

REVISTA

MPC • PR

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO PARANÁ

**CENTRO
DE ESTUDOS**
MPC • PR



JANEIRO | JUNHO 2022

NÚMERO 16 | VOLUME IX
ISSN 2359-0955

REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ

Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná/ Ministério Público de Contas do Estado do Paraná. - n. 16, (2022) - _ Curitiba: Ministério Público de Contas do Paraná, 2022.

Semestral

Resumo em português e inglês

Disponível em <http://www.mpc.pr.gov.br/index.php/revista-mpc-pr/>

1. Administração pública – Paraná – Periódicos. 2. Finanças públicas – Paraná – Periódicos. 3. Controle externo - Paraná – Periódicos. 4. Paraná – Ministério Público de Contas do Estado do – Periódicos. I. Ministério Público de Contas.

CDU 336.126.55(816.5)(05)

Opiniões e conceitos emitidos nos artigos, bem como a exatidão, adequação e procedência das citações bibliográficas, são de exclusiva responsabilidade dos autores, não refletindo, necessariamente, o posicionamento do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná.

Conselho Editorial

VALÉRIA BORBA	Presidente
FLÁVIO DE AZAMBUJA BERTI	Membro
MICHAEL RICHARD REINER	Membro
KÁTIA REGINA PUCHASKI	Membro
ANGELA CASSIA COSTALDELLO	Membro
ÉLIDA GRAZIAN PINTO	Membro
FABRÍCIO MACEDO MOTTA	Membro
HELENO TAVEIRA TORRES	Membro
INGO WOLFGANG SARLET	Membro
JUAREZ FREITAS	Membro
MARCO ANTONIO CARVALHO TEIXEIRA	Membro
MARCOS ANTÔNIO RIOS DA NÓBREGA	Membro
MARIA PAULA DALLARI BUCCI	Membro
RODRIGO LUÍS KANAYAMA	Membro
VANICE LIRIO DO VALLE	Membro

Organização: SAULO LINDORFER PIVETTA

Projeto Gráfico: NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

Diagramação: NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

Capa: NÚCLEO DE IMAGEM DO TCE/PR

Ministério Público de Contas do Estado do Paraná – Secretaria do Conselho Editorial

Praça Nossa Senhora da Salete, s/n – Centro Cívico – Curitiba – PR

Contato – revista@mpc.pr.gov.br – Tel (41) 3350-1909

sumário

Apresentação	8
Artigos Científicos.....	12
O PROCESSO ORÇAMENTÁRIO COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVAS DIRETRIZES DE CONTROLE.....	12
Cristiane Gonçalves Vieira	
ESTABILIDADE NA ADVOCACIA PÚBLICA PARA A CONFORMAÇÃO DE VALORES PÚBLICOS E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROCESSOS ESTRUTURANTES	31
Bruno Roberto de Lima	
A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À MORADIA ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS À LUZ DA CIDADANIA EM NOSSO PAÍS	45
Eugênia Amábilis Gregorius	
A IMPOSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL FACE A TEORIA DA ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DO ATO ADMINISTRATIVO	67
Danylo Fernando Acioli Machado	
PSICOLOGIA FINANCEIRA, EDUCAÇÃO TRIBUTÁRIA E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA: OS CAMINHOS (OU O CAMINHO) PARA UMA EFETIVA CIDADANIA POR MEIO DE UMA “PEDAGOGIA FISCAL”	80
Isaac Rodrigues Cunha	
O PASSAPORTE VACINAL E A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA CONTRA A COVID-19: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS?	106
Gianluca Nicochelli; Leonardo Soares Brito	
A PROTEÇÃO DA ZONA COSTEIRA E A CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE MARINHA NO CONTEXTO DE PLANEJAMENTO INTEGRADO URBANO SUSTENTÁVEL	125
Lívia Brandão Mota Cavalcanti	
O PAPEL DOS CENTROS DE REFERÊNCIA EM SAÚDE DO TRABALHADOR NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: HISTÓRICO, AVANÇOS E DESAFIOS PARA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO	138
Ana Paula Marques Andrade	
O HARD CASE NO DIREITO APLICADO EM MOÇAMBIQUE: ENTRE REALISMO JURÍDICO E TEORIA HARTIANA.....	157
Jeremias Arone Donane	
Orientações para Envio de Artigos	172

apresentação

A presente edição da Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná conta com 9 artigos, elaborados por autores de diversos Estados do país, e aprovados por ao menos dois pareceristas independentes.

São eles: 1) “O processo orçamentário como instrumento de eficácia das políticas públicas: novas diretrizes de controle”, de Cristiane Gonçalves Vieira; 2) “A impossibilidade de usucapião de norma constitucional face a teoria da estabilização dos efeitos do ato administrativo”, de Danylo Fernando Acioli Machado; 3) “Psicologia financeira, educação tributária e democracia participativa: os caminhos (ou o caminho) para uma efetiva cidadania por meio de uma ‘pedagogia fiscal’”, de Isaac Rodrigues Cunha; 4) “O passaporte vacinal e a vacinação obrigatória contra a covid-19: uma questão de princípios?”, de Gianluca Nicochelli e Leonardo Soares Brito; 5) “A proteção da zona costeira e a conservação da biodiversidade marinha no contexto de planejamento integrado urbano sustentável”, de Lívia Brandão Mota Cavalcanti; 6) “*Hard case* no direito aplicado em Moçambique: entre realismo jurídico e teoria hartiana”, de Jeremias Arone Donane; 7) “A efetivação do direito fundamental ao acesso à moradia através de políticas públicas à luz da cidadania em nosso país”, de Eugênia Amábilis Gregorius; 8) “O papel dos centros de referência em saúde do trabalhador no sistema único de saúde: histórico, avanços e desafios para concretização do direito fundamental ao meio ambiente do trabalho equilibrado”, de Ana Paula Marques Andrade 9) “Estabilidade na advocacia pública para a conformação de valores públicos e concretização de direitos fundamentais em processos estruturantes”, de Bruno Roberto de Lima.

Reiterando nosso compromisso com o perfil acadêmico e a abrangência nacional da Revista, informamos que todos os artigos publicados foram submetidos à dupla revisão cega por pares (*double blind peer review*). Assim, pretendemos manter a Revista do MPC-PR como espaço plural e propício ao debate qualificado sobre temas afetos ao direito público, em especial ao controle externo da administração pública.

Boa leitura!

Valéria Borba

Procuradora-Geral do MPC-PR

Saulo Lindorfer Pivetta

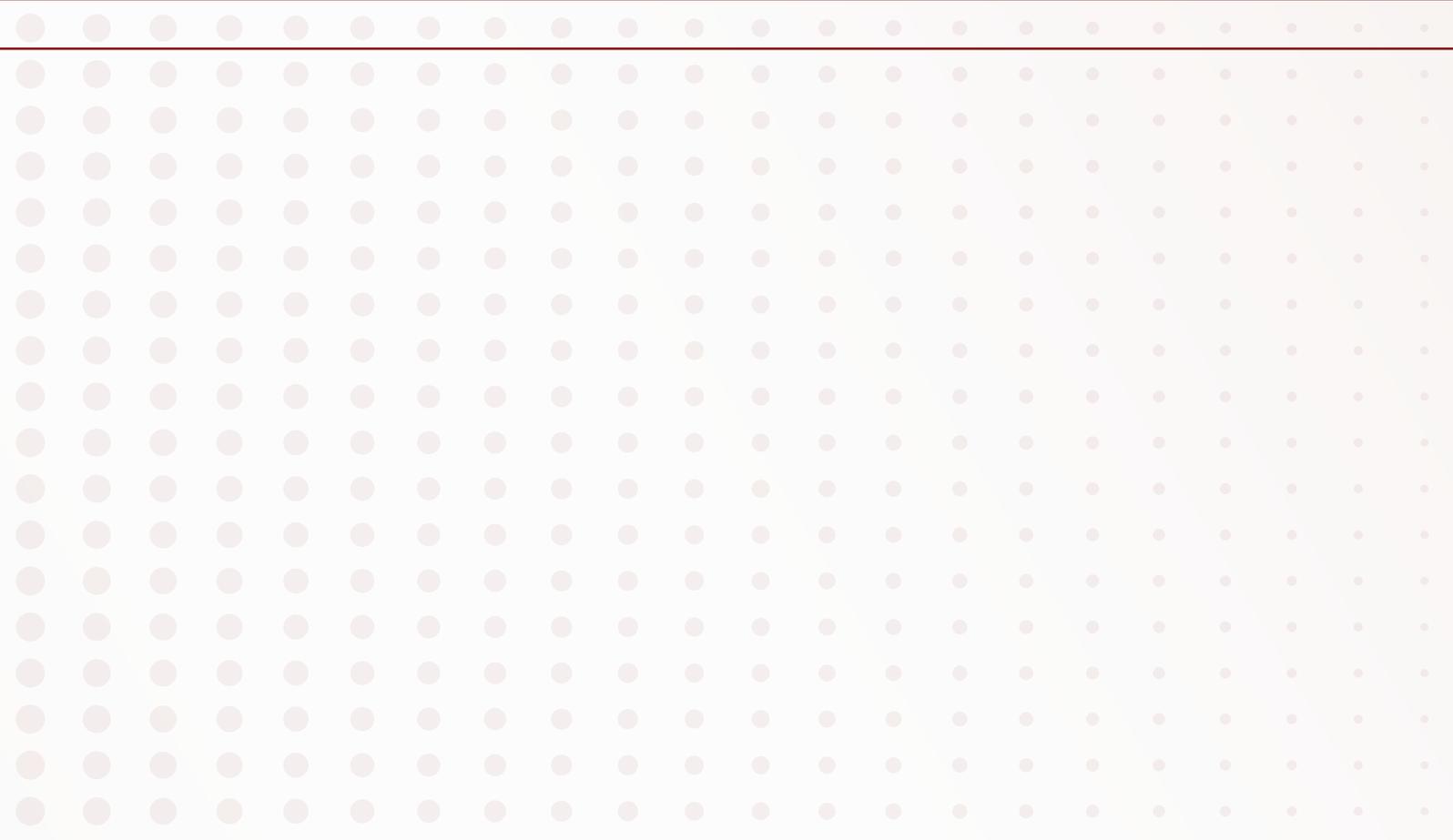
Editor-Chefe da Revista do MPC-PR





.....

artigos científicos



artigos científicos

THE BUDGET PROCESS AS A INSTRUMENT OF EFFECTIVENESS OF PUBLIC POLICIES: NEW CONTROL GUIDELINES

O PROCESSO ORÇAMENTÁRIO COMO INSTRUMENTO DE EFICÁCIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVAS DIRETRIZES DE CONTROLE

Cristiane Gonçalves Vieira¹

¹Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Mestre em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas e docente da Escola de Contas e Gestão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: cristianegv@gmail.com

Recebido/Received: 12.11.2021/ November 12th, 2021.
Aprovado/Approved: 09.08.2022/ August 9th, 2022.

RESUMO

O objetivo do presente artigo consiste em compreender e explorar o fenômeno da opacidade orçamentária e seus efeitos no ciclo das políticas públicas, tomando como exemplo a política de proteção à criança e ao adolescente, definida como prioritária pela Carta Constitucional, abarcando-se o papel do controle exercido pelos Tribunais de Contas (TC) no contexto da Nova Gestão Pública. Para tal, optou-se por uma abordagem qualitativa, seguindo um trajeto metodológico reflexivo, baseado em pesquisas bibliográfica e documental. Evidenciou-se, a partir de um breve estudo do orçamento destinado às ações de proteção da criança e do adolescente no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, a falta de aderência entre o planejamento e a execução dos conteúdos programáticos. De modo a recuperar a vitalidade do processo orçamentário, estratégias como a metodologia Orçamento Criança e Adolescente (OCA) e o controle consensual da gestão pública pelos TC têm muito a contribuir, reverberando os ideários republicanos da transparência e da máxima efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: processo orçamentário; criança e adolescente; ajustamento de gestão.

ABSTRACT

The objective of this article is to understand and explore the phenomenon of budgetary opacity and its effects on the cycle of public policies, taking as an example the policy of protecting children and adolescents, a public policy defined as a priority by the Constitutional Charter, covering the role of control exercised by the Courts of Accounts in

the context of New Public Management. To this end, a qualitative approach was chosen, following a reflective methodological path, based on bibliographic and documentary research. Based on a brief study of the budget for child and adolescent protection actions within the State of Rio de Janeiro, the lack of adherence between the planning and execution of the syllabus was evidenced. In order to recover the vitality of the budget process, strategies such as the Child and Adolescent Budget methodology and the consensual control of public management by the Courts have much to contribute, reverberating the republican ideal of maximum effectiveness of fundamental rights provided for in the Federal Constitution.

Keywords: *budget process; child and teenager; management adjustment.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. DISFUNÇÕES NO PROCESSO ORÇAMENTÁRIO: BREVES CONSIDERAÇÕES; 2.1 PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E OS RUMOS DAS EMENDAS PARLAMENTARES: UM NOVO OLHAR SOBRE A IMPOSITIVIDADE DO ORÇAMENTO; 2.2 VINCULAÇÕES E RIGIDEZ ORÇAMENTÁRIA: RELAÇÕES DE FORÇA E TRANSPARÊNCIA; 2.3 TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL; 3. A POLÍTICA DE DEFESA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE; 4. O PAPEL DO CONTROLE NA DINÂMICA ORÇAMENTÁRIA ; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O Orçamento Público (OP) é um instrumento de gestão que reflete, antes de tudo, a tensão entre os poderes republicanos, em especial o Legislativo e o Executivo. O debate atual, amplamente divulgado na mídia, sobre o “orçamento secreto”, ou “orçamento paralelo” – relativo às emendas de relator ao projeto de Lei Orçamentária Anual (LOA) –, só evidencia a opacidade com que o tema vem sendo tratado no Brasil¹. Emerge, portanto, a necessidade de trazer luz à importância do processo orçamentário no cenário republicano, por tratar-se de um debate que vem sendo interdito e adormecido sob uma agenda econômica que ecoa um discurso da austeridade fiscal pautada em reformas fragmentadas (previdenciária, administrativa, tributária) e que não permitem um olhar sistêmico da gestão pública².

Curioso notar que a expressão “peça orçamentária”, amplamente cunhada pela doutrina que trata da matéria, tanto conduz à ideia de “parte” como de “todo”. Como parte, o OP promove a ligação entre o ideário do planejamento e a concretude dos resultados. Já como um todo, revela-se um constructo com roteiro concebido na integralidade de uma história que se perfaz com começo, meio e fim, traduzida no ciclo orçamentário. É neste sentido cênico que o OP enfrenta o preconceito de ser considerado, pelo senso comum, uma “ficção”, minando sua credibilidade perante a sociedade.

¹ REZENDE, Fernando e CUNHA, Armando (Org.). A Reforma Esquecida. **Orçamento, Gestão Pública e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

² AFONSO, José Roberto – Orçamento Público no Brasil: História e Premência de Reforma. **Espaço Jurídico Journal of Law** (EJL), vol. 17, nº 1, p.19-28, jan-abr 2016.

Em um cenário de falta de compromisso com a transparência e de baixa credibilidade da peça orçamentária, impõe-se resgatar a tônica republicana do OP como legítimo instrumento de gestão a serviço da máxima eficácia de direitos fundamentais expressos na Constituição Federal de 1988. Contribuindo com esse debate, o presente trabalho tem por objetivo compreender e explorar o fenômeno da opacidade orçamentária e seus efeitos no ciclo das políticas públicas, tomando como exemplo a política de proteção à criança e ao adolescente, abarcando-se o papel do controle exercido pelos Tribunais de Contas (TC) no contexto da Nova Gestão Pública.

Para tal, optou-se por uma abordagem qualitativa, seguindo um trajeto metodológico reflexivo, baseado em pesquisas bibliográfica e documental. A hipótese de que há pouca aderência entre o planejamento e a execução dos conteúdos programáticos descritos no OP é o fio condutor das reflexões ora empreendidas, buscando-se uma análise prospectiva do problema, como forma de contribuir para o seu enfrentamento no plano da realidade da gestão pública.

2. **DISFUNÇÕES NO PROCESSO ORÇAMENTÁRIO: BREVES CONSIDERAÇÕES**

Observa-se, em grande medida, a conversão dos instrumentos legais de planejamento orçamentário (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual) em modelos genéricos pasteurizados e desprovidos de um diagnóstico circunstanciado dos problemas mais emergentes e das possíveis tecnologias resolutivas, respaldadas em análises econômicas no sentido do menor custo social, especialmente na esfera municipal da gestão pública³.

Compreender a importância do planejamento como um processo de escolhas e ordenação legítima de prioridades, imerso em uma rede de forças e de relações de poder, é um passo importante para que o OP seja um instrumento democrático de realização das políticas públicas. Segue, adiante, um breve elenco das distorções verificadas no processo orçamentário, com o propósito de iluminar aspectos obscurecidos no debate sobre a sua eficácia no sistema da gestão pública.

2.1. **PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO E OS RUMOS DAS EMENDAS PARLAMENTARES: UM NOVO OLHAR SOBRE A IMPOSITIVIDADE DO ORÇAMENTO**

Para que o orçamento público seja, de fato, um instrumento de participação política, é preciso que reflita as escolhas do Poder Legislativo em sua missão representativa da sociedade. Nesse sentido, à primeira vista, o instituto das emendas parlamentares apresenta-se como um instrumento de realização do ideário da representatividade democrática.

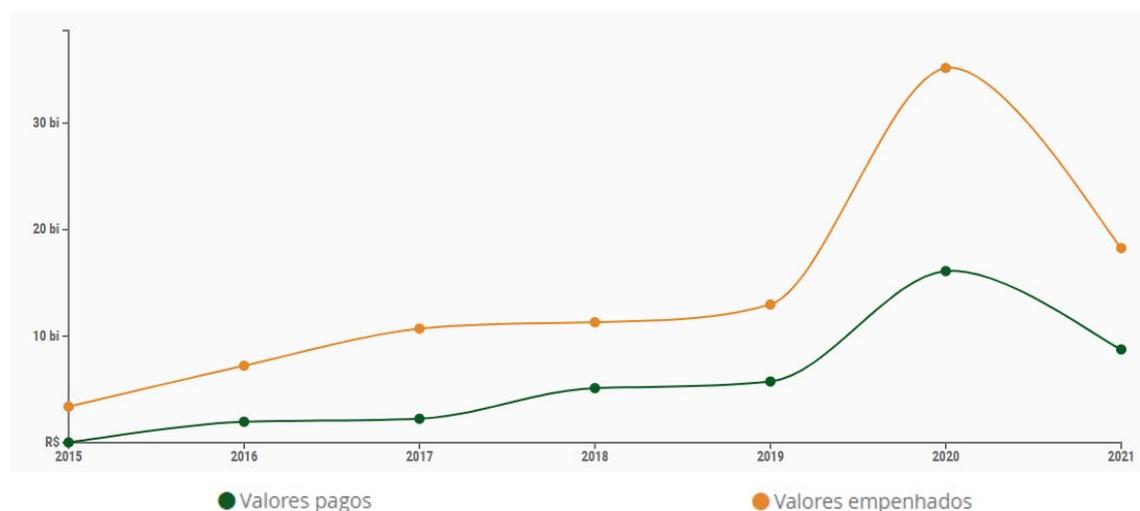
3 PINTO, Élida Graziane; XIMENES, Salomão Barros. Financiamento dos direitos sociais na Constituição de 1988: do “pacto assimétrico” ao “estado de sítio fiscal”. *Educação & Sociedade*, v. 39, p. 980-1003, 2018.

Contudo, na prática, o sistema político brasileiro encampa um presidencialismo de coalizão⁴ que excedeu na concentração de recursos e na centralização das capacidades fiscal, tributária e regulatória no âmbito do governo federal, desvirtuando o papel das emendas parlamentares para uma sequência de disfuncionalidades que impactam negativamente na qualidade do processo democrático⁵.

É de se notar que o orçamento passou a ser o epicentro das disputas entre os poderes Legislativo e Executivo, acumulando demandas e favorecendo desigualmente os grupos de interesse detentores de maior poder de influência, minando o aspecto distributivo da gestão dos recursos públicos, elevando a opacidade dos critérios de alocação e, por conseguinte, reduzindo a transparência das escolhas públicas e seus respectivos fundamentos⁶.

Trata-se de um mecanismo alocativo que vem ganhando força nos últimos anos, tornando obrigatória a execução de emendas⁷ individuais, de bancada e de relator, esta, diretamente relacionada ao que se convencionou designar “orçamento secreto” ante a falta de transparência. Atualmente, somente as emendas de comissão é que não possuem o caráter de obrigatoriedade da sua execução, o que já denota uma contradição quanto aos fundamentos de maior transparência e de participação do parlamento como instituição colegiada e representativa da diversidade e dos múltiplos interesses da sociedade⁸.

Figura 1: Evolução histórica da execução das despesas para emendas parlamentares



Fonte: Portal da Transparência do Governo Federal⁹.

4 A expressão “presidencialismo de coalizão” foi cunhada por Sérgio Abranches, ainda na década de 1980, designando, originariamente, um instrumento legítimo de partilha do poder governamental lastreado pelo consenso programático e principiológico, que integra o processo histórico das democracias em nível mundial. Entretanto, a coalizão tem sido estigmatizada, especialmente no Brasil, em razão do fenômeno da corrupção, passando a ser confundida com o “toma lá dá cá” e trocas espúrias de favores entre o governo e os grupos de interesses clientelistas (ABRANCHES, 2018).

5 PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Comportamento estratégico em presidencialismo de coalizão: as relações entre Executivo e Legislativo na elaboração do orçamento brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, vol. 45, n. 2, 2002.

6 ABRANCHES, Sérgio. *Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

7 Vale lembrar que há quatro tipos de emendas parlamentares: individual, de bancada, de comissão e de relator. Fonte disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/legislacao-e-publicacoes/glossario-orcamentario/-/orcamentario/termo/emenda_de_relator. Acesso em: 16 de out. 2021.

8 É oportuno rememorar que a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) dos anões do orçamento, levada a efeito nos anos de 1993 e 1994, identificou como elemento central do esquema de aprovação de emendas para influenciar favorecimentos em licitações, o mecanismo de emenda do relator, cujo processamento se dava sem qualquer transparência (PRAÇA, 2011).

9 Disponível em: <https://www.portaltransparencia.gov.br/emendas?ano=2021>. Acesso em: 13 de out. 2021.

A figura 1 mostra um significativo aumento de valores empenhados e pagos no exercício de 2020, a título de emendas parlamentares. Importa indagar como esse patamar de emendas parlamentares nas despesas discricionárias afeta a governança orçamentária. Uma análise sistêmica dessa influência deve considerar que há, também, impactos nos ciclos das políticas públicas, já que o ciclo orçamentário tem interface com o ciclo das políticas públicas e da gestão.

Ao acomodar um amplo número de emendas parlamentares, a garantia da funcionalidade da execução orçamentária pelo Executivo conta com uma lógica de contingenciamento cuja instrumentalidade passa a estar nos fins de manutenção das coalizões, e não no equilíbrio e na realização das demandas sociais prioritárias.

Vale lembrar que o ciclo orçamentário disposto no art. 166 da Constituição Federal de 1988, vem sofrendo alterações significativas, desde a Emenda Constitucional (EC) nº 86/2015 e, mais recentemente, pela EC nº 100/2019:

[...]

§ 9º As emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, sendo que a metade deste percentual será destinada a ações e serviços públicos de saúde. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015\)](#)

§ 10. A execução do montante destinado a ações e serviços públicos de saúde previsto no § 9º, inclusive custeio, será computada para fins do cumprimento do inciso I do § 2º do art. 198, vedada a destinação para pagamento de pessoal ou encargos sociais. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015\)](#)

§ 11. **É obrigatória a execução orçamentária e financeira das programações a que se refere o § 9º deste artigo**, em montante correspondente a 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida realizada no exercício anterior, conforme os critérios para a execução equitativa da programação definidos na lei complementar prevista no § 9º do art. 165. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015\)](#) (grifo nosso)

§ 12. **A garantia de execução de que trata o § 11 deste artigo aplica-se também às programações incluídas por todas as emendas de iniciativa de bancada de parlamentares de Estado ou do Distrito Federal**, no montante de até 1% (um por cento) da receita corrente líquida realizada no exercício anterior. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 100, de 2019\)](#) (grifo nosso).

A Emenda Constitucional nº 100/2019, mas recentemente, alterou o art. 165 da Constituição Federal:

Art. 165 ...

§ 10. **A administração tem o dever de executar as programações orçamentárias, adotando os meios e as medidas necessários, com o propósito de garantir a efetiva entrega de bens e serviços à sociedade.** (grifo nosso)

§ 11. O disposto no § 10 deste artigo, nos termos da lei de diretrizes orçamentárias:

- I - subordina-se ao cumprimento de dispositivos constitucionais e legais que estabeleçam metas fiscais ou limites de despesas e não impede o cancelamento necessário à abertura de créditos adicionais;
- II - não se aplica nos casos de impedimentos de ordem técnica devidamente justificados;
- III - aplica-se exclusivamente às despesas primárias discricionárias.

A questão reacende o debate em torno do caráter autorizativo ou impositivo da LOA¹⁰. A doutrina tradicional do direito financeiro, antes mesmo da promulgação da Lei nº 4.320/64¹¹ (recepcionada pela Constituição Federal com *status* de Lei Complementar), chegava a classificar as despesas em fixas (ordinárias) e variáveis (extraordinárias) com base no amparo legal¹², aproximando-se de uma qualificação mais atual, que diferencia despesas obrigatórias e discricionárias, respectivamente.

A despeito da nomenclatura classificatória a ser utilizada, o que ocorre, na prática, é a inexecução de parte significativa dos créditos autorizados pelo Legislativo (LOA), elevando a tensão entre os poderes, ante o risco de conversão da discricionariedade administrativa em arbitrariedade. A origem do orçamento impositivo no Brasil repousa, justamente, na tensão entre os poderes Executivo e Legislativo, provocada pelo distanciamento entre o planejamento e a execução do orçamento, transformando as emendas parlamentares em moeda de barganha política, promovendo uma nítida desarmonia no sistema republicano de freios e contrapesos.

Nessa dinâmica, o Poder Judiciário passa a ter um papel moderador, atuando quando demandado para solucionar conflitos. O exemplo mais recente da judicialização da política orçamentária deu-se nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 854-DF¹³, com o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal no sentido da suspensão da execução das emendas de relator ante a falta de transparência, de equidade alocativa, além da fragmentação dos recursos públicos, do déficit informacional para fins de *accountability*, entre outras razões de fato e direito enunciadas no conteúdo decisório da medida cautelar proferida em 05 de novembro de 2021.

Aqui se impõe uma reflexão: o aumento da participação do Legislativo na fase da execução orçamentária¹⁴, ao seu turno, não seria uma forma paliativa de remediar e não enfrentar a essência do problema: o distanciamento entre as agendas de planejamento e de execução do orçamento? Uma proposta de reforma orçamentária, nesse sentido, deve perpassar o resgate do princípio republicano, reintroduzindo a supremacia do interesse público como norte das políticas públicas, da gestão

10 PINTO, Éilda Graziane. Discricionariedade, contingenciamento e controle orçamentário. *Revista Gestão & Tecnologia*, v. 6, n. 2, 2006.

11 BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 17 de março de 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm. Acesso em 11 de nov. 2021.

12 BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 17. ed. rev. e atual. por Hugo B. M. Segundo. Rio de Janeiro: GEN; Forense; Bilac Pinto Editores, 2010.

13 Fonte disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=476088&ori=1>. Acesso em: 10 de nov. 2021.

14 Nos Estados Unidos, a figura do *rescission* veio como resposta ao crescente contingenciamento de dotações orçamentárias pelo então presidente Richard Nixon, razão pela qual, em 1974, editou-se o denominado *Impoundment Control Act*, impondo a avaliação e a autorização prévias pelo Parlamento estadunidense, acerca do cancelamento ou do contingenciamento de dotações a requerimento do governo.

financeira dos recursos e da governança orçamentária, sob pena de reincidência das práticas corrosivas da qualidade da democracia.

2.2. VINCULAÇÕES E RIGIDEZ ORÇAMENTÁRIA: RELAÇÕES DE FORÇA E TRANSPARÊNCIA

Sob a perspectiva gerencial, o debate acerca da rigidez orçamentária suscita uma reflexão sobre o papel das vinculações constitucionais como potenciais “inibidores da eficácia alocativa”¹⁵, uma vez que não permitiriam o remanejamento de investimento entre os setores segundo uma lógica macroeconômica. Ressaltar a importância da qualidade do gasto público passa a ser o argumento que renova o discurso favorável à ampla discricionariedade do gestor público para libertá-lo desse “engessamento”, já que a mera fixação de percentuais de despesa não assegura a qualidade do gasto.

Mais uma vez, o debate permanece na superficialidade dos efeitos, passando ao largo de um aprofundamento analítico baseado na identificação diagnóstica de causas. De fato, há consenso de que a qualidade do gasto é essencial para a materialização das políticas públicas em resultados mensuráveis por indicadores de eficiência, eficácia e efetividade. Contudo, em um país como o Brasil, onde as desigualdades socioeconômicas são persistentes, como não assegurar a destinação de patamar mínimo da arrecadação para funções prioritárias como educação e saúde? O simples argumento de que há outras demandas sociais, como moradia, não resolve a questão.

Analogamente às políticas afirmativas, que se justificam para promover equidade e justiça social, o processo orçamentário deve refletir esse mesmo ideário enquanto persistir o que se pode denominar “estado de coisas inconstitucional”, demandando a fixação de um “mínimo existencial”¹⁶. Para Daniel Sarmento¹⁷:

O princípio da dignidade da pessoa humana compreende o direito de acesso às necessidades materiais básicas de vida – o direito ao mínimo existencial –, que, na nossa ordem constitucional, constitui um piso para a justiça social, mas não um teto para a atuação estatal voltada à promoção da igualdade material e dos direitos sociais. A garantia do mínimo existencial é pressuposto para o pleno exercício das liberdades civis e da democracia, mas se justifica por razões autônomas, que independem desses objetivos.

A regra de ouro é um preceito constitucional segundo o qual não se admite que despesas correntes (custeio), de natureza continuada, sejam realizadas mediante operações de crédito. Em recente artigo escrito para jornal de grande circulação¹⁸,

15 NUNES, André et al. A desvinculação de receitas como alternativa às dificuldades impostas pelas vinculações orçamentárias no Brasil. *Universitas*, n. 21, 2017, p. 153.

16 Na década de 1970, Rawls (1971) escreveu sua obra seminal, intitulada “Uma teoria de justiça”, gravando a expressão “mínimo existencial” para conferir racionalidade e conteúdo material aos princípios de justiça. Apesar das críticas e das reformulações realizadas pelo próprio autor, posteriormente, trata-se de uma expressão cujo conteúdo semântico, ainda que polissêmico, conduz a uma ideia primordial de dignidade da pessoa humana como um valor ex ante na formulação de políticas públicas.

17 SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. *Revista de Direito da Cidade*, v. 8, n. 4, p. 1644-1689, 2016, p. 1679.

18 Reportagem exibida no Jornal Valor Econômico, em 29 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/eu-e/noticia/2021/01/29/andre-lara-resende-vale-tudo-pelo-equilibrio-fiscal.ghtml>. Acesso em: 15 de out. de 2021.

o economista André Lara Resende destaca que o endividamento do Estado deve se propor a movimentar a economia em uma perspectiva macro, convidando a uma atitude reflexiva acerca da lógica macroeconômica.

Para tal, relembra que a década de 1990 teria sido marcada pelo bem-sucedido esforço de estabilização da inflação instalada no Brasil de forma crônica. O medo do retorno da hiperinflação, desde então, teria pautado a agenda da denominada “política macroeconômica hegemônica”, que preconiza o equilíbrio orçamentário a qualquer custo como prova do efetivo exercício da responsabilidade fiscal.

Castro et al.¹⁹ mencionam a vulnerabilidade dos gastos sociais nos períodos de crise, resultante de uma tensão fiscal que se estabelece, de um lado, no sentido da manutenção da estabilização monetária, e de outro, no sentido da efetivação de uma agenda que garanta os direitos fundamentais.

Por outro lado, a complexidade do arranjo normativo fiscal não tem sido suficiente para garantir políticas públicas destinadas a reduzir o déficit de efetividade do acesso e fruição dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, situação que se faz notar ante a crescente judicialização das políticas públicas nas áreas da saúde e da educação²⁰.

Uma análise mais acurada sobre o ordenamento das prioridades no orçamento público descortina uma lógica de manutenção e naturalização das desigualdades como resultado de um jogo de forças e interesses que não leva em conta o bem comum e o genuíno interesse público. Piketty²¹ chega a afirmar que:

a história da desigualdade é moldada pela forma como os atores políticos, sociais e econômicos enxergam o que é justo e o que não é, assim como pela influência relativa de cada um desses atores e pelas escolhas coletivas que disso decorrem. Ou seja, ela é fruto da combinação, do jogo de forças, de todos os atores envolvidos.

A pandemia, vista como um processo de convulsão social, reafirma a necessidade de ampliação da capacidade do Estado, e não a sua retirada de cena ou redução de sua atuação²².

2.3. TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL

Outro aspecto que pode constituir um risco à higidez do processo orçamentário, sob a dimensão da transparência, é a sua característica excessivamente detalhada e marcadamente analítica. Uma breve análise estatística combinatória dos diversos tipos de classificadores das despesas (quadro de detalhamento das despesas)

19 CASTRO, Jorge Abrahão et al.. Gasto social e política macroeconômica: trajetórias e tensões no período 1995-2005. Brasília: IPEA, 2008. Texto para discussão, n. 1324.

20 PINTO, Élica Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

21 PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Intrínseca: edição digital, 2014, p. 529.

22 COMPARATO, Fábio et al. Financiamento dos direitos à saúde e à educação: mínimos inegociáveis. **Consultor Jurídico**, v. 27, p. 35-72, 2016.

descritos no Projeto de Lei Orçamentária do governo federal para 2022 (LOA 2022), resulta em nada menos do que 14.352 linhas programáticas²³. Esse desdobramento do orçamento em um uma infinidade de níveis de planejamento mascara a demonstração da efetiva entrega de bens e serviços para a sociedade.

Não se queira sinalizar, com isso, um abandono do princípio da especialização (especificação) do orçamento, segundo o qual a receita e a despesa devem ser apresentadas de modo discriminado, demonstrando-se a origem e a forma de aplicação dos recursos públicos. A crítica está no excesso de detalhamento que inviabiliza a compreensão e macula, por conseguinte, os princípios da transparência e da publicidade, criando-se uma espécie de “novílingua orçamentária”²⁴.

Ao relacionar a perspectiva gerencialista com o propósito da gestão das finanças públicas, Schick (2013) identifica quatro conjuntos de critérios extraídos das boas práticas em matéria de transparência fiscal²⁵, que podem ser assim sintetizados: clareza na definição de funções e responsabilidades; abertura e clareza dos processos orçamentários (elaboração, execução, monitoramento e avaliação); publicidade das informações (acesso e compreensão) e assecuração da sua integridade (garantia dos aspectos qualitativos da informação orçamentário-financeira).

Tais pilares devem nortear a lógica dos processos orçamentários no sentido da realização dos objetivos das organizações que integram o setor público e da salvaguarda de seus ativos²⁶.

Na esteira de uma análise histórica da modelagem do pacto federativo no Brasil, é preciso compreender de que modo a crise do Estado de Bem-Estar Social colocaram em xeque a dimensão assistencialista do papel do Estado²⁷, especialmente as políticas prioritárias protetivas da criança e do adolescente. O que se nota, desde os anos 1970, é o crescimento da dívida pública, o abuso dos instrumentos de concessão de benefícios fiscais e consequentes renúncias de receitas em um cenário de recessão econômica, entre outros fatores que vêm impactando na governança orçamentária.

Em um contexto de maior demanda por políticas públicas que visem reduzir as desigualdades sociais, a tríade do planejamento orçamentário (PPA-LDO-LOA) corre um sério risco de se reduzir a um mero protocolo de intenções, cujo conteúdo programático se dispõe a contingenciamentos e inexecuções parciais que minam as expectativas de realização dos direitos fundamentais²⁸.

23 Cf. trabalho apresentado por Marcio Luiz de Albuquerque Oliveira, na Primeira Semana Orçamentária do TCU, evento realizado em 06 de out. de 2021: Painel 3 - Emendas Parlamentares e seus Impactos no Orçamento Público. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3GTZPQ4qQXs&t=6193s>. Acesso em: 13 de out. 2021.

24 REZENDE, Fernando. **Em busca do tempo perdido: é preciso buscar o fio da meada para desembaraçar o novo fiscal**. Editora FGV, 2016, p. 70.

25 Para maior detalhamento, consultar Código de Boas Práticas para a Transparência Fiscal do Fundo Monetário Internacional (FMI), disponível em: <https://www.imf.org/external/np/fad/trans/por/codep.pdf>. Acesso em 15 de out. 2021.

26 CUNHA, Armando et al. **O processo orçamentário ea vitalidade das organizações governamentais: a face oculta da reforma esquecida**. Rio de Janeiro: FGV, 2019.

27 TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. V, 2008.

28 ARRETCHE, Marta et al. Uma contribuição para fazermos avaliações menos ingênuas. In: Moreira, M. C. R., Carvalho, M. do C. B. de. (Org.). **Tendências e perspectivas na avaliação de políticas e programas sociais**. São Paulo: IEE/PUCSP, 2001.

Tal dinâmica perversa, aliada à redução do horizonte temporal das políticas públicas cuja materialidade se expressa – ou deveria se expressar – nos orçamentos públicos republicanos, têm o condão de reduzir a vitalidade democrática e, conseqüentemente, a qualidade do financiamento das ações governamentais²⁹.

Os reflexos das discontinuidades e da fragilidade das programações orçamentárias em nível macro refletem-se nos contextos organizacionais, uma vez que as políticas públicas são implementadas, em última instância, pelos profissionais de linha de frente, cuja gestão vincula-se às unidades organizacionais orçamentárias. As rupturas nos ciclos orçamentários e o dilema fiscal vivenciado pelos estados e municípios à luz de um cenário de baixa previsibilidade e incertezas, ao seu turno, reduzem a qualidade do financiamento das ações governamentais.

No campo da governança orçamentária, segundo análise comparativa realizada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), mesmo em países mais ricos e desenvolvidos, nota-se a necessidade de promover reformas orçamentárias que envolvem diferentes dimensões de responsabilização dos gestores: por desempenho, pelos custos e pelos resultados³⁰. Esse aspecto tridimensional da responsabilização, no campo do controle das ações governamentais, nem sempre é sopesado de modo interdependente e de acordo com as condições fáticas que condicionam ou justificam as escolhas dos gestores, no curso da execução financeira do orçamento³¹.

3. A POLÍTICA DE DEFESA DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, *caput*, resguarda os direitos da criança e do adolescente com “absoluta prioridade”³², o que leva à condução do processo orçamentário, por todos os entes federativos, no sentido do planejamento de ações governamentais que visem materializá-los, resguardada a devida margem de discricionariedade³³.

Em 2015, o Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) expediu a Resolução nº 28³⁴, prevendo a melhoria dos investimentos nos direitos da criança pelos Estados-membros. Entre outros aspectos, o documento enfatiza a importância da transparência ativa (sem necessidade de requerimento pelo cidadão ou outra parte interessada) dos processos orçamentários, de tal modo que

29 REZENDE e CUNHA, 2013.

30 **OECD**. Budgeting for Results: Perspectives on Public Expenditure Management. Paris: OECD, 1995, p. 48.

31 Nesse sentido, vale destacar as alterações promovidas pela Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018, na Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em especial o seu art. 22, segundo o qual, “na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 07 de nov. 2021.

32 O art. 4º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança prevê que os Estados devem utilizar ao máximo os recursos disponíveis com vistas à implementação das medidas necessárias à efetivação dos direitos da criança. (Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20.11.1989 e ratificada pelo Brasil em 24.09.1990). Fonte disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/crianca.htm>. Acesso em: 16 de mai. 2022.

33 CALMON, Paulo. Orçamento público no Brasil democrático. In Leonardo A. & Fátima A. (Orgs.). **Reforma política no Brasil** (pp. 207/211). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

34 Fonte disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/pagina-1793.html>. Acesso em: 16 de mai. 2022.

o público-alvo das políticas assistenciais (criança) seja capaz de compreender tanto a peça orçamentária quanto as prestações de contas decorrentes de sua execução na facticidade das ações implementadas.

Uma das diretrizes das políticas públicas destinadas à infância e juventude, no Brasil, é a municipalização do atendimento, cabendo à União o papel de coordenação junto aos demais entes da federação, aos quais se incumbe a sua execução. Nesse sentido, as transferências intergovernamentais têm um papel importante na promoção da equidade na provisão de bens e serviços e na redistribuição de recursos, considerando os desafios do federalismo fiscal em face da heterogeneidade regional³⁵.

A ideia de um orçamento temático dialoga com a necessidade de se conferir maior visibilidade aos conteúdos programáticos fragmentados nas peças orçamentárias. Nesse sentido, partindo de um método de análise e monitoramento dos gastos públicos direcionados a crianças e adolescentes, a Fundação Abrinq³⁶ desenvolveu o que se convencionou denominar metodologia Orçamento Criança e Adolescente (OCA). Trata-se de um instrumento de planejamento e controle, com metodologia própria, que permite organizar e estruturar o conjunto de programas, ações e atividades, presente no orçamento público, destinado ao tema da promoção e desenvolvimento da criança e do adolescente, sob três eixos estratégicos: saúde, educação e assistência social³⁷.

Inspirado nessa metodologia, o Ministério Público do Estado do Paraná e o Centro Marista de Defesa da Infância, em parceria, desenvolveram uma plataforma digital de consulta e acompanhamento da destinação e da execução dos recursos públicos relacionados direta e/ou indiretamente às ações de desenvolvimento da criança e do adolescente, nos 399 (trezentos e noventa e nove) municípios. Os dados que guarnecem o sistema de informações são provenientes do Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE-PR), assegurando-lhe confiabilidade.

A análise do desempenho das políticas da criança e do adolescente perpassa o acompanhamento e do monitoramento das ações governamentais materializadas no nível de cumprimento das respectivas metas físicas detalhadas no OCA. Sem um esforço de avaliação ampliada, o planejamento torna-se ineficaz, desconectado dos conteúdos programáticos e de seus desdobramentos em projetos e atividades. Ao promover a transparência e o controle social, a metodologia OCA traduz e simplifica a complexidade da linguagem orçamentária, fomentando o viés participativo do processo democrático.

O caso do ERJ: desafios da realidade orçamentária

No âmbito do Estado do Rio de Janeiro (ERJ), o Projeto de Lei nº 305/2019³⁸, ao dispor sobre a execução e a publicação de relatórios relativos a cada uma das fases

35 REZENDE, Fernando. Os Desafios do Federalismo Fiscal. In: Rezende, F. (Org.) **Desafios do Federalismo Fiscal**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.

36 Para informações mais detalhadas, consultar: <https://www.fadc.org.br/taxonomy/term/oca>.

37 Conselho Nacional do Ministério Público. Orientações sobre orçamentos e fundos dos direitos da criança e do adolescente. Brasília: CNMP, 2020.

38 O PL originou a Lei Estadual nº 8.727/2020. Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/805291458/lei-8727-20-rio-de-janeiro-rj>. Acesso em: 11 de nov. 2021.

do OCA, apresentou a seguinte justificativa para a formalização de um orçamento temático em uma área prioritária:

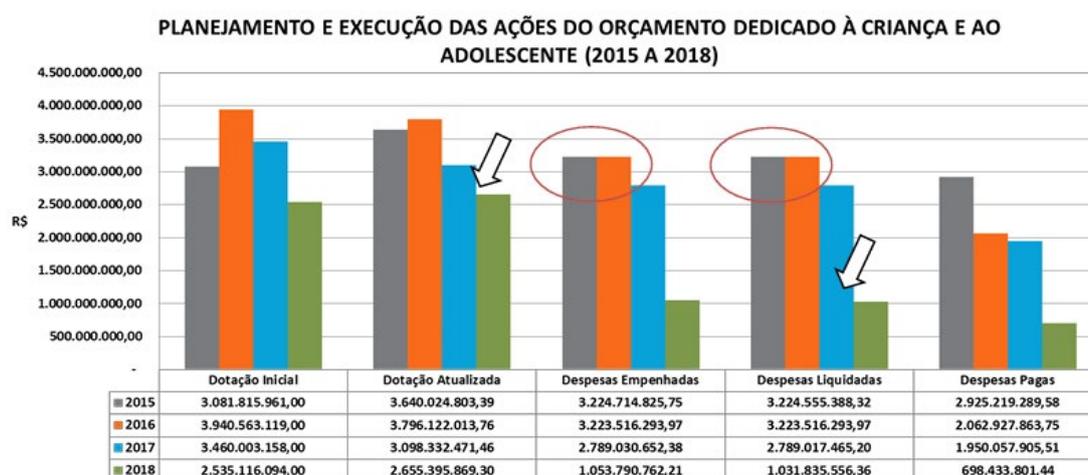
A elaboração e execução do orçamento público estão submetidas a inúmeras exigências técnico-legais que dificultam o amplo acesso à informação. Com vistas em amenizar os obstáculos que distanciam o entendimento desse processo pela população, a criação de orçamentos temáticos, como o caso do Orçamento Criança e Adolescente (OCA), tem por objetivo facilitar o acesso e a compreensão da informação pública. Além disso, o OCA permite a identificação direta dos compromissos de políticas públicas assumidos, bem como o seu desempenho.

Com a efetivação desse Projeto de Lei, faz-se possível a superação das barreiras formais que distanciam a informação orçamentária do público, favorecendo a transparência, a fiscalização e o controle da gestão fiscal.

A aprovação da respectiva lei pelo parlamento fluminense baseou-se em um estudo feito pelo Laboratório de Análise de Orçamentos e de Políticas Públicas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (LOPP/MPRJ)³⁹, tendo por objetivo analisar a execução orçamentária de ações destinadas à implementação de políticas públicas relativas à proteção da criança e do adolescente (ERJ), durante o período de 2015 a 2018. Constatou-se, entre outras disfunções, a falta de conexão entre os conteúdos programáticos planejados e aqueles efetivamente realizados.

Verificou-se ainda, na ocasião, que apesar do aumento no quantitativo de programas destinados à assistência da criança e do adolescente, houve queda das despesas realizadas e pagas no exercício. No comparativo das dotações previstas e despesas realizadas, é possível visualizar as seguintes discrepâncias:

Figura 2: Comparativo planejamento x execução



Fonte: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro⁴⁰.

39 O relatório abrangeu o período anterior à edição do PPA (2016-2019), então vigente, partindo de 2015 e seguindo até setembro de 2018, para cada uma das Unidades Orçamentárias (UO) envolvidas, tomando por base as informações inseridas no Sistema Integrado de Gestão Orçamentária, Financeira e Contábil do Estado do Rio de Janeiro (Siafe-Rio). Fonte disponível em: <https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/67619>. Acesso em: 28 de out. 2021.

40 Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. A (in)execução das políticas públicas infanto-juvenis no Estado do Rio de Janeiro (2015 a 2018). Rio de Janeiro: Laboratório de Análise de Orçamentos e de Políticas Públicas, 2019, p. 26. Recuperado de: <https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/67619>.

A figura 2 mostra a redução da dotação orçamentária em 2018, além da acentuada queda do volume de despesas liquidadas (ações executadas) naquele exercício. Por outro lado, a discrepância entre a despesa empenhada e liquidada tem impacto na execução orçamentária dos exercícios subsequentes, na medida em que a diferença passa a integrar a rubrica dos Restos a Pagar processados⁴¹.

Cumprir destacar que os sucessivos acúmulos de Restos a Pagar (processados e não processados) ampliam a cronologia do orçamento, acumulando um passivo que tanto sufoca o passado quanto ofusca o futuro⁴². No caso das políticas protetivas da criança e do adolescente, esse cenário de comprometimento das ações estratégicas é ainda mais preocupante, agravado pela pulverização de dotações orçamentárias para a realização de conteúdos programáticos que se perdem na trajetória da sua execução.

Nesse sentido, Cunha e Otero⁴³ ressaltam a importância da compreensão do conjunto de funções⁴⁴ inerentes ao processo orçamentário, partindo de duas ideias: que tais funções, na dinâmica do ciclo orçamentário, estão em constante tensão e que “[...] assumem importâncias diferenciadas em distintos momentos da realidade do macro-orçamento no setor público e da trajetória organizacional”⁴⁵.

Um olhar sistêmico sobre o OCA permite identificar a importância dos planos de aplicação elaborados pelos Conselhos estaduais e municipais, como produtos de uma etapa de planejamento com base no diagnóstico das demandas mais próximas das carências locais e regionais. Nesse sentido, devem estar diretamente conectados à “mensuração da programação”, componente de um sistema orçamentário concebido sob o viés de desempenho⁴⁶.

Os programas de trabalho, projetos e atividades detalhados no orçamento dependem das condições arrecadatórias para o implemento das ações organizacionais na rubrica (finalidade) específica. O conhecimento preditivo das condições de possibilidade da execução orçamentária, associado ao detalhamento quantitativo das metas físicas a serem alcançadas em cada exercício financeiro, conferem exequibilidade e viabilidade à peça orçamentária, estreitando a sua vinculação ao ciclo da política pública, em especial a avaliação por desempenho.

Assim, um orçamento genuinamente temático, com metodologia própria de aferição alocativa e monitoramento, seria capaz de aproximar o planejamento

41 É comum, por decreto exarado pelo Poder Executivo, que as despesas inscritas em RP não-processados (não liquidadas no exercício) sejam canceladas ao final do exercício financeiro, persistindo o montante correspondente à despesa liquidada, que gera a obrigação de pagar, pelo Estado.

42 REZENDE, 2016.

43 CUNHA, Armando e OTERO, Roberto Bevilacqua. As funções do processo orçamentário nas organizações: um quadro de referência para interpretação da realidade e para as transformações necessárias. In: CUNHA, Armando et al. (Org.) **O processo orçamentário e a vitalidade das organizações governamentais: a face oculta da reforma esquecida**. Rio de Janeiro: FGV, 2019.

44 Segundo os autores, o processo orçamentário deve cumprir seis funções: (1) promover conexão entre a organização e o sistema maior; (2) sustentar capacidade de antecipação; (3) transformar propósitos em objetivos e ações concretas; (4) alcançar congruência organizacional; (5) garantir capacidade de reação e (6) servir de base para avaliação do desempenho organizacional (CUNHA e OTERO, 2019, p. 146).

45 CUNHA, Armando et al. **O processo orçamentário e a vitalidade das organizações governamentais: a face oculta da reforma esquecida**. Rio de Janeiro: FGV, 2019, p. 146.

46 CUNHA, Armando. **As reformas da gestão pública e a reinvenção do orçamento: reflexão sobre o contexto brasileiro**. In MADUREIRA, César e ASENSIO, Maria (eds.). INA Editora, 2013, p. 23.

orçamentário de sua execução financeira, dada a sua característica de transversalidade e manutenção da coesão ao longo de sua execução. Por outro lado, os processos orçamentários concebidos em nível organizacional (por unidade gestora ou orçamentária), estariam mais suscetíveis a riscos de disfunções, tais como falta de conexão entre a unidade organizacional e o sistema maior e incongruência organizacional.

O fomento ao controle social da arrecadação e dos gastos públicos é uma função estatal diretamente ligada à transparência, assim como promover a garantir a vinculação do orçamento às políticas públicas. Por outro lado, a participação da sociedade no processo de elaboração da peça orçamentária depende de uma atuação engajada dos conselhos de direitos da criança e do adolescente, em todos os níveis da federação.

Ao deixar de executar ações programadas, decorrentes de uma pactuação com a própria sociedade por meio dos compromissos programáticos assumidos, o governo mina a confiança do cidadão contribuinte, promovendo o seu distanciamento político e conseqüente desinteresse pela peça orçamentária como instrumento de planejamento⁴⁷.

Com o novo regime fiscal estabelecido no âmbito da União, por força da Emenda Constitucional nº 95/2016, definiu-se um teto para as despesas primárias, novamente, sob o discurso genérico da austeridade fiscal. Os efeitos desse regime são percebidos nos estados e municípios, em especial na política pública de financiamento da educação e em outras funções de governo, ante a desafetação tributária e a redução do custeio. O efeito cascata da contenção de gastos em políticas sociais já se faz evidente nos regimes de recuperação fiscal dos estados e Distrito Federal (DF), reduzindo-se o espaço fiscal para as prioridades nos orçamentos estaduais e municipais⁴⁸.

Diante de um legado de crise e incertezas, agravadas pela pandemia de Covid-19, o desafio para o ERJ, em 2022, será o de executar o Plano de Recuperação Fiscal (PRF), em processo de elaboração no âmbito do Poder Executivo Estadual, em cumprimento à contrapartida estabelecida no Novo Regime de Recuperação Fiscal (NRRF), instituído pela Lei Complementar n. 178, de 13 de janeiro de 2021⁴⁹.

O caso do ERJ confirma, portanto, algumas das distorções mencionadas neste trabalho, em especial: (1) a falta de aderência entre o planejado e executado no processo orçamentário; (2) a opacidade dos conteúdos programáticos estabelecidos na LOA.

47 REZENDE, Fernando e CUNHA, Armando **A Reforma Esquecida II. Obstáculos e caminhos para a reforma do processo orçamentário**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

48 BASSI, C. D. M. Implicações dos novos regimes fiscais no financiamento da educação pública. Brasília: Ipea (No. 2407). Texto para Discussão, 2018.

49 Estabelece o Programa de Acompanhamento e Transparência Fiscal e o Plano de Promoção do Equilíbrio Fiscal. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-complementar-n-178-de-13-de-janeiro-de-2021-298911357>. Acesso em: 08 de nov. 2021.

4. O PAPEL DO CONTROLE NA DINÂMICA ORÇAMENTÁRIA

Novos paradigmas da Administração Pública demandam novas modelagens de controle. Até os anos 1980, a função precípua dos Tribunais de Contas (TC) restringia-se à verificação da conformidade dos atos de gestão com a lei. A Constituição Federal de 1988 e as consequentes mutações axiológicas dos institutos do Direito Administrativo, elevaram à condição de valores republicanos, princípios como: transparência, economicidade, eficiência, eficácia e efetividade. O uso dos recursos públicos, portanto, mais do que estar em conformidade com a lei, deve refletir uma *accountability* responsiva às demandas da sociedade⁵⁰.

Parte significativa da doutrina do Direito Administrativo vem apontando uma sobrecarga de controle sobre a gestão pública, como resultado de esforços descoordenados para garantir a responsabilização de agentes públicos, deixando-se de levar em consideração o custo de oportunidade (eficiência) do controle. Nesse sentido, destacam-se: Moreira Neto⁵¹, Aragão e Marques⁵²; Zymler⁵³; Binenbojm⁵⁴; Voronoff⁵⁵; Sundfeld⁵⁶ e Ferraz⁵⁷.

Sob um discurso de promoção da segurança jurídica e eficiência do controle, a Lei nº 13.655/18 promoveu alterações substanciais na Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB), ampliando o debate acerca da efetividade do uso de instrumentos sancionatórios da conduta dos agentes públicos, de natureza meramente retributiva (sanção automática pelo descumprimento da lei), frente à complexidade e aos desafios enfrentados na contemporaneidade do cenário da Nova Gestão Pública⁵⁸.

Por outro lado, compatibilizar o controle consensual da Administração Pública com os paradigmas tradicionais do Direito Administrativo, especialmente o da indisponibilidade do interesse público e o da legalidade, pressupõe cautela e aprofundamento da análise. Nesse sentido, autores como Gabardo⁵⁹, Pietro e Ribeiro⁶⁰, Mello⁶¹ e Medauar⁶² reforçam uma chave de leitura mais tradicional sobre os princípios republicanos que regem a Administração Pública, possibilitando um contraponto aos argumentos que denotam maiores fluidez e flexibilidade interpretativas do Direito Público.

50 CAVALCANTE, Pedro. **Gestão pública contemporânea: do movimento gerencialista ao pós-NPM**. Texto para Discussão, 2017.

51 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

52 ARAGÃO, A. dos S. & Marques N., F.de A. **Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas**. (3 ed.). Belo Horizonte: Fórum, 2008.

53 ZYMLER, Benjamim. **Direito administrativo e controle**. 3a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

54 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

55 VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

56 SUNDFELD, Carlos Ary. **Direito administrativo para céticos**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

57 FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2020.

58 POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert. Public management reform: A comparative analysis-into the age of austerity. **Oxford University Press**, 2017.

59 GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 4, p. 95-130, 2019.

60 PIETRO, M. S. Z. D., & RIBEIRO, C. V. A. (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

61 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

62 MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Nesse contexto de flexibilização de princípios como o da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, especialmente na última década, os Tribunais de Contas (TC) vêm adotando a figura do Termo de Ajuste de Gestão (TAG)⁶³, compromisso firmado entre o órgão de controle (controlador) e os administradores públicos (controlados) com vistas à adoção de medidas corretivas para regularização de situações em desconformidade com a lei, suspendendo-se a aplicação automática de sanção administrativa pelo seu descumprimento. Nesse sentido, Moreira Neto⁶⁴ chega a afirmar que:

(...) o mérito da escolha discricionária, uma vez que vier a ser determinado pelo administrador, tido como a expressão integrada da legitimidade, não mais pode ser apreciado sob o crivo da legalidade estrita, mas apenas sob os aspectos parciais de realidade e de razoabilidade.

A utilização de meios alternativos voltados para a garantia dos resultados esperados a partir da aplicação das normas de Direito e implementação das políticas públicas passa a ser uma estratégia de controle que permite assegurar um processo orçamentário mais consentâneo à realidade financeira que se impõe no curso da execução orçamentária.

Tal perspectiva do controle vem se intensificando nas últimas duas décadas com a adoção de procedimentos de fiscalização e controle que buscam avaliar os resultados e o desempenho da gestão pública, a exemplo das auditorias governamentais de natureza operacional⁶⁵, além da crescente normatização e manejo do TAG no âmbito dos Tribunais de Contas brasileiros.

Diante desse cenário de crise, recrudescida pela pandemia de Covid-19, a priorização da tempestividade das ações de controle perpassa o acompanhamento da implementação de políticas públicas tais como o OCA, conferindo-se aos gestores a possibilidade de pactuarem, com os órgãos de controle, um conjunto de ações que objetivem solucionar os problemas identificados, dentro de um prazo razoável consensuado entre as partes.

Esse “engajamento” para a realização de um interesse reciprocamente bem compreendido⁶⁶ constitui a base comunicativa a ser estabelecida entre controlado e controlador diante de uma situação concreta, que demanda algo além do automatismo sancionatório diante de um descumprimento de norma positiva.

63 Em pesquisa aos sítios oficiais dos 33 TC brasileiros, é possível verificar que pelos menos 18 tribunais já promoveram a regulamentação do TAG. São eles: Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco (TCE-PE); Tribunal de Contas do Estado do Amazonas (TCE-AM); Tribunal de Contas do Estado da Bahia (TCE-BA); Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso (TCE-MT); Tribunal de Contas do Estado de Goiás (TCE-GO) Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás (TCM-GO); Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE-PR); Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (TCE-RN); Tribunal de Contas do Estado do Acre (TCE-AC); Tribunal de Contas do Estado de Sergipe (TCE-SE); Tribunal de Contas do Estado do Piauí (TCE-PI); Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul (TCE-MS); Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG); Tribunal de Contas do Estado do Tocantins (TCE-TO); Tribunal de Contas do Estado do Maranhão (TCE-MA); Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ); Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE-RO); Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE-SC), Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Pará (TCM-PA).

64 MOREIRA NETO, 2006, p. 300.

65 Conceitua-se auditoria operacional como o “exame independente, objetivo e confiável que analisa se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando de acordo com os princípios de economicidade, eficiência e efetividade e se há espaço para aperfeiçoamento”. Fonte: Instituto Rui Barbosa, Normas de Auditoria do Setor Público - NBASP 3000. Recuperado de: <https://irbcontas.org.br/nbasp/>.

66 O texto faz remissão à célebre definição de interesse público como o “interesse bem compreendido”, cunhada no século XIX por Tocqueville (2004).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se faz política pública sem planejamento orçamentário adequado, tampouco a qualidade dos gastos deduz-se a partir, exclusivamente, do dispêndio empreendido para a entrega de bens e serviços à população. O Orçamento Público é um instrumento de gestão que reflete, antes de tudo, a tensão entre os poderes republicanos, em especial o Legislativo e o Executivo.

O resgate da vitalidade democrática do OP como instrumento republicano de eficácia e de efetividade das políticas públicas requer não só maior aproximação com a sociedade, com a observância do princípio da transparência, mas também um olhar sistêmico sobre os níveis de aderência entre a execução e o planejamento, ampliando-se o horizonte temporal das políticas públicas para além de do limite de um exercício financeiro.

Em grande medida, as distorções que se verificam no processo orçamentário brasileiro decorrem da fragilidade ou mesmo da ausência de um diagnóstico detalhado de problemas, como norte do planejamento e eleição dos conteúdos programáticos desdobrados na peça orçamentária, que de fictícia não tem – ou pelo menos não deveria ter – nada.

As distorções no processo orçamentário, evidenciadas no exemplo da execução da política de proteção à criança e à adolescência no ERJ, reforçam o papel do controle social como legítimo instrumento de efetividade das políticas prioritárias previstas na Carta Maior. Nesse sentido, a metodologia OCA, como exemplo de orçamento temático, é uma aposta na efetividade de uma política pública prioritária, por meio da transparência e do fomento ao controle social, pilares da democracia em seu viés mais participativo.

Por outro lado, ao agregarem instrumentos de controle consensual da gestão pública, os TC promovem um giro pragmático-reflexivo nas suas ações fiscalizatórias, promovendo o acompanhamento mais tempestivo da implementação das políticas públicas e aproximando a execução orçamentária dos conteúdos programáticos planejados. Tais iniciativas reverberam o ideário republicano da máxima efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANCHES, Sérgio. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

AFONSO, José Roberto – Orçamento Público no Brasil: História e Premência de Reforma. **Espaço Jurídico Journal of Law** (EJL), vol. 17, nº 1, p.19-28, jan-abr 2016.

ARAGÃO, A. dos S. & Marques N., F.de A. **Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas**. (3 ed.). Belo Horizonte: Fórum, 2008.

ARRETCHE, Marta et al. Uma contribuição para fazermos avaliações menos ingênuas. In: Moreira, M. C. R., Carvalho, M. do C. B. de. (Org.) **Tendências e perspectivas na avaliação de políticas e programas sociais**. São Paulo: IEE/PUCSP, 2001.

BASSI, C. D. M. **Implicações dos novos regimes fiscais no financiamento da educação pública**. Brasília: Ipea (No. 2407). Texto para Discussão, 2018.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma introdução à ciência das finanças**. 17. ed. rev. e atual. por Hugo B. M. Segundo. Rio de Janeiro: GEN; Forense; Bilac Pinto Editores, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 17 de março de 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm. Acesso em 11 de nov. 2021.

CALMON, Paulo. **Orçamento público no Brasil democrático**. In Leonardo A. & Fátima A. (Orgs.), Reforma política no Brasil (pp. 207/211). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

CASTRO, Jorge Abrahão et al.. Gasto social e política macroeconômica: trajetórias e tensões no período 1995-2005. Brasília: **IPEA**, 2008. Texto para discussão, n. 1324.

CAVALCANTE, Pedro. **Gestão pública contemporânea: do movimento gerencialista ao pós-NPM**. Texto para Discussão, 2017.

COMPARATO, Fábio et al. Financiamento dos direitos à saúde e à educação: mínimos inegociáveis. **Consultor Jurídico**, v. 27, p. 35-72, 2016.

Conselho Nacional do Ministério Público. Orientações sobre orçamentos e fundos dos direitos da criança e do adolescente. Brasília: **CNMP**, 2020.

CUNHA, Armando. **As reformas da gestão pública e a reinvenção do orçamento: reflexão sobre o contexto brasileiro**. In MADUREIRA, César e ASENSIO, Maria (eds.). *Handbook* de Administração Pública. INA Editora, 2013.

CUNHA, Armando et al. **O processo orçamentário e a vitalidade das organizações governamentais: a face oculta da reforma esquecida**. Rio de Janeiro: FGV, 2019.

CUNHA, Armando e OTERO, Roberto Bevilacqua. As funções do processo orçamentário nas organizações: um quadro de referência para interpretação da realidade e para as transformações necessárias. In: CUNHA, Armando et al. (Org.) **O processo orçamentário e a vitalidade das organizações governamentais: a face oculta da reforma esquecida**. Rio de Janeiro: FGV, 2019.

FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2ª ed., 2020.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 4, p. 95-130, 2019.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. **A (in)execução das políticas públicas infanto-juvenis no Estado do Rio de Janeiro (2015 a 2018)**. Rio de Janeiro: Laboratório de Análise de Orçamentos e de Políticas Públicas, 2019. Recuperado de: <https://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/67619>.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

NUNES, André et al. A desvinculação de receitas como alternativa às dificuldades impostas pelas vinculações orçamentárias no Brasil. **Universitas**, n. 21, 2017.

OECD. **Budgeting for Results: Perspectives on Public Expenditure Management**. Paris: OECD, 1995.

PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Comportamento estratégico em presidencialismo de coalizão: as relações entre Executivo e Legislativo na elaboração do orçamento brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**, vol. 45, n. 2, 2002.

PIETRO, M. S. Z. D., RIBEIRO, C. V. A. (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Intrínseca: edição digital, 2014.

PINTO, Élida Graziane. Discricionariedade, contingenciamento e controle orçamentário. **Revista Gestão & Tecnologia**, v. 6, n. 2, 2006.

_____. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PINTO, Élida Graziane; XIMENES, Salomão Barros. **Financiamento dos direitos sociais na Constituição de 1988: do “pacto assimétrico” ao “estado de sítio fiscal”**. Educação & Sociedade, v. 39, p. 980-1003, 2018.

POLLITT, Christopher; BOUCKAERT, Geert. Public management reform: A comparative analysis-into the age of austerity. **Oxford University Press**, 2017.

PRAÇA, Sérgio. Corrupção e reforma institucional no Brasil, 1988-2008. **Opinião Pública**, v. 17, p. 137-162, 2011.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

REZENDE, Fernando e CUNHA, Armando (Org.). **A Reforma Esquecida. Orçamento, Gestão Pública e Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

_____. **A Reforma Esquecida II. Obstáculos e caminhos para a reforma do processo orçamentário**. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

REZENDE, Fernando; CUNHA, Armando; e OTERO, Bevilacqua, Informação de Custos e Qualidade do Gasto Público: Lições da Experiência Internacional. **Revista de Administração Pública**, v. 44, n. 4, jul./ago. 2010, p.959 -992.

REZENDE, Fernando. **Os Desafios do Federalismo Fiscal**. In: Rezende, F.. (Org.). **Desafios do Federalismo Fiscal**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.

_____. **Em busca do tempo perdido: é preciso buscar o fio da meada para desembaraçar o novo fiscal**. Editora FGV, 2016.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 4, p. 1644-1689, 2016.

SCHICK, Allen. Reflections on Two Decades of Public Financial Management Reforms, In CANGIANO, Marco; CURRISTINE, Tereza and LAZARE, Michel (eds.). **Public Financial Management and its Emerging Architecture**: International Monetary Fund, 2013, p.21 – 78.

SUNDFELD, Carlos Ary. **Direito administrativo para céticos**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, v. V, 2008.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ZYMLER, Benjamim. **Direito administrativo e controle**. 3a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STABILITY IN PUBLIC ADVOCACY FOR THE CONFORMATION OF PUBLIC VALUES AND IMPLEMENTATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN STRUCTURING PROCESSES

ESTABILIDADE NA ADVOCACIA PÚBLICA PARA A CONFORMAÇÃO DE VALORES PÚBLICOS E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM PROCESSOS ESTRUTURANTES

artigos
científicosBruno Roberto de Lima¹

¹Analista Judiciário da Justiça Federal do Ceará; pesquisador mestrando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC); pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Entre Rios do Piauí; Advogado Cível (2010-2013). E-mail: brlbruno_roberto@hotmail.com.

Recebido/Received: 12.11.2021/ November 12th, 2021.
Aprovado/Approved: 13.10.2022/ October 13th, 2022.

RESUMO

A Advocacia Pública é uma função essencial à Justiça que apresenta o Estado e auxilia os governantes na consultoria jurídica e extrajurídica de como realizar políticas públicas segundo o Estado Constitucional Democrático de Direito. Na atuação judicial os procuradores estatais atuam nos processos estruturantes promovendo o diálogo entre o Executivo, Legislativo, Judiciário e os demais atores processuais conflitantes. Para que o desempenho destes advogados públicos seja conforme os valores Constitucionais, deve esta classe atuar com certa autonomia profissional conferida pela garantia institucional da estabilidade. Por meio desta salvaguarda é possível minimizar as formas de interferências de pressões políticas e econômicas diversas do interesse público para o ajustamento de princípios magnos. Os processos estruturantes são espécies de demanda judicial que tentam reorganizar as instituições públicas e privadas para a devida conformação de valores públicos. Para que estes ocorram com a maior eficiência possível é imprescindível uma atitude cooperativa dos sujeitos processuais para a realização da reforma estrutural. Destarte, os procuradores públicos são essenciais para o êxito de uma reforma estrutural, pois servem como grandes interlocutores interinstitucionais nas demandas estruturantes. A Proposta de Emenda à Constituição n.º 32 de 2020 que tem como um de seus objetivos o fim da estabilidade no serviço público para diversas categorias de servidores públicos, dentre elas a Advocacia Pública, resultará em prejuízos à autonomia laboral dos representantes estatais e poderá prejudicar o êxito dos processos estruturantes. O estudo é essencialmente bibliográfico, dialético, sistêmico, hermenêutico e descritivo, de índole qualitativa, mediante avaliação doutrinária, histórica documental, e comparativa utilizando método dedutivo. Conclui-se que a estabilidade demonstra-se como garantia essencial para o exercício laboral dos procuradores estatais na composição de valores públicos e concretização de direitos fundamentais nos processos estruturantes, motivo pelo qual não pode ser vilipendiada por uma eventual reforma à Constituição Federal.

Palavras-chave: Advocacia Pública. Estabilidade. Processos Estruturantes. Reforma Administrativa.

ABSTRACT

Public Advocacy is an essential function of Justice that represents the State and assists governments in legal and extra-legal advice on how to carry out public policies according to the Democratic Constitutional State of Law. In judicial action, state attorneys act in structuring processes promoting dialogue between the Executive, Legislative, Judiciary and other conflicting procedural actors. For the performance of these public lawyers to conform to Constitutional values, this class must act with a certain professional autonomy conferred by the institutional guarantee of stability. By means of this safeguard, it is possible to minimize the forms of interference from political and economic pressures different from the public interest for the adjustment of great principles. Structuring processes are types of lawsuits that try to reorganize public and private institutions for the proper conformation of public values. For these to occur with the greatest possible efficiency, a cooperative attitude of the procedural subjects is essential to carry out the structural reform. Thus, public prosecutors are essential for the success of a structural reform, as they serve as major inter-institutional interlocutors in structuring demands. The Proposed Amendment to the Constitution No. 32 of 2020, which has as one of its objectives the end of stability in the public service for several categories of public servants, among them the Public Advocacy, will result in damage to the labor autonomy of state representatives and may jeopardize the success of structuring processes. The study is essentially bibliographic, dialectical, systemic, hermeneutic and descriptive, of a qualitative nature, through doctrinal, historical, documentary and comparative evaluation using a deductive method. It is concluded that stability proves to be an essential guarantee for the work exercise of state attorneys in the composition of public values and realization of fundamental rights in structuring processes, which is why it cannot be vilified by a possible reform of the Federal Constitution.

Keywords: Public Advocacy. Stability. Structuring Processes. Administrative Reform.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. ADVOCACIA PÚBLICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; 3. PROCESSOS ESTRUTURANTES E A RELEVÂNCIA DA ATUAÇÃO DO PROCURADOR PÚBLICO; 4. PEC N.º 32/2020: PREJUÍZO ÀS REFORMAS ESTRUTURAIIS E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A advocacia pública é um ramo de atuação jurídica relevante no ordenamento brasileiro, expressamente qualificada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) como uma das funções essenciais à Justiça. Percebe-se paulatinamente que, com o aumento das tecnologias e maior fluxo de informações na população, esta vem adquirindo a consciência de seus direitos e se valendo de outros órgãos não menos importantes, como a Defensoria Pública, para a defesa de seus interesses. Com isto,

é possível afirmar estatisticamente que o Estado é uma das partes mais demandadas como ré no sistema jurídico brasileiro¹. Desta forma surge o advogado público como profissional habilitado para a representação do Estado, judicial e extrajudicialmente.

As demandas que chegam ao Judiciário em desfavor do Estado são classificadas, em sentido amplo, como litígios de interesse público. Dentre essas espécies de ações existem processos judiciais que têm como base problemas sociais de alta complexidade originados da falta de coordenação entre as diversas instituições. Estes são denominados de processos estruturantes.

Observar-se, entretanto, que muitos dos questionamentos judiciais em desfavor da Fazenda Pública são proferidos em ações individuais ou processos coletivos de impacto local. O Judiciário ao proferir estas decisões de maneira isolada, por vezes, acaba onerando significativamente o orçamento público do Estado.

Os governantes, analisando o custo-benefício político, optam por se submeter às sentenças judiciais particulares em vez de efetuar processos estruturantes. Para isso, muitas vezes utilizam da hierarquia presente na estrutura da Administração Pública para condicionar a atuação dos advogados públicos na resolução contingencial do caso e sem priorizar um viés conglobante e *pro futuro* em que as decisões de reorganização institucional poderiam proporcionar para a coletividade.

Para que o Estado efetive suas políticas públicas de maneira eficiente a partir do poder de império exercido pelo Judiciário, os processos estruturantes demonstram-se como ferramentas que conseguem efetivar o diálogo entre os Poderes e os demais sujeitos interessados na lide estrutural. Além de um Judiciário qualificado deve a Advocacia Pública, como representantes estatais, tenham um olhar crítico para as demandas estruturais.

Assim, para que os procuradores estatais possam bem desempenhar suas atribuições, especialmente na atuação dos processos estruturantes, é imprescindível que estes possuam garantias institucionais para um desempenho com respeito aos valores do Estado Democrático de Direito, o que hoje é assegurado pelo instituto da estabilidade. Ocorre que a Proposta de Emenda à Constituição n.º 32/2020, atualmente em trâmite no parlamento brasileiro, diminui essa salvaguarda a diversas carreiras públicas, dentre elas a advocacia pública.

Desta forma investiga-se a relevância da atividade dos procuradores estatais diante dos processos estruturais para a conformação de valores e efetivação de políticas públicas, bem como a defesa da estabilidade dos advogados públicos para a realização de seu ofício de maneira eficiente e com a finalidade de assegurar a concretização da Justiça e do interesse público.

Quanto a sua abordagem, a análise do presente trabalho será de natureza dialética, estrutural, hermenêutica e sistêmica. Procedimentalmente, a metodologia

¹ CNJ - Painel Grandes Litigantes. Conselho Nacional de Justiça, 2022. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em 13, out. 2022.

utilizada será histórica, comparativa, qualitativa por pesquisa essencialmente bibliográfica da doutrina relacionada aos temas e da legislação pertinente.

No segundo item deste trabalho será vista a importância da advocacia pública para o estado democrático de direito e como a labor desta classe profissional é essencial para que os valores públicos sejam conformados e, para tanto, faz-se necessária a garantia de estabilidade no serviço público para procuradores estatais.

Em diante será explanado como os processos estruturantes são instrumentos judiciais relevantes para a reorganização de instituições públicas e privadas com o fim de garantir a concretização de direitos fundamentais. Para que estas demandas processuais se efetivem da melhor maneira é relevante a atuação da advocacia pública detentora de estabilidade que possa promover o diálogo interinstitucional entre os Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e demais atores conflitantes no litígio estrutural.

Por fim, constata-se como a Proposta de Emenda à Constituição n.º 32/2020, que tem como um de seus itens o fim da estabilidade de algumas carreiras do serviço público, dentre elas a Advocacia Estatal, em verdade trará prejuízos à autonomia profissional desta classe. Assim a ausência de garantia institucional associada às pressões políticas e econômicas contrárias ao interesse público resultará em retrocesso social na concretização de direitos fundamentais.

O fim da estabilidade do serviço público para as carreiras da advocacia pública poderá sujeitar estes profissionais às pressões políticas dos governantes para atuarem de forma a não cooperar com a efetivação de reformas estruturais e ajustamento de valores públicos estabelecidos na Constituição.

2. **ADVOCACIA PÚBLICA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Antes da CF/88, a representação do Estado era competência do Ministério Público, o qual exercia as atribuições de advocacia estatal e defesa da sociedade. A soma de tais capacidades gerava alguns conflitos em ações judiciais: no patrocínio de causas em prol da coletividade, o *parquet* poderia também exercer de forma conflitiva os interesses estatais.

Diante desses conflitos, a Carta Cidadã de 1988 tentou solucionar esta disparidade criando, no âmbito federal, três órgãos autônomos distintos com funções específicas a partir das antigas atribuições do *parquet*: a Advocacia Pública, da Defensoria Pública Federal² e o Ministério Público da União³. Desta forma coube à advocacia estatal a responsabilidade pelo assessoramento jurídico e defesa dos interesses do Estado de forma judicial e extrajudicialmente, nos termos do artigo 131 da CF/88.

² Defensoria Pública com atribuição específica para a defesa dos hipossuficientes, conforme o artigo 134 da CF/88.

³ Ministério Público com a competência da defesa da ordem jurídica, do regime democrático de Direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme artigo 127 da CF/88.

Nas palavras de João Carlos Souto⁴, sanou-se “um equívoco que já durava mais de um século. O equívoco residia em atribuir ao Ministério Público a função de advogado da União Federal cumulada com a de fiscal da lei e titular da ação penal”. Constatou-se que as Funções Essenciais à Justiça possuem uma origem comum, ou seja, a especificação das atribuições do *Parquet*, com o escopo de defender a sociedade e o interesse público, cada um com suas especificidades.

Topograficamente, ao verificar a Constituição, constata-se que as Funções Essenciais à Justiça não estão situadas na organização dos demais poderes. Concluiu-se que para a consecução do Estado Democrático de Direito são necessários órgãos que fomentem um exercício dialógico entre os Poderes Estatais para conferir unidade Constitucional no desempenho das funções do Legislativo, Executivo e Judiciário e assim garantir a conformação de valores públicos na sociedade.

Assim, Ministério Público, Defensoria e Advocacia Pública não são órgãos subordinados aos poderes políticos, mas que atuam em prol do atendimento do interesse coletivo e do real titular do poder constituinte: o povo.

A Administração Pública para a sua organização estrutura-se de maneira hierárquica. Assim, normalmente procuradores estatais estão subordinados aos chefes das instituições correlatas. Entretanto, este arranjo institucional não é sinônimo de subordinação. Os advogados públicos possuem a tarefa primordial na defesa do interesse público primário e, para tanto, algumas garantias lhe foram conferidas, como a estabilidade. Nesse sentido afirma Maria Sylvania Zanella Di Pietro:

[...] a inserção da advocacia pública dentro da organização hierárquica da Administração Pública pode comprometer a autonomia da instituição e a independência de seus membros no exercício de sua função de defesa do interesse público primário. Não é por outra razão que o artigo 131 da Constituição, exigiu, no § 2º, a organização em carreira na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos. Vale dizer que o próprio legislador constituinte considerou essencial a independência dos integrantes da advocacia pública no exercício de suas funções, razão pela qual impôs normas precisas de ingresso, com a consequente garantia da estabilidade. Por isso mesmo, não podem pessoas estranhas ao quadro da instituição ocupar cargos em comissão para exercer atribuições privativas dos advogados públicos⁵.

A referida autora enfatiza a necessidade de o advogado público possuir independência funcional para poder exercer o seu *múnus* público, exemplificando ainda que em países como a Bélgica, França e alguns cantões na Suíça a autonomia do procurador estatal é tão relevante que são inadmissíveis estes funcionários públicos com vínculos meramente empregatícios.

Assim, a advocacia pública como uma função essencial à justiça não pode se submeter a interesses de terceiros ou à vontade dos governantes. A hierarquia

4 SOUTO, João Carlos. **A União Federal em Juízo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 25.

5 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. A Advocacia Pública como Função Essencial à Justiça. **CONJUR**, 18 ago 2016. Disponível em: <https://anafenacional.org.br/wp-content/uploads/2018/03/Conjur-A-Advocacia-P%C3%BAblica-como-fun%C3%A7%C3%A3o-essencial-%C3%A0-Justi%C3%A7a.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2021.

presente em uma procuradoria estatal existe apenas para organização das estruturas da Administração Pública e não para subordinar o seu desempenho profissional, o qual deve seguir as diretrizes do Estado Democrático de Direito.

Graças a atividade consultiva, o advogado público orientará os governantes conforme o ordenamento jurídico vigente. Assim, o procurador não deve exercer suas atribuições funcionais com o escopo exclusivo de legitimar interesses políticos. Constatou-se, assim, que a atividade de consultoria exerce um papel de controle prévio de legalidade e legitimidade dos atos administrativos. Nesse sentido afirma Aldemário Araújo Castro:

É possível afirmar, sem dúvidas ou receios: o mais eficiente controle de juridicidade da Administração Pública pode estar, se provida de meios necessários, na Advocacia Pública. Indaga-se, quem, além da Advocacia Pública, consegue, por exemplo, evitar ou se antecipar ao desvio ou abuso administrativo?⁶

Com o objetivo de alcançar este controle preventivo é que a estabilidade se mostra como uma garantia necessária para que o advogado público exerça suas atribuições sem sofrer pressões ou abusos de eventuais superiores hierárquicos, ou políticos. Sem esta salvaguarda, o servidor público estará facilmente submetido às influências extrajurídicas que não estejam em consonância com a finalidade pública. Um procurador estatal que não tenha estabilidade e independência funcional poderá este servidor se ver obrigado a ratificar um ato administrativo ilegal travestindo-o de legalidade.

Apesar de o Ministério Público e o cidadão (por meio da ação popular) serem partes legítimas para questionar a legitimidade de atos administrativos, a atuação destes ocorre *a posteriori*, ou seja, após já concretizado o eventual ato ilegal. A Procuradoria por exercer um controle preventivo, pode evitar que o ato danoso ao interesse público seja consumado. E em um país como o Brasil, em que o histórico de impunidade nos crimes de colarinho branco remontam o Brasil colônia, é essencial que esta fiscalização ocorra de forma preliminar para evitar o agravamento de demais problemas estruturais frutos de atos corruptivos.

Desta forma, constata-se a importância do exercício laboral independente dos Procuradores estatais para que estes auxiliem no diálogo entre os Poderes para a concretização da Justiça no Estado Democrático de Direito, o que é somente possível com a garantia da estabilidade no serviço público.

3. PROCESSOS ESTRUTURANTES E A RELEVÂNCIA DA ATUAÇÃO DO PROCURADOR PÚBLICO

As noções preliminares de processo estrutural remontam à década de 1950 nos Estados Unidos por meio do ativismo judicial presente no caso *Brown vs. Board of*

6 CASTRO, Aldemário Araújo. A Advocacia Pública como Instrumento do Estado Brasileiro no Controle da Juridicidade dos Atos da Administração Pública. *Revista da AGU – Advocacia Geral da União*. Ano VII, número 15. Brasília, março de 2008, p. 14.

*Education*⁷. Posteriormente aprimorada pelas sucessivas decisões que envolveram a reforma do sistema penitenciário do Estado norte-americano do Arkansas a partir dos anos de 1970 em *Holt vs. Sarver*⁸.

Owen Fiss⁹ afirma que deste precedente judicial "... com o tempo as reformas estruturais foram alargadas para incluir a polícia, prisões, manicômios, instituições para pessoas com deficiência mental, autoridades públicas de auxílio à moradia e agência de bem-estar social". O Judiciário para conformar valores constitucionais passou a determinar em suas decisões reestruturações orgânicas nas instituições burocráticas com o escopo de concretizar direitos fundamentais, políticas públicas ou solucionar litígios complexos caracterizados pela disputa de múltiplos interesses (ora convergentes, ora divergentes) dignos de tutela.

Processos estruturantes decorrem, assim, da existência de litígios estruturais. Estes caracterizam-se por um estado de desconformidade das estruturas das instituições burocráticas, públicas ou privadas, ou seja, desconformidade com a normalidade ou disposição ideal de coisas que necessitam de reorganização.

Os litígios estruturais são caracterizados por uma multipolaridade¹⁰, ou seja, existem diversos atores e interesses envolvidos na lide parcialmente convergentes: determinados sujeitos podem se congregam para alcançar um objetivo específico, mas em outras oportunidades estes participantes serão antagônicos. Assim, as decisões estruturantes serão complexas, pois admitem diversas soluções.

Conforme aponta Matheus Galdino¹¹, os processos estruturantes dão relevância a compreensão teleológica dos fatos. Apesar da importância de se fazer um estudo sobre o litígio estrutural para entender as causas, o ponto central desses processos é a realização de um estado de coisas ideal *pro futuro*. Os sujeitos da ação judicial orgânica devem projetar a trajetória para conseguir este fim. Assim, ao contrário do contencioso civil tradicional em que existe, por norma, uma investigação sobre a relação causa e efeito, passa-se a examinar a lide sobre uma conexão entre meio e fim.

Os processos estruturantes determinam suas ordens por meio da decisão estruturante, que é uma sentença de natureza complexa que pretende implantar um estado de coisa ideal por meio da reestruturação das instituições burocráticas que estavam desorganizadas. Ao estudar a natureza jurídica dessas decisões, Fredie Didier Júnior, Hermes Zaneti Júnior e Rafael Alexandria de Oliveira afirmam:

7 JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: Origem em *Brown v. Board of Education*. In: **Processos Estruturais**. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org). 3ª ed. rev. atual e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 853-872.

8 VIOLIN, Jordão. *Holt v. Sarver* e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: **Processos Estruturais**. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org). 3ª ed. rev. atual e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 637-686.

9 No original: "... but in time structural reform was broadened to include the police, prisons, mental hospitals, institutions for the mentally retarded, public housing authorities, and social welfare agencies". FISS, Owen. Two Models of Adjudication. In: GOLDWIN, Robert A.; William A. **How Does the Constitution Secure Rights?** American Enterprise Institute Constitutional Studies. Disponível em: <https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/twomodels.pdf>. Acesso em 08 jul 2021.

10 TEMER, Sofia Orberg. **Participação no Processo Judicial**: arranjos subjetivos e modalidades de atuação. Tese (Doutorado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2020, p. 168.

11 GALDINO, Matheus Souza. Breves Reflexões sobre as Consequências de uma compreensão Teleológica dos Fatos para a Teoria do Processo Estrutural. In: **Processos Estruturais**. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 901-951.

Primeira, ela prescreve uma norma jurídica de conteúdo aberto; o seu preceito indica um resultado a ser alcançado - uma meta, um objetivo - assumindo, por isso, e *nessa parte*, a estrutura deontológica de uma *norma-princípio*. Segundo, ela *estrutura* o modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado, alcançado - assumindo, por isso, e *nessa parte*, a estrutura deontológica de uma *norma-regra*.¹²

Percebe-se assim que a decisão estruturante possui uma natureza deontológica binária: o julgador ao estabelecer a lide como um litígio estrutural enuncia qual o estado ideal de coisas os sujeitos do processo devem almejar. Como a reforma estrutural é feita de maneira protraída no tempo, as sucessivas determinações judiciais terão o caráter de norma-regra, pois determinam os meios para se alcançar o fim.

Para que a reforma estrutural obtenha êxito na composição de juízos constitucionais é necessária flexibilidade e consensualidade do procedimento nos processos estruturantes. Como os litígios estruturais podem ocorrer por diversas causas de fato, é imprescindível que a ação judicial adapte-se às contingências para alcançar o estado de coisas ideal pretendido.

Em razão da complexidade e multipolaridade das lides estruturais, a possibilidade de ajuste de negócios processuais (art. 190 do Código de Processo Civil¹³) demonstra-se como instrumento preferencial na busca de meios e fins para a realização da reforma estrutural. É na celebração de acordos que se destaca a atuação dos Advogados Públicos nos processos estruturantes.

Nos processos estruturantes em que o Estado figura como um dos atores processuais litigantes, os procuradores estatais apresentarão o ente governamental. Para que a reforma estrutural obtenha êxito, é primordial que os sujeitos interessados no litígio participem de maneira colaborativa para serem determinados os remédios judiciais para a implementação paulatina da reforma estrutural para o fim desejado na decisão estruturante: realização de direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Leonardo Carneiro da Cunha¹⁴ enfatiza a possibilidade de a Fazenda Pública celebrar negócios processuais para definir a forma de liquidação de uma sentença (art. 509, I do CPC). Não existe nenhuma vedação para que os procuradores estatais celebrem acordos processuais, o que se aplica também nas decisões estruturantes¹⁵. Importante alteração advinda da Lei n.º 13.874/2019 foi a inclusão do §12º no artigo

12 DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural Aplicada ao Processo Civil Brasileiro. In: **Processos Estruturais**. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 432.

13 O Código de Processo Civil de 2015 adota o modelo cooperativo de participação dos atores processuais (art. 6º) e efetivo contraditório (art. 7º, 9º e 10º). A legislação adjetiva buscou colocar o Judiciário não somente com a função de julgamento, mas priorizou a resolução de conflitos e valorização das vontades das partes consoante o interesse público. Em diversos dispositivos do referido Código existe a regulamentação de soluções consensuais de litígios (art. 165-175; 334; 515, §2º; 695).

14 CUNHA Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 933.

15 O enunciado 256 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis corrobora: "A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual". Da mesma forma, o enunciado 17 da I Jornada de Direito Processual Civil, do Conselho da Justiça Federal: "A Fazenda Pública pode celebrar convenção processual, nos termos do art. 190 do CPC". O enunciado 125 do Fórum Nacional do Poder Público: "É possível a realização de transações e negócios jurídicos processuais em ações coletivas, inclusive nas hipóteses em que exista irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público".

19 da Lei n.º 10.522/2002, que passou a prever a possibilidade de celebração de protocolos institucionais entre o Judiciário e a Procuradoria da Fazenda Nacional. Esta inovação legislativa corrobora a função dialógica que os advogados públicos exercem com os demais Poderes, conforme relatado anteriormente neste estudo.

O princípio da indisponibilidade do interesse público não pode servir como fundamentação para a não formalização de pactos entre as partes nos processos estruturantes, pois, como destaca Pedro Henrique Nogueira¹⁶, existem situações que a celebração de acordos reforçam as situações jurídicas processuais do Estado. Ainda que os interesses presentes nos litígios estruturais sejam indisponíveis pela natureza constitucional, isto não significa que a decisão estruturante estará encerrada à solução consensual.

Não se defende o livre exercício do advogado público para a celebração de qualquer negócio processual¹⁷. A atuação deste representante judicial deve ser pautada sempre na proteção do princípio do interesse público. Eventuais acordos que possam burlar este princípio devem ser rechaçados de plano.

Desta forma, como visto alhures, é necessário criar mecanismos de controle preventivo para reduzir as possibilidades do trabalho do procurador estatal em desconformidade com o interesse público. A ausência de estabilidade na advocacia estatal cria margens para um desempenho deste funcionário público sujeito aos constrangimentos, abusos de governantes e dos detentores de poder político-econômico.

Assim, para que a reestruturação das organizações burocráticas estatais ocorra de maneira eficiente para conformação de valores constitucionais nos processos estruturantes, é fundamental que o procurador estatal possua a garantia do bom exercício profissional que é proporcionado pela estabilidade para que assim, tenha certa autonomia na celebração de negócios jurídicos e elaboração de uma decisão estruturante construída de maneira dialogal entre os Poderes e concretize direitos fundamentais.

4. **PEC N.º 32/2020: PREJUÍZO ÀS REFORMAS ESTRUTURAIS E CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Atualmente tramita no congresso nacional a proposta de emenda à Constituição (PEC) n.º 32/2020, a qual visa realizar uma reforma administrativa na Administração Pública. Dentre os temas tratados consta o fim da estabilidade do serviço público para diversas carreiras. Em recente estudo publicado pelo DIEESE¹⁸ sobre os efeitos da proposta de reforma administrativa e os impactos sociais que possam advir, o departamento intersindical destaca:

16 NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016. n. 7.1, p. 233.

17 TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords.). **Advocacia pública**: Salvador: JusPodivm, 2015.

18 DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS ECONÔMICOS. Os efeitos da reforma administrativa para a sociedade brasileira. **DIEESE**, São Paulo, 6 abr. 2021. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2021/notaTec254ReformaAdm.html>. Acesso em: 12 set. 2022.

A Proposta de Emenda à Constituição nº 32 (PEC 32/2020), que trata da chamada “reforma administrativa”, pretende modificar a forma de funcionamento do Estado brasileiro por meio de medidas que vão muito além das alterações para a contratação e demissão de servidores(as) públicos(as). Isso porque os serviços prestados pelos governos aos cidadãos – muitos deles consagrados como direitos, especialmente na Constituição de 1988 – podem ser profundamente alterados. Caso a proposta seja aprovada, o acesso a muitos desses serviços será restringido e a qualidade do serviço ofertado pode se deteriorar.¹⁹

A referida nota técnica destaca que os direitos sociais elencados na CF/88 serão severamente impactados, visto que estes dependem da implementação de políticas públicas para a sua concretização, o que é executado por meio dos servidores públicos. A proposta de emenda à constituição tenta colocar as formas de vínculos trabalhistas da Administração Pública similares às do setor privado, sem considerar as peculiaridades que envolvem os serviços públicos: a supremacia do interesse público frente à conveniência privada.

Segundo o texto original, somente existirá estabilidade para os cargos típicos de Estado. Entretanto, a referida PEC não especifica quais carreiras estariam contempladas como tipicamente estatais, afirmando apenas que “será restrito aos servidores que tenham como atribuição o desempenho de atividades que são próprias do Estado, sensíveis, estratégicas e que representam, em grande parte, o poder extroverso do Estado”²⁰. Atividades técnicas, administrativas ou especializadas poderão ser contratadas por prazo indeterminado.

A flexibilização da estabilidade no serviço público poderá prejudicar a continuidade dos serviços públicos e assim a efetividade dos direitos sociais, principalmente na execução de políticas públicas a longo prazo. A descontinuidade, no que lhe concerne, pode prejudicar o fluxo de informações das atividades estatais e estimular o uso do poder político para fins diversos do interesse público.

A ala política que propõe a referida mudança na garantia institucional dos servidores públicos divulga uma ideia de que a estabilidade no serviço público tem o único objetivo de manter o trabalho “*ad aeternum*” de funcionários públicos, o que provocaria a ineficiência na Administração Pública. Entretanto, a Constituição Federal expressamente enuncia as formas de exoneração do servidor público estável: sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo disciplinar, desaprovação em avaliação periódica de desempenho, conforme os incisos I a III, do parágrafo primeiro do artigo 41 da Carta Cidadã²¹.

19 DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS ECONÔMICOS. Os efeitos da reforma administrativa para a sociedade brasileira. DIEESE, São Paulo, 6 abr. 2021. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2021/notaTec254ReformaAdm.html>. Acesso em: 12 set. 2022.

20 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 32, de 2020**. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083>>. Acesso em: 12 abr. 2021.

21 Além disso, o artigo 169, §4º da CF/88 prevê a hipótese de exoneração não punitiva do servidor público estável caso o ente federativo não atinja as metas de gasto de pessoa estipuladas na Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei Complementar n.º 101 de 2000. (BRASIL, 1988).

A CF/88, no art. 41, §1º, III expressamente trouxe um mecanismo contra a ineficiência no serviço público, por meio da avaliação periódica de desempenho. Entretanto, esta premissa ainda não foi regulamentada por Lei até o momento. Assim, verifica-se que a Constituição possui mecanismo que fomenta a produtividade dos servidores públicos, o que denota que o problema da alegação de ineficiência dos trabalhadores públicos não está na estabilidade no serviço público. A otimização da qualidade no serviço público poderá ser implementada pela simples regulamentação desse dispositivo²².

O servidor público federal, por exemplo, que não for assíduo, cometer ato de improbidade ou insubordinação grave no trabalho será submetido a processo administrativo disciplinar, conforme positivado no artigo 132 e seguintes da Lei n.º 8.112 de 1990. Assim, a estabilidade dificulta a desvinculação do funcionário público dos quadros da Administração, mas não a impede, conforme propalado pelos defensores da reforma administrativa. Apesar da relevante atuação profissional dos Procuradores Estatais, estes não possuem em suas atribuições funcionais típicas de poder de império, o que faz crer que tais carreiras não serão contempladas com a garantia da estabilidade no serviço público.

Além dos advogados públicos, outras carreiras de servidores igualmente relevantes serão afetadas pela PEC n.º 32/2020 com o fim da estabilidade. A construção de uma decisão estruturante, enquanto norma-regra, atrelada a execução da reforma estrutural necessita de uma participação ampliada não somente de atores processuais, como também de terceiros intervenientes que possuam expertise nos temas que tangenciam o litígio estrutural.

Embora a existência de peritos no processo estrutural não seja somente de funcionários de origem pública, a construção de uma reforma estrutural, considerando a complexidade da lide e a diversidade de soluções cabíveis, deve ser feita com base nos interesses contingentes da causa como também em obediência ao interesse público.

Advogados públicos, peritos, analistas, diversas carreiras profissionais na Administração Pública não exercem atribuições diretamente relacionadas ao poder extroverso. Todavia, estes servidores públicos contribuem para a colheita de informações de maneira técnica, profissional e com obediência ao interesse público que subsidiarão a decisão estruturante do magistrado.

Para que o processo estruturante reorganize as instituições burocráticas na busca de um estado ideal de coisas é substancial que todos aqueles que atuam no processo estrutural atuem em conformidade com o interesse público, livre de pressões e abusos que desvirtuam a finalidade estatal. A respeito disto, Lopez e Silva destacam “Aumentar a estabilidade no exercício do cargo dirigente reduz as rupturas

22 ABRÃO, Ana Carla; FRAGA NETO, Armínio; SUNDFELD, Carlos Ari. Avaliar desempenhos é reformar o Brasil. Economia. **Estadão**, 13 out. 2019. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/avaliar-desempenhos-e-reformar-o-brasil.70003047723>. Acesso em: 12 nov. 2021.

nas rotinas decisórias, as quais dissipam recursos públicos e reduzem a eficiência do ciclo das políticas"²³.

Assim, para a concretização de direitos fundamentais dos indivíduos e a conformação dos valores constitucionais por intermédio dos processos estruturantes, é primordial que os advogados públicos e diversas carreiras de servidores estejam acobertadas pela garantia da estabilidade no serviço público. Esta permite que os procuradores da Fazenda Pública e todos aqueles peritos públicos que participam da ação judicial estruturante contribuam com informações ao magistrado para este possuir parâmetros para determinar a norma-princípio, ou seja, o fim que a reforma estrutural almeja e as normas-regras, as sucessivas decisões e o regime de transição de um estado de coisas anormais para o ideal com base no princípio do interesse público e obediência à Constituição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, infere-se que a estabilidade do Advogado Público é essencial para que os processos estruturantes possam ser concretizados com a maior eficiência em prol do Estado Constitucional Democrático de Direito e a PEC n.º 32/2020 representa um retrocesso na independência funcional desta categoria.

A advocacia pública surgiu na Constituição Federal de 1988 para especificar a apresentação do Estado diante de alguns conflitos de interesses causados quando a representação ocorria pelo Ministério Público. Constatou-se ainda que as Funções Essenciais à Justiça, apesar de não constituir Poderes propriamente dito na República, são fundamentais para o Estado Democrático de Direito, pois proporcionam o diálogo interinstitucional entre os três Poderes estatais.

A advocacia pública, que tem como uma de suas funções primordiais a garantia do interesse público primário, deve atuar de maneira a concretizar os valores públicos fundamentais presentes na Carta Magna. Dentre os instrumentos judiciais possíveis de realização desse objetivo existem os processos estruturantes que possuem o objetivo de reorganizar instituições, públicas ou privadas, de maneira progressiva para a concretização de direitos fundamentais.

Essas espécies processuais decorrem da existência de litígios estruturais que são caracterizados pela multipolaridade e existência de diversos interesses em conflito, os quais fazem com que ora as partes atuem de forma convergente, ora ajam de maneira divergente. Diante desta hipercomplexidade o Poder Judiciário deve traçar estratégias para a execução de uma reforma estrutural que possa efetivar a concretização de direitos fundamentais. Para tanto, a atuação do Procurador Público como um dos sujeitos participantes nos processos estruturantes na apresentação do Estado demonstra-se relevante, pois este é o profissional que orientará o governante

23 LOPEZ, Félix; SILVA, Thiago. **O carrossel burocrático nos cargos de confiança**: análise de sobrevivência dos cargos de direção e assessoramento superior do executivo federal brasileiro: 1999- 2017. Rio de Janeiro: Ipea, 2020. (Texto para Discussão, 2597), p. 7.

a atuar segundo a juridicidade atuando como um interlocutor entre os poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e o povo.

Para que o papel do Procurador Público ocorra da maneira que melhor se harmonize à finalidade pública e aos princípios constitucionais, é necessário garantir a estabilidade a esta classe. Um advogado estatal que atue sem esta garantia institucional estará submetido às pressões políticas e econômicas que possam desviar o seu comportamento em prol do interesse público e assim frustrar uma reforma estrutural.

A proposta de emenda à Constituição n.º 32/2020, que propõe retirar a garantia institucional da estabilidade no serviço público em diversas classes de funcionários públicos, dentre eles a Advocacia Estatal, poderá trazer sérios prejuízos às atividades públicas essenciais comprometendo a sua autonomia profissional dos servidores.

Por conseguinte, uma atividade dos Procuradores Públicos sujeita estritamente aos interesses dos governantes, o que por vezes não estão associados às finalidades públicas de um Estado Constitucional Democrático de Direito, poderá comprometer a realização dos processos estruturantes, que na atualidade tem servido como importante instrumento de conformação de direitos fundamentais e políticas públicas.

Desta forma, entende-se que a proposta pelo governo federal, no que é pertinente a estabilidade no serviço público, demonstra-se inadequada. Não se conclui, todavia, que uma reforma administrativa não seja necessária. Pelo contrário, outros institutos de controle podem ser inseridos pela reforma administrativa, a exemplo da avaliação periódica de desempenho que até hoje não foi regulamentada. Entretanto, o fim da estabilidade no serviço público, demonstra, em verdade, um retrocesso não somente para a atuação dos procuradores estatais e demais servidores públicos, como também um retrocesso social para a garantia de um serviço público que tenha o objetivo de concretizar direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Ana Carla; FRAGA NETO, Armínio; SUNDFELD, Carlos Ari. Avaliar desempenhos é reformar o Brasil. *Economia*. **Estadão**, 13 out. 2019. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/avaliar-desempenhos-e-reformar-o-brasil,70003047723>. Acesso em: 12 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 32, de 2020**. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083>. Acesso em: 12 abr. 2021.

CASTRO, Aldemário Araújo. A Advocacia Pública como Instrumento do Estado Brasileiro no Controle da Juridicidade dos Atos da Administração Pública. **Revista da AGU – Advocacia Geral da União**. Brasília, Ano VII, número 15, mar. 2008.

CNJ - Painel Grandes Litigantes. **Conselho Nacional de Justiça**, 2022. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em 13, out. 2022.

CUNHA Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Os efeitos da reforma administrativa para a sociedade brasileira**. São Paulo, 6 abr. 2021. DIEESE. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/notatecnica/2021/notaTec254ReformaAdm.html>>. Acesso em 01 out. 2021.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma Teoria do Processo Estrutural Aplicada ao Processo Civil Brasileiro. *In: Processos Estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Advocacia Pública como Função Essencial à Justiça. **CONJUR**, 18 ago 2016. Disponível em: <https://anafenacional.org.br/wp-content/uploads/2018/03/ConJur-A-Advocacia-P%C3%BAblica-como-fun%C3%A7%C3%A3o-essencial-%C3%A0-Justi%C3%A7a.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2021.

FISS, Owen. Two Models of Adjudication. *In: GOLDWIN, Robert A.; William A. How Does the Constitution Secure Rights?* American Enterprise Institute Constitutional Studies. Disponível em: <https://www.law.yale.edu/sites/default/files/documents/faculty/papers/twomodels.pdf>. Acesso em 08 jul 2021.

GALDINO, Matheus Souza. Breves Reflexões sobre as Consequências de uma compreensão Teleológica dos Fatos para a Teoria do Processo Estrutural. *In: Processos Estruturais*. Sérgio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (org). 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas Estruturantes: Origem em Brown v. Board of Education. *In: processos estruturantes*. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org). 3ª ed. rev. atual e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 853-872

LOPEZ, Félix; SILVA, Thiago. **O carrossel burocrático nos cargos de confiança**: análise de sobrevivência dos cargos de direção e assessoramento superior do executivo federal brasileiro: 1999- 2017. Rio de Janeiro: Ipea, 2020.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

SOUTO, João Carlos. **A União Federal em Juízo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TEIXEIRA, José Roberto Fernandes. *In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coords.). Advocacia pública*: Salvador: JusPodivm, 2015.

TEMER, Sofia Orberg. **Participação no Processo Judicial**: arranjos subjetivos e modalidades de atuação. Tese (Doutorado em Direito Processual). Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2020, p. 168.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarer e a reforma do sistema prisional no Arkansas. *In: Processos Estruturais*. ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (org). 3ª ed. rev. atual e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2021, p. 637-686.

THE EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ACCESS TO HOUSING THROUGH PUBLIC POLICIES IN THE LIGHT OF CITIZENSHIP IN OUR COUNTRY
A EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À MORADIA ATRAVÉS DE POLÍTICAS PÚBLICAS À LUZ DA CIDADANIA EM NOSSO PAÍS

artigos
científicos

Eugênia Amábilis Gregorius¹

¹Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Mestranda em Direito Público pela UNISINOS. Pós-graduada em Direito Processual Civil e em Direitos Difusos e Coletivos. Currículo: lattes.cnpq.br/2680599125173705. E-mail: eugenia_ag@hotmail.com

Recebido/Received: 14.11.2021/ November 14th, 2021.
Aprovado/Approved: 11.10.2022/ October 11th, 2022.

RESUMO

O presente trabalho traz a preocupação com a efetividade do direito constitucional à moradia apresentando as políticas públicas como forma de concretização dos direitos fundamentais, em especial, o direito fundamental ao acesso à moradia. A partir da análise da evolução histórica dos modelos de Estado, passa-se a abordagem dos direitos fundamentais e a sua previsão constitucional. Aborda-se o tema trazendo à tona os direitos fundamentais à cidadania e ao acesso à justiça delineados no ordenamento jurídico pátrio. O estudo demonstra a acepção de políticas públicas num viés que permita a concretização dos direitos fundamentais, notadamente, o acesso à moradia, contemplando, dessa forma, a concretização do direito previsto na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Modelos de Estados. Direitos fundamentais. Direito constitucional à cidadania. Direito constitucional à moradia. Políticas Públicas.

ABSTRACT

This work brings the concern with the effectiveness of the constitutional right to citizenship, presenting definitions about access to justice for the realization of fundamental rights, in particular, the fundamental right of access to justice. Based on the analysis of the history of fundamental rights, these rights are approached as constitutional rights provided for in the Federal Constitution of 1988. The issue is addressed by bringing up the new models of access to justice outlined in the national legal system. The study demonstrates the, which also allows the thus contemplating the constitutional principle of access to justice.

Keywords: *Models of States. Fundamental rights. Constitutional right to citizenship. Constitutional right housing. Public policy.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO; 2 DA EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO; 2.1 ESTADO LIBERAL; 2.1 ESTADO SOCIAL; 2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO; 3 DIREITOS FUNDAMENTAIS; 3.1 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; 3.2 DIREITO FUNDAMENTAL À CIDADANIA; 4 O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À MORADIA; 5 POLÍTICAS PÚBLICAS;

5.1 CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS; 5.2 A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À MORADIA PELA VIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS; 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A temática proposta no presente trabalho está centrada na análise do direito social ao acesso à moradia à luz da Constituição Federal através da implementação de políticas públicas. Para isso, aborda-se a evolução do Estado de Direito até o Estado Democrático de Direito, analisando-se os principais direitos que nortearam cada fase da história.

A concepção de direitos fundamentais é de suma relevância para externar a temática, deste modo realiza-se a análise histórica dos direitos fundamentais, bem como o exame do direito constitucional fundamental à cidadania, ao acesso à justiça para, após, passar ao tema central que é o direito constitucional ao acesso à moradia, previsto no rol dos direitos sociais da Carta Magna de 1988.

Na sociedade contemporânea, com o alargamento de direitos decorrentes de novos fenômenos sociais, a Administração Pública obrigou-se a dar mais respostas ao cidadão.

O Estado sofre com a falta de estrutura, planejamento e orçamento, situação que prejudica e enfraquece a materialização de alguns direitos sociais. Nesse contexto, o caráter democrático do Estado e o exercício da cidadania são chamados para tomar frente e fundamentar a atividade precípua do Estado Democrático de Direito.

Nesse panorama há o surgimento de novas leis e iniciativas por parte do Estado na formulação de políticas públicas para a consecução das suas atividades, notadamente, para a fomentação o direito ao acesso à moradia, proporcionando à sociedade o direito fundamental da cidadania, do acesso à justiça e à moradia.

Dessa forma, o objetivo da presente pesquisa cinge-se em possibilitar o estudo do constitucionalismo, bem como a importância do Estado Democrático de Direito na acepção da cidadania emancipatória, para que se examine a democracia nas funções precípua do Estado, ou seja, no sentido de verificar se a atividade administrativa é democrática a partir da execução das políticas públicas e, se deste modo é possível a concretização dos direitos humanos e fundamentais.

O estudo justifica-se diante da urgente necessidade de se colocar em prática, ou seja, dar efetividade aos direitos constitucionalmente previstos, aliado a esse novo papel democrático que a Administração Pública e o agir dos administradores deve assumir (re)fundando o Estado Democrático de Direito, questão esta que vem sendo objeto de amplo debate pela doutrina.

Para alcançar o objetivo proposto, quanto a elaboração do presente artigo, utiliza-se o método dedutivo, a partir da constatação e da compreensão da evolução

do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito, perpassando pela noção de democracia, cidadania e acesso à justiça para, em seguimento, analisar o acesso ao direito fundamental constitucional do acesso à moradia e as políticas públicas.

As técnicas de pesquisa foram as bibliográficas, desenvolvida a partir do estudo da pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira que tenham como tema o assunto em debate.

2. DA EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

Com o objetivo de introduzir a temática acerca dos direitos sociais, notadamente, o direito à moradia, inicialmente, faz-se necessário analisar algumas premissas acerca da evolução histórica do Estado.

Nas palavras de Jacques Chevallier¹ deduz-se a noção de Estado:

A percepção do Estado como princípio de ordem e de coesão social: enquanto a “sociedade civil” recobre a esfera das atividades privadas e dos “interesses particulares”, o Estado é concebido como a expressão do “interesse geral”; subtraído aos conflitos que afligem a sociedade, ele é concebido como o princípio de integração e de unificação de uma sociedade que, sem seu intermédio, seria destinada à desordem, à desintegração, à dissolução.

Partindo-se da premissa de que houve uma evolução constitucional do Estado, o qual teve sua trajetória por três principais fases distintas, perpassando conforme os períodos históricos, examina-se cada um deles de forma sintetizada.

2.1. ESTADO LIBERAL

No que toca ao Estado Liberal, Jacques Chevallier² aponta em sua obra as configurações estatais. Nesse sentido, verifica-se que no Estado liberal havia um distanciamento do Estado, ou seja, “o Estado ocupava um espaço social limitado”.

Se as configurações estatais divergiram profundamente ao longo do Século XX existe, no entanto, um ponto em comum: por toda a parte, assiste-se a um movimento contínuo de expansão pelo qual o Estado veio a estabelecer uma rede cada vez mais fechada de coerções e controles sobre a sociedade; enquanto no modelo liberal clássico ele era entendido como ocupando um espaço social limitado, assistiu-se, a partir da Primeira Guerra Mundial, a uma ampliação contínua de sua esfera de intervenção, que se dilatou até recobrir completamente a sociedade.³

Analisa-se o Estado Liberal e os seus direitos postos naquela fase como os direitos às liberdades negativas, haja vista que o Estado era visto de forma a se abster da relação da vida do cidadão.

1 CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 24.

2 *Ibidem*, p. 28.

3 *Ibidem*, p. 28.

Nessa linha de raciocínio, bem descreve Norberto Bobbio⁴, tecendo a ideia de que a liberdade pessoal era o direito preconizado à época:

A liberdade pessoal é, historicamente o primeiro dos direitos a ser reclamado pelos súditos de um Estado e a obter proteção, o que ocorre desde a Magna Charta, considerada geralmente como o antepassado dos Bill of Rights. Mas é preciso distinguir entre a liberdade pessoal e os outros direitos naturais: a primeira é o fundamento do Estado de direito, que se baseia no princípio da “rule of law”, ao passo que os segundos são o pressuposto do Estado liberal, ou seja, do Estado limitado. O alvo da primeira é o poder arbitrário; o da segunda, o poder absoluto. O fato de que o poder tenda a ser arbitrário quando se amplia o seu caráter absoluto não significa que um e outro ponham o mesmo problema quando se trata de escolher os meios para combatê-los. O reconhecimento gradual das liberdades civis, para não falar da liberdade política, é uma conquista posterior à proteção da liberdade pessoal. Quando muito, pode-se dizer que a proteção da liberdade pessoal veio depois do direito de propriedade. A esfera da propriedade foi sempre mais protegida do que a esfera da pessoa.

2.2. ESTADO SOCIAL

Com as fortes críticas do Estado Liberal aliada aos movimentos históricos como, por exemplo, a Revolução Francesa, em 1789, exsurge o Estado Social, no qual, pode-se dizer que houve um agasalho do Estado para com o cidadão, também chamado de Estado Providência.

Nesse diapasão, leciona Limberger⁵, abordando os principais marcos históricos deste período sendo a Revolução Industrial, a Constituição Mexicana de 1917, Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição brasileira de 1934:

Da passagem do Estado Liberal com sua feição de abstenção, chega-se ao Estado Social com seu conteúdo de intervenção, a partir das demandas concretas formuladas pelo cidadão. É o constitucionalismo social inaugurado no início do século XX, depois da Revolução Industrial e do Socialismo, que tem sua marca na Constituição Mexicana de 1917, Constituição de Weimar de 1919 e em nosso país, na Constituição de 1934, da era Vargas.

Barroso⁶ explica o Estado Social como um estado intervencionista, agindo também na esfera privada:

Ao longo do século XIX, o liberalismo e o constitucionalismo se difundem e se consolidam na Europa. Já no século XX, no entanto, sobretudo a partir da Primeira Guerra, o Estado ocidental torna-se progressivamente intervencionista, sendo rebatizado de Estado social. Dele já não se

4 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 53.

5 LIMBERGER, Têmis. Revisitando o dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes para efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (orgs.), **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 163.

6 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84.

espera apenas que se abstenha de interferir na esfera individual e privada das pessoas. Ao contrário, o Estado, ao menos idealmente, torna-se instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população. Como natural e previsível, o Estado social rompeu o equilíbrio que o modelo liberal estabelecera entre público e privado. De fato, com ele se ampliou significativamente o espaço público, tomado pela atividade econômica do Estado e pela intensificação de sua atuação legislativa e regulamentar, bem como pelo planejamento e fomento a segmentos considerados estratégicos.

Na mesma linha de raciocínio, Chevallier⁷ aduz acerca do Estado Providência, o qual seria aquele que supre as necessidades da população:

[...]o advento do Estado-Providência entranhou uma transformação espetacular das funções do Estado, que se desenvolveram em extensão, pelo alargamento do domínio de intervenção, e em profundidade, pelo fornecimento direto de prestação ao público: considerado como sendo investido da missão, e dotado da capacidade, de satisfazer as necessidades sociais de todas as ordens, o “Estado providencial” (D. SCHNAPPER, 2002) é encarregado de realizar a igualdade real, e não mais somente formal, dos indivíduos, em nome do imperativo da justiça social.

Moreira Neto⁸, da mesma forma, expõe com acerca do liberalismo e do Estado do Bem-Estar Social:

Com efeito, como o liberalismo clássico havia pretendido manter o Estado como simples espectador dos fenômenos econômicos e sociais, se havia aberto um crescente espaço anômico, o que permitiu o aumento de polos irrefreados de poder na sociedade, que passaram a causar distorções econômicas e sociais e a comprometer a igualdade de oportunidades entre os indivíduos. Nessas condições, o Estado foi chamado a intervir para coibir os excessos e, simultaneamente, para suprir lacunas abertas pela iniciativa privada, ausente ou insuficiente, para garantir e, posteriormente, dirigir o desenvolvimento econômico. Com o desdobramento deste quadro, o Estado de Polícia, sonho frustrado dos individualistas utópicos e dos primeiros liberais, cederia passo a duas novas formas de organização política: uma, radical, o Estado Socialista, que concentraria na máquina estatal todo o poder que fosse necessário para dominar os processos econômicos e sociais, buscando impor a igualdade ainda que com sacrifício da liberdade; e outra, moderada, o Estado do Bem-Estar Social, na feliz expressão de William A. Robson, que, em vez de monopolizar os processos econômicos e sociais limitava-se a estabelecer mecanismos corretivos, de intervenção e de controle sobre as atividades privadas, buscando conciliar esta ação com o mínimo de sacrifício das liberdades fundamentais e com as conquistas juspolíticas alcançadas pelo Estado de Direito. Se, no Estado de Polícia, o Poder Público era o espectador e, no Socialista, o indivíduo foi um assistente inerte, no Estado do Bem-Estar Social tentou-se chegar a um equilíbrio.

7 CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 28.

8 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 72.

Chevallier⁹ traz a problemática encontrada por esse Estado denominado “Welfare State”, no sentido de prover todos os direitos ao cidadão, o que, por conseguinte, causou uma crise nesse modelo estatal:

A crítica do Estado-Providência conduzirá, ao longo dos anos 1980, a um conjunto de medidas concretas visando a dar um golpe de contenção no processo de crescimento estatal. O movimento foi lançado no Reino Unido em maio de 1979 com a chegada de Margaret Thatcher ao poder, que se atribui como missão histórica modificar completamente os hábitos de uma nação anestesiada por 30 anos de Welfare State, depois nos Estados Unidos em novembro de 1980, com a eleição de Ronald Reagan, para quem as intervenções e regulamentações governamentais exageradas, desordenadas, ineficazes são a fonte de todos os males de que sofre a sociedade americana; esse movimento ganhará, na sequência e progressivamente, o conjunto dos países ocidentais — mesmo a França, onde a esquerda havia primeiramente buscado em 1981 a relançar a dinâmica do Estado-Providência, e mais tardiamente a Suécia, onde o modelo social-democrata acabou por se erodir.

No foco da retina, Barroso¹⁰ traduz o término desse modelo de Estado, no final do século XX, asseverando a ideia de desregulamentação da economia com o denominado neoliberalismo, fazendo com que o Estado não mais direcione toda a vida do cidadão:

Esse estado da busca do bem-estar social, o welfare state, chegou ao final do século amplamente questionado na sua eficiência, tanto para gerar e distribuir riquezas como para prestar serviços públicos. A partir do início da década de 80, em diversos países ocidentais, o discurso passou a ser o da volta ao modelo liberal, o Estado mínimo, o neoliberalismo. Dentre seus dogmas, que com maior ou menor intensidade correram mundo, estão a desestatização e desregulamentação da economia, a redução das proteções sociais ao trabalho, a abertura de mercado e a inserção internacional dos países, sobretudo através do comércio. O neoliberalismo pretende ser a ideologia da pós-modernidade, um contra-ataque do privatismo em busca do espaço perdido pela expansão do papel do Estado.

2.3. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No Estado Democrático de Direito tem-se uma visão neoconstitucionalista, haja vista que a pauta são os direitos às garantias fundamentais constitucionais, ou seja, há uma visão dos direitos à luz da Constituição. Nessa direção, André Saddy¹¹ aborda:

Essa nova percepção de Estado, ou seja, de um Estado pós-moderno que se encontra envolvido em um tripé juspolítico, que se caracteriza pelo novo constitucionalismo/neoconstitucionalismo, que possibilita a positivação das garantias fundamentais, a onipresença entre princípios e

9 CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 30.

10 BARROSO. Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 85.

11 SADDY, André. Surgimento e evolução do termo discricionariedade administrativa. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (orgs.) **Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 123.

regras, a concessão de uma força vinculante/eficaz própria aos princípios, elevando-os ao patamar de uma categoria normativa autônoma, dotada de um sistema de eficácia própria; pela nova teoria do direito/pós-positivismo jurídico, que deslocou para a sede constitucional a dicção fundamental do interesse público, permanecendo com o legislador infraconstitucional a tarefa de especificá-lo; e pelo novo Estado/Estado de Justiça Democrático de Direito, que submeteu uma organização política, simultaneamente, à lei, ao interesse social prevalecente e à moral.

Barroso¹², por sua vez, expõe que o Estado Democrático de Direito possui a sua “centralidade e supremacia na Constituição”.

em um Estado democrático de direito, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. [...]. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos. [...] O interesse público se realiza quando o Estado cumpre satisfatoriamente o seu papel, mesmo que em relação a um único cidadão.¹³

Limberger¹⁴ menciona, com maestria, que o “O Estado Social produziu a superação do conceito de interesse público, calcado exclusivamente a partir dos objetivos da administração e foi substituído pelo interesse coletivo, aberto à participação popular”.

Ainda, a referida autora realiza uma crítica ao Estado Democrático de Direito asseverando que em que pese ser o modelo de Estado que tem como escopo os direitos fundamentais, não ocorre a sua concretização de forma universal:

Mais de duas décadas de constitucionalismo democrático brasileiro demonstram esta busca de efetividade dos direitos fundamentais sociais. Deste modo, a crise do direito administrativo é uma mutação para adequar-se às transformações e mudanças sociais vividas no início do século XXI. É necessário voltar-se à pauta dos direitos fundamentais, que até hoje não foram efetivados de maneira universal [...]. Assim, o Estado Democrático de Direito reclama a implementação dos direitos fundamentais, por meio das políticas públicas. Deste modo, a atividade administrativa no terceiro milênio deve ser pautada dentro dos balizadores que compõem o Estado Democrático de Direito: os direitos do homem e a democracia substantiva.¹⁵

12 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 90-91.

13 *Ibidem*, p. 90-91.

14 LIMBERGER, Têmis. Revisitando o dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes para efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (orgs.). **Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 184.

15 LIMBERGER, Têmis. Revisitando o dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes para efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (orgs.). **Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 184, 160.

Nesse sentido, pode -se concluir que o norte do Estado Democrático de Direito é a garantia dos direitos fundamentais à luz da Constituição Federal, no entanto a problemática está na efetiva concretização desses direitos para o cidadão brasileiro.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Partindo-se da premissa de que os direitos fundamentais são inerentes ao ser humano e de que devem ser resguardados, desde muito tempo, há a preocupação com a sua proteção.

Barroso¹⁶ explica a evolução dos direitos fundamentais desde a queda da Bastilha, em 1789, passando pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão no mesmo ano, a qual consagrou um novo pensamento firmado e com o reconhecimento dos direitos fundamentais do ser humano:

A Revolução Francesa, cuja deflagração é simbolizada pela queda da Bastilha, em 1789, foi um processo mais profundo, radical e tormentoso de transformação política e social. E, na visão de superfície, menos bem-sucedido, pela instabilidade, violência e circularidade dos acontecimentos. A verdade, contudo, é que foi a Revolução francesa - e não a americana ou a inglesa - que se tornou o grande divisor histórico, o marco do advento do Estado liberal. Foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com seu caráter universal, que divulgou a nova ideologia, fundada na Constituição na separação de Poderes e nos direitos individuais. Em 1791 foi promulgada a primeira Constituição francesa. No plano das idéias e da filosofia, o constitucionalismo moderno é produto do iluminismo e do jusnaturalismo racionalista que o acompanhou, com o triunfo dos valores humanistas e da crença no poder da razão. Nesse ambiente, modifica-se a qualidade da relação entre o indivíduo e o poder, com o reconhecimento de direitos fundamentais inerentes à condição humana, cuja existência e validade independem de outorga por parte do Estado. No plano político, notadamente na Europa continental, a Constituição consagrou a vitória dos ideais burgueses sobre o absolutismo e a aristocracia. Foi, de certa forma, a certidão do casamento, de paixão e conveniência, entre o poder econômico - que já havia sido conquistado pela burguesia - e o poder político. (p. 96).

Outrossim, Sarlet¹⁷ sustenta que o principal documento para aqueles que dedicam esforços ao estudo da evolução dos direitos humanos surgiu “na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente no século XIII”. Trata-se da *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra, os bispos e os barões ingleses.

No ponto, cabe mencionar que a referência à Magna Carta como primeiro marco histórico dos direitos fundamentais é contestado doutrinariamente, pois direitos

16 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 96.

17 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 41.

nela previstos não eram universais, sendo que a titularidade remontava, apenas, a algumas nobres classes sociais; portanto, não poderiam ser qualificados como direitos fundamentais. Contudo, tais indagações não serão abordadas nesse estudo, uma vez que não são de grande relevância ao debate em análise.

No que tange ao ordenamento jurídico brasileiro, foi a Constituição Federal de 1988 que promoveu a consagração dos direitos humanos, alçando-os à categoria de direitos fundamentais. Nesse ponto, Sarlet¹⁸ considera que com a Constituição de 1988, pela primeira vez na história do direito constitucional pátrio, os direitos fundamentais receberam o devido e merecido reconhecimento, ganhando o *status* de direitos fundamentais constitucionais. Ao referir o processo de elaboração da Constituição de 1988, o autor ressalta que

[...] sua umbilical vinculação com a formatação do catálogo dos direitos fundamentais na nova ordem constitucional, à circunstância de que esta foi resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do País após mais de vinte anos de ditadura militar.¹⁹

Na opinião de Siqueira Junior²⁰, “A Constituição Federal de 1988 configura-se como marco jurídico, social e político da transição democrática e institucional, concedendo ênfase aos direitos humanos”. Segundo o autor, a Constituição vigente, de forma inédita, inseriu a proteção dos direitos humanos no ordenamento pátrio, “constituindo-se a Carta Política mais avançada em matéria de direitos fundamentais na história constitucional do país”.²¹

O catálogo de direitos e garantias fundamentais previsto no Texto Constitucional de 1988 (Título II) coloca o ordenamento jurídico brasileiro em sintonia com a Declaração Universal de 1948, assim como com os principais pactos internacionais sobre Direitos Humanos, uma vez que contempla direitos fundamentais das diversas dimensões.²²

Complementando, Siqueira Junior²³ ressalta que a ênfase aos direitos humanos pode ser verificada na leitura do Título I da Constituição de 1988, que trata “Dos Princípios Fundamentais”, quando o legislador expressa taxativamente que “A República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF)”. Segundo o autor, o reconhecimento dos direitos fundamentais é pressuposto para o exercício da liberdade, pois “Os direitos fundamentais são essenciais no Estado Democrático na medida em que são inerentes às liberdades, formando a base de um Estado de Direito”.²⁴

18 *Ibidem*, p. 18.

19 *Ibidem*, p. 75.

20 SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 179.

21 SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 179.

22 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 68.

23 SIQUEIRA JUNIOR, *op. cit.*, p. 179.

24 *Ibidem*, p. 179.

A par do exposto, embora se vislumbre que, ao longo do tempo, o estudo dos direitos fundamentais venha sendo aprofundado pelos juristas, para a efetivação surge a problemática de como atendê-los da melhor forma possível. Pois, conforme previu o sociólogo Ferdinand Lassalle, para que os direitos fundamentais transcendam a “uma mera folha de papel” e cumpram a sua função, não bastam que sejam somente uma promessa, é necessário que se tornem concretos, efetivos e eficazes.

Nesse sentido Barroso²⁵:

O sociologismo constitucional ou o conceito sociológico de Constituição é associado ao alemão Ferdinand Lassalle. De acordo com sua formulação, a Constituição de um país é, em essência, a soma dos fatores reais do poder que regem a sociedade. Em outras palavras, o conjunto de forças políticas, econômicas e sociais, atuando dialeticamente, estabelece uma realidade, um sistema de poder: esta é a Constituição real, efetiva do Estado. A Constituição jurídica, mera “folha de papel”, limita-se a converter esses fatores reais do poder em instituições jurídicas, em Direito.

Feita uma breve abordagem acerca da evolução dos direitos fundamentais, passa-se a análise dos direitos fundamentais que dão ensejo a presente trabalho, quais sejam, direito fundamental à cidadania, direito ao acesso à justiça e o direito à moradia.

3.2. DIREITO FUNDAMENTAL À CIDADANIA

A cidadania está insculpida na Constituição Federal de 1988 em seu Título I – Dos Princípios Fundamentais, no artigo 1º, II, como fundamento do Estado Democrático de Direito. A saber: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II - a cidadania”.²⁶

Considerando-se cidadania como a “condição de pessoa que, como membro de um Estado, se acha no gozo de direitos que lhe permitem participar da vida política”.²⁷ Entende-se que o Estado brasileiro, ao incluir a cidadania no rol de seus fundamentos constitucionais, tem por obrigação garantir a todos os cidadãos a possibilidade de exercitar os seus direitos.

Com efeito, Siqueira Jr.²⁸ aduz que “a pessoa que se acha no gozo de direitos que lhe permitem participar da vida política, inclusive de votar e ser votado, participa direta ou indiretamente dos destinos de sua nação. Essa é a base da democracia”.

No entanto, o direito à cidadania não está somente relacionado ao gozo e ao exercício dos direitos políticos, ou seja, o direito à cidadania vai além da cidadania

25 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 98.

26 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 jul. 2021.

27 TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 118.

28 SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 143.

ativa e passiva. Isso porque, conforme explica Silva²⁹, a cidadania assume uma nova dimensão:

Surge, porém, uma nova dimensão da cidadania que decorre da idéia de Constituição dirigente, que não é apenas um repositório de programas vagos a serem cumpridos, mas constitui um sistema de previsão de direitos sociais, mais ou menos, eficazes, em torno dos quais é que se vem construindo a nova idéia de cidadania. E essa nova idéia de cidadania se constrói, pois, sob o influxo do progressivo enriquecimento dos direitos fundamentais do homem. A Constituição de 1988, que assume as feições de uma constituição dirigente, incorporou essa nova dimensão da cidadania, quando, no seu art. 1º, inciso II, a indica como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito em que é constituída a República Federativa do Brasil.

Ainda contemplando sobre essa ampliação da cidadania, o autor sustenta que:

Cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento dos indivíduos como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 52, LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo vincula-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 12), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana, [...] com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essenciais do regime democrático. A cidadania, assim considerada, consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos. Essa cidadania é que requer providências estatais no sentido da satisfação de todos os direitos fundamentais em igualdade de condições.³⁰

Outrossim, importante destacar que a democracia, conforme apontado por Silva³¹, “é a realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente do que o Estado de Direito, que surgiu como expressão da democracia liberal”.

Nessa toada, verifica-se que pela democracia o cidadão exerce seu direito à cidadania, se tornando mais ativo no processo democrático, o que ensejará o acesso à justiça.

E nesse viés a Constituição Federal de 1988 dispõe em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais, notadamente no art. 5º, XXXV, do qual se depreende o direito de acesso à justiça³².

29 SILVA, José Afonso da. Acesso à Justiça e Cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 216, p. 9-23, abr./jun. 1999, p. 10.

30 SILVA, José Afonso da. Acesso à Justiça e Cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 216, p. 9-23, abr./jun. 1999, p. 11.

31 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.116.

32 CF/88, “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: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 jul. 2021).

No ponto, importa frisar a ponderação de Cappelletti³³, quando ressalta que “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos”.

Nessa linha de raciocínio vislumbra-se o direito à cidadania através do acesso à jurisdição, portanto, uma garantia constitucional a qual abrange todos os direitos fundamentais e não apenas os direitos políticos. Com efeito, há interligação direta do acesso à jurisdição como garantia de todos os direitos fundamentais.

Percebe-se, portanto, que são a democracia e o exercício da cidadania que tornam possível assegurar o acesso aos direitos de liberdade, igualdade, fraternidade, entre outros, como o acesso à justiça e o acesso à moradia, tema dessa pesquisa.

No entanto, no atual contexto brasileiro o que se percebe é uma crise de cidadania, pois em nosso país ainda está enraizada uma “cultura patrimonialista”³⁴ e “não emancipatória da cidadania”.³⁵

Barroso³⁶, na mesma linha de pensamento, relata a “herança patrimonialista”:

A triste verdade é que o Brasil jamais se libertou dessa herança patrimonialista. Tem vivido assim, por décadas a fio, sob o signo da má definição do público e do privado. Pior: sob a atávica apropriação do Estado e do espaço público pelo interesse privado dos segmentos sociais dominantes. Do descobrimento ao início do terceiro milênio, uma história feita de opressão, insensibilidade e miséria. A Constituição de 1824, primeiro esforço de institucionalização do novo país independente, pretendeu iniciar, apesar das vicissitudes que levaram à sua outorga, um Estado de direito, quicá um protótipo de Estado liberal. Mas foi apenas o primeiro capítulo de uma instabilidade cíclica, que marcou, inclusive e sobretudo, a experiência republicana brasileira, jamais permitindo a consolidação do modelo liberal e tampouco de um Estado verdadeiramente social. De visível mesmo, a existência paralela e onipresente de um Estado corporativo, cartorial, financiador dos interesses da burguesia industrial, sucessora dos senhores de escravo e dos exportadores de café. A Constituição de 1988, o mais bem-sucedido empreendimento institucional da história brasileira, demarcou, de forma nítida, alguns espaços privados merecedores de proteção especial. Estabeleceu, assim, a inviolabilidade da casa, o sigilo da correspondência e das comunicações, a livre iniciativa, a garantia do direito de propriedade, além de prometer a proteção da família.

Em convergência Bercovici³⁷ aborda essa temática sugerindo “Fortalecer o Estado brasileiro na superação do subdesenvolvimento, [...] é também, [...] fortalecer (para

33 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 12.

34 FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato brasileiro. 15. ed. São Paulo: Globo, 2000. v. 1, p. 84.

35 LIMBERGER, Têmis. Saneamento: remédio preventivo em políticas públicas de saúde. In: CALLEGARI, André Luís, STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 8, p. 303-318.

36 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86.

37 BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 161.

não dizer instaurar) o regime republicano e democrático de soberania popular no Brasil”.

4. O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À MORADIA

O direito à moradia tem sua definição como um direito social, o qual, nas palavras de Bucci³⁸, “representa(m) uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característicos das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais”.

A doutrina entende que os direitos sociais são “direitos de segunda geração”³⁹, segundo leciona o célebre Norberto Bobbio⁴⁰, “ocorreu a passagem dos direitos de liberdade - das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. - para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado”.

O renomado filósofo continua acrescentando que os direitos sociais se equivalem a uma ação positiva do Estado:

As primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre — com relação aos poderes constituídos, apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie.⁴¹

Nessa linha de raciocínio cabe frisar a classificação de Georg Jellinek⁴², o qual aborda sobre os *status negativus* caracterizado pela liberdade contra o Estado e o *status positivus* compreendido pelas pretensões e exigências do cidadão.

Contextualizando o direito ao acesso à moradia nota-se que na seara internacional o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), instituído pela Organização das Nações Unidas, em 1966, e ratificado pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n.º 591, em 1992, elencou os direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, sobretudo, no que tange ao reconhecimento do direito à moradia adequada como um direito de toda pessoa.

Nesse sentido, o art. 11:

38 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2.

39 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 9.

40 *Ibidem*, p. 33.

41 *Ibidem*, p. 9.

42 Classificação trazida por MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo: a questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 80.

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.⁴³

Destarte, ao assinarem esse documento os Estados-partes vinculam -se para cumprirem as medidas a fim de assegurar a proteção desse direito.

Em sede constitucional, o direito social ao acesso à moradia tem respaldo no art. 6º da Constituição Federal⁴⁴. No entanto, cabe frisar que esse direito somente foi reconhecido no rol dos direitos sociais com a Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000.

A legislação infraconstitucional regulamentou a garantia a esse direito social no Estatuto da Cidade, Lei nº. 10. 257, de 10 de julho de 2001, que dispõe em seu art. 2º⁴⁵ as diretrizes, como, por exemplo, a garantia a cidades sustentáveis, compreendida como o direito à moradia, bem como em seu inciso XIV, prevê a regularização fundiária.

Portanto, é assente que o direito social ao acesso à moradia possuindo respaldo constitucional, numa visão neoconstitucionalista do Estado Democrático de Direito, deve ser implantado e concretizado a todos os cidadãos brasileiros.

Todavia essa não é uma realidade no panorama da sociedade brasileira.

Com efeito, a preocupação para que o direito à moradia fosse alçado à direito expresso constitucionalmente decorre de diversos fatores, os quais brevemente serão citados.

Nota-se que a população a partir dos anos sessenta começaram a migrar cada vez mais para a cidade, ocorrendo um êxodo rural e a expansão das cidades, as quais sem infraestrutura suficiente passaram a abrigar mais pessoas do que o seu planejamento.

Segundo os dados do IBGE, o Brasil possui 84,36% de sua população (160.925.804 habitantes) morando em cidades e 15,64% residem em áreas rurais (29.829.995 habitantes), de acordo com o censo demográfico de 2010.

Maricato⁴⁶ relata a problemática:

43 BRASIL. **Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 04 jul. 2021.

44 CF/88, "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 jul. 2021).

45 "2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I - garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; XIV - regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;" (BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 04 jul. 2021).

46 MARICATO, Ermínia. **Moradia Social e meio ambiente**. São Paulo: Universidade de São Paulo, n. 35, p. 54-69, 2001. p. 54.

A ausência de alternativa habitacional para a maioria da população pobre nessas grandes cidades brasileiras teve como uma das consequências a ocupação irregular e predatória ao meio ambiente urbano. É nos lugares ambientalmente frágeis, “protegidos por lei” desprezados pelo mercado imobiliário, que proliferam os loteamentos irregulares, as ocupações informais e favelas. Nesse contexto, a questão ambiental urbana é antes de tudo um problema de moradia e de política habitacional, ou mais precisamente, da falta ou insuficiência desta.

Dessa forma, verifica-se que esse direito social à moradia, por vezes, tem sido mitigado no contexto atual. As funções de Estado, seja pela falta de estrutura, de orçamento ou por outros fatores ocasionam a falta de concretização do direito tutelado. Nesse sentido Bercovici⁴⁷ sustenta:

A Constituição não contempla o princípio do equilíbrio orçamentário. E não contempla para não inviabilizar a promoção do desenvolvimento, objetivo da República fixado no seu art. 3º, II. A implementação de políticas públicas exige, às vezes, a contenção de despesas, outras vezes, gera déficits orçamentários. Não se pode restringir a atuação do Estado exclusivamente para a obtenção de um orçamento equilibrado, nos moldes liberais, inclusive em detrimento de investimentos na área social, que é o que faz a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Tal realidade faz com que o direito fundamental do acesso à moradia reste por não ser realizado de forma satisfativa ao cidadão.

Limberger⁴⁸ aduz a deficiência do Estado em fomentar as políticas públicas:

O administrador na realização das políticas públicas deve observar os preceitos constitucionais. O mandato político não deve ser desempenhado conforme critérios subjetivos do governante, mas representa política pública a ser desenvolvida em conformidade com os ditames constitucionais. Direitos sociais importantes foram consagrados no art.6º da CF, visando a execução pelo administrador. Porém, estes preceitos não têm sido cumpridos, opera-se uma situação de crise, pois o Estado brasileiro não foi capaz de atender às demandas do liberalismo clássico, com os direitos de cunho individual e tampouco conseguiu realizar as demandas do Estado Social. O Estado imiscuiu-se em atividades que não eram próprias do poder público e deixou de realizar atividades que eram prioritárias. Atualmente, não se afigura um projeto político claro com realização às demandas prestacionais sociais. Como consequência, os serviços públicos não são prestados ou o são de forma deficiente.

Nesse viés, percebe-se que a cidadania não é exercida de forma plena, pois ela expressa a efetiva participação do cidadão, ou seja, a sua inclusão, conforme explica Fachin⁴⁹:

47 BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 157.

48 LIMBERGER, Têmis. Revisitando o dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes para efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (orgs.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 153.

49 FACHIN, Zulmar (Org.). **Direitos Fundamentais e Cidadania**. São Paulo: Método, 2008. p. 175.

[...] incluir não significa apenas evitar a discriminação devido a manifesta diferença entre as pessoas envolvidas numa determinada lide, ou seja, permitir-se apenas que a pessoa atinja seus objetivos por méritos próprios, mas significa, antes de tudo, criar meios e possibilidades, enfim, mecanismos para que as pessoas e grupos sociais tenham seus direitos respeitados e consigam ativamente participar da sociedade e fruir dos direitos dos quais são titulares.

À vista disso, não é de hoje, que vem se despendendo esforços na busca por soluções para efetivar o acesso à moradia, a fim de garantir a concretização do direito fundamental constitucional. E, é nesse viés que a formulação de políticas públicas faz-se necessária para a materialização das funções do Estado com o escopo de concretizar os direitos expressos constitucionalmente.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS

5.1. CONCEITO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Inicialmente, cabe destacar o conceito de políticas públicas, conforme leciona Bucci⁵⁰:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados.

Indo além Pierre Muller apud Dias e Deluchey⁵¹ menciona que é “um processo de mediação social, na medida em que o objeto de cada política pública é de tomar conta dos desajustamentos que podem intervir entre um setor e outros setores, ou ainda entre um setor e a sociedade global”.

Nesse sentido, verifica-se que o Estado deve realizar um programa, tendo em vista o seu planejamento para a concretização das suas funções na busca da concretização dos direitos do cidadão.

50 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

51 DIAS, Bárbara Lou da C.V.; DELUCHEY, Jean-François Y. Por uma “Política do Comum” e não das políticas públicas. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (Orgs.). **Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais**. Porto Alegre. Editora Fi, 2016. E-book. p. 16.

5.2. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO AO ACESSO À MORADIA PELA VIA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Bercovici⁵² sustenta que “O Estado é o principal formulador das políticas de desenvolvimento, ao introduzir a dimensão política no cálculo econômico, em busca da constituição de um sistema econômico nacional”.

Nesse mesmo raciocínio, Limberger⁵³ afirma que “[...] o processo de formulação de políticas públicas é decorrência de diversos fatores econômicos, políticos e ideológicos. O Estado promove o debate com todas estas forças e nasce a lei, resultado deste embate, cabendo-lhe depois a sua implementação”.

Ainda, a referida autora aduz que “o fundamento das políticas públicas é a concretização dos direitos sociais previstos na Carta Constitucional”.⁵⁴

Outrossim, essa formulação das políticas públicas pelo Estado demonstra a “boa administração”, conforme descreve Rodriguez- Arana⁵⁵:

La centralidad del ciudadano para la Administración Pública, y su posición estelar en el nuevo Derecho Administrativo, ha permitido que la Carta Europea de los Derechos Fundamentales haya reconocido el derecho fundamental de los ciudadanos europeos a la buena Administración Pública. Este derecho, como hemos señalado, se concreta en una determinada manera de administrar lo público caracterizada por la equidad, la objetividad y los plazos razonables. En este marco, en el seno del procedimiento administrativo, la proyección de este derecho ciudadano básico, de naturaleza fundamental, supone la existencia de un elenco de principios generales y de un repertorio de derechos ciudadanos que adquieren una relevancia singular. Estos derechos componen, junto con las consiguientes obligaciones, el estatuto jurídico del ciudadano ante la Administración Pública. [...].
Es decir, el derecho fundamental a la buena Administración Pública es consecuencia de la centralidad de la dignidad de la persona y de sus derechos fundamentales.

No Brasil, há longa data, como visto, o acesso ao direito à moradia tem se mostrado deficiente por inúmeras razões. Fruto disso, surge a necessidade de formulação de políticas públicas eficazes para que haja a concretização do direito fundamental constitucional ao acesso à moradia.

E, nesse rumo, surgiram várias normativas a fim de possibilitar a consecução desse direito, a saber: Lei Minha Casa, Minha Vida, Lei nº 11.997/2009; Lei Casa Verde e Amarela, Lei nº 14.118/2021; Lei da Reurb, Lei nº 13.465/17.

52 BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143.

53 LIMBERGER, Têmis. Saneamento: remédio preventivo em políticas públicas de saúde. In: CALLEGARI, André Luís, STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 8, p. 309.

54 *Ibidem*, p. 309.

55 RODRIGUEZ- ARANA, Jaime. **El derecho a una buena Administración para los ciudadanos**: Un modelo global de Administración. España: INAP, 2013. p. 98, 109.

A Lei 11.977, de 07 de julho de 2009, teve como objetivo regulamentar o programa habitacional Minha Casa, Minha Vida – visando à criação de mecanismos de incentivos à produção e aquisição de moradias pela população de baixa renda.

Em 2017, o advento da Lei 13.465/17 conceitua a regularização fundiária urbana (Reurb), sendo um procedimento que inclui medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais com o escopo de incorporar os núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

A Lei nº 14.118/2021, que institui o programa Casa Verde e Amarela tem a finalidade de promover o direito à moradia a famílias residentes em áreas urbanas e rurais de baixa renda.

Ainda, com o Código de Processo Civil de 2015, engendrou-se a usucapião extrajudicial, no artigo 1.071. Portanto, houve a alteração na Lei de Registros Públicos, Lei nº 6.015/73, acrescentando o art. 216-A com o procedimento necessário para a sua realização. Essa alteração demonstra uma significativa mudança em relação à usucapião, a qual, atualmente, pode ser realizada através dos Tabelionatos de Notas e do Registro de Imóveis, possibilitando a sua consecução sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, tornando-o mais célere.

Todas essas iniciativas buscam a regularização fundiária com vistas ao acesso ao direito fundamental constitucional à moradia, previsto no art. 6º.

Nesse sentido, verifica-se que a importância do diálogo multidisciplinar entre os poderes e as instituições, conforme leciona Limberger⁵⁶:

É necessário que o direito administrativo dialogue de maneira multidisciplinar, pois com a rapidez da informação nos tempos modernos nenhuma área do conhecimento pode sobreviver de forma isolada. É importante que essa atuação das políticas públicas seja feita de acordo com a pauta dos direitos humanos e com a articulação democrática.

Salienta-se, ainda, nos dizeres de Limberger⁵⁷, a relevância da “implementação dos direitos fundamentais, por meio de políticas públicas no Estado Democrático de Direito”.

Em convergência, importante citar Moreira Neto⁵⁸ o qual traduz a trajetória do Estado aliado à demanda da sociedade, hoje mais complexa e mais exigente em relação aos seus direitos. Interessante, mencionar que o referido autor expõe que é possível realizar esses direitos através de instrumentos disponíveis:

[...] essa trajetória evolutiva do Estado moderno ao Estado pós-moderno, que, partindo de um modelo paleoliberal, em que prevalecia a atuação preventiva e de composição de conflitos, passou a um modelo

56 LIMBERGER, Têmis. Saneamento: remédio preventivo em políticas públicas de saúde. In: CALLEGARI, André Luís, STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 8, p. 316.

57 *Ibidem*, p. 160.

58 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 72.

interventivo sobre os processos econômicos e sociais das sociedades e busca hoje transcender os dois modelos pela redefinição de seu papel político-administrativo neste início do Século XXI. É inegável que o atual modelo de Estado – colhido nesse processo de mudança acelerada, como responsável pela regência dos destinos de sociedades cada vez mais conscientes de seus interesses bem como da importância de garanti-los, sempre mais demandantes de serviços e organizadas para exigí-los – tornou-se uma instituição problemática. Mais uma crise a superar, mas, diferentemente das crises históricas que o acossaram, há cada vez melhores condições para resolvê-la, como, de resto, qualquer outro conflito, não importa de que natureza, desde que se o faça com os próprios instrumentos de sua ordem jurídica e, para tanto, quanto mais dúctil e flexível esta for, melhor e mais rapidamente serão superadas as crises que advirão.⁵⁹

Diante disso, visualiza-se um cenário em que as medidas estão sendo assumidas pelo Estado, cabe, agora, monitorar o desempenho do cidadão para que ele também haja no sentido de ir ao encontro às políticas públicas e assumir o seu papel de cidadão emancipado.

Destarte, com o diálogo⁶⁰ entre as instituições e o cidadão, e cada um dos sujeitos jurídicos desempenhando o seu papel na sociedade democrática, assumindo e comprometendo-se em suas responsabilidades é possível a implementação das políticas públicas e a concretização dos direitos fundamentais à cidadania, ao acesso à justiça e à moradia.

Frisa-se que essa atuação de forma preventiva nas políticas públicas e de fomentar a regularização fundiária evita também várias demandas contenciosas no Poder Judiciário.

Ao lado de todo o argumentado, há a visão de Häberle⁶¹, a qual deve ser lembrada, “a Constituição é a expressão também de certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de auto-representação própria de todo um povo, espelho de sua cultura e fundamento de suas esperanças”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa demonstrou-se a evolução dos modelos de Estado, tecendo as principais nuances do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito. Em seguimento, depreendeu-se uma acepção acerca dos Direitos Fundamentais num panorama mundial e, após, com ênfase na Constituição Federal do Brasil.

59 *Ibidem*, p. 74.

60 O diálogo entre os poderes e instituições pode servir como importante canal para resolução dos conflitos, pois apesar de uma separação funcional todos são integrantes da estrutura burocrática do Estado. (LIMBERGER, Têmis. Revisitando o dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes para efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil. *In*: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (orgs.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora FI, 2016. p. 182).

61 Häberle apud BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 161.

Conforme visto, a Constituição de 1988 trouxe, em seu artigo 1º, a cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito, bem como, em seu art. 5º, elencou os direitos e garantias fundamentais, ressaltando a importância do bem-estar humano como fator a ser considerado pelo Estado.

Nessa toada, surge o direito social ao acesso à moradia, previsto expressamente no artigo 6º da Constituição Federal por meio de uma emenda constitucional no ano de 2000.

Todavia, em que pese ser um direito social com assento constitucional há uma dificuldade em se implantar e de se concretizar tal direito ao cidadão.

Diante desse panorama, é necessário voltar-se à pergunta: a atividade administrativa é democrática a partir da execução das políticas públicas e deste modo é possível a concretização dos direitos humanos e fundamentais. Há de fato um novo papel assumido pela Administração Pública e no agir dos administradores assumindo estes também um papel democrático (re)fundando o Estado Democrático de Direito?

Tal preocupação importa reconhecer que um Estado que não proporcione ao cidadão o reconhecimento e a realização dos direitos fundamentais constitucionais não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Considera-se que um modelo de Estado ineficiente compromete a efetividade da concretização dos direitos constitucionalmente previstos, de modo que as normas se transformam em uma ilusão, sem a garantia de sua realização.

O Estado sofre de várias mazelas como, por exemplo, a falta de estrutura, de planejamento e de orçamento. No Brasil, o acesso ao direito à moradia tem se mostrado deficiente por inúmeras razões. Ocorre que, como demonstrado é possível haver instrumentos de políticas públicas para o Estado atuar em seu papel dando a resposta ao cidadão.

É nesse contexto que surge a formulação de políticas públicas eficientes para a concretização do direito fundamental constitucional ao acesso à moradia.

Cabe ao Poder Público e à sociedade, como um todo, somar esforços para realizar ações de compatibilização e harmonização ao direito social à moradia, desempenhando a democracia e a “cidadania emancipatória”⁶², deixando para trás a “cidadania infantilizada”⁶³.

Diante de todos os aspectos abordados no presente estudo, pode-se concluir e afirmar que a adoção de políticas públicas é o caminho a ser percorrido pelo Estado, visando a concretização do comando/dever constitucional ao acesso à moradia e, por consequência, contemplando o exercício da cidadania.

62 LIMBERGER, Têmis. Saneamento: remédio preventivo em políticas públicas de saúde. In: CALLEGARI, André Luís, STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 8, p. 306.

63 *Ibidem*.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143-161.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. 7. reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 jul. 2021.
- BRASIL. **Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 04 jul. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em: 04 jul. 2021.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- DIAS, Bárbara Lou da C.V.; DELUCHEY, Jean-François Y. Por uma "Política do Comum" e não das políticas públicas. *In*: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (Orgs.). **Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais**. Porto Alegre. Editora Fi, 2016. *E-book*. p. 11-41.
- FACHIN, Zulmar (Org). **Direitos Fundamentais e Cidadania**. São Paulo: Método, 2008.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Globo, 2000. v. 1.
- LIMBERGER, Têmis. Revisitando o dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes para efetivação das políticas públicas de saúde no Brasil. *In*: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (orgs.). **Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 143-192.
- LIMBERGER, Têmis. Saneamento: remédio preventivo em políticas públicas de saúde. *In*: CALLEGARI, André Luís, STRECK, Lenio Luiz, ROCHA, Leonel Severo. (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. v. 8.
- MARICATO, Ermínia. **Moradia Social e meio ambiente**. São Paulo: Universidade de São Paulo, n. 35, p. 54-69, 2001.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**. 16. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo: a questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- RODRIGUEZ- ARANA, Jaime. **El derecho a una buena Administración para los ciudadanos: Un modelo global de Administración**. España: INAP, 2013.
- SADDY, André. Surgimento e evolução do termo discricionariedade administrativa. *In*: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; GUIMARÃES FILHO, Gilberto; SIMÕES, Sandro Alex de Souza (orgs.). **Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de direitos fundamentais**.

Porto Alegre: Editora Fi, 2016. p. 65-142.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SILVA, José Afonso da. Acesso à Justiça e Cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 216, p. 9-23, abr./jun. 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

THE IMPOSSIBILITY OF ACQUIRING A CONSTITUTIONAL RULE IN VIEW OF THE THEORY OF STABILIZATION OF THE EFFECTS OF THE ADMINISTRATIVE ACT
A IMPOSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL FACE A TEORIA DA ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DO ATO ADMINISTRATIVO

artigos
científicos

Danylo Fernando Acioli Machado¹

¹ Procurador Geral da Câmara Municipal de Apucarana. Especialista em Direito Civil, do Consumidor e Processo Civil pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania – IDCC. Especialista em Direito Público Aplicado pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI. Pós-graduando em Advocacia Tributária pela Escola Brasileira de Direito – EBRADI. E-mail: danyloaciolim@gmail.com

Recebido/Received: 14.11.2021/ November 14th, 2021.
Aprovado/Approved: 26.01.2022/ January 26th, 2022.

RESUMO

Atualmente, no âmbito do direito público, em especial no direito constitucional e administrativo, é possível vislumbrar discussões acerca de atos administrativos que afrontaram diretamente a Constituição Federal e que, por isso, padecem de nulidade insanável. Há precedente em julgado do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é impossível a usucapião de norma constitucional. Não obstante, é de se ressaltar o substrato teórico advindo do direito administrativo, em especial acerca da teoria da estabilização dos atos administrativos. Há, aparentemente, conflito entre os dois institutos jurídicos, trazendo a necessidade de apontamentos teóricos e práticos sobre o tema. Busca-se, com o presente artigo, demonstrar a aplicabilidade dos institutos mencionados, buscando fazer a integração sem preterição entre os temas apontados. Há o denodo de demonstrar que, mesmo existindo certo antagonismo, em verdade existe a possibilidade de pacificação entre os institutos, visando uma aplicação congruente e conjunta com outros princípios do direito constitucional, os quais são capazes de dar segurança jurídica a situações práticas que carecem de real discernimento pelos aplicadores. O consectário do presente artigo é a contribuição à Administração Pública e órgãos de controle no direcionamento e estudo do tema.

Palavras-chave: Usucapião de Norma Constitucional. Teoria da Estabilização dos Efeitos do Ato Administrativo. Direito Constitucional. Direito Administrativo.

ABSTRACT

Currently, in the area of public law, especially in constitutional and administrative law, it is possible to notice discussions about administrative acts that directly affront the Federal Constitution and, therefore, suffer from irreparable nullity. There is an unappealable precedent of the Federal Supreme Court in the sense that the usucapion of a constitutional rule is impossible. Nevertheless, it is worth emphasizing the theoretical substrate arising from administrative law, especially regarding the theory of stabilization of administrative acts. There is, apparently, a conflict between the two legal institutes, bringing the need for theoretical and practical notes on the subject. The aim is to demonstrate the applicability of the aforementioned institutes, seeking to integrate without prejudice

between the topics mentioned. This article has the courage to demonstrate that, even with a certain antagonism, there is a possibility of pacification between the institutes, aiming at a congruent and joint application with other principles of constitutional law, which are capable of providing legal certainty to practical situations that lack real discernment by the applicators. The consequence of this article is the contribution to Public Administration and control bodies in directing and studying the topic.

Keywords: *Usucapion from a Constitutional Rule. Theory of Stabilization of the Effects of the Administrative Act. Constitutional right. Administrative law.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO; 2 DA IMPOSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL; 3 TEORIA DA ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DO ATO ADMINISTRATIVO; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o escopo trazer a lustre a discussão acerca da impossibilidade de usucapião de norma constitucional, ou seja, demonstrar que as nulidades que eivam de vícios insanáveis – nulidade – os atos administrativos não podem ser convalidados pelo decurso do tempo, ainda que dentro do pretexto de respeito à segurança jurídica, boa-fé, teoria do fato consumado e outros. Tem-se precedente que será abordado no decorrer do artigo em que ficou assentada esta tese pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que a pesquisa realizada se utilizou de decisões proferidas em *leading cases* pela Corte Maior.

Necessário ressaltar que se trata de tema de aplicabilidade prática, tendo em vista a existência de processos administrativos no âmbito da Administração Pública que buscam a declaração de nulidade em decorrência de atos administrativos eivados de inconstitucionalidade por afrontarem diretamente a Constituição Federal.

Os processos administrativos que visam a declaração de nulidade de determinados atos, não raras vezes, encontram, no exercício do contraditório daquele que será afetado, a alegação de vários substratos teóricos, em especial: afronta à segurança jurídica; boa-fé; teoria do fato consumado; decurso de lapso temporal suficiente à manutenção, até mesmo da decadência, em algumas hipóteses há a alegação de suposta prescrição dos atos nulos; necessidade de modulação dos efeitos e tantas outras quantas forem possíveis de arguição.

Noutra linha, surge no direito pátrio a teoria da estabilização dos efeitos do ato administrativo, o qual, sem adiantar todo o mérito do artigo, tem como escopo buscar mitigar os efeitos do ato nulo quando já transcorrido determinado lapso temporal, não se fala em fato consumado, mas sim na estabilização do ato nulo pelas consequências práticas geradas por uma declaração de nulidade com efeito *ex tunc*, neste ponto, uma comparação grosseira, mas didática, seria a de que é instituto parecido com a modulação dos efeitos de determinadas decisões.

Numa análise perfunctória, parece existir uma impossibilidade de coexistência entre os institutos mencionados, fazendo com que seja necessária a preterição de um em face doutro. Não obstante, defender-se-á no decorrer do artigo que tal conflito é meramente aparente, sendo possível a coexistência com a devida utilização de métodos de integração jurídica, visando uma aplicabilidade congruente e conjunta tanto da impossibilidade de usucapião das normas jurídicas, bem como da teoria da estabilização dos efeitos do ato administrativo.

No âmbito da pesquisa, utiliza-se de doutrina e, principalmente, jurisprudência.

2. DA IMPOSSIBILIDADE DE USUCAPIÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL

A defesa veemente acerca da impossibilidade de usucapião de norma constitucional vem da ideia de que a obrigatoriedade da Constituição Federal deriva de sua vigência, ou seja, foge à razoabilidade a imagem de que o mero transcurso do tempo seja suficiente para que alguém encampe situações jurídicas inconstitucionais, mas, em razão do transcurso temporal, esteja amparado por ter usucapido tal norma. Ora, o tempo não é capaz de derogar a força obrigatória dos preceitos constitucionais, ainda que pela omissão de qualquer autoridade pública.

O Supremo Tribunal Federal se debruçou em processo que tratava sobre pessoa contratada sem concurso público, após a vigência da Constituição Federal de 1988, tendo alegação no processo que o decurso de considerável lapso temporal após a contratação, ainda que nula, deveria ser mantida em respeito à princípios como o da boa-fé, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana. Em celebre voto, o Ministro Dias Toffoli assim se manifestou:

Entendo, por conseguinte, não ser possível invocar os princípios da boa-fé, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana para amparar a presente demanda, uma vez que a matéria em questão está inserida na ordem constitucional, a todos imposta de forma equânime. Sou francamente partidário da necessidade de concurso público como elemento nuclear da formação de vínculos estatutários efetivos com a Administração, em quaisquer níveis. A regra é o concurso público, isonômico e universal. Ademais, no que se refere ao problema da boa-fé e da eficácia continuativa das relações jurídicas, entendo que não pode haver usucapião de constitucionalidade. A obrigatoriedade da Constituição deriva de sua vigência. Não é possível entender que o tempo derogue a força obrigatória de seus preceitos devido a ações omissivas ou comissivas de autoridades públicas¹

O caso analisado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal sedimenta a ideia de que o tempo não é capaz de afastar as afrontas diretas à Constituição Federal, as quais não decaem, prescrevem ou são capazes de serem usucapidas.

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315177748&ext=.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

Tratar de afrontas ao texto constitucional é necessariamente tratar de nulidades, de modo tal que, como já pacificado, o que é nulo não se pereniza com o advento de considerável lapso temporal, ao menos, não as nulidades perpetradas contra a nossa Carta Maior, esse foi o entendimento prolatado, inclusive, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade 293, de relatoria do então Ministro Celso de Mello, vide trecho, *in verbis*

O argumento de que a Administração teria o prazo decadencial de cinco anos para rever o ato é insubsistente, haja vista que a aplicabilidade dessa norma restringe-se aos casos em que os atos produzam efeitos, hipótese não configurada quando se cuida de atos nulos²

Do que se afere nos trechos dos votos colacionados até aqui, verifica-se não ser possível alegar direito adquirido – usucapião, *in casu* – em face das normas constitucionais. Há aqueles que buscam tentar aplicar o prazo do artigo 54 da Lei 9.784/99, a qual prevê que

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato³.

Não obstante às tentativas mencionadas, o Supremo Tribunal Federal, no informativo 741, em voto proferido em sede de Mandado de Segurança nº 26860/DF, julgada em 02/04/2014, relatoria do douto Ministro Luiz Fux, sedimentou, em resumo, o que se segue

Não existe direito adquirido à efetivação na titularidade de cartório quando a vacância do cargo ocorre na vigência da CF/88, que exige a submissão a concurso público (art. 236, § 3º). O prazo decadencial do art. 54 da Lei nº 9.784/99 não se aplica quando o ato a ser anulado afronta diretamente a Constituição Federal. O art. 236, § 3º, da CF é uma norma constitucional autoaplicável. Logo, mesmo antes da edição da Lei 8.935/1994 ela já tinha plena eficácia e o concurso público era obrigatório como condição para o ingresso na atividade notarial e de registro. STF. Plenário. MS 26860/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 2/4/2014 (Info 741)⁴.

Em verdade, o voto proferido pelo ministro Luiz Fux não foi inédito, já que o Supremo Tribunal Federal já havia se debruçado sobre este tema em momento anterior, inclusive, o *leading case* também se deu em sede de Mandado de Segurança, no ano de 2010, por voto da então ministra Ellen Gracie, no voto mencionado ficou estabelecido que hipóteses em que há uma afronta literal e direta ao texto da Carta

2 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346295>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

3 BRASIL. **Lei 9.784/1999**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 13 nov. 2021.

4 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O prazo decadencial do art. 54 da Lei nº 9.784/99 não se aplica quando o ato a ser anulado afronta diretamente a Constituição Federal**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerdireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/839ab46820b524afda05122893c2fe8e>>. Acesso em: 13/11/2021.

Maior não podem e nem devem ter afastada a nulidade pelo advento do prazo quinquenal previsto na Lei 9.784/99, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal, vide trechos do julgado, *in verbis*

(...) O art. 236, § 3º, da Constituição Federal é norma auto-aplicável. 2. Nos termos da Constituição Federal, sempre se fez necessária a submissão a concurso público para o devido provimento de serventias extrajudiciais eventualmente vagas ou para fins de remoção. 3. Rejeição da tese de que somente com a edição da Lei 8.935/1994 teria essa norma constitucional se tornado auto-aplicável. (...) 5. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal. 6. Existência de jurisprudência consolidada da Suprema Corte no sentido de que não há direito adquirido à efetivação de substituto no cargo vago de titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição pretérita, na redação atribuída pela Emenda Constitucional 22/1983, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição de 1988 (...) 7. Reafirmada a inexistência de direito adquirido de substituto que preencheria os requisitos do art. 208 da Carta pretérita à investidura na titularidade de Cartório, quando a vaga tenha surgido após a promulgação da Constituição de 1988, pois esta, no seu art. 236, § 3º, exige expressamente a realização de concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro. 8. Os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade devem nortear a ascensão às funções públicas. (...) STF. Plenário. MS 28279, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 16/12/2010⁵

Dos votos colacionados e do que até então foi abordado, certo é que a Constituição Federal não aceita a usucapião de suas normas, já que o Texto Maior é o ápice, a base e o núcleo de todo o ordenamento jurídico, sendo a irradiação de suas normas e a validade destas a *conditio sine qua non* para que as engrenagens da República Federativa do Brasil sigam funcionando sem causar rugas insanáveis pela relativização do que não poderia ser relativizado.

Nesta senda, tem-se que um dos princípios regedores da Administração Pública que possuem maior enfoque, tendo previsão constitucional, é o princípio da Legalidade, o qual, como um vetor, presta-se para que a Administração Pública se pautem na Lei para a prática de seus atos, seja na imposição ou na autorização nela prevista. Deste modo, a Legalidade para a Administração Pública é princípio que dá atribuição ao Estado para que crie normas de autolimitação e as respeite, visando a contemplação do interesse público⁶. Não se olvida que essa atuação estatal encontra limitações junto ao próprio texto constitucional.

5 CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O prazo decadencial do art. 54 da Lei nº 9.784/99 não se aplica quando o ato a ser anulado afronta diretamente a Constituição Federal.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/839ab46820b524afda05122893c2fe8e>>. Acesso em: 13/11/2021.

6 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo.** São Paulo: atlas, 2015, página 20.

O ministro Edson Fachin, em voto, no julgamento conjunto da ADC 43, 44 e 54, assentou que

“parte-se da premissa segundo a qual há uma presunção que, de certo modo é inata a todo o ordenamento jurídico, ao menos ao ordenamento jurídico do Estado de Direito Democrático. É a presunção de que a Constituição e a Lei são coerentes, racionais e válidas”⁷.

Deste modo, o cerne da questão é que afetaria a segurança jurídica e os fundamentos constitucionais a relativização, ainda que ínfima, da Lei Maior. Por assim ser o Supremo Tribunal Federal e a doutrina pátria têm defendido que a força da constituição decorre de si e que para a manutenção devida de sua existência, vigência e cogência é necessário o respeito ao que lá está previsto.

Ainda que de forma perfunctória, entende-se que trazida a lustre a questão da impossibilidade de usucapião de normas constitucionais, dentro da problemática proposta no presente artigo. Tem-se que a análise da Constituição Federal, enquanto norma maior que exige o devido respeito e coerência, é *conditio sine qua non* para adentrar a análise da teoria da estabilização dos efeitos do ato administrativo e, posteriormente, sobre a possibilidade ou não de coexistência harmônica entre os institutos estudados, quanto ao assunto em lustre.

3. TEORIA DA ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Ultrapassada a análise da impossibilidade de usucapião de norma constitucional, já que o que padece de nulidade é natimorto, tem-se a necessidade de adentrar ao tema que abordará a teoria da estabilização dos efeitos do ato administrativo. Insta salientar, de início, não se tratar de teoria que busca convalidar nulidades, ao contrário, trata-se de teoria que reconhece a nulidade e a trata como nulidade, mas busca mitigar os efeitos práticos deste vício, visando pacificar situações administrativas que poderiam ser muito gravosas à terceiros de boa-fé e, ao mesmo tempo, intenta aplicar a prática junto à teoria, ao invés de aplicar conceitos abstratos sem considerar os efeitos práticos da tomada de decisão.

Dada a introdução no feito, verifica-se que, conforme ensina Matheus Carvalho, a teoria da estabilização dos efeitos dos atos administrativos é instituto criado pela doutrina nacional e acompanhado pelos tribunais, o qual deseja dar manutenção aos princípios da boa-fé e da segurança jurídica, estes são necessários à formação do que se entende por Estado Democrático de Direito⁸.

A legislação vem avançando neste sentido, inclusive buscando afastar a ideia de aplicação pura e simples de valores jurídicos abstratos, de tal modo que tanto na via administrativa como controladora ou judicial, a tomada de decisões deve considerar

7 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=8fvdMX4hPo>>. Acesso em: 13 nov. 2021.

8 CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. - Salvador: JusPODIVM, 2021, página 323.

os efeitos práticos desta, inclusive, cabe àquele que decide demonstrar a necessidade e a adequação das medidas impostas, sem afastar esta exigência quando ocorre a invalidação de ato, contrato etc., o legislador pátrio exige que o decisor leve em consideração até mesmo as possíveis alternativas no caso concreto. Neste sentido, houve alteração na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942, vide artigo 20, *in verbis*

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas⁹.

Resta notória a preocupação do legislador em evitar que nulidades venham a acarretar conflitos intertemporais, ao invés disso, o que se desejou alcançar com a alteração legislativa foi a mitigação desses conflitos, ou seja, em outros meandros, fala-se que a estabilização dos atos administrativos serviria como fator para a redução de conflitos intertemporais.

O ato administrativo que carece de estabilização é, em regra, o nulo, já que o anulável é sanável e possível de convalidação. Ocorre que o ato nulo, como já dito, é natimorto, de tal modo que o reconhecimento da nulidade tem efeito retroativo (*ex tunc*). Não obstante, a desconstituição integral do ato como medida de resposta à nulidade pode ensejar problemas maiores, como a ruptura integral com a segurança jurídica. Em verdade, trata-se de problema conhecido há décadas, inicialmente, a teoria da estabilização dos efeitos do ato administrativo intenta seja reconhecido, inicialmente, apenas efeitos futuros para a declaração de nulidade, deixando estanque os eventos pretéritos. Em sede de dissertação de mestrado junto à Pontifícia Universidade Católica (PUC) do Rio Grande do Sul, Giovani Bigolin assim leciona, vide abaixo

A desconstituição total de um ato em resposta a toda e qualquer violação a um dispositivo normativo, com efeitos eminentemente retroativos ensejaria, muitas vezes, um verdadeiro atentado à segurança jurídica que esmagaria tudo em sua passagem, promovendo a injustiça em tamanha e intemporal desordem. Viu-se que o problema não é novo e não passou despercebido de Kelsen, o qual, desde 1928, já propugnava que a anulação de uma lei no controle de constitucionalidade deveria, salvo exceções, produzir efeitos para o futuro, o que hoje também se preconiza seja aplicado aos atos administrativos que produzirem expectativas legítimas aos cidadãos. (...) Vale repisar que o conteúdo do princípio da preservação dos atos administrativos não está a reforçar a conduta de estabilizar qualquer vício contido na produção do ato. Do contrário, o que se está a tutelar é a conservação do ato, quando validamente puder atingir os seus fins, garantindo-se a confiança do cidadão. Tal enunciado valorativo também está a exigir que os operadores do direito interpretem as normas de maneira mais favorável para que cumpram os efeitos a que estão destinados¹⁰.

9 BRASIL. DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021.

10 BIGOLIN, Giovani. Da estabilização dos atos administrativos sanáveis como fator de redução de conflitos intertemporais.

Como dito na introdução, ainda que não seja o ideal, o conceito da estabilização dos efeitos do ato administrativo acaba permeando a modulação dos efeitos aplicadas em sede judicial, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, vide artigo 27 da Lei 9.868/1999, *in verbis*

Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado¹¹.

Ora, verifica-se que a legislação com irradiação necessária em sede de julgamento em controle concentrado de constitucionalidade visou acrescentar possibilidade de mitigação dos efeitos retroativos aos atos normativos e até mesmo administrativos quando estes possam atingir frontalmente o interesse social e/ou a segurança jurídica.

Uma leitura açodada poderia dar a entender que a estabilização dos efeitos do ato administrativo é equivalente à teoria do fato consumado, led o engano! O Professor Matheus Carvalho bem leciona que, vide abaixo

Ressalta-se ainda que, a figura da Estabilização dos efeitos dos Atos Administrativos não se confunde com a Teoria do Fato Consumado, que garante de forma automática a manutenção do ato pelo simples fato de a situação concreta já se ter realizado, não sendo possível o retorno ao *status quo ante*. Na estabilização, por sua vez, é preciso que a retirada do ato comprometa outros princípios da ordem jurídica, causando prejuízos sérios que justifiquem a manutenção da situação. Portanto, o instituto da estabilização dos efeitos visa garantir a manutenção de efeitos de atos viciados, ainda que tenham sido de vício insanável, como forma de garantia dos princípios da segurança jurídica e da boa-fé dos particulares beneficiados pelo ato. Nestes casos, a legalidade é mitigada, para que se faça a ponderação com outros princípios inerentes à formação do Estado de Direito e da cidadania¹².

Os ensinamentos trazidos pelo douto doutrinador encontram amparo em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, vide Ação Cível Originária nº 79, no qual, conforme se colaciona trechos do julgado abaixo, assim restou decidido

EMENTA: ATO ADMINISTRATIVO. Terras públicas estaduais. Concessão de domínio para fins de colonização. Áreas superiores a dez mil hectares. Falta de autorização prévia do Senado Federal. Ofensa ao art. 156, § 2º, da Constituição Federal de 1946, incidente à data dos negócios jurídicos translativos de domínio. Inconstitucionalidade reconhecida. **Nulidade não pronunciada. Atos celebrados há 53 anos. Boa-fé e confiança legítima dos adquirentes de lotes.** Colonização que implicou, ao longo do tempo, criação de cidades, fixação de famílias, construção

2006. 33 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4072/1/385741.pdf>>. Acesso em: 14. nov. 2021.

11 BRASIL. Lei 9.868/1999. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/9868.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021.

12 CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. - Salvador: JusPODIVM, 2021, página 323.

de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos comerciais, industriais e de serviços, etc.. Situação factual consolidada. **Impossibilidade jurídica de anulação dos negócios diante das consequências desastrosas que, do ponto de vista pessoal e socioeconômico, acarretaria. Aplicação dos princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, como resultado da ponderação de valores constitucionais.** Ação julgada improcedente, **perante a singularidade do caso.** Votos vencidos. **Sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima, não podem ser anuladas, meio século depois, por falta de necessária autorização prévia do Legislativo, concessões de domínio de terras públicas, celebradas para fins de colonização, quando esta, sob absoluta boa-fé e convicção de validade dos negócios por parte dos adquirentes e sucessores, se consolidou, ao longo do tempo, com criação de cidades, fixação de famílias, construção de hospitais, estradas, aeroportos, residências, estabelecimentos (...)** O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR): 1. De acordo com o estatuído no art. 535 do Código de Processo Civil, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição ou omissão do acórdão atacado. Entretanto, no caso, não se verifica a existência de quaisquer das deficiências em questão, pois o acórdão embargado enfrentou e decidiu, de maneira integral e com fundamentação suficiente, toda a controvérsia constitucional posta na ação cível originária, ao considerar que (a) houve violação ao art. 156, § 2º da Constituição Federal de 1946, aplicável à espécie na data de realização dos negócios jurídicos que transferiram o domínio público a particulares, com reconhecimento da inconstitucionalidade diante da ausência da autorização prévia do Senado uma vez que se tratava de áreas superiores a 10.000 (dez mil) hectares; (b) **diante da singularidade decorrente da própria ancianidade da discussão perante o Supremo Tribunal Federal (STF) – as quais envolveram “atos celebrados há 53 anos” –, a nulidade de tais negócios jurídicos não deveria ser pronunciada por que, diante da “situação factual consolidada”, em obediência aos princípios da boa-fé e da confiança legítima dos eventuais adquirentes de lotes, assim como da segurança jurídica quanto aos atos praticados**¹³ (GRIFO NOSSO)

No caso concreto julgado pelo Supremo Tribunal Federal verificou-se a existência de atos nulos, contudo com transcorrer de lapso temporal equivalente a meio século. A aplicação apenas de conceitos jurídicos abstratos geraria a ideia de que havendo nulidade, aplicar-se-ia a teoria das nulidades com a extirpação do ato do mundo jurídico, inclusive com efeitos retroativos, contudo, conforme bem delineou a Corte Maior, em determinadas situações é necessário ponderar princípios e não desconsiderar a necessidade da manutenção da boa-fé e da segurança jurídica, bem como da razoabilidade e proporcionalidade na tomada de decisão.

Sabe-se que o conteúdo ora trazido é abstrato e demanda interpretação jurídica global sobre vários institutos, contudo, trata-se de tema que de tempos em tempos

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=143924412&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2021.

ou, as vezes rotineiramente, são levados a conhecimento dos administradores para que estes tomem as medidas cabíveis, inclusive, com base em súmulas do Supremo Tribunal Federal, vide as de número 346 e 473, ambas colacionadas abaixo

Súmula 346 – Enunciado - A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos¹⁴.

Súmula 473 – Enunciado - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial¹⁵.

Deste modo, é imperioso que o aplicador da norma, aquele que toma decisões, inclusive na via administrativa, bem como os próprios administrados, tenham conhecimento da existência dos institutos jurídicos, pois, ainda que em sede de contraditório ou na própria tomada de decisão, saber diferenciar teorias jurídicas como fato consumado e estabilização dos efeitos do ato administrativo, pode ser um vetor para a tomada de decisão justa, inclusive, é de se notar que as decisões precisam estar pautadas tanto nos conceitos abstratos como nos efeitos práticos ocasionados pelo entendimento exarado.

Ao leitor, tenha o zelo de entender que não se defende no artigo que a estabilização dos efeitos do ato administrativo deve ser aplicada às cegas, ou até mesmo em todos os casos, não se busca, da mesma forma, asseverar que a segurança jurídica, a confiança – boa-fé e seus consectários ou qualquer outro destes institutos, seriam capazes de servir como castelo/escudo para tornar possível situações verdadeiramente teratológicas ou que vilipendiam a ordem constitucional, inclusive, sob pena de premiar o mal gestor ou servidor que atue às escondidas e aguarde lapso temporal para perpetrar inconstitucionalidades.

Acastela, neste ponto, a opinião de que a segurança jurídica e os outros institutos susoditos sirvam para pacificar e apaziguar os imbróglios capazes de gerar demandas e lides, tanto administrativas quanto judiciais. Não se olvida das importantes lições trazidas por Hely Lopes Meirelles no sentido de que o ato administrativo não é meio-válido ou meio-inválido, mas sim legal ou ilegal¹⁶. Não obstante, é necessário, reitera-se aqui, fazer uma análise ampla sob pena da prática de injustiças.

Vale-se aqui das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, quando assim ensinou, *in verbis*

Ato algum em Direto é mais inválido do que outro. Todavia, pode haver e há reações do Direito mais ou menos radicais ante as várias hipóteses de invalidade. Ou seja: a ordem normativa pode repelir com intensidade variável atos praticados em desobediência às disposições jurídicas, estabelecendo, destarte, uma gradação no repúdio a eles¹⁷.

14 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula346/false>>. Acesso em: 14 nov. 2021

15 BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false>>. Acesso em: 14 nov. 2021

16 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 205

17 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo, Malheiros. 2006. p. 429.

Por assim ser, alguns atos serão repudiados e extirpados sem muitas mazelas, já outros, carecerão de análise com afinco, demandando, em alguns casos, a sua manutenção na ordem jurídica, o que não importa em convivência harmônica com as nulidades, mas sim em manutenção da segurança jurídica, em respeito à legítima confiança. Não é possível ou plausível que a administração cometa o erro e, após determinado e considerável lapso temporal, intente avassalar situações jurídicas e administrativas já consolidadas, ressalva-se aqui a possibilidade dessa tomada de medidas quando houver a comprovação de má-fé dos beneficiados.

Deste modo, a boa-fé será um elemento norteador para definir a possibilidade ou não de retroação dos efeitos, bem como da manutenção ou não da situação jurídica consolidada, evitando-se, destarte, a frustração de confiança naquele que detém o poder maior, qual seja, o Estado.

4. CONCLUSÃO

Uma vez constatada e enunciada a problemática acerca da impossibilidade de usucapião de norma constitucional, bem como sobre a teoria da estabilização dos efeitos do ato administrativo, buscou-se demonstrar que é necessária uma análise conjunta e congruente dos mais variados princípios constitucionais, levando-se em conta que na tomada de decisões é dever daquele que decide a análise dos efeitos concretos gerados por sua decisão.

Necessário salientar que restou clara a impossibilidade de usucapir normas constitucionais, sob pena de ruptura com todo o sistema instaurado pela Carta Maior, inclusive, a regra é a de que as nulidades não podem alcançar convalidação e a declaração de nulidade possui efeitos retroativos (*ex tunc*), ocorre que, como boa parte do que se estuda no direito brasileiro, em determinadas situações há necessidade de verificar os efeitos concretos da decisão, evitando-se que a análise abstrata de institutos jurídicos afete lamuriosamente a vida de administrados que, de boa-fé e acreditando da legitimidade dos atos anteriores, alcançaram, após o decurso de considerável lapso temporal, o sentimento de segurança na imutabilidade da situação fática. Menciona-se que cabe, por óbvio, uma análise caso a caso, não existindo uma previsão absoluta e única para todas as situações.

O direito pátrio parece caminhar no sentido de impedir que juízos teóricos comprometam a segurança e legítima confiança gerada pela própria administração, não se vislumbra possível o *venire contra factum proprium* (os atos contraditórios), ou seja, impossível que a Administração Pública crie determinada situação fática e, após décadas, busque nulificar seus atos, tudo isso com mera análise de institutos jurídicos abstratos. Jamais se impediria o reconhecimento das nulidades, inclusive a possibilidade de atingir a esfera jurídica daqueles que colaboraram e/ou estavam de má-fé na edição do ato eivado de vício.

Sabe-se que de um lado há a lei e que *dura lex sed lex* (a lei é dura, mas é a lei), mas de outro lado, há situações jurídicas consolidadas e que, se atingidas, podem gerar efeitos irreparáveis na esfera jurídica de terceiros de boa-fé. Deve-se afastar com todas as forças o inconveniente fetichismo da lei. O que se busca dos aplicadores do direito é que existam respostas adequadas e eficientes, perfazendo-se a integração da prática com a teoria, já que a complexidade das demandas trazidas à mesa demanda uma análise caso a caso, uma interpretação única.

Por todo o exposto, tem-se que o direito está longe de ser matéria estática, razão pela qual é *conditio sine qua non* para a manutenção do Estado Democrático de Direito a implementação e aplicação conjunta de conceitos e teorias jurídicas, ainda que de início pareçam antagônicas, já que as questões postas à mesa não são virtuais, mas sim de jurisdicionados que carecem de julgamentos e análises justas. O presente artigo defende que as normas constitucionais jamais podem ser usucapidas ou vilipendiadas, sem com isso entender que, em determinadas situações, é necessário estabilizar os efeitos de determinados atos administrativos, sob pena de ao tentar sanar um problema, causar uma avalanche doutros problemas, os quais também seriam forma de vilipendiar o ordenamento jurídico, em especial, atentar contra a nossa protegida e às vezes incompreendida Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- BIGOLIN, Giovani. **Da estabilização dos atos administrativos sanáveis como fator de redução de conflitos intertemporais**. 2006. 33 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em: <<https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4072/1/385741.pdf>>. Acesso em: 14. nov. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 nov. 2021.
- BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021
- BRASIL. **Lei 9.784/1999**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 13 nov. 2021
- BRASIL. **Lei 9.868/1999**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315177748&ext=.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2021
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346295>>. Acesso em: 13 nov. 2021
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=8fvdtMX4hPo>>. Acesso em: 13 nov. 2021.
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=143924412&ext=.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2021
- BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula346/false>>. Acesso em: 14 nov. 2021

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Brasília, DF. Disponível em <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula473/false>>. Acesso em: 14 nov. 2021

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 9. ed. rev. atual. e ampl. - Salvador: JusPODIVM, 2021, página 323

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **O prazo decadencial do art. 54 da Lei nº 9.784/99 não se aplica quando o ato a ser anulado afronta diretamente a Constituição Federal**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/839ab46820b524afda05122893c2fe8e>>. Acesso em: 13/11/2021

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: atlas, 2015, página 20.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 205

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo, Malheiros. 2006. p. 429.

artigos
científicos

**FINANCIAL PSYCHOLOGY, TAX EDUCATION, AND PARTICIPATORY
DEMOCRACY: THE WAYS (OR THE WAY) TO AN EFFECTIVE CITIZENSHIP
THROUGH A "FISCAL PEDAGOGY"**

**PSICOLOGIA FINANCEIRA, EDUCAÇÃO TRIBUTÁRIA E DEMOCRACIA
PARTICIPATIVA: OS CAMINHOS (OU O CAMINHO) PARA UMA EFETIVA
CIDADANIA POR MEIO DE UMA "PEDAGOGIA FISCAL"**

Isaac Rodrigues Cunha¹

¹Doutorando (2020) pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará - PPGD/UFC. Mestre em Direito (2017) pelo mesmo PPGD/UFC, com Área de Concentração em Ordem Jurídica Constitucional. Bacharel em Direito (2014) também pela Universidade Federal do Ceará. É Professor Universitário junto ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Maurício de Nassau - UNINASSAU - Unidade Parangaba (Fortaleza/CE), Assessor Jurídico no Ministério Público do Estado do Ceará - MPCE junto à 1ª Promotoria de Justiça de Maranguape/CE e Membro Efetivo da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Ceará - CEJ-OAB/CE. E-mail: isaac.rodrigues.cunha@gmail.com

Recebido/Received: 15.11.2021/ November 15th, 2021.
Aprovado/Approved: 29.09.2022/ September 29th, 2022.

RESUMO

Os desdobramentos psicopedagógicos da relação Fisco-contribuinte são fundamentais para a compreensão e solução do problema da oposição social aos tributos, a qual se acaba, geralmente, transfigurando em uma oposição ao próprio Estado e à Política. Nesse sentido, o presente trabalho objetiva relacionar os contornos atuais da democracia, quando se vislumbra uma cidadania participativa, com o que se poderia compreender como uma "pedagogia financeira", entendendo-se esta como ciência e instrumento de conscientização dos contribuintes acerca da dinâmica fiscal. Analisam-se, nesse sentido, as experiências em educação fiscal no Brasil, especialmente no âmbito dos municípios. Dessa feita, a pesquisa adotou como técnica metodológica de abordagem a exploratória, classificando-se, outrossim, como bibliográfica e documental quanto às fontes utilizadas, sendo também pura, quanto à utilização dos resultados. Como conclusões, chegou-se à de que deve o ideal democrático-participativo se imiscuir, também, nas finanças públicas, sob pena de que os cidadãos deixem de tomar parte das decisões mais relevantes do Estado. Nesse mesmo sentido, os municípios, por conta de suas dimensões mais diminutas e sua proximidade à população, na busca do assim chamado "interesse local", despontam como espaço precípuo a concreção de uma cidadania fiscal; a educação tributária, fiscal ou financeira consistem e disciplina ou ciência autônoma, mais ligada à Pedagogia e à Psicologia do que ao Direito, não se podendo resumir a uma mera tentativa de tornar o último mais "didático".

Palavras-chave: Psicologia Financeira. Educação Tributária. Pedagogia Fiscal.

ABSTRACT

The psycho-pedagogical aspects of the State/taxpayer relationship are fundamental for understanding and solving the problem of social opposition to taxes, which usually ends up transfiguring into opposition to the State and Politics themselves. In this sense, the present

work aims to relate the current contours of democracy, when participatory citizenship is envisaged, with what could be understood as a “financial pedagogy”, understanding this as a science and instrument of awareness of taxpayers about the fiscal dynamics. In this sense, the Brazilian experiences in fiscal education are analyzed, especially in the context of municipalities. Therefore, the research adopted an exploratory approach, bibliographic and documental sources, being classified as pure about the use of the results. As conclusions, it was reached that the democratic-participatory ideal should also interfere in public finances, under penalty of citizens failing to take part in the most relevant decisions of the State. In the same sense, the municipalities, due to their smaller dimensions and their proximity to the population, in the search for the so-called “local interest”, emerge as a key space for the concretion of fiscal citizenship; for that, tax education must consist of an autonomous discipline or science, more linked to Pedagogy and Psychology than to Law, and cannot be reduced to a simple attempt to make the Law more “didactic”.

Keywords: *Financial Psychology. Tax Education. Tax Pedagogy.*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO; 2 A SUPERAÇÃO DE UMA OPOSIÇÃO POPULAR AO FISCO POR MEIO DE UMA “PEDAGOGIA” QUE LEVE EM CONTA TANTO OS TRIBUTOS QUANTO AS FINANÇAS PÚBLICAS; 3 EXPERIÊNCIAS DE FISCALIDADE PARTICIPATIVA E EDUCAÇÃO FISCAL NOS MUNICÍPIOS; 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS; BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUÇÃO

À relação financeiro-tributária veio-se imprimindo um contorno moral e social bem mais ressaltado do que (não) era na perspectiva obrigacional clássica. O contribuinte não apenas “paga porque deve”, mas, sim, especialmente, porque de tal atividade é pautada por princípios que superam o patrimonialismo de uma postura meramente defensiva do cidadão em face dos tributos. À guisa de exemplo, o princípio da solidariedade, até insculpido no nosso texto constitucional (art. 3º, I), que a assevera como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, que está também constitucionalmente programada a erradicar a pobreza.

Fala-se em um dever fundamental de pagar tributos, em justiça fiscal, em moral tributária etc. Fato é que, desde que o Estado social, aqui não sendo necessário um resgate histórico para qualificá-lo, abandona a postura absenteísta do Estado liberal, passando a promover direitos por meio de políticas públicas, o custeio de tais direitos, isto é, as finanças públicas ganharam maior relevância. Na atualidade, superando tal dicotomia entre Estado Liberal e Estado Social, há que se considera “o custo” de todos os direitos, não apenas daqueles socialmente pautados, com o que fizeram Cass Sustein e Stephen Holmes¹.

Isso porque, segundo os autores, todos os direitos as serem reconhecidos, respeitados e/ou garantidos pelo Estado, independentemente do tipo, ordem,

¹ SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999.

“geração” ou dimensão a que pertençam, requerem um dispêndio de recursos estatais, ou seja, possuem um *custo econômico*. Nas palavras dos autores, “indivíduos gozam de direitos, de forma legal em oposição a um sentido moral, somente se os males que sofrem sejam adequada e previsivelmente corrigidos por seu governo”, daí a expressão “onde há um direito, há um remédio”, não importando o “tipo” de direito. Nessa senda, Cass Sustein e Stephen Holmes apontam ser inadequada, então, a distinção entre direitos negativos, que cobram uma postura absenteísta do Estado (liberdades individuais), e direitos positivos, que requerem uma atuação do ente político (direitos sociais). Defendem os autores que “todos [os direitos] legalmente forçados são necessariamente direitos positivos”.

Assim, todos os direitos, até mesmo aqueles decorrentes apenas da abstenção estatal, como a própria liberdade, possuem um custo; os direitos são custos públicos, como ressalta José Casalta Nabais, “[...] porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são autorrealizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado”, e por tal razão “implicam a cooperação social e a responsabilidade individual.”² Para Nabais, “a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos”, uma vez que “todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos”.

Nesse sentido, não são custosos apenas os direitos sociais, positivos, prestacionais etc., aos quais historicamente se atribuem tais custos, também possuindo custo público os direitos clássicos, as liberdades individuais, “em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento”.³ Num exemplo clássico, como poderia o Estado garantir a liberdade de ir e vir sem ter de gastar com estradas, pavimentação etc.? O mesmo em relação a propriedade privada, que não seria garantida sem que se gastasse com uma infraestrutura policial e jurisdicional.

Obviamente, assim como os lírios não nascem das leis, também não dão em árvores os direitos, na temperada metáfora de Flávio Galdino.⁴ Nesse sentido, ao passo que o ordenamento jurídico, os direitos neste elencados, tem vislumbrada sua dependência de um financiamento público, a atividade do cidadão, enquanto contribuinte e, potencialmente, fiscal dos gastos, ganha relevância inédita. Ademais, o problema do custo dos direitos aponta para a necessidade de um maior zelo no trato das finanças públicas, quando se contrapõe à obrigação do Estado de promover direitos justamente a escassez de recursos. A decisão do governante há de ser mais sensível a tal questão; a atenção do cidadão há de redobrar-se nesses casos.

No mesmo sentido, vislumbram-se as ideias de “ética”, “moralidade” ou “moral tributárias”, na esteira do pensamento de Klaus Tipke, para quem há mesmo o mencionado dever fundamental de pagar tributos, como elemento essencial do

2 NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. 2010. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

3 *Id.*, *ibid.*

4 GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

Estado de Direito. Nesse sentido, Tipke, ladeado por Douglas Yamashita, entende que “o imposto não é meramente um sacrifício, mas, sim, uma contribuição necessária para que o Estado possa cumprir suas tarefas no interesse do proveitoso convívio de todos os cidadãos”.⁵ Assim, num Estado de Direito democrático, o Direito Tributário não é mais tido como mera “técnica” de arrecadação, mas um ramo jurídico orientado por diversos valores fundamentais.

Para os autores, a atividade fiscal não diz respeito apenas à relação cidadão/Estado, mas também à dos cidadãos entre si, como um “Direito da coletividade”. Acerca de um dever fundamental em torno da fiscalidade, Marciano Buffon o define como “principal dever da cidadania, justamente porque, caso tal dever seja sonegado por parte dos componentes de uma sociedade, restarão inviabilizadas as possibilidades de realização dos próprios direitos”.⁶ Para o autor, “se o papel do Estado, dentro de uma concepção social contemporânea, é intervir na economia e promover a justiça social, faz-se necessário que este Estado disponha de recursos para fazer frente a tal dever”.⁷ Isto torna a tributação condizente com o capitalismo econômico vigente e não como uma marca do estatismo, do capitalismo intervencionista ou dos regimes autocráticos.

Nesse sentido, pelo escopo deste dever moral/fundamental de contribuir com as exações, Klaus Tipke chega a considerar imoral – além de ilícita, antijurídica – a conduta de quem se recuse a cumprir com suas obrigações tributárias: “É imoral a conduta de quem incorre *in fraudem legis* para evitar mediante um ardid a norma que tenha como efeito jurídico o nascimento da obrigação tributária. Sem embargo, a conduta só pode ser castigada quando se tenham informado dados falsos à Administração.”⁸

Diante disso, dada a relevância que recebe, atualmente, a atividade fiscal do cidadão, ultrapassando a mera perspectiva individual e patrimonialista, a postura resistiva pode prejudicar a promoção dos direitos mais básicos e a própria manutenção do Estado. Fato é que a execução dos objetivos fundamentais que a Constituição de 1988 imprimiu ao Brasil depende visceralmente da tributação. Nesse sentido, concorrem em legitimidade (e até mesmo em fundamentalidade/constitucionalidade) o direito do contribuinte de não pagar uma tributação ilegal, abusiva, e seu dever de contribuir com os custos do Estado.

Como se chegar a uma síntese de tais antíteses?

Ao passo que uma tributação ilegal, abusiva ou mais onerosa (quando há uma opção legal menos onerosa) jamais deverá ser adimplida, porque tem o contribuinte direito de resistir-lhe, não há como conceber a efetivação de uma gama de direitos – individuais, sociais, coletivos, transindividuais etc. –, estabelecidos na Constituição,

5 TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 15.

6 BUFFON, Marciano; MATOS, Mateus Bassani de. *Tributação no Brasil do século XXI*. Uma abordagem hermeneuticamente crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

7 BUFFON; MATOS, *op. cit.*, p. 259.

8 TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y del contribuyente*. (Besteuerungsmoral and Steuermoral). Trad. de Pedro Molina. Marcial Pons: Madrid, Barcelona, 2002, p. 111, tradução livre.

sem que proceda uma intervenção na propriedade de cada cidadão para que os custeie. Assim, um equilíbrio entre essas duas premissas só há de se perceber num sistema em que a vontade do Fisco (Governo) corresponda à vontade do contribuinte (povo): no “governo do povo”, na democracia.

O que vai impedir a instituição de um tributo injusto, ilegítimo ou mesmo ilegal/inconstitucional é se os representantes responsáveis por sua criação estejam atentos à vontade popular, à soberania popular. À mesma maneira, o contribuinte, ao saber-se parte do todo que é o Estado, participando da vida política e compreendendo mais e melhormente a tributação, vai contribuir com muito mais certeza de que cumpre com tal “dever fundamental”. A educação tributária desponta, desta sorte, como meio para este fim, sendo tal disciplina, política pública ou mesmo direito dos cidadãos e contribuintes o objeto central do presente estudo.

Nesse sentido, tem-se como objetivo geral resgatar o conceito de “educação tributária/fiscal”, analisando-se de que forma esta se desdobra como ciência/disciplina, política pública e direito dos cidadãos/contribuintes. Para tanto, como objetivos específicos, elegeram-se os seguintes: (i) salientar a relevância do problema da oposição social aos tributos e a importância de que se amplie o foco para as finanças públicas; (ii) compreender o significado de uma educação tributária/fiscal, na esteira do pensamento de Fernando Sainz de Bujanda; e (iii) analisar experiências em matéria de educação fiscal nos Municípios brasileiros.

Em sede de metodologia, utilizou-se de pesquisa do tipo bibliográfica e documental, realizada por meio de consulta a obras escritas, notadamente livros, artigos científicos publicados em periódicos especializados, bem como da legislação e de documentos nacionais e internacionais publicados no assunto. Classifica-se, portanto, a pesquisa como pura quanto à utilização dos resultados; qualitativa quanto ao método empregado; e como descritiva e exploratória, com relação a seus fins.

2. A SUPERAÇÃO DE UMA OPOSIÇÃO POPULAR AO FISCO POR MEIO DE UMA “PEDAGOGIA” QUE LEVE EM CONTA TANTO OS TRIBUTOS QUANTO AS FINANÇAS PÚBLICAS

A democracia, como princípio e como direito, há que irradiar por todo o ordenamento jurídico em que se pauta um Estado de Direito democrático. Sendo assim, acaba que também no âmbito tributário-financeiro, a ideia de um Estado fiscal democrático também partiria de tais pressupostos, colimados igualmente pelo ordenamento constitucional vigente. Isso porque o princípio democrático-participativo insere-se, isotropicamente, no Direito Tributário, como complemento ou mesmo suplemento à democracia meramente representativa, que já não mais é suficiente para tomar apartadamente as decisões políticas tributárias (se é que um dia foi).

Nessa senda, os vieses da democracia participativa devem-se fazer inserir na dinâmica fiscal, dados os contornos políticos, sociais e econômicos que possui o

tributo, como bem assevera Maria Teresa Lobo, “talvez em nenhuma outra área da ciência jurídica como no direito tributário se entremesquem com mais intensidade dever e direito, direito legal e direito justo, sociedade e Estado, Estado e governo”. Para autora, é no direito tributário que se acirra o que Keynes denominava de “problema político da humanidade”, “consistente em combinar três coisas: eficiência econômica, justiça social e liberdade individual”, sendo um dos instrumentos de maior relevância nestas três esferas.⁹

Por outro lado, no dizer de Paula Derzi Botelho, “a história mostra que a resistência ao pagamento do imposto existiu em todas as épocas, qualquer que fosse a fonte de legitimidade do poder: divino, histórico, carismático ou democrático”. Segundo a autora, o que varia com o tempo “são as formas de resistência, presentes em menor ou maior grau, de acordo com o regime político vigente”.¹⁰ Ou seja: em momentos de total autocracia, em que o Fisco age ao arrepio da lei, do Estado de Direito, sem qualquer respaldo político, jurídico e social, a resistência há de ocorrer, obviamente, de forma mais enérgica, daí a ideia de “rebeliões fiscais”; noutro cenário, contudo, quando a tributação atinge o contribuinte injustamente segundo uma técnica tão incompreensível, a resistência vai-se perceber no contencioso administrativo tributário, nas varas da Fazenda Pública, por meio do planejamento tributário etc.

De outra banda, Magin Pont Mestres refere ser verdade que “o homem tem um certo instinto natural egoísta, mas não é menos verdade que ele também tem outros instintos que a vida em sociedade tem tido o cuidado de anular, ou pelo menos, adormecer, porque as demandas da vida coletiva assim o requerem”. Para o autor, foi “a educação que foi refinando primitivos instintos graças aos esforços realizados na tarefa”.¹¹ Assim, se é “natural” ao homem comum resistir à tributação, também é “natural” ao homem civilizado – uma vez que necessita da civilização, do Estado e, querendo ou não, do próprio Fisco – que ele contribua, na forma de tributos, para a sociedade em que vive.

Tanto é válida a reflexão de Pont Mestres que, antes dele, vários teóricos já pensavam a educação como instrumento civilizatório, que abrandava os instintos egoístas, naturais ao homem, o sentimento de autopreservação, o “cada um por si” característico do estado de natureza. Apenas para ilustrar, da Sociologia Clássica, Émile Durkheim¹² já intuía, em sua ideia de “educação moral”, que a vida em sociedade é tão somente garantida por meio de um processo de desvencilhamento de cada cidadão de seus instintos egoístas, prevalecendo o sentimento social.

Assim, Pont Mestres defende que “a solução do problema [da resistência] é, portanto, essencialmente uma abordagem correta do mesmo, com base em uma

9 LOBO, Maria Teresa de Almeida Rosa Cárcamo. O direito de não pagar tributo injusto – uma nova forma de resistência fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 179.

10 BOTELHO, Paula de Abreu Machado Derzi. *Sonegação fiscal e identidade constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 15.

11 PONT MESTRES, Magin. *El Problema de la Resistencia Fiscal: sus causas a la luz de la Psicología, su solución a través del Derecho Financiero y de la Educación Fiscal*. Prólogo del Prof. Fernando Sainz de Bujanda. Barcelona: Bosch, 1975, p. 154, tradução livre.

12 DURKHEIM, Émile. *L'education morale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1963.

tributação justa, sem privilégios, oásis fiscais distorcedores da economia por um lado, e fortemente erosivos da confiança do contribuinte por outro”.¹³ Essa “abordagem correta” seria, justamente, deixar-se de tratar a resistência genericamente como uma predisposição negativa do cidadão, desferindo contra o problema medidas antievasivas, antirresistivas, criminalizando condutas antifiscais, intensificando a fiscalização, para, finalmente, passar-se a encarar a resistência como um problema da (falta de) democracia (fiscal).

Por outro lado, Pont Mestres defende ser igualmente necessário “um exaustivo controle qualitativo dos gastos públicos, cujos resultados cheguem de forma simples e clara ao cidadão menos versado”.¹⁴ Obviamente, tanto ou mais relevante que saber dos ingressos pecuniários – dos tributos – importa ao contribuinte, ao cidadão também saber dos egressos, dos gastos públicos. Daí porque Denise Lucena Cavalcante trata de uma necessária “ampliação do foco”, dos tributos para as finanças públicas, a partir da qual o próprio exercício da cidadania se dará de forma mais efetiva, uma vez que os cidadãos finalmente se apropriarão dessa problemática.¹⁵

Como bem expõe, “o orçamento público é peça fundamental no aprimoramento do Estado”, razão pela qual “a sociedade não pode mais se limitar a repassar os recursos para o Fisco, ela objetiva muito mais: requer o controle dos gastos efetuados com o dinheiro público” Para a autora, é necessária, mais do que nunca, uma sociedade, mais “atenta e zelosa pelo gasto do dinheiro público”, que desperte, finalmente, do sono dogmático que a tem impedido de agir nesse sentido – o que provavelmente deu causa, além dos fatores externos da economia global, ao caos financeiro em que o Brasil se encontra.¹⁶

Para Denise Lucena Cavalcante, um dos principais problemas da governança concerne justamente aos (des)gastos públicos, cujo controle, por parte da população, adequaria a arrecadação tributária – tão veementemente criticada – à realização dos direitos sociais e políticas públicas cabidos ao Estado. E assevera, certeira, que “o orçamento público deve ser um importante instrumento de controle, pois é nele que se estabelecem as prioridades de governo e, principalmente, por ser aprovado pelo Poder Legislativo, garante certo controle sobre o que se pretende gastar”.¹⁷ A resistência à tributação, nesse sentido, daria lugar ao controle dos gastos a serem feitos com aquela mesma tributação.

Esse controle, ademais de despontar como solução ao problema da resistência fiscal¹⁸, consiste, em verdade, em uma garantia da própria democracia, uma vez que, “se não houver um controle social”, seja lá como for feito¹⁹, “tanto o Poder Executivo

13 PONT MESTRES, *op. cit.*, p. 159, tradução livre.

14 *Id.*, *ibid.*, p. 155, tradução livre.

15 CAVALCANTE, Denise Lucena. Dos tributos para as finanças públicas: ampliação do foco. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 25, 2006, p. 67-78. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12341/1/2006_art_dlcavalcante.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2021.

16 *Id.*, *ibid.*

17 *Id.*, *ibid.*

18 Uma vez que relegitima o Fisco, devolve a crença ao cidadão de que está sendo bem representado (no taxation without representation), pode-se falar em moral tributária de ambas as partes (Estado e particular), pode-se falar em democracia fiscal, cidadania fiscal, fiscalidade participativa.

19 Por meio de consultas, por meio de referendos, plebiscitos, por meio de audiências públicas etc.

quanto o Poder Legislativo poderão considerar meramente os aspectos políticos dos gastos públicos”,²⁰ em detrimento da verdadeira finalidade das finanças do Estado, como a história mostrou. A lacuna deixada pela vontade popular, por conta da representatividade infiel, é preenchida por decisões, de um lado, meramente técnicas, tecnocratas, ou por decisões eleitoreiras, “políticas”, no outro extremo.

Nesse sentido, Raquel Cavalcanti Ramos Machado aduz que essa questão é de todo relevante para o Direito Tributário, em sua dialética com a Teoria do Estado contemporânea, “na medida em que, é provável que uma maior racionalidade no uso do dinheiro público leve a uma carga tributária ao mesmo tempo menos severa e mais justa”. Menos severa porque, segundo a autora, “grande problema enfrentado pela máquina administrativa no Brasil não se relaciona à falta do dinheiro para realizar os fins do Estado, mas, sobretudo, ao mau uso do dinheiro, à ineficiência e descaminhos”.²¹

Aponta ainda Raquel Machado que a garantia de que “recursos sejam redirecionados para fins adequados certamente pode trazer uma redução da carga, ou, no mínimo, um aumento de legitimidade”.²² Com esta legitimidade recobrada, certamente, a resistência fiscal daria lugar ao exercício da cidadania. Para tanto, porém, como destaca a professora, é necessário que o contribuinte compreenda o “preço” dessa cidadania fiscal, com todas as letras. Compreenda de que forma se dá a dinâmica tributária, de modo que “o diálogo seja o mais claro possível”. Ora, como poderia ou querer participar um cidadão de uma pauta política que ele ignora completamente? Ocorreria, certamente, que sua vontade fosse guiada pela retórica, pelo clamor, e não propriamente por uma “consciência fiscal”.

Com efeito, é aí que desponta o que Sainz de Bujanda denominou “educação tributária” ou, mais abrangentemente, de “educação fiscal”, como caminho para um efetivo aprimoramento da relação entre o Fisco e os contribuintes e, conseqüentemente, entre Estado e cidadãos, pautando não apenas os tributos, mas também as finanças públicas.²³ Isso porque o autor entendia a educação tributária como reclame de uma análise científica do comportamento do contribuinte, diante da insuficiência das abordagens econômicas e mesmo psicológicas: necessária uma abordagem pedagógica. Para Bujanda, o que se pretende averiguar é “quando se pode dizer que o contribuinte está *educado*, o que pressupõe que está em posse de um conceito de educação tributária”²⁴, entendida como uma abordagem pedagógica dos tributos.

Para o financista, se tem sido o tributo objeto de estudo da Economia, do Direito e das Finanças Públicas, da Sociologia, também pode (e deve) ser no âmbito da ciência pedagógica. Assim, o ideal concreto em que se baseia esse processo educativo há de ser, justamente, a eleição de qual seria o “repertório de ações” que integraissem o

20 CAVALCANTE, *op. cit.*, 2006.

21 MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Algumas questões relacionadas à tributação no Estado contemporâneo: arrecadação e gasto eficientes, democracia e segurança nas relações. In: ELALI, André; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; TRENNEPOHL, Terence (Coord.). *Direito tributário: homenagem a Hugo de Brito Machado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 162.

22 *Id.*, *ibid.*, *loc. cit.*

23 BUJANDA, Fernando Antonio Sainz de. *Teoría de la educación tributaria*. Madrid: Facultad de Derecho de Derecho de La Universidad Complutense de Madrid, 1967.

24 *Id.*, *ibid.*, p. 23, tradução livre.

comportamento de um “contribuinte educado”, as ações “valiosas e desejáveis”, nos termos de Bujanda, não apenas diante do que se pede ou determina ao contribuinte, mas também as atitudes as quais “derivem do tipo de cultura vigente em nosso tempo e, mais concretamente, dos princípios gerais inspiradores do ordenamento jurídico”.²⁵ Desta sorte, tais ações reuniriam, sobretudo, as condutas de cumprir perfeitamente com as obrigações tributárias e de fiscalizar a atuação estatal no âmbito tributário,

Interessante, porém, é a reflexão que faz Rejane Teresinha Scholz acerca do assunto, quando muitos mesmo desdenham uma ideia de educação tributária brasileira. Para a autora, “falar em educação tributária, diante de um contexto social tão complexo como o brasileiro, inclusive no que se refere à educação em geral, pode parecer, num primeiro momento, dispensável ou um tanto utópico”.²⁶ A própria autora, no entanto, ressalva que essa percepção esmaece ao se verificar que a própria educação deve considerar o desenvolvimento integral dos indivíduos, comportando, portanto, “facetadas ilimitadas”, não havendo impedimento, pelo contrário, para que as questões fiscais sejam também consideradas no processo educativo.

Nesse sentido, Sainz de Bujanda já aduzia que a problemática da educação tributária haveria de plasmar, sem dúvida, a problemática da educação em geral, uma vez que, “se o que fazemos é *qualificar* de tributária a educação, é óbvio que toda a problemática substantiva e básica será a da educação, considerada em geral”.²⁷ No dizer do autor, seria mesmo “supérfluo” ou mesmo redundante afirmar que a educação tributária está inserida no marco mais amplo do problema educativo, ou que “a educação tributária é, pura e simplesmente, a educação, mas referida a este setor da realidade político-social que chamamos vida tributária”.²⁸

Desta sorte, o propósito específico ou objeto de análise da Educação Tributária há de ser, justamente, o de “inventariar os problemas que a educação suscita quando se desenvolve no âmbito tributário”.²⁹ O autor defendia existir um “entroncamento” entre a educação tributária e o conceito geral de educação, sendo necessário possuir o último para compreender corretamente o primeiro, sobretudo para poder “julgar” a conduta do contribuinte.³⁰

Fala-se, então, numa “pedagogia tributária”, “pedagogia financeira” ou “pedagogia fiscal”, causando certamente espanto em quem já estranharia ouvir falar em “psicologia fiscal”³¹. A expressão tanto é válida que Bujanda a concebia não como uma mera técnica de se ensinarem os artigos, parágrafos, incisos e alíneas da

25 BUJANDA, *op. cit.*, p. 28, tradução livre.

26 SCHOLZ, Rejane Teresinha. *O princípio da informação no direito tributário*. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Mestrado em Direito Econômico e Social. Curitiba: PUC-PR, 2005, p. 24-25. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2005-11-09T075302Z-231/Publico/RejaneScholzDto.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

27 BUJANDA, Fernando Antonio Sainz de. *Hacienda y derecho*. Estudios de Derecho Financiero. Madrid: Facultad de Derecho de Derecho de La Universidad Complutense de Madrid, 1963, p. 86.

28 BUJANDA, Fernando Antonio Sainz de. Teoría de la educación tributaria. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, v. 9, n. 24, 1967, Madrid: FDUM, 1967, p. 14.

29 BUJANDA, *op. cit.*, 1963, p. 86, tradução livre.

30 BUJANDA, *op. cit.*, 1967a, p. 23-24, tradução livre.

31 E realmente se encontram, na literatura estrangeira, títulos em “*psicología financiera*”, “*psychologie du contribuable*”, “*finanzpsychologie*”, “*steuerpsychologie*”.

legislação tributária aos contribuintes³², mas, sim, como um ramo da educação em geral. Afirmava o autor que “a pedagogia tributária não é senão um ramo da ciência educativa geral”, que se nutre, portanto, “de todo o corpo de doutrina que é próprio da Pedagogia e só persegue isolar, no conjunto de ideais e de métodos educativos, aqueles que são específicos do tipo de perfeição que se deseja quando o homem é contemplado como sujeito passivo da tributação”.³³

Ora, como poderia, realmente, querer um jurista formar ou educar um cidadão? Tem ele toda a expertise necessária, sem dúvida, para orientar o homem comum pelo melhor caminho nas veredas do Direito, não seria prudente que se lhe atribuísse a tarefa de “educar” ou “formar” – e não simplesmente informar – esse mesmo contribuinte. De forma efetiva, a pedagogia tributária poderia ser um capítulo da Economia financeira, nem do Direito financeiro, nem da Sociologia ou da Psicologia financeiras. O “educador fiscal” deveria possuir conhecimentos amplos nestas matérias para exercer com êxito essa ação intencional de aperfeiçoamento em que consiste, como se viu, a educação.

Assim como não poderia tal figura atuar como representante dos contribuintes diante da Administração Tributária ou da Jurisdição, também não se pode aceitar que a ideia de Educação Fiscal seja compreendida sem as preocupações que a educação em geral e a Pedagogia lhe impõem. A parte que cabe ao Direito Tributário e Financeiro, à Economia, à Sociologia das Finanças e demais ciências afins, na concreção de políticas educacionais-fiscais, seria a de fornecer elementos sobre os quais esses processos educativos deveriam se basear, especialmente. Deve estar atenta a Educação Tributária à complexidade da legislação tributária, reclamando uma simplificação ou, no mínimo, por hora, uma aclaramento de seus termos, expressões, siglas, até que as consiga compreender o “menos versado cidadão”³⁴, sendo tal a contribuição que pode (e deve) dar-lhe o Direito Tributário.

Deve-se salientar, igualmente, a necessidade ou mesmo a fundamentalidade da tributação, como meio precípio de custeio do Estado e, acima de tudo, de custeio dos direitos, dos mais básicos aos mais complexos. Deve-se também, sem dúvida, levar em conta o cenário de crise econômica e financeira em que se encontra o país, a qual mal pode acompanhar o contribuinte, diante da parcialidade das opiniões a que tem acesso, pelos meios de comunicação em massa. Esses elementos, trazidos do Direito, da Economia e da Sociologia, nas disciplinas suas que se dedicam às finanças públicas, vão munir a Educação Fiscal das informações necessárias para que possa, segundo um processo pedagógico, tornar os cidadãos conscientes de seu papel cívico enquanto contribuintes.

A “informação fiscal” constitui um dos métodos mais eficazes e idôneos nesse processo educativo, “dado que com ela podem eliminar-se o diminuir-se certas

32 As técnicas mnemônicas tão comuns nos cursos preparatórios para concursos públicos, que musicam artigos de lei, acepções doutrinárias ou excertos jurisprudenciais; que utilizam mapas mentais, esquemas; tais técnicas, que servem simplesmente para que os concursandos assimilem o máximo de informação possível – a ser medida nos rigorosos certames a que se submetem – jamais poderia ser confundida com uma ideia de “educação jurídica” ou, no campo da presente pesquisa, com “educação tributária”.

33 BUJANDA, *op. cit.*, 1963, p. 100-101, tradução livre.

34 PONT MESTRES, *op. cit.*

presunções atinentes ao gasto público que são suscetíveis de exercer um efeito nocivo sobre o comportamento do contribuinte”.³⁵ Em outras palavras, a informação dos contribuintes resolveria, a um só tempo, a problemática dos cidadãos que ignoram o fenômeno tributário ou resistem à tributação por desconhecerem suas peculiaridades, notadamente no que concerne à (tre)destinação destes recursos. Daí porque a educação fiscal tem tudo que ver com um outro princípio de tamanha relevância para o Direito Tributário num Estado de Direito democrático: o princípio da informação.³⁶

Em Espanha, com vistas à garantia desta informação, as reformas tributárias ocorridas nas décadas de 1920, 1950 e 1960 estatuíram procedimentos administrativos de consulta tributária e o dever da Administração Fiscal, em todas as suas instâncias, de informar ao público sobre seus fins, sua competência e funcionamento de seus órgãos e serviços distintos, sobretudo pelo que chama o autor de “oficinas de informação”. Outros instrumentos seriam publicações ilustrativas sobre a tramitação dos processos, diagramas de procedimento, organogramas, indicações básicas de localização, horário de funcionamento etc. Essas informações, por mais simples que pareçam ser, provocam, quando não fornecidas perfeitamente, inegável distanciamento dos cidadãos.

Nesse sentido, o contribuinte, por conta da educação tributária, estará menos predisposto a resistir à tributação, uma vez consciente de sua relevância e dos fundamentos que ensejam a cobrança, e, por outro lado, estará mais atento aos momentos em que a administração pública venha a agir com arbitrariedade.³⁷ Para Hugo de Brito Machado, “o contribuinte só estará bem educado se, além de cumprir os próprios deveres, estiver disposto a velar para que os órgãos administrativos cumpram também os seus, atacando, com os remédios jurídicos pertinentes, qualquer comportamento arbitrário do fisco”.³⁸ Ademais, além de contribuir para uma diminuição resistência, o contribuinte “bem-educado” se ocupará também dos momentos de depois que a relação tributária se esgota, ou seja, fiscalizando também as finanças, os gastos públicos, os orçamentos – a necessária “ampliação do foco” a que se já referia Cavalcante.³⁹

No âmbito internacional, de relatório elaborado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico e pela Fundação Internacional e Ibero-americana de Administração e Políticas Públicas, percebe-se que mesmo nações menos desenvolvidas econômica e politicamente já se têm sensibilizado em relação à educação fiscal como política pública necessária, legitimadora. O relatório indica diversos programas de pedagogia tributária, utilizando das mais diversas metodologias, em países como África do Sul, Bangladesh, Butão, Burundi, Chile, Colômbia, Coreia do Sul, Costa Rica, El Salvador, Estônia, Guatemala, Jamaica, Líbano, Malásia, Mauritânia, Marrocos, México, Moçambique, Nigéria, Peru, Quênia, Ruanda,

35 BUJANDA, *op. cit.*, 1967a, p. 147, tradução livre.

36 SCHOLZ, *op. cit.*

37 BUJANDA, *op. cit.*, 1963.

38 MACHADO, Hugo de Brito. *Os direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição*. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. Recife: UFPE, 2009, p. 208. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4003/arquivo5668_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 fev. 2021.

39 CAVALCANTE, *op. cit.*, 2006.

Senegal, Singapura, Turquia, Uruguai e Zâmbia, além do próprio Brasil, com seu PNEF e programas estaduais e municipais.⁴⁰

Outro relatório, elaborado por Borja Díaz Rivillas e Antonio Henrique Lindemberg Baltazar, indica que a educação fiscal tem evoluído bastante na América Latina, despontando como principal instrumento de contorno ao que chamam de “*tax noncompliance*”, que poderia ser muito bem traduzido como resistência fiscal⁴¹. Os autores apresentam um dado de que apenas 44% dos latino-americanos consideram que as políticas públicas melhoram suas vidas, julgando o restante (muitas das vezes por ignorância) as políticas públicas como prejudiciais, desnecessárias ou insuficientes.⁴² Rivillas e Baltazar igualmente asseveram que as falhas no cumprimento das obrigações fiscais estão também intimamente ligadas o enfraquecimento dos valores democráticos, simultaneamente pela falta de honestidade dos governantes (*lack of honesty*) e pela falta de consciência dos governados (*lack of awareness*).⁴³

Nesse sentido, a ideia educação tributária, como já experimentada no Brasil e no mundo, quando pensada e posta em prática sob o manto do ideal de democracia participativa, há de levar, sim, ao que se tem consagrado chamar de cidadania fiscal, de democracia fiscal ou de “fiscalidade participativa”, na esteira do pensamento de Boaventura de Sousa Santos. Em tal concepção, para o autor, deve ser possível, acima de um certo patamar de financiamento de serviços do Estado, que “os contribuintes possam vincular parte dos impostos que pagam ao financiamento de certos serviços”, como para o custeio da saúde, da educação, dos transportes públicos, “ou à proibição de serem utilizados para o financiamento de certos serviços (por exemplo, compras de material de guerra, participação em acções bélicas, energia nuclear)”.⁴⁴ E essa ideia já vem sendo implantada nas legislações, sobretudo municipais, brasileiras.

Em Belo Horizonte, Minas Gerais, com uma ideia de “tributo participativo”, na qual a democracia é reconhecida como dialética “insuperável e inafastável”, a fiscalidade participativa foi concebida no 1º Relatório da Comissão Permanente de Revisão e Simplificação da Legislação Tributária do Município, criada pelo Decreto Municipal n. 11.943/2005, como “um processo em que o contribuinte não atua apenas simbolicamente, por meio da representação parlamentar, mas em que a informação, a comunicação, a renovação do consentimento ao tributo estão em permanente processo”.⁴⁵ Idealiza-se uma “reaproximação entre a administração

40 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO; FUNDAÇÃO INTERNACIONAL E IBERO-AMERICANA DE ADMINISTRAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS. *Building tax culture, compliance and citizenship: a global source book on taxpayer education*. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oced/taxation/building-tax-culture-compliance-and-citizenship_9789264205154-en#_WxD7Pojytpg>. Acesso em: 20 jul. 2021.

41 Os autores também utilizam as expressões *tax evasion* (evasão), *tax avoidance* (“anulação”) e *smuggling* (contrabando), indicando a multiplicidade de espécies que contém a resistência fiscal.

42 RIVILLAS, Borja Díaz; BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg. Tax education and citizenship in Latin America, *Tax Administration Review*, n. 38, feb. 2015, p. 44-67. Disponível em: <http://educacionfiscal.org/files/2015-05/rew-38_rivillas_baltazarenglish.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

43 *Id.*, *ibid.*

44 SANTOS, Boaventura de Souza. *Portugal: ensaio contra a autoflagelação*. Coimbra: Edições Almedina, 2011, p. 104-105.

45 COMISSÃO PERMANENTE DE REVISÃO E SIMPLIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DO MUNICÍPIO. 1º Relatório da Comissão Permanente de Revisão e Simplificação da Legislação Tributária ao Prefeito de Belo Horizonte, *Revista Internacional de Direito Tributário*, Associação Brasileira de Direito Tributário, v. 4, jul./dez. 2005, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 406. Disponível (parcialmente) em: <https://books.google.com.br/books?id=yYuKTAwMkVsC&dq=%22fiscalidade+participativa%22+boaventura&hl=pt-BR&source=gb_s_navlinks_s>. Acesso em: 18 jul. 2021.

[tributária] e os contribuintes”, a qual deve pautar-se na confiança e na boa fé e sofrer, periodicamente, revisões, de modo a aperfeiçoar-se cada vez mais.

O mesmo Relatório já advertia, àquela época, que a quebra dessa confiança entre cidadãos e Estado e a descrença nas instituições públicas, no valores, na própria autoridade, inclusive a fiscal, tão características da atualidade, vêm-se acentuando no país, “recrudescidas que são, continuamente, as notícias de malversação do dinheiro público e na mesma proporção em que se registra o aumento na arrecadação de impostos, desmentindo-se as promessas governamentais de sua redução”.⁴⁶ No Brasil de hoje, que passa por uma crise econômica, financeira, institucional ou mesmo moral sem precedentes, essa preocupação é ainda maior.

Certo é, por outro lado, que já são reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, esferas em que uma “cidadania fiscal-participativa” poderia (ou mesmo deveria) ocorrer efetivamente, como é o caso dos famosos “Conselhos de Contribuintes”, ligados à Administração Pública Tributária. No âmbito federal, tais conselhos estão legalmente previstos desde há muito tempo, criados já em 1924, pelo Decreto n. 16.580, de 4 de setembro daquele ano, que então regulamentava o Imposto de Renda. Nos termos dos arts. 16 e seguintes daquela norma, os conselhos seriam compostos por representantes da sociedade, notadamente das categorias econômicas e profissionais, tendo competência para julgar os recursos administrativos iniciados pelos contribuintes junto às Delegacias da Receita Federal.

Tais esferas foram absorvidas pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, criado no final do ano de 2008, por Medida Provisória (MP n. 449) do então Presidente da República, Luís Inácio “Lula” da Silva, concentrando numa só estrutura os três conselhos anteriores, os quais, respectivamente, julgavam recursos em matéria de Imposto de Renda (Primeiro Conselho), recursos envolvendo os demais impostos e contribuições federais (Segundo Conselho) e recursos em matéria aduaneira (Terceiro Conselho). A MP n. 449 foi convertida em Lei em 2009, qual a Lei n. 11.941, de 27 de maio daquele. À semelhança da previsão federal, os Estados e o Distrito Federal igualmente possuem órgãos paritários com representantes de fora da máquina estatal competentes para a julgar recursos envolvendo a tributação de sua competência.

Não sendo necessário entrar no mérito das limitações, falhas ou mesmo dos escândalos envolvendo tais conselhos, notadamente o CARF, é de clareza solar que uma ideia de participação social na política tributária não se vai efetivar por meio de um conselho que “apenas” julgue recursos administrativos, mesmo que paritário e contendo representantes da sociedade. A atuação destes espaços é fundamental, sem dúvidas, porém é insuficiente – tanto para os próprios fins quanto para um fim maior de “democracia fiscal”, “fiscalidade participativa”. Tais ideias ou ideais reclamam

46 COMISSÃO PERMANENTE DE REVISÃO E SIMPLIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DO MUNICÍPIO. 1º Relatório da Comissão Permanente de Revisão e Simplificação da Legislação Tributária ao Prefeito de Belo Horizonte, *Revista Internacional de Direito Tributário*, Associação Brasileira de Direito Tributário, v. 4, jul./dez. 2005, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 406. Disponível (parcialmente) em: <https://books.google.com.br/books?id=yyuKTAwMkVsC&dq=%22fiscalidade+participativa%22+boaventura&hl=pt-BR&source=gbs_navlinks_s>. Acesso em: 18 jul. 2021.

espaços mais propositivos, participativos, e que cuidem da política tributária em momentos anteriores à instituição dos tributos (e não apenas no momento de conflito, em fases recursais etc.).

Experiências internacionais, como a do Conselho de Impostos (*Conseil d'Impôts*) francês, que dera lugar ao Conselho de Coletas Obrigatórias (*Conseil des Prélèvements Obligatoires*), ligado à *Cour de Comptes* francesa, similar ao Tribunal de Contas da União brasileiro, inspiram no sentido de que a política fiscal pode, sim, e até deve ser revisitada, não apenas para ter o consentimento à tributação reavivado na sociedade, mas também para que seus efeitos econômicos e sociais (além dos efeitos políticos) sejam também analisados. Tanto é que o referido *Conseil* está “encarregado de apreciar a evolução e o impacto econômico, social e orçamentário das imposições fiscais juntas, assim como de formular recomendações sobre toda questão relativa a estas imposições”.⁴⁷

Fato é que a tradição francesa de considerar uma perspectiva democrática para as questões fiscais é nada recente. Nas leituras que orientaram o presente trabalho, topou-se com obra datada de nada menos que de 1886 – quando o Brasil ainda era Império –, qual a obra *Les solutions démocratiques de la question des impôts*, reunindo conferências do Senador Léon Say. Àquela época, o autor já denotava preocupação com a equidade necessária no equilíbrio na instituição de tributos diretamente vinculados ao patrimônio dos contribuintes ou vinculados ao consumo (a antiga distinção entre tributos “pessoais” e “reais”), reconhecendo também a problemática da tributação indireta.⁴⁸

Para Léon Say, a democracia avança ao mesmo tempo que “preconiza o reestabelecimento dos impostos diretos sobre o rendimento e sobre o capital, proscree impostos indiretos, e o faz a partir do ponto de vista da justiça”. Isso porque os tributos indiretos lhe parecem injustos, “não somente porque não distribuem equitativamente os encargos, mas porque não permitem apreciar-se exatamente a incidência dos tributos”.⁴⁹ Tais preocupações, que atravessaram os séculos, fazem-se refletir ainda nas políticas de participação cidadã francesas, como a dos conselhos fiscais ligados às Cortes de Contas.

No Brasil, iniciativas como a experimentada em Belo Horizonte deveriam mesmo ocorrer em âmbito federal, conforme estabeleça o art. 52, inciso XV, da CF de 1988, como prerrogativa do Senado Federal a de “avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. Nesse sentido, foi aprovada a Resolução n. 1 de 2013 daquela Casa do Congresso, adequando seu Regimento Interno a tal competência

47 FRANÇA. LOI N° 2005-358 DU 20 AVRIL 2005 TENDANT À CRÉER UN CONSEIL DES PRÉLÈVEMENTS OBLIGATOIRES. Paris: JORF, n. 93, 21 avr. 2005, p. 6973, texte n. 2, tradução livre. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000238244&categorieLien=id>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

48 SAY, Léon. *Les solutions démocratiques de la question des impôts*: conférences faites à l'Ecole des Sciences Politiques. Tome Premier. Paris: Guillaumin et Cie., 1886.

49 *Id.*, *ibid.*, p. 38.

(arts. 99-A e de 393-A a 393-F). Todavia, até o presente momento, pouco se teve de *feedback* dos representantes de toda a Federação, mesmo passados vários anos da reforma constitucional que incluiu tal competência (Emenda Constitucional n. 42 de 2003).

Fato é que mais esse “absenteísmo” dos representantes brasileiros, que claramente descumprem com um mandamento constitucional (e regimental, desde 2013), só reflete as dificuldades de concreção de uma democracia fiscal brasileira “de cima para baixo”, isto é, que irradie de Brasília para todo o território nacional. Além de sequer possuir uma cultura democrática consolidada – nem poderia, após séculos como colônia, um longo período de monarquia e uma República que ora foi governada por oligarcas, ora o foi por ditadores –, a extensão geográfica do país e a centralização de muitos tributos no âmbito da União despontam como empecilhos.

Posto isto, questiona-se em que âmbito administrativo, levando-se em conta um país com dimensões continentais como o Brasil, haveria maior probabilidade de que realmente ocorra uma relação mais democrática entre o contribuinte (cidadãos) e o Fisco (Estado). Inegavelmente, é nos municípios que a ideia de democracia fiscal tem maiores chances de serem efetivadas, como se percebeu do exemplo trazido de Belo Horizonte-MG. Nesse sentido, dedica-se agora, ainda que com poucas linhas, e caminhando para uma conclusão, a desenhar o município como espaço mais propício para as políticas de educação fiscal e, conseqüentemente, para a consagração de uma verdadeira cidadania fiscal.

3. EXPERIÊNCIAS DE FISCALIDADE PARTICIPATIVA E EDUCAÇÃO FISCAL NOS MUNICÍPIOS

Consoante visto até aqui, a democracia é elemento essencial, início, meio e fim do Estado de Direito democrático, regime segundo o qual se constitui a República Federativa do Brasil, inclusive elegendo a cidadania como princípio fundamental (art. 1º, II, da CF/1988). Assim deve ser em todo o Estado brasileiro, não importando a esfera administrativa nem a disciplina jurídica de que se ocupe. Nesse sentido, em que pese consistir, a um só tempo, em direito fundamental (dos contribuintes) e diretriz (do Fisco), o princípio democrático ainda dista bastante da fiscalidade brasileira. Conforme já salientado, ademais de refletir a imaturidade democrática do Brasil, tal problemática se dá especialmente por conta das dimensões continentais do país, uma vez que a participação política da população na tomada das decisões políticas – nas quais se incluem as decisões fiscais – é sempre tida como dificultosa ou custosa, no sentido temporal e no econômico.

Nesse sentido, como relata José Renato Gaziero Cella, “se o exercício da democracia direta, mesmo em países de dimensões geográficas e populacionais reduzidas, encontra sérios óbices”⁵⁰ e, em Estados muito grandes, os instrumentos

50 CELLA, José Renato Gaziero. Representação política, democracia eletrônica e legislação eleitoral brasileira. In: MEZZAROBBA, Orides; GALINDO, Fernando (org.). **Democracia eletrônica**. Lefis 11. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010, p. 227.

da democracia semidireta se tornam muito caros, a alternativa mais plausível é, sem dúvida, iniciar-se uma “virada democrática” na dinâmica fiscal no âmbito dos municípios. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 inaugurou no país uma forma federativa de Estado com fortalecimento da descentralização e da democracia⁵¹, em que se conferira maior autonomia ao município, pela primeira vez no ordenamento pátrio com a condição de ente federativo autônomo, de componente da Federação (art. 1º, *caput*, e art. 18, *caput*, da CF/1988).

De outra banda, para João Baptista Herkenhoff, é o município a base da vida política, onde a cidadania mesmo começa, uma vez que “antes de ser um cidadão brasileiro consciente [...], a pessoa tem de ser um munícipe consciente”.⁵² Isso se deve porque os representantes municipais, *i.e.* Prefeitos e vereadores, possuem, ao menos em tese, “um contacto direto e diuturno com o povo, bem mais que governadores e deputados estaduais e bem mais ainda que os titulares de funções públicas no plano federal”. Desta sorte, o povo acaba por poder exercer pressão direta sobre o poder público municipal, diante de tal proximidade. À exceção das capitais dos Estados e de Brasília, a sociedade mal tem um vislumbre das esferas administrativas estaduais e federais, a não ser pontualmente.

Nesse sentido, no dizer de Maria Lírida Mendonça e Marcus Holanda, ademais de corresponder, no contexto democrático em que se insere o Brasil, à “base da organização política e social, havendo uma relação próxima entre o administrado e o ente federado, criando maiores possibilidades de acertos nas políticas públicas”⁵³, é o município responsável pelo planejamento de ações as quais devem possibilitar um pleno desenvolvimento local, como o desenvolvimento humano e econômico, pautas que em muito se comunicam com a política fiscal. Diante de tamanha relevância, não se poderia conceber qualquer outro regime que não o democrático-participativo para a gestão da coisa pública municipal, sobretudo por que o próprio constituinte elegera o município como “ponto fundamental na afirmação da democracia”.⁵⁴

Fato é que a própria história do município e da cidade, valendo sempre lembrar a distinção doutrinária entre tais conceitos, mostra-os como verdadeiros “berços” da democracia. Foi na cidade-Estado grega de Atenas que surgiu a própria ideia de democracia. Já o *municipium* romano surgira como unidade político-administrativa ao final da República de Roma, criada com o fito de manter uma dominação pacífica das cidades conquistadas à força, concedendo-se a tais localidades certa autonomia para a elaboração de corpos normativos próprios e para a eleição de representantes. Ocorreu que, ademais sucumbirem tanto o ideal democrático da cidade grega como o da autonomia municipal romana, respectivamente, nos subseqüentes períodos

51 MELO FILHO, Urbano Vitalino de. *Direito Municipal em Movimento*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 42.

52 HERKENHOFF, João Baptista *apud* RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; JUCÁ, Roberta Laena Costa. Município: espaço público ideal para a concretização da democracia participativa. *Nomos*: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 24, 2005, p. 75-86. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12286/1/2005_art_flrodrigues.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2021.

53 MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e; HOLANDA, Marcus Mauricius. A Administração Pública Municipal como Fomentadora do Desenvolvimento Social e Econômico. *Sequência*, v. 37, n. 74, 2016, Florianópolis: UFSC, 2016, p. 208. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n74/0101-9562-seq-74-00207.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2021.

54 MENDONÇA; HOLANDA, *op. cit.*

de tirania e Império, a relevância política das cidades e dos municípios caiu bastante durante a Idade Média, por conta de uma “ruralização” provocada pelo modo de produção feudal.

Incursoes históricas à parte, sabe-se ser fundamental a participação da sociedade sobretudo nas decisões que lhe venham a atingir mais diretamente, mais imediatamente, consistindo sua atuação em legítimo exercício do direito (fundamental) de participação política. Desta sorte, a Administração Municipal não se pode fundar em razões alheias à vontade da população a ser atingida por suas decisões. Na determinação do famoso “interesse local”, a norma ou política pública municipal não se pode basear apenas nos pareceres técnicos, nos especialistas, consistindo tal postura em arrematada ofensa a qualquer ideia contemporânea de democracia. Em verdade, trata-se de reprovável tecnocracia, regime entre os tantos que se encontram diametralmente opostos à democracia, como posturas “antitéticas”.

Por outro lado, conforme aduz José Afonso da Silva (2010), uma vez constituída de subsistemas político-administrativos, econômicos, familiares e mesmo simbólicos com que se identificam e de que dependem os cidadãos, a municipalidade corresponde ao aparato estatal que lhe é mais próximo: é o Estado que o povo “vê”.⁵⁵ Deve, por isto, a Administração Municipal (re)vestir-se de conteúdo obrigatoriamente democrático, de participação política, de audiência da população, mediante os já consagrados instrumentos da democracia semidireta e iniciativas que viabilizem uma democracia participativa.⁵⁶ Foi por essa razão que o Constituinte conferiu aos municípios maior autonomia, de um lado para a estabilização sócio-política e institucional do próprio Estado, e de outro, justamente, suscitando “a participação popular na elaboração de suas prioridades”.⁵⁷

Com efeito, é nesse contexto que se avulta, como elemento essencial, o conceito legal de “gestão democrática”. O desenvolvimento metropolitano enseja uma nova disciplina jurídica da municipalidade – a qual só seria absorvida principalmente pelo ordenamento pátrio por meio de uma nova disposição constitucional. Eros Roberto Grau antecipava que “o intenso crescimento urbano determina, como fato característico do século XX, o aparecimento dos centros metropolitanos”, como processo de crescimento pelo qual “em torno de determinados núcleos urbanos outros se vão agregando, integrando-se a ponto de comporem nova realidade urbana”.⁵⁸

Ali, ainda nos anos 1970, defendia o autor, o qual começava a vislumbrar as assim chamadas “regiões metropolitanas”, que certo equilíbrio municipal deve ser preservado “na medida em que as funções primordiais da sua comunidade estejam ordenadamente dispostas sobre seus limites”, no sentido que essa “infra-estrutura existente possibilitará, dentro de um razoável grau, a integração da comunidade

55 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

56 BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

57 PONTE NETO, José Júlio da. *Poder público local e cidadania: atores políticos sociais na construção da democracia participativa no município de Fortaleza - uma análise dos anos de 1990 a 2004*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

58 GRAU, Eros Roberto. *Regiões metropolitanas: regime jurídico*. 1. ed., São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 5.

dentro do espaço municipal”.⁵⁹ Essa integração a que se referia o autor haveria de se consagrar, justamente, na dialética entre o pungente “interesse local” e a nascente ideia de “gestão democrática”, que despontava como ideal de participação no âmbito municipal. Fato é que a CF/1988 se dedicara exaustivamente à organização estatal (Título III) de modo a construir um Estado de Direito democrático, daí porque esse ideal também se refletiria na disciplina constitucional da municipalidade.

Nesse sentido, a gestão democrática e a participação popular foram, destarte, expressamente previstas como mandamentos constitucionais sobre a administração municipal, consoante o art. 29, XII, da Constituição Federal de 1988. Ao versar sobre a Política Urbana, a CF, pelo disposto em seu art. 182, confere ao Poder Público municipal a incumbência de “ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”. Assim, no mesmo espírito que influenciara a Constituinte, foi editada a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, qual o Estatuto da Cidade, quando se passa a tratar de um verdadeiro “direito à cidade”, como direito fundamental de feição urbanística a uma cidade socialmente desenvolvida, sustentável e democrática.⁶⁰

No dizer de Nelson Saule Júnior, nos termos do art. 2º, inciso II, do referido Estatuto, “é estabelecida a diretriz da gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos [...]”.⁶¹ Com efeito, o mesmo diploma dedica capítulo específico para o trato da gestão democrática da cidade, qual o Capítulo IV. Assim, a gestão democrática da cidade é refratária do princípio da soberania popular, inscrito no Parágrafo único do art. 1º da CF/1988, no âmbito local, sendo “obrigatória e significativa a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania”.⁶²

Diante disso, a municipalidade representa o espaço mais propício para o desenvolvimento de políticas públicas de educação fiscal, não apenas com vistas a superar o problema da resistência fiscal, mas a fim de que se torne mesmo possível a consagração de uma cidadania fiscal. Ocorre que, mesmo não sendo recentes os programas brasileiros nesse sentido, a maioria deles é coordenada pelas fazendas da União, dos Estados e do Distrito Federal, como relata Debora Maia.⁶³

Segundo Maia, “os programas de educação fiscal, ao contrário do que se possa imaginar, já existem há pelo menos quarenta e cinco anos, principalmente com o desenvolvimento de projetos para jovens e crianças”, datando de 1969 um

59 *Id.*, *ibid.*, p. 8.

60 SAULE JÚNIOR, Nelson (Org.). *Direito urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas*. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 2007.

61 SAULE JÚNIOR, *op. cit.*, p. 55.

62 MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Comentários ao estatuto da cidade: lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001*. São Paulo, SP: Atlas, 2001, p. 134.

63 MAIA, Debora Bezerra de Menezes Serpa. *Tributação indireta e cidadania fiscal: uma análise dos mecanismos de conscientização para mitigação da anestesia fiscal*. 2015. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, 2015. Disponível em: <<http://pergamumweb.sti.ufc.br:8080/pergamumweb/vinculos/000025/0000259c.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

dos primeiros projetos da Receita Federal nesse sentido, de nome “Operação Bandeirante”.⁶⁴ Encontram-se, porém, iniciativas pelo Brasil no sentido de se consolidar realmente uma política de “educação fiscal municipal”. São exemplos os da Prefeitura Municipal de João Pessoa, de São Paulo, de Blumenau, de Curitiba e Porto Alegre. O “PMEF”, sigla para Programa Municipal de Educação Fiscal, de João Pessoa, foi implantado no município por meio do Decreto nº 6.627, de 18/08/2009, em consonância com o PNEF – Programa Nacional de Educação Fiscal, coordenado pela ESAF (Escola Superior de Administração Fazendária).

No âmbito de Fortaleza, as iniciativas municipais em sede de educação fiscal são similares. Destaque para o Programa “Nota Fortaleza”, inspirado em demasiados outros como o “Sua Nota Vale Dinheiro”, do Governo do Estado do Ceará. Iniciativa louvável, uma vez que o programa “tem o objetivo de estimular nas pessoas o hábito de pedir notas fiscais aos prestadores de serviços [...] contribuindo no combate à sonegação fiscal e no retorno dos impostos em investimentos na Cidade”. No dia 17 de abril de 2017, a Secretaria de Finanças do Município, órgão ligado à Prefeitura Municipal, realizara o 35º sorteio do projeto, distribuindo ao todo 114 prêmios, entre R\$ 500 e R\$ 30 mil, como forma de estímulo aos contribuintes recolheram devidamente as notas relativas aos produtos e serviços consumidos.⁶⁵

Ocorre que a pauta da educação fiscal no Município de Fortaleza, no entanto, perpassa o combate à sonegação do ISSQN, o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, cujos normativos requerem, como obrigação acessória, a emissão de nota fiscal. Desta sorte, a Prefeitura Municipal de Fortaleza possui também uma Cédula de Educação Fiscal e um Programa de Educação Fiscal (PEF), também ligados à SEFIN. Dos valores que estabelecem como seus, tais programas se propõem a realmente seguir uma pedagogia financeira, segundo “um processo de ensino e aprendizagem”, tendo por objetivo estimular uma cidadania participativa e consciente.⁶⁶

Com efeito, o PEF de Fortaleza foi criado pela Lei Ordinária Municipal n. 9.825/11, tendo por objetivo “estimular o pleno exercício da cidadania e propiciar relação harmoniosa e participativa entre o cidadão e o governo Municipal”, além de promover uma conscientização dos participantes “para a função socioeconômica dos tributos”.⁶⁷ Elogio também merece o respeito à etimologia do que seria uma pedagogia financeira, ou seja, dedicada desde já aos pequenos: a SEFIN e o Governo Municipal apoiaram a publicação de obras infanto-juvenis em educação fiscal, entre elas as intituladas *O grande debate de Professor Tributino com João Leso*, de Klévisson Viana, e *Os Tributos e a Cidade*, de Raymundo Netto, adotáveis como paradidáticos nas escolas da rede pública municipal de ensino.

64 *Id., ibid.*, p. 129.

65 PREFEITURA realiza o 35º sorteio do Nota Fortaleza com mais um sorteio. *Portal SEFIN*. Prefeitura Municipal de Fortaleza. 17 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.sefin.fortaleza.ce.gov.br/noticias/3794-nota-fortaleza>>. Acesso em: 6 jun. 2021.

66 *Id., ibid.*

67 LEI N. 9.825, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2011. Dispõe sobre a instituição do Programa Educação Fiscal do Município de Fortaleza e dá outras providências. Fortaleza: Diário Oficial do Município, 2011. Disponível em: <https://www.sefin.fortaleza.ce.gov.br/phocadownload/downloads/Legislacao/Leis/2011/LEI_N9825_2011_educacao_fiscal_2011.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2021.

Tais obras dedicam-se a, justamente, tentar passar da forma mais didática possível – sobretudo pelo público a que se destinam – informações que tendem a ser demasiado complexas até mesmo para os adultos. No Portal da SEFIN, podia ser encontrado (hoje não mais disponível), igualmente, um jogo para computador, de nome *Educação Fiscal e Cidadania*, disponível para *download* gratuito. O arquivo (compactado no tipo “.zip”) não é muito grande, de cerca 90Mb (noventa *megabytes*), podendo ser “baixado” e instalado em qualquer computador, sem grandes exigências de *hardware*, porém apresentando alguns travamentos. Até 6 (seis) crianças podem ser jogadores de uma mesma partida.

No *game*, os participantes percorrem um tabuleiro de 150 (cento e cinquenta) casas, onde cada uma destas corresponde a uma situação em cidadania fiscal. Avança quem possui posturas positivas, como o pagamento de tributos, a negociação de débitos, pagamento de parcelas acertadas etc. Retrocede, por outro lado, quem é inadimplente, quem não cumpre com obrigações acessórias e, ainda, quem tem condutas “anticidadãs”, e.g. jogar lixo no chão ou destruir um patrimônio público municipal. Os gráficos são razoáveis, sobretudo para uma geração de crianças bastante exigente neste quesito, sendo equilibradamente coloridos e desenhados, resultado do trabalho computação gráfica da empresa contratada pela prefeitura.

Entende-se, porém, que o jogo peca por utilizar de expressões demasiado complexas e carregadas da negatividade burocrática das obrigações acessórias, como “boleto”, “quitação”, “nota fiscal”, “revisão cadastral”, “Certidão de Dívida Ativa”, “Nada Consta” etc. Aparecem também explicações não muito didáticas do que seriam o IPTU, o ITBI e o ISSQN. Esse problema, de uma nomenclatura complexa até às pessoas adultas, torna a proposta de “educação” (fiscal) totalmente impraticável. Outro ponto criticável é que o jogo insiste, ainda que não muito incisivamente, no maniqueísmo entre “pagador” e “inadimplente”, entre os comandos “você pagou, avance casas!” e “você não pagou, volte tantas casas!”. Pecam por esse minimalismo tais programas, ao insistirem em presunções ou imagens já tão enraizadas no senso comum, que só conturbam ou perturbam o imaginário do cidadão ante o Fisco.

Percebeu-se, nesse sentido, que, à mesma maneira como os acertos do PNEF (nacional) inspiram os acertos das Prefeituras, igual ocorre com os equívocos: há alguns anos a Receita Federal deu ao seu programa de pedagogia fiscal nada menos que o nome de *O Leãozinho*⁶⁸, não adiantando o sufixo diminutivo para retirar a imagem (negativa) da arrecadação de seu principal tributo, o Imposto de Renda. A Receita disponibiliza na internet uma interface bem elaborada para a educação fiscal infantil, rica de conteúdo, com informações sobre a atividade fiscal do Estado, vídeos pedagógicos, jogos, fábulas e outras histórias no assunto. Peca, no entanto, ao colocar um leão(zinho) como guia do menino “Mateus”, personagem principal das

68 Pelo endereço eletrônico <<http://www.leaozinho.receita.fazenda.gov.br/>>, a criança tem acesso a uma plataforma bastante lúdica e instrutiva, com um material graficamente bem elaborado e interativo (jogos, vídeos, animações etc.). No mesmo sentido, a Receita Federal publica na rede ainda os “almanaques” da “Turma do Leãozinho”. Mesmo correspondendo a uma iniciativa louvável, realmente pautada na proposta de educação fiscal, peca por insistir ainda na imagem (negativa) do “leão”, da qual já se deveria ter desvincilhado o Imposto de Renda e o próprio Fisco.

historinhas. Como bem salientara Denise Lucena Cavalcante, o sistema tributário deve mudar, por início, nesses pequenos detalhes, extinguindo-se essa simbologia do fisco como “predador” dos contribuintes.⁶⁹

A autora, no entanto, em capítulo da obra *15 anos do Programa de Educação Fiscal do estado do Ceará*, ressalta os avanços conquistados a nível federal e estadual (Ceará), sobretudo por ampliarem seus objetivos e perspectivas, passando também a focarem “no cuidado da sociedade em relação ao papel econômico e social dos tributos, englobando esclarecimentos formais sobre a aplicação dos recursos”.⁷⁰ Frise-se que, em Fortaleza, antes do início do PEF, ainda em 2008, viu-se iniciativa bastante louvável nesse sentido, qual a do curso *Controle Social das Contas Públicas*, organizado pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, com apoio da Fundação Demócrito Rocha. Outras iniciativas nesse sentido vieram em 2011 e, mais recentemente, em 2015, com o curso *TCE – Controle Cidadão*.

Tais iniciativas, a despeito de realmente representarem avanços na problemática da (falta de) democracia no âmbito dos municípios, confrontam realidade ainda muito longe da perfeição. O certo é que, diante do que já se tem de apanhado científico e empírico, de que uma sociedade mais (cons)ciente de suas finanças tende a reputar menos autocrática sua tributação e, por tabela, sua Administração, ainda são demasiado necessárias políticas públicas que reconheçam a psicologia das finanças e a pedagogia fiscal como instrumentos democráticos que são. E mais: tais políticas públicas, à semelhança do que foi exemplificado da Receita Federal e da Secretaria de Finanças de Fortaleza/CE, com a utilização de jogos virtuais, devem realmente explorar a gama de novas tecnologias da informação e comunicação hoje disponíveis.

Nesse sentido, fato é que, do Relatório organizado pela OECD e FIIAP, percebem-se várias iniciativas mundo afora que aplicam *on-line*, no mundo virtual, justamente, as ideias de democracia participativa e a educação fiscal, como caminhos entrelaçados que são, rumo a uma fiscalidade participativa. Os programas de educação fiscal do Chile e da Estônia, por exemplo, dão-se pela rede mundial de computadores; na Costa Rica e no Uruguai, utilizam-se jogos de computador.⁷¹ É o caminho, sem dúvida, que, felizmente, já vem o Brasil trilhando, considerando-se os programas de Educação Fiscal da União, dos Estados, do DF e das capitais.

69 CAVALCANTE, Denise Lucena. Diretrizes constitucionais do sistema tributário brasileiro. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 29, n. 2, 2009, p. 23-38. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12220/1/2009_art_dlcavalcante.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

70 Id., Programa de Educação Fiscal no Brasil: enfatizar o gasto público. In: NETO, Argemiro Torres; MACHADO, Sandra Maria Olimpio (Coords.); MARINO, Carlos Eduardo dos Santos; BELCHIOR, Germana Parente Neiva; SILVA, Imaculada Maria Vidal. *15 anos do Programa de Educação Fiscal do estado do CEARÁ: memórias e perspectivas*. Fortaleza: Fundação SINTAF, 2014, p. 20. Disponível em: <<http://www.fundacaosintaf.org.br/baixar.php?arquivo=arquivos/files/publicacoes/memorias.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2021.

71 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO; FUNDAÇÃO INTERNACIONAL E IBERO-AMERICANA DE ADMINISTRAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS. *Building tax culture, compliance and citizenship: a global source book on taxpayer education*. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/building-tax-culture-compliance-and-citizenship_9789264205154-en#_WXD7Pojytpg>. Acesso em: 20 jul. 2021.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreender a dialética tantas vezes conflituosa da relação entre Fisco e contribuintes permanece sempre como desafio, tendo sido o deste trabalho dedicar-se às possíveis soluções levantadas para essa problemática que não consistam em políticas de dissimulação por meio de tributos indiretos - o “dar a volta” na resistência fiscal. A presente pesquisa mostrou caminho rumo a uma democracia fiscal a utilização de instrumentos como a educação fiscal, enquanto compreendida dentro do problema geral da Pedagogia, isto é, como enfoque pedagógico sobre a questão tributária – à mesma maneira que pode ser sociológica, econômica e juridicamente analisada.

Ora, tanto se sabe que jamais se conceberá Estado sem tributação, e, igualmente, não haverá tributação sem que ocorra, aqui e acolá, excessos por parte de quem arrecada ou por parte de quem é cobrado. O desafio vai residir, desta sorte, no quanto esses excessos podem ser diminuídos, de modo que se “apascente” essa relação tão cara à cidadania que é a relação jurídica tributária: a tributação, a despeito de historicamente apenas ter sido vista como mera transferência de valores, deve ser compreendida, na atualidade, como o custeio de direitos fundamentais que a si impõe os titulares destes, obrigando-se tanto Estado quanto contribuintes a cumprirem com seus deveres e a respeitarem não só princípios clássicos como a legalidade tributária, como também princípios que encerram novos valores, como a representatividade, a democracia, a informação e a própria educação.

Diante de tais constatações, as ideias ou ideais de democracia fiscal, cidadania fiscal e fiscalidade participativa despontaram, a um só tempo, como antíteses do atual cenário de resistência e como fins, mais do que meios, a serem conquistados pela sociedade, sobretudo por meio de uma efetiva educação fiscal. Esta pedagogia fiscal, entendida como ramo da educação em si, e não como disciplina do Direito Tributário ou das Finanças Públicas, propõe-se, justamente, segundo um processo pedagógico, a inteirar os cidadãos da realidade tributária. A partir dela, com o contribuinte “educado”, estará este menos disposto a resistir à tributação e mais disposto a fiscalizá-la e a fiscalizar o próprio Estado. A educação fiscal, desta maneira, faz-se perceber não apenas como uma educação para a cidadania fiscal, mas para a cidadania em geral; forma não apenas contribuintes, mas cidadãos.

Com efeito, considerou-se, por último, como mais viável e necessária a aplicação dos ditames da educação fiscal no âmbito dos municípios, sobretudo no contexto da chamada “gestão democrática da cidade”, sendo o município, por suas dimensões e proximidade com o contribuinte, mais propício a uma administração tributária mais democrática. Ao passo que muito do que se alega como justificativa para a resistência fiscal tem que ver com (a falta de) retorno da tributação, com a (i)legitimidade dos governos. Nessa senda, nada mais legítimo que o “interesse local”, sentido pela municipalidade, para atuar como medida de que há ou não esse retorno, de que é legítima ou não uma política tributária.

Para além da educação fiscal, a caminhada rumo a uma fiscalidade realmente participativa e cidadã tomou, sim, rumo mais certo com a Lei n. 12.741/2012, que obrigou a informação dos tributos incidentes no preço de produtos e serviços. Antes, por meio da Lei n. 12.527/2011 (“Lei de Acesso à Informação”, no mesmo sentido da Lei Complementar n. 131/2009, incluiu a transparência como elemento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000), a qual também representou considerável evolução, não se pode negar. No âmbito financeiro, o resgate dos orçamentos participativos e planos plurianuais como instrumentos de efetivo envolvimento dos cidadãos, diminuindo-lhes o estranhamento, o desconhecimento, a ignorância em relação também aos egressos/gastos públicos.

Não se pode olvidar, porém, que muito pouco se tem discutido acerca de uma Reforma Tributária, a qual, pelo que o Governo já sinalizara em julho de 2017, vira logo em seguida à maçante aprovação da Reforma Trabalhista. Parece até estratégico, em se colocando em pauta o Sistema Tributário Nacional logo depois de um processo tão conturbado como que acarretara a Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, que a população, ainda se recuperando, lá venha querer discutir a tributação. Pelo contrário, os debates se resumirão, simplesmente, ao que a grande mídia veicular das posições dos governistas ou da oposição.

Ainda, também, pouco se tem amadurecido em torno da elaboração e promulgação de um Estatuto ou mesmo Código de Defesa do Contribuinte, não obstante diversos projetos nesse sentido já existentes: PLP n. 194/2001⁷², que traz instrumentos de defesa dos contribuintes; o PLP n. 70/2003⁷³, no mesmo sentido; o PLP n. 285/2005⁷⁴, que intenta alterar o CTN de modo a vedar a suspensão ou o cancelamento de inscrições em cadastro de contribuintes pela Administração Tributária, salvo em hipóteses específicas; o PLP n. 38/2007⁷⁵, que altera o CTN; o PL n. 2.557/2011⁷⁶, que tem por instituir um Código de Defesa do Contribuinte; e o PLS n. 298/2011⁷⁷, o qual estabelece normas gerais sobre direitos e garantias do contribuinte.

Não se pode negar, contudo, que nesse cenário de incertezas e de improdutividade legislativa, os ideais de democracia e cidadania fiscais, a um só tempo, figuram como objetivos consagrados pelo ordenamento vigente e possuem meios eficazes de efetivação, sobretudo por meio das políticas públicas de informação e educação fiscais. Esse caminho, o qual, conforme salientado parágrafos atrás, já se

72 BRASIL. Projeto de Lei Complementar. PLP 194/2001. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/27050>>. Acesso em: 28 set. 2022. Encontra-se na Comissão de Finanças e Tributação desde 05/05/21.

73 BRASIL. Projeto de Lei da Câmara nº 70, de 2003 (Complementar). PLC n. 70/2003. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/63306>>. Acesso em: 28 set. 2022. Arquivado, dele tendo sido promulgada a Lei Complementar Federal n. 118, de 9 de fevereiro de 2005, que tratou de diversas matérias, especialmente acerca da tributação das empresas em dificuldade (recuperações e falências).

74 BRASIL. Projeto de Lei Complementar PLP 285/2005. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/294975>>. Acesso em: 28 set. 2022. Apensado ao referido PLP 194/2001.

75 BRASIL. Projeto de Lei Complementar PLP 38/2007. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=347286>>. Acesso em: 28 set. 2022. Apensado ao referido PLP 194/2001.

76 BRASIL. Projeto de Lei - PL 2557/2011. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=524272>>. Acesso em: 28 set. 2022. Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) desde 04/09/19.

77 BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 298, de 2011 (Complementar). Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/100458>>. Acesso em: 28 set. 2022. Pronto para pauta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania - CCJ desde 18/02/20.

iniciou, contando com avanços, merece ainda devida atenção para que possa persistir. No âmbito dos municípios, pelas razões apresentadas, e levando-se em conta o que já vem sendo experimentado, essa fiscalidade participativa se mostra como caminho não apenas necessário, como também viável, ou mesmo incontornável.

Não se crê, obviamente, que a consagração de uma democracia fiscal no âmbito dos municípios vá dar conta da problemática geral da tributação brasileira, d'“o problema da resistência”, que diminua ou, ao menos, amenize a imagem cavernosa que ainda possui o Fisco – especialmente porque em nada podem dispor os municípios além de suas competências constitucionais. Acredita-se, porém, que, quando “educados” os contribuintes (cidadãos), passarão eles a compreender bem mais e melhor a dinâmica tributária, cientes de seus direitos e cumpridores de suas obrigações; passarão a fiscalizar a atuação do Estado na área fiscal; e passarão a dedicar-se mais à vida política – ainda que apenas virtualmente, porque é apenas como pode a maioria dos cidadãos –, sobretudo acompanhando as contas municipais e seus representantes mais próximos (Prefeitos e vereadores), se atentos estão ou não ao que se entenda por “interesse local”.

BIBLIOGRAFIA

BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

BOTELHO, Paula de Abreu Machado Derzi. *Sonegação fiscal e identidade constitucional*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BUFFON, Marciano; MATOS, Mateus Bassani de. *Tributação no Brasil do século XXI*. Uma abordagem hermeneuticamente crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BUJANDA, Fernando Antonio Sainz de. *Hacienda y derecho*. Estudios de Derecho Financiero. Madrid: Facultad de Derecho de Derecho de La Universidad Complutense de Madrid, 1963.

_____. *Teoría de la educación tributaria*. Madrid: Facultad de Derecho de Derecho de La Universidad Complutense de Madrid, 1967.

_____. Teoría de la educación tributaria. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, v. 9, n. 24, 1967, Madrid: FDUM, 1967, p. 1-152.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Diretrizes constitucionais do sistema tributário brasileiro. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza*, v. 29, n. 2, 2009, p. 23-38. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12220/1/2009_art_dlcavalcante.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. Dos tributos para as finanças públicas: ampliação do foco. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, Fortaleza*, v. 25, 2006, p. 67-78. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12341/1/2006_art_dlcavalcante.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

_____. Programa de Educação Fiscal no Brasil: enfatizar o gasto público. In: NETO, Argemiro Torres; MACHADO, Sandra Maria Olimpio (Coords.); MARINO, Carlos Eduardo dos Santos; BELCHIOR, Germana Parente Neiva; SILVA, Imaculada Maria Vidal. 15 anos do Programa de Educação Fiscal do estado do CEARÁ: memórias e perspectivas. Fortaleza: Fundação SINTAF, 2014, p. 20-30. Disponível em: <<http://www.fundacaosintaf.org.br/baixar.php?arquivo=arquivos/files/publicacoes/memorias.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2021.

CELLA, José Renato Gaziero. Representação política, democracia eletrônica e legislação eleitoral brasileira. In: MEZZARROBA, Orides; GALINDO, Fernando (org.). *Democracia eletrônica*. Lefis 11. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010, p. 217-257.

COMISSÃO PERMANENTE DE REVISÃO E SIMPLIFICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA DO MUNICÍPIO. 1º Relatório da Comissão Permanente de Revisão e Simplificação da Legislação Tributária ao Prefeito de Belo Horizonte, *Revista Internacional de Direito Tributário*, Associação Brasileira de Direito Tributário, v. 4, jul./dez. 2005, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 397-414. Disponível (parcialmente) em: <https://books.google.com.br/books?id=yyuKTAWMkVsC&dq=%22fiscalidade+participativa%22+boaventura&hl=pt-BR&source=gbs_navlinks_s>.

Acesso em: 18 jul. 2021.

COSTA, Nelson Nery. *Direito municipal brasileiro*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DURKHEIM, Émile. *L'education morale*. Paris: Presses Universitaires de France, 1963.

FRANÇA. LOI N° 2005-358 DU 20 AVRIL 2005 TENDANT À CRÉER UN CONSEIL DES PRÉLÈVEMENTS OBLIGATOIRES. Paris: JORF, n. 93, 21 avr. 2005, p. 6973, texte n. 2. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000238244&categorieLien=id>>. Acesso em: 18 jul. 2021.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos* – direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Regiões metropolitanas: regime jurídico*. 1. ed., São Paulo: Bushatsky, 1974.

GRUPO de Educação Fiscal Municipal realiza atividade para escolas do Polo 5. Portal da Transparência. Prefeitura Municipal de João Pessoa. 11 jun. 2013. Disponível em: <<http://transparencia.joaopessoa.pb.gov.br/409/grupo-de-educacao-fiscal-municipal-realiza-atividade-para-escolas-do-polo-5.html>>. Acesso em: 6 jun. 2021.

LOBO, Maria Teresa de Almeida Rosa Cárcamo. O direito de não pagar tributo injusto – uma nova forma de resistência fiscal. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O tributo: reflexão multidisciplinar sobre sua natureza*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 179-189.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição*. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco. Recife: UFPE, 2009. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/4003/arquivo5668_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 fev. 2021.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Algumas questões relacionadas à tributação no Estado contemporâneo: arrecadação e gasto eficientes, democracia e segurança nas relações. In: ELALI, André; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; TRENNEPOHL, Terence (Coord.). *Direito tributário: homenagem a Hugo de Brito Machado*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 145-164.

MAIA, Debora Bezerra de Menezes Serpa. *Tributação indireta e cidadania fiscal: uma análise dos mecanismos de conscientização para mitigação da anestesia fiscal*. 2015. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza-CE, 2015. Disponível em: <<http://pergamumweb.sti.ufc.br:8080/pergamumweb/vinculos/000025/0000259c.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2021.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Comentários ao estatuto da cidade: lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001*. São Paulo, SP: Atlas, 2001.

MARINS, James. *Defesa e vulnerabilidade do contribuinte*. São Paulo: Dialética, 2009.

MELO FILHO, Urbano Vitalino de. *Direito Municipal em Movimento*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo; HOLANDA, Marcus Mauricius. A Administração Pública Municipal como Fomentadora do Desenvolvimento Social e Econômico. *Sequência*, v. 37, n. 74, 2016, Florianópolis: UFSC, 2016, p. 207-232. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n74/0101-9562-seq-74-00207.pdf>>. Acesso em: 7 jul. 2021.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. 2010. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO; FUNDAÇÃO INTERNACIONAL E IBERO-AMERICANA DE ADMINISTRAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS. *Building tax culture, compliance, and citizenship: a global source book on taxpayer education*. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/building-tax-culture-compliance-and-citizenship_9789264205154-en#.WXD7Pojytpg>. Acesso em: 20 jul. 2021.

PONT MESTRES, Magin. *El Problema de la Resistencia Fiscal: sus causas a la luz de la Psicología, su solución a través del Derecho Financiero y de la Educación Fiscal*. Prólogo del Prof. Fernando Sainz de Bujanda. Barcelona: Bosch, 1975.

PONTE NETO, José Júlio da. *Poder público local e cidadania: atores políticos sociais na construção da democracia participativa no município de Fortaleza - uma análise dos anos de 1990 a 2004*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

PREFEITURA realiza o 35º sorteio do Nota Fortaleza com mais um sorteio. *Portal SEFIN*. Prefeitura Municipal de Fortaleza. 17 abr. 2017. Disponível em: <<https://www.sefin.fortaleza.ce.gov.br/noticias/3794-nota-fortaleza>>. Acesso em: 6 jun. 2021.

PUVIANI, Amilcare. *Teoria della illusione finanziaria*. Palermo: Sandro, 1903.

RIVILLAS, Borja Díaz; BALTAZAR, Antonio Henrique Lindemberg. Tax education and citizenship in Latin America, *Tax Administration Review*, n. 38, feb. 2015, p. 44-67. Disponível em: <http://educacionfiscal.org/files/2015-05/rew-38_rivillas_baltazarenglish.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2021.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; JUCÁ, Roberta Laena Costa. Município: espaço público ideal para a concretização da democracia participativa. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 24, 2005, p. 75-86. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12286/1/2005_art_fllrodrigues.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2021.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Portugal: ensaio contra a autoflagelação*. Coimbra: Edições Almedina, 2011.

SAULE JÚNIOR, Nelson (Org.). *Direito urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas*. Porto Alegre, RS: Sergio Antonio Fabris, 2007.

SAY, Léon. *Les solutions démocratiques de la question des impôts: conférences faites a l'Ecole des Sciences Politiques*. Tome Premier. Paris: Guillaumin et Cie., 1886.

SCHOLZ, Rejane Teresinha. *O princípio da informação no direito tributário*. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Centro de Ciências Jurídicas e Sociais. Mestrado em Direito Econômico e Social. Curitiba: PUC-PR, 2005. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2005-11-09T075302Z-231/Publico/RejaneScholzDto.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2021.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Nova York: W.W. Norton & Company, 1999.

TIPKE, Klaus. *Moral tributaria del Estado y del contribuyente*. (Bestuerungsmoral and Steuermoral). Trad. de Pedro Molina. Marcial Pons: Madrid, Barcelona, 2002.

_____; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CERTIFICATE VACCINATION AND MANDATORY COVID-19 VACCINATION: A MATTER OF PRINCIPLE?

O PASSAPORTE VACINAL E A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA CONTRA A COVID-19: UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIOS?

Gianluca Nicochelli^I

^I Mestrando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisador associado ao Centro de Estudos da Constituição (CCONS-UFPR), integrante do Núcleo de Estudos em Filosofia e Teoria do Direito (NEFIT-UFPR) e integrante do Grupo Nacional de Estudos de Direito do Saneamento Básico (GESANE-UNB). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5547405649253786>; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0962-3936>. E-mail: gian.ops@hotmail.com

Leonardo Soares Brito^{II}

^{II} Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil. Membro do Centro de Estudos da Constituição da UFPR (CCONS/UFPR). Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC/CNPq); Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2379493259175543>; ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0928-7856>. E-mail: britoleos@hotmail.com

Recebido/Received: 15.11.2021/ November 15th, 2021.
Aprovado/Approved: 29.09.2022/ September 29th, 2022.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar, do ponto de vista constitucional, duas estratégias de combate ao COVID-19 que vêm sendo aplicadas pelos entes federados brasileiros: a vacinação obrigatória e o passaporte vacinal. Para tanto, o tema é tratado à luz da Lei nº 13.979/2020, que instituiu as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública ocasionada pelo coronavírus, contextualizando com as discussões ocorridas no Supremo Tribunal Federal (STF) quanto à constitucionalidade de tais medidas. Ato contínuo, propõe-se a existência de um conflito latente entre princípios constitucionais que perpassam as duas estratégias de combate ao COVID-19 apresentadas: a saúde coletiva vs. a liberdade individual. Ao final, diante da distinção qualitativa entre princípios e regras de Ronald Dworkin e da aplicação do teste da proporcionalidade em sentido amplo de Robert Alexy, conclui-se que o direito coletivo à saúde justifica as restrições à liberdade individual ocasionadas pela vacinação obrigatória e pelo passaporte vacinal.

Palavras-chave: Vacinação Obrigatória; Passaporte Vacinal; Lei 13.979/2020; Supremo Tribunal Federal; Conflito de Princípios.

ABSTRACT

The paper has the objective to analyze, based on the constitutional law, two strategies to fight COVID-19 applied by the union, states and municipalities: the mandatory vaccination and the certificate vaccination. This is seen in two ways: by Law nº 13.979/2020, which instituted rules to deal with the public health emergency, and by Supreme Federal Court decisions who performed the judicial review. Later, an assumption is made: there is a conflict of constitutional principles involving public health and individual freedom. Finally, with the qualitative distinction between principles and rules and Alexy's proportionality

rule, we conclude that the constitutional principle of public health is superior to individual freedom.

Keywords: *Mandatory Vaccination; Certificate Vaccination; Law 13.979/2020; Supreme Federal Court; Conflict of Principles.*

artigos
científicos

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. A COVID-19 NO CONTEXTO LEGAL; 3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA E O PASSAPORTE VACINAL; 4. O CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Em “Os juízes políticos e o Estado de Direito”, primeiro capítulo da obra “Uma questão de Princípio”, o jusfilósofo Ronald Dworkin disserta sobre duas questões envolvendo o chamado fundamento político do direito. Pela primeira questão, o autor pergunta como os juízes decidem e deveriam decidir casos agudos; já pela segunda, indaga-se se os juízes poderiam decidir com base em fundamentos políticos, validando determinados princípios de moralidade política.

Ao analisar as perquirições, Dworkin chega à conclusão que as respostas são distintas a depender do local em que se façam as perguntas, isto é, se na Inglaterra ou nos Estados Unidos. No sistema jurídico inglês, a visão predominante seria a de que os juízes não deveriam decidir pautado em fundamentos políticos, enquanto no sistema jurídico estadunidense haveria uma maior aderência à perspectiva de que a separação entre política e direito seria quase que inevitável. Dworkin, então, adota uma posição intermediária entre os dois enquadramentos ao considerar que os “(...) os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio, mas não em argumentos de procedimento político”.¹

É nesse sentido que se formula a clássica divisão entre argumentos de política e argumentos de princípios. Para Dworkin,² argumentos de política devem, no plano ideal, justificar decisões políticas, isto é, decisões que protejam algum objetivo geral da comunidade política. Já os argumentos de princípios justificam uma decisão jurídica ao mostrar que determinada decisão política respeita ou garante os direitos individuais e os direitos da coletividade. Exemplifique-se: enquanto os argumentos de política devem embasar uma renúncia fiscal à indústria aeronáutica, os argumentos de princípio funcionam como trunfo para defender leis que combatam a discriminação.

Transportada para o Brasil, a discussão sobre os fundamentos das decisões políticas e das decisões judiciais ganhou especial relevo com o advento da pandemia de COVID-19. A omissão do Executivo federal no combate à pandemia, a entrada em vigor da Lei 13.979/2020 e a polêmica quanto à constitucionalidade das medidas

1 DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 5-6.

2 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 129.

de enfrentamento ao coronavírus levaram as engrenagens constitucionais ao limite, exigindo que o poder judiciário, na figura do seu órgão de cúpula, o Supremo Tribunal Federal (STF), resolvesse diversas questões que impactaram e impactam o dia a dia do cidadão.

Nessa toada, a Corte passou a reunir, por força de seu papel ambivalente de instância recursal e instância de controle concentrado de constitucionalidade, diversas ações relacionadas à pandemia. Segundo o painel referente às ações protocoladas em decorrência da Covid-19,³ até o início de novembro de 2021 existiam 9.920 processos vinculados à interpretação e aplicação da Carta Magna no contexto pandêmico, além de 12.927 decisões. Tais processos versam sobre os mais diversos temas, como o conflito federativo, a distribuição de competências comuns e concorrentes, a constitucionalidade da Lei 13.979/2020, as políticas de prevenção adotadas pelos entes federados (como os *lockdowns*), as proibições de despejos ocasionados pela pandemia, o orçamento extraordinário aprovado em 2020 e outros.

Dentre as diversas asserções, o presente artigo pretende analisar dois temas tratados pelo STF no âmbito dos conflitos surgidos em decorrência da pandemia: a vacinação obrigatória e o passaporte vacinal, este último adotado por cerca de 13% das Prefeituras como forma de restringir o livre acesso a determinados locais por pessoas não vacinadas.⁴ Justifica-se a delimitação da pesquisa pelo inerente conflito de princípios existentes tanto na vacinação obrigatória como no passaporte nacional, a saber: a liberdade individual, que abrange a liberdade de consciência, opinião, convicção filosófica, pensamento e locomoção, contra a saúde coletiva.

Assim, a hipótese deste estudo é a de que, na correspondência de uma concepção centrada na força dos argumentos de princípios, o direito à saúde coletiva é preponderante ao direito à liberdade individual. Para tanto, a fim de averiguar a veracidade da hipótese, utilizou-se a metodologia biográfica-crítica qualificada pela pesquisa jurisprudência no âmbito do STF.

Destarte, divide-se o artigo em três grandes núcleos, quais sejam: (i) a análise dos atos normativos no âmbito da União e do Estado do Paraná relacionados ao combate à COVID-19, em especial a Lei Federal 13.976/2020, (ii) o exame acerca das decisões do STF sobre a vacinação obrigatória/compulsória e o passaporte vacinal e, por fim, (iii) o conflito de princípios inerentes ao caso, optando pela distinção qualitativa entre princípios e regras apresentada primeiramente por Ronald Dworkin e operacionalizada pelo teste da proporcionalidade em sentido amplo de Robert Alexy.

Como conclusão, ratifica-se a hipótese ora levantada, qual seja a de que existe uma questão de princípio latente à discussão e que, do ponto de vista interno, o

3 STF. **Painel de Ações COVID-19**. Disponível em: <<https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=currsel%2Cctxmenu&select=clearall>>. Acesso em 14 de nov. 2021.

4 VIEIRA, Anderson. **Senadores apresentam projetos tornando obrigatório o certificado de vacinação**. Disponível: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/10/29/senadores-apresentam-projetos-tornando-obrigatorio-o-certificado-de-vacinacao>>. Acesso em: 10 de nov. de 2021.

princípio da liberdade individual, no contexto da pandemia de COVID-19, deve ser afastado ao entrar em rota de colisão com o princípio da saúde coletiva, isso nos casos da vacinação obrigatória e do passaporte vacinal.

2. A COVID-19 NO CONTEXTO LEGAL

Com o desiderato de dar uma resposta efetiva à pandemia de COVID-19, instaurada no primeiro semestre de 2020, diversos países se utilizaram dos atos normativos como armas para se combater a proliferação da doença. No caso nacional, a Lei Federal 13.976/2020, bem como os decretos regulamentares dos entes federados, são exemplos de como o Brasil também seguiu a lógica internacional de estabelecer regras de conduta ocasionais para se proteger a saúde coletiva. Em larga medida, tais regras são pautadas na restrição de liberdades individuais com o objetivo de reduzir o risco de contágio pela população, preservando a saúde coletiva.

A fim de verificar o espírito normativo dessas restrições, analisar-se-á nesta seção as leis e decretos que versam sobre a vacinação compulsória/obrigatória e outras medidas profiláticas, com especial atenção às regras estabelecidas pela União e pelo Estado do Paraná. Da mesma forma, identifica-se as práticas semelhantes existentes no ordenamento jurídico brasileiro antes mesmos dos atos normativos aprovados para se combater o COVID-19.

Como ponto de partida, e para melhor compreensão visual dos atos normativos, foram destacadas na Tabela 1 algumas inovações legais ocasionadas pelo contexto pandêmico, tanto da União como do Estado do Paraná:

TABELA 1

LEI	ASSUNTO	IMPACTO	PRINCIPAIS DESTAQUES
Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020	Reconhece o estado de calamidade pública	União	Suspensão de prazos e disposições dos art. 23, 31 e 70 da Constituição.
Lei nº 13.979/2020	Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus	União	Lei Nacional para o enfrentamento da pandemia
Decreto Estadual 4319/2020	Declara o estado de calamidade pública em consonância com a Lei Federal	Paraná	Dispõe sobre medidas de enfrentamento em razão da situação de emergência da saúde pública

LEI	ASSUNTO	IMPACTO	PRINCIPAIS DESTAQUES
Decreto Estadual 6284/2020	Dispõe sobre as proibições provisórias de circulação e aglomeração em espaços e vias públicas, como formas de medidas de enfrentamento à pandemia	Paraná	Institui o “toque de recolher” entre as 23hrs e as 5hrs, para atividades consideradas não essenciais, de acordo com o Decreto 4317/2020 que dispõe sobre as medidas de enfrentamento para a iniciativa privada.
Decreto Estadual 4230/2020	Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus	Paraná	Estabelece as medidas para enfrentamento, no âmbito da Administração Direta, Autárquica e Fundacional do Estado do Paraná.
Decreto Estadual 6294/2020	Intensifica as medidas para enfrentamento decorrente do estado de calamidade e revoga o art. 3º do Decreto 4230/2020	Paraná	Institui a proibição provisória de circulação em espaços e vias; proíbe a realização de confraternizações e eventos presenciais que causem aglomerações com grupos de mais de 25 pessoas.
Decreto Estadual 6983/2021	Dispõe sobre medidas restritivas de caráter obrigatório, visando o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia e revoga o Decreto nº 6294/2020	Paraná	Institui a suspensão do funcionamento dos serviços e atividades não essenciais; restrições provisória de circulação; atualização da suspensão das aulas, conforme Decreto nº 4230/2020; suspensão dos prazos, no âmbito da Administração Pública Direta, Autarquias e Fundações, além de acesso aos autos dos processos físico.

Diante do exposto, percebe-se que tanto a Lei nº 13.979/2020, no âmbito nacional, como os decretos mencionados, no âmbito estadual, adotaram uma série de medidas com o objetivo de evitar a proliferação do coronavírus. A Lei nº 13.979/2020, que consiste em regra geral de enfrentamento da pandemia, objeto desta seção, prevê em seu art. 1, § 1º que o seu principal objetivo é a proteção da coletividade.

Com fulcro no art. 3º, a legislação referenciou a possibilidade de adoção de medidas de (i) isolamento; (ii) quarentena; (iii) determinação de realização compulsória de (a) exames médicos, (b) testes laboratoriais, (c) coleta de amostras clínicas, (d) vacinação e outras medidas profiláticas ou (e) tratamentos médicos específicos. Também há a previsão da possibilidade de (iv) estudo ou investigação epidemiológica; (v) exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver; (vi) restrição excepcional e temporária de entrada e a saída do País; (vii) requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas e (viii) autorização excepcional e temporária para importação de produtos sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa.

Ato contínuo, em consonância ao estabelecido no § 1º do art. 3, as medidas visam a proteção de toda a coletividade. É nesse sentido que o § 7º do mesmo artigo arrola as autoridades competentes para adoção das medidas de enfrentamento à pandemia, sendo o Ministério da Saúde o órgão competente para empregar medidas de enfrentamento mais gerais e, suplementarmente, atribuição dos gestores de saúde dos estados e municípios a realização das medidas de enfrentamento local. A restrição aos gestores locais não imprime uma acepção de que os entes federados devem combater separadamente a pandemia; pelo contrário, exprime uma visão de coordenação da União, Distrito Federal, Estados e Municípios, em consonância ao estabelecido no art. 6º da referida Lei.

Ademais, preceitua o art. 5º que é dever de todo cidadão colaborar com as autoridades sanitárias no combate aos focos de proliferação da doença, seja por meio da comunicação imediata de possível contato com os agentes infecciosos ou pela circulação em áreas de alta probabilidade de contaminação pelo coronavírus. Conforme interpretação sistêmica da lei, observando a supremacia da Constituição, a realidade é que os Estados e Municípios detêm autonomia para estabelecer as medidas locais para o enfrentamento da pandemia, mas sem deixar de observar a inerente colaboração dos entes em uma frente única de combate a pandemia.

A ideia de uma frente única de combate ao COVID-19 é consequência natural do próprio desenho federativo brasileiro, pautado em três grandes bases: (i) o federalismo cooperativo; (ii) a promoção dos direitos fundamentais e (iii) a proteção da coletividade. Assim, ao interpretar a competência para instituir medidas de prevenção contra a COVID-19, o STF, na ADI 6.341/DF e na ADPF 672/DF, adotou uma posição que já vinha sendo reconhecida em outros julgados sobre outros temas, qual seja a de que na busca da solução de conflitos federativos, deve-se partir da ótica da prevalência de interesses locais em detrimento de uma posição mais centralizada no figura da União.⁵

Assim, as decisões do STF em relação à competência para combate ao COVID-19 não deveriam ser surpresas aos que acompanham os debates federativos ocorridos na Corte nas últimas décadas. No mesmo sentido, não é uma surpresa a ideia de obrigatoriedade de vacinas e do passaporte vacinais no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei 8.069/1990, mais conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), já estabelece, em seu art. 14, § 1º, a obrigatoriedade de vacinas nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias. Como consequência jurídica aos pais que não vacinarem seus filhos, há a previsão de multa de três a vinte salários e, em casos de reincidência, o dobro, seguindo os ditames do art. 249 do ECA. Inclusive, há no seio do poder judiciário casos em que a Justiça determinou que os pais vacinassem os seus filhos tendo como fundamento a proteção ao incapaz, o respeito à vida e o direito à saúde.⁶

5 TOMIO, Fabrício; ROBL FILHO, Ilton Noberto. Empirical Legal Research: Teoria e Metodologia para a Abordagem do Processo Decisório de Controle de Constitucionalidade no STF. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; VESTENA, Carolina Alves (orgs.) **Direito e Experiências Jurídicas: debates práticos**. Belo Horizonte: Arraes, 2013, vol. 2. e MACEDO, José Artur Castillo de. **Encruzilhadas do federalismo: transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2018.

6 CORREIO BRAZILIENSE. Pais podem perder a guarda caso não vacinem os filhos? Especialistas opinam. Disponível em: <<https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/01/14/interna-brasil.820424/pais-podem-perder-a-guarda-caso-nao-vacinem-os-filhos-especialistas.shtml>>. Acesso em: 01 de out. 2021.

Entretanto, a previsão de obrigatoriedade de vacinação não é restrita ao ECA. A Lei 6.259/1975, que dispõe sobre a organização das ações de Vigilância Epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações e que estabelece as normas relativas à notificação compulsória de doenças, prevê em seu art. 3º a competência do Ministério da Saúde na elaboração do Programa Nacional de Imunizações, inclusive as de caráter obrigatório. Em seu parágrafo único, estabelece ainda que “As vacinas obrigatórias serão praticadas de modo sistemático e gratuito pelos órgãos e entidades públicas”, prevendo, ainda, a possibilidade de vacinação pelas entidades privadas que tenham auxílio da administração pública de todas as esferas. Mais uma vez, realça-se o caráter de cooperação entre os entes federados em torno de um bem comum: a coletividade.

Esse caráter de obrigatoriedade, seguindo os ditames 2Ademais, em seu art. 14, a lei prevê que a inobservância de suas normas constitui “infração sanitária e sujeita o infrator às penalidades previstas em lei, sem prejuízo das demais sanções penais cabíveis”.

Em que pese a inexistência de citação específica à vacinação obrigatória, o art. 268 do Código Penal estabelece punição a quem “infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”, com pena de um mês a um ano de multa. Deste panorama, percebe-se que a vacinação obrigatória e o comprovante/passaporte de vacinação já estão há muito tempo consolidados no ordenamento jurídico, razão pela qual não haveria como se argumentar que tais medidas são totalmente novas na que tange à política pública de saúde e imunização.

Pelo mesmo vértice, relembra-se que, para viagens em cruzeiros tendo como destino áreas de proliferação de determinadas doenças, os passageiros devem apresentar carteira de vacinação. Cita-se outro exemplo: no Paraná, a Lei Estadual 19.534/2018 dispõe sobre a obrigatoriedade da apresentação da carteira de vacinação no ato da matrícula escolar, seja em escola pública ou privada.

Portanto, conforme detidamente visto, o ordenamento jurídico brasileiro já possuía um amplo arcabouço jurídico relacionado à vacinação obrigatória e a sua comprovação mesmo antes do início da pandemia. Nesse sentido, a Lei nº 13.979/2020 e os atos normativos secundários que regulamentaram as medidas de enfrentamento a COVID-19 só vieram reafirmar o interesse da coletividade num determinado contexto histórico que o país atravessa.

Segue-se agora à análise dos procedimentos judiciais, no âmbito do STF, que discutiram as questões controvertidas relacionadas à vacinação obrigatória e ao passaporte vacinal.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA E O PASSAPORTE VACINAL

3.1. A VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA E O STF

Conforme asseverado no último tópico, após a entrada em vigência da Lei 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, diversas questões relacionados à abrangência e à interpretação jurídica dos artigos se proliferaram pelo país. Para a presente pesquisa, um dos artigos da lei se mostra de suma importância, qual seja o art. 3, especialmente o inc. III e o § 7, pelos quais:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas:

III - determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos.

§ 7º As medidas previstas neste artigo poderão ser adotadas: III - pelos gestores locais de saúde, nas hipóteses dos incisos III, IV e VII do caput deste artigo.

Em suma, as perquirições giraram em torno do termo “realização compulsória” do inciso III, especialmente relacionado à alínea “d” do artigo: vacinação e outras medidas profiláticas. Dessa forma, questiona-se: poderia o ente federado obrigar o cidadão a tomar a vacina à força, isto é, obrigá-lo por coação absoluta a se vacinar? Esse é o sentido constitucional atribuído à compulsoriedade? No que a vacinação compulsória/obrigatória se distingue da vacinação forçada? A previsão normativa corresponde ao parâmetro constitucional? De qual ente federado é a competência para realizar a vacinação compulsória?

Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade: a ADI 6.586 e a ADI 6.587, ambas de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski. Conforme se observará, as ADIs possuíam pedidos diametralmente opostos: a ADI 6.586 pugnando pela constitucionalidade do art. 3 e a ADI 6.587 pela sua inconstitucionalidade.

Na ADI 6.586/DF, o Partido Democrático Trabalhista (PDT), legitimado ativo para propor ações de controle concentrado de constitucionalidade, requereu ao STF que se conferisse interpretação conforme ao art. 3º, III, “d”, Lei nº 13.979/2020 nos termos dos arts. 6º, 22, 23, 24, 26, 30, 196 e 198 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB). Em suma, requereu o partido que se conhecesse e julgasse procedente a ADI no sentido de que cabe aos Estados e Municípios determinar a realização compulsória da vacinação e outras medidas profiláticas, desde que as medidas, amparadas em evidência científica, ocasionam maior proteção à coletividade. Tal pedido vem, segundo o legitimado, ao encontro da competência concorrente e

comum dos entes federados para combater a pandemia da COVID-19 decidido pela Corte na ADI 6341/DF.

Já na ADI 6.587, ajuizada pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), requereu-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, eis que não passa pelo crivo dos arts. 5, caput, 6 e 196, todos da CRFB. Em suma, alega o partido que a vacinação compulsória fere os direitos individuais porque força o cidadão a se vacinar, mesmo não existindo segurança quanto à eficácia e efeitos colaterais da vacina. Argumenta, ainda, que obrigar a população a se vacinar consistiria em teste em massa de vacinas que não possuem eficácia científica comprovada, segundo o partido.

Diante da causa de pedir aberta existente nas ações do controle concentrado de constitucionalidade e da distribuição por dependência em relação à ADI 6.587, o Min. Ricardo Lewandowski procedeu ao julgamento conjunto de ambas as ADIs, atribuindo, ao final, procedência parcial no sentido de dar interpretação conforme ao dispositivo contido no art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020.

De acordo com o acórdão, pacificou-se o entendimento de que: (i) o significado da “vacinação compulsória” não é o mesmo de “vacinação forçada”, eis que é sempre decisão do cidadão tomar a vacina ou não, podendo, todavia, o Poder Público implementar meios de coação indireta aos que optarem por não se vacinar, tal qual a restrição ao exercício de atividades e presença em determinados locais se houver comprovação científica da eficácia dos imunizados, além do respeito aos direitos fundamentais, ao critério da proporcionalidade e à manutenção da distribuição universal e gratuita da vacina; e que (ii) a compulsoriedade pode ser implementada pelos entes federado no âmbito da respectiva esfera de competência.

Condizente ao voto do Min. Ricardo Lewandowski, a legislação brasileira não contempla, atualmente, a vacinação forçada, isto é, aquela de caráter invasivo à pele do cidadão, diante do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano. Todavia, a vacinação compulsória/obrigatória, que não se confunde com a vacinação forçada, é medida prevista em legislação infraconstitucional antes mesmo do advento da Lei 13.979/2020. Nesse sentido, aduz Lewandowski:

... observo que a vacinação obrigatória, desde há muito, é uma realidade no Brasil, estando prevista em diversos diplomas legais. O Plano Nacional de Imunizações – PNI, implantado em 18 de setembro de 1973, cuja disciplina legal contempla a tal compulsoriedade, é considerado exemplar por autoridades sanitárias de todo o mundo, jamais tendo sido objeto de contestações judiciais significativas.⁷

Ademais, afirmou o relator que o próprio STF, no contexto histórico da revolta da vacina (1904), assegurou que o ordenamento constitucional não comporta a vacinação forçada ao conceder a ordem de habeas corpus preventivo em favor de

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão - ADI 6585**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Relator: Ricardo Lewandowski, DF, 17 de dezembro de 2020. Publicação DJe: 07/04/2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346094162&ext=pdf>>. Acesso em: 04 de nov. 2021. p. 4.

Manoel Fortunato de Araújo Costa, a fim de que equipes de saúde não ingressassem à força em sua residência para realizar desinfecção (RHC 2.244/DF, Rel. Min. Manoel Murtinho, DJ 31.1.1905).

Assim, a vacinação prevista no art. 3, inc. III, “d” da Lei 13.979/2020, compulsória e obrigatória, é legítima do ponto de vista das garantias constitucionais. A despeito de não ser forçada, adverte o ministro que, para garantir a efetividade do programa nacional de imunização, o poder público pode instaurar medidas de coação indireta, como a restrição ao exercício de certas atividades e comparecimento a determinados locais, se respeitados os requisitos constitucionais. Assim, deve-se comprovar a eficácia científica da vacina, respeitar a dignidade humana e os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, além do Estado ofertar a vacinação universal e gratuitamente.⁸

Por fim, asseverou o Ministro, seguido pela maioria do plenário, que a competência estabelecida pelo art. 3, § 7 da Lei 13.979/2020 é constitucional, eis que assegura o conceito federalismo cooperativo adotado pela CRFB. O STF, por ocasião da ADI 6.341/DF e ADPF 672/DF, já havia decidido que o federalismo de cooperação também se aplica às medidas de contenção ao COVID-19. No caso da vacinação obrigatória, o federalismo de cooperação “encontra expressão [...] na competência concorrente partilhada pela União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a ‘proteção e defesa da saúde’ (art. 24, XII, da CF), bem assim na competência comum a todos eles e também aos Municípios de ‘cuidar da saúde e assistência pública’ (art. 23, II, da CF).”⁹

Noutro vértice, em sede de controle concreto de constitucionalidade, o STF foi novamente instado a dirimir um conflito envolvendo a vacinação obrigatória, especialmente quanto à obrigatoriedade dos pais vacinarem seus filhos contra a COVID-19. De relatoria do Min. Roberto Barros, o ARE 1.267.87/SP, com recuperação geral reconhecida (Tema 1.103) e em segredo de justiça, fixou-se a seguinte tese:

É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, **não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar**. Presidência do Ministro Luiz Fux. Plenário, 17.12.2020¹⁰ (grifo nosso)

Por conseguinte, observa-se que o STF, tanto em sede de controle abstrato como em controle concreto, já se posicionou a favor da constitucionalidade da vacinação obrigatória, inclusive em relação aos incapazes. E, como bem demonstrado, a

⁸ Ibid. 48.

⁹ Ibid. 25-26.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.267.879/SP**. Recte: A. C. P. C. Relator: Min. Roberto Barros, DF, 17 de dezembro de 2020. Publicação DJe: 18/12/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674>>. Acesso em: 04 de nov. 2021.

consequência da recusa à vacina é a possibilidade de restrição ao exercício de certas atividades e presença em determinados locais, que se materializa, dentre outras formas, na exigência do passaporte vacinal.

Portanto, passa-se ao estudo do caso sobre o passaporte vacinal no âmbito na suprema corte.

3.2. O PASSAPORTE VACINAL E O STF

A ideia de um certificado de vacinação contra determinada doença para exercer atividades, frequentar localidades públicas ou até mesmo viajar para outros lugares, apelidado popularmente de passaporte vacinal, não é instrumento que surgiu para combater especificamente a proliferação da COVID-19. A primeira noção de passaporte vacinal advém do debate ocorrido em 1897 na Índia britânica para implementação de um certificado vacinal como forma de combater o surto de peste bubônica.¹¹

Atualmente, diversos países adotam, em menor ou maior medida, o passaporte vacinal, tais quais Israel, Dinamarca, França, Áustria, Eslovênia, Holanda, Japão e Coreia do Sul.¹² No Brasil, com fulcro jurídico na ADI 6.341/DF e ADPF 672/DF, que ratificaram a competência comum e concorrente dos estados e municípios para instituir medidas de combate a COVID-19, muitos entes federados começaram a exigir a devida vacinação contra a doença.

Nesse sentido, o Município do Rio de Janeiro, por meio do Decreto Municipal nº 49.335 de 26.08.2021, e amparado na interpretação conforme dada ao art. 3, III, “d” da 13.979/2020, que versa sobre a vacinação compulsória e outras medidas profiláticas, estabeleceu a obrigatoriedade de comprovação da vacinação contra COVID-19 para o acesso e a permanência nos estabelecimentos e locais de grande circulação e que favoreçam a proliferação do vírus, como estádios, teatros e academias.

Todavia, no dia 29.09.2021, o desembargador da 3ª Câmara Criminal do TJRJ, Paulo Rangel, suspendeu liminarmente o passaporte de vacinação no município sob o argumento de que se estaria violando o princípios da liberdade de locomoção e que haveria verdadeira perseguição aos não vacinados, o que o julgador designou de “ditadura sanitária”¹³.

Ainda, o desembargador comparou o passaporte vacinal ao genocídio nazista cometido contra o povo judeu: “Outro que sabia bem incutir no povo o medo dos inimigos foi Hitler, que através da propaganda nazista, incutiu na população o medo dos judeus e dos ciganos. Era preciso aniquilá-los para se defender”.¹⁴

11 KRITZ, Fran. **The Vaccine Passport Debate Actually Began In 1897 Over A Plague Vaccine**. Disponível: <<https://www.npr.org/sections/goatsandsoda/2021/04/08/985032748/the-vaccine-passport-debate-actually-began-in-1897-over-a-plague-vaccine>>. Acesso em: 01 de nov. 2021

12 ROMERO-LUENGO, Ana Maria. **Saiba que países estão adotando 'passaporte da vacina' para suspender restrições**. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/saiba-que-paises-estao-adotando-passaporte-da-vacina-para-suspender-restricoes/>>. Acesso em: 1 de nov. 2021.

13 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 0069278-54.2021.8.19.0000**. Relator: Des. Paulo Rangel, 2021. p. 4.

14 Ibid. p. 5.

Ao final, argumenta o desembargador que o passaporte vacinal instituído por decreto regulamentar viola o princípio da legalidade contido no inc. II do art. 5 da CRFB, eis que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Todavia, como bem aponta Flávio Martins nesse ponto, a argumentação jurídica do magistrado é frágil, eis que o art. 5 faz referência à legalidade em sentido amplo, abrangendo atos normativos primários e secundários. Nesse sentido:

Portanto, como prevê a Constituição (art. 5º, II), “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Indaga-se: essa “lei” a que a Constituição se refere, é lei no sentido amplo ou lato (qualquer ato normativo do poder público, envolvendo decretos, portarias, resoluções, medidas provisórias etc.) ou lei no sentido estrito (um ato emanado do Poder Legislativo)? A expressão “lei” do art. 5º, II, da Constituição Federal se refere à lei no sentido lato ou amplo. Assim, é possível que sejamos obrigados a fazer algo, por conta de uma medida provisória, por exemplo. A Medida Provisória n. 2.198, de 24 de agosto de 2001 (que estabeleceu o programa de enfrentamento da crise energética), determinou que todos economizassem 20% de sua energia elétrica. Da mesma forma, a Prefeitura de um Município poderá, por ato normativo (resolução, portaria etc.) da Secretaria de Transportes, reduzir a velocidade máxima permitida em algumas vias públicas. As pessoas serão obrigadas a dirigir seus veículos naquela velocidade, sob pena de multa.¹⁵

Lenio Luiz Streck, ao comentar o caso, afirma que a decisão do magistrado não se sustenta em termos de argumentos de princípios, eis que é “uma ‘meta-regra não admitida juridicamente’, porque é uma decisão que garante um direito fundamental à não-vacinação”, concluindo que “para que o Direito possa dizer que isso não é admitido pelo Direito. A decisão é judicial. Mas não é jurídica. E é esse o grande busílis.”¹⁶

A decisão, após inúmeras críticas, foi objeto da Medida Cautelar na Suspensão de Tutela Provisória 824/RJ, contracautelar ajuizada perante o STF pela Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro. A cautelar para suspensão da decisão liminar proferida nos autos do HC nº 0070957-89.2021.8.19.0000 fora deferida pela presidência do STF sob o argumento de que a competência comum e concorrente dos entes federados já havia sido decidida pela Corte com base da predominância dos interesses, o que depois se confirmou na decisão final redigida nos seguintes termos:

Ex positis, acolho o pedido de extensão formulado e determino a suspensão da decisão liminar proferida nos autos do Habeas Corpus nº 0070957-89.2021.8.19.0000, em curso perante o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de modo a restabelecer a plena eficácia do Decreto nº 49.335, de 26 de agosto de 2021, do Prefeito do Rio de Janeiro, até ulterior decisão nestes autos. Outrossim, determino a suspensão de toda e qualquer decisão da Justiça de Primeiro e de Segundo grau que afaste a incidência das medidas restritivas previstas no Decreto nº 49.335, de 26 de agosto de 2021, do Prefeito do Rio de Janeiro.¹⁷

15 MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. p. 365.

16 STRECK, *op. cit.* p. 2.

17 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SUSPENSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA (STP) 824**. Relator: Ministro Presidente, DF, 01 de outubro de 2021. Publicação DJe: 04/10/2021. Disponível em: <stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=197&dataPublicacaoDj=04/10/2021&incidente=6269484&codCapitulo=6&numMateria=183&codMateria=7>. Acesso em: 28 de out. de 2021.

Destarte, analisado o tratamento dado pelo STF tanto em relação à vacinação obrigatória como ao passaporte vacinal, faz-se necessário discutir o latente conflito de princípios fundamentais existentes nos dois casos: a liberdade individual contra a saúde coletiva.

4. O CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

4.1. HÁ VERDADEIRO CONFLITO DE PRINCÍPIOS?

Anteriormente à análise do conflito entre os princípios constitucionais, é preciso realizar a seguinte indagação: a liberdade individual e a saúde coletiva são, verdadeiramente, princípios em termos jurídicos? Para responder a essa questão, é preciso compreender a distinção entre duas formas de normas jurídicas, isto é, a regra e o princípio. A norma jurídica, a qual se diferencia da norma moral em essência, é extraída de textos a partir de um processo de interpretação normativa; sendo assim, a norma jurídica pode se revestir do caráter de regra ou de princípio. Segundo Virgílio Afonso da Silva,¹⁸ a distinção entre regras e princípios assume duas grandes correntes explicativas: a diferenciação em quantidade e em qualidade, a depender da posição jusnormativa que se adote.

Pela concepção brasileira dominante,¹⁹ filiada à distinção quantitativa, os princípios podem ser entendidos como um tipo de norma mais genérica, abstrata e fundamental do que as regras. Exemplifica-se: enquanto o princípio da presunção de inocência, contido no art. 5, inc. LVII, da CRFB, é, para essa visão, um princípio, pois mais genérico, abstrato e fundamental em termos de garantias processuais penais, o art. 242, § 2, da mesma Constituição, pelo qual “O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal” seria uma regra, eis que menos genérico, abstrato e fundamental ao ordenamento jurídico.

Em que pese os méritos da distinção quantitativa, com o advento dos escritos de Ronald Dworkin e Alexy no cenário nacional, ambos filiados a uma concepção jusfilosófica pós-positivista, difundiu-se a percepção de que as regras e princípios poderiam ser distinguidas também em qualidade, posição adotada neste artigo. Conforme bem sintetiza Virgílio Afonso da Silva:

“Tanto Dworkin quanto Alexy são representantes da tese da separação qualitativa entre regras e princípios, que advoga que a distinção entre ambas as espécies de normas é de caráter lógico. Uma alternativa a essa tese é aquela que defende que a distinção entre ambas é de grau, seja de grau de generalidade, abstração ou de fundamentalidade. Essa é a tese mais difundida no Brasil.”²⁰

18 DA SILVA, Virgílio Afonso. **Mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista latino-americana de estudos constitucionais, v. 1, p. 607-630, 2003. p. 2.

19 SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral**. Curitiba, 2010. 345 f. Tese de Doutorado – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 11.

20 Ibid. p. 3.

Ronald Dworkin, no livro *Taking Rights Seriously*, formula a sua teoria a partir da crítica ao positivismo inclusivista de Herbert Hart. Este, mesmo aceitando a entrada de princípios morais no sistema jurídico caso a regra de reconhecimento assim permita, peca, segundo Dworkin, ao não analisar os *hard cases* à luz de tais princípios. Existindo no sistema jurídico só as regras, Hart acaba sucumbindo à arbitrariedade judicial.

Para Dworkin, a regra possui somente uma dimensão de validade: vale ou não vale. Se vale, deve ser aplicada; se não vale, a regra deve ser extirpada do ordenamento a partir dos critérios de antinomia jurídica.²¹ Já os princípios têm outra dimensão, isto é, a dimensão de peso: pesam mais ou pesam menos. Em outras palavras, para Dworkin o princípio que for mais importante para resolução do caso concreto deve prevalecer. Se o princípio for considerado o menos importante para resolução do caso, somente não será aplicado, não se vislumbrando qualquer retirada de seu caráter normativo dentro do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, é forçoso retomar a ideia de Dworkin do que seria um Estado de Direito, o qual o autor entende haver duas concepções distintas. A primeira se relaciona a concepção “centrada no texto legal” e teria como característica principal o fato de que o poder estatal nunca deveria ser exercido em face dos cidadãos individuais, senão em conformidade com as regras explícitas. O foco dessa percepção, portanto, seria uma concepção restrita de que o Estado deve seguir suas próprias regras. Já pela segunda concepção, denominada de “centrada nos direitos”, pressupor-se-ia que os cidadãos teriam uma correspondência de direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado. Tal vertente é, para Dworkin, a melhor aceção ao Estado de Direito.²² Destarte, bem aponta Karam e Sampaio que:

Dworkin oferece uma resposta a essas indagações. Analisando as possibilidades e os limites da prática judicial norte-americana, Dworkin resgata o desejo de construção de uma sociedade mais igualitária por meio de um direito que não se resume na legalidade, pois também possui uma dimensão moral e política. Mostra-nos que a aplicação do direito não é neutra ou apolítica. Os juízes não estão alheios ao processo de criação do direito, pois toda vez que o aplicam o constroem. Não no sentido defendido pelo positivismo que atribui aos juízes o poder discricionário de fazer o direito em casos em que este não se encontra disponível no sistema legal, mas, sim, no sentido de que os juízes podem e devem, com criatividade, buscar nos princípios o fundamento para suas decisões por meio da sua interpretação. Neste sentido, essa permanente construção do direito deveria ser realizada de maneira a melhor adequação aos princípios constitucionais, em uma perspectiva passada, presente e futura.²³

Dessa forma, se para Hart o ordenamento se esgota nas regras primária e nas regras secundárias de mudança, adjudicação e reconhecimento, estas consideradas como soluções necessárias para a vagueza, ambiguidade e incerteza das regras

21 Ibid. p. 6.

22 DWORKIN, 2000, *op. cit.* p 6-7.

23 CHUEIRI, Vera Karam de; ARAÚJO SAMPAIO, Joanna Maria de. Como Levar o Supremo Tribunal Federal a Sério: Sobre a Suspensão De Tutela Antecipada N. 91. **Revista Direito GV**, São Paulo, volume 5, p. 045-066, jan. de 2009. p. 46.

primárias, Dworkin qualifica a discussão com a ideia do princípio jurídico, necessária para que o julgador não “crie” direito de acordo com as suas convicções pessoais. É exatamente pela concepção de Estado centrado no direito que Dworkin afirma que juízes devem atribuir maior importância a um princípio, em detrimento de outro, no caso concreto.²⁴ Assim, conforme a tese de direito como integridade, o ordenamento que entenda a ideia de princípios sempre deverá sempre apresentar respostas corretas aos problemas, não sendo necessário sucumbir à discricionariedade judicial.

Pela mesma via qualitativa, Robert Alexy aduz em sua clássica obra *“Theorie der Grundrechte”*²⁵ que as regras devem ser compreendidas como deveres definitivos, enquanto os princípios são deveres *prima facie*. Como exemplo, Alexy coloca uma situação hipotética: o indivíduo A havia se comprometido a ir à festa do indivíduo B, todavia, o indivíduo C, amigo de A, acidentou-se gravemente. Nessa situação hipotética, o comprometimento de A com B é tão somente um dever *prima facie* - como são os princípios - já que o grau de sua realização pode variar de acordo com o caso concreto.

Alexy entende, assim como Dworkin, que o conflito de regras deve ser resolvido pelos critérios de antinomia. Todavia, para se resolver conflitos entre princípios, ou “mandamentos de otimização em face de possibilidade jurídica e fática”²⁶ a ser realizado da melhor forma possível, Alexy adota o método de ponderação. Diferentemente de Dworkin, Alexy cria uma verdadeira fórmula matemática para aplicação de seu método, nomeando-a de teste da proporcionalidade em sentido amplo, que será estudada no tópico seguinte.

Opte-se, no presente trabalho, pela fórmula de Alexy a fim de identificar os princípios e ponderá-los. Conforme atesta Hachem, apesar do pioneirismo de Dworkin em analisar qualitativamente a diferenciação entre princípios e regras, o método criado por Alexy é operacionalizado de maneira mais explícita e funcional:

Em que pese o pioneirismo de Dworkin na adoção do critério da estrutura lógico-normativa para diferenciar princípios de regras, a concepção de Alexy de princípio como mandamento de otimização e as suas propostas para resolução de conflitos através da técnica da ponderação e do recurso à proporcionalidade parecem ter alcançado maior recepção na doutrina brasileira. E isso se deu especialmente pela utilidade da sua fórmula em matéria de direitos fundamentais.²⁷

Dessa forma, resta a dúvida: a liberdade individual (*caput* do art. 5 da CRFB, que abrange as liberdades de pensamento, expressão, consciência e reunião contidas nos incisos do artigo) e a saúde coletiva (art. 196 da CRFB) são princípios à luz da teoria de Alexy? E, se princípios, podem entrar em rota de colisão? Entende-se aqui que sim, vez que a liberdade individual e saúde coletiva são deveres *prima facie*, havendo a possibilidade de gradação na realização de ambos a depender da

24 DWORGIN, 2000, *op. cit.* p. 16.

25 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

26 *Ibid.* p.117.

27 HACHEM, Daniel. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. Capítulo: A compostura jurídica do princípio. 126.

situação concreta, seja pela (i) possibilidade de entrar em rota de colisão com outros mandamentos constitucionais, (ii) sofrer restrições na legislação infraconstitucional e (iii) lograr autolimitações em suas previsões normativas.

4.2. O TESTE DA PROPORCIONALIDADE

Em atenção ao teste da proporcionalidade em sentido amplo de Alexy, para que se logre a autolimitação de algum princípio é necessário que se aplique as três máximas parciais do método da proporcionalidade em sentido amplo: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento). Assevera-se que, segundo o autor,²⁸ tais etapas são sucessivas e subsidiárias, isto é, devem ser aplicadas na ordem em que são apresentadas.

Pelo primeiro teste, isto é, o da adequação, propõe-se um exame absoluto do ato. Portanto, deve-se realizar a seguinte pergunta: a medida de restrição é meio apto a alcançar ou ao menos fomentar os objetivos constitucionais pretendidos? Já pelo segundo teste, o da necessidade, cabe a indagação: a medida que está sendo adotada é o meio menos gravoso para realizar o objetivo constitucional? Por fim, em relação ao terceiro teste, a proporcionalidade em sentido estrito, o operador deve realizar a seguinte pergunta: a restrição ao direito preterido é compensada pela promoção do direito que vai prevalecer? Para tanto, deve-se utilizar a fórmula proposta por Alexy: " $W_{ij} = I_i \cdot W_i \cdot R_i / I_j \cdot W_j \cdot R_j$ "²⁹

Nessa toada, importante é o aviso de Rafael Bellem de Lima³⁰ de que o teste da proporcionalidade em sentido amplo não pode ser usado como mero artifício retórico para justificar uma decisão, isto é, como um método de sofisticar e enfeitar uma posição em favor de um princípio em detrimento de outro. A bem da verdade, as três máximas precisam ser aplicadas em ordem e com cautela, sob pena de distorcer a teoria proposta por Alexy.

Dessa forma, a adequação e necessidade são etapas quase que preliminares para aplicação de fórmula matemática proposta na terceira fase do teste por Alexy. Isso porque, conforme o jurista alemão, é preciso a avaliação da adequação e da necessidade no conflito para, aí então, em caso positivo, aplicar a proporcionalidade em sentido estrito e a fórmula dos pesos.

Em relação à adequação, pergunta-se: a vacinação obrigatória e o passaporte vacinal são restrições à liberdade individual aptas a alcançar o objetivo constitucional? Se considerarmos que o art. 3, IV da CRFB traz como objetivo da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, e considerando que a vacinação no Brasil, comprovada cientificamente, vem reduzindo as mortes ocasionadas pelo COVID-19,³¹

28 Ibid. p. 103.

29 Ibid. 117-118.

30 LIMA, Rafael Bellem de. Proporcionalidade no Supremo: uma ideia fora do lugar. *Journal of Institutional Studies* 1. Rio de Janeiro, v. 6, n.1., p. 184-206, jan./abr. 2020.

31 GLOBO. **Graças à vacinação, diminuição de casos graves e mortes por Covid muda a rotina dos hospitais do país.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/11/14/gracas-a-vacinacao-diminuicao-de-casos-graves-e-mortes-por-covid-muda-a-rotina-dos-hospitais-do-pais.ghtml>>. Acesso em: 15 de nov. 2021.

é possível afirmar que os meios são adequados e aptos para os fins pretendidos: o fim da pandemia e a promoção do bem de todos.

Já pelo critério da necessidade, faz-se o seguinte questionamento: a vacinação obrigatória e o passaporte vacinal são os meios menos gravosos para levar à diminuição de mortes pela COVID-19? Responde-se afirmativamente, eis que a outra opção, para além da vacinação obrigatória e a consequente instituição do passaporte vacinal, seria exatamente obrigar o cidadão a se vacinar à força, o que não estaria de acordo com a menor onerosidade do meio possível para realização do objetivo final. Nesse sentido, é cediço relembra o voto do Min. Ricardo Lewandowski nas ADIs 6.586/DF e 6.587/DF, no qual se afirma que “afigura-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação forçada das pessoas, quer dizer, sem o seu expresso consentimento.”³²

Por fim, quanto à terceira máxima, deve-se perguntar: a restrição à liberdade individual é compensada pela promoção da saúde pública? Para responder tal questão, é necessário observar a advertência de Alexy no sentido de que nessa etapa do teste, caso seja envolvido o princípio da liberdade individual, “a lei do sopesamento exige, no caso de um aumento na intensidade da afetação da liberdade, que o peso das razões que fundamentam essa afetação também aumente”.³³ Destarte, é possível afirmar que a restrição à liberdade individual é compensada pela promoção da saúde coletiva, isso porque a diminuição do âmbito de atuação da liberdade individual para fins de combate ao COVID-19 é interferência menos agressiva para concretização da saúde coletiva, o qual depende da vacinação de todos os cidadãos. Em outras palavras, a limitação da liberdade individual é contrabalançada pela diminuição no número de infecções e mortes relacionadas ao COVID-19, que concretiza o direito à saúde coletiva e o objetivo constitucional do bem coletivo.

Por conseguinte, após análise do conflito de princípios à luz da proporcionalidade em sentido amplo, conclui-se que a saúde coletiva, nos casos da vacinação obrigatória e do passaporte vacinal, prevalece em relação à liberdade individual, o qual deve ter o seu núcleo de abrangência diminuído enquanto perdurar a pandemia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos tópicos examinados, após análise da Lei 13.979/2020, das decisões do STF sobre a temática e a colisão dos princípios, chega-se à conclusão de que a hipótese inicial levantada fora confirmada, qual seja a de que direito à saúde coletiva deve prevalecer sobre a liberdade individual nos casos da vacinação obrigatória e do passaporte vacinal. Isso porque a restrição do princípio da liberdade individual é justificada nos termos do teste da proporcionalidade em sentido amplo, sendo

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão - ADI 6585**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Relator: Ricardo Lewandowski, DF, 17 de dezembro de 2020 Publicação DJe: 07/04/2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346094162&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 de nov. 2021. p. 12.

33 ALEXY, 2008, *op. cit.* p 252.

adequada, necessária e proporcional (em sentido estrito) enquanto durar a pandemia de COVID-19.

Todavia, tal conclusão não deve ser entendida como respaldo para a supressão da liberdade individual no ordenamento jurídico. Como deixa bem claro Alexy,³⁴ a sobreposição de um princípio em relação a outro, no caso concreto, não extirpa do ordenamento a existência do princípio suprimido, podendo este entrar em nova rota de colisão com tantos outros. A bem da verdade, a análise do conflito de mandamentos de otimização é sempre casuística, não devendo ser esperado que o princípio que prevaleceu em determinado caso deverá também prevaleça em todos os outros.

Por fim, atesta-se que o presente trabalho não pretendeu esgotar o tema sobre a vacinação obrigatória e o passaporte vacinal à luz do conflito dos princípios constitucionais da liberdade individual e da saúde coletiva. Aspirou-se, na verdade, traçar um norte argumentativo com o fim de qualificar o debate.

Assim, enquanto a pandemia de COVID-19 persistir na vida cotidiana brasileira, muitas questões sobre princípios ainda precisarão ser respondidas pelos operadores e estudiosos do direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6585**. Requerente: Partido Democrático Trabalhista (PDT). Relator: Ricardo Lewandowski, DF, 17 de dezembro de 2020. Publicação DJe: 07/04/2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346094162&ext=.pdf>>. Acesso em: 04 de nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.267.879/SP**. Recte: A. C. P. C. Relator: Min. Roberto Barroso, DF, 17 de dezembro de 2020. Publicação DJe: 18/12/2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674>>. Acesso em: 04 de nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **SUSPENSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA (STP) 824**. Relator: Ministro Presidente, DF, 01 de outubro de 2021. Publicação DJe: 04/10/2021. Disponível em: <stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=197&dataPublicacaoDj=04/10/2021&incidente=6269484&codCapitulo=6&numMateria=183&codMateria=7>. Acesso em: 28 de out. de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 0069278-54.2021.8.19.0000**. Relator: Des. Paulo Rangel, 2021.

CHUEIRI, Vera Karam de; ARAÚJO SAMPAIO, Joanna Maria de. Como Levar o Supremo Tribunal Federal a Sério: Sobre a Suspensão De Tutela Antecipada N. 91. **Revista Direito GV**, São Paulo, volume 5, p. 045-066, jan. de 2009.

CORREIO BRAZILIENSE. **Pais podem perder a guarda caso não vacinem os filhos? Especialistas opinam**. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2020/01/14/interna-brasil.820424/pais-podem-perder-a-guarda-caso-nao-vacinem-os-filhos-especialistas.shtml>>. Acesso em: 01 de out. 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

34 Ibid. p. 200.

GLOBO. **Graças à vacinação, diminuição de casos graves e mortes por Covid muda a rotina dos hospitais do país.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/11/14/gracas-a-vacinacao-diminuicao-de-casos-graves-e-mortes-por-covid-muda-a-rotina-dos-hospitais-do-pais.ghtml>>. Acesso em: 15 de nov. 2021.

HACHEM, Daniel. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KRITZ. Fran. **The Vaccine Passport Debate Actually Began In 1897 Over A Plague Vaccine.** Disponível: <<https://www.npr.org/sections/goatsandsoda/2021/04/08/985032748/the-vaccine-passport-debate-actually-began-in-1897-over-a-plague-vaccine>>. Acesso em: 01 de nov. 2021

LIMA, Rafael Bellem de. Proporcionalidade no Supremo: uma ideia fora do lugar. **Jounal of Institutional Studies** 1. Rio de Janeiro, v. 6, n.1., p. 184-206, jan./abr. 2020.

MACEDO, José Artur Castillo de. **Encruzilhadas do federalismo: transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia.** Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná. Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2018.

MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. p. 365.

ROMERO-LUENGO, Ana Maria. **Saiba que países estão adotando ‘passaporte da vacina’ para suspender restrições.** Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/saiba-que-paises-estao-adoptando-passaporte-da-vacina-para-suspender-restricoes/>>. Acesso em: 1 de nov. 2021.

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios constitucionais estruturantes do Direito Eleitoral.** Curitiba, 2010. 345 f. Tese de Doutorado – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. f. 11.

SILVA, Virgílio Afonso da. Mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista latino-americana de estudos constitucionais**, v. 1, p. 607-630, 2003.

STRECK, Lênio. **Um algoritmo não daria uma decisão proibindo passaporte de vacina.** Disponível em: <conjur.com.br/2021-set-30/lenio-streck-algoritmo-nao-proibiria-passaporte-vacina>. Acesso em: 01 de nov. de 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Painel de Ações COVID-19.** Disponível em: <<https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=currsel%2Cctxmenu&select=clearall>>. Acesso em: 14 de nov. 2021.

TOMIO, Fabrício; ROBL FILHO, Ilton Noberto. Empirical Legal Research: Teoria e Metodologia para a Abordagem do Processo Decisório de Controle de Constitucionalidade no STF. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira; VESTENA, Carolina Alves (orgs.) **Direito e Experiências Jurídicas: debates práticos.** Belo Horizonte: Arraes, 2013, vol. 2.

VIEIRA, Anderson. **Senadores apresentam projetos tornando obrigatório o certificado de vacinação.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/10/29/senadores-apresentam-projetos-tornando-obrigatorio-o-certificado-de-vacinacao>> . Acesso em: 10 de nov. de 2021.

PROTECTION OF THE COASTAL ZONE AND CONSERVATION OF MARINE BIODIVERSITY IN THE CONTEXT OF SUSTAINABLE URBAN INTEGRATED PLANNING
A PROTEÇÃO DA ZONA COSTEIRA E A CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE MARINHA NO CONTEXTO DE PLANEJAMENTO INTEGRADO URBANO SUSTENTÁVEL

artigos
científicos

Lívia Brandão Mota Cavalcanti¹

¹Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Pós-graduada em Direito Administrativo pela Universidade de Fortaleza. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogada. OAB/CE 36.213. E-mail: liviabrandaoemota@hotmail.com

Recebido/Received: 30.03.2022/ March 30th, 2022.
Aprovado/Approved: 05.10.2022/ October 5th, 2022.

RESUMO

O presente artigo analisa o complexo emaranhado de relações entre as espécies relacionadas principalmente às zonas costeiras, no contexto de proteção à biodiversidade marinha e aos ciclos naturais destes biomas. Para tanto, trata sobre a aplicabilidade do princípio da precaução como ferramenta de planejamento desses espaços em prol de um desenvolvimento urbano que atenda às diversas dimensões da sustentabilidade. Portanto, o objetivo desta pesquisa consiste em compreender alguns dos primados pelos quais as experiências das comunidades internacionais e brasileiras resguardam os espaços de zona costeira, integrados aos cenários urbanos de desenvolvimento sustentável. Por fim, conclui pela importância de gestão integrada das áreas costeiras, tanto pela biodiversidade envolvida, quanto pela potencialidade das atividades relacionadas à economia azul, reforçando a utilização dos recursos por meio de planejamento sustentável a fim de permitir o seu aproveitamento pelas futuras gerações. A metodologia aplicada a este trabalho consiste em pesquisa qualitativa, por meio de método exploratório de revisão de literatura, documentos internacionais e obras cinematográficas especializadas sobre o tema para o propósito de delinear as limitações de exploração da zona costeira e biodiversidade marinha.

Palavras-chave: Zona costeira. Biodiversidade marinha. Princípio da Precaução. Planejamento integrado urbano. Desenvolvimento sustentável.

ABSTRACT

This article analyzes the complex tangle of relationships between species related mainly to coastal zones, in the context of protecting marine biodiversity and to these biomes' natural cycles. Therefore, it deals with the applicability of the precautionary principle as a planning tool for these spaces in favor of an urban development that meets the various dimensions of sustainability. Therefore, the objective of this research is to understand some of the primacy by which the experiences of the international and Brazilian communities protect the coastal zone spaces, integrated into the urban scenarios of sustainable development. Finally, it concludes for the importance of integrated management of coastal areas, both

for the biodiversity involved and for the potential of activities related to the blue economy, reinforcing the use of resources through sustainable planning in order to allow their use by future generations. The methodology applied to this work consists of qualitative research, through an exploratory method of literature review, international documents and specialized cinematographic works on the subject for delineating the limitations of exploration of the coastal zone and marine biodiversity.

Keywords: Coastal zones. Marine biodiversity. Precautionary Principle. Integrated urban planning. Sustainable development.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO; 2. A NECESSÁRIA CONSERVAÇÃO DOS ECOSISTEMAS DAS ZONAS COSTEIRAS COMO PARTE DA BIODIVERSIDADE MARINHA; 3. DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO FERRAMENTA PARA O PLANEJAMENTO DOS ESPAÇOS MARINHOS; 4. DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL URBANO NAS ZONAS COSTEIRAS; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A zona costeira representa o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, portanto, inclui faixas marítima e terrestre¹. Além de corresponder ao habitat de inúmeras espécies vivas e não vivas, e uma vez que inserida no contexto de proteção à biodiversidade marinha, também depende do equilíbrio do ecossistema para prevenção de sua erosão natural e dos efeitos das mudanças climáticas.

A sensibilidade deste espaço encontra-se proporcional a sua alta resiliência, contando com uma biodiversidade responsável por combater desastres ambientais. Incluem-se os papéis fundamentais de manutenção dos níveis de oxigênio e de descarbonização, na contramão salutar dos processos de industrialização e degradação.

Com a intensa atividade humana na região, notadamente em áreas urbanas, comuns são as interferências sobre a zona costeira, demandando gestão integrada dos recursos, das políticas públicas e das intervenções, por meio de planejamento e regulamentação, a fim de equacionar os danos ambientais.

A preocupação com o tema e os esforços conjuntos para a manutenção da qualidade desses espaços adquirem mais expressão pela comunidade internacional em um contexto de planejamento integrado, já que os recursos e as consequências danosas desses biomas são atinentes às diferentes sociedades.

Nesse sentido, importa analisar a preservação ambiental da costa, tanto do ponto de vista de conexão com as demais demandas sociais e econômicas, por meio do desenvolvimento sustentável, como a partir da integração inerente aos demais espaços ocupados e às futuras gerações.

¹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Características e limites da Zona Costeira e Espaço Marinho. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/gestao-territorial/gerenciamento-costeiro/zona-costeira-e-seus-m%C3%BAltiplos-usos/caracteristicas-da-zona-costeira.html>. Acesso em: 19 jun 2021b.

Para tanto, a metodologia predominante da pesquisa consiste em qualitativa, por meio do método exploratório, à medida que desenvolve os temas com base em revisão de literatura, análise de documentos internacionais e obras cinematográficas especializadas, sendo o derradeiro tópico fruto de aplicação do método dedutivo, consoante as premissas de exploração da zona costeira e biodiversidade marinha tratadas no decorrer do artigo.

2. A NECESSÁRIA CONSERVAÇÃO DOS ECOSISTEMAS DAS ZONAS COSTEIRAS COMO PARTE DA BIODIVERSIDADE MARINHA

As atividades humanas impactam os processos naturais nos quais a humanidade está intrinsecamente incluída² e forçam gradativamente que os mais diversos ambientes, em toda a sua complexidade de vida e recursos não vivos, se adaptem. Até aí não há grande novidade, pois os surgimento e desenvolvimento de espécies de fato provocam o reequilíbrio ambiental. Contudo, o que se verifica nos dias atuais, que já se entendem inseridos no contexto do período geológico Antropoceno³, é a intensificação destas atividades rumo ao esgotamento dos recursos, em um ritmo que os ecossistemas naturais não conseguem acompanhar ao ponto de se renovarem e preservar itens básicos ao homem, como água ou ar respirável.

Aliás, infere-se deste período profunda contradição, pois enquanto a humanidade detém grande força de transformação das realidades e de definição de contextos, ao lado do desenvolvimento tecnológico e da informação, favoráveis as suas evolução e perpetuação como espécie, não prioriza a recuperação da qualidade dos biomas já comprovadamente necessários à sadia existência do homem.

O equilíbrio do planeta e das formas de vida como hoje são conhecidas depende fortemente da preservação dos espaços marinhos, englobando toda a sua biodiversidade⁴. As inúmeras cadeias alimentares, da forma como se sustentaram até os dias de hoje, garantem não apenas a sobrevivência das espécies do mar, como também os níveis de oxigênio terrestre e a captura do carbono, imprescindíveis à qualidade vital humana⁵.

De forma mais concreta, De Groot, Wilson e Boumans⁶ classificam em quatro categorias os serviços que os ecossistemas marinhos e costeiros fornecem ao homem, sendo imprescindíveis a sua sobrevivência, quais sejam de suporte, regulação, provisionamento e cultural. Na categoria de *suporte*, encontram-se os processos de fotossíntese, renovação de nutrientes, formação do solo, dos

2 KOTZÉ, Louis J.; KIM, Rakhyun E. Earth system law: The juridical dimensions of earth system governance. **Earth System Governance**, v. 1, p. 100003, 2019.

3 ZALASIEWICZ, Jan et al. The Working Group on the Anthropocene: Summary of evidence and interim recommendations. **Anthropocene**, v. 19, p. 55-60, 2017. p. 56.

4 DAVID ATTENBOROUGH E NOSSO PLANETA. Direção: Alastair Fothergill, Jonnie Hughes, Keith Scholey. Produção: Jonnie Hughes. 2020. Disponível em Netflix.

5 SEASPIRACY. Direção: Ali Tabrizi. Produção: Kip Andersen. 2021. Disponível em Netflix.

6 DE GROOT, R.; M.A. WILSON; R.M.J. BOUMANS (2002). A typology for the classification, description and valuation of ecosystem functions, goods, and services. **Ecological Economics**, Vol. 41, No. 3, pp. 393-408, [http://dx.doi.org/10.1016/S0921-8009\(02\)00089-7](http://dx.doi.org/10.1016/S0921-8009(02)00089-7).

sedimentos e de areia; por *regulação*, entende-se os ciclos da água e dos climas, dos eventos nocivos, do sequestro de carbono e da estabilização de erosões; para a categoria de *provisão*, há a formação e depósito de minérios, produção de alimentos e de energia, recursos genéticos; como *cultural*, tem-se o turismo, o lazer, valores espirituais, educação e estética.

Estima-se que até 2050 haja uma perda de 90% dos recifes de corais, responsáveis por parte da produção de oxigênio global, servindo de habitat para 1 a cada 4 espécies marinhas, além de representar proteção contra os efeitos de tempestades nas zonas costeiras⁷. Como se depreende, a característica de *suporte* é predominante no exemplo dos recifes, tanto para a demais espécies marinhas, quanto para os ecossistemas em geral, quando atuam com a sua engenharia natural contra desastres ambientais.

Já *regulação* ocorre, em significativas quantidades, por meio de sequestro de CO₂ que passa a ser reconhecido como carbono azul⁸, quando capturado e armazenado em ecossistemas marinhos e costeiros.

Os recursos genéticos permitem o acesso aos benefícios gerados pelo seu uso⁹ e relacionam-se à categoria de *provisão*, enquanto possibilitam a perpetuação dos ambientes marinhos, mas também a sua utilização com o fim de desenvolver processos de redução de impactos negativos. Segundo Ana Maria D'Ávila Lopes¹⁰ a patenteamento de espécies, como a bactéria *pseudomonas aeruginosa* capaz de decompor manchas de petróleo, é decorrência de aplicação tecnológica advinda do conhecimento dos recursos genéticos. Logo, facilmente infere-se a relevância da pesquisa nesse campo tão vasto e ainda repleto de possibilidades.

Por último, a categoria *cultural* apresenta-se como aquela na qual mais diretamente a espécie humana reconhece interdependência e obtém proveito econômico dos recursos marinhos e costeiros disponíveis. Na perspectiva dos aglomerados urbanos, encontra-se intimamente relacionada às funções sociais da cidade, a partir do artigo 182 da Constituição Federal de 1988, em especial a função de recreação¹¹, enquanto permite às populações costeiras acesso às praias e ao turismo provocativo de tais áreas.

O primeiro contato humano com o ambiente marinho acontece nas zonas costeiras, passíveis de profundas modificações que definem as relações no Antropoceno. A preservação dos espaços marinhos deve necessariamente incluir o projeto de proteção da costa, tendo em vista ser a porta de entrada à rica biodiversidade marinha, necessária à conservação da espécie humana e ao controle erosivo:

7 BECATOROS, Elena. **More than 90 percent of world's coral reefs will die by 2050**. Publicado em: 13 mar 2017. Independent. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/climate-change/news/environment-90-percent-coral-reefs-die-2050-climate-change-bleaching-pollution-a7626911.html>. Acesso em: 5 jul 2021.

8 MACREADIE, Peter I. et al. The future of Blue Carbon science. **Nature communications**, v. 10, n. 1, p. 1-13, 2019. p. 5.

9 LOPES, Ana Maria D'Ávila. O Direito Fundamental à Biodiversidade e o patenteamento de espécies vivas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 172, p. 57-72, 2006. p. 63.

10 LOPES, Ana Maria D'Ávila. O Direito Fundamental à Biodiversidade e o patenteamento de espécies vivas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 172, p. 57-72, 2006. p. 68.

11 CORBUSIER, LE. **A carta de Atenas**. São Paulo: Hucitec, 1993.

A ZC é composta por uma variedade de ecossistemas particularmente sensíveis e frágeis, que abrigam enorme biodiversidade. Sofre influência tanto da área continental, com o transporte de sedimentos pelas bacias hidrográficas, quanto da área marítima, com a influência das ondas, marés e ventos. Por outro lado, a ZC fornece um conjunto de serviços ambientais, fundamentais para a manutenção da qualidade de vida humana, que estão diretamente relacionados ao equilíbrio ambiental dos ecossistemas e que devem ser preservados.¹²

Nesse sentido, o Projeto de Gestão Integrada da Orla Marítima - Projeto Orla busca o ordenamento dos espaços litorâneos com ampla articulação entre as três esferas, e, no âmbito local, atua no estado do Ceará desde 2004 promovendo a gestão integrada de uso e ocupação, inclusive sobre o tema polêmico da requalificação das barracas na Praia do Futuro¹³.

Já em perspectiva nacional, instituiu-se o conceito político-estratégico de Amazônia Azul como “os espaços oceânicos e ribeirinhos nos destinos do Brasil, orientando o desenvolvimento nacional e inserindo o Brasil na vanguarda da preservação e uso sustentável dos mares e rios”¹⁴. Utiliza-se a referida expressão para exprimir a potencialidade dos ecossistemas marinhos costeiros em relação à vida, à energia e aos recursos marinhos. É certo que o fitoplâncton presente nas águas tem relação direta com a atividade dos animais marinhos e é responsável por um significativo sequestro do carbono planetário¹⁵.

Há ainda outras ferramentas de controle da qualidade desses espaços, inclusive em âmbito internacional, como as Áreas de Proteção Marinha e o Gerenciamento Integrado na Zona Costeira:

Acerca dos instrumentos de gestão do espaço marinho disponíveis em normas internacionais, regionais e locais, as Áreas de Proteção Marinha (APM) são direcionadas para a proteção ambiental da biodiversidade marinha ocasionando a exclusão ou limitação de atividade marítima nessas áreas. O Gerenciamento Integrado na Zona Costeira (GIZC) foi a primeira abordagem de governança marinha com o objetivo de equilibrar as atividades humanas de uso dos espaços.¹⁶

A discussão internacional sobre o tema do Gerenciamento Integrado da Zona Costeira (GIZC) é anterior e foi inicialmente proposta em 1992 pela Resolução do Conselho Europeu de 25 de fevereiro de 1992. Ainda, a Agenda 21, no seu parágrafo 17.5, trouxe a discussão do tema enquanto tratou de processos integrados de definição de políticas e tomada de decisões no tocante aos diversos aspectos das zonas costeiras, visando reequilibrá-la com monitoramento, medidas preventivas e de precaução e promoção do desenvolvimento sustentável.

12 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente, Secretaria de Recursos Hídricos e Qualidade Ambiental, Departamento de Gestão Ambiental Territorial. **Programa Nacional para Conservação da Linha de Costa - PROCOSTA**. Brasília, DF: MMA, 2018. Disponível em: https://antigo.mma.gov.br/imagens/arquivos/gestao_territorial/Procosta/PROCOSTA-versao_digital.pdf. Acesso em: 4 jul 2021. p. 8.

13 CEARÁ. Secretaria do Meio Ambiente. Projeto Orla. Disponível em: <https://www.sema.ce.gov.br/gerenciamento-costeiro/projeto-orka/>. Acesso em: 7 jul 2021.

14 BRASIL. Ministério da Defesa. **Dia Nacional da Amazônia Azul**. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/node/12129/backlinks?fbclid=IwAR1Z1BEMxFRmkPIZWudT2Xm5VlOjvW8gSaMhKyhXgFIE6wvD36oms4quPL4>. Acesso em: 21 jun 2021*.

15 SEASPIRACY. Direção: Ali Tabrizi. Produção: Kip Andersen. 2021. Disponível em Netflix.

16 MONTALVERNE, Tarin Frota; CAVALCANTE, Maira Melo. Gestão dos espaços marinhos no contexto das energias marinhas renováveis. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 725-744, 2018.

Mais recentemente, em 17 de maio de 2021, a Comissão Europeia apresentou comunicado sobre a economia azul sustentável direcionando-a aos objetivos do Pacto Verde Europeu. Nesta perspectiva, reitera a preservação da biodiversidade aquática e das estruturas costeiras¹⁷, essenciais ao combate das mudanças climáticas.

Em casos especiais, há forte recomendação para a designação de uma área marinha protegida, pois fornece uma métrica indicativa para a conservação do ecossistema compreendida pela comunidade internacional¹⁸.

Logo, uma importante ferramenta de utilização e controle dos recursos os quais compreendem as zonas costeiras consiste nas tomadas de decisões baseadas no princípio de precaução¹⁹, inerentes ao bom planejamento dos espaços marinhos.

3. DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO COMO FERRAMENTA PARA O PLANEJAMENTO DOS ESPAÇOS MARINHOS

O princípio da precaução relaciona-se aos casos em que há incerteza científica quanto aos danos ambientais provenientes da intervenção humana, sendo estes de natureza séria ou irreversível, os quais demandam mais estudos técnicos e subsídios ou impedem a referida intervenção, e até a sua conceituação há certo consenso. O tempo é fator essencial, pois “os dados e verificações necessários exigem um período cada vez maior para serem obtidos com qualidade.”²⁰ As divergências sobre o tema encontram-se na sua aplicabilidade, frequentemente em casos de grande complexidade e multifatoriais. Logo, as questões que se deparam com este princípio demandam atenção integrada e planejada de diversas áreas de estudo e setores da sociedade.

Apesar de em uma primeira análise o princípio da precaução soar sinônimo do princípio *in dubio pro natura*, há fortes defensores de sua distinção, porquanto “o princípio da precaução não se resume à mera postura a favor da natureza, nem o princípio *in dubio pro natura* decorre apenas de situações de riscos não comprovados cientificamente.”²¹

Na atual Era da Informação e da 4ª Revolução Industrial, onde há amplo compartilhamento de dados e eficiência, pode parecer impossível ou muito restrito o campo de aplicação do Princípio da Precaução, entretanto esta é uma compreensão superficial. Quando relacionado a temas socioambientais, a vasta capilaridade das consequências sofridas a médio e longo prazo pelas espécies motiva constantemente o questionamento sobre como aplicar o princípio.

17 Comissão Europeia. **European Green Deal: Developing a sustainable blue economy in the European Union**. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2341. Acesso em: 26 jul 2021a.

18 BOONZAIER, Lisa; PAULY, Daniel. Marine protection targets: an updated assessment of global progress. **Oryx**, v. 50, n. 1, p. 27-35, 2016.

19 Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **The Ocean Economy in 2030**. 2016. OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264251724-en>.

20 BACK, Carolina de Medeiros. **O Licenciamento Ambiental e o Princípio da Precaução diante da Incerteza Científica**. Orientador: José Rubens Morato Leite. 2016. 92 fls. Monografia – Graduação em Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2016. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166159/TCC_O_licenciamento_ambiental_e_o_princ%3%adpio_da_precau%3%a7%c3%a3o_diante_da_incerteza_cient%3%adfica.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 mar 2022. p. 29

21 MATIAS, João Luis Nogueira. Incerteza, Ciência e direito: o princípio de precaução na jurisprudência brasileira. In: Ferreira, Helini Sivini; Leite, José Rubens Morato. (Org.). **Temas emergentes em jurisprudência, ética e justiça ambiental no Século XXI** - Série Prêmio José Bonifácio de Andrade e Silva. 1ed.São Paulo: Instituto O direito por um planeta verde, 2017, v. 2, p. 189-217. p. 208.

Nesta perspectiva, identificaram-se versões do princípio da precaução, que vão desde a versão forte, perpassando pela ponderada e pela branda²², devendo o melhor cabimento ser analisado caso a caso.

A aplicação deste princípio encontra-se intimamente relacionada com – e, portanto, deve considerar – a compreensão de manutenção do equilíbrio ambiental a longo prazo, sopesando as gerações futuras e o seu direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Pode-se inferir a existência de um mecanismo de controle social, mais intrinsecamente relacionado às questões ambientais alicerçadas em um direito científico²³, quando a modificação dos espaços promove danos para os quais não haja tecnologia suficiente de reconhecimento e reparação.

É nesse contexto de modificação dos espaços marinhos, no qual muitas são as situações de incerteza científica sobre os danos provenientes das atividades humanas, que se defende um planejamento integrado das zonas costeiras, em prol de sua preservação. Como pioneira na comunidade internacional, a União Europeia conta com histórico de políticas de gestão integrada dos oceanos.

Os países europeus reunidos adotaram o Livro Azul²⁴ e a Diretiva nº 89²⁵, os quais se baseiam fortemente no princípio da precaução e na sustentabilidade aplicável ao uso de espaços marinhos. Isso significou que se investiu, inicialmente, em pesquisa marinha com o objetivo de compreender os biomas envolvidos e seus ciclos, os potenciais poluidores e degradadores, além dos instrumentos protetivos e de recuperação de áreas afetadas.

Esta é uma estratégia comumente empregada por estes Estados, os quais partem de um planejamento inicial, e muitas vezes conjunto, dos espaços marinhos que necessariamente perpassa por estudos e detalhamentos das áreas. Após, publicam regulamentos destinados à utilização do ambiente, por exemplo, termos de referência para a instalação de empreendimentos de energia, turísticos ou outros. Por fim, ocorre a implementação dos equipamentos ou estruturas, já integralizados pelas informações prévias captadas e obedecendo às limitações impostas pela regulamentação. Portanto, há indicativo da sustentabilidade dos projetos que se encontram apoiados em fases anteriores focadas em integração e continuidade.

Como mais recente instrumento de planejamento integrado, tem-se o Pacto Ecológico Europeu²⁶ o qual, mais que bastante atento às questões ambientais climáticas, persegue algumas importantes metas relacionadas ao planejamento

22 MATIAS, João Luis Nogueira. Incerteza, Ciência e direito: o princípio de precaução na jurisprudência brasileira. In: Ferreira, Helini Sivini; Leite, José Rubens Morato. (Org.). **Temas emergentes em jurisprudência, ética e justiça ambiental no Século XXI** - Série Prêmio José Bonifácio de Andrade e Silva. 1ed.São Paulo: Instituto O direito por um planeta verde, 2017, v. 2, p. 189-217. p. 197.

23 RIBEIRO, Hélcio. Direito, transição paradigmática e sociedade do risco. In: Marinho, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. (Org.) **Diálogos entre Juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014, p. 13 - 26. p. 14.

24 Comissão Europeia. **Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions**: An Integrated Maritime Policy for the European Union. Brussels, 10 out 2007. COM (2007) 575 final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0575:FIN:EN:PDE>. Acesso em: 04 ago 2021.

25 Diretiva 2014/89/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, que estabelece um quadro para o ordenamento do espaço marítimo, Jornal Oficial nº L 257 de 28/08/2017, p. 135 – 145. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.257.01.0135.01.POR&toc=OJ%3AL%3A2014%3A257%3ATOC Acesso em: 04 ago 2021.

26 Comissão Europeia. **European Green Deal: Developing a sustainable blue economy in the European Union**. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2341. Acesso em: 26 jul 2021a.

dos espaços costeiros e ao desenvolvimento sustentável da economia gerada pelos oceanos neste continente. Como exemplo, cita-se a proteção de 30% (trinta por cento) da área marinha da União Europeia, contribuindo sobremaneira à perpetuação da qualidade das zonas costeiras e da sua biodiversidade, conforme trazidos no primeiro tópico deste trabalho.

Ainda, o Pacto Verde compromete-se com a meta de fortalecer as zonas costeiras contra os efeitos de erosão e de mudança do clima antropogênica, aliadas aos setores do turismo e da economia relacionados a esses espaços.

Ao repousar o tema sobre as experiências brasileiras de uso e ocupação dos espaços marinhos e de costa, em especial em aglomerados urbanos com ritmo intenso em descompasso com a recuperação do ambiente, percebe-se que não é rara a implementação primeira de atividades e estruturas nessas áreas e, após o seu pleno funcionamento, o planejamento e a regulamentação. Infere-se, portanto, que a ordem das fases relacionadas ao uso e à ocupação da costa pode ocorrer de forma inversa ao que se concretiza em países que lideram a preservação ambiental e a potência econômica dessas áreas.

As preocupações em relação à biodiversidade marinha nunca estiveram no centro das preocupações do governo brasileiro, ainda que o primeiro parque marinho federal tenha sido criado na década de 1980, a Política Nacional para os Recursos do Mar foi aprovada apenas em 2005. Em realidade, o Brasil sempre negligenciou a proteção da biodiversidade contida no mar. As unidades de conservação marinhas, por muito tempo, alcançavam apenas 1,5% do total de área marinha. E mesmo dentre as Metas fixadas pela CONABIO, às áreas marinhas foi imputado o menor percentual, 10% apenas, contra 30% da Amazônia e 17% dos demais biomas terrestres.²⁷

Por esta realidade divergente, torna-se ainda mais relevante instituir áreas marinhas planejadas e protegidas, pois ferramentas voltadas à perpetuação da qualidade dos espaços marinhos e costeiros. Logo, com o respaldo do princípio da precaução, passa-se a analisar a proteção das zonas costeiras sob o prisma de planejamentos urbanos sustentáveis.

4. DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL URBANO NAS ZONAS COSTEIRAS

O conceito de sustentabilidade compreende certa elasticidade por incluir variadas facetas da vida em sociedade como hoje é reconhecida, em uma tentativa de combater os padrões ambiciosos de consumo e produção capitalista. Soma-se a estes padrões um crescente aumento nos quantitativos populacionais, o que torna mesmo o uso consciente algo de grande impacto e potencialidade poluidora em termos globais. Logo, tal conceito encontra-se frequentemente em ressignificação.

²⁷ SILVA, S. T.; LEUZINGER, M. D. Os desafios de criação e gestão das áreas marinhas protegidas no Brasil à luz dos objetivos do desenvolvimento sustentável. In: MONTALVERNE, Tarin Frota; OLIVEIRA, Solange Teles da Silva Carina Costa de; GALINDO, George Rodrigo Bandeira, E. (Org.). **Meio Ambiente Marinho e Direito**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2019, v. II. p. 121-148.

A abertura que se defende perpassa a dimensão comumente relacionada, qual seja a ambiental, para também considerar critérios outros importantes para a vida social e prática da espécie humana. Juarez Freitas²⁸ contribui sobremaneira com o tema quando relaciona as distintas e complementares dimensões da sustentabilidade, apresentando a sua multidimensionalidade em favor do desenvolvimento.

O referido autor afirma serem as dimensões ambiental, social, econômica, ética e jurídico-política, nesta riqueza poliédrica²⁹, relevantes critérios a serem observados e aplicados em prol do desenvolvimento. A partir dessa perspectiva pentadimensional da sustentabilidade, propõe-se analisar o planejamento integrado urbano considerando a preservação dos espaços de zona costeira, pois já demonstrados fundamentais ao equilíbrio da vida global.

De maneira pormenorizada, a manutenção da qualidade desses espaços como parte do planejamento urbano contribui para a preservação da biodiversidade (dimensão ambiental), para a sadia qualidade de vida do ser humano como coletivo (dimensão social), para o aproveitamento de recursos oriundos da economia azul (dimensão econômica), para a garantia dos recursos às futuras gerações, segundo a solidariedade intergeracional (dimensão ética) e para a consolidação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, respaldado no ordenamento jurídico (dimensão jurídico-política).

Ao tratar de zonas costeiras, incluem-se faixas terrestres e marítimas³⁰ ocupadas pela população urbana para circulação no entorno das orlas, para labor e lazer nas praias, sendo ainda, muitas vezes, ocupadas por condomínios residenciais. Logo, percebe-se facilmente o potencial destas zonas para o cumprimento das funções sociais da cidade.

No entanto, a exploração dos recursos das zonas costeiras frequentemente não observou critérios desenvolvimentistas sustentáveis, fato este que demanda de políticas regionais e internacionais diretrizes em prol da conservação destes ecossistemas.

Portanto, o desenvolvimento sustentável necessariamente observa as dimensões da sustentabilidade ao orientar às tomadas de decisões pelos Estados e pelas sociedades. Esse movimento certamente adveio dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável³¹ provenientes da Agenda 2030. O objetivo 14, sobre a conservação e o uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável, dialoga reflexamente com o objetivo 11 que visa reduzir o impacto ambiental negativo per capita das cidades, tornando-as comunidades sustentáveis. Nesse sentido, da Agenda 2030 conjugam-se facilmente os objetivos 11 e 14, diretamente conectados sobre o tema em debate³².

28 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 89.

29 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 64.

30 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Características e limites da Zona Costeira e Espaço Marinho**. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/gestao-territorial/gerenciamento-costeiro/zona-costeira-e-seus-m%C3%BAltiplos-usos/caracteristicas-da-zona-costeira.html>. Acesso em: 19 jun 2021b.

31 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. **Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/>. Acesso em: 21 jun 2021.

32 SILVA, S. T.; LEUZINGER, M. D. **Os desafios de criação e gestão das áreas marinhas protegidas no Brasil à luz dos objetivos do desenvolvimento sustentável**. In: MONTALVERNE, Tarin Frota; OLIVEIRA, Solange Teles da Silva Carina Costa de; GALINDO, George Rodrigo Bandeira, E. (Org.). **Meio Ambiente Marinho e Direito**. 1ed. Curitiba: Juruá, 2019, v. II. p. 121-148. p. 124.

Como já instigado no tópico anterior, a instituição de áreas marinhas especialmente protegidas pode ser considerada como um instrumento de efetivação do desenvolvimento sustentável, especialmente quando a operação nestas áreas envolve instalação de infraestrutura ou modificação destes espaços anterior à políticas de planejamento integrado – inclui-se aqui estudos técnicos assertivos - e regulamentação.

Apesar de comumente classificadas como unidades de conservação marinhas e costeiras, as quais são destinatárias das compensações ambientais definidas na Lei nº 9.985 de 2000, pela especificidade desta área protegida, certo que os prejuízos sofridos não se restringem à unidade. Por isso, importa defender gestões adaptáveis baseadas em procedimentos integrados de estudos técnicos, consultas às partes interessadas, experimentação, monitoramento e avaliação, sempre com a possibilidade de adaptação de acordo com os resultados obtidos³³. Caso contrário, subsistirá um sistema de frouxo planejamento, mas engessado e burocrático para a preservação, detectável em inúmeras experiências brasileiras na contramão daquelas vividas pela comunidade internacional.

Tudo isso encontra-se inserido em um contexto de vastas modificações dos espaços de costa em prol de investimentos urbanos e econômicos os quais gradativamente constroem um movimento de industrialização dos oceanos, seja para fomentar geração de energia ou setores outros da economia, seja para conjugar requalificações urbanas em busca do atendimento de demandas turísticas. A economia azul, termo designado para as atividades econômicas dirigidas aos espaços marinhos e costeiros³⁴, abrange tais modificações; contudo, desenvolver estes setores distanciando-os de premissas oriundas do princípio da precaução e da conexão entre as diversas dimensões da sustentabilidade, predominantemente com o viés imediatista de utilização dos recursos, apenas resultará na degradação destes espaços e no seu esgotamento célere.

Assim, ao interferir nas condições espaciais da zonas costeiras, assume-se o risco – ainda maior nos casos desconectados de planejamento integrado e regulamentação prévios – de colapso dos sistemas vivos e não vivos, o que dificultará sobremaneira não apenas a perpetuação dos recursos econômicos na região, como também a própria existência sadia humana em médio e longo prazos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo primordial deste trabalho consistiu em traçar o panorama atual de essencialidade da biodiversidade do ambiente marinhos, em especial das zonas costeiras por constituir a porta de entrada das relações humanas com os oceanos. As dependências dos seres humanos destes espaços vão desde os processos de oxigenação e descarbonização globais, passando pelo forte uso como espaços turísticos, até a utilização de recursos marinhos para atividades econômicas.

33 SANTOS, Catarina Frazão et al. How sustainable is sustainable marine spatial planning? Part I—Linking the concepts. *Marine Policy*, v. 49, p. 59-65, 2014, p. 63.

34 Comissão Europeia. *Sustainability criteria for the blue economy: Main Report*. Brussels, mar 2021. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/893c5ae2-a63a-11eb-9585-01aa75ed71a1> Acesso em: 06 ago 2021b, p. 13.

Assim, inevitável que a exploração desses ambientes perpetuará pela existência da humanidade, entretanto deve-se repensar a forma como se encara tais usos, já que os contornos degradantes e desenfreados indicam a pequena durabilidade desses recursos. Para tanto, faz-se necessário dispor de instrumentos como os que se defendem neste trabalho, tais como o planejamento integrado que considere o princípio da precaução como balizador do avanço de atividades.

A aplicabilidade do princípio da precaução não significa obstar o início de qualquer atividade que apresente incerteza científica quanto aos danos ambientais, mas analisá-la conjuntamente às possibilidades de planejamento integrado. As práticas da União Europeia tendem a liderar tal entendimento, quando empregam estratégias de detalhamento de áreas anteriores a sua regulamentação. Isto é analisado previamente para que as modificações nas zonas costeiras sejam respaldadas em projetos direcionados a sua continuidade. Inclusive, é comum que haja participação de vários Estados na elaboração de diretivas a serem observadas por todos os participantes para que se obtenha resultados não apenas isolados, mas integrados.

Por outro lado, as experiências brasileiras de uso e ocupação dos espaços marinhos e de costa, carecem de projetos com visão de longo prazo subsidiados por fases preparatórias a fim de preservar as potencialidades dessas áreas, a exemplo das intervenções de engorda com criação de aterros litorâneos, como os dos municípios de Fortaleza/CE e Balneário Camboriú/SC, ou ainda as instalações de plataformas eólicas *offshore*.

Logo, um dos temas sobressalentes refere-se à implementação de gestões adaptáveis que considerem estudos técnicos, consulta às partes interessadas, experimentação, monitoramento e avaliação, sempre com a possibilidade de adaptação de acordo com os resultados obtidos³⁵, ainda mais relevantes em um contexto de fases preparatórias deficientes.

Considerando, portanto, o desenvolvimento dessas áreas, inclusive por necessidades socioeconômicas, propõe-se aplicar os mecanismos da sua modalidade sustentável afastando o esgotamento de recursos vivos e não vivos imprescindíveis à perpetuação da espécie humana.

REFERÊNCIAS

BACK, Carolina de Medeiros. **O Licenciamento Ambiental e o Princípio da Precaução diante da Incerteza Científica**. Orientador: José Rubens Morato Leite. 2016. 92 fls. Monografia – Graduação em Direito, Departamento de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. 2016. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/166159/TCC_O_licenciamento_ambiental_e_o_princ%C3%ADpio_da_precau%C3%A7%C3%A3o_diante_da_incerteza_cient%C3%ADfica.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 30 mar 2022.

BECATOROS, Elena. **More than 90 percent of world's coral reefs will die by 2050**. Publicado em: 13 mar 2017. Independent. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/climate-change/news/environment-90-percent-coral-reefs-die-2050-climate-change-bleaching-pollution-a7626911.html>. Acesso em: 5 jul 2021.

35 SANTOS, Catarina Frazão et al. How sustainable is sustainable marine spatial planning? Part I—Linking the concepts. **Marine Policy**, v. 49, p. 59-65, 2014. p. 63.

BOONZAIR, Lisa; PAULY, Daniel. Marine protection targets: an updated assessment of global progress. **Oryx**, v. 50, n. 1, p. 27-35, 2016.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1988). Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 6 jul 2020.

BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. **Regulamenta o art. 225, § 1o, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências**. Brasília, DF, 18 de jul de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm. Acesso em: 05 ago 2021.

BRASIL. Ministério da Defesa. **Dia Nacional da Amazônia Azul**. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/node/12129/backlinks?fbclid=IwAR1Z1BEMxFRmkPIZWudT2Xm5VIOjvW8gSaMhKyhXgFIE6wvD36oms4quPL4>. Acesso em: 21 jun 2021a

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Características e limites da Zona Costeira e Espaço Marinho**. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/gestao-territorial/gerenciamento-costeiro/zona-costeira-e-seus-usos/caracteristicas-da-zona-costeira.html>. Acesso em: 19 jun 2021b

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente, Secretaria de Recursos Hídricos e Qualidade Ambiental, Departamento de Gestão Ambiental Territorial. **Programa Nacional para Conservação da Linha de Costa – PROCOSTA**. Brasília, DF: MMA, 2018. Disponível em: https://antigo.mma.gov.br/images/arquivos/gestao_territorial/Procosta/PROCOSTA-versao_digital.pdf. Acesso em: 4 jul 2021.

CEARÁ. Secretaria do Meio Ambiente. Projeto Orla. Disponível em: <https://www.sema.ce.gov.br/gerenciamento-costeiro/projeto-orla/>. Acesso em: 7 jul 2021.

Comissão Europeia. **Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: An Integrated Maritime Policy for the European Union**. Brussels, 10 out 2007. COM (2007) 575 final. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2007:0575:FIN:EN:PDF>. Acesso em: 04 ago 2021.

Comissão Europeia. **European Green Deal: Developing a sustainable blue economy in the European Union**. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_2341. Acesso em: 26 jul 2021a.

Comissão Europeia. **Sustainability criteria for the blue economy: Main Report**. Brussels, mar 2021. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/893c5ae2-a63a-11eb-9585-01aa75ed71a1>. Acesso em: 06 ago 2021b.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO - Agenda 21. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <https://www.ecologiaintegral.org.br/Agenda21.pdf>. Acesso em: 04 jul 2021.

CORBUSIER, LE. **A carta de Atenas**. São Paulo: Hucitec, 1993.

DAVID ATTENBOROUGH E NOSSO PLANETA. Direção: Alastair Fothergill, Jonnie Hughes, Keith Scholey. Produção: Jonnie Hughes. 2020. Disponível em Netflix.

DE GROOT, R.; M.A. WILSON; R.M.J. BOUMANS (2002). A typology for the classification, description and valuation of ecosystem functions, goods, and services. **Ecological Economics**, Vol. 41, No. 3, pp. 393-408, [http://dx.doi.org/10.1016/S0921-8009\(02\)00089-7](http://dx.doi.org/10.1016/S0921-8009(02)00089-7).

Diretiva 2014/89/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de julho de 2014, que estabelece um quadro para o ordenamento do espaço marítimo, Jornal Oficial nº L 257 de 28/08/2017. p. 135 – 145. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.257.01.0135.01.POR&toc=OJ%3AL%3A2014%3A257%3ATOC. Acesso em: 04 ago 2021.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

KOTZÉ, Louis J.; KIM, Rakhyn E. Earth system law: The juridical dimensions of earth system governance. **Earth System Governance**, v. 1, p. 100003, 2019.

LOPES, Ana Maria D'Avila. O Direito Fundamental à Biodiversidade e o patenteamento de espécies vivas. **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n. 172, p. 57-72, 2006.

MACREADIE, Peter I. et al. The future of Blue Carbon science. **Nature communications**, v. 10, n. 1, p. 1-13, 2019.

MATIAS, João Luis Nogueira. Incerteza, Ciência e direito: o princípio de precaução na jurisprudência brasileira. In: Ferreira, Helini Sivini; Leite, José Rubens Morato. (Org.). **Temas emergentes em jurisprudência, ética e justiça ambiental no Século XXI** - Série Prêmio José Bonifácio de Andrade e Silva. 1ed. São Paulo: Instituto O direito por um planeta verde, 2017, v. 2, p. 189-217.

MONTALVERNE, Tarin Frota; CAVALCANTE, Maira Melo. Gestão dos espaços marinhos no contexto das energias marinhas renováveis. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 725-744, 2018.

Objetivos do Desenvolvimento Sustentável. **Indicadores Brasileiros para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://odsbrasil.gov.br/>. Acesso em: 21 jun 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **The Ocean Economy in 2030**. 2016. OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264251724-en>.

Resolução do Conselho Europeu, de 25 de fevereiro de 1992, relativa à futura política comunitária sobre a zona costeira europeia (92/C 59/01), Jornal Oficial nº C 059 de 06/03/1992. p. 0001 – 0001. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992Y0306\(01\)&from=IT](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31992Y0306(01)&from=IT). Acesso em: 04 jul 2021.

RIBEIRO, Hécio. Direito, transição paradigmática e sociedade do risco. In: Marinho, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. (Org.) **Diálogos entre Juízes**. Brasília: UniCEUB, 2014. p. 13 - 26.

SANTOS, Catarina Frazão et al. How sustainable is sustainable marine spatial planning? Part I—Linking the concepts. **Marine Policy**, v. 49, p. 59-65, 2014.

SEASPIRACY. Direção: Ali Tabrizi. Produção: Kip Andersen. 2021. Disponível em Netflix.

SILVA, S. T.; LEUZINGER, M. D. Os desafios de criação e gestão das áreas marinhas protegidas no Brasil à luz dos objetivos do desenvolvimento sustentável. In: MONTALVERNE, Tarin Frota; OLIVEIRA, Solange Teles da Silva Carina Costa de; GALINDO, George Rodrigo Bandeira, E. (Org.). **Meio Ambiente Marinho e Direito**. 1ed. Curitiba: Juruá, 2019, v. II. p. 121-148.

ZALASIEWICZ, Jan et al. The Working Group on the Anthropocene: Summary of evidence and interim recommendations. **Anthropocene**, v. 19, p. 55-60, 2017.

THE ROLE OF REFERENCE CENTERS WORKERS' HEALTH IN THE UNIQUE HEALTH SYSTEM: HISTORY, ADVANCES AND CHALLENGES FOR CONCRETING THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE BALANCED LABOR ENVIRONMENT

O PAPEL DOS CENTROS DE REFERÊNCIA EM SAÚDE DO TRABALHADOR NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: HISTÓRICO, AVANÇOS E DESAFIOS PARA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO

Ana Paula Marques Andrade¹

¹Mestra pela Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT). Especialista em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso. Membro do Grupo de Pesquisa "O meio ambiente do trabalho equilibrado como componente do trabalho decente" (GPMAT/PPGD/UFMT). E-mail: paula.ana@unemat.br

Recebido/Received: 15.04.2022/ April 15th, 2022.
Aprovado/Approved: 13.10.2022/ October 13th, 2022.

RESUMO

O Estado deve buscar implementar políticas públicas para garantir o direito fundamental à saúde dos trabalhadores, para isso, existem os Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest), que tem como objetivo prover um conjunto de ações e serviços da rede Sistema Único de Saúde (SUS) nessa seara. Neste artigo, fará uma abordagem das fases da medicina do trabalho, bem como irá analisar a incumbência do Cerest, e quais foram os avanços e os desafios que ainda precisam ser superados para que este órgão cumpra o seu papel de forma efetiva. Para tanto, a pesquisa qualitativa foi realizada por meio de revisão crítica de legislações, publicações e documentos sobre o assunto. Ao final do trabalho, chega-se à conclusão de que o Cerest é importante órgão que atua em defesa da saúde do trabalhador, mas, apesar dos progressos obtidos desde sua implantação, algumas dificuldades persistem, tais como ausência de qualificação de seus profissionais, não prioridade pelos gestores nas ações em saúde do trabalhador e a não participação dos trabalhadores nas ações desse órgão, contudo nada que possa ser superado com melhor gestão numa busca de efetivar os direitos fundamentais a um meio ambiente do trabalho saudável, incluindo a saúde dos trabalhadores.

Palavras-chave: Saúde do Trabalhador, Meio Ambiente do Trabalho Saudável, Políticas de Saúde, Sistema Único de Saúde, Cerest.

ABSTRACT

The State must seek to implement public policies to guarantee the fundamental right to workers' health, for that, there are the Reference Centers in Occupational Health (Cerest), which aims to provide a set of actions and services of the Unified Health System network (SUS) in this area. In this article, it will address the phases of occupational medicine, as well as analyze the task of Cerest, and what were the advances and challenges that still need to be overcome for this body to fulfill its role effectively. To this end, qualitative research was carried out through a critical review of legislation, publications and documents on the subject. At the end of the work, it is concluded that Cerest is an important body that works

to defend workers' health, but, despite the progress obtained since its implementation, some difficulties persist, such as the lack of qualification of its professionals, priority by managers in workers' health actions and the non-participation of workers in the actions of this body, however nothing that can be overcome with better management in a quest to realize the fundamental rights to a healthy work environment, including workers' health.

Keywords: Worker Health, Healthy Work Environment, Health Policies, Single Health System, Cerest.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A IMPLEMENTAÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO; 2 CEREST COMO ÓRGÃO PROMOCIONAL DA SAÚDE DO TRABALHADOR; 3 AVANÇOS E DESAFIOS NAS EXECUÇÕES DAS AÇÕES DE SAÚDE DO TRABALHADOR PELO CEREST; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos dos trabalhadores, dentre eles, o da saúde, são resultados de intensa lutas e conquistas sociais. O artigo inicia abordando as fases em que foi dada atenção à saúde do trabalhador, percorrendo pelas fases da medicina do trabalho, saúde ocupacional e saúde do trabalhador.

Diante das mudanças nos processos de trabalho, em que houve significativas mudanças, em especial pela tecnologia, surgiram novos agravos à saúde dos trabalhadores, seja de ordem física ou mental, que passaram a ser vistos como um problema social e de saúde pública, de maneira que se percebeu que o trabalho era determinante para a saúde, tornando-se assim a saúde do trabalhador um campo da saúde coletiva.

Essa ampliação da atenção à saúde do trabalhador no país se destacou com o processo de redemocratização, eis que na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) foi instituído o SUS, que dentre as suas atribuições deve executar ações na área da saúde do trabalhador, bem como colaborar na proteção do meio ambiente do trabalho.

Assim, com a finalidade de promover a saúde do trabalhador, o Estado, por meio da Portaria nº 1.679/2002, instituiu a Rede Nacional de Atenção à Saúde do Trabalhador (RENAST), que por sua vez, é composta pelos Cerest, os quais são considerados como um serviço do SUS que tem como finalidade atender as questões relativas à saúde dos trabalhadores, buscando o fortalecimento das ações nesse sentido.

Acontece que, no Brasil, de acordo com as estatísticas oficiais, o direito fundamental à saúde do trabalhador possui um grande déficit, apesar de existir um arcabouço de leis e políticas de saúde pública visando o trabalhador, como a

instituição do Cerest, tais medidas não são suficientes para prevenir ou reduzir os acidentes do trabalho, assim como as doenças profissionais e do trabalho, que vêm sendo registrados nos últimos anos no país.

Nesse sentido, a pesquisa aborda o contexto histórico que precedeu à inserção da Saúde do Trabalhador no SUS, que decorreu na constitucionalização desse direito na Constituição Federal de 1988. Por conseguinte, é analisado a implementação do Cerest, como uma das políticas públicas para efetivar esse direito, e ao final, por meio de uma análise crítica de outras pesquisas realizadas no país e em documentos do Ministério da Saúde, aponta-se os avanços obtidos desde a sua instituição e as várias dificuldades encontradas, como a ausência de capacitação dos profissionais desse órgão.

2. A IMPLEMENTAÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Da mesma maneira como aconteceu em outros países, a atenção à saúde do trabalhador foi evoluindo aos poucos no Brasil. Em primeiro lugar, efetivou-se com a prática da Medicina do Trabalho, seguindo para a fase da Saúde Ocupacional, depois para a Saúde do Trabalhador, e mais recentemente se fala na fase da Qualidade de Vida do Trabalhador.¹

Em meados do século XIX, com a Revolução Industrial, começou a dar ênfase à saúde dos trabalhadores, quando as indústrias passaram a contratar médicos para cuidar da saúde dos trabalhadores. Isso aconteceu em razão dos inúmeros acidentes de trabalho, adoecimento de trabalhadores, reivindicações destes por mudanças nas condições de trabalho, e ainda como uma forma de amenizar os prejuízos econômicos em decorrência dos acidentes e os adoecimentos dos trabalhadores, em que os empresários buscavam evitar a redução da produtividade.²

Nessa primeira fase, conforme destacado por Dias e Hoefel, eram desenvolvidas:

“práticas assistenciais, de cunho biologicista, dirigidas essencialmente à seleção e manutenção da higidez da força de trabalho, com ações centradas no ambiente e no posto de trabalho, sendo o trabalhador apenas objeto dessas ações”.³

Algum tempo depois, após as duas grandes guerras mundiais em que houve alterações nos processos produtivos, e com isso novos problemas e necessidades de saúde relacionados ao trabalho, surgiu uma nova fase na medicina do trabalho, intitulada de Saúde Ocupacional, em que vários outros profissionais, como engenheiro de segurança do trabalho, se juntaram à equipe médica, trabalhando

1 DIAS, Elizabeth Costa; HOEFEL, Maria da Graça. O desafio de implementar as ações de saúde do trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. **Ciência e Saúde Coletiva**, 10 (4): 817-828, 2005, p. 818

2 DIAS, Elizabeth Costa; HOEFEL, Maria da Graça. O desafio de implementar as ações de saúde do trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. **Ciência e Saúde Coletiva**, 10 (4): 817-828, 2005, p. 818

3 DIAS, Elizabeth Costa; HOEFEL, Maria da Graça. O desafio de implementar as ações de saúde do trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. **Ciência e Saúde Coletiva**, 10 (4): 817-828, 2005, p. 818.

com aspectos da higiene, ergonomia e segurança do trabalho. Por meio de uma abordagem multidisciplinar, esses especialistas buscavam a adaptação das condições de trabalho às necessidades dos trabalhadores.⁴

Nessa fase, a saúde ainda não era encarada como um direito dos trabalhadores, mas como um elemento de produtividade.⁵ Lacaz assevera que a Saúde Ocupacional não possibilitava a consideração de outros elementos, como aqueles que caracterizam a:

“organização-divisão do trabalho, dentre eles se inferem o ritmo; a duração; da jornada; o trabalho em turnos; a hierarquia; a fragmentação/ conteúdo das tarefas; o controle da produtividade, que também tinham consequências para a saúde, as quais expressam-se como doenças crônico-degenerativas e distúrbios mentais dos coletivos de trabalhadores”.⁶

No decurso dessa fase, no Brasil, em 1943, foi assinada a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), tempos depois, no plano internacional, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, e no próximo ano, a Organização Mundial de Saúde (OMS). Em 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo XXV estabeleceu vários direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, que inclui os cuidados médicos e serviços essenciais.

Na década de 1950, sob a égide de políticas públicas desenhadas pelo Estado de Bem-Estar Social e a reorganização dos movimentos sociais, especialmente na Europa, foi rediscutido o modelo da saúde ocupacional, trazendo questionamentos sobre as condições de trabalho e reivindicações de mudanças que seriam capazes de garantir a saúde e melhorar a qualidade de saúde e vida das pessoas⁷, momento em que a OIT passou a formular convenções e recomendações que cuidavam da saúde do trabalhador e melhores condições no meio ambiente de trabalho.

Em tal período, houve o movimento pela Reforma Sanitária, na Itália, envolvendo trabalhadores organizados, técnicos de serviços de saúde e das instituições de ensino e pesquisa, o qual trouxe à cena política as condições de trabalho geradoras de doença e as necessidades de modificá-las. Nesse movimento, os trabalhadores assumiram a condução da luta por melhores condições de trabalho e de vida.⁸

Esse movimento chegou no Brasil, na década de 70, que contou com ampla participação dos sindicatos, de forma que a agenda da Reforma Sanitária Brasileira, incluiu as questões de Saúde do Trabalhador, e conseqüentemente o movimento da Saúde do Trabalhador, teve como eixos: a defesa do direito ao trabalho digno

4 DIAS, Elizabeth Costa; HOEFEL, Maria da Graça. O desafio de implementar as ações de saúde do trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. **Ciência e Saúde Coletiva**, 10 (4): 817-828, 2005, p. 818.

5 PRATA, Marcelo Rodrigues. **O direito ambiental do trabalho numa perspectiva sistêmica**: As causas da inefetividade da proteção à ambiência laboral e o que podemos fazer para combatê-la. São Paulo: LTr, 2013, p. 125.

6 LACAZ, Francisco Antônio de Castro. O campo Saúde do Trabalhador: resgatando conhecimentos e práticas sobre as relações trabalho-saúde. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 23(4):757-766, 2007, p. 759.

7 DIAS, Elizabeth Costa; HOEFEL, Maria da Graça. O desafio de implementar as ações de saúde do trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. **Ciência e Saúde Coletiva**, 10 (4): 817-828, 2005, p. 818.

8 DIAS, Elizabeth Costa; HOEFEL, Maria da Graça. O desafio de implementar as ações de saúde do trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. **Ciência e Saúde Coletiva**, 10 (4): 817-828, 2005, p. 819.

e saudável, a participação dos trabalhadores nas decisões sobre a organização e gestão dos processos produtivos e a busca da garantia de atenção integral à saúde. A partir de então, os trabalhadores passaram a ser considerados sujeitos das ações de saúde, de maneira que seus relatos sobre as condições de trabalho passaram a ser valorizados.⁹

Instaura-se, portanto, a fase da Saúde do Trabalhador, que se vê centralizada na figura do trabalhador como polo central e sujeito ativo no processo saúde-doença e não mais como sujeito passivo, como era considerado na fase da Saúde Ocupacional. As ações curativas/assistenciais predominantes na fase da medicina do trabalho evoluíram na fase da Saúde do Trabalhador para as ações preventivas, já que se busca um meio ambiente de trabalho saudável para evitar que trabalhadores fiquem adoecidos ou acidentados.¹⁰

Esse processo de compreender a saúde do trabalhador a partir dessa perspectiva se desdobrou na VIII Conferência Nacional de Saúde e a I Conferência Nacional de Saúde dos Trabalhadores, que aconteceram em 1986, as quais foram fundamentais para reafirmar a luta pelas condições de vida e de trabalho digno e saudável, contribuindo para os avanços conquistados na Constituição Federal de 1988, de forma que foi previsto no art. 6º o direito à saúde, dentre os direitos sociais, o que enseja a intervenção estatal de caráter prestacional na sociedade.

O art. 196 da CRFB dispõe que compete ao Estado a adoção de políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, buscando a promoção do direito à saúde e, visando efetivar esse direito, a CRFB instituiu o sistema público de saúde, conhecido como SUS, que dentre as suas atribuições compete, *“executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador” e “colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho”*.

O meio ambiente do trabalho está vinculado com a saúde do trabalhador, sendo conceituado como:

(...) resultante da interação sistêmica de fatores naturais, técnicos e psicológicos ligados às condições de trabalho, à organização do trabalho e às relações interpessoais que condiciona a segurança e a saúde física e mental do ser humano exposto a qualquer contexto jurídico-laborativo.¹¹

O art. 225 da Constituição Federal, por sua vez, preceitua, que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por ser essencial a sadia qualidade de vida, impondo ao Estado o dever de protegê-lo e defendê-lo. Dessa forma, redobra a atenção do Estado com o meio ambiente do trabalho, já que este é uma das vertentes do meio ambiente, em decorrência da redação do art. 200, VIII, da CRFB.

9 DIAS, Elizabeth Costa; HOEFEL, Maria da Graça. O desafio de implementar as ações de saúde do trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. **Ciência e Saúde Coletiva**, 10 (4): 817-828, 2005, p. 819.

10 ANDRADE, Ana Paula Marques. **O meio ambiente do trabalho seguro e saudável como um dos caminhos para concretização da sustentabilidade**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Estado de Mato Grosso, 2020, p. 28.

11 LEÃO, Luís Henrique da Costa; VASCONCELLOS, Luiz Cardel Fadel. Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (Renast): reflexões sobre a estrutura da rede. **Epidemiol. Serv. Saúde**. Brasília, 20(1), p. 85-100, jan-mar 2011, p. 90.

A doutrina majoritária entende que apesar do artigo 225 da CRFB não figurar no capítulo sobre direitos e garantias fundamentais, em razão do que dispõe o art. 5º, §2º da CRFB, os direitos ligados ao plano do meio ambiente, são direitos fundamentais, por ser corolário do direito à vida. Assim, o meio ambiente do trabalho saudável é considerado como um direito fundamental do trabalhador, da mesma forma que o direito à saúde é. A propósito, não há como garantir o direito à saúde do trabalhador, sem um meio ambiente do trabalho seguro e saudável.

À vista disso, o direito a um meio ambiente de trabalho seguro comporta deveres tanto do Estado, como do empregador, aquele no sentido de cumprir as atribuições do SUS, no que se refere a Saúde do Trabalhador, editando normas de saúde, higiene e segurança para redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7, X, CRFB), bem como fiscalizar o cumprimento dessas normas, por sua vez, compete ao empregador cumprir essas normas que foram editadas pelo Estado.

O avanço de atribuir ao SUS a proteção do meio ambiente do trabalho, se deu porque o que antes era reconhecido como fragilidades genéticas ou vulnerabilidades psicossomáticas, atinentes aos trabalhadores individualmente considerados, como acontecia na primeira fase da medicina do trabalho, passou a ser compreendido de maneira global e coletiva, pois se há uma massa de trabalhadores doentes em determinado serviço é então o próprio meio ambiente de trabalho que está degradado. Assim, a migração do foco individual/clínico para o coletivo/epidemiológico representa um grande passo em busca de soluções adequadas para problemas históricos vivenciados no meio ambiente do trabalho, o qual visa centrar os esforços do efeito para a causa da doença.¹²

A atenção nessa área específica se deu em razão das transformações que vem ocorrendo no mundo do trabalho, seja pelas inovações tecnológicas, seja pelas formas de gestão e organização do trabalho, o que acaba influenciando na saúde do trabalhador. Assim, como destacam Mendes et al, *“a saúde do trabalhador é compreendida a partir das relações estabelecidas pelo processo de saúde-doença resultante das condições de trabalho e de vida dos trabalhadores”*.¹³

É nesse meio ambiente de trabalho que deve ser articulado as ações em segurança e saúde no trabalho, ressaltando a responsabilidade do Estado para promover ambientes saudáveis, conforme a CRFB e a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST), item VII, a, para que tão somente assim, os direitos fundamentais do meio ambiente de trabalho saudável e saúde do trabalhador sejam efetivados.

12 MARANHÃO, Ney. Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual. **R. Direitos, trabalho e política social**, Cuiabá, v. 2, n. 3, p. 80-117, jul./dez. 2016, p. 112.

13 MENDES, Jussara Maria Rosa; WÜNSCH, Dolores Sanches; MACHADO, Fabiane Konowaluk Santos; MARTINS, Juliana; GIONGO, Carmem Regina. Saúde do trabalhador: desafios na efetivação do direito à saúde. **Argumentum**, Vitória (ES), v. 7, n. 2, p. 194-207, jul./dez. 2015, p. 195.

3. CEREST COMO ÓRGÃO PROMOCIONAL DA SAÚDE DO TRABALHADOR

Com a instituição do SUS pela CRFB houveram avanços nas ações voltadas a saúde do trabalhador, pois no início nos anos 1980, já existiam serviços de atenção à saúde do trabalhador, como os Programas de Saúde do Trabalhador (PST) e Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (CRST)¹⁴, contudo prevalecia a dimensão assistencial.

Assim, na década de 1990 várias iniciativas foram realizadas para consolidar essa área da saúde no SUS, dentre elas, a ratificação de algumas convenções internacionais da OIT, como a Convenção nº 155 de 1981, que trata sobre a segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho e a Convenção nº 161 de 1985, que propõe serviços de saúde do trabalho, ratificadas nos anos de 1992 e 1990, respectivamente.

Houve ainda a realização da 2ª Conferência Nacional de Saúde do Trabalhador, em 1994; a elaboração da Norma Operacional de Saúde do Trabalhador (Nost – Portaria 3.908/98) e a publicação da Portaria nº 1.339/99, que instituiu a Listagem de Doenças Relacionadas ao Trabalho.

O Estado para implementar iniciativas que passassem a se constituir para além das ações assistenciais, com as ações de vigilância, publicou a Portaria nº 3.120/98, que instituiu a Instrução Normativa de Vigilância em Saúde do Trabalhador (VISAT), a qual foi criada para intervir nos ambientes de trabalho capazes de causar agravos à saúde, tendo assim, uma dimensão preventiva, já que com ações deste tipo é possível impedir o ciclo de doença e morte no trabalho.¹⁵

Assim, com a Portaria nº 1.679/2002, para efetivar essa dimensão preventivista da saúde do trabalhador, foi criada a RENAST, que também tem funções em outras dimensões. Ficou consignado nessa Portaria que as ações dessa rede seriam executadas pelos centros de saúde do trabalhador. Embora estes não sejam os executores exclusivos da VISAT, são os responsáveis pelo desencadeamento de grande parte de suas ações.

Leão e Vasconcellos recordam que a RENAST surgiu no contexto da rede SUS com a missão de *“unir e criar interações entre os já existentes serviços de saúde do trabalhador, a rede de saúde do Brasil e demais segmentos da sociedade responsáveis e engajados na questão da saúde dos trabalhadores”*.¹⁶

Conforme a Portaria, a RENAST deveria se desenvolver de maneira articulada entre as esferas do governo, quais sejam, Ministério da Saúde e secretarias de saúde

14 SANTANA, Vilma Sousa; SILVA, Jandira Maciel. Os 20 anos da saúde do trabalhador no Sistema Único de Saúde no Brasil: limites, avanços e desafios. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise de Situação em Saúde. **Saúde Brasil 2008: 20 anos de Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2009, p.175-204. (Série G. Estatística e Informação em Saúde), p. 183.

15 VASCONCELLOS, Luiz Carlos Cardel de; MINAYO-GOMEZ, Carlos; MACHADO, Jorge Mesquita Huet. Entre o definido e o por fazer na Vigilância em Saúde do Trabalhador. **Ciência e Saúde Coletiva**. 19(12) p. 4617-4626, 2014, p. 4618.

16 LEÃO, Luís Henrique da Costa; VASCONCELLOS, Luiz Cardel Fadel. Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (Renast): reflexões sobre a estrutura da rede. **Epidemiol. Serv. Saúde**. Brasília, 20(1), p. 85-100, jan-mar 2011, p. 90.

estaduais e municipais. A organização das ações em saúde do trabalhador seria articulada entre rede de atenção básica e do programa Saúde da Família; rede de centros de saúde do trabalhador (tanto em níveis estaduais como regionais); e rede assistencial de média e alta complexidade.

Os Centros de Referência em Saúde do Trabalhador, segundo a Portaria, devem promover ações com vistas a melhorar as condições de trabalho e a qualidade de vida do trabalhador, isto é, influenciando diretamente no meio ambiente do trabalho. Foram instituídos com o objetivo de proporcionar suporte técnico e científico na área da saúde do trabalhador de determinado território, disseminando a cultura especializada subentendida na relação processo de trabalho/processo saúde/doença, devendo suas atividades serem articuladas com os demais serviços do SUS, para que aqueles que necessitem tenham atendimento de forma integral e hierarquizado em todos os níveis de atenção do SUS.

Posteriormente, a Portaria 2.437/GM de 2005 ampliou o RENAST no SUS. Nessa Portaria, a nomeação dos centros de saúde do trabalhador passou a ser Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest), oficializando esta nomenclatura.

Em 2009, a Portaria 2.437/GM de 2005 foi revogada pela Portaria nº 2.728/GM/MS de 2009, que passou a regulamentar a RENAST, consolidando que esta deve integrar a rede de serviços do SUS por meio dos Cerest, reafirmando que estes têm como função dar subsídio técnico para o SUS, nas ações de promoção, prevenção, vigilância, diagnóstico, tratamento e reabilitação em saúde dos trabalhadores urbanos e rurais. Ademais, possibilitou a implantação de Cerest de abrangência municipal, desde que houvesse população superior a quinhentos mil habitantes em tal município.

Foi estabelecido também as regras para repasses mensais de recursos para desenvolver suas ações, os quais devem contar com a assessoria das Secretarias de Saúde Estaduais e do Distrito Federal, sendo que as Secretarias Municipais de Saúde, devem ser as responsáveis pelas ações de capacitação de profissionais e equipes de saúde para identificar e atuar nas situações de riscos à saúde relacionados ao trabalho, e ainda para o diagnóstico dos agravos à saúde relacionados ao trabalho.

Os instrumentos normativos que dispõe sobre a saúde do trabalhador não cessam por aí, pois em 2011, houve a promulgação do Decreto 7.602, que dispõe sobre a Política Nacional de Segurança e Saúde do Trabalho – PNSST, a qual dá importância a precedência das ações de promoção, proteção e prevenção sobre as de assistência, reabilitação e reparação (II, c).

No ano seguinte, foi dado um passo importante ao ser promulgada a Portaria nº 1.823, que institui a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e Trabalhadora (PNSTT), que sinaliza os princípios, diretrizes e as estratégias a serem observados pelas três esferas de gestão do SUS, para o desenvolvimento da atenção integral à saúde do trabalhador, objetivando a promoção e a proteção de sua saúde, bem

como a redução da morbimortalidade decorrente do adoecimento e agravos nas atividades laborais.

Como órgão executor da RENAST, é o Cerest que deve buscar difundir a cultura especializada de saúde do trabalhador em sua área de abrangência, de acordo com a particularidade de cada região, o que depende de implementação de políticas públicas nesse setor, como aquelas definidas na PNSTT. Se não houver atuação efetiva de tal órgão, não se alcançará o êxito para o qual foi criado.

4. AVANÇOS E DESAFIOS NAS EXECUÇÕES DAS AÇÕES DE SAÚDE DO TRABALHADOR PELO CEREST

A implantação dos Cerest em todo o país vem crescendo gradualmente, são 208 Cerest instalados em todo o país, conforme o último Relatório da RENAST 2016. Ademais, de acordo com os dados do Ministério de Saúde, há 438 regiões de saúde no país, destas, 323 regiões são abrangidas com pelo menos um Cerest regional, o que equivale a um percentual de 73,7% sobre aquele número. Apenas no estado do Acre, que não há nenhuma região com Cerest regional, enquanto que nos estados do Rio de Janeiro e Paraná, 100% dos municípios são cobertos por Cerest regional.¹⁷

No entanto, apesar da implementação de políticas públicas que visam a promoção da saúde do trabalhador, tal como a instituição do Cerest, órgão que deve executar ações nessa área, os números de acidentes de trabalho e doenças profissionais e do trabalho são ainda expressivos. Conforme registros do último Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho, em 2017, foram registrados 340.229 acidentes de trabalho típicos com Comunicação de Acidente do Trabalho (CAT) registrada, mais 98.791 acidentes de trabalho sem CAT registrada e 9.700 casos de doenças do trabalho (AEAT, 2017), o que evidencia que existem algumas deficiências nos Cerest, a qual se passara a investigar.¹⁸

Em 2009, foi elaborado o primeiro inventário de saúde do trabalhador, que é o resultado do trabalho conjunto da Coordenação Geral da Saúde do Trabalhador com outros entes da área, que buscaram avaliar o RENAST após sete anos de sua implantação, a fim de obter informações para subsidiar profissionais da saúde para o planejamento e a gestão, visando à melhoria das condições de trabalho e da saúde dos trabalhadores do Brasil.¹⁹

Nesse primeiro inventário, embora tenha revelado um ponto positivo, com a instauração dos Cerest em todas as unidades federativas do país, destacou que isso não é suficiente para atender todas as necessidades, pois em muitos casos a área

17 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do Trabalhador. **Situação atual da organização, distribuição e financiamento dos Centro de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest)**, 2018.

18 DATAPREV. Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho. Ministério da Fazenda. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-sst/>>. Acesso em 12 out. 2022.

19 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do Trabalhador. 1º Inventário de Saúde do Trabalhador, 2008- 2009. **Avaliação da Rede Nacional de Atenção Integral em Saúde do Trabalhador**, 2009.

de cobertura do Cerest regional não é compatível com a capacidade instalada, o que compromete as suas ações, que geralmente são concentradas no município onde está instalado o Cerest regional. Outros pontos negativos ressaltados foram a lacuna na produção de informações sobre o impacto dos programas e investimentos na melhoria das condições de trabalho e de saúde dos trabalhadores e a maneira pela qual acontece os repasses de recursos para os Cerest, haja vista que obedecem a um único critério de valor, mensal, igual para todos os Cerest, ignorando as diferenças de extensão de áreas de cobertura e do número de trabalhadores alvo de cada Cerest.²⁰

Em relação às ações de inspeção de ambientes de trabalho, nesse inventário constatou-se que apenas 1/3 dos Cerest (estaduais e regionais) faziam essas ações. Nesse ínterim, vale mencionar que o Tribunal Superior do Trabalho (TST) sedimentou o entendimento de que os Cerest, enquanto integrantes do VISAT, tem competência para realizar as inspeções nos ambientes de trabalho. Aliás, esta é a melhor forma de constatar se as normas de saúde e segurança do trabalho estão sendo cumpridas, especialmente porque deve buscar mais ações preventivas do que assistenciais, pois como alerta Neiverth, *“se o gestor persiste na aplicação de práticas curativas em prejuízo das ações preventivas de cuidados com a saúde do trabalhador, põe em risco a efetivação das políticas públicas em saúde do trabalhador”*.²¹

Em estudo recente sobre o Cerest no âmbito da macrorregião de Campos do Paraná, Neiverth apontou que nessas circunstâncias, é o próprio gestor público que se opõe a atuação do Cerest, pois tais gestores não têm interesse de que fatos negativos fossem publicitados. Não levando ao conhecimento do público, é como se tais problemas não existissem e sua gestão é marcada pela eficiência no serviço público.²²

Esse resultado corrobora com um estudo baseado em narrativas de profissionais de saúde dos Cerest, em que Dias *et al*²³ sobre as ações desenvolvidas no Cerest de Minas Gerais, verificaram que os gestores municipais se opõem as ações de vistoria e fiscalização das condições de trabalho, pois essas ações vão *“de encontro aos interesses econômicos e políticos”*, bem como *“podem prejudicar na arrecadação do município e o patrocínio de campanhas eleitorais”*.

Sobre a interferência política nas ações de saúde do trabalhador, Leão e Castro, em um estudo que foi desenvolvido no período de 2008 a 2010, no município de Campos de Goytacazes-RJ, evidenciaram que não obstante *“cada gestor municipal de saúde tivesse uma prioridade no governo, todos possuíam uma coisa em comum — a*

20 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do Trabalhador. 1º Inventário de Saúde do Trabalhador, 2008-2009. **Avaliação da Rede Nacional de Atenção Integral em Saúde do Trabalhador**. 2009

21 NEIVERTH, Elisabeth Mônica Hasse Becker. **O papel estratégico do Centro de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest) Macrorregional Campos Gerais do Paraná (2008-2016)**: dificuldades e superações na implementação de políticas públicas relativas à saúde do trabalhador. [tese]. Ponta Grossa, Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2017, p. 123.

22 NEIVERTH, Elisabeth Mônica Hasse Becker. **O papel estratégico do Centro de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest) Macrorregional Campos Gerais do Paraná (2008-2016)**: dificuldades e superações na implementação de políticas públicas relativas à saúde do trabalhador. [tese]. Ponta Grossa, Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2017, p. 122.

23 DIAS, Elizabeth Costa; CHIAVEGATTO, Cláudia Vasques; SILVA, Thais Lacerda e; REIS, Juliana do Carmo; SILVA, Jandira Maciel. Construção da RENAST em Minas Gerais: a contribuição dos Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest), 2002-2007. **Rev Med Minas Gerais** 2010; 20 (2 Supl 2): S66-S74, 2010, p. 69.

não priorização das ações de saúde do trabalhador".²⁴ Diante disso, aqueles que eram indicados para os cargos nos programas de saúde ao trabalhador não desenvolviam ações nessa área, o que por consequência, as práticas assistenciais prevaleciam perante a vigilância epidemiológica e o controle das condições de trabalho, de maneira que as atividades do Cerest com:

as ações da prevenção, promoção e vigilância em saúde do trabalhador, por demandarem maiores articulações intra e intersetoriais, além da participação das entidades sindicais, cederam espaço para as ações assistenciais. Deste modo, o foco do trabalho ao invés de ser a relação entre o processo de trabalho e a saúde, se concentrou na doença em si.²⁵

No ano de 2010, foi realizado o 2º inventário, no qual apontou a necessidade da qualificação dos profissionais, que devem ter uma formação em Saúde do Trabalhador em todos níveis, para que assim, possam atender aos anseios da classe trabalhadora da área de cobertura da região. Foi destacado ainda, alguns profissionais com vínculos precários de emprego, com alta rotatividade de técnicos, especialmente de médicos, bem como a ausência da participação dos trabalhadores.²⁶

Em uma análise da incorporação da Saúde do Trabalhador nos 20 anos do SUS, Santana e Silva apontaram as deficiências neste campo como:

dificuldades dos gestores, em particular, de reconhecer o trabalho como um dos determinantes do processo saúde/doença, ou a sua relevância para que se considerem as ações em Saúde do Trabalhador como prioridade de política. Há também um desconhecimento expressivo, por parte dos diferentes profissionais de saúde, dos agentes de riscos e agravos à saúde relacionados com o trabalho, e da existência de estratégias viáveis de prevenção ou de promoção da saúde do trabalhador com mudanças nos ambientes de trabalho.²⁷

No recente estudo qualitativo baseado em narrativas de profissionais de saúde dos Cerest realizado no Paraná, também foi constatado, a preocupação pela falta de ações preventivas e segundo Neiverth:

o reconhecimento da carência de prevenção é o primeiro passo para que se estabeleçam estratégias de atuação com iniciativas focadas nas transformações das práticas sociais e institucionais, com ações antecipadas a fim de evitar o progresso dos agravos à saúde dos trabalhadores.²⁸

24 DIAS, Elizabeth Costa; CHIAVEGATTO, Cláudia Vasques; SILVA, Thais Lacerda e; REIS, Juliana do Carmo; SILVA, Jandira Maciel. Construção da RENAST em Minas Gerais: a contribuição dos Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest), 2002-2007. **Rev Med Minas Gerais** 2010; 20 (2 Supl 2): S66-S74, 2010, p. 73.

25 LEÃO, Luís Henrique da Costa; CASTRO, Alexandre de Carvalho. Políticas públicas de saúde do trabalhador: análise da implantação de dispositivos de institucionalização em uma cidade brasileira. **Ciência & Saúde Coletiva**, 18(3):769-778, 2013, p. 775.

26 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do Trabalhador. 2º Inventário de Saúde do Trabalhador, 2010-2011. **Avaliação da Rede Nacional de Atenção Integral em Saúde do Trabalhador**, 2013.

27 SANTANA, Vilma Sousa; SILVA, Jandira Maciel. Os 20 anos da saúde do trabalhador no Sistema Único de Saúde no Brasil: limites, avanços e desafios. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise de Situação em Saúde. **Saúde Brasil 2008: 20 anos de Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2009, p.175-204. (Série G. Estatística e Informação em Saúde), p. 200.

28 NEIVERTH, Elisabeth Mônica Hasse Becker. **O papel estratégico do Centro de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest) Macrorregional Campos Gerais do Paraná (2008-2016): dificuldades e superações na implementação de políticas públicas relativas à saúde do trabalhador**. [tese]. Ponta Grossa, Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2017, p. 126.

Além dessas dificuldades apontadas no referido trabalho, outras existem, como o número insuficiente de integrantes da equipe do Cerest, que apesar disso, acumulam funções de outros setores, o que dificulta o desencadeamento das ações em saúde do trabalhador, que na maioria das vezes não é eleita como prioridade. E não obstante esses fatores, a equipe atua sem a devida qualificação. Denota-se ainda no estudo, como dificuldades à atuação do Cerest, a grande extensão da área de abrangência com seus vários municípios, bem como a falta de veículos para deslocamentos e a falta de intrasetorialidade.²⁹

Esses resultados vão ao encontro das dificuldades apontadas em pesquisa desenvolvida no estado do Rio Grande de Sul, no período de janeiro de 2012 a novembro de 2013, na qual Mendes *et al* se deparam com alguns desafios encontrados na *área de abrangência* para a efetivação da política de atenção à saúde do trabalhador na atenção básica, sendo eles:

a) a ampla rotatividade de profissionais; b) o gestor municipal que não compreende o papel do Cerest e sua regionalização; c) a incorporação de novas demandas, como a saúde do servidor; e d) o deslocamento dos trabalhadores/usuários no âmbito regional.³⁰

O principal desafio, segundo a pesquisa citada acima, refere-se à compreensão do gestor do papel regional do Cerest, já que se comprometem a realizar ações apenas nos municípios-sede, ignorando os municípios que são abrangidos por aquela região.³¹

Para Minayo-Gomes, essa instabilidade vivenciada por muitos profissionais com contratos precários, que se verificou nos estudos apontados, é agravada pela ausência de critérios técnicos na indicação dos gestores e pela primazia de motivações de cunho político-partidário nas nomeações.³²

Outro estudo que envolveu um território rural de um município do Nordeste brasileiro constituído por 45 comunidades rurais, corroboram os resultados nas pesquisas mencionadas, pois aponta que os representantes do Cerest demonstraram falta de clareza sobre o papel da instituição, em razão da incipiência de ações de vigilância em saúde do trabalhador, centrais em suas atribuições, as implicações da precarização do trabalho e dificuldades para atuar em todos os municípios de sua área de abrangência.³³

O tema da capacitação dos profissionais, também aparece no estudo de Dias *et al*, que apontam como sendo uma das maiores dificuldades para o pleno

29 NEIVERTH, Elisabeth Mônica Hasse Becker. **O papel estratégico do Centro de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest) Macrorregional Campos Gerais do Paraná (2008-2016):** dificuldades e superações na implementação de políticas públicas relativas à saúde do trabalhador. [tese]. Ponta Grossa, Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2017, p. 133.

30 MENDES, Jussara Maria Rosa; WÜNSCH, Dolores Sanches; MACHADO, Fabiane Konowaluk Santos; MARTINS, Juliana; GIONGO, Carmem Regina. Saúde do trabalhador: desafios na efetivação do direito à saúde. **Argumentum**, Vitória (ES), v. 7, n. 2, p. 194-207, jul./dez. 2015, p. 203.

31 MENDES, Jussara Maria Rosa; WÜNSCH, Dolores Sanches; MACHADO, Fabiane Konowaluk Santos; MARTINS, Juliana; GIONGO, Carmem Regina. Saúde do trabalhador: desafios na efetivação do direito à saúde. **Argumentum**, Vitória (ES), v. 7, n. 2, p. 194-207, jul./dez. 2015, p. 203.

32 MINAYO-GÓMEZ, Carlos. Avanços e entraves na implementação da Política Nacional de Saúde do Trabalhador. **Rev. bras. Saúde ocup.**, São Paulo, 38 (127): 01.15, 2013, pp. 21-25, p. 23.

33 PONTES, Andreza Graziella Veríssimo; RIGOTTO, Raquel Maria. Saúde do Trabalhador e Saúde Ambiental: potencialidades e desafios da articulação entre universidade, SUS e movimentos sociais. **Rev. bras. Saúde ocup.**, São Paulo, 39 (130): 161-174, 2014, p. 166.

desenvolvimento dos Cerest, reforçando a necessidade de investir na preparação dos profissionais de saúde, o que será possível com a parceria com instituições de ensino e pesquisa para formação desses profissionais e produção de conhecimentos para o desenvolvimento das ações de saúde do trabalhador no SUS.³⁴

Nesse sentido, Vasconcellos, Minayo-Gomez e Machado preceituam que essa parceria com as universidades para obter conhecimento não deve se restringir somente no campo da saúde, mas também nas áreas de engenharias, agronomia, economia, direito, antropologia e sociologia, entre outras, pois só assim, suas articulações estarão bem estruturadas.³⁵

Ademais, o Cerest, enquanto condutor da Vigilância em Saúde do Trabalhador (VISAT), deve procurar estabelecer articulações intersetoriais, com o Ministério do Trabalho, atual Ministério da Economia, Ministério da Previdência Social, do Meio Ambiente, entre outros ministérios, para que atuem conjuntamente na busca da promoção da saúde do trabalhador. Da mesma forma, deve buscar articular com o Parlamento municipal e estadual, a fim de obter melhorias nas legislações nesse campo temático. Outra importante aliança que o Cerest deve estabelecer é com os movimentos sindicais representativos dos trabalhadores.³⁶

Nessa perspectiva, é válido ressaltar a notória crise de representatividade dos sindicatos e de sua capacidade em estimular e acompanhar ações relativas à questão saúde-trabalho, diferentemente do que aconteceu no movimento sanitário no país, na década de 70, em que os sindicatos eram os atores mais importantes para lutar em defesa da saúde dos trabalhadores.³⁷

Na prática, poucas ações são ajuizadas pelos sindicatos que reivindicam melhores condições de trabalho aos seus representados, já que a grande parte das ações demandadas questionam o pagamento de multas convencionadas em convenções coletivas ou o pagamento de adicionais, isto é, incentivando a monetização da saúde dos trabalhadores. Ademais, com a Reforma Trabalhista em que uma das mudanças foi o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical, sendo reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal que o dispositivo é constitucional, a tendência dos sindicatos é se enfraquecerem ainda mais, já que se antes se empenhavam pouco para atuar em defesa dos trabalhadores, estes não se sentirão motivados a pagar a contribuição sindical para um movimento que não os representam.

No entanto, essa articulação, que deve ser reafirmada com os sindicatos em prol da saúde dos trabalhadores, é importante, pois são eles que conhecem a realidade dos seus representados, e mais, por intermédio dos sindicatos, os trabalhadores não

34 DIAS, Elizabeth Costa; CHIAVEGATTO, Cláudia Vasques; SILVA, Thais Lacerda e; REIS, Juliana do Carmo; SILVA, Jandira Maciel. Construção da RENAST em Minas Gerais: a contribuição dos Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest), 2002-2007. **Rev Med Minas Gerais** 2010; 20 (2 Supl 2): S66-S74, 2010, p. 73.

35 VASCONCELLOS, Luiz Carlos Cardel de; MINAYO-GÓMEZ, Carlos; MACHADO, Jorge Mesquita Huet. Entre o definido e o por fazer na Vigilância em Saúde do Trabalhador. **Ciência e Saúde Coletiva**. 19(12) p. 4617-4626, 2014, p. 4.623.

36 VASCONCELLOS, Luiz Carlos Cardel de; MINAYO-GÓMEZ, Carlos; MACHADO, Jorge Mesquita Huet. Entre o definido e o por fazer na Vigilância em Saúde do Trabalhador. **Ciência e Saúde Coletiva**. 19(12) p. 4617-4626, 2014, p. 4.623.

37 MINAYO-GÓMEZ, Carlos; LACAZ, Francisco Antônio de Castro. Saúde do trabalhador: novas-velhas questões. **Ciência & Saúde Coletiva**, 10(4):797-807, 2005, p. 804.

serão individualmente identificados e, por isso, não sofrerão qualquer retaliação dos seus empregadores, já que muitos trabalhadores possivelmente não se envolvem com o Cerest por receio de que isto venha ocorrer.

Para Lacaz, há um retrocesso no campo da saúde do trabalhador, em razão dessa atual fragilidade do movimento sindical, que não influenciam a participação/controla social nos programas de saúde do trabalhador, bem como não mais representam o mundo do trabalho.³⁸

E nesse sentido, em outro estudo desenvolvido no Cerest do estado do Rio de Janeiro, em 2016, foi apontado como ponto grave, a não participação dos trabalhadores nas ações de vigilância do VISAT, indo contra o que dispõe a Portaria nº 3.120/98, nos itens 3.4, 5.2, 6.5 e 6.7 e também as orientações da OIT e da OMS.³⁹ Assim, nessa pesquisa, concluiu que apesar dos avanços:

há desafios a serem vencidos, como, por exemplo, favorecer a real participação do trabalhador no seu processo de saúde e trabalho, pois ao se pensar em construção/reconstrução de ações e, conseqüentemente, de alterações políticas e sociais para a área da saúde do trabalhador, a participação dos trabalhadores deve ser o princípio norteador, pois sem ela dar-se-á continuidade a escrever a história das doenças e a se desviar da história da saúde como parte de um processo real de conquista da democracia no Brasil.⁴⁰

Como as ações são voltadas para os trabalhadores, eles devem ser informados dos avanços científicos para que contribuam com a sua tradução em políticas e programas, a partir de suas experiências, por isso sua participação precisa ser ampliada e qualificada, para se buscar um ambiente seguro e saudável.⁴¹

Outro ponto destacado principalmente nos inventários é a necessidade do Cerest produzir informações sobre a situação de saúde de seus trabalhadores, contudo, conforme constatado no 1º Inventário, nenhum Cerest regional das regiões Norte e Centro-Oeste produzia informações sobre a situação de saúde de seus trabalhadores, assim como os estados de Alagoas, Maranhão, Rio Grande do Norte, Sergipe e Espírito Santo. Nesse caso, dentre outras recomendações, foi recomendado a capacitação dos profissionais do órgão para fomentar o sistema, já que esta é a dificuldade apontada, para que então, com as informações obtidas, as ações, especialmente as preventivas, possam ser executadas, pois quanto maior a capacidade de obter os dados (seja socioeconômico, demográfico e de saúde), maior a possibilidade de agir, deflagrando o processo de vigilância.

38 LACAZ, Francisco Antônio de Castro. O campo Saúde do Trabalhador: resgatando conhecimentos e práticas sobre as relações trabalho-saúde. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 23(4):757-766, 2007, p. 763.

39 VIANNA, Lorena Cristina Ramos; FERREIRA, Aldo Pacheco; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel; BONFATTI, Renato José; OLIVEIRA, Maria Helena Barros. Vigilância em Saúde do Trabalhador: um estudo à luz da Portaria nº 3.120/98. **Saúde Debate | Rio de Janeiro**, V. 41, N. 114, P. 786-800, jul-set 2017, p. 797.

40 VIANNA, Lorena Cristina Ramos; FERREIRA, Aldo Pacheco; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel; BONFATTI, Renato José; OLIVEIRA, Maria Helena Barros. Vigilância em Saúde do Trabalhador: um estudo à luz da Portaria nº 3.120/98. **Saúde Debate | Rio de Janeiro**, V. 41, N. 114, P. 786-800, jul-set 2017, p. 797.

41 MACHADO, Jorge Mesquita Huet; SANTANA, Vilma Sousa; CAMPOS, Augusto; Ferrite, Silva; PERES, Maria Claudia; GALDINO, Adriana; NETO, Renata Vasconcelos; VEIGA, Roque Manoel Perusso da; LISBOA, Maria Cláudia; SANTOS, Ana Paula Lopez. Situação da Rede Nacional de Atenção Integral em Saúde do Trabalhador (Renast) no Brasil, 2008-2009. **Rev. bras. Saúde ocup.**, São Paulo, 38 (128): 243-256, 2013, p. 249.

Para Facchini *et al*, a disponibilização de informação adequada sobre assuntos envolvendo trabalho e ocupação, permite que além da população possa analisar a situação de saúde, pode aumentar as possibilidades de intervenção e conseqüentemente ampliar as possibilidades de participação social, para tanto, defendem a implantação do Sistema de Informação em Saúde do Trabalhador no âmbito do SUS.⁴²

O que mais se aproxima desse sistema de disponibilização de informações nessa área, é o site do PISAST- Painel de Informações sobre vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do Trabalhador - que reúne, integra e disponibiliza dados e informações sobre Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do Trabalhador. Contudo, há poucos dados que contribuem para subsidiar ações e políticas de saúde do trabalhador, como relação de determinada atividade produtiva com um algum agravo à saúde.

Vale ressaltar que enquanto inscritos no SUS, os Cerest “compartilham o desafio de garantir a viabilidade e a sustentabilidade social, política e econômica do SUS”,⁴³ de modo que precisam divulgar seu desempenho à sociedade, o que pode ser realizado por meio de um sistema de avaliação, em concordância com o que preceitua a OMS e a Organização Panamericana de Saúde.⁴⁴

Nesse sentido Jacques, Milanez e Mattos, afirmam que “*um sistema de avaliação pressupõe o conhecimento e o monitoramento dos processos e resultados, além da disponibilidade de informações confiáveis, atualizadas e pertinentes*”⁴⁵, para tanto, propõem em seu estudo, um sistema de avaliação, que contenha dentre outras questões, número de notificações de agravos relacionados ao trabalho realizados pelo Cerest, número de trabalhadores cobertos pelas ações de vigilância realizadas pelo Cerest, número de relações causais com o trabalho estabelecidos pelo Cerest, parcerias em ações de vigilância, atualização profissional dos trabalhadores do Cerest, relação entre o total de recursos financeiros utilizados e o total de recursos recebidos pelo Cerest, ou seja, seria possível avaliar todas as questões que foram apontadas como dificuldades encontradas no Cerest, em vários estudos realizados em diferentes regiões do país.⁴⁶

Por fim, um dos documentos mais recentes produzidos sobre o Cerest, ocorreu na 7ª Reunião Ordinária da Comissão de Intergestores Tripartite realizada em agosto de 2018, no qual se discutiu a situação atual quanto a organização, regionalização e

42 FACCHINI, Luiz Augusto; NOBRE, Letícia Coelho da Costa; FARIA, Neice Muller Xavier; FASSA, Anaclaudia Gastal; THUMÉ, Elaine; TOMASI, Elaine; SANTANA, Vilma. Sistema de Informação em Saúde do Trabalhador: desafios e perspectivas para o SUS. **Ciência & Saúde Coletiva**, 10(4):857-867, 2005, p. 865.

43 JACQUES, Camila Córrea; Milanez, Bruno; MATTOS, Rita de Cássia Oliveira da Costa. Indicadores para Centros de Referência em Saúde do Trabalhador: proposição de um sistema de acompanhamento de serviços de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, 17(2):369-378, 2012, p. 370

44 JACQUES, Camila Córrea; Milanez, Bruno; MATTOS, Rita de Cássia Oliveira da Costa. Indicadores para Centros de Referência em Saúde do Trabalhador: proposição de um sistema de acompanhamento de serviços de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, 17(2):369-378, 2012, p. 370.

45 JACQUES, Camila Córrea; Milanez, Bruno; MATTOS, Rita de Cássia Oliveira da Costa. Indicadores para Centros de Referência em Saúde do Trabalhador: proposição de um sistema de acompanhamento de serviços de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, 17(2):369-378, 2012, p. 370.

46 JACQUES, Camila Córrea; Milanez, Bruno; MATTOS, Rita de Cássia Oliveira da Costa. Indicadores para Centros de Referência em Saúde do Trabalhador: proposição de um sistema de acompanhamento de serviços de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, 17(2):369-378, 2012, p. 370.

financiamento dos Cerest, sendo que as limitações que já vinham sendo apontadas nos estudