusive esteve presente num período anterior, a partir das Constituições liberais dos séculos XVIII e XIX¹⁰⁷.

No que se refere à CRFB/88, no seu art. 170, é de se mencionar que: “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 [...]”¹⁰⁸.

Portanto, com fulcro no que dispõe o dispositivo supracitado, Eros Grau traz o significado da expressão “ordem econômica” adotado neste trabalho:

¹⁰⁵ MALUF, Sahid. **Direito Constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1974, p. 27.

¹⁰⁶ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Vol. 4, Rio de Janeiro: Boffoni, 1946, p. 13.

¹⁰⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 24.

¹⁰⁸ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 22 set.2019.

[...] neste art. 170 a expressão é usada não para conotar o sentido que supunha nele divisar (isto é, sentido normativo), mas sim para indicar o modo de ser da economia brasileira, a articulação do econômico, como de fato, entre nós (isto é, “ordem econômica” como conjunto das relações econômicas).

Analísado porém com alguma percuciência o texto, o leitor verificará que o art. 170 da Constituição, cujo enunciado é, inquestionavelmente, normativo, assim deverá ser lido: as relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, as relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...].¹⁰⁹

Neste sentido, entende Eros Grau que a “ordem econômica” não conota um conceito jurídico, mas apenas indica as disposições a respeito do modo de ser, ou melhor, de como deverão ser as relações econômicas ou atividade econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com o objetivo de assegurar a todos uma existência digna.

Em relação ao art. 170 da CRFB/88, encontram-se dispostos os princípios fundamentais que norteiam a ordem econômica do Brasil, que, pelo que se extrai do caput, estão igualmente fundados na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa. Dentre os princípios estruturantes da ordem econômica brasileira estão relacionados à temática deste trabalho a soberania nacional (inc. I), a livre concorrência (inc. IV), defesa do consumidor (inc. V).¹¹⁰

Ressalte-se ainda o parágrafo único do art. 170 da CRFB/88 o qual preceitua que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”¹¹¹.

A ordem econômica estabelecida pela CRFB/88 requer a atuação do Estado para alterar a então ordem econômica fundada na autorregulação do mercado. Por esta razão, uma das principais características da atual Constituição é a “previsão de uma ordem

¹⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 66.

¹¹⁰ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

¹¹¹ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

econômica programática, estabelecendo uma Constituição Econômica diretiva, no bojo de uma Constituição Dirigente”.¹¹²

De acordo com o que dispõe o art. 3º da CRFB/88¹¹³, é de constatar que se tratada visivelmente de uma Constituição Dirigente, pelo o que se extrai dos objetivos da República e princípios constitucionais fundamentais ali inseridos, os quais fornecem a fórmula política¹¹⁴ que o Estado deve seguir. Qualquer ato comissivo ou omissivo do Estado ou da sociedade que viole esses princípios ideológicos contidos neste dispositivo, viola a essência da própria Constituição.

Nesta senda, a Constituição Dirigente tem por objetivo racionalizar a política através de um processo de legitimação material inserido pela Constituição, conferindo legitimidade material à política para que se altere a sociedade, pois a Constituição Dirigente é um programa de ação para a transformação da sociedade, é um programa para o futuro.¹¹⁵

Considerando que a sociedade brasileira sofre os efeitos nocivos do capitalismo, acarretado empobrecimento, exclusão social e marginalização, de um lado, e, de outro, alto grau de concentração de renda, gerando uma intensificação da carga de finalidades e objetivos em reduzir as desigualdades sociais, atendendo uma maior demanda de direitos fundamentais, diante do distanciamento entre o texto e o contexto constitucionais pátrios.¹¹⁶

A respeito da influência do Constitucionalismo Dirigente no ordenamento jurídico brasileiro, Miguel Calmon acrescenta que:

E a realidade social brasileira, compreendida em cotejo com o dirigismo constitucional, interdita a adoção de políticas neoliberais, pois a austeridade

¹¹² BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, 34.

¹¹³ Assim dispõe o 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”. BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

¹¹⁴ De acordo com Bercovicci, “a fórmula política é a síntese jurídico-política dos princípios ideológicos manifestados na Constituição”. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 36.

¹¹⁵ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, 35.

¹¹⁶ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 361.

fiscal, a retração das prestações sociais, em especial da seguridade social, e a flexibilização dos direitos sociais do trabalhador, chocam-se frontalmente com a proteção aos valores sociais do trabalho e com os fundamentos da ordem econômica, previstos no art. 170, colidindo, ainda, com os próprios objetivos fundamentais.

[...]

Como assinalado, o mercado é uma instituição social conformada pelo direito e sua capacidade de autorregulação para promoção do bem-estar com fundamento no princípio da concorrência e na ideia da eficiência já se mostrou inconsistente, não conseguindo lidar com o poder econômico.¹¹⁷

Levando-se em consideração que o Constituinte Originário, a partir da elaboração da Constituição Dirigente, almeja, sobretudo, a transformação das estruturas sociais, se estabelece dentro do próprio corpo normativo constitucional uma relação de interdependência entre o Estado e a sociedade, pois para conquistar a o plano de mudança social almejada por este Constituinte, não é possível dissociar o Estado e a sociedade.

Portanto, diante de uma Constituição Dirigente, principalmente no que se refere à CRFB/88, o Estado tem o dever exercer um papel de destaque na promoção da transformação da estrutura social a de se alcançar a dignidade humana que, como dito, foi elevada ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito¹¹⁸. O que pretende o Constituinte Originário, a partir do que se extrai do art. 3º da CRFB/88, é uma transformação social que supere o subdesenvolvimento do Brasil¹¹⁹.

De um lado se tem os direitos individuais e coletivos cada vez mais ameaçados e do outro as instituições econômicas cada vez mais empoderadas, dominando as relações sociais e a vidas das pessoas. Neste sentido, o Estado precisa ter uma atitude positiva, constante e diligente, para neutralizar ou pelo menos diminuir as contradições e conflitos que interferem nesse processo de transformação social. Verifica-se, claramente, que esse conflito entre sociedade e mercado refletem diretamente na formação da sociedade como um todo.

¹¹⁷ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 361.

¹¹⁸ Segundo José Adércio Leite, mais recentemente, o termo “Estado democrático de direito” passou a ser empregado especialmente no Brasil, como uma espécie de selo único de legitimidade e de correção dos rumos do viés liberal e social do Estado de Direito. SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 70.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. rev. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 83.

A CRFB/88 vive uma constante batalha ideológica ainda distante de ser superada. Os motivos que gerem geram esse conflito não pode ser solucionado apenas pela hermenêutica, pois não se trata somente de uma questão interpretativa. Possivelmente, se fosse apenas isso, seria fácil de solucionar ou até já poderia ser solucionado.

O problema é que a CRFB/88 não é autossuficiente para solucionar os problemas econômicos e sociais da nação brasileira. Por esta razão, uma Constituição não pode ser vista isoladamente, muito menos ser encarada como a única solução para os problemas nacionais. É preciso interpretá-la e aplicá-la a partir da teoria social, histórica, econômica e política na qual a sociedade está inserida.

A Constituição para ser concreta não pode estar desvinculada da realidade social (histórica, econômica e política), sob pena de ser “letra morta” ou apenas “folhas de papel” sem qualquer valor. Uma Constituição forte pressupõe a existência de um Estado Soberano igualmente fortalecido no âmbito nacional e internacional, por isto a relevância de se ter um Estado atuante na sociedade, imponto políticas de incentivo e inibição às ações políticas, sociais e econômicas, sem, contudo, extrapolar os limites de poder estatal.

Assim, de acordo com Gilberto Bercovici¹²⁰, um dos grandes impasses dos estudos jurídicos e constitucionais do Brasil reside na falta de uma análise mais profunda sobre o próprio Estado e os padrões e limites da intervenção estatal na Economia. Esta reflexão é de suma importância para a materialização da CRFB/88 e para o próprio Estado Brasileiro principalmente por ser subdesenvolvido.

De outro lado, um dos maiores desafios da intervenção estatal no domínio econômico é a modificação das organizações socioeconômicas e institucionais para atender os interesses e necessidades da sociedade nacional¹²¹. O Estado precisa interferir no domínio econômico para proteger o próprio mercado, tendo em vista que também é fonte de arrecadação de tributos, bem como proteger a sociedade da “força” e do “poder” que o mercado exerce sobre as pessoas, tornando-as cada vez mais hipervulneráveis.

¹²⁰De acordo com Bercovici, “a fórmula política é a síntese jurídico-política dos princípios ideológicos manifestados na Constituição”. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 64.

¹²¹ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54.

De acordo com Eros Grau, a intervenção do Estado no domínio econômico é definida da seguinte maneira:

Intervenção indica, em sentido forte (isto é, na conotação mais rigorosa), no caso, atuação estatal em área de titularidade do setor privado; atuação estatal, simplesmente, ação do Estado tanto na área de titularidade própria quanto em área de titularidade do setor privado. Em outros termos, teremos que intervenção conota atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito; atuação estatal, ação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo.¹²²

Outrossim, o Estado precisar ter força para exercer autonomia perante a sociedade como um todo, ampliando suas funções e readaptando os seus órgãos e estruturas para atender às políticas de planejamento que impulsionarão o mercado e sociedade à conquista do desenvolvimento. Porém, outra questão que merece um estudo aprofundado das academias jurídicas é o limite de intervenção que o Estado deve obedecer para que não incorra na violação de outras garantias constitucionais como a livre iniciativa e ampla concorrência.

3.1.1 Livre Iniciativa e Ampla Concorrência

De acordo com Eros Grau, a livre iniciativa econômica foi originariamente postulada no édito de Turgot, em 1776, sendo inserido no decreto d'Allarde, em 1791, no art. 7º, o qual determinava que a partir do dia 01 de abril daquele ano, seria livre a qualquer pessoa exercer qualquer negócio ou exercício de qualquer profissão, arte ou ofício que lhe aprouvesse, estando obrigada a adquirir uma 'patente' (imposto direto), a pagar as taxas exigíveis e se submeter aos regulamentos de polícia. No mesmo ano, foi elaborada a Lei Le Chapelier, proibido todas as formas de corporações, reiterando o princípio da liberdade de iniciativa econômica.¹²³

Assim, constata-se que a livre iniciativa econômica nem na sua origem gozava de uma liberdade absoluta. A concepção de Estado liberalista no âmbito da iniciativa privada se restringe ao idealismo, pois desde quando criada para assegurar a defesa dos agentes econômicos contra a intervenção de corporações e do Estado, já contava com

¹²² GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 92.

¹²³ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 205.

medidas de polícia. Outrossim, a liberdade de iniciativa econômica, historicamente, desde o decreto d'Allarde, jamais foi absoluta.¹²⁴

No cenário atual, a CRFB/88, no art. 1º, IV, consagra que o valor social da livre iniciativa foi elevado ao patamar de fundamento da República Federativa do Brasil, bem como no art. 170, *caput*, determina que a ordem econômica deve estar fundada na livre iniciativa. Também recebe guarida no âmbito constitucional a ampla concorrência, a partir do que dispõe o art. 170, IV, à princípio da atividade econômica.

Expressão “livre iniciativa” empregada no texto constitucional não significa apenas a liberdade individual, mas uma liberdade social coletiva de cunho valioso. Isto significa que o termo “livre iniciativa” constante no art. 170, *caput*, não se refere apenas à liberdade econômica e à iniciativa econômica, pois, de acordo com o art. 3º, I da CRFB/88, a liberdade é consagrada como objetivo fundamental da República do Brasil na conquista de uma sociedade livre.¹²⁵

Não obstante, além de significar liberdade para o exercício da atividade econômica, significa também que a ordem econômica tem como fundamento a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, cujo objetivo é assegurar a existência digna de acordo com a justiça social. Deste modo, a atividade econômica deve encarada de forma ampla, pois é tida como valor do Estado Democrático de Direito, e não apenas como elemento restrito aos interesses da Economia¹²⁶.

Nesta senda, de um lado, a liberdade é, principiologicamente, consagrada fundamento da República Federativa do Brasil na busca por uma sociedade livre e, de outro, como fundamento da ordem econômica¹²⁷. Por esta razão, considerando que a CRFB/88 possui um corpo normativo uno, deve-se considerar que livre iniciativa não se resume a “princípio básico do liberalismo econômico” ou a “liberdade de desenvolvimento da empresa”, preocupada apenas com o capitalismo. Esta é apenas uma das faces da liberdade constitucional.

A liberdade consagrada constitucionalmente é ampla e está relacionada a uma liberdade real, material, atributo inalienável do homem inserido uma sociedade livre e

¹²⁴ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 207.

¹²⁵ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 203-204.

¹²⁶ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 209.

¹²⁷ SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 725.

democrática. Portanto, a livre iniciativa deve ser tida como um dos desdobramentos dessa liberdade do homem, a partir do momento em que alcança o empresário e a empresa, principalmente porque está diretamente relacionado à valorização do trabalho, ao trabalho livre.

No entanto, o que José Afonso da Silva considera é que não existe mais economia de mercado, nem livre concorrência desde que o modo de produção capitalista evoluiu para as formas oligopolistas. A economia está centralizada nas grandes empresas, por isso que tentar tutelar a concorrência pode tornar a legislação ineficaz. Porém, não significa que não se pode ou não se deve combater abuso do poder econômico através de leis e mecanismos eficazes.¹²⁸

Canotilho afirma que ampla concorrência se trata de princípio constitucional inquisitivo. É característica do liberalismo econômico, cujo objetivo é assegurar a sobrevivência do mercado e o fortalecimento da livre iniciativa.¹²⁹

A livre concorrência, a partir do conceito que lhe foi atribuído pela CRFB/88, supõe desigualdade de competição econômica, ao mesmo tempo em que oferece um quadro de igualdade jurídico-formal, com o intuito de formar um mercado ideal para todos atuarem em igualdade de condições.

Do ponto de vista político, é uma garantia de acesso iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração do poder. O quadro de competitividade gerado através da livre concorrência, é forma de tutela do consumidor com o intuito de conquistar cada vez mais o mercado através de preços baixos em produtos ou serviços. Nesse contexto, livre concorrência significa liberdade de concorrência, desdobrada em liberdades privadas e liberdade pública.¹³⁰

O que é necessário levar em consideração, quando da elaboração de políticas e leis de combate ao mau uso e à falácia da igualdade de concorrência em um mercado altamente competitivo, que a CRFB/88 eleva a ampla concorrência à condição de princípio, de acordo com o que dispõe o art. 170, IV, passando a compor o rol de princípios constitucionais que norteiam a ordem econômica brasileira.

¹²⁸ SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 728.

¹²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 338.

¹³⁰ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 209-212.

A concorrência não pode ser um direito restringido apenas aos agentes econômicos detentores de poder no mercado. O poder econômico que alguns grupos e empresas possuem é uma realidade nacional e internacional e é objeto de preocupação constitucional, a partir do que dispõe o art. 170, § 4º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”¹³¹.

Parece contrassenso assegurar a “livre” e “ampla” concorrência ao mercado e em um mesmo corpo normativo restringir este direito, tornando não tão “livre” e “amplo” assim. O que se passa, em verdade, é que mesmo diante do princípio constitucional que assegura ao mercado a livre concorrência, o Estado precisa proteger este mercado contra os abusos praticados por agentes econômicos e grandes empresas, senão os pequenos e médios empresários, os trabalhadores, os consumidores não gozariam dos direitos que a CRFB/88 também lhes assegurou.

No entanto, a CRFB/88 consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, sendo que no âmbito da economia e do mercado o Estado deve garantir a efetivação dos direitos e interesses da sociedade civil que são assegurados tanto pela Constituição, quanto pelos internacionais. Desta forma, os interesses coletivos e difusos não podem violar os interesses dos membros do próprio grupo, ou seja, os interesses individuais. De acordo com Silveira e Napolini, “deve-se compatibilizar o interesse coletivo com a livre iniciativa e o princípio da liberdade econômica, haja vista que a liberdade privada não pode ser suprimida num sistema capitalista”.¹³²

Assim, a CRFB/88 não trata apenas o livre funcionamento do mercado na autorregulação, mas também as formas de regulação do Estado sobre a iniciativa privada, como objetivo de assegurar os direitos fundamentais dos agentes econômicos, dos trabalhadores, dos consumidores, dos empresários.¹³³

¹³¹ BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

¹³² SILVEIRA, Vladmir Oliveira.; NASPOLINI, Samyra H. Dal Farra. O direito ao desenvolvimento como direito humano fundamental de terceira dimensão. In. POMPEU, Gina. **Direito Constitucional nas Relações Econômicas: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p. 415.

¹³³ BENACCHIO, Marcelo; SANTOS, Queila Rocha Carmona dos. O mercado como instrumento de efetivação dos direitos humanos. FILHO, Tarcísio Henriques et. al. (Orgs.). **Direito econômico: Estudos em homenagem ao professor Giovani Clark**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p. 306.

Acerca da conceituação da regulação da atividade econômica, Patrícia Regina afirma que:

A regulação da atividade econômica é compreendida, para fins da análise que se seguirá, como o conjunto de formas indiretas de intervenção do Estado sobre a atividade econômica – em oposição à intervenção direta, que é aquela do Estado enquanto empresário, isto é, enquanto ofertante de bens e serviços no mercado. A regulação estatal geralmente está associada à mitigação de falhas de mercado, tais como monopólios naturais, bens públicos (em sentido econômico), externalidades e assimetrias de informação, assim como a aspectos de natureza redistributiva (como, por exemplo, políticas de subsídios cruzados e metas de universalização).¹³⁴

Nessa senda, a regulação do Estado na economia manifesta um perfil eminentemente normativo, além das funções de fiscalização, sanção e solução de conflitos entre agentes regulados.

Tendo em vista a necessidade de regulação do livre funcionamento do mercado e do Estado sobre a iniciativa privada, foram propostas duas principais escolas: a Neoclássica e a do Interesse Público. É necessário conhecer as escolas que tradicionalmente inspiraram a regulação e intervenção do Estado na economia.

A Escola do Interesse Público foi elaborada com o objetivo de satisfazer o interesse público e sustenta que a regulação nada tem a ver com a preservação do Mercado, muito embora, na prática, a preocupação com o interesse público se traduz juridicamente nos serviços públicos.

De acordo com Calixto Salomão, “a definição de interesse público é multifacetada – ora política, ora econômica -, não permitindo que a mesma seja colocada em termos precisos”. Desta forma, o termo “interesse público” empregado por esta Escola é utilizado de forma ampla, colocando em dúvida a existência de um conceito coerentemente delineado do que vem a ser “interesse público” para fins de intervenção do Estado na economia.¹³⁵

A Escola de Interesse Público em muito se assemelha à Escola do Serviço Público¹³⁶, principalmente se comparadas pela forma como é empregada no Brasil. A

¹³⁴ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013, ps. 61-62.

¹³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 23.

¹³⁶ De acordo com Calixto Salomão Filho, a concepção de serviço público nasce na França com Houriou, em 1921. Em uma concepção bastante incipiente, definindo serviço público como serviço técnico prestado ao público de maneira regular e contínua para satisfazer a ordem pública através de uma organização política. Esta Escola ganha destaque a partir da influência de Leon Duguit tendo em vista a importância atribuída à noção de serviço público, chegando a afirmar que o Estado era uma cooperação

ideia de serviço público está relacionada à concepção de prestação de serviço em regime de direito público. Porém, nem toda preocupação de interesse público se manifesta juridicamente em serviço público.

Só que o serviço público ligado ao regime de direito público teoriza a mais importante forma de regulação da economia: a concessão de serviço público, a qual ganha destaque no Estado Social, no início do século XX. Essa concepção de concessão de serviço público surgiu diante da impossibilidade de o Estado assumir diretamente a responsabilidade e a função de oferecer todos os serviços.

Esta Teoria sofre algumas críticas. Uma delas é a manifestação passiva do poder de polícia que prejudica a realização dos interesses de sistemas econômicos prejudicados pelas modernas economias capitalistas. Outra é que, sendo deficitário ou até mesmo inviável oferecer diretamente todas as atividades econômicas, o Estado passa a delegar a realização dos serviços públicos aos particulares, acreditando que pode fiscalizá-los a partir de um regime de direito público. No entanto, para que esse regime funcione, é necessário a possibilidade de previsão dos objetivos da atividade econômica pelo Estado, o que requer um aprofundamento do conhecimento econômico, prevendo o fim das atividades dos indivíduos.¹³⁷

Porém, a maior crítica a esta escola é a falta de sistematização dada as diferentes formas de regulação. Isso faz com que a regulação ora fraqueje pelo excesso, ora pela ausência. A algumas atividades que poderiam ser repassadas aos particulares são exercidas diretamente pelo Estado; outras que necessitam da realização direta do Estado são repassadas aos particulares e por fim algumas concessões ao simples e inúteis¹³⁸.

No que se refere à Escola Neoclássica da regulação, também conhecida como Escola Econômica da Regulação, esta traz consigo, mesmo que ocultamente, várias tendências, dentre elas a negação de qualquer fundamento de interesse público na regulação e a afirmação do objetivo de substituição ou correção do mercado através da regulação.

Influenciada pelo neoclassicismo, o objetivo desta Escola é prever o resultado do mercado através da regulação do mesmo. É como se fosse possível criar um mercado de serviços públicos organizados e controlados pelos governantes. FILHO, Calixto Salomão. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 23-24.

¹³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 26.

¹³⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 27.

em laboratório através da regulação, com gráficos de oferta e demanda harmonicamente calculados. A regulação é gerada em resposta a necessidades de grupos de interesse guerreando para maximizar os benefícios de seus próprios membros.

Segundo Calixto Salomão Filho, esta Escola defende a possibilidade de prever os resultados do mercado através da regulação e, por esta razão, a teoria da regulação só será aplicável enquanto não existir um resultado de mercado mais eficiente. A partir desta Escola surgem os primeiros movimentos desregulatórios.¹³⁹

O ponto crucial desta Escola está na crença de que é possível corrigir, aperfeiçoar e reproduzir os efeitos do mercado por meio do raciocínio lógico e aplicação do direito regulatório. Procedeu-se, durante anos, estudos de casos envolvendo mercado e regulação a fim de se apurar os seus efeitos, sem fundamento em qualquer princípio, mas apenas na justificativa de que a regulação está sedimentada na relação entre regulador e regulado.

Defende-se a regulação dos setores de monopólios naturais, principalmente naqueles em que há concorrência excessiva ou predatória, diante das consequências que este tipo de mercado traz para a sociedade. Assim, acredita-se que, por meio da regulação, é possível corrigir os efeitos de um mercado que não poderiam ser produzidos naturalmente.

No entanto, pouco tempo depois, verificou-se que não é possível criar um mercado em laboratório. Por esta razão, esta mesma Escola entendeu que se o mercado é a solução “ideal” e que não é possível criar um mercado perfeito através da regulação, a solução é a desregulação ou desregulamentação. A partir daí, surge a *ratio* da regulação liberal: a desregulamentação ou desregulação.¹⁴⁰

Assim, a própria Escola Neoclássica influenciou o processo de desregulação, incentivando a autorregulação. Assim, o mercado passa a adotar um sistema de autorregulação em busca das condições “ideais” de mercado, dando origem às bolsas de negócios, semelhantes às bolsas de valores, com planejamento interno das operações e regras de autorregulação para aperfeiçoar o seu próprio mercado de atuação.

Vê-se que o mercado continua a ser regulado e o objetivo também continua a ser o mesmo: o mercado ideal. No entanto, a busca pelas condições ideais de mercado não

¹³⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 27-28.

¹⁴⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 29.

será mais dever do Estado, mas do próprio mercado através da autorregulação. O mercado é quem vai elaborar as melhores condições para ele mesmo atuar.

Porém, o movimento de desregulação ou desregulamentação traz uma nova preocupação para o mercado: os custos da transação. A este respeito, acrescenta Calixto Salomão que “todos os movimentos desconcentrativos, especialmente os realizados em linha vertical [...], estão limitados pela preocupação com os custos de transação”¹⁴¹. Foi o que aconteceu, por exemplo, com o setor elétrico no Brasil, com a criação de sociedades privadas e a criação de um mercado atacadista de energia, uma espécie de bolsa de valores, encarregada de planejar uma concorrência perfeita fundada na desverticalização e autorregulação.

Atualmente, as críticas ao neoclassicismo são mais evidentes, pois constata-se que não é possível planejar, aperfeiçoar ou recriar um mercado em laboratório, seja por meio de regulação, desregulação ou autorregulação.

3.1.2 Razões para Intervenção do Estado na Economia

Primeiramente, parte-se do pressuposto de que o ser humano individualmente considerado, bem como inserido no contexto social, extrai das relações de mercado os bens e serviços essenciais para a sua subsistência, inclusive como meio de assegurar a manutenção da própria vida.

Acrescente-se, ainda, que o Estado também necessita dos bens e serviços fornecidos pelo mercado, principalmente para executar os deveres sociais que lhes são impostos pela própria Constituição ou por leis, por exemplo, adquirir no mercado material escolar a serem fornecidos nas escolas públicas ou obter material médico hospitalar para atendimento de pacientes da rede pública de saúde.

Ademais, quanto mais desenvolvido o mercado capitalista, quanto maior o lucro auferido, maior será a riqueza gerada, o que traz como consequência a melhoria nas condições de atendimento às necessidades da sociedade e do Estado.

Por isso, é importante considerar o papel desempenhado pelo mercado quando analisado a partir dos reflexos ocasionados pelos lucros mercantis, seja em relação ao homem, à sociedade ou ao Estado, não só em relação aos impactos positivos, mas

¹⁴¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 30.

também em relação aos negativos. Por isso, é necessário repensar o direito no contexto atual do mercado capitalista de forma justa e equilibrada, onde de um lado é possível se extrair os benefícios do progresso econômico, como o aumento da arrecadação de tributos, e do outro os seus maléficos, por exemplo, a busca incessante pelo lucro, acúmulo de capitais e domínio econômico.

Nesta senda, importa destacar a afirmação Benacchio e Santos¹⁴²: “O mercado não é composto apenas por bens e contratos, regulados pelo Direito, mas, sobretudo, por seres humanos, a finalidade do mercado é atender as necessidades humanas”. Assim, não é possível fazer um estudo do mercado de forma destacada da sociedade e do Estado, tendo em vista que o mercado é uma escolha política da sociedade e que recebe proteção jurídica em nível constitucional.

Neste sentido, a CRFB/88 estabeleceu uma ordem econômica intervencionista que busca alcançar a justiça social e concretizar os direitos inerentes ao próprio homem que também estão relacionados ao mercado, como o trabalho humano, a livre iniciativa.

Nesta senda, o Estado precisa exercer papel central no mercado, não só para regular as finanças, através de incentivos, incrementos e repressão ao abuso do poder econômico, mas também para viabilizar a concretização dos direitos essenciais dos seres humanos, aí inseridos numa posição de destaque os hipervulneráveis como crianças, idosos, deficientes, etc., os quais merecem atenção e proteção especial não só do Estado, mas de toda sociedade.

Assim, apesar de ser conhecida como “Constituição Econômica”, a CRFB/88 visa o alcance da justiça social a partir do equilíbrio de interesses do mercado e dos direitos que permeiam a dignidade humana. Assim sendo, a CRFB/88 tem, de um lado, os direitos e garantias individuais de que cada cidadão é titular e, do outro, direitos e garantias de mercado. Logo, a CRFB/88 optou por uma estrutura normativa coerente, pois que regula a atividade econômica também como forma de alcançar o bem-estar e a justiça social.

Para atender os direitos e garantias dos indivíduos, o Estado precisou ser o principal idealizador e realizador das políticas econômicas e sociais, implementando a

¹⁴² BENACCHIO, Marcelo; SANTOS, Queila Rocha Carmona dos. O mercado como instrumento de efetivação dos direitos humanos. FILHO, Tarcísio Henriques et. al. (Orgs.). **Direito econômico: Estudos em homenagem ao professor Giovani Clark**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p. 303.

nacionalização da economia, por meio da construção de monopólios estatais, possibilitando a reconstrução da economia no país.¹⁴³

O Estado desperta para buscar do bem-estar social da população e para isso passa a conceder benefícios sociais que asseguram à população um padrão mínimo de vida e dignidade com a implantação do salário mínimo, do seguro desemprego, da redução da jornada de trabalho, da educação infantil gratuita, da assistência médica gratuita, dentre outros direitos diretamente relacionados à vida e à dignidade do ser humano.

Neste sentido, o Estado confere direitos aos indivíduos e assume o dever de garanti-los mediante a implementação de políticas públicas eficazes que viabilizem a concretização desses direitos, em parceria com sindicatos e empresas privadas. Nesta perspectiva, o Estado assume o papel de agente regulador da vida social, política e econômica oferecendo à população serviços públicos essenciais e proteção à população.¹⁴⁴

O art. 173 da CRFB/88 dispõe que “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessárias aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. A partir da análise deste dispositivo, extrai-se dois pontos relevantes que justificam a intervenção direta do Estado na economia. O primeiro deles é a segurança nacional e o segundo é o relevante interesse coletivo.

Outro ponto relevante que justifica a intervenção Estatal no domínio econômico é a necessidade de regular o mercado para sanar ou ao menos amenizar as imperfeições tanto das empresas públicas, quanto das empresas privadas, coibindo possíveis abusos inevitavelmente ocasionados pelo elevado poder econômico das grandes empresas em detrimento das pequenas, infringindo, inclusive, diversos princípios constitucionais, dentre eles a ampla concorrência, tendo em vista que para garantir a liberdade de competição deve haver a eliminação da desigualdade ou pelo menos a considerável redução, considerando-se principalmente aspetos econômicos.

¹⁴³ BARBIERI, Jerri Adriani; RIBEIRO, Daniela Menengoti. **A Intervenção do Estado na Economia e o Comprometimento com o Desenvolvimento Humano através da Promoção de Políticas Sociais.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7070f9088e456682>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

¹⁴⁴ BARBIERI, Jerri Adriani; RIBEIRO, Daniela Menengoti. **A Intervenção do Estado na Economia e o Comprometimento com o Desenvolvimento Humano através da Promoção de Políticas Sociais.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7070f9088e456682>>. Acesso em: 12 mar. 2020.

Ressalte-se que dentre os motivos determinantes que inspiram a intervenção estatal na economia, tem-se a tentativa de amenizar os efeitos do fracasso do liberalismo econômico no mercado, não com o intuito de recriar um mercado perfeitamente calculado e projetado como em um laboratório, segundo sugere a Escola Neoclássica, pois, esta parece ser uma tarefa praticamente impossível, como dito anteriormente.

Além do mais, questões de proteção ambiental também justificam a intervenção do Estado na economia. A necessidade da implantação de procedimentos administrativos através do qual o Estado pode intervir na propriedade pública ou privada a fim de salvaguardar interesses individuais dos proprietários e da coletividade. O procedimento de licenciamento ambiental, por exemplo, representa uma das principais formas de intervenção do Estado na economia para proteger os interesses sociais e o próprio meio ambiente.

Alguns princípios permeiam a proteção ambiental, tais como o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado e sadia qualidade de vida, da natureza pública da proteção ambiental, do controle do poluidor pela Administração Pública, da consideração da variável ambiental no processo de decisão das políticas de desenvolvimento.

Inclusive, para que haja uma proteção ambiental eficiente por parte do Estado é importante a implementação de políticas públicas que propiciem a conscientização e a participação da sociedade, pois o Estado isoladamente não conseguiria dar conta de proteger o meio ambiente contra a própria sociedade se esta estivesse propícia à destruição ou à utilização inconsciente. É impossível o Estado planejar uma proteção ambiental de forma isolada, pois quem mais usufrui do meio ambiente é a própria sociedade e aí deve ser incluído o mercado.

Planejar um meio ambiente ecologicamente equilibrado traz consigo várias consequências favoráveis à sociedade atual e futura. Assim, o Estado Socioambiental deve tentar conquistar o equilíbrio entre a atividade econômica e o desenvolvimento sustentável, para que haja a realização dos direitos sociais e ambientais em conjunto com o crescimento econômico, considerando que os direitos sociais e os ambientais estão diretamente relacionados no sentido de combater a pobreza e as más condições de vida através de um meio ambiente saudável como o mínimo para a manutenção da vida digna.

Assim, o desenvolvimento deve ser planejado levando em consideração interesses econômicos, sociais e ambientais a partir de uma concepção de pleno desenvolvimento sustentável que envolva essas três esferas.

Especificamente em relação às razões de intervenção do Estado na economia, merece destaque neste trabalho a proteção da saúde da criança contra as ameaças do mercado não apenas em relação aos seus reflexos econômicos, tendo em vista que o poder econômico faz prevalecer interesses pessoais em detrimento dos coletivos com vistas ao acúmulo de capitais, mas principalmente no que se refere às consequências diretas sobre a vida e a saúde da população.

A sociedade atual está inserida num contexto histórico de consumismo desenfreado em que diversos fatores levam as crianças a desenvolver hábitos prejudiciais ao pleno desenvolvimento físico, mental e sensorial, os quais irão refletir na vida adulta.

Atualmente, a comunicação mercadológica direcionada às crianças está no seio dos seus próprios lares, nas ruas, nas escolas, nas festas infantis e em todos os locais de convivência comunitária. O estilo de vida que as crianças têm encarado trará sérias consequências na vida adulta. São crianças que recebem pouca atenção dos pais, brincam e interagem muito pouco entre si, passando maior parte do dia em frente às televisões, o que as torna ainda mais vulneráveis ao bombardeio de consumismo expostos nos intervalos de programação televisiva, nos trailers de filmes de cinema, nos celulares e nos *tablets*, nos vídeos *games*. Além do mais, quando as crianças ficam expostas às ruas, se deparam com excesso de propaganda que estimulam o consumismo nos parques, avenidas, nas lojas, nos supermercados, nas embalagens, nos brinquedos, nos restaurantes, nos *fast foods*, etc.

A linguagem publicitária tem ganhado contornos cada vez mais difíceis de identificar, o que dificulta ainda mais o controle contra as práticas abusivas em torno os vulneráveis, a exemplo de crianças, adolescentes, idosos. Assim, é preciso frear o estímulo ao consumismo inconsciente a partir da infância, principalmente porque esse comportamento de *marketing* excessivo pode agravar os impactos no desenvolvimento saudável dos infantes.

Neste sentido, como a saúde é direito de todos e dever do Estado (arts. 196 a 200 da CRFB/88), a medicina é uma instituição de interesse coletivo, tendo em vista que o Estado deverá exigir mais das instituições e dos profissionais da saúde para a assistência

dos doentes, a manutenção da ordem pública e a paz social. As atividades médicas deverão se submeter à tutela estatal e às determinações legislativas para a salvaguarda da vida e da saúde física e mental.

É praticamente impossível imaginar um controle da saúde diante do incentivo e comunicação mercadológica atual sem a intervenção estatal, pois o próprio mercado não está preocupado em preservar a saúde da população, quando o que está em jogo é o lucro e o acúmulo de capitais.

Por isso, de acordo com Maria Helena Diniz: “o Estado deve dar assistência integral no que atina à preservação da saúde para que não se coloque em risco a coletividade”.¹⁴⁵ O Estado deve assumir a responsabilidade pela manutenção da saúde das crianças, principalmente porque as crianças de hoje estão enfrentando um bombardeio de marketing que as estimulam ao consumo de produtos prejudiciais à saúde física, mental e sensorial.

Nesta senda, é importante a atuação estatal para a proteção da saúde não só da criança, mas de toda coletividade, principalmente porque, quando a doença é instalada no indivíduo, o Estado assume a responsabilidade pelo tratamento e restabelecimento da saúde, gerando grandes despesas aos cofres públicos.

O Estado precisa intervir na economia para buscar o equilíbrio e ordenação no mercado a fim de contabilizar os interesses essenciais para a concretização dos direitos humanos previstos na Constituição sob a denominação de direitos fundamentais.

3.1.3 Paradoxo inerente ao Estado que pretende assegurar a livre iniciativa e direitos fundamentais e o possível conflito entre princípios constitucionais

A partir do enfoque da “liberdade” do homem enquanto direito protegido constitucionalmente, principalmente do ponto de vista do liberalismo econômico, é comum afirmar que “o mercado econômico se rege por meio de uma ordem espontânea pautada na liberdade”¹⁴⁶. Assim, partindo desta afirmação, muitos defendem a necessidade de manter seu funcionamento livre de interferências estatais.

¹⁴⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406/02). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 150.

¹⁴⁶ BENACCHIO, Marcelo; SANTOS, Queila Rocha Carmona dos. O mercado como instrumento de efetivação dos direitos humanos. FILHO, Tarcísio Henriques et. al. (Orgs.). **Direito econômico: Estudos em homenagem ao professor Giovani Clark**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p. 297.

Ressalte-se que a liberdade econômica é essencial para a conquista da liberdade social e política. Portanto, o Estado não pode deixar de reconhecer a importância dessa liberdade econômica, muito menos pode tolhe-la para além dos seus limites sob o argumento de que limita esta liberdade para assegurar outros direitos.

De um lado os países mais ricos gozam de uma qualidade de vida superior aos países mais pobres, seja em relação à educação, à saúde, ao transporte, à moradia, à alimentação. O que significa dizer, que o desenvolvimento econômico de uma população traz diversos benefícios para a sociedade.

No entanto, se esse desenvolvimento econômico não vier atrelado ao desenvolvimento humano, a sociedade sofrerá as consequências do liberalismo mercadológico, onde só quem goza dos benefícios são detentores do capital.

Assim, Eros Grau afirma que:

A ordem econômica que deve ser, projetada pelo texto constitucional, reclama o amplo fornecimento de serviços públicos à sociedade, exigindo também, por outro lado, sejam providas a garantia do desenvolvimento nacional, a soberania nacional, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, o pleno emprego, entre outros afins.¹⁴⁷

Nesta senda, extrai-se que é importante a intervenção do Estado na economia para a garantia da concretização de determinados direitos fundamentais que se tornam mais vulneráveis aos bombardeios do mercado. Dentre esses direitos, tem-se o direito à igualdade, tendo em vista que numa economia nutrida pela desregulação estatal a desigualdade econômica e social é mais acentuada, o direito à saúde, pois o mercado não está preocupado em oferecer serviços e produtos de segurança à manutenção da saúde da população, etc.

Assim, os direitos fundamentais não podem ser analisados e interpretados isoladamente, sem que haja qualquer restrição quanto à sua aplicação. É de se ressaltar que, em algumas situações, pode haver colisão entre direitos fundamentais, o que não significa dizer que um deve se sobrepor ao outro a partir da importância a ser medida pelo Juiz.

O ordenamento jurídico brasileiro possui um corpo normativo denso que precisa estar harmônico para se mostrar eficaz. Assim, quando o Poder Constituinte elabora uma Constituição, deve se preocupar para que não haja colisão entre direitos, pois

¹⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 290.

quando da aplicação da lei ao caso concreto certamente haveria insegurança jurídica acerca de qual a norma que deveria prevalecer sobre a outra.

Notadamente, no que se refere aos direitos fundamentais, estes estão generosamente elencados na CRFB/88. No ordenamento jurídico brasileiro não há dificuldade em reconhecer a existência de tais direitos, mas sim em concretizá-los. Esse quadro de verdadeiro estufamento dos direitos fundamentais, tem gerado discussões na doutrina em torno do *jusfundamentalismo*¹⁴⁸ desses direitos¹⁴⁹.

Ocorre que o discurso *jusfundamental* está longe de se adequar à realidade da sociedade contemporânea, pois a carga excessiva dos direitos fundamentais tem gerado colisão entre esses eles, até mesmo entre os mais essenciais, nas relações entre Estado e sociedade. Esses conflitos entre direitos fundamentais surgem quando o exercício do direito fundamental de um titular interfere no direito fundamental de outro.¹⁵⁰

Além do mais, mesmo com todo o cuidado para que não haja conflito entre direitos dentro do corpo normativo, o Poder Constituinte não pode evitar o conflito entre direitos que são originários das situações do caso concreto. Assim, é possível identificar diversos direitos, em posições antagônicas, regulando o mesmo caso concreto.

Havendo conflito entre direitos, não é possível que todos prevaleçam, pois em assim sendo o Direito se tornaria praticamente inoperante, além da insegurança jurídica que seria instalada no ordenamento jurídico brasileiro.

Por esta razão, alguns juristas, a exemplo de Robert Alexy, buscaram compreender a melhor solução jurídica quando houver colisão entre os direitos fundamentais. Assim, essa colisão inspirou o surgimento de várias teorias e princípios.

¹⁴⁸ Ressalta José Cassalta Nabais que os direitos fundamentais, na sociedade atual, estão caminhando para a *panjusfundamentação*: “Não constitui novidade para ninguém que o universo dos direitos fundamentais se tem alargado e complexizado de tal modo que parece rumar ao infinito. Um fenómeno que se deve a diversos factores e que por certo, em vez de reforçar os direitos fundamentais como *prima facie* sugere, ameaça estes, colocando-os perante o sério risco de banalização, já que, com uma tal inflação de direitos acaba por se não distinguir adequadamente os (verdadeiros) direitos fundamentais dos que o não são ou não devem ser”. NABAIS, José Casalta. **A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: Os Deveres e os custos dos Direitos**. Revista do Direito Público da Economia, ano 5, número 20. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 74.

¹⁴⁹ NABAIS, José Casalta. **A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: Os Deveres e os custos dos Direitos**. Revista do Direito Público da Economia, ano 5, número 20. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.p. 74.

¹⁵⁰ NABAIS, José Casalta. **A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: Os Deveres e os custos dos Direitos**. Revista do Direito Público da Economia, ano 5, número 20. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.p. 74.

Gustavo Rabay e Henrique Jerônimo Marcos eluciam que, dentre as Teorias a respeito de possíveis conflitos ou colisões entre direitos, tem-se a Teoria Interna, que:

[...] no desenvolvimento da Teoria dos Direitos Humanos a primeira fórmula que encontramos para solucionar contradições (colisões) entre direitos é a Teoria Interna. A ideia desta técnica é que ao determinarmos o verdadeiro conteúdo da norma veremos que, na realidade não existem conflitos (todos os conflitos seriam aparentes). [...] Contudo, admitimos que essa primeira técnica não é perfeita, sendo possível inclusive visualizarmos diversos casos difíceis (hard cases) em que não seria praticável delimitar de forma clara o conteúdo dos direitos em exame.¹⁵¹

Neste contexto, em contraposição à Teoria Interna, Gustavo Rabay e Henrique Jerônimo Marcos tratam da Teoria Externa, afirmando que:

Na aplicação da Teoria Externa primeiramente utilizaríamos a ideia de delimitação do direito que, à primeira vista, incide sobre a situação fática (identifica-se o direito que por ventura incide no caso concreto). Em um segundo momento, [...] devemos analisar a existência de limites razoáveis impostos por outros direitos de forma a impedir que aquele primeiro direito aparente possa ser considerado um direito definitivo¹⁵².

Assim, a Teoria Externa, diferentemente da Teoria Interna, admite conflitos entre direitos, o que não significa dizer que um direito deve anular o outro. Ao contrário, a Teoria Externa busca, juridicamente, encontrar uma solução para os conflitos ou colisões entre normas jurídicas. A colisão entre direitos é um fenômeno inteiramente possível e tolerável no Direito.

Em relação à colisão entre direitos fundamentais, Robert Alexy inspirou o surgimento do princípio da ponderação, defendendo que um direito fundamental não pode se sobrepor a outro direito igualmente fundamental, devendo haver uma proporcionalidade de aplicação entre eles¹⁵³. Este princípio permite um controle da

¹⁵¹ GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. **Análise Crítica da teoria dos direitos humanos na obra de Michel Villey**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, ago. 2019, n. 40, p.74-75. Disponível em: <file:///C:/Users/ferna/Downloads/ANALISE_CRITICA_DA_TEORIA_DOS_DIREITOS_H%20(1).pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

¹⁵² GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. **Análise Crítica da teoria dos direitos humanos na obra de Michel Villey**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, ago. 2019, n. 40, p.74-75. Disponível em: <file:///C:/Users/ferna/Downloads/ANALISE_CRITICA_DA_TEORIA_DOS_DIREITOS_H%20(1).pdf>. Acesso em: 30 nov. 2019.

¹⁵³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição Alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 01.2015, p. 100-111.

racionalidade das decisões no âmbito dos direitos fundamentais, para que estas não sejam motivadas por fatores emocionais e irracionais, propícias a debates ideológicos e à subjetividade em relação aos direitos fundamentais¹⁵⁴.

De acordo com Alexy:

a lei da ponderação mostra que a ponderação deixa-se decompor-se em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento de outro.¹⁵⁵

Neste trabalho, dar-se-á enfoque à colisão entre os seguintes princípios: o da livre iniciativa e o da dignidade da pessoa humana no que tange especificamente ao direito à saúde. Assim, quando dois princípios colidem, como se verifica no objeto de estudo deste trabalho, “um dos princípios terá que ceder”¹⁵⁶.

No entanto, quando um princípio precisa ceder sua aplicabilidade para que outro prevaleça, não significar dizer que o princípio cedente foi declarado inválido, ou que perdeu sua validade ou ainda que nele deverá ser inserida uma cláusula de exceção. O que ocorre é que diante do caso concreto, um dos princípios tem precedência em detrimento do outro, quando observadas as condições e particularidades que cada situação traz consigo. Assim, diante do caso concreto, os princípios recebem pesos diferentes e o com maior precedência deve prevalecer.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Em defesa da saúde preventiva, o STF, na ADI 3937, do Min. Dias Toffoli, julgou improcedente ação direta ajuizada contra a Lei 12.684/2007, do Estado de São Paulo, que proíbe o uso de produtos, materiais ou artefatos que contenham quaisquer tipos de amianto no território estadual. Alega que se, antes, tinha-se notícia de possíveis danos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da substância, hoje há consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma segura.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição Alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 01.2015, p. 111.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição Alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 01.2015, p. 93.

¹⁵⁷ Acrescenta Robert Alexy que: “Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição Alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 01.2015, p. 93.

Nenhum desses princípios está em nível superior ao outro. Deve-se considerar que, abstratamente, estão no mesmo nível. Porém, havendo conflito entre princípios¹⁵⁸ diante do caso concreto, este deve ser solucionado através da ponderação ou sopesamento.

Assim, diante da proibição da venda de refrigerantes em escolas públicas e privadas do Estado da Paraíba, verifica-se um possível conflito entre o princípio da livre iniciativa e o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesta senda, ressalte-se que princípio da livre iniciativa está previsto no art. 1º, IV e 170, parágrafo único, sendo considerado o fundamento da ordem econômica do país. A livre iniciativa corresponde à liberdade para o exercício da atividade econômica. Além do mais, a ordem econômica tem como alicerces a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano, tendo como finalidade assegurar existência digna de acordo com a justiça social. Assim, a atividade econômica deve ser encarada de forma ampla, pois é considerada “valor” do Estado Democrático de Direito, e não somente elemento restrito aos interesses da Economia.¹⁵⁹

Em contraposição princípio da livre iniciativa, diante dessa proibição imposta pela Lei nº 10.431/15, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, no que tange ao direito à vida, à saúde, à integridade física dos indivíduos, principalmente quando estes indivíduos são crianças hipervulneráveis.

Assim, ressalte-se que, além de sua direta vinculação com o direito à vida, o direito à saúde se manifesta de forma ainda mais intrínseca diante da sua vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Logo, resguardar a saúde dos indivíduos é, por via direta, conceder proteção tanto para a sobrevivência física do indivíduo,

¹⁵⁸ Robert Alexy ressalta o distinto caráter *prima facie* das regras e princípios, o que significa dizer que “princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Neste sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. [...] Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas. [...] Em caso das regras é totalmente diverso. Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve”. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição Alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 01.2015, p. 103-104.

¹⁵⁹ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 209.

enquanto vida ou morte, quanto para a vivência digna, ou seja, padrões que garantam o desenvolvimento saudável da pessoa¹⁶⁰.

No decorrer do 4º capítulo serão discutidas as principais condições e particularidades a respeito desse conflito entre os princípios da livre iniciativa e dignidade da pessoa humana, diante da proibição da venda de refrigerantes em escolas privadas no Estado da Paraíba, realizada pela Lei nº 10.431/15, que, com base no princípio da ponderação de Robert Alexy, servirão de base para a conclusão deste trabalho.

3.2 MODELO ECONÔMICO DA CRFB/88

A CRFB/88 trata expressamente sobre a Ordem Econômica brasileira, a qual é inspirada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, além de proteger a propriedade privada, a livre concorrência. É uma Constituição que, apesar de nitidamente capitalista, se preocupa com as transformações da sociedade a partir de instrumentos e mecanismos sociais e populares.

A reestruturação do Estado brasileiro, a fim de que possa superar o subdesenvolvimento, passa por um projeto nacional que, na visão deste autor, tem seus fundamentos prenunciado na Constituição de 1988. É uma Constituição preocupada com o desenvolvimento humano, econômico e cultural, a partir de uma consciência democrática em que busca prevalecer a soberania popular do seu povo.

No entanto, apesar de ser uma Constituição democrática que valoriza a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a livre iniciativa, o trabalho humano, é uma preocupada em coibir os excessos do mercado capitalista para proteger a sociedade e o próprio Sistema Econômico Nacional.

3.2.1 Estado como Agente Normativo e Regulador da Atividade Econômica

A intervenção do Estado como agente normativo e regulador surgiu como coação do Estado para restabelecer o equilíbrio econômico. Quer dizer que o Estado

¹⁶⁰ MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 556.

pode ser um agente econômico e um agente disciplinador na economia. Atualmente, outras razões justificam a regulamentação econômica, tais como preço, consumo, poupança e o investimento¹⁶¹.

Este trabalho faz uso da definição dada por Patrícia Regina Sampaio à regulação da atividade econômica, compreendida como o conjunto de formas indiretas de intervenção Estatal na atividade econômica. Ressalte-se, não se trata de uma abordagem da intervenção indireta, com o Estado atuando como empresário, isto é, como ofertante de bens e serviços no mercado.¹⁶²

O Estado, através do planejamento, do incentivo e da fiscalização, é principal propulsor do desenvolvimento nacional. Assim, o Estado para atuar como agente normativo e regulador da atividade econômica precisa gozar de maior autonomia, ampliando suas atribuições e modificando seus próprios órgãos. Segundo Gilberto Bercovici, “o fundamento da ideia de planejamento é a perseguição de fins que alterem a situação econômica e social vivida naquele momento. É uma atuação do Estado voltada essencialmente para o futuro”.¹⁶³

No que se refere ao planejamento Estatal, este é dotado de uma carga de conhecimentos técnicos, mas o ponto fundamental reside no processo político para transformar as estruturas culturais, econômicas e sociais da população. A ligação entre a organização social e a organização política fazem com que ambas precisem ser planejadas em conjunto para que o planejamento consiga alcançar seus objetivos preestabelecidos.

José Afonso da Silva define o planejamento como um “processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos”.¹⁶⁴

¹⁶¹ O art. 22 da CRFB/88 trata de várias hipóteses de regulamentação econômica, cuja competência é da União, como legislar sobre informática, política de crédito, câmbio, transferência de valores, comércio exterior e interestadual, diretrizes da política nacional de transportes, regime de portos, navegação, jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia. Já o art. 24 estabelece a competência concorrente da União, Estados, Distrito Federal e Município para legislar sobre direito econômico, abrangendo todas as áreas de intervenção na ordem econômica. SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 736.

¹⁶² SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61.

¹⁶³ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

¹⁶⁴ SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 725, p. 737.

Assim, a CRFB/88, no seu art. 174, caput, prever a função de planejamento Estatal da seguinte maneira: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.¹⁶⁵

Nesta senda, o art. 174 da CRFB/88 confere ao Estado a prerrogativa de intervir no mercado como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercendo, de acordo com a lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento (sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado).

A CRFB/88 criou uma estrutura organizacional para intervir na atividade econômica, com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico, a livre iniciativa e o de proporcionar equilíbrio entre o crescimento econômico e o social.

Um dos maiores desafios da intervenção estatal no domínio econômico é a modificação das organizações socioeconômicas e institucionais para atender os interesses e necessidades da sociedade, o que exige maior empenho estatal no planejamento político. Provavelmente, o maior desafio do Estado em intervir na economia não se limita a incentivar e fiscalizar os agentes econômicos privados, mas em intervir nas estruturas políticas tanto do setor privado, quanto do próprio setor público.

A CRFB/88 estipula uma forma de planejamento com uma forte participação do Poder Legislativo, atrelado a um plano de orçamento e aos fins elencado no próprio da Constituição, tudo isso com base na democracia, com planos orçamentários mais transparentes, maior gerência sobre o gasto público a partir de um controle de gastos a médio e longo prazos.

No entanto, justamente por depender de uma maior participação do Poder Legislativo, o Estado encontra enorme dificuldade em concretizar fiscalizações, incentivos e planejamentos diante da falta de vontade política para implementar novamente o planejamento estatal.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

¹⁶⁶ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 77.

A este respeito, acrescenta Gilberto Bercovici¹⁶⁷ que esta falta de vontade política é ainda mais evidente diante do descumprimento da determinação imposta pela Constituição de estabelecimento de uma legislação sistemática que trate desse planejamento, conforme dispõe o §1º do art. 174: “A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento”.¹⁶⁸

Um dos obstáculos à elaboração legislativa do planejamento é a estrutura administrativa Estatal que, por diversas vezes, não atende às necessidades prestacionais do Estado Social e Econômico. Assim, diante de uma estrutura administrativa precária, mal organizada, cheia de burocracias desnecessárias e de incapacidade técnica, se torna praticamente impossível a conquista do desenvolvimento nacional a partir das políticas de planejamento estatais.

Ressalte-se ainda que um dos maiores obstáculos da Administração brasileira não é a má gestão da sua organização técnica, mas os interesses políticos que sempre prevalecem na implementação das políticas públicas.

A Administração Pública está muito mais voltada para a garantia dos direitos individuais - dos líderes políticos e dos grandes empresários - do que para os interesses da coletividade, acompanhando a linha do liberalismo econômico e deixando em segundo plano a implementação dos princípios e políticas estabelecidos na CRFB/88.

Outro obstáculo ao planejamento Estatal prevista na CRFB/88 é a vinculação do plano ao orçamento público a médio e longo prazos, através de três leis orçamentárias: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual. No entanto, o planejamento não pode ser reduzido ao orçamento, porque o verdadeiro objetivo do planejamento é fixar diretrizes para atuação do Estado e não a limitação de gastos.

A CRFB/88 não trata do princípio do equilíbrio orçamentário justamente por questões estratégicas, para não inviabilizar a promoção do desenvolvimento. No entanto, a implementação de políticas públicas requer, muitas vezes, a contenção de despesas para que o orçamento seja distribuído da forma mais racional possível, contemplando o maior número de políticas públicas essenciais para sociedade.

¹⁶⁷ BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 77.

¹⁶⁸ Gilberto Bercovici afirma que “aliados a esta falta de vontade política, poderíamos ainda elencar três obstáculos estruturais de planejamento na atual conjuntura histórica: a estrutura administrativa brasileira, a redução do planejamento ao orçamento e a reforma administrativa neoliberal. BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 77.

Por fim, apesar de existirem inúmeros obstáculos ao planejamento Estatal, o último ser mencionado é o da reforma administrativa neoliberal, em que os críticos do intervencionismo Estatal buscaram a implementação de um Estado neoliberal, com a economia de mercado determinando as decisões políticas e jurídicas, relativizando a autoridade governamental. O Estado deixa exercer o monopólio do serviço público e passa a regular a sua prestação, fiscalizando e garantindo a sua universalização.

Uma das principais propostas da Reforma do Estado foi a privatização das empresas estatais brasileiras, com a transferência da propriedade e a delegação de serviços públicos à iniciativa privada. A partir desta Reforma, o Estado passou a atuar no Poder Público em duas áreas distintas: de um lado, um Estado centralizado que cria e planeja políticas públicas; de outro, um Estado (representado pelas agências reguladoras) que regulam e fiscalizam a prestação de serviços públicos.

Em relação à fiscalização da atividade econômica, pressupõe poder Estatal de regulamentação a fim de verificar o cumprimento das suas determinações, para, em caso de descumprimento, apurar responsabilidades e aplicar as penalidades cabíveis.

No que se refere ao incentivo, como função normativa e reguladora da atividade econômica pelo Estado, pressupõe um Estado promotor da economia. É o apoio fornecido pelo Estado para proteger, estimular, promover, apoiar, favorecer e auxiliar, sem utilizar meios coativos, as atividades privadas que satisfaçam necessidades e conveniências de caráter coletivo. Neste sentido, prever a CRFB/88 nos arts. 174, §§ 3º e 4º e 179.¹⁶⁹

Mesmo a Constituição prevendo que a atividade Estatal de agente normativo e regulador deve ser “na forma da lei”, no entanto, o fomento à iniciativa privada nem sempre depende de lei. Para estimular e apoiar a iniciativa privada na organização e exploração da atividade econômica, não se exige lei em todas as situações, bem como não é através de lei que se limita atividade econômica. As intervenções estatais se dão por meio de ato administrativo, mas só se efetivam se estiverem de acordo com a previsão legal.¹⁷⁰

Em outro norte, não se pode deixar de levar em consideração que, mesmo estando de acordo com os ditames legais, a intervenção do Estado na economia pode

¹⁶⁹ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

¹⁷⁰ SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 736.

causar situações anti-isonômicas, diante do seu poder de império e condição monopolista do uso legítimo da força, pode – e, infelizmente, é o que ocorre nos dias atuais – utilizar esse poder para privilegiar determinados grupos econômicos e sociais em detrimento de outros, em troca de favores políticos ou econômicos¹⁷¹.

Parte da doutrina afirma que um dos grandes problemas dos estudos jurídicos e constitucionais do Brasil reside na falta de uma reflexão mais aprofundada sobre o próprio Estado e os padrões e limites da intervenção estatal na Economia, onde esta reflexão é da maior importância para o Estado Brasileiro principalmente para evitar o abuso do poder Estatal e por se tratar de um país subdesenvolvido¹⁷².

3.2.2 Limites da Intervenção do Estado na Economia

Ressalte-se que, em relação aos limites de intervenção do Estado na Economia, não será abordado sob a ótica deste enquanto agente explorador da atividade econômica – quando essencial aos imperativos da segurança nacional ou relevante ao interesse nacional, mas em relação ao agente normativo e regulador da atividade econômica.

Como visto, o Estado pode ser um agente econômico e um agente disciplinador da atividade econômica. No entanto, a Constituição prever, nos termos dos arts. 174, §§ 3º e 4º e 179, que a atividade Estatal de agente normativo e regulador deve se dar “na forma da lei”, ou seja, efetivar-se-ão senão de acordo com os ditames da lei, podendo se dar mediante ato administrativo.

Porém, a CRFB/88 não deixa claro quais os limites que o Estado deve observar em suas intervenções na economia, o que pode comprometer diversos princípios e direitos da ordem econômica constitucional, por exemplo, a livre iniciativa, a livre concorrência e a liberdade do cidadão decidir o que quer consumir.

O problema é que o Estado não tem definido a lei quais os limites de intervenção na economia. Por esta razão, os representantes do Estado podem usar essa prerrogativa em benefício de determinados grupos econômicos, acentuando ainda mais a desigualdade real do mercado, em troca de favores políticos ou econômicos, violando frontalmente a CRFB/88.

¹⁷¹ SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55.

¹⁷² BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42.

Segundo José Afonso da Silva, a repressão ao abuso do poder econômico é uma das formas mais drásticas de intervenção do Estado no domínio econômico.¹⁷³ Porém, a intervenção não pode ultrapassar os limites constitucionais que asseguram a liberdade econômica.

No âmbito nacional, a CRFB/88 instaurou uma nova visão de Estado e sociedade que visa garantir as liberdades e direitos individuais, levando em consideração os avanços na agenda social, através da garantia e efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais.¹⁷⁴

Nesta senda, o Estado, ao intervir para incentivar a economia ou reprimir o abuso, deve respeitar limites para que a CRFB/88 não se torne letra morta no se refere à Ordem Econômica. Porém, diante da falta de estudos mais aprofundados acerca do próprio Estado e de seus órgãos, fica mais difícil estabelecer os limites de intervenção estatal sem que direitos e princípios não sejam afetados.

A economia global está sofrendo um forte impacto ocasionado pela pandemia do COVID-19, levando diversos países a tomarem medidas bruscas que acabam freando bruscamente a atividade econômica. No Brasil, alguns Estados e cidades determinaram o fechamento do comércio, de bancos e casas lotéricas, a suspensão das atividades escolares, das universidades, do transporte público e recomendaram que a população permanecesse em suas casas, usando inclusive o apoio da polícia para orientar as pessoas que insistam em circular pelas ruas a voltarem para as suas casas.

Ocorre que os empresários têm se manifestado contra as medidas de proteção à pandemia em virtude do fechamento do comércio alegando que o dano à economia será muito maior do que o dano à saúde pública.

Diante da pressão dos empresários, o governo federal editou a Medida Provisória nº 927, na tentativa de amenizar os impactos nas empresas, como o teletrabalho, antecipação de férias individuais, concessão de férias coletivas, antecipação de feriados, bancos de horas, suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho, direcionamento do trabalhador para qualificação, e adiamento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). A

¹⁷³ SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 736-737.

¹⁷⁴ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da Silveira; NASPOLINI, Samyra H. Dal Farra. O direito ao desenvolvimento como direito humano fundamental de terceira dimensão. In POMPEU, Gina (Coord.). **Direito Constitucional nas relações econômicas: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 400.

medida também assegura a suspensão dos contratos de trabalho e dos salários por até 04 (quatro) meses, no entanto, nesta parte foi revogada pouco tempo depois diante da pressão dos trabalhadores.

Na Paraíba, o governo decretou estado de calamidade pública devido à crise na saúde e nas finanças do estado enfrentadas durante a pandemia do COVID-19. O Governador do estado acompanhou a postura preventiva da maioria dos governantes do Brasil e do mundo, determinando o fechamento do comércio, de bancos e casas lotéricas, a suspensão do transporte coletivo, antecipou as férias escolares, determinou a suspensão do expediente presencial das repartições públicas e recomendou que as pessoas permanecessem em suas casas.

O problema é que passada a pandemia do COVID-19 muitas empresas de pequeno, médio e grande porte, precisarão fechar suas portas e muitos trabalhadores ficarão desempregados por anos, até que a economia se recupere minimamente. Além do mais, as grandes empresas que não conseguirem prosseguir com suas atividades econômicas serão compradas por multinacionais e cada vez mais o capital nacional estará nas mãos do mercado externo.

Assim, de um lado, tem-se a ameaça de uma pandemia que põe em risco a vida de milhares de pessoas, levando ao colapso da saúde pública e de outro, a economia do país, diretamente afetada pela paralização do comércio, que provavelmente também entrará em colapso, com o considerável aumento da taxa de desemprego e, conseqüentemente, do índice de criminalidade, diminuindo a arrecadação tributária, dentre outras conseqüências que precisarão de décadas para serem restabelecidas.

Diante da ameaça de colapso da economia nacional e da pressão dos grandes empresários, o Presidente da República fez um pronunciamento pedindo o fim do confinamento da população, que as pessoas voltassem às suas atividades habituais, que as autoridades estatais e municipais suspendessem o fechamento do comércio, liberassem os transportes públicos, que as crianças voltassem às escolas, dentre outras medidas de prevenção adotadas, contrariando a OMS, os especialistas da saúde e a postura de outros países afetados pela pandemia do COVID-19.

O Brasil está vivendo um momento histórico de intervenção do Estado na economia para preservar a saúde da população e diminuir os riscos da pandemia do COVID-19. Verifica-se que existe um ponto de interseção dentre o direito à saúde preventiva e os limites de intervenção do Estado na economia. O Estado ao intervir

diretamente na economia deve respeitar os limites constitucionais, que, ressalte-se, merece um estudo aprofundado das academias jurídicas e demais estudiosos da área.

3.3 DENSIDADE NORMATIVA DO DIREITO À SAÚDE E SUA RELAÇÃO COM A INTERVENÇÃO DO ESTADO

O art. 196 da CRF/88 traduz o direito público subjetivo à saúde, prerrogativa jurídica indisponível assegurada a todas as pessoas. Por isso, o Poder Público deve velar por este direito em sua integralidade, nas suas diversas facetas (preventiva, curativa, promocional), por meio de políticas sociais e econômicas idôneas com o objetivo de assegurar a todos (crianças, adultos, idosos, homens, mulheres), em qualquer que seja a sua condição no contexto social, econômico ou político.

Neste sentido, o Poder Público deve resguardar pela saúde enquanto bem jurídico constitucionalmente tutelado, garantido o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. Assim, diante da relação indissociável entre a saúde, a vida e a dignidade da pessoa humana, o Poder Público qualquer que seja a sua esfera de atuação no plano da organização federativa brasileira (Executivo, Legislativo, Judiciário), não pode mostrar-se insensível ao problema da saúde da sociedade, sob pena de incorrer, ainda que por omissão, em grave comportamento inconstitucional¹⁷⁵.

Portanto, por ser um bem amplamente tutelado em todas as esferas de atuação do Poder Público, a sociedade tem acionado cada vez mais o Poder Judiciário para efetivar e garantir os direitos fundamentais, notadamente o direito à saúde quando não concretizado em razão da omissão ou inércia dos Poderes Públicos, diante da falta de atendimento nos hospitais, falta de tratamento de doenças que necessitam de internamentos ou cirurgias, falta de equipamentos para realização de exames, falta de remédios e até mesmo para o fornecimento de fórmulas para crianças que não podem consumir leite nos primeiros anos de vida em razão de alguma alergia alimentar.

Ressalte-se, contudo, que o acesso à justiça como meio para assegurar a concretização de direitos¹⁷⁶, não deve se resumir ao ingresso no Poder Judiciário, tendo

¹⁷⁵ MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 557.

¹⁷⁶ BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Assistência Jurídica: direito do consumidor e responsabilidade do Estado, aspectos teóricos, práticos e processuais**. João Pessoa: Fotograf, 2009.

em vista que a CRFB/88¹⁷⁷ deu maior amplitude a este direito ao ser interpretado em conjunto com outros dispositivos constitucionais, a exemplo o art. 5º incisos V e X da CRFB/88 que passou a proteger expressamente direitos da personalidade, com fulcro na dignidade da pessoa humana¹⁷⁸.

A missão do Poder Judiciário é a efetividade da justiça através da implementação de um processo justo e com duração razoável, muito embora o próprio modo de ser do processo contribua para a morosidade e consequente insatisfação generalizada da sociedade. Essa morosidade, muitas vezes agravada pelo próprio rito processual, contribui para a fragilização da concretização de determinados direitos, principalmente as questões envolvendo saúde, tendo em vista que muitos tratamentos, cirurgias, fornecimento de medicamentos demandam uma resposta imediata do sistema jurídico. Nesta senda, muitas causas demandam uma resposta imediata por parte do Poder Judiciário, sob pena de perda do próprio objeto ou pedido peticionado.

O Poder Judiciário precisa velar para que a lei não se torne letra morta, pura retórica e motivo de enfraquecimento do Estado perante a sociedade. Por isso, as decisões judiciais devem ser proferidas em consonância com todo sistema jurídico, de forma que atenda aos anseios da sociedade.

Assim, o Poder Judiciário, além da função de solucionar os conflitos entre os cidadãos e o Estado, dos cidadãos entre si, a fim de alcançar a pacificação social, tem sido constantemente acionado pela sociedade em busca da concretização de direitos fundamentais ameaçados pela omissão estatal ou pela literal violação desses direitos por ação do próprio Estado, dos indivíduos e principalmente por grupos econômicos têm como maior objetivo, se não o único, o acúmulo de capitais sem nenhuma preocupação com a degradação ambiental e ameaça à saúde das pessoas.

A partir do reconhecimento em nível constitucional da importância da saúde para manutenção da vida digna, o Supremo Tribunal Federal (STF) realizou várias audiências públicas, reunindo profissionais especializados nas mais diversas áreas, formando uma equipe multidisciplinar, com o objetivo de debater conceitos como início

¹⁷⁷ **Art. 5º** - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] **XXXIV** - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: [...] **a)** o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

¹⁷⁸ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 set. 2019.

e fim da vida de modo a amparar a decisão judicial”, conforme aduz Santos e Medeiros¹⁷⁹.

Além do mais, o STF tem se preocupado também com a viabilidade da vida de embriões portadores de algumas doenças congênitas, discutindo a possibilidade do aborto eugênico, na tentativa de resguardar o direito à vida, a exemplo da anencefalia.

A saúde é um direito indissociável do direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Assim, em caso de malformação fetal ou de patologias incompatíveis com a vida extrauterina, a exemplo da anencefalia, o Estado e a sociedade se veem diante da ameaça à vida e ao nascimento de crianças já condenadas à morte prematura.

É o que se extrai da Questão de Ordem em Ação Direta de Preceito Fundamental - ADPF do Distrito Federal nº 54, rel. min. Marco Aurélio, julgado em 24-04-2005 e publicado no DJE em 31-08-2007 diversas decisões do STF, em que a discute a interrupção de gestação de feto anencefálico.

A respeito desse tema, o STF convocou audiência pública com o objetivo de ouvir muitas entidades e pessoas da sociedade não só quanto à matéria de fundo, mas também especialistas com conhecimentos específicos a extravasarem os limites do próprio direito.

Outro importante julgado que merece destaque na abordagem do tema é o RE nº 393.175 AGR/RS, 2ª Turma, rel. min. Celso de Mello, julgado em 12-02-2006:

E M E N T A: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - **DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL** - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - **DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.** - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas

¹⁷⁹ SANTOS, Camilla Guedes Pereira Pitanga; MEDEIROS, Robson Antão de. **Considerações bioética e jurídicas sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos.** In: Robson Antão de Medeiros (org). Biotecnologia, Bioética e Direitos Humanos. – João Pessoa: Editora da UFPB, 2015, p. 19-20.

que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.¹⁸⁰

Complementa o tema o RE 581.352 – Ag. Reg. No Recurso Extraordinário – da relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 29-10-2013:

E M E N T A: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE COMROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 –

¹⁸⁰ STF- Supremo Tribunal Federal, acórdão do Ministro Celso de Mello, no Recurso Especial nº 393.175 AGR/RS, 2006.

RTJ 199/1219-1220) – POSSIBILIDADE JURÍDICO-PROCESSUAL DE UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” (CPC, ART. 461, § 5º) COMO MEIO COERCITIVO INDIRETO – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: INSTRUMENTO PROCESSUAL ADEQUADO À PROTEÇÃO JURISDICIONAL DE DIREITOS REVESTIDOS DE METAINDIVIDUALIDADE – LEGITIMAÇÃO ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CF, ART. 129, III) – A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO “DEFENSOR DO POVO” (CF, ART. 129, II) – DOUTRINA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.¹⁸¹

Assim, não garante a aplicação do direito apenas o seu reconhecimento formal. É essencial que haja o respeito por parte dos poderes públicos e a proteção do Poder Judiciário em caso de transgressão. Por isso, o STF ao adotar medidas que visam garantir a primazia da CF/88, cumpre sua missão de velar pela Lei Maior.

Dentre os diversos julgados que visam resguardar a saúde, é possível se verificar que o STF tem enfrentado o tema nos seus diversos aspectos, como por exemplo, regulamentando a publicidade de bebidas alcóolicas, conforme ADO 22, rel. min. Carmem Lúcia, voto do min Luiz Fux, julgado em 22-04-2015 e publicado no DJE de 03-08-2015 bem como a necessária inscrição no rótulo de bebidas alcóolicas informando acerca dos riscos e potenciais danos que o consumo de bebidas alcóolicas causa à saúde, conforme AI 842865, rel. min. Luiz Fux, julgado em 22-05-2012 e publicado no DJE de 18-06-2012, ambos com o objetivo de salvaguardar a saúde do indivíduo e da coletividade.

Neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido este direito como fundamental, de acordo com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.501/2016, Relator Ministro Marco Aurélio, em que “Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna”.

Assim, o Poder Judiciário tem interferido cada vez mais na iniciativa privada regulando ou limitando a utilização, a fabricação e o consumo de determinados produtos considerados prejudiciais à sociedade ou ao meio ambiente sob o argumento de proteger direitos fundamentais. Nesta senda, é possível encontrar diversas decisões judiciais no sentido de proibir o uso e consumo de determinadas substâncias e alimentos que são prejudiciais à população com o objetivo de proteger a saúde e a vida dessas pessoas.

¹⁸¹ STF – Supremo Tribunal Federal, acórdão do Ministro Celso de Mello no Ag. Reg. No Recurso Extraordinário nº 581.352, 2013.

É o que se pode extrair da decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, Processo: ADI 3356. Relator: Min. Eros Grau. Relator para acórdão: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 30-11-2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Nesta senda, decidiu a egrégia Corte do STF no sentido de proibir a fabricação, o comércio e o uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos por amianto crisotila ou asbesto, para a proteção do meio ambiente e defesa da saúde:

EMENTA Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 12.589/2004 do Estado de Pernambuco. Proibição da fabricação, do comércio e do uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos por amianto ou asbesto. Produção e consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde. Competência legislativa concorrente. Impossibilidade de a legislação estadual disciplinar matéria de forma contrária à lei geral federal. Lei Federal nº 9.055/1995. Autorização de extração, industrialização, utilização e comercialização do amianto da variedade crisotila. Processo de inconstitucionalização. Alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica. Natureza cancerígena do amianto crisotila e inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura. Existência de matérias-primas alternativas. Ausência de revisão da legislação federal, como determina a Convenção nº 162 da OIT. Inconstitucionalidade superveniente da Lei Federal nº 9.055/1995. Competência legislativa plena dos estados. Constitucionalidade da Lei estadual nº 12.589/2004. Improcedência da ação. 1. A Lei nº 12.589/2004, do Estado de Pernambuco, proíbe a fabricação, o comércio e o uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos por amianto ou asbesto, versando sobre produção e consumo (art. 24, V, CF/88), proteção do meio ambiente (art. 24, VI) e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CF/88). Dessa forma, compete, concorrentemente, à União a edição de normas gerais e aos estados suplementar a legislação federal no que couber (art. 24, §§ 1º e 2º, CF/88). [...]

4. No entanto, o art. 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 passou por um processo de inconstitucionalização, em razão da alteração nas relações fáticas subjacentes à norma jurídica, e, no momento atual, não mais se compatibiliza com a Constituição de 1988. Se, antes, tinha-se notícia dos possíveis riscos à saúde e ao meio ambiente ocasionados pela utilização da crisotila, falando-se, na época da edição da lei, na possibilidade do uso controlado dessa substância, atualmente, o que se observa é um consenso em torno da natureza altamente cancerígena do mineral e da inviabilidade de seu uso de forma efetivamente segura, sendo esse o entendimento oficial dos órgãos nacionais e internacionais que detêm autoridade no tema da saúde em geral e da saúde do trabalhador. [...]

6. Quando da edição da lei federal, o país não dispunha de produto qualificado para substituir o amianto crisotila. No entanto, atualmente, existem materiais alternativos. Com o advento de materiais recomendados pelo Ministério da Saúde e pela ANVISA e em atendimento aos compromissos internacionais de revisão periódica da legislação, a Lei federal nº 9.055/1995 – que, desde sua edição, não sofreu nenhuma atualização –, deveria ter sido revista para banir progressivamente a utilização do asbesto na

variedade crisotila, ajustando-se ao estágio atual do consenso em torno dos riscos envolvidos na utilização desse mineral.

7. (i) O consenso dos órgãos oficiais de saúde geral e de saúde do trabalhador em torno da natureza altamente cancerígena do amianto crisotila, (ii) a existência de materiais alternativos à fibra de amianto e (iii) a ausência de revisão da legislação federal revelam a inconstitucionalidade superveniente (sob a óptica material) da Lei Federal nº 9.055/1995, por ofensa ao direito à saúde (art. 6º e 196, CF/88), ao dever estatal de redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança (art. 7º, inciso XXII, CF/88), e à proteção do meio ambiente (art. 225, CF/88). [...]

9. Ação direta julgada improcedente, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, com efeito erga omnes e vinculante.¹⁸²

O Estado tem se preocupado em proteger cada vez mais a vida e a saúde dos indivíduos, principalmente diante do fornecimento e uso de diversas substâncias e alimentos nocivos à população por meio de estrutura social organizada para beneficiar grandes grupos econômicos como empresas multinacionais que visam unicamente o acúmulo de capitais. Desta forma, proibir a fabricação, o comércio e o uso de materiais, elementos construtivos e equipamentos constituídos por amianto ou asbesto ou qualquer outro material que possa atingir a integridade física ou mental do indivíduo.

Várias causas justificam a necessidade do comportamento afirmativo do Poder Judiciário para a concretização de direitos essenciais ao cidadão, diante das constantes transgressões dos direitos fundamentais pelo Estado, por grupos econômicos, pela própria família e sociedade.

De acordo com Mello e Moreira:

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.¹⁸³

A principal atribuição do Poder Judiciário é velar pelo cumprimento das leis. Por isso, a inércia dos Poderes Públicos (compreendido o Executivo, Legislativo e o

¹⁸² Supremo Tribunal Federal – STF, acórdão do Ministro Dias Toffoli na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3356, 2017.

¹⁸³ MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015, p. 559.

Judiciário) em cumprir as normas fundamentais reflete o desrespeito com a própria Constituição.

Por sua vez, o Estado não deve ser visto apenas como uma entidade estática que vela pela Constituição e leis infraconstitucionais no plano abstrato, mas sim dinâmica e constantemente empenhada na universalização do bem-estar¹⁸⁴ social mediante aplicação das normas em concreto. Por esta razão, os direitos econômicos-sociais geram para o Estado prestações positivas para a concretização de determinados direitos. É dever do Estado assegurar à sociedade a realização de um patamar mínimo de existência digna, atendendo às necessidades básicas no âmbito material dos indivíduos, aumentando-o na proporção do desenvolvimento econômico.

De acordo com Lourenzo Zacanaro:

Sem deixar de levar em conta as diferenças individuais de capacidade e iniciativas, compete ao Estado assegurar a todos os cidadãos indistintamente:

1. Iguais oportunidade de ascensão social e econômica, pela democratização dos serviços educacionais.
2. Satisfação das necessidades humanas básicas: alimentação, habitação, vestuário, saúde, previdência, salário justo e lazer.¹⁸⁵

Assim, diante da importância que a CF/88 atribuiu aos direitos fundamentais, o Estado deve assumir a responsabilidade de concretizar esses direitos sociais, dentre os quais merece destaque o direito à saúde, à educação por serem temas relevantes p este trabalho.

4. ANÁLISE DA LEI ESTADUAL Nº 10.431/2015 DO ESTADO DA PARAÍBA

O Poder Legislativo do Estado da Paraíba, no exercício de sua competência conferida pela CRFB/88, elaborou a Lei nº 10.431/15, da autoria do Deputado Estadual Caio Roberto, que trata da regulação econômica do Estado da Paraíba nas escolas privadas no que tange à proibição de venda de refrigerantes nos estabelecimentos de educação infantil, fundamental e média.

¹⁸⁴ Cláudia Lima Marques menciona que a expressão “bem-estar” passa a ter duplo sentido, envolvendo o bem-estar econômico e afetivo, direito também à sua identidade cultural, ao respeito aos novos direitos humanos. MARQUES, Cláudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 133.

¹⁸⁵ ZACANARO, Lourenzo. Bioética, Direitos Humanos e Vulnerabilidade. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (orgs.). **Bioética, Vulnerabilidade e Saúde**. Aparecida, SP: Ideias & Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2007, p. 57.

No presente capítulo, pretende-se analisar a Lei nº 10.431/15 do Estado da Paraíba, além de outros elementos que permeiam a problemática da pesquisa, como a competência legislativa para tratar da saúde, pressupostos para a interpretação normativa, os elementos relacionados à cultura, à liberdade, à emancipação do indivíduo a partir da formação de uma consciência cidadã para discernir acerca do consumo ou não de refrigerantes na fase adulta, tomando como base as considerações alcançadas nos capítulos anteriores.

4.1 COMPETÊNCIA FEDERATIVA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 PARA A PROTEÇÃO DA SAÚDE

O direito à saúde, em razão do seu atributo de direito fundamental, além de ser dotada de caráter pragmático, é norma constitucional de eficácia plena, ou seja, recebeu do poder constituinte originário a força normativa necessária para a sua incidência imediata e independe de lei posterior para a sua aplicação¹⁸⁶.

Do mesmo modo que o direito fundamental à saúde serve de diretriz para o legislador, é direito subjetivo assegurado à generalidade das pessoas e de cada indivíduo pela própria Constituição. Nesta senda, a obrigação decorrente do direito à saúde pode ter caráter originário, quando a própria Constituição dá aplicabilidade ao direito, ou a obrigação pode ter caráter derivado, quando for necessário elaborar norma infraconstitucional o exercício do direito.¹⁸⁷

4.1.1 Competência Privativa, Comum e Concorrente

¹⁸⁶ VASCONCELOS, Fernando A. de; MAIA, Maurílio Casas. O direito à saúde: por uma base constitucional e consumeirista. In. SILVA, Anderson Lincoln Vital da; MAIA, Maurílio Casas. (Orgs.) **Reflexões sobre o direito à saúde**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2006, p. 14.

¹⁸⁷ VASCONCELOS, Fernando A. de; MAIA, Maurílio Casas. O direito à saúde: por uma base constitucional e consumeirista. In. SILVA, Anderson Lincoln Vital da; MAIA, Maurílio Casas. (Orgs.) **Reflexões sobre o direito à saúde**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2006, p. 14-15.

O próprio constituinte originário¹⁸⁸ prevê a necessidade de eventuais mudanças formais no texto constitucional, principalmente diante da constante mutabilidade social. Essas modificações são feitas pelo poder constituinte derivado, mediante previsão e instituição do constituinte originário.

O poder constituinte derivado¹⁸⁹, também chamado de poder constituinte secundário, reformador, de segundo grau ou constituído, é um poder jurídico condicionado e juridicamente limitado, o qual se materializa através do exercício formal de competências normativas deferidas pelo constituinte originário.

Acerca da diferenciação entre os poderes constituinte originário e derivado, Paulo Bonavides pontua no seguinte sentido:

Quer se trata de poder constituinte originário – aquele dotado de uma soberania extraordinária ou primordial – quer de poder constituinte derivado – aquele titular de uma soberania ordinária ou constituída, que pressupõe já para o seu exercício a presença de uma Constituição da qual emana ou deriva – em qualquer dessas hipóteses, exclui-se o exercício da função constituinte por um poder constituído.¹⁹⁰

No entanto, para modificar ou inovar o texto constitucional, o poder constituinte derivado precisa observar de quem é a competência para tratar de determinadas matérias.

Assim, a CRFB/88 tem, em toda a sua extensão, normas de caráter derivado que necessitam de regulamentação para serem usufruídos pelos cidadãos. Portanto, o constituinte derivado, através do poder que lhe é delegado pelos cidadãos, tem o dever de atualizar ou inovar a Ordem Jurídica Constitucional, sob pena de inaplicabilidade da mesma.

¹⁸⁸ De acordo com Paulo Bonavides, o poder constituinte originário, como noção política, se confunde com a vontade da nação. É poder que tudo pode. Ao elaborar uma nova Constituição, ele não se autolimita, porque representa a expressão da vontade nacional, não podendo ser acorrentado por nenhuma prescrição constitucional, nenhuma forma constituída. Acrescenta ainda que “a Constituição obriga os poderes constituídos, não obriga o poder constituinte; ela institui o governo, distribui a competência, separa os poderes, arma-os de prerrogativas, mas não constitui a nação nem o corpo político, sempre soberanas para modificá-la”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 148-149.

¹⁸⁹ A respeito do poder constituinte derivado, Paulo Bonavides afirma que “o poder constituinte, se fizermos abstração do seu agente ou titular, se reduz formalmente a uma ação constituinte, capaz de criar ou modificar a ordem constitucional ou de produzir as instituições fundamentais de uma determinada sociedade”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 159.

¹⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 153.

A CRFB/88 traz no art. 22 num rol não exaustivo, hipóteses de competência legislativa privativa da União:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

- I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
- II - desapropriação;
- III - requisições civis e militares, em caso de iminente perigo e em tempo de guerra;
- IV - águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;
- V - serviço postal;
- VI - sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais;
- VII - política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;
- VIII - comércio exterior e interestadual;
- IX - diretrizes da política nacional de transportes;
- X - regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;
- XI - trânsito e transporte;
- XII - jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;
- XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização;
- XIV - populações indígenas;
- XV - emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros;
- XVI - organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões;
- XVII - organização judiciária, do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios e da Defensoria Pública dos Territórios, bem como organização administrativa destes;
- XVIII - sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais;
- XIX - sistemas de poupança, captação e garantia da poupança popular;
- XX - sistemas de consórcios e sorteios;
- XXI - normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares;
- XXII - competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais;
- XXIII - seguridade social;
- XXIV - diretrizes e bases da educação nacional;
- XXV - registros públicos;
- XXVI - atividades nucleares de qualquer natureza;
- XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;
- XXVIII - defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional;
- XXIX - propaganda comercial.

Parágrafo único. Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo.¹⁹¹

O art. 22 da CRFB/88 enumera os assuntos mais relevantes e de interesse comum à vida social, atribuindo à competência legislativa privativa da União. Além do

¹⁹¹ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

mais, toda matéria de competência da União está sujeita à regulamentação mediante lei, ressaltados os arts. 49, 51 e 52, de acordo com o que dispõe o art. 48 da CRFB/88.

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:

- I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas;
- II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado;
- III - fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas;
- IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento;
- V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União;
- VI - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas;
- VII - transferência temporária da sede do Governo Federal;
- VIII - concessão de anistia;
- IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do Ministério Público do Distrito Federal;
- X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, b;
- XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública;
- XII - telecomunicações e radiodifusão;
- XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;
- XIV - moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal;
- XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I.¹⁹²

A competência privativa¹⁹³ indica a matéria de competência própria, peculiar de uma entidade ou de um órgão, possibilitando a delegação de atribuições. Neste sentido, o art. 22 da CRFB/88 está de acordo com a doutrina, a exemplo de José Afonso da Silva, pois admite delegação aos Estados para legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas, nos termos do parágrafo único do referido artigo.¹⁹⁴

Como dito, a competência privativa admite delegação, ou seja, permite que seja autorizada outra entidade a exercer a competência ou parcela da competência prevista neste artigo. Logo, a lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre

¹⁹² Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

¹⁹³ A diferença entre a competência privativa e exclusiva é que a primeira comporta delegação, ou seja, admite autorizar outra entidade a exercer a competência ou parte da competência prevista; já a segunda, não admite. A Constituição não é precisa em relação a esta distinção, pois demonstra preferência pela competência privativa, pois só no art. 49 fala em competência exclusiva do Congresso Nacional. SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 268.

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 280.

questões específicas, ou seja, não pode legislar sobre todas as matérias dos incisos, mas só sobre questões específicas a eles referentes.¹⁹⁵

Em relação à competência comum, assim estabelece o art. 23 da CRFB/88:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito.

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.¹⁹⁶

A competência comum significa que a prestação do serviço por uma instituição não anula a competência da outra. Trata-se da competência-dever, pois está relacionada à efetivação da função pública de prestação de serviços à população.

O art. 23 da CRFB/88 trata da competência material relacionada à prestação de serviços da mesma natureza da competência estabelecida no art. 21. A diferença é que no art. 21 a competência é exclusiva da União, enquanto que no art. 23 é comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.¹⁹⁷

¹⁹⁵ SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 280-276.

¹⁹⁶ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 set. 2019.

¹⁹⁷ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24

O art. 23 da CRFB/88 está igualmente ligado ao art. 24 da CRFB/88 que trata da competência legislativa concorrente sobre as matérias dispostas no dispositivo. O art. 23 dispõe sobre o conteúdo das matérias arroladas, enquanto que o art. 24 define a forma normativa que se lhes dá.¹⁹⁸

O parágrafo único do art. 23 trata das normas de cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, exigindo leis complementares que fixem normas para que haja cooperação entre as entidades. Ou seja, as normas estabelecidas nas leis complementares é que vão estabelecer a natureza e extensão da cooperação entre as entidades, muito embora já esteja estabelecido no próprio dispositivo que o objetivo é o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional, o que não impede a cooperação entre Estados ou entre Estados e Municípios, para a conquista do equilíbrio e desenvolvimento e ao bem-estar no âmbito regional ou local.¹⁹⁹

Em relação à competência concorrente, assim dispõe o art. 24 da CRFB/88:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

- I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;
- II - orçamento;
- III - juntas comerciais;
- IV - custas dos serviços forenses;
- V - produção e consumo;
- VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
- VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
- VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação;
- X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;
- XI - procedimentos em matéria processual;
- XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;
- XIII - assistência jurídica e defensoria pública;
- XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;
- XV - proteção à infância e à juventude;
- XVI - organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis.

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

set. 2019.

¹⁹⁸ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

¹⁹⁹ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.²⁰⁰

A competência concorrente é possibilidade de a União, os Estados e o Distrito Federal legislar sobre determinadas matérias, cabendo à União legislar sobre normas gerais e aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre normas específicas.

A competência concorrente da União para legislar sobre as matérias indicadas no art. 24 da CRFB/88 se restringe a tratar das normas gerais. Nisso a CRFB/88 foi redundante em alguns pontos e cita como exemplo o art. 22, XXIV que estabelece ser competência privativa da União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional, enquanto que o art. 24, IX, c/c o §1º afirma caber-lhe legislar sobre normas gerais da educação²⁰¹. José Afonso da Silva ressalta que, no fundo, legislar sobre normas gerais e sobre diretrizes e bases da educação nacional representam, no fundo, a mesma coisa.²⁰²

O art. 22 da CRFB/88 foi omissivo quando conferiu à União competência privativa para legislar sobre normas gerais, no inc. XXI, no que se refere à organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das Polícias Militares e Corpos de Bombeiro; bem como no inc. XXVII do mesmo dispositivo, em relação à licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas e empresas estatais, não inserindo a matéria no art. 24, para indicar que Estados podem legislar também sobre essas matérias, como fez em relação à Polícia Civil.

No entanto, mesmo não constando expressamente na competência comum, os Estados e Distrito Federal²⁰³ podem legislar supletivamente sobre esses assuntos. É o que se extrai do §2º do art. 24 da CRFB/88, segundo o qual a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados e do Distrito Federal.

Os §§ 3º e 4º complementam estabelecendo que “inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas

²⁰⁰ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 11 mar. 2019.

²⁰¹ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2019.

²⁰² SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 280.

²⁰³ Em relação ao Distrito Federal, ressalte-se que não tem competência para tratar da Polícia Militar.

peculiaridades” e “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”, respectivamente. Assim, sobrevindo lei federal, esta não revoga nem derroga lei estadual anterior na parte que lhe for contrária, pois a lei estadual apenas perde a sua aplicabilidade, ficando com sua aplicabilidade suspensa. Logo, se a lei federal for revogada, a lei estadual volta a ter eficácia.

Em relação aos municípios, a CRFB/88 não tratou expressamente na competência concorrente do art. 24, mas lhes outorgou competência concorrente para suplementar a legislação federal e estadual no que couber, ou seja, podem legislar especialmente sobre normas gerais de competência da União, bem como sobre as matérias ali arroladas.²⁰⁴

4.1.2 Competência da União, dos Estados e dos Municípios

A competência legislativa privativa da União está prevista no art. 22, em um rol não exaustivo, bem como no art. 48, ambos da CRFB/88²⁰⁵. Ressalte-se que as matérias tratadas no art. 22 também podem ser regulamentadas por outros entes federativos, de acordo com o que dispõe o parágrafo único do mesmo dispositivo: “lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”.²⁰⁶

Assim, a União pode transferir, através de lei complementar, a competência aos demais entes federativos para tratar de algumas questões específicas dessas matérias. No entanto, a União não pode abdicar da sua competência. Assim, nada impede que mesmo depois de delegada matéria aos entes federativos, a União a retome novamente, passando a legislar sobre o mesmo assunto a qualquer momento.

²⁰⁴ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

²⁰⁵ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

²⁰⁶ Por força do art. 32, §1º da CRFB/88 essa autorização também se estende ao Distrito Federal. Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

A respeito da competência privativa da União, o STF, por diversas vezes, declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais violadoras da competência legislativa da União prevista no artigo 22 da CRFB/88. É o que se extrai da ADI nº 5722, que julgou procedente ação direta de inconstitucionalidade, contra a Lei nº 10.368/2014 da Paraíba, reconhecendo a competência privativa da União para legislar sobre telecomunicação (art. 22, IV, CRFB).

Em relação aos Estados-membros, estes possuem três espécies de competências legislativas: remanescente, delegada pela União e a concorrente.

A competência reservada está prevista no artigo 25, §1º da CRFB/88 e significa que toda competência que não for vedada pela Constituição está reservada aos Estados-membros. Portanto, o que não for da competência de outro ente da federação e não houver vedação legal, competirá ao Estado-membro legislar.

A competência delegada dos Estados é aquela, como dito, em que a União, com fulcro no parágrafo único do art. 22 da CRFB/88, pode autorizar os Estados a legislar sobre situações específicas das matérias de sua competência privativa, nos moldes do art. 22 da CRFB/88.²⁰⁷

Em relação à competência concorrente, já conceituada neste trabalho, acrescentando-se, por oportuno, que CRFB/88 previu expressamente algumas competências aos Estados-membros, a exemplos da criação, da fusão, da incorporação e do desmembramento de municípios no Estado (artigo 18, §4º da CRFB/88), a instituição das regiões metropolitanas, aglomerados urbanos e microrregiões (artigo 25, §3º da CRFB/88), bem como a exploração direta ou mediante concessão, dos serviços locais de gás canalizado (artigo 25, §2º da CRFB/88).²⁰⁸

A principal competência dos municípios é a capacidade de auto-organização através da edição da sua Lei Orgânica, de acordo com o que dispõe o caput do art. 29 da CRFB/88:

O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos

²⁰⁷ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

²⁰⁸ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:²⁰⁹

Além da competência para elaborar sua própria lei orgânica, as competências legislativas do município se caracterizam pelo princípio da predominância do interesse local²¹⁰, o que representa o reconhecimento da autonomia municipal. Esse interesse local representa as peculiaridades e as necessidades ínsitas à comunidade local, se refere aos interesses diretamente relacionados às necessidades imediatas do município, ainda que estejam ligadas direta ou indiretamente aos interesses estaduais ou nacionais.

É importante conferir aos municípios essa autonomia para legislar a respeito dos interesses locais, pois o que é necessário para uma determinada comunidade, pode não ser para outra. Por esta razão, uma lei pode não atender a todos os municípios uniformemente, o que lhes garante que cada local elabore suas leis para atender às suas particularidades.

Todavia, mesmo sob o pretexto de atender interesse local, a lei municipal deve respeitar os princípios constitucionais, bem como leis estaduais e federais existentes. A superveniência de lei federal ou estadual contrária à municipal, suspende a eficácia desta.

O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a competência municipal para legislar sobre saúde. Outrossim, em defesa da saúde preventiva, o STF, na ADPF nº 109, do Min. Edson Fachin, julgou improcedente ação direta ajuizada contra a Lei nº 13.113/2001 e o Decreto nº 41.788/2002 do Estado de São Paulo:

EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. LEI 13.113/2001 E DECRETO 41.788/2002, QUE DISPÕE SOBRE A PROIBIÇÃO DO USO DE MATERIAIS, ELEMENTOS CONSTRUTIVOS E EQUIPAMENTOS DA CONSTRUÇÃO CIVIL CONSTITUÍDOS DE AMIANTO NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. EXERCÍCIO LEGÍTIMO DA COMPETÊNCIA DOS MUNICÍPIOS PARA SUPLEMENTAREM A LEGISLAÇÃO FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. 1. Ante a declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, não invade a competência da União prevista nos arts. 24, V, VI e XII, da Constituição da República, a legislação municipal que,

²⁰⁹ BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

²¹⁰ A este respeito, o art. 30, I da CRFB/88 dispõe: “Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local”. Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

suplementando a lei federal, impõe regra restritiva de comercialização do amianto. 2. Trata-se de competência concorrente atribuída à União, aos Estados e Distrito Federal para legislar sobre produção, consumo, proteção do meio ambiente e proteção e defesa da saúde, tendo os Municípios competência para suplementar a legislação federal e estadual no que couber. 3. Espaço constitucional deferido ao sentido do federalismo cooperativo inaugurado pela Constituição Federal de 1988. É possível que Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, no exercício da competência que lhes são próprias, legislem com o fito de expungirem vácuos normativos para atender a interesses que lhe são peculiares, haja vista que à União cabe editar apenas normas gerais na espécie. 4. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada improcedente, com a declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95.²¹¹

A Competência de legislar sobre proteção e defesa da saúde é concorrente de todos os entes da Federação (União, estados, Distrito Federal e municípios), acordo com o art. 24, II da Constituição Federal²¹². No que se refere à competência para legislar sobre “produção e consumo”, a competência é da União, dos Estados e do Distrito Federal, art. 24, V, da Constituição Federal. Logo, o município não tem competência para legislar sobre defesa do consumidor.²¹³

Logo, a competência para atuar em temas referentes à saúde é estabelecida aos órgãos politicamente legitimados, quais sejam, Poderes Legislativo e Executivo da União, estados, Distrito Federal e municípios.²¹⁴

4.2 PRESSUPOSTOS PARA A INTERPRETAÇÃO NORMATIVA (VONTADE DO LEGISLADOR *VERSUS* VONTADE DO JUIZ)

Este tópico se propõe a abordar a temática a partir da análise da vontade do legislador ao elaborar a Lei nº 10.431/15 em contraposição à vontade do Juiz de Direito, com base na Palestra I – “Método da Filosofia” - do pragmatista²¹⁵ jurídico Benjamin

²¹¹ STF – Supremo Tribunal Federal, acórdão do Ministro Edson Fachin, na ADPF nº 109, contra a Lei nº 13.113/2001 e o Decreto nº 41.788/2002 do Estado de São Paulo

²¹² Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2019.

²¹³ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 56.

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 598.

²¹⁵ De acordo com John Shook, é uma teoria do conhecimento que visa responder o seguinte questionamento: “Como se dá o conhecimento?” Benjamim Cardoso buscou responder essa pergunta dando enfoque às decisões dos Tribunais. SHOOK, John. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 11.

Nathan Cardozo²¹⁶ – “A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale”.

Como dito, o Poder Legislativo do Estado da Paraíba elaborou a Lei nº 10.431/15. Segue o inteiro teor da citada Lei:

LEI Nº 10.431, DE 20 DE JANEIRO DE 2015.
AUTORIA: DEPUTADO CAIO ROBERTO. Proíbe cantinas e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média, de venderem bebidas com baixo teor nutricional, como os refrigerantes. O PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA PARAÍBA. Faz saber que a Assembleia Legislativa decreta, e eu, em razão da sanção tácita, nos termos do § 1º do Art. 196 da Resolução nº 1.578/2012 (Regimento Interno) c/c o § 7º do art. 65, da Constituição Estadual, Promulgo a seguinte Lei: Art. 1º Fica proibida a venda de refrigerantes nas cantinas e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média. Art. 2º Os estabelecimentos que não observarem o dispositivo desta Lei, estarão sujeitos às punições previstas pela legislação sanitária e poderão perder a licença ou o alvará de funcionamento. Art. 3º Os sistemas de ensino deverão estabelecer as normas e procedimentos para o cumprimento desta Lei no âmbito de suas respectivas redes de ensino. Art. 4º Esta Lei entra em vigor em 120 (cento e vinte) dias a partir da sua publicação. Paço da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, “Casa de Epitácio Pessoa”, João Pessoa, 20 de janeiro de 2015. Ricardo Marcelo. Presidente”.²¹⁷

A referida lei dispõe em sua ementa que “proíbe cantinas e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média, de venderem bebidas com baixo teor nutricional, como os refrigerantes”. Assim, de um lado, na ementa, o legislador determina a proibição da venda de bebidas de baixo teor nutricional e, a título de exemplo, cita o refrigerante. De outro, no art. 1º, determina que “fica proibida a venda de refrigerantes nas cantinas e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média”, ou seja, proíbe apenas a venda de refrigerantes.

Assim, diante da redação dúbia, o juiz de direito deve proibir a venda apenas de refrigerantes ou de todas as bebidas com baixo teor nutricional? E se aplicador do direito entender que deve ser proibida a venda de todas as bebidas com baixo valor

²¹⁶ Benjamim N. Cardoso que sucedeu o Juiz Oliver Wendell Holmes na Suprema Corte dos Estados Unidos em 1932 e foram figuras clássicas na identificação do pragmatismo filosófico no campo jurídico do Direito.

²¹⁷ PARAÍBA. Lei nº 10.431/15. Proíbe cantina e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média, de venderem bebidas com baixo teor nutricional, como os refrigerantes. Disponível em: http://sapl.al.pb.leg.br/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/11612_texto_integral>. Acesso em: 27 mar. 2020.

nutricional, o que o legislador quis dizer com “baixo valor nutricional”? Possivelmente o juiz de direito não tem capacidade ou conhecimento suficiente na área de nutrição para decidir quais são essas bebidas de baixo teor nutricional.

Assim, ao se deparar com a Lei n.º 10.431/15, o juiz deverá resolver todos esses questionamentos que irão interferir na decisão do julgamento através da interpretação autêntica. No ordenamento jurídico brasileiro, apesar da existência de uma Constituição e de leis bem elaboradas, o juiz, em diversas situações, precisa preencher lacunas, esclarecer ambiguidades a fim de sanar erros e diminuir dificuldades através da interpretação.²¹⁸

No entanto, ao se proceder à interpretação normativa da referida lei, é importante considerar as espécies de interpretação. Neste sentido, Hans Kelsen²¹⁹ faz a seguinte distinção:

Desta forma, existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica.

No presente trabalho, levar-se-á em consideração apenas a interpretação realizada pelo órgão aplicador do direito. Neste sentido, é de se ressaltar ainda o posicionamento de Hans Kelsen em relação à interpretação jurídica feita pelo aplicador do direito:

A interpretação feita pelo órgão aplicador do direito é sempre autêntica. (...) A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.²²⁰

²¹⁸ CARDOSO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale**. Tradução: Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vila. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 5.

²¹⁹ KELSEN, Hans. **O que é justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência**. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 338.

²²⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 394.

O direito brasileiro está pautado numa perspectiva normativista baseado no sistema do Civil Law²²¹, que tem como cerne a lei criada pelo legislador, onde os aplicadores do direito devem se ater a estudar o direito como norma.

De acordo com o sistema *Civil Law*, a norma quer dizer algo e é preciso olhar qual é a intenção desta norma, focando, a rigor, no que o legislador pretendia quando a produziu, pois o eixo central do juiz deve estar pautado na ideia do texto da norma a partir da vontade do legislador.

De acordo com Lorena Freitas, enquanto o legalismo exegeta enfatiza o papel do legislador para o direito e coloca o juiz como mera boca da lei, o realismo faz justamente o oposto, ou seja, destaca o papel do julgador, afirmando que o direito é o que o juiz diz ser direito, a partir de uma moldura normativa e não de forma irracional.²²²

A perspectiva de base decisionista vai focar no direito a partir do seguinte pensamento: o legislador produziu a norma, mas independente - o que não quer dizer que o aplicador da lei está desconsiderando completamente a vontade do legislador que produziu a norma – mas, independentemente do que o legislador pretendia, o julgador tem que perceber, de acordo com o caso concreto, como é que essa norma tem que ser compreendida. Então, na prática, é o juiz de direito que vai produzir essa compreensão e, a partir dessa interpretação, a lei vai produzir efeito jurídico vinculante.

Então, a discussão em hermenêutica da *mens legis e mens legislatoris* serve para refletir e tentar esclarecer a dicotomia entre Teoria da Norma vs. Teoria da Decisão. Como tradicionalmente ou majoritariamente o direito brasileiro está pautado no sistema do Civil Law, muito provavelmente grande parte dos juristas são especialistas nesse olhar normativista do direito e possivelmente não estão afeitos a esse olhar na perspectiva decisionista.

²²¹ Perceber a distinção entre o Civil Law (com fulcro na Teoria da Norma, a qual estuda o conteúdo da norma) e o Common Law (com esteio na Teoria da Decisão, tem como foco o intérprete de norma), serve para esclarecer a dicotomia entre “Teoria da Norma vs. Teoria da Decisão”. E a perspectiva de base decisionista é o Juiz de Direito que vai na prática produzir a compreensão do que a norma quer dizer. É essa interpretação que vai produzir efeito jurídico vinculante. Perceber essa distinção entre o Civil Law e o Common Law serve para visualizar como o Common Law vai se agasalhar ou explorar mais um olhar sobre o direito, pautado numa perspectiva normativista. O legislador cria a norma e, de acordo com a Teoria da Norma adotada pelo direito brasileiro, o juiz aplica a lei independentemente do que esse legislador pretendia.

²²² A Professora Lorena de Freitas enfatiza ainda que “é exagero assemelhar o realismo ao decisionismo, pois este último sim é quem concebe o direito como fruto exclusivo da arbitrariedade do julgador, ao passo que para o realismo o direito é fruto não da arbitrariedade, mas da discricionariedade do julgador”. FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo: acerca da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015, p. 48.

Neste sentido, é de mencionar a tese defendida pelo realismo de que o direito é o que os juízes afirmam ser direito. Primeiro o juiz decide e somente depois busca o fundamento jurídico que vai justificar a sua decisão que, ressalte-se, já fora tomada.²²³

Assim, de acordo com Benjamin Cardoso, diversos ingredientes participam em medidas variadas e resultam diariamente numa estranha mistura preparada nos caldeirões dos tribunais. Se há precedentes e, caso haja, se serão seguidos ou não; se a busca é por coerência lógica, simetria da estrutura jurídica, até onde se deve prosseguir nessa busca; em que ponto essa busca pode ser interrompida por um costume discrepante, bem-estar social, pelos próprios critérios do Juiz ou por critérios comuns da Justiça e da moral.²²⁴

Além desses ingredientes citados por Benjamin Cardoso, é de se considerar a existência de outros, tais como “instintos herdados, crenças tradicionais, convicções adquiridas”, pois o juiz decide de acordo com o seu consciente e subconsciente e “com frequência, é graças a essas forças subconscientes que os juízes mantêm a coerência consigo mesmos e a incoerência entre si”.²²⁵

Neste mesmo sentido, acrescenta ainda Benjamin Cardoso:

A vida do direito não tem sido lógica, mas sim experiência. As necessidades sentidas na época, a moral e as teorias políticas predominante, as intenções da política pública confessadas ou inconscientes, e até os preconceitos que os juízes compartilham com seus concidadãos têm tido muito mais influência do que o silogismo ao determinar as regras pelas quais os homens devem ser governados.²²⁶

Benjamin Cardoso ressalta que o direito não se restringe aos conhecimentos científicos, pois o saber, o conhecimento e a experiência acerca do que é direito influenciam diretamente a percepção que o juiz extrai da lei e conseqüentemente o sentido que irá aplicá-la.

²²³ FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo: acerca da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015, p. 48.

²²⁴ CARDOSO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale**. Tradução: Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vila. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 2.

²²⁵ CARDOSO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale**. Tradução: Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vila. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 3a

²²⁶ CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial e a evolução do direito**. Trad. Leda Boechat. 3. ed. Porto Alegre: AJURIS, 1978, p.39.

William James está entre os clássicos da psicologia e da filosofia do século XX e defende a licitude da fé voluntariamente adotada. A este respeito, faz-se o recorte para trazer o seu debate acerca da psicologia da opinião humana, no qual o autor sustenta que “quando olhamos certos fatos, é como se nossa natureza passional e volitiva se encontrasse na raiz de todas as nossas convicções. Quando olhamos para outros, parecem-nos que eles não poderiam fazer mais nada após o intelecto ter dado seu veredicto”²²⁷.

Significa dizer que quando um indivíduo se depara com um fato, seja ele juiz ou não, já faz intimamente o seu juízo de valor, independentemente da opinião que outras pessoas possam ter a respeito daquela mesma situação. Da mesma forma acontece nos tribunais de justiça que precisam decidir com fulcro nas melhores evidências presentes no processo, porque o papel de um juiz é tanto fazer a lei quanto aplicá-la.

Partindo dessa premissa, o juiz quando precisa julgar uma causa, ele analisa as “verdades” que lhes são postas – que, ressalte-se, nem sempre corresponde à verdade dos fatos – e já faz o seu julgamento a partir do que acredita ser a verdade e a justiça.²²⁸

É de se considerar que cada um carrega dentro de si um conceito de Justiça e de Direito que é formado desde a infância a partir das suas crenças e experiências vividas na família e na sociedade. Hans Kelsen, em “O que é Justiça?”, ensaia várias hipóteses na tentativa de chegar ao conceito de justiça. Neste mesmo sentido, Platão em “A República”, dentre as várias hipóteses para se chegar ao conceito de Justiça afirma que “Justiça é dar a cada um o que é seu”. Mas o que cada um pode considerar seu?²²⁹

O senso de justiça pode variar de acordo com diversos fatores sociais, culturais e econômicos vividos por uma determinada sociedade. Assim, o que parece ser “justo” para um grupo social, pode parecer “injusto” para outro. E, no final das contas, é o juiz quem vai determinar o que é direito e justiça a partir das suas experiências, suas filosofias, suas crenças, sua lógica e da cultura na qual está inserido. Neste sentido, o realismo surge como uma metodologia do direito ou método para identificar o

²²⁷ JAMES, William. **A vontade de crer**. Tradução: Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: edições Loyola, 2001, p. 12.

²²⁸ De acordo com William James, “os tribunais de justiça, de fato, têm de decidir com base nas melhores evidências obtíveis no momento, porque a tarefa do juiz é tanto fazer a lei como verificá-la, e (como um juiz douto certa vez me disse) poucos casos são merecedores de que se gaste muito tempo neles: o bom é decidi-los com base em qualquer princípio aceitável e tirá-los do caminho”. JAMES, William. **A vontade de crer**. Tradução: Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: edições Loyola, 2001, p. 34.

²²⁹ KELSEN, Hans. **O que é justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência**. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 1-25.

pragmatismo. De acordo com Benjamin Cardoso, é realista porque reconhece, primeiramente, a existência desses elementos subconscientes nas decisões dos juízes.

A respeito do realismo, Lorena de Freitas acrescenta:

O realismo jurídico entende o direito como aquilo que decidem juízes e tribunais, tendo em vista suas crenças, ideologias, idiossincrasias etc. Fundamental é perceber, todavia, que eles decidem em um determinado contexto e tal é aquilo que pode ser justificado normativamente, portanto, o realismo se subsume na ideia de moldura, logo, eu posso decidir o que quiser, desde de justifique normativamente.²³⁰

O pilar que sustenta a tese do realismo é que o direito é o que os juízes dizem que é direito. O julgador primeiramente decide o conflito e depois busca o fundamento legal que irá embasar a sua decisão. O direito não trabalha com verdades, mas com aquilo que tem aparência de verdade, ainda que se manifeste aparentemente como verdade real ou verdade formal.

Ocorre que, muitas vezes, o Juiz faz determinada interpretação e se deixa influenciar por sentimentos ou convicções pessoais que o distancia das conclusões objetivas acerca da verdadeira intenção do legislador. É comum que haja influências dessas convicções e até das experiências vividas pelo intérprete, porém essa postura compromete o resultado do estudo.

Neste contínuo, o intérprete pode não ter consciência do fato de que esses elementos subconscientes interferem no processo de tomada de decisão. Inclusive, essa questão dos elementos subconscientes da tomada de decisão no processo judicial foi tema da Palestra IV de Benjamin N. Cardoso na Universidade de Yale.

A partir do momento que o juiz vai buscar a real intenção do legislador na elaboração de uma norma, ele está mais susceptível a acertos na aplicação do direito. Quando o Juiz se depara com o caso concreto, verificar a intenção do legislador pode ser o menor problema quando se tem que preencher lacunas, diante da análise de uma lei ambígua, inadequada ou mal redigida.

²³⁰ FREITAS, Lorena. **O realismo jurídico como pragmatismo: acerca da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015, p. 23.

O juiz, ao realizar essa análise interpretativa²³¹, deve primeiramente estabelecer o método a ser utilizado, explicando como vai desenvolver a pesquisa, expondo algumas categorias centrais que estudam essa vontade do legislador e a vontade do julgador.

O que se extrai da tese de Benjamin Nathan Cardoso para que aplicar ao desenvolvimento deste trabalho é que ele traz essa discussão indiretamente, porém essa preocupação se aplica de certa maneira porque o intérprete ao produzir esse ato de vontade, o faz influenciado por elementos que inclusive são subconscientes.²³²

4.3 ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS DA LEI Nº 10.431/15 E DAS NOTAS TAQUIGRÁFICAS

O trabalho tem como um dos seus objetivos específicos analisar a Lei nº 10.431/15²³³ do Estado da Paraíba, assim como os debates parlamentares que a antecederam a partir das notas taquigráficas fornecidas pela Assembleia Legislativa, pois é possível se apurar através dos debates parlamentares qual a real intenção do legislador, ao proibir a venda de refrigerantes nas cantinas e lanchonetes das escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média.

Afinal, o legislador pretende proibir a vendas de todas as bebidas com baixo valor nutricional ou apenas refrigerante? Além do mais, caso a intenção do legislador seja proibir apenas a venda de refrigerantes, ele pretende proteger a saúde das crianças ou algum grupo econômico ao proibir apenas a venda de refrigerantes? Todos esses questionamentos podem ser esclarecidos a partir da análise das notas taquigráficas.

Por que é mais seguro buscar essa intenção do legislador a partir da interpretação das notas taquigráficas? As notas taquigráficas é o apanhado fiel e na íntegra de tudo o que foi dito pelos parlamentares na sessão que aprovou a lei objeto de interpretação.

²³¹ Adota-se neste trabalho o conceito de interpretação de acordo com Hans Kelsen: “Quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 387.

²³² Holmes afirma que “a vida do direito não tem sido lógica, mas sim experiência”. HOLMES, Oliver Wendell. **The common law**. Boston: Little Brown, 1881, p. 2.

²³³ PARAÍBA. **Lei nº 10.431/15**. Proíbe cantina e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média, de venderem bebidas com baixo teor nutricional, como os refrigerantes. Disponível em: http://sapl.al.pb.br/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/11612_texto_integral>. Acesso em: 25 mar. 2020.

Assim, é uma fonte de pesquisa de relevância, pois poderá auxiliar o juiz a extrair a verdadeira intenção do legislador quando da elaboração da lei.

No entanto, a análise dessas notas taquigráficas tem o seu resultado a partir do olhar do interprete. Essa interpretação como conhecimento científico pressupõe uma objetividade. Esse interprete é quem vai produzir o resultado, portanto precisa se afastar do “achismo”, devendo se ater às conclusões objetivas²³⁴.

Tendo em vista a cumprimento de um dos objetivos específicos, a pesquisadora solicitou formalmente, na Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, as notas taquigráficas da sessão de julgamento que aprovou a Lei nº 10.431/15. No entanto, foi informada que não houve debate por parte dos parlamentares na sessão de aprovação e que sequer houve anúncio do seu julgamento, sendo aprovada sem ao menos ser colocada em mesa. O taquígrafo alegou que a sessão de aprovação da Lei nº 10.431/15 coincidiu com a sessão de aprovação da Lei Orçamentária Anual (LOA) e que os parlamentares se estenderam no debate da LOA durante toda a sessão, justificando que não sobrou tempo para debater a lei objeto de estudo.

Porém, mesmo diante da inexistência das notas taquigráficas, pode-se fazer um estudo interpretativo da lei seca e comprovar, a partir de uma análise objetiva, qual a vontade do legislador ao elaborá-la: o legislador proíbe a venda de refrigerantes ou a venda de bebidas com baixo valor nutricional? E, em sendo a proibição de bebidas de baixo valor nutricional, como o julgador irá calcular esse “baixo valor”?

Pode-se, portanto, através dessa análise objetiva da Lei nº 10431/15 concluir se a mesma foi elaborada com o intuito de proibir apenas refrigerantes ou qualquer bebida com baixo teor nutricional, além de esclarecer se o propósito do legislador era promover saúde e prevenir doenças nas crianças através da criação de hábitos saudáveis desde a infância ou prejudicar/beneficiar algum grupo econômico.

Para realizar uma análise objetiva da Lei nº 10.431/15 é necessário estudar outras leis que tratem de alimentação nas escolas, bem como invocar outras áreas do conhecimento, como nutrição, medicina e educação.

Além do mais, é de se considerar a preocupação em nível nacional e internacional com a saúde preventiva não só das crianças, mas também de toda sociedade. Descobrir perfis de alimentação permite o reconhecimento da importância de

²³⁴ Anotações das aulas da Professora Doutora Lorena Freitas, na disciplina Temas Fundamentais de Direito, ministrada no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas na UFPB, no segundo semestre de 2018.

certos padrões em proteger populações de doenças e promover a saúde. Por isso, estudos sobre padrões alimentares vem sendo realizados em diversos países do mundo para identificar a relação com o risco de desenvolvimento de doenças crônicas, mas estudos feitos em outros países nem sempre servem para o Brasil tendo em vista diferença dos hábitos alimentares adotados diante da cultura de determinados povos.

A alimentação é determinada pela cultura, história e hábitos das pessoas e pode mudar de acordo com a sociedade na qual esteja inserida, por esta razão nem sempre é possível utilizar resultados de outro país diante da diversidade alimentar. Por isso, é muito importante identificar e estudar qual é o padrão alimentar dos brasileiros, considerando ainda a variação regional.

Ao considerar o contexto brasileiro, a historicidade e os diversos aspectos socioculturais, além da dificuldade de acesso a alimentos em relação à qualidade e à quantidade para suprir as necessidades nutricionais básicas do indivíduo, tendo em vista que milhares de cidadãos brasileiros sofrem com a falta de alimento porque vivem em pobreza extrema, é preciso pensar numa educação nutricional de baixo custo e de qualidade que também atenda a esta realidade.

A desnutrição infantil ocorre quando o organismo não recebe os nutrientes necessários para o desenvolvimento adequado do metabolismo. Portanto, a desnutrição pode ser definida como uma condição clínica decorrente da falta relativa ou absoluta de nutrientes essenciais para o pleno desenvolvimento físico, mental e sensorial.

De acordo com a OMS “a desnutrição aguda grave ocorre quando bebês e crianças não energia, proteína e micronutrientes suficientes na dieta, combinados com outros problemas de saúde, como infecções recorrentes”.²³⁵

A desnutrição ainda é uma das principais causas de morbidade e mortalidade no Brasil e no mundo. Por esta razão, a Agência de Saúde das Nações Unidas traçou novas diretrizes de tratamento, tanto em hospitais quanto em casa, para aproximadamente 20 milhões de crianças com menos de 05 (cinco) anos no mundo inteiro que sofrem de desnutrição aguda grave, incluindo crianças portadoras do vírus da imunodeficiência humana (HIV). Essas diretrizes são essenciais, pois muitos planos nacionais de saúde

²³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Notícias da ONU. **Perspectiva global. Histórias Humanas.** Disponível em: <<https://news.un.org/en/story/2013/11/456522-un-health-agency-issues-new-guidelines-treating-severe-acute-child-malnutrition#.UpdoltIjKP9>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

ignoram o quadro de crianças com desnutrição aguda grave, o que pode levar à morte de milhares de infantes.²³⁶

O Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) reconhece que a desnutrição infantil é um problema grave no Brasil e está entre as principais causas básicas de morte nas populações indígenas. Aliás, O UNICEF não tem manifestado preocupação apenas com o cenário de desnutrição grave no Brasil, mas tem também em outros lugares do mundo, a exemplo do Cifre da África que, em 2011, que deixou milhões de pessoas dependentes de ajuda humanitária. Por isso, a UNICEF tem trabalhado, juntamente com a sociedade civil e com a ONU, para encontrar soluções para esta crise humana.²³⁷

A depender da sua causa, a desnutrição pode ter caráter primário ou secundário. Será primário “quando a criança tem uma alimentação quantitativa ou qualitativa insuficiente em calorias e nutrientes” e secundário quando a ingestão de alimentos não é suficiente porque as necessidades energéticas aumentam ou por qualquer outro fator não relacionado diretamente ao alimento”.²³⁸

Além do mais, vários fatores podem ocasionar a desnutrição infantil: o desmame precoce, fatores socioeconômicos, culturais, a renda familiar e a disponibilidade de alimentos. Ressalte-se os fatores socioeconômicos, em que crianças provenientes de baixa renda possuem um risco maior de apresentar quadro de desnutrição grave pela dificuldade de acesso aos alimentos e pelas condições sanitárias precárias em que vivem e que contribuem para o aparecimento de infecções, parasitoses e agrava o quadro de desnutrição; bem como os fatores de renda e disponibilidade de alimentos, em que quanto mais alta a renda, maior o comprometimento da qualidade e da quantidade de alimentos consumidos.

O tratamento para a desnutrição varia de acordo com esses fatores e pode consistir na elaboração de uma dieta rica em nutrientes, na reeducação alimentar das pessoas que fazem parte do processo de formação dos infantes acerca do correto

²³⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Notícias da ONU. **Perspectiva global. Histórias Humanas**. Disponível em: <<https://news.un.org/en/story/2013/11/456522-un-health-agency-issues-new-guidelines-treating-severe-acute-child-malnutrition#.UpdoltIjKP9>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

²³⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Notícias da ONU. **Perspectiva global. Histórias Humanas**. Disponível em: <<https://news.un.org/en/story/2011/10/390472-unicef-warns-lack-nutrition-supplies-meet-unprecedented-global-demand>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

²³⁸ RECINE, Elisabetta; RADAELLI, Patrícia. **Obesidade e desnutrição**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/obesidade_desnutricao.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2020.

aproveitamento dos alimentos e da alimentação saudável, na higiene alimentar e pessoal, na participação familiar e comunitária etc.

De outro lado tem-se a obesidade infantil, que consiste numa doença crônica caracterizada pelo aumento do peso e excesso de gordura corporal que causam prejuízo à saúde. Mas nem todo aumento de peso reflete falta de saúde, pois muitos atletas profissionais podem ter o peso acima do “normal” em virtude da maior concentração de massa muscular.²³⁹

O número de adultos e crianças obesos tem crescido cada vez mais tanto em países ricos quanto em países pobres, bem como em países com maioria da população magra, a exemplo do Japão, principalmente porque os hábitos alimentares têm mudado em todo o mundo, seja em razão do elevado custo dos alimentos saudáveis ou pela mudança do próprio estilo de vida das famílias, pois os pais e as mães passaram a trabalhar fora de casa o dia inteiro e não têm tempo de planejar/preparar as refeições saudáveis da família, dando vez às comidas enlatadas, industrializadas e aos *fast foods*.

De acordo com a OMS, cerca de 41 (quarenta e um) milhões de crianças menores de 05 (cinco) anos são obesas ou estão acima do peso no mundo. No Brasil, aproximadamente 20% das crianças são obesas e 35% da população adulta está acima do peso, sendo 25% obesidade grave, onde a maior parte dos obesos está concentrada na região sul do país.²⁴⁰

Em complemento a esses dados, foi divulgado na Nota Técnica nº 9/2019/COSAN/CGPAE/DIRAE que, no Brasil, de acordo com o Sistema de Vigilância Alimentar e Nutricional (SISAN), a prevalência de crianças atendidas em Atenção Primária do SUS cresce significativamente, com cerca de 19,05% das crianças menores de 05 anos estavam em risco de sobrepeso, 15,71% apresentavam excesso de peso, sendo 6,92% obesas quando analisados os dados para o indicador IMC/Idade. No parâmetro Peso/Estatutura, constatou-se obesidade na população feminina de 5,1% e na masculina de 7%.²⁴¹

²³⁹ RECINE, Elisabetta; RADAELLI, Patrícia. **Obesidade e desnutrição**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/obesidade_desnutricao.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2020.

²⁴⁰ RECINE, Elisabetta; RADAELLI, Patrícia. **Obesidade e desnutrição**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/obesidade_desnutricao.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2020.

²⁴¹ BRASIL. **Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação**. Nota Técnica nº 9/2019/COSAN/CGPAE/DIRAE. Disponível em: <[file:///C:/Users/ferna/Downloads/SEI_FNDE%20-%201689085%20-%20Nota%20Tcnica%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ferna/Downloads/SEI_FNDE%20-%201689085%20-%20Nota%20Tcnica%20(1).pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2020.

Quanto mais nova a criança se torna obesa e quanto mais tempo permaneça nessa condição, maiores são os riscos de desenvolver comorbidades e outras doenças associadas ao excesso de peso, comprometendo a qualidade de vida e o estado da morbidade a curto, médio e longo prazo. A obesidade em crianças aumenta também as chances de se tornarem adultos obesos e de desenvolverem Doenças Crônicas não Transmissíveis (DCNT) nesta fase.

Atualmente, o excesso de peso é um dos problemas mais relevantes no mundo todo.²⁴² Diante desse aumento da obesidade no Brasil e no mundo, a OMS começou a considerá-la um problema de saúde pública tão preocupante quanto a desnutrição e lançou diretrizes para enfrentar, o que especialistas da OMS consideram, uma epidemia mundial.²⁴³

As diretrizes traçadas pela OMS direcionam como os profissionais devem identificar e orientar as crianças obesas que precisam de ajuda, considerando que o problema da obesidade não assola apenas os países em desenvolvimento, mas também os desenvolvidos. Dentre as diretrizes traçadas, pode-se destacar a medição do peso e da altura, o tratamento psicológico, a mudança dos hábitos alimentares e a prática de atividade física.

Além de enfrentar esses problemas de saúde pública pela falta condições financeiras para consumir alimentos saudáveis, pela própria cultura da sociedade que, na sua grande maioria, não associa a alimentação saudável à saúde, a sociedade e o Estado se deparam com o agravante da publicidade dirigida à infância através da televisão, a qual desempenha um papel fundamental na formação dos valores e do comportamento frente ao consumismo.

Ainda em relação à alimentação infantil, ressalte-se que as crianças são ainda mais vulneráveis ao consumo de alimentos não saudáveis e outros alimentos de baixo valor nutricional, principalmente pela alta carga de publicidade a que são submetidas e pelo estilo de vida adotado por maior parte das famílias²⁴⁴.

²⁴² BRASIL. **Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação**. Nota Técnica nº 9/2019/COSAN/CGPAE/DIRAE. Disponível em: <[file:///C:/Users/ferna/Downloads/SEI_FNDE%20-%201689085%20-%20Nota%20Tcnica%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ferna/Downloads/SEI_FNDE%20-%201689085%20-%20Nota%20Tcnica%20(1).pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2020.

²⁴³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Brasil. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-lanca-novas-diretrizes-de-combate-a-obesidade-infantil-no-mundo/>>. Acesso em: 04 abr. 2020.

²⁴⁴ OLMOS, Ana. Vergonha de si: a violência invisível da publicidade infantil. In: FONTENELLE, Laís (Org.). **Criança e consumo: 10 anos de transformação**. São Paulo: Instituto Alana, 2016, p. 169.

Há uma estreita relação entre o marketing de produtos alimentares com alta carga energética e a obesidade infantil. As estratégias dos profissionais de marketing colocam as crianças numa situação ainda mais vulnerável do que naturalmente se encontram, principalmente porque as crianças não conseguem distinguir o que é ficção e o que é real. Por isso, os publicitários se aproveitam da vulnerabilidade infantil para mexer com o imaginário das crianças, fazendo-as acreditar que aqueles alimentos as deixarão mais felizes, mais fortes, que terão poderes de super-heróis, etc. Os pais ou responsáveis muitas vezes são persuadidos pelas crianças e acabam cedendo ao pedido dos filhos de adquirir aquele alimento não saudável, mesmo sabendo dos malefícios que podem causar à saúde.

Um artigo publicado no II CONEC confirma a influência da televisão no consumo alimentar e na obesidade em crianças:

Ao identificar-se que o tempo em frente à televisão associa-se à inadequação dos hábitos alimentares e à redução da atividade física, revela-se que o hábito de assistir à televisão como um importante fator que pode propiciar a obesidade entre crianças e adolescentes. Por fim, salienta-se que os resultados dos estudos apontam a permanência em frente à TV como fator que influencia crianças e adolescentes a desenvolverem hábitos alimentares menos saudáveis, e também reduz o tempo dedicado à atividade física.

[...]

Este artigo aborda a publicidade em tom negativo comentando um suposto refinamento de suas táticas e mecanismos de convencimento e atração dos públicos alvo. Considera a criança como um alvo indefeso, declarando que a publicidade, principalmente a televisiva, toma a criança desprevenida de julgamentos, com sua mentalidade ainda em formação facilmente manipulável e convencida pelo que vê. Quando aplicado ao consumo alimentar, relata que não apenas a falta de experiência da criança é um problema, mas a influência à má alimentação. Discute as medidas legais tomadas pela Anvisa, o Conanda e o Conar para resolver o suposto abuso da fragilidade infantil na publicidade dirigida a crianças.

[...]

A pesquisa identificou que a faixa de 03 a 06 anos corresponde as maiores solicitações por produtos anunciados e que isto se deve a associação dos produtos com brindes, super-heróis, coleções e prêmios. Toda forma de consumo significa prazer. A obesidade encontra-se relacionada com qualidade alimentar.²⁴⁵

²⁴⁵ MORAES, Helder; MARREIRO, Cristina Gambarra; TRINDADE, Enos. **A publicidade na televisão e a obesidade infantil: Uma crítica sobre o estudo da midiatização no contexto brasileiro**. In. NOGUEIRA, Adinan (Org.) et al. II CONEC. **Interação e Midiatização**. Congresso Nacional de Estudos Comunicacionais PUC Minas Poços de Caldas [30 e 31 de outubro de 2017]. Anais 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Elisa_Ramirez_Hernandez/publication/330970243_Experiencia_estetica_e_mediacoas_culturais_nas_interacoes_televisivas/links/5c5dcad692851c48a9c2e839/Experiencia-estetica-e-mediacoas-culturais-nas-interacoes-

Quando é educada para o consumo, a criança constrói valores de que a felicidade se encontra no “ poder ter”, no “consumir”, no “comprar” e passam a considerar sem valor as pessoas que não têm esse poder de compra. Esse consumo desenfreado relacionado à própria felicidade, só traz, na verdade, grandes frustrações às crianças – e aos adultos principalmente – porque quando desejam obter/consumir um produto se frustram de toda forma: se não adquire, se sente triste e fracassado por não poder ter; se adquire, se sente frustrado porque satisfaz apenas um desejo momentâneo que logo será substituído por outro. A felicidade, de fato, não se encontra nas coisas. A felicidade é um estado de espírito e as pessoas, principalmente as crianças, precisam compreender isso.

Atualmente, as crianças brincam pouco entre si, vivem poucas experiências afetivas em casa, na escola, no meio social em que estão inseridas e isso tem refletido diretamente no emocional, na personalidade, na felicidade, na saúde. As crianças passam maior parte do dia no celular, tablet, computador ou televisão, sofrendo a violência dos meios de comunicação, porque os pais não têm tempo ou não querem dar atenção aos seus filhos. A mídia tem se aproveitado da hipervulnerabilidade das crianças que passam a maior parte do dia em frente à televisão para incentivar cada vez mais o consumo de brinquedos, alimentos não saudáveis, roupas de grife, etc. Do ponto de vista social, essa situação é uma verdadeira violência, real ou simbólica, ao psíquico da criança.²⁴⁶

No caso do Brasil, a mídia televisiva direcionada às crianças ganha contornos mais graves porque maior parte da população vive abaixo da linha de pobreza, são analfabetos funcionais, que não tem acesso à educação, saúde, alimentação saudável, lazer, entretenimento, dentre outros direitos essenciais, agravando ainda mais o grau de infelicidade dessas crianças, porque se a maioria já não tem acesso ao mínimo, que é alimento saudável, educação, saúde, muito menos terá acesso ao consumo dos demais produtos midiáticos.

A mídia abusiva tem agravado o consumo de alimentos hipercalóricos, com baixo valor nutricional e prejudiciais à saúde das crianças. Geralmente, os publicitários associam o alimento não saudável a algum personagem que desperte a atenção das

[televisivas.pdf#page=211](#)>. Acesso em: 04 abr. 2020.

²⁴⁶ OLMOS, Ana. Vergonha de si: a violência invisível da publicidade infantil. In: FONTENELLE, Laís (Org.). **Criança e consumo: 10 anos de transformação**. São Paulo: Instituto Alana, 2016, p. 168-169.

crianças, criam uma historinha para mexer com o imaginário infantil e fazem com que se apaixonem, que sonhem com aquele produto. Para realizar os desejos dos filhos, os pais – que atualmente são muito ausentes - acabam comprando brinquedos, roupas de grife, viagens, alimentos não saudáveis, mesmo sabendo que podem fazer mal à saúde dos filhos.

Diante de todos esses fatores, surgem crianças acima do peso ou obesas, com maior risco de adquirirem outras doenças não transmissíveis, como hipertensão arterial sistêmica, diabetes, distúrbios do colesterol ou triglicerídeos, doenças cardiovasculares, insuficiência cardíaca, apneia do sono e vários tipos de câncer.

Diante dessa problemática, em que a desnutrição grave atinge milhões de crianças em todo mundo e a obesidade passou a ser considerada uma epidemia mundial, a OMS traçou diretrizes para superar os dois problemas a partir de uma alimentação saudável adaptada à realidade de cada caso.

Não é papel do jurista estudar aspectos nutricionais da alimentação, pois esta é uma atribuição dos profissionais de nutrição. Ao jurista cabe estudar aspectos de concretização do direito à alimentação. No entanto, o direito não é uma ciência isolada, pois depende de outras áreas do conhecimento para compreender o contexto social, político e econômico da sociedade e, partir daí, elaborar teorias, princípios e normas que regulem a convivência entre as pessoas. Por isso, ao estudar o direito à saúde preventiva e sua relação com a alimentação saudável, é preciso buscar outras áreas do conhecimento para entender melhor a problemática.

Portanto, ao estudar a Lei nº 10.431/15, a qual proíbe a venda de refrigerantes em escolas públicas e privadas do Estado da Paraíba, é preciso fazer uma pesquisa também na área de saúde.

Neste sentido, segue o teor da Lei nº 10.431/15 na íntegra:

LEI Nº 10.431, DE 20 DE JANEIRO DE 2015.
AUTORIA: DEPUTADO CAIO ROBERTO. Proíbe cantinas e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média, de venderem bebidas com baixo teor nutricional, como os refrigerantes. O PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DA PARAÍBA. Faz saber que a Assembleia Legislativa decreta, e eu, em razão da sanção tácita, nos termos do § 1º do Art. 196 da Resolução nº 1.578/2012 (Regimento Interno) c/c o § 7º do art. 65, da Constituição Estadual, Promulgo a seguinte Lei: Art. 1º Fica proibida a venda de refrigerantes nas cantinas e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média. Art. 2º Os estabelecimentos que não observarem o dispositivo desta Lei, estarão sujeitos

às punições previstas pela legislação sanitária e poderão perder a licença ou o alvará de funcionamento. Art. 3º Os sistemas de ensino deverão estabelecer as normas e procedimentos para o cumprimento desta Lei no âmbito de suas respectivas redes de ensino. Art. 4º Esta Lei entra em vigor em 120 (cento e vinte) dias a partir da sua publicação. Paço da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, “Casa de Epitácio Pessoa”, João Pessoa, 20 de janeiro de 2015. Ricardo Marcelo. Presidente.²⁴⁷

Na ementa, a citada lei dispõe que “proíbe cantinas e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média, de venderem bebidas com baixo teor nutricional, como os refrigerantes”. Aqui, compreende-se que o legislador proibiu a venda de qualquer bebida de baixo valor nutricional e cita como exemplo o refrigerante. Mas, se o julgador não tem conhecimento acadêmico do que vem a ser “baixo valor nutricional”, como ele poderá resolver esse problema?

A primeira coisa que o jurista deve ter em mente ao analisar a Lei nº 10.431/15 é que, quando a CRFB/88 fala em direito à alimentação, não está se referindo ao direito de comer qualquer coisa para se manter vivo, mas ao direito de se alimentar de forma saudável, para ter uma vida saudável ou pelo menos para tentar amenizar os riscos de adquirir algumas doenças.

A alimentação passou a ser considerada em 2010 como um direito fundamental social, a partir da sua inserção no art. 6º da CRFB/88: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.²⁴⁸

A alimentação saudável está associada à dignidade da pessoa humana, à vida e à saúde. Por isso, juristas, a exemplo de José Afonso da Silva, consideram espantoso que só em 2010 a CRFB/88 a alimentação adequada foi reconhecida como direito fundamental social.²⁴⁹

Outro ponto importante é que o julgador deve reconhecer que, para solucionar determinados litígios, precisa requerer a ajuda de profissionais de outras áreas do

²⁴⁷ PARAÍBA. **Lei nº 10.431/15**. Proíbe cantina e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média, de venderem bebidas com baixo teor nutricional, como os refrigerantes. Disponível em: <http://sapl.al.pb.leg.br/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/11612_texto_integral>. Acesso em: 5 abr. 2020.

²⁴⁸ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 abr. 2019.

²⁴⁹ SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 188.

conhecimento para aplicar o direito ao caso concreto. Assim, para entender o significado de “baixo valor nutricional”, deve-se buscar conceitos na área da nutrição.

A primeira providência a ser tomada pelo intérprete é verificar a Informação Nutricional Complementar (INC), que é a informação presente nos rótulos dos alimentos que se refere às propriedades nutricionais específicas reconhecidas como positivas em termos nutricionais, a exemplo de vitaminas ou a redução do teor sódio. No entanto, o INC pode induzir os consumidores a acreditarem serem os alimentos mais saudáveis do que realmente o são, pois o INC não garante que aquele alimento possui composição nutricional adequada.

Essa questão se agrava ainda mais quando se trata de alimentos industrializados direcionados a crianças porque é cada vez maior o consumo de produtos industrializados pelo público infantil devido à sua boa aceitação pelo público infantil, aumentando o índice de crianças com sobrepeso ou obesas.

Analisa-se as tabelas nutricionais de algumas bebidas consumidas pelas crianças:

Tabela 1 - Nestlé Ninho: Iogurte parcialmente desnatado com preparo de morango e cereal

INFORMAÇÃO NUTRICIONAL		
PORÇÃO DE 170g (1 unidade)		
Quantidade por porção		%VD (*)
Valor energético	100kcal= 420 kj	5%
Carboidratos	15g dos quais:	5%
Açúcares***	12g	**
Proteínas	3,9g	5%
Gorduras totais	2,7g	5%
Gorduras saturadas	1,5g	7%
Gorduras trans	0g	**
Fibra alimentar	0g	0%
Sódio	76mg	3%
Cálcio	188mg	19%
Zinco	2,4mg	34%
Vitamina A	113 ug RE	19%
Vitamina D	0,94 ug	19%
*Valores diários de referência com base numa dieta de 2.000 kcal ou 8.400 kj. Valores diários podem ser maiores ou menores dependendo de suas necessidades energéticas.		
** VD não estabelecido. *** Este produto possui 43% de redução em açúcares quando comparado ao Iogurte Integral com preparo de frutas e cereal – Ninho Nestlé.		

Fonte: Rótulo do produto.

O iogurte parcialmente desnatado com preparo de morango e cereal é fonte de cálcio, zinco, vitaminas e proteínas, elementos que favorecem o crescimento e desenvolvimento da criança. Outro fator que favorece a ingestão desta bebida é a redução de gorduras por ser desnatado, tornando-o menos energético, sem interferir na quantidade de proteínas, vitaminas, cálcio e zinco.

Tabela 2 - Del Valle KAPO

INFORMAÇÃO NUTRICIONAL		
PORÇÃO DE 170g (1 unidade)		
Quantidade por porção		%VD (*)
Valor energético	79 kcal= 330 kj	4
Carboidratos	19g	5
Sódio	8,3mg	0
Vitamina A	90 ug	15
Vitamina B3	2,4mg	15
Vitamina B6	0,19mg	15
Vitamina B12	0,36 ug	15
Vitamina C	6,7 mg	15
Vitamina D	0,75 ug	15
Vitamina E	1,5 mg	15
Não contém quantidade significativa de proteínas, gorduras totais, gorduras saturadas, gorduras trans e fibra alimentar.		
*Valores diários com base numa dieta de 2.000 kcal ou 8.400 kj. Seus valores diários podem ser maiores ou menores dependendo de suas necessidades energéticas.		

Fonte: Rótulo do produto.

A bebida Del Valle KAPO possui vitaminas, no entanto em pequena quantidade. Quanto à existência de proteínas e fibra alimentar, ressaltou-se no próprio rótulo que não contém quantidade significativa. Além do mais, verifica-se que não há cálcio, zinco e outros elementos essenciais ao crescimento e desenvolvimento infantil. Portanto, pode ser considerada uma bebida de baixo valor nutricional.

Tabela 3 - Nestlé Nescau Bebida Láctea UHT sabor chocolate

INFORMAÇÃO NUTRICIONAL		
Porção nutricional de 200ml (1 copo)		
Quantidade por porção		%VD (*)
Valor energético	130 kcal= 546 kj	7%
Carboidratos	19g dos quais:	7%

Açúcares	18g	**
Proteínas	5,0g	7%
Gorduras totais	3,5g, das quais:	6%
Gorduras saturadas	2,0g	9%
Gorduras trans	0g	**
Gorduras monoinsaturadas	0,8g	**
Gorduras poli-insaturadas	0,1g	**
Colesterol	13mg	4%
Fibra alimentar	1,0g	4%
Sódio	115mg	5%
Cálcio	190mg	19%
Ferro	2,6mg	19%
Vitamina A	114ug RE	19%
Vitamina D	0,95ug	19%
Vitamina C	8,6mg	19%
Riboflavina	0,25mg	19%
Niacina	3,0mg	19%
Vitamina B6	0,25mg	19%
Vitamina B12	0,45ug	19%
*Valores diários com base em uma dieta de 2.000 kcal ou 8.400 kj. Seus valores diários podem ser maiores ou menores dependendo de suas necessidades energéticas.		
** VD não estabelecido. *** Este produto apresenta 32% menos gorduras totais quando comparado à média do mercado.		

Fonte: Rótulo do produto.

Nestlé Nescau Bebida Láctea UHT sabor chocolate possui carboidratos, proteínas, fibra alimentar, cálcio, ferro e vitaminas. Porém, possui gorduras totais, gorduras saturadas, gorduras trans, gorduras monoinsaturadas, gorduras poli-insaturadas, colesterol e açúcares, elementos que podem afetar a saúde das crianças se consumidos rotineiramente.

Sabe-se que, em alguns casos, as principais refeições das crianças são feitas no ambiente escolar e fazem parte da rotina delas; em outros casos, fazem apenas lanches no intervalo das principais refeições, mas também de forma rotineira. Ressalte-se que a crianças não consomem essa bebida apenas nas escolas, pois muitos pais oferecem também no ambiente doméstico. Portanto, se a bebida láctea UHT sabor chocolate for consumida cotidianamente, tanto em casa quanto na escola, pode causar prejuízo à saúde das crianças.

Tabela 4 - Refrigerante de guaraná Antártica

INFORMAÇÃO NUTRICIONAL

Porção nutricional de 200ml (1 COPO)***		
Quantidade por porção		%VD (*)
Valor energético	83 kcal= 349 kj	4
Carboidratos	20g dos quais:	7
Açúcares	20g	**
Sódio	11mg	0
“Não contém quantidade significativa de proteínas, gorduras totais, gorduras saturadas, gorduras trans e fibra alimentar”.		
(*) % Valores diários com base em uma dieta de 2.000 kcal ou 8.400 kj. Seus valores diários podem ser maiores ou menores dependendo de suas necessidades energéticas.		
(**) Valor diário não estabelecido.		

Fonte: Rótulo do produto.

O refrigerante de guaraná Antártica é uma bebida composta de açúcares, carboidratos e sódio em quantidade significativa, elementos que podem ser prejudiciais à saúde das crianças se consumidos em grande quantidade ou rotineiramente. Ressalta-se, no rótulo, que não contém quantidade significativa de proteínas, gorduras totais, gorduras saturadas, gorduras trans e fibra alimentar. O refrigerante de guaraná Antártica não possui vitaminas, cálcio, zinco e outros elementos auxiliam no desenvolvimento e crescimento das crianças. Logo, além de ser uma bebida de baixo valor nutricional, pode ser prejudicial à saúde das crianças.

Tabela 5 Refrigerante de cola COCA-COLA

INFORMAÇÃO NUTRICIONAL		
Porção de 200ml (1 COPO)		
Quantidade por porção		%VD (*)
Valor energético	85 kcal= 361 kj	4
Carboidratos	21g	7
Sódio	10mg	0
Não contém quantidade significativa de proteínas, gorduras totais, gorduras saturadas, gorduras trans e fibra alimentar.		
(*) %Valores diários com base em uma dieta de 2.000 kcal ou 8.400 kj. Seus valores diários podem ser maiores ou menores dependendo de suas necessidades energéticas.		

Fonte: Rótulo do produto.

O refrigerante de cola COCA-COLA é uma bebida com elevado teor de açúcares, carboidratos e sódio, elementos que, se consumidos em grande quantidade ou cotidianamente, podem ser prejudiciais à saúde das crianças. No próprio rótulo, ressalta-se que não contém quantidade significativa de proteínas, gorduras totais, gorduras

saturadas, gorduras trans e fibra alimentar. O refrigerante de cola COCA-COLA não possui vitaminas, cálcio, zinco e outros elementos que contribuem para o desenvolvimento e crescimento das crianças. Portanto, além de ser uma bebida de baixo valor nutricional, pode ser prejudicial à saúde.

Pelo que se extrai dos rótulos dos refrigerantes analisados, trata-se de bebida composta de calorias vazias que não contribui com nutrientes benéficos para o desenvolvimento e crescimento dos infantes. O maior malefício é que o consumo dessas bebidas reduz o consumo nutrientes vitais o desenvolvimento das funções do corpo das crianças.

Portanto, para a melhor compreensão da sua composição, os alimentos são classificados de acordo com a quantidade de cada substância que os compõem e, a partir dessa classificação, surgem os alimentos reguladores, construtores e os energéticos.²⁵⁰

Assim, os elementos reguladores são os que possuem maior quantidade de vitaminas e/ou sais minerais, sendo esses dois elementos responsáveis pelo bom funcionamento do corpo e o aumento da imunidade, tornando-o mais resistente às doenças. Esses elementos são encontrados em frutas, verduras, água e sal.²⁵¹

Os elementos construtores são aqueles que possuem uma maior quantidade de proteínas. A função de cada um é contribuir para a construção de um corpo saudável e são encontradas no leite, feijão, ovo, queijo, ervilha e carnes de peixe, boi, frango, porco.

Já os elementos energéticos são aqueles que possuem uma maior quantidade de açúcares, óleo e/ou gorduras. A função desses elementos é fornecer energia para o bom funcionamento do corpo.

É importante consumir os elementos de cada grupo na quantidade necessária para o bom funcionamento do organismo. Assim, a partir de uma dieta equilibrada, a criança terá um organismo rico em vitaminas, proteínas, sais minerais, açúcares, óleos e gorduras, o que irá contribuir para o seu desenvolvimento saudável.

²⁵⁰ BRASIL. **Resolução FNDE/CD/N. 32/2006. Estabelecer Normas para Execução do PNAE**, 2009. Disponível em: <<https://www.fnde.gov.br/index.php/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/3106-resolu%C3%A7%C3%A3o-cd-fnde-n%C2%BA-32-de-10-de-agosto-de-2006>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

²⁵¹ BRASIL. **Resolução FNDE/CD/N. 32/2006. Estabelecer Normas para Execução do PNAE**, 2009. Disponível em: <<https://www.fnde.gov.br/index.php/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/3106-resolu%C3%A7%C3%A3o-cd-fnde-n%C2%BA-32-de-10-de-agosto-de-2006>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

O problema é que, pelo o que se extrai das tabelas nutricionais²⁵² acima expostas, as bebidas industrializadas são ricas em carboidratos e açúcares, mas pobres de vitaminas, proteínas e sais minerais. Algumas bebidas até apresentam na sua composição proteínas, vitaminas e sais minerais, porém em quantidade insignificante.

Percebe-se também que todas as bebidas cujas informações nutricionais estão acima relacionadas apresentam a quantidade de açúcares por embalagem. No entanto, quanto ao valor diário de consumo do açúcar colocam que “valor diário não estabelecido”, dificultando a compreensão do consumidor se a bebida possui ou não elevado teor de açúcares.

Ressalte-se ainda que a Nota Técnica nº 09/2019/COSAN/CGPAE/DIRAE reconhece a importância do ambiente escolar para a formação de hábitos alimentares saudáveis na prevenção do aparecimento de DCNT, na prevenção da obesidade infantil e na garantia da segurança alimentar e nutricional para as crianças, restringindo o consumo de alguns alimentos por crianças menores de 5 anos de idade, quais sejam:

I - Retirar os alimentos ultraprocessados para as crianças menores de 2 anos de idade e reduzir gradativamente para as crianças de 3 a 5 anos. II - Retirar o açúcar de adição em vitaminas, sucos de fruta, leite e mingaus para as crianças menores de 2 anos de idade e reduzir gradativamente para as crianças de 3 a 5 anos. III - Cumprir a restrição do fornecimento semanal de doces (máximo de duas porções de 110 kcal/semana). IV - Retirar a bebida café dos cardápios para menores de 2 anos de idade. V - Restabelecer a conformidade com a legislação, elaborando cardápios baseados em FTP, comprovando o fornecimento de energia, macronutrientes, micronutrientes prioritários e fibras, por faixa etária. VI - Garantir e comprovar o fornecimento semanal obrigatório de frutas in natura e de hortaliças (200gramas/aluno/semana). VII - Aplicar, sempre que possível, o IQCOSAN em todos os cardápios planejados, visando garantir a adequação, inclusive quanto à variedade de alimentos.²⁵³

As experiências vividas no cotidiano fazem com que as crianças se desenvolvam não só em termos nutricionais, mas também emocionais e sociais. Essas experiências do cotidiano refletirão na fase adulta, possibilitando o aumento do número de adultos com hábitos saudáveis. Por isso, é importante inserir no ambiente escolar políticas públicas

²⁵² As informações expostas foram extraídas os rótulos das embalagens de algumas bebidas industrializadas que as crianças costumam consumir. O rótulo dos alimentos é uma forma de comunicação entre os produtores de produtos industrializados e os consumidores. Através dos rótulos, os consumidores podem saber a lista de ingredientes que compõem aquele produto, as informações nutricionais, a validade, conteúdo líquido, origem e o lote.

²⁵³ BRASIL. **Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação**. Nota Técnica nº 9/2019/COSAN/CGPAE/DIRAE. Disponível em: <[file:///C:/Users/ferna/Downloads/SEI_FNDE%20-%201689085%20-%20Nota%20Tcnica%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ferna/Downloads/SEI_FNDE%20-%201689085%20-%20Nota%20Tcnica%20(1).pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2020.

que visem a alimentação saudável também para criar hábitos alimentares saudáveis, pois a maioria das crianças passam boa parte da infância em instituições de ensino²⁵⁴.

O art. 1º da Lei nº 10.431/15 estabelece que “fica proibida a venda de refrigerantes nas cantinas e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas²⁵⁵ de educação infantil, fundamental e média”²⁵⁶. No entanto, unicamente de acordo com este dispositivo, o julgador se vê limitado à proibição da venda apenas de refrigerantes.

No que se refere ao cumprimento do dispositivo supracitado, ressalte-se, inicialmente, que o Ministério da Educação conta com o Conselho de Alimentação Escolar (CAE)²⁵⁷, que é um órgão colegiado, auxiliar, de caráter fiscalizador,

²⁵⁴ A Lei nº 11.947/2009, no art. 2º, traça as diretrizes da alimentação escolar: I - o emprego da alimentação saudável e adequada, compreendendo o uso de alimentos variados, seguros, que respeitem a cultura, as tradições e os hábitos alimentares saudáveis, contribuindo para o crescimento e o desenvolvimento dos alunos e para a melhoria do rendimento escolar, em conformidade com a sua faixa etária e seu estado de saúde, inclusive dos que necessitam de atenção específica; II - a inclusão da educação alimentar e nutricional no processo de ensino e aprendizagem, que perpassa pelo currículo escolar, abordando o tema alimentação e nutrição e o desenvolvimento de práticas saudáveis de vida, na perspectiva da segurança alimentar e nutricional; III - a universalidade do atendimento aos alunos matriculados na rede pública de educação básica; IV - a participação da comunidade no controle social, no acompanhamento das ações realizadas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios para garantir a oferta da alimentação escolar saudável e adequada; V - o apoio ao desenvolvimento sustentável, com incentivos para a aquisição de gêneros alimentícios diversificados, produzidos em âmbito local e preferencialmente pela agricultura familiar e pelos empreendedores familiares rurais, priorizando as comunidades tradicionais indígenas e de remanescentes de quilombos; VI - o direito à alimentação escolar, visando a garantir segurança alimentar e nutricional dos alunos, com acesso de forma igualitária, respeitando as diferenças biológicas entre idades e condições de saúde dos alunos que necessitem de atenção específica e aqueles que se encontram em vulnerabilidade social. BRASIL. **Lei nº 11.947/2009**. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11947.htm>. Acesso em: 17 abr. 2020.

²⁵⁵ Este trabalho adota o conceito de escola privada em consonância com o § 3º do art. 3º da Resolução nº 254/2000, o qual dispõe sobre a educação infantil no sistema de ensino do Estado da Paraíba: §3º Entendem-se por instituição privada de Educação Infantil as enquadradas nas categorias de particulares, comunitárias, confessionais ou filantrópicas, conforme a Lei nº 9.394/96.

²⁵⁶ PARÁIBA. **Lei nº 10.431/15**. Proíbe cantina e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média, de venderem bebidas com baixo teor nutricional, como os refrigerantes. Disponível em: <http://sapl.al.pb.leg.br/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/11612_texto_integral>. Acesso em: 7 abr. 2020.

²⁵⁷ A Lei nº 11.947/2009, art. 19 dispõe que: Compete ao CAE: I - acompanhar e fiscalizar o cumprimento das diretrizes estabelecidas na forma do art. 2º desta Lei; II - acompanhar e fiscalizar a aplicação dos recursos destinados à alimentação escolar; III - zelar pela qualidade dos alimentos, em especial quanto às condições higiênicas, bem como a aceitabilidade dos cardápios oferecidos; IV - receber o relatório anual de gestão do PNAE e emitir parecer conclusivo a respeito, aprovando ou reprovando a execução do Programa. Parágrafo único. Os CAEs poderão desenvolver suas atribuições em regime de cooperação com os Conselhos de Segurança Alimentar e Nutricional estaduais e municipais e demais conselhos afins, e deverão observar as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - CONSEA. BRASIL. **Resolução/CD/FNDE nº 26/2013**. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). Disponível em: <<https://www.fnde.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/item/4620-resolu%C3%A7%C3%A3o-cd-fnde-n>>

permanente, deliberativo e de assessoramento²⁵⁸, instituído no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, composto por representantes do Poder Executivo, trabalhadores da educação e discentes, entidades civis e pais de alunos²⁵⁹.

A principal função do CAE é fiscalizar o fornecimento da alimentação escolar²⁶⁰ com qualidade através da fiscalização dos recursos públicos repassados pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), em complemento aos recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios para a realização do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE)²⁶¹.

Na Paraíba, existe o Conselho Estadual de Alimentação Escolar, ligado à Secretaria de Educação do Estado, mais precisamente ao gabinete do Secretário da Educação, cuja função é fiscalizar os recursos, a qualidade da merenda escolar, fornecer informações técnicas e práticas sobre a execução do PNAE em todo o Estado.

O Conselho Estadual de Alimentação Escolar, juntamente com os gestores escolares, nutricionistas e são responsáveis boa prática da alimentação escolar e pela execução de políticas públicas voltadas à educação alimentar e nutricional.

[%C2%BA-26,-de-17-de-junho-de-2013>](#). Acesso em: 18 abr. 2020.

²⁵⁸ BRASIL. **Cartilha para Conselheiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE)** / Tribunal de Contas da União, Fundo Nacional de desenvolvimento da Educação, Conselho de Alimentação Escolar, apresentação Raimundo Carreiro, Silvio de Sousa Pinheiro. 1 ed. Brasília: TCU, 2017, p. 22. Disponível em: file:///C:/Users/ferna/Desktop/Disserta%C3%A7%C3%A3o/cartilha_para_conselheiros_do_programa_pnae_2017.pdf. Acesso em: 17 abr. 2020.

²⁵⁹ Art. 34 Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de suas respectivas jurisdições administrativas, o CAE, órgão colegiado de caráter fiscalizador, permanente, deliberativo e de assessoramento, composto da seguinte forma: I – um representante indicado pelo Poder Executivo do respectivo ente federado; II – dois representantes das entidades de trabalhadores da educação e de discentes, indicados pelos respectivos órgãos de representação, a serem escolhidos por meio de assembleia específica para tal fim, registrada em ata; III – dois representantes de pais de alunos matriculados na rede de ensino a qual pertença a EEx., indicados pelos Conselhos Escolares, Associações de Pais e Mestres ou entidades similares, escolhidos por meio de assembleia específica para tal fim, registrada em ata; e IV – dois representantes indicados por entidades civis organizadas, escolhidos em assembleia específica para tal fim, registrada em ata.

²⁶⁰ Este trabalho adota o conceito de alimentação escolar em consonância com a Lei nº 11.947/2009, a qual dispõe em seu art. 1º-Para os efeitos desta Lei, entende-se por alimentação escolar todo alimento oferecido no ambiente escolar, independentemente de sua origem, durante o período letivo.

²⁶¹ Assim dispõe o art. 4º da Lei nº 11.947/2009 a respeito do objetivo da PNAE: O Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE tem por objetivo contribuir para o crescimento e o desenvolvimento biopsicossocial, a aprendizagem, o rendimento escolar e a formação de hábitos alimentares saudáveis dos alunos, por meio de ações de educação alimentar e nutricional e da oferta de refeições que cubram as suas necessidades nutricionais durante o período letivo. BRASIL. **Lei nº 11.947/2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11947.htm. Acesso em: 17 abr. 2020.

Existe uma Cartilha para Conselheiros do Programa Nacional de alimentação Escolar (PNAE) com diversas orientações sobre alimentação escolar, pelo que se extrai o seguinte trecho:

Na perspectiva da alimentação saudável definida pelo PNAE, é importante considerar que nem todo alimento deve fazer parte do cardápio escolar. Porque nem todo alimento é saudável. Por isso, a normatização do PNAE define que existem alguns alimentos com requisição restrita, isto é, que podem ser adquiridos em quantidades restritas, em situações de exceção, uma vez que esses alimentos podem contribuir para elevar a quantidade de açúcar, sódio e gorduras saturadas da dieta dos alunos. As regras do PNAE definem, ainda, que existem alimentos com aquisição totalmente proibida por serem considerados de baixo valor nutricional. Os Conselheiros de Alimentação Escolar precisam ficar atentos à presença destes alimentos na hora de avaliar a prestação de contas, observando com atenção a lista de produtos adquiridos pela Entidade Executora e, durante o ano letivo, verificar a existência desses produtos nos cardápios planejados.

[...]

Em relação aos alimentos proibidos, o princípio é claro: são proibidas as bebidas com baixo ou nenhum valor nutricional porque, além de não nutrir, são produtos que podem comprometer a saúde dos estudantes. São eles: os refrigerantes e refrescos artificiais; as bebidas ou concentrados à base de guaraná ou groselha; os chás prontos para consumo e outras bebidas com baixo valor nutricional. Já os alimentos que devem ser de consumo restrito (e por isso a sua aquisição com recursos do FNDE é limitada) são os embutidos, os doces, os enlatados, os alimentos compostos (dois ou mais alimentos embalados separadamente para consumo conjunto), as preparações semiprontas e prontas para consumo e os alimentos concentrados (em pó ou desidratados para reconstituição, como sucos e sopas em pó). Os “doces” e as “preparações doces” devem ter consumo restrito. Entretanto, em algumas regiões do país, é uma tradição na alimentação escolar a oferta de preparações adocicadas, que são muito bem aceitas, tais como os “mingaus”.²⁶²

Nessa direção é a Resolução nº 38/2009:

Art. 17. A aquisição dos gêneros alimentícios com os recursos do FNDE: I- É proibida para as bebidas com baixo teor nutricional tais como refrigerantes, refrescos artificiais e outras bebidas similares. II- É restrita para os alimentos - enlatados, embutidos, doces, alimentos compostos (dois ou mais alimentos embalados separadamente para consumo conjunto), preparações semiprontas (ou prontas) para o consumo, ou alimentos concentrados (em pó ou desidratados para reconstituição) - com quantidade elevada de sódio (aqueles que possuem em sua composição uma quantidade igual ou superior a 500 mg de sódio por 100 g ou ml) ou de gordura saturada (quantidade igual ou

²⁶² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Cartilha para Conselheiros do Programa Nacional de alimentação Escolar (PNAE)/ Tribunal de Contas da União, Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, Conselho de Alimentação Escolar. Apresentação Raimundo Carreiro, Silvio de Sousa Pinheiro. 1 ed. Brasília: TCU, 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/ferna/Downloads/cartilha_para_conselheiros_do_programa_pnae_2017%20(3).pdf. Acesso em: 15 abr. 2020.

superior a 5,5 g de gordura saturada por 100 g, ou 2,75 g de gordura saturada por 100 ml). § 1º A aquisição dos gêneros alimentícios, no âmbito do PNAE, deverá obedecer ao cardápio planejado pelo nutricionista e será realizada, sempre que possível, no mesmo ente federativo em que se localizam as escolas, observando os princípios e as diretrizes desta Resolução. § 2º As restrições previstas nos incisos I e II deverão ser seguidas por todas as modalidades da educação básica, com progressiva adaptação até o mês de janeiro do ano de 2010. § 3º O valor dos recursos financeiros para aquisição dos alimentos referentes ao inciso II deste artigo ficará restrito ao máximo de 30% (trinta por cento) dos recursos repassados pelo FNDE.²⁶³

Ressalte-se ainda a legislação do PNAE, na Resolução/CD/FNDE nº 26/2013, art. 22 que veda a “aquisição de bebidas com baixo valor nutricional tais como refrigerantes e refrescos artificiais, bebidas ou concentrados à base de xarope de guaraná ou groselha, chás prontos para consumo e outras bebidas similares”.²⁶⁴

Assim, diante da denúncia de venda de refrigerantes e/ou de outras bebidas de baixo valor nutricional em escolas privadas do Estado da Paraíba, o julgador deve consultar equipe multidisciplinar, composta por profissionais da saúde, notadamente os nutricionistas, que venham esclarecer quais são as bebidas de baixo valor nutricional, de acordo com os valores de referência de ingestão de nutrientes estabelecido pela legislação.

É de se considerar que o planejamento alimentar dos valores nutricionais precisa verificar as características biopsicossociais do público atendido. Dentre essas características está a faixa etária²⁶⁵, pois as necessidades nutricionais diferem quantitativa e qualitativamente, dependendo da idade da criança.²⁶⁶

²⁶³ BRASIL. **Resolução nº 38/2009**. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE. Disponível em: <<https://www.fnde.gov.br/index.php/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/item/3341-resolu%C3%A7%C3%A3o-cd-fnde-n%C2%BA-38-de-16-de-julho-de-2009>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

²⁶⁴ BRASIL. **Resolução/CD/FNDE nº 26/2013**. Disponível em: <<https://www.fnde.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/item/4620-resolu%C3%A7%C3%A3o-cd-fnde-n%C2%BA-26,-de-17-de-junho-de-2013>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

²⁶⁵ É o que dispõe a Resolução/CD/FNDE nº 26/2013, no seu art. 14, §4: a porção ofertada deverá ser diferenciada por faixa etária dos alunos, conforme as necessidades nutricionais estabelecidas. BRASIL. **Resolução/CD/FNDE nº 26/2013**. Disponível em: <<https://www.fnde.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/item/4620-resolu%C3%A7%C3%A3o-cd-fnde-n%C2%BA-26,-de-17-de-junho-de-2013>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

²⁶⁶ A Nota Técnica nº 9/2019/COSAN/CGPAR/DIRAE, item 3.3., afirma que “é imprescindível que os cardápios planejados devem estar adequados a todas as faixas etárias. BRASIL. **Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação**. Nota Técnica nº 9/2019/COSAN/ CGPAE/DIRAE. Disponível em: <[file:///C:/Users/ferna/Downloads/SEI_FNDE%20-%201689085%20-%20Nota%20Tcnica%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ferna/Downloads/SEI_FNDE%20-%201689085%20-%20Nota%20Tcnica%20(1).pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2020.

O art. 11 da Lei nº 11.947/2009²⁶⁷ confere ao nutricionista a responsabilidade técnica pela alimentação escolar nos Estados, no Distrito Federal, nos Municípios e nas escolas federais caberá ao nutricionista responsável, que deverá cumprir as diretrizes previstas nesta lei e na legislação pertinente, no que couber, respeitando-se as suas atribuições específicas.²⁶⁸

A legislação do PNAE, na Resolução/CD/FNDE nº 26/2013, dispõe no art. 14, §2º as tabelas nutricionais com as necessidades diárias que devem ser ingeridas no âmbito dos estabelecimentos de ensino:

Art. 14 Os cardápios da alimentação escolar deverão ser elaborados pelo RT, com utilização de gêneros alimentícios básicos, de modo a respeitar as referências nutricionais, os hábitos alimentares, a cultura alimentar da localidade e pautar-se na sustentabilidade, sazonalidade e diversificação agrícola da região e na alimentação saudável e adequada.

[...]

§2º Os cardápios deverão ser planejados para atender, em média, às necessidades nutricionais estabelecidas na forma do disposto no Anexo III desta Resolução, de modo a suprir:

I – no mínimo 30% (trinta por cento) das necessidades nutricionais, distribuídas em, no mínimo, duas refeições, para as creches em período parcial;

II – no mínimo 70% (setenta por cento) das necessidades nutricionais, distribuídas em, no mínimo, três refeições, para as creches em período integral, inclusive as localizadas em comunidades indígenas ou áreas remanescentes de quilombos;

III – no mínimo 30% (trinta por cento) das necessidades nutricionais diárias, por refeição ofertada, para os alunos matriculados nas escolas localizadas em

²⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 11.947/2009**. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11947.htm>. Acesso em: 17 abr. 2020.

²⁶⁸ Neste mesmo sentido a Resolução/CD/FNDE nº 26/2013, estabelece no art. 12: “a coordenação das ações de alimentação escolar, sob a responsabilidade dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das escolas federais, será realizada por nutricionista habilitado, que deverá assumir a responsabilidade técnica do Programa, respeitando as diretrizes previstas na Lei nº 11.947/2009 e em legislações específicas, dentro de suas atribuições. §1º Compete ao nutricionista Responsável Técnico – RT pelo Programa e aos demais nutricionistas lotados no setor de alimentação escolar, entre outras atribuições estabelecidas na Resolução CFN nº 465/2010: I – realizar o diagnóstico e o acompanhamento do estado nutricional dos estudantes; II – planejar, elaborar, acompanhar e avaliar o cardápio da alimentação escolar de acordo com a cultura alimentar, o perfil epidemiológico da população atendida e a vocação agrícola da região, acompanhando desde a aquisição dos gêneros alimentícios, o preparo, a distribuição até o consumo das refeições pelos escolares; e III – coordenar e realizar, em conjunto com a direção e com a coordenação pedagógica da escola, ações de educação alimentar e nutricional”. BRASIL. **Resolução/CD/FNDE nº 26/2013**. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). Disponível em: <<https://www.fnade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/4620-resolu%C3%A7%C3%A3o-cd-fnde-n%C2%BA-26,-de-17-de-junho-de-2013>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

comunidades indígenas ou em áreas remanescentes de quilombos, exceto creches;

IV – no mínimo 20% (vinte por cento) das necessidades nutricionais diárias quando ofertada uma refeição, para os demais alunos matriculados na educação básica, em período parcial;

V – no mínimo 30% (trinta por cento) das necessidades nutricionais diárias, quando ofertadas duas ou mais refeições, para os alunos matriculados na educação básica, exceto creches em período parcial; e

VI – no mínimo 70% (setenta por cento) das necessidades nutricionais, distribuídas em, no mínimo, três refeições, para os alunos participantes do Programa Mais Educação e para os matriculados em escolas de tempo integral.²⁶⁹

No que se refere aos refrigerantes, não é preciso esse estudo mais aprofundado por equipe multidisciplinar tendo em vista a expressa proibição legal. Ressalte-se que não é objeto de estudo deste trabalho definir ou esclarecer quais são essas bebidas, pois isto requer um estudo mais detalhado na área nutricional.

O art. 2º da Lei nº 10.431/15 dispõe que “os estabelecimentos que não observarem o dispositivo desta Lei, estarão sujeitos às punições previstas pela legislação sanitária e poderão perder a licença ou o alvará de funcionamento”.²⁷⁰

Assim, a Lei nº 9.782/99 define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, pelo que se destaca alguns artigos essenciais para a compreensão da matéria:

Art. 6º A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

[...]

XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

²⁶⁹ BRASIL. **Resolução/CD/FNDE nº 26/2013**. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). Disponível em: <<https://www.fnde.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/4620-resolu%C3%A7%C3%A3o-cd-fnde-n%C2%BA-26,-de-17-de-junho-de-2013>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

²⁷⁰ PARAÍBA. **Lei nº 10.431/15**. Proíbe cantina e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média, de venderem bebidas com baixo teor nutricional, como os refrigerantes. Disponível em: <http://sapl.al.pb.leg.br/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/11612_texto_integral>. Acesso em: 10 abr. 2020.

XVI - cancelar a autorização de funcionamento e a autorização especial de funcionamento de empresas, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

[...]

§ 1º A Agência poderá delegar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a execução de atribuições que lhe são próprias, excetuadas as previstas nos incisos I, V, VIII, IX, XV, XVI, XVII, XVIII e XIX deste artigo.

[...]

Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

[...]

II - alimentos, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários;²⁷¹

Na Paraíba, a responsabilidade de fiscalizar os alimentos fornecidos e comercializados para o consumo de crianças nas cantinas das escolas privadas do Estado da Paraíba é da Agência Estadual de Vigilância Sanitária (AGEVISA). No entanto, a AGEVISA atua de forma descentralizada, pois conta com a participação direta dos municípios na execução dessa fiscalização.

Dividir com os municípios do Estado da Paraíba a tarefa de fiscalizar não só cantinas, mas também outros estabelecimentos do ramo de hotelaria, bares, restaurantes e similares, é a maneira mais eficaz de promover ações relacionadas ao combate de irregularidades na área da saúde em todo o Estado.

A própria população também pode e deve contribuir para a defesa da saúde alimentar numa ação conjunta com o Estado. Notadamente em relação à saúde das crianças, os pais ou responsáveis devem auxiliar as ações de fiscalização no que diz respeito às irregularidades sanitárias envolvendo alimentos oferecidos pelas escolas.

Assim, havendo qualquer irregularidade sanitária envolvendo alimentos no âmbito das escolas privadas, as denúncias devem ser feitas junto à ouvidoria da AGEVISA para que as providências legais sejam tomadas. Na Paraíba, o Estado conta com a fiscalização da vigilância sanitária.

²⁷¹ BRASIL. **Lei nº 9.782/99**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

Assim, conforme dispõe a Lei nº 10.401/15, diante da constatação da venda de bebidas de baixo valor nutricional, incluídos os refrigerantes, pelos órgãos responsáveis pela fiscalização das cantinas das escolas particulares, os estabelecimentos poderão perder a licença ou o alvará de funcionamento.

O art. 3º da Lei nº 10.431/15, dispõe que “os sistemas de ensino deverão estabelecer as normas e procedimentos para o cumprimento desta lei no âmbito de suas respectivas redes de ensino”.²⁷²

Primeiramente, é necessário estabelecer a diferença entre sistema de ensino e rede de ensino. O sistema de ensino está relacionado às empresas que dão suporte às instituições públicas e privadas de ensino, fornecendo um conjunto de insumos educacionais, administrativos, jurídicos, financeiros, de marketing, incluindo também material didático e pedagógico com consultorias, treinamentos e formação para professores, atuando de forma mais ampla e profunda na organização escolar, abrangendo não só as rotinas mais elementares, mas também valorizando experiências as externas ao ambiente escolar. A rede de ensino está relacionada à fonte financeira que custeia as despesas para a manutenção da instituição de ensino, podendo ser pública, quando custeada pela União, Estados, Distrito Federal ou municípios; privada, quando mantida por particulares; bem como as de orientação religiosa.

Em conversa informal com um dos membros do Conselho de Educação do Estado da Paraíba, Conselheiro Professor Fernando Duarte Lira²⁷³, foi informado que a Vigilância Sanitária é o órgão responsável pela fiscalização da alimentação oferecida às crianças das escolas públicas e privadas do Estado da Paraíba e que essa fiscalização é realizada frequentemente por meio de visitas às instituições de ensino. Além do mais, os pais, responsáveis, professores e demais membros da sociedade podem fazer denúncias quanto a qualquer irregularidade no fornecimento de alimentação aos estudantes, o que de pronto é fiscalizado pelo órgão competente.

²⁷² PARAÍBA. **Lei nº 10.431/15**. Proíbe cantina e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média, de venderem bebidas com baixo teor nutricional, como os refrigerantes. Disponível em: <http://sapl.al.pb.leg.br/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/11612_texto_integral>. Acesso em: 20 abr. 2020.

²⁷³ O Conselheiro Fernando Duarte Lira é Professor de licenciatura em história, pós-graduado em história do Nordeste e Advogado. Disponível em: <<https://cee.pb.gov.br/conselho/conselheiros/>>. Acesso em 08 maio 2020.

4.4 LIBERDADE E CULTURA ENQUANTO ELEMENTOS PARA A CONSTRUÇÃO DA SAÚDE CIDADÃ E INTERVENÇÃO DO ESTADO

A forma de encarar a liberdade sofreu transformações ao longo da história. Num primeiro momento, a liberdade era conhecida como um direito exclusivamente coletivo e de soberania do Estado, passando a ser considerada, posteriormente, também como um direito individual.

De acordo Hannah Arendt, a liberdade²⁷⁴ é uma “miragem de averiguação impossível”. Ao analisa-la, é preciso reconhecer o problema da política e principalmente o fato do homem ser dotado com o dom da ação, tendo em vista que a ação e a política, dentre todas as capacidades e potencialidades humanas, são as únicas coisas que não é possível admitir a sua existência se estiverem dissociados da liberdade.²⁷⁵

Discutir a proibição da venda de refrigerantes em escolas públicas e privadas de educação, infantil, fundamental e média, é um fato que atinge diretamente a liberdade de escolha não só das crianças, mas também dos pais ou responsáveis por elas. Nesse contexto, discute-se: o que vem a ser liberdade?

Hannah Arendt, considerando que conceituar “liberdade” parece ser uma tarefa irrealizável, se posiciona da seguinte maneira:

É como se velhas contradições e antinomias estivessem à nossa espreita para foçar o espírito a dilemas de impossibilidade lógica de tal modo que, dependendo da solução escolhida, se torna impossível conceber a liberdade ou o seu oposto quanto entender a noção de um círculo quadrado. Em sua forma mais simples, a sua dificuldade pode ser resumida como a contradição entre nossa consciência e nossos princípios morais, que nos dizem que somos livres e portanto responsáveis, e a nossa experiência cotidiana no mundo externo, na qual nos orientamos em conformidade com o princípio da causalidade. Em todas as questões práticas, e em especial nas políticas, temos a liberdade humana como uma verdade evidente em si mesma, e é sobre essa suposição axiomática que as leis são estabelecidas nas comunidades humanas, que as decisões são tomadas e que juízos são feitos.²⁷⁶

²⁷⁴ Assim como Tocqueville, este trabalho faz uso do termo “liberdade” de forma genérica, às vezes relacionado ao sentido político, pública e civil. TOCQUEVILLE, Alexys. **Democracia na América: sentimentos e opiniões que o estado social democrático faz nascer entre os americanos**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes Selo Martins, 2014.

²⁷⁵ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 191-192.

²⁷⁶ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 188-189.

Reconhece-se a dificuldade de definir o que vem a ser liberdade, destacando a nossa consciência e nossos princípios morais em contraposição à nossa experiência cotidiana no mundo externo. O que significa dizer que a vida dos indivíduos está sujeita à causação ou interferências externas. Logo, se o indivíduo é primariamente livre, essa liberdade não se revela de modo claro no mundo fenomênico, o que o impossibilita de ser objeto verificação teórica. Por isso, afirma que “a liberdade se revela uma miragem no momento em que a Psicologia procura aquilo que é supostamente seu domínio próprio”.²⁷⁷

Diversos fatores interferem na liberdade dos indivíduos e esses fatores fazem com que a liberdade seja indefinida e não seja plena²⁷⁸. No entanto, a política é o único fator em que a liberdade sempre foi conhecida no cotidiano dos cidadãos. A liberdade é a razão pela qual os cidadãos convivem politicamente de forma organizada.

Por esta razão, em períodos de crise ou resolução, o principal alvo da ação política é a liberdade. Nesta senda, a liberdade e a política estão intrinsecamente ligados, de forma que sem a liberdade, a política perderia seu verdadeiro significado.²⁷⁹ Mas a liberdade no sentido político não está relacionada ao fenômeno da vontade.

Porém, se o ser humano é naturalmente dotado de vontade, não é possível deixar de considerá-la no contexto social, principalmente quando se tratar de questões políticas. Neste sentido, é necessário ter em mente três fatores: a liberdade, o problema da política e o fato do homem ser dotado com o dom da ação. Isto porque, ação e política são duas coisas que não são possíveis de se conceber sem ao menos reconhecer a existência da liberdade, sendo difícil tratar de qualquer problema político sem tocar na liberdade humana. Além do mais, a política, sem liberdade, perde o seu real significado.²⁸⁰

Outro fator que interfere diretamente na liberdade do cidadão é a educação. Por isso, o debate da educação como instrumento para aquisição da cidadania é objeto de

²⁷⁷ ARENDET, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005, p.189.

²⁷⁸ Hannah Arendt afirma que “não estamos capacitados a chegar algum dia a sequer conhecer todas as causas que entram no jogo”. ARENDET, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005, p.189.

²⁷⁹ ARENDET, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 211.

²⁸⁰ ARENDET, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 191.

discussão entre filósofos e pesquisadores, a exemplo de Platão²⁸¹ que manifestou preocupação com a educação como propulsora da liberdade em vários trechos do seu livro “A República”, Livro VII – 514a – 517c, enfatizando a sua importância na construção da cidadania política, conforme se extrai do diálogo da “alegoria da caverna”.

Atualmente, uma das maiores preocupações da educação, no Brasil e no mundo, é formar cidadãos livres e conscientes para fazer escolhas tanto a respeito das questões individuais, quanto das coletivas. Inclusive, a DUDH ressalta no art. 26, II 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”.²⁸²

A educação infantil é essencial para a formação da liberdade mental e intelectual das crianças, pois é no ambiente escolar que adquirem as primeiras noções de cultura²⁸³ e cidadania. Construir uma educação voltada para a conquista da liberdade através do conhecimento e da conscientização do mundo é essencial para a libertação do homem da escravidão social, cultural e política, pois somente a educação pode livrar o indivíduo da sombra da opressão que acarreta aprisionamento dos cidadãos.²⁸⁴

A respeito da influência da educação e do ambiente escolar no processo de construção da cultura alimentar das crianças, a Nota Técnica nº 9/2019/COSAN/CGPAE/DIRAE acrescenta:

Partindo do pressuposto de que o comportamento alimentar é um processo complexo que envolve fatores culturais, sociais, fisiológicos e psicológicos, e que tem, portanto, uma origem tanto filogenética quanto ontogênica; que o desenvolvimento de uma preferência alimentar envolve uma complexa interação entre a influência familiar, social, e do ambiente de convívio da criança, além da associação entre as preferências, os sabores, a acessibilidade e o conhecimento em relação aos alimentos; e, que hábitos alimentares uma vez adquiridos dificilmente se alterarão e estão associados a um número crescente de doenças cujo tratamento implica na adoção de novos comportamentos, é importante entender que o comportamento alimentar e com o estado nutricional no presente e no futuro. Torna-se, então, fundamental a construção de um ambiente escolar protetor e que estimule a

²⁸¹ PLATÃO, Livro VII. In. ____ **A República**. 5 ed. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 1987, p. 317-321.

²⁸² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²⁸³ Este trabalho faz uso do termo “cultura” considerando o desenvolvimento de um indivíduo, de um grupo ou classe, de toda uma sociedade.

²⁸⁴ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 56. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004, p. 67.

formação de hábitos alimentares adequados e saudáveis o mais precocemente possível.²⁸⁵

Por isso, a educação deve se voltar para a formação de cidadãos com capacidade plena de fazer suas próprias escolhas a partir da ponderação do que é melhor para si e para a coletividade. Primeiramente, as crianças precisam compreender os benefícios de uma alimentação saudável, os malefícios que alguns alimentos podem causar à saúde e conhecer quais são esses alimentos.

Entender a justificativa para manter uma alimentação saudável e as consequências que alimentos não saudáveis podem trazer à saúde são os primeiros passos para que o indivíduo escolha livremente o que é melhor para si. Aliás, não se trata de uma decisão melhor apenas para si mesmo, mas também para a família, para a sociedade e para o Estado.

Amartya Sen reconhece o valor precioso que deve ser dado à liberdade tanto pelo Estado quanto pela sociedade:

A liberdade é valiosa por pelo menos duas razões diferentes. Em primeiro lugar, mais liberdade nos dá *oportunidade* de buscar nossos objetivos – tudo aquilo que valorizamos. Ela ajuda, por exemplo, em nossa aptidão para decidir viver como gostaríamos e para promover os fins que quisermos fazer avançar. Esse aspecto da liberdade está relacionado com nossa destreza para realizar o que valorizamos, não importando qual é o processo através do qual essa realização acontece. Em segundo lugar, podemos atribuir importância ao próprio processo de escolha. Podemos, por exemplo, ter certeza de que não estamos sendo forçados a algo por causa de restrições impostas por outros. A distinção entre o “aspecto de oportunidade” e o “aspecto de processo” da liberdade pode ser significativa e também de longo alcance.²⁸⁶

Enquanto Amartya Sen considera a liberdade valiosa, Tocqueville reconhece que a liberdade é sagrada e somente a virtude se sobrepõe a ela. Tocqueville acrescenta ainda que a virtude se confunde com a liberdade ao considerar que cada um e que todos devem agir de forma livre e independente²⁸⁷. Por esta razão, para proteger a liberdade, é preciso proteger também a virtude, principalmente diante do atual cenário de

²⁸⁵ BRASIL. **Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação**. Nota Técnica nº 9/2019/COSAN/CGPAE/DIRAE. Disponível em: <[file:///C:/Users/ferna/Downloads/SEI_FNDE%20-%201689085%20-%20Nota%20Tcnica%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ferna/Downloads/SEI_FNDE%20-%201689085%20-%20Nota%20Tcnica%20(1).pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2020.

²⁸⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 262-263.

²⁸⁷ TOQUEVILLE TOCQUEVILLE, Alexys. **Democracia na América: sentimentos e opiniões que o estado social democrático faz nascer entre os americanos**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes Selo Martins, 2014, p. 91.

desenvolvimento econômico mundial, onde há deterioração da virtude em detrimento da ascensão da riqueza²⁸⁸.

A liberdade deve ser potencializada pela capacidade de decisão, levando-se em consideração o contexto sócio cultural no qual a criança está inserida. Por isso, é importante fornecer ao indivíduo as ferramentas necessárias para a conquista da liberdade para discernir qual a melhor decisão a partir da ponderação de questões individuais e coletivas.

Em relação à cultura²⁸⁹, é de se considerar que o “desenvolvimento econômico atual passa por um processo feroz com muito sangue, suor e lágrimas – um mundo no qual sabedoria requer dureza”²⁹⁰, ocasionando diversas consequências danosas para o país, dentre elas a deterioração da herança cultural e de suas tradições e o florescimento de um relacionamento altamente problemático entre a sociedade e a cultura de massas, também conhecida por sociedade de massas²⁹¹.

Hannah Arendt esclarece que talvez a principal diferença entre a sociedade e a sociedade de massas esteja no fato de que a sociedade sentia necessidade de cultura, valorizava e desvalorizava, transformava e consumia, muito embora depois jogasse fora, ao passo que a sociedade de massas acredita que não precisa de cultura, mas de diversão e consumo de produtos e objetos instantâneos produzidos pelas indústrias de diversões, a fim de que sejam consumidos em quantidade.

A sociedade de massa não aprecia a cultura permanente e secular, mas a diversão passageira e instantânea. Por isso, o mundo cultural perdeu o seu real valor, passando a ser mero objeto de refinamento para a conquistar status social. A sociedade deixou de

²⁸⁸ MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Trad. Manoel Innocência de Lacerda Santos Jr. Universidade de Brasília, 1981, p. 16.

²⁸⁹ A cultura engloba diversos fatores que influenciam na sociedade e que merecem um estudo mais aprofundado. No entanto, este trabalho se limita ao estudo dos efeitos da cultura de massas sobre a cultura tradicional e seu reflexo na liberdade de escolha a partir da cultura na qual o indivíduo está inserido.

²⁹⁰ SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, p. 49.

²⁹¹ A respeito da sociedade de classe e da sociedade de massas, Hannah Arendt acrescenta: “E visto que a sociedade na acepção de ‘boa sociedade’, compreendia aquelas parcelas da população que dispunham não somente de dinheiro, mas também de lazer, isto é, de tempo a dedicar ‘à cultura’, a sociedade de massas indica com efeito um novo estado de coisas no qual a massa da população foi a tal ponto liberada do fardo de trabalho fisicamente extenuante que passou também a dispor de lazer de sobra para a ‘cultura’. Sociedade de massas e cultura de massas parecem ser, assim, fenômenos inter-relacionados, porém seu denominador comum não é a massa, mas a sociedade na qual também as massas foram incorporadas”. ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 250.

apreciar obras imortais do passado, dentre elas obras tangíveis de séculos ou emoções que carregam em si.²⁹²

Deste modo Eliot destaca a importância da cultura para o desenvolvimento da criança:

Sabemos que boas maneiras sem educação, inteligência ou sensibilidade para as artes, tendem a ser mero automatismo; que erudição sem boas maneiras ou sensibilidade é pedantismo; que a capacidade intelectual sem os atributos mais humanos é tão admirável quanto o brilho de uma criança-prodígio em xadrez; e que as artes sem o contexto intelectual é vaidade.²⁹³

Atualmente, a experiência cultural das crianças está muito mais voltada para o consumismo desenfreado de bens não duráveis, o que fez com que os bens de valor cultural “tangíveis” e “intangíveis” perdessem sua importância na educação das crianças. Os pais, a escola, a sociedade e o Estado, quase sempre distantes do processo educacional, estão muito mais preocupados com a formação de profissionais bem-sucedidos e com a ascensão de status na sociedade, do que com a compreensão do valor da cultura, com a apreciação da beleza de um quadro, de uma construção monumental.

Através da transmissão da cultura de geração para geração, as pessoas recebem heranças valiosas dos seus ancestrais. O patrimônio cultural imaterial ou patrimônio cultural intangível representa não apenas a maior parte da herança de um país, mas também serve como um recurso social e vital que pode ser utilizado os dias de hoje. Pode, por exemplo, contribuir para tratamentos médicos alternativos ou servir como um repositório de conhecimentos agro culturais e outros conhecimentos necessários aos meios de subsistência da sociedade.²⁹⁴

O patrimônio cultural imaterial proporciona o resgate da cultura também através dos alimentos. A tradição alimentar de uma população pode interferir diretamente nos hábitos alimentares das crianças que estiverem inseridas naquele meio. No Brasil, por exemplo, temos como patrimônio cultural imaterial em Minas Gerais, o pão de queijo, em Pernambuco, o bolo de rolo, sendo esses bens culturais habitualmente consumidos nessas regiões. A tradição alimentar de uma sociedade interfere diretamente nos hábitos alimentares das crianças.

²⁹² ARENDET, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005, p. 254-255.

²⁹³ ELIOT, t. S. **Notas para uma definição de cultura**. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Editora Perspectiva, 1988, p. 36.

²⁹⁴ BLAKE, J. **International Cultural Heritage Law**. Oxford: OUP, 2015, p. 152.

Por isso, os infantes precisam conhecer a cultura para compreender que aqueles bens culturais “tangíveis” ou “intangíveis” não se limitam a satisfazer necessidades, mas que representam a identidade de um povo. É preciso resgatar o fio da tradição que fora rompido e transmitir às crianças a herança cultural não só do seu povo, mas de toda humanidade. A partir do conhecimento da cultura tradicional, as crianças irão encontrar a sua identidade, suas raízes e compreender os seus costumes, inclusive os alimentares.

No entanto, as sociedades democráticas apreciam as artes que servem apenas para embelezar, valorizando o útil em detrimento do belo ou exigindo que o belo seja útil. O problema se torna ainda maior quando os próprios artesãos deixam de lado o espírito da cultura para produzir rapidamente muitas coisas imperfeitas e o consumidor é obrigado a se contentar com elas, porque é a única alternativa ou pelo menos a que conhece.²⁹⁵

Assim, diante da relação entre educação e cultura, considerando que um dos objetivos da educação é transmitir cultura²⁹⁶, é preciso implementar políticas públicas de incentivo à disseminação da cultura nas escolas, nos lares, nos espaços públicos proporcionando acesso e sensibilização às obras de arte.

Além do mais, a CRFB/88 preceitua no art. 225 da CF/88 que o Estado Brasileiro “garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das necessidades culturais”²⁹⁷. Por isso, a promoção da cultura não pode ser abandonado pelo Estado Brasileiro, pois une e encoraja povos na luta pela sua sobrevivência.²⁹⁸

O Brasil dispõe de uma Política Nacional de Cultura, cujo objetivo é o planejamento, a execução de ações para promoção, manutenção e desenvolvimento cultural no país, nas diversas modalidades de expressão e de produtores, sob a

²⁹⁵ TOCQUEVILLE, Alexys. **Democracia na América: sentimentos e opiniões que o estado social democrático faz nascer entre os americanos**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes Selo Martins, 2014, p. 46.

²⁹⁶ Neste sentido, Lorena de Freitas acrescenta que a cultura não deve ser apenas uma política de governo, mas principalmente uma política de Estado. FREITAS, Lorena. **A cultura que o congresso quer: para uma análise do fomento à cultura brasileira através das emendas parlamentares**. In. FEITOSA, Enoque (Coord.). FREITAS, Lorena; RODRIGUES, Alison; Guedes, Luiz (Orgs.). Ética, Cidadania e Emancipação Humana. Santa Rita, SEDIC Gráfica e Serviços, 2018, p. 228.

²⁹⁷ Brasil. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 abr. 2020.

²⁹⁸ FREITAS, Lorena. **A cultura que o congresso quer: para uma análise do fomento à cultura brasileira através das emendas parlamentares**. In. FEITOSA, Enoque (Coord.). FREITAS, Lorena; RODRIGUES, Alison; Guedes, Luiz (Orgs.). Ética, Cidadania e Emancipação Humana. Santa Rita, SEDIC Gráfica e Serviços, 2018, p. 220.

responsabilidade do Ministério da Cultura. Dispõe também do Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac), conhecida como Lei Rouanet, cujo objetivo é captar e direcionar recursos para investimento na cultura.

O problema é que o Estado não tem ou não quer investir na cultura, principalmente se esse “investimento” significar injetar recursos financeiros”. O Congresso e o Senado desperdiçam verbas vultosas para manter a luxúria nos gabinetes dos políticos. Portanto, se há verbas para bancar a luxúria dos parlamentares, constata-se que há verbas disponíveis nos cofres públicos, o que não há é prioridade em investir na educação e na cultura dos cidadãos.

O que justifica esse quadro de desinteresse e abandono dos políticos em investir na educação, na cultura e na liberdade é que emancipar cidadãos pode ser uma ameaça para os próprios políticos. Quanto mais alienados os cidadãos estiverem quanto à realidade social, política e financeira, mais “tranquilamente” os políticos poderão se apossar indevidamente das riquezas do país e do povo.

Uma das consequências da falta de interesse Estatal de investir em políticas públicas para a promoção da cultura é o aprisionamento do ser humano, com a consequente mutilação da liberdade, da cidadania e da dignidade da pessoa humana. Enquanto não houver interesse político, econômico e social do Estado e da própria sociedade e a compreensão de que a educação, a cultura e a liberdade são instrumentos indispensáveis para o progresso e o desenvolvimento do país, não haverá disponibilização de recursos financeiros por parte do Estado para a execução de políticas públicas específicas.

Todo indivíduo deve ser capaz de conduzir a sua vida e essa capacidade só se adquire com a emancipação do cidadão. Os seres humanos só estarão protegidos contra o mal que o Estado e a sociedade possam lhe causar quando tiverem conquistado a capacidade de defenderem a si mesmos e só atingem um alto grau de sucesso na luta contra a natureza na medida que são autossuficientes.²⁹⁹

Partindo da proibição da venda de refrigerantes em escolas privadas de ensino infantil, fundamental e média, mesmo sob o argumento de promover e preservar a vida e a saúde de crianças e adolescentes, é preciso construir cidadãos livres e conscientes para

²⁹⁹ MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Trad. Manoel Innocência de Lacerda Santos Jr. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 31.

fazer suas escolhas, principalmente dentro de um Estado democrático de direito, pois a liberdade deve ser preservada acima de tudo.³⁰⁰

Obrigar cidadãos a fazer ou deixar de fazer algo que acredita ser bom ou glorioso, mas que não deseja realmente, mesmo que posteriormente passe a gostar em razão dos seus resultados, “constitui o próprio sinal revelador da crença antidemocrática”³⁰¹. E, para que isso não ocorra, é importante a emancipação do ser humano para se tornar cidadão livre integrante de um Estado Democrático de Direito, principalmente porque a liberdade social está atrelada à felicidade.³⁰²

O Estado deve oferecer ferramentas aos cidadãos para que promovam o trabalho, a integridade, a justiça e a prudência, o que proporcionará, em contrapartida, elevados níveis de conduta.³⁰³ Portanto, proibir a venda de refrigerantes nas escolas sem uma política educacional de emancipação das crianças e da sociedade não passa de mero ato antidemocrático.

³⁰⁰ Joseph Schumpeter acrescenta “entre outras coisas, revela que a relação entre democracia e liberdade deve ser consideravelmente mais complexa do que pensamos habitualmente”. SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. Sergio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1984, p. 294.

³⁰¹ SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. Sergio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1984, p. 285.

³⁰² Kelsen, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Brandão, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 4.

³⁰³ MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Trad. Manoel Innocência de Lacerda Santos Jr. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 15.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de saúde sofreu diversas transformações ao longo da história da humanidade. Este conceito evoluiu de acordo com a evolução do próprio homem, não apenas no que se refere ao direito positivado, mas principalmente em relação à percepção do que seja a saúde propriamente dita.

Assim, dentre os vários conceitos de saúde, provavelmente o mais completo é o da OMS, que é encarado como o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças ou de qualquer afecção, o que foi absorvido pela legislação brasileira ao incluir como fatores determinantes e condicionantes de saúde pública, a exemplo: a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

A saúde é um direito protegido em nível nacional e internacional. Em nível internacional, após a Segunda Guerra Mundial, a sociedade sentiu necessidade de elaborar um documento para proteger os direitos humanos dos sobreviventes da guerra e das futuras gerações. A partir daí, foi aprovada a DUDH, que trata dos direitos humanos básicos, estimulando a criação de órgãos especiais para resguardar direitos da essência e da natureza humana. Em nível nacional, a CRFB/88 consagrou a saúde um direito fundamental social e, atualmente, este direito pode ser interpretado a partir de três facetas: promocional, curativa e preventiva. Este trabalho destaca a saúde preventiva, pode ser conceituada como toda ação que se antecipa às doenças com o objetivo de evitar o seu surgimento e manter o indivíduo constantemente saudável, estando intrinsecamente ligada à dignidade e à própria vida do ser humano.

A CRFB/88 reconhece a necessidade da proteção diferenciada às crianças para que tenham uma infância saudável e feliz, tendo assegurado o direito de usufruir de creches e pré-escolas gratuitas, além do direito à vida, à dignidade, à saúde, à alimentação, ao lazer, à cultura, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar, além da proteção contra qualquer forma de violência física, psíquica ou moral, de negligência, discriminação, exploração, crueldade e tortura. Portanto, não há dúvida de que a criança é sujeito de direitos amplamente protegidos em nível internacional e nacional, principalmente diante da condição de hipervulnerabilidade dos infantes.

Neste sentido, destaque-se que as questões relativas à infância e à juventude gozam de caráter prioritário diante da condição de “hipervulnerabilidade” de seus

titulares. Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição positivam os princípios da “absoluta prioridade” e do “melhor interesse da criança e do adolescente”. A criança deve receber proteção integral da família, da sociedade e do Poder Público, com prioridade absoluta, os direitos fundamentais das crianças.

De um lado, o direito fundamental social é protegido por regras e princípios constitucionais, em sintonia com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, e, de outro, a CRFB/88 eleva a livre-iniciativa ao patamar de fundamento da República e a ampla concorrência à princípio da atividade econômica, o que levou parte da doutrina a denominar a CRFB/88 de “Constituição Econômica”.

Assim, a CRFB/88 também traz regras e princípios de proteção à ordem econômica nacional. Por isso, para proteger o mercado da excessiva intervenção estatal e assegurar os direitos fundamentais dos agentes econômicos, dos trabalhadores, dos consumidores, dos empresários, a CRFB/88 não trata apenas o livre funcionamento do mercado na sua autorregulação, mas também as formas de regulação do Estado sobre a iniciativa privada.

A CRFB/88 criou uma estrutura organizacional de intervenção estatal na atividade econômica para promover o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa e fornecer equilíbrio entre o crescimento econômico e o social. No entanto, em algumas situações, o Estado precisa intervir na economia proibindo ou suspendendo algumas atividades econômicas para proteger o mercado ou a sociedade de práticas que possam ser prejudiciais, mitigando algumas regras e princípios constitucionais.

Assim, diante da proibição da venda de refrigerantes realizada pela Lei nº 10.431/15 do Estado da Paraíba em escolas privadas de educação infantil, fundamental e média, o Estado intervém na economia, constatando-se eventual conflito entre o direito fundamental à saúde e as normas constitucionais a respeito da livre iniciativa e ampla concorrência.

O desenvolvimento econômico mundial proporcionou o surgimento da sociedade e cultura de massas, ameaçando a educação, a cultura e a liberdade. Porém, é necessário que todos esses elementos estejam alinhados à vida do indivíduo para que ele tenha condições de conquistar a cidadania. Assim, a proibição da venda de refrigerantes em escolas privadas de educação infantil, fundamental e média está relacionada a esses elementos que estão ameaçados pelo desenvolvimento econômico.

Neste sentido, a educação é parte da crise da modernidade, fruto do processo de desenvolvimento econômico. Não se trata de um acontecimento isolado, nem de um fenômeno local e sem conexão com os principais problemas do século. A crise política, social e econômica que a sociedade enfrenta atualmente está intrinsecamente ligada à crise na educação.

Diante deste cenário de crise mundial, uma das principais preocupações é com a educação das crianças, pois chegam em um mundo que para eles é novo, porém velho para os que nele já habitam, e precisam ser educados para penetrar neste mundo. A criança é um ser humano em processo de desenvolvimento, que vive na infância uma preparação para a fase adulta. Tudo o que as crianças aprendem no cotidiano trará reflexos na fase adulta tanto para si, quando para a sociedade, pois um mundo novo está sendo construído mediante a educação das crianças. Por isso, é preciso preparar a criança para o mundo a partir da educação, nas escolas, em casa e nos espaços comuns de convivência social.

Portanto, a partir dessa compreensão de que é preciso preparar as crianças para o mundo através da educação, é imprescindível o compromisso dos pais e educadores de mostrar à criança o mundo como realmente é e o respeito pela tradição, para que essa criança conheça o verdadeiro mundo que já existe antes mesmo da criança nascer e este infante precisa aprender a respeitar a preexistência e as condições desse mundo.

Neste sentido, a apresentação deste mundo é concretizada a partir de ações dos pais, familiares, escola, Estado e sociedade, pois juntos fazem parte do cotidiano das crianças. Os primeiros contatos que as crianças têm com o mundo são a partir da família e da escola. As principais experiências são vividas no ambiente familiar e escolar, formando uma relação mútua de ensino e aprendizado entre pais - filhos e professores - alunos. Essas experiências deixam marcas que refletem na formação do cidadão e, conseqüentemente, no mundo.

A família é o núcleo de aconchego, segurança e proteção da criança, cujo papel fundamental é a apresentação do verdadeiro mundo, pois é no seio familiar que os infantes vivem suas principais experiências sociais e culturais. Cabe à família apresentar esse mundo, pois as crianças precisam conhecer pelo menos alguns dos problemas que irão enfrentar para que tragam, quando chegarem à idade adulta, soluções conscientes a partir da emancipação humana, mas sem esquecer que as crianças, por natureza,

precisam da salvaguarda do ocultamento para que não haja distúrbios no seu amadurecimento.

A despeito do relevante papel que a família exerce na relação mútua de ensino e aprendizado das crianças, a escola também desempenha um papel fundamental no processo de emancipação humana. Inegavelmente, o ambiente escolar exerce influência peculiar no processo de emancipação das crianças, por isso quanto mais aprimorada a estrutura educacional, melhor será o desenvolvimento político e social da sociedade.

O sistema educacional não significa apenas tecnificação da educação, mas principalmente formação dos valores morais, culturais e políticos-democráticos. É preciso considerar que a convivência com outras crianças no ambiente escolar, também influenciam na formação e no processo educacional do indivíduo, havendo uma verdadeira troca de costumes e culturas familiares.

Além do mais, um dos maiores problemas da educação das crianças é que nem a família, nem a escola querem assumir a responsabilidade de educa-las para serem cidadãos do mundo, o que traz como consequência o aprisionamento do ser humano. Mesmo que o indivíduo não tenha interesse imediato de exercer a liberdade, o simples fato de não poder ter escolha seria uma privação da liberdade. Às vezes a pessoa não escolhe outra alternativa porque não a conhece. Do mesmo modo acontece com o cidadão que não conhece outra opção senão aquela à qual está aprisionado.

Contudo, ao proibir a venda de refrigerantes em escolas privadas, o Estado intervém diretamente na liberdade e na autonomia de escolha das crianças, dos pais ou responsáveis. Tal proibição interfere diretamente nos hábitos alimentares não só das crianças, mas também dos adultos, a exemplo de pais, professores, funcionários que frequentam os estabelecimentos de ensino.

Não obstante a pretensão de salvaguardar a saúde das crianças, é importante observar a cultura tradicional da comunidade, seus hábitos e costumes, pois mesmo sendo proibido o consumo de refrigerantes em escolas privadas, muitas famílias permitem que as crianças consumam esta bebida em casa, em festas infantis e em outros estabelecimentos comerciais, tendo em vista que a proibição se limita aos estabelecimentos de ensino.

Portanto, se o Estado pretende proteger a saúde preventiva das crianças, esta proibição imposta pela Lei nº 10.431/15 deve vir associada a políticas de conscientização, iniciando um processo educacional no ambiente familiar, nas escolas,

abrangendo toda sociedade, porque, se as crianças estão proibidas de comprar refrigerante nos estabelecimentos de ensino, os pais ou responsáveis podem mandar na lancheira para ser consumido dentro da escola.

Por isso, é imprescindível instruir as crianças acerca da importância de uma alimentação saudável no dia a dia, para que, quando atingirem a fase adulta, possam discernir acerca do consumo de refrigerantes, ponderando seus malefícios. Os cidadãos precisam estar capacitados para ponderar qual o bem de maior valor: a vida ou a liberdade.

Mesmo diante do argumento de preservar a vida e promover a saúde, é preciso formar cidadãos livres e conscientes para fazer suas escolhas, principalmente perante um Estado democrático de direito, onde a liberdade deve ser preservada acima de tudo. Forçar cidadão a aceitar ou fazer algo que realmente não quer, é o próprio sinal da antidemocrática. Havendo indícios de conflito real entre a preservação da tradição e as vantagens da modernidade, a solução deve vir de forma participação do cidadão e não uma mera imposição unilateral por parte dos governantes, das autoridades religiosas. A escolha não pode ser fechada, pois um dos argumentos mais valiosos em favor da liberdade é a possibilidade que os cidadãos têm de debater sobre valores na escolha das suas prioridades e dos seus valores.

Tendo em vista que a criança é um ser humano em processo de desenvolvimento, ela precisa ser preparada para herdar a cultura e a tradição dos antepassados e ser educada para deixar as suas marcas neste mundo de forma consciente. Neste sentido, educar consiste em preparar a criança para a fase adulta, para a conquista da emancipação humana e a formação de cidadãos, dando capacidade plena aos indivíduos para que possam se proteger e contribuir positivamente com as transformações do mundo que será herdado pelas futuras gerações.

O indivíduo, pertencente a um Estado Democrático de Direito, precisa ser livre para fazer suas escolhas. Porém, o Estado deve oferecer condições aos cidadãos para que promovam o trabalho, a integridade, a justiça e a prudência, resultando na elevação dos níveis de conduta dos cidadãos. Por isso, proibir a venda de refrigerantes nas escolas privadas, sem qualquer política educacional de emancipação das crianças para o gozo da plena cidadania, não passa de mero ato antidemocrático.

Entende-se que a intervenção do Estado na Economia é válida para concretização do direito fundamental à saúde da criança em sua faceta preventiva.

Porém, o papel da educação para a promoção da saúde como elemento da cidadania, a partir da proibição da venda de refrigerantes no interior das escolas, só terá resultado prático se estiver associada a uma política de conscientização dentro dos lares e das escolas, numa ação conjunta entre pais, familiares, escolas, Estado e a sociedade. Fora deste contexto, não passará de mera restrição da liberdade, de mero ato antidemocrático.

A mera proibição do consumo de refrigerantes no âmbito das escolas não educa as crianças para serem adultos conscientemente saudáveis. Provavelmente, outros hábitos alimentares nocivos serão praticados no âmbito das escolas se esta proibição estiver dissociada de uma política de “alimentação saudável”, para ensinar os benefícios e malefícios de alguns alimentos habitualmente consumidos na comunidade na qual a criança esteja inserida. Consequentemente, o trabalho atingiu os objetivos propostos no presente trabalho de dissertação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição Alemã Theorie der Grundrechte publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 01.2015.

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2005.

BARBIERI, Jerri Adriani; RIBEIRO, Daniela Menengoti. **A Intervenção do Estado na Economia e o Comprometimento com o Desenvolvimento Humano através da Promoção de Políticas Sociais**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7070f9088e456682>>. Acesso em: 11 mar. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BENACCHIO, Marcelo; SANTOS, Queila Rocha Carmona dos. O mercado como instrumento de efetivação dos direitos humanos. FILHO, Tarcísio Henriques et. al. (Orgs.). **Direito econômico: Estudos em homenagem ao professor Giovani Clark**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: Uma Leitura a Partir da Constituição De 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BLAKE, J. **International Cultural Heritage Law**. Oxford: OUP, 2015.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Later. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, 3ª reimpressão.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. **A educação como um direito fundamental, um bem público, e um serviço comercializável**. Campina Grande: EDUEPB, 2018.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Assistência Jurídica: direito do consumidor e responsabilidade do Estado, aspectos teóricos, práticos e processuais**. João Pessoa: Fotograf, 2009.

BRASIL. Constituição da Organização Mundial da Saúde. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emendas Constitucionais de Revisão** Brasil: DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. **Cartilha para Conselheiros do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE)** / Tribunal de Contas da União, Fundo Nacional de desenvolvimento da Educação, Conselho de Alimentação Escolar, apresentação Raimundo Carreiro, Silvio de Sousa Pinheiro. 1 ed. Brasília: TCU, 2017, p. 22. Disponível em: <file:///C:/Users/ferna/Desktop/Disserta%C3%A7%C3%A3o/cartilha_para_conselheiros_do_programa_pnae_2017.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2020.

_____. **Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990.** Promulga a Convenção Sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. **Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Básica.** Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=15548-d-c-n-educacao-basica-nova-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 26 mar. 2019.

_____. **Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil.** Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=9769-diretrizescurriculares-2012&category_slug=janeiro-2012-pdf&Itemid=30192>. Acesso em: 22 jul. 2019.

_____. **Lei nº 8.069/90.** Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. **Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. **Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 25 mar. 2019.

_____. **Lei nº 9.782/99.** Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

_____. **Lei nº 11.947/2009.** Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro Direto na Escola aos alunos da educação básica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11947.htm>. Acesso em: 17 abr. 2020.

_____. **Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação.** Nota Técnica nº 9/2019/COSAN/ CGPAE/DIRAE. Disponível em: <[file:///C:/Users/ferna/Downloads/SEI_FNDE%20-%201689085%20-%20Nota%20Tcnica%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ferna/Downloads/SEI_FNDE%20-%201689085%20-%20Nota%20Tcnica%20(1).pdf)>. Acesso em: 18 abr. 2020.

_____. **Parâmetros Curriculares Nacionais como Temas Transversais.** MEC/SEF, 1997. Conteúdo extraído do site Portal MEC, disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=12640:parametros-curriculares-nacionais-lo-a-4o-series>>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. **Parâmetros curriculares nacionais: introdução aos parâmetros curriculares nacionais.** Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/livro01.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2019.

_____. **Relatório Final da 14ª Conferência Nacional de Saúde: Todos Usam o SUS.** SUS na Seguridade Social – Política Pública, Patrimônio do Povo Brasileiro. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2012, p. 44. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_final_14_conferencia.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. **Resolução/CD/FNDE nº 26/2013.** Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE). Disponível em: <<https://www.fnde.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/4620-resolu%C3%A7%C3%A3o-cd-fnde-n%C2%BA-26,-de-17-de-junho-de-2013>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

_____. **Resolução FNDE/CD/N. 32/2006.** Estabelecer Normas para Execução do PNAE, 2009. Disponível em: <<https://www.fnde.gov.br/index.php/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/3106-resolu%C3%A7%C3%A3o-cd-fnde-n%C2%BA-32-de-10-de-agosto-de-2006>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. **Resolução nº 38/2009**. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar aos alunos da educação básica no Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE. Disponível em: <<https://www.fn-de.gov.br/index.php/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/item/3341-resolu%C3%A7%C3%A3o-cd-fnde-n%C2%BA-38-de-16-de-julho-de-2009>>. Acesso em: 29 abr. 2020.

CARDOSO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial: palestras proferidas na Universidade de Yale**. Tradução: Silvana Vieira. Revisão técnica e da tradução Álvaro De Vila. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. **A natureza do processo judicial e a evolução do direito**. Trad. Leda Boechat. 3. ed. Porto Alegre: AJURIS, 1978.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2 ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil Lei nº 10.406 de 10-01-2002. São Paulo: Saraiva, 2002.

ELIOT, t. S. **Notas para uma definição de cultura**. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Editora Perspectiva, 1988.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra LTDA, 1967.

_____. **Pedagogia do oprimido**. 56. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004.

FREITAS, Lorena. **A cultura que o congresso quer: para uma análise do fomento à cultura brasileira através das emendas parlamentares**. In: FEITOSA, Enoque (Coord.). FREITAS, Lorena; RODRIGUES, Alison; Guedes, Luiz (Orgs.). *Ética, Cidadania e Emancipação Humana*. Santa Rita, SEDIC Gráfica e Serviços, 2018.

_____. **O realismo jurídico como pragmatismo: acerca da tese realista de que direito é o que os juízes dizem que é direito**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2015.

GUERRA, Gustavo Rabay; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. **Análise Crítica da teoria dos direitos humanos na obra de Michel Villey**. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, ago. 2019, n. 40. Disponível em: <[file:///C:/Users/ferna/Downloads/ANALISE_CRITICA_DA_TEORIA_DOS_DIREITOS_H%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ferna/Downloads/ANALISE_CRITICA_DA_TEORIA_DOS_DIREITOS_H%20(1).pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2019.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

HEINTZE, Hans Joachim. **Os Direitos Humanos Como Matéria de Direito Internacional Público**. In: PETERCK, Sven (Coord.). *Manual Prático de Direitos*

Humanos Internacionais. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

HOLMES, Oliver Wendell. **The common law**. Boston: Little Brown, 1881.

JAMES, William. **A vontade de crer**. Tradução: Cecília Camargo Bartalotti. São Paulo: edições Loyola, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**; tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Brandão, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

_____. **O que é justiça? A Justiça, o Direito e a Política no espelho da ciência**. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

LIMA, Gilvanklin Marques de. **O Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988: entre a concretização e a inviabilidade**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. João Pessoa, 2015.

LIMA, Wânia Cláudia Gomes Di Lourenzo; VASCONCELOS, Fernando Antônio de; BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Proteção da Criança e do Adolescente Frente ao Assédio da Publicidade**. In: VASCONCELOS, Fernando Antônio de; GUERRA, Gustavo Rabay (Coord.). RAMOS, Alana; TRINDADE, Ely; MELO, Jeremias; ALMEIDA (Orgs.). **Proteção Jurídica do Consumidor em Perspectiva Transversal**. João Pessoa: EREPB, 2014.

LIRA, Yulgan Tenno de Farias. **Controle de convencionalidade: a tutela coletiva dos tratados internacionais de direitos humanos**. João Pessoa: Ideia, 2016.

MAIA, Maurílio Casas. **O Direito à saúde à luz da Constituição e do Código de Defesa do Consumidor**. Revista do Direito do Consumidor, ano 21, vol. 84. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

MALUF, Sahid. **Direito Constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1974.

MARQUES, Cláudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDEIROS, Robson Antão; SOARES, Eduardo José de Carvalho. **Judicialização da Saúde: a influência da biotecnologia quando resistida pelo Estado a inserção das novas tecnologias**. In: MEDEIROS, Robson Antão (Org.). **Biotecnologia, Bioética e Direitos Humanos**. João Pessoa-PB: Editora da UFPB, 2015.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Vol. 4, Rio de Janeiro: Boffoni, 1946.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o governo representativo**. Trad. Manoel Innocência de Lacerda Santos Jr. Universidade de Brasília, 1981.

MOLINARO, Carlos Alberto. Dignidade, interculturalidade e direitos humanos e fundamentais – uma nova tecnologia? In. BERTOLDI, Márcia Rodrigues; GASTAL, Alexandre Fernandes; CARDOSO, Simone Tassinari (Org). **Direitos Fundamentais e Vulnerabilidade Social: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

MORAES, Helder; MARREIRO, Cristina Gambarra; TRINDADE, Enos. A publicidade na televisão e a obesidade infantil: Uma crítica sobre o estudo da midiaticização no contexto brasileiro. In. NOGUEIRA, Adinan (Org.) et al. II CONEC. **Interação e Midiaticização**. Congresso Nacional de Estudos Comunicacionais PUC Minas Poços de Caldas [30 e 31 de outubro de 2017]. Anais 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Elisa_Ramirez_Hernandez/publication/330970243_Experiencia_estetica_e_mediacoas_culturais_nas_interacoes_televisivas/links/5c5dcad692851c48a9c2e839/Experiencia-estetica-e-mediacoas-culturais-nas-interacoes-televisivas.pdf#page=211>. Acesso em: 04 abr. 2020.

NABAIS, José Casalta. **A Face Oculta dos Direitos Fundamentais: Os Deveres e os custos dos Direitos**. Revista do Direito Público da Economia, ano 5, número 20. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLMOS, Ana. Vergonha de si: a violência invisível da publicidade infantil. In: FONTENELLE, Laís (Org.). **Criança e consumo: 10 anos de transformação**. São Paulo: Instituto Alana, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. Notícias da ONU. **Perspectiva global. Histórias Humanas**. Disponível em: <<https://news.un.org/en/story/2013/11/456522-un-health-agency-issues-new-guidelines-treating-severe-acute-child-malnutrition#.UpdoltjKP9>>. Acesso em: 02 abr. 2020.

_____. **OMS lança novas diretrizes de combate à obesidade infantil no mundo.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/oms-lanca-novas-diretrizes-de-combate-a-obesidade-infantil-no-mundo/>>. Acesso em: 04 abr. 2020.

_____. **Saúde e bem-estar.** Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/tema/ods3/>>. Acesso em: 04 mar. 2019

_____. Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO). Representação no Brasil. **Saúde escolar eficaz.** 2017. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/education/health-education-in-brazil/effective-school-health/>>. Acesso em: 25 set. 2019.

_____. UNICEF. **Declaração dos Direitos da Criança de 1959.** <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_universal_direitos_crianca.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

PARAÍBA. **Lei nº 10.431/15.** Proíbe cantina e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média, de venderem bebidas com baixo teor nutricional, como os refrigerantes. Disponível em: <http://sapl.al.pb.leg.br/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/11612_texto_integral>. Acesso em: 25 mar. 2020.

PEREIRA, Tânia da Silva. O reconhecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente no sistema jurídico brasileiro. In. MATOS, Ana Carla Harmatiuk (Org.). **A Construção dos novos direitos.** Porto Alegre: Nuria Fabris editora, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil.** 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PESSOA, Samuel Barnsley. **Ensaio Médico-Sociais.** 2ª ed. São Paulo: Cebes Hucitec, 1978.

PETERKE, Sven (Coord). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 10ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

PLATÃO, Livro VII. In. _____. **A República.** 5 ed. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Lisboa: Fundação Calouse Gulbenkian, 1987.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RATELLE, Sylvie. **Medicina Preventiva e Saúde Pública.** 8 ed. São Paulo: Manole, 1999.

RECINE, Elisabetta; RADAELLI, Patrícia. **Obesidade e desnutrição.** Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/obesidade_desnutricao.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Regulação e Concorrência: a atuação do CADE em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Boaventura. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SANTOS, Camilla Guedes Pereira Pitanga; MEDEIROS, Robson Antão de. **Considerações bioética e jurídicas sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos**. In: Robson Antão de Medeiros (org). *Biotecnologia, Bioética e Direitos Humanos*. – João Pessoa: Editora da UFPB, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. rev. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad. Sergio Góes de Paula. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SHOOK, John. **Os pioneiros do pragmatismo americano**. Rio de Janeiro: DPeA, 2002.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira.; NASPOLINI, Samyra H. Dal Farra. O direito ao desenvolvimento como direito humano fundamental de terceira dimensão. In. POMPEU, Gina. **Direito Constitucional nas Relações Econômicas: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

TADDEI, José Augusto; TOLONI, Maysa; SILVA, Giovana Longo. Infância, Consumo e Sustentabilidade. In: FONTENELLE, Laís (Org.). **Criança e consumo: 10 anos de transformação**. São Paulo: Instituto Alana, 2016.

TOCQUEVILLE, Alexys. **Democracia na América: sentimentos e opiniões que o estado social democrático faz nascer entre os americanos**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes Selo Martins, 2014.

VASCONCELOS, Fernando A. de; MAIA, Maurílio Casas. O direito à saúde: por uma base constitucional e consumerista. In. SILVA, Anderson Lincoln Vital da; MAIA, Maurílio Casas. (Orgs.) **Reflexões sobre o direito à saúde**. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2006.

ZACANARO, Lourenzo. Bioética, Direitos Humanos e Vulnerabilidade. BARCHIFONTAINE, Christian de Paul; ZOBOLI, Elma Lourdes Campos Pavone (orgs.). **Bioética, Vulnerabilidade e Saúde**. Aparecida, SP: Ideias & Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2007.

ANEXO – Lei nº 10.431/15 do Estado da Paraíba

Proíbe cantinas e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média, de venderem bebidas com baixo teor nutricional, como os refrigerantes.

AUTORIA: DEPUTADO CAIO ROBERTO

O Presidente da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba

Faz saber que a Assembleia Legislativa decreta, e eu, em razão da sanção tácita, nos termos do § 1º do Art. 196 da Resolução nº 1.578/2012 (Regimento Interno) c/c o § 7º do art. 65, da Constituição Estadual, Promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º Fica proibida a venda de refrigerantes nas cantinas e lanchonetes instaladas em escolas públicas e privadas de educação infantil, fundamental e média.

Art. 2º Os estabelecimentos que não observarem o dispositivo desta Lei, estarão sujeitos às punições previstas pela legislação sanitária e poderão perder a licença ou o alvará de funcionamento.

Art. 3º Os sistemas de ensino deverão estabelecer as normas e procedimentos para o cumprimento desta Lei no âmbito de suas respectivas redes de ensino.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor em 120 (cento e vinte) dias a partir da sua publicação.

Paço da Assembleia Legislativa do Estado da Paraíba, "Casa de Epitácio Pessoa", João Pessoa, 20 de janeiro de 2015.

RICARDO MARCELO

Presidente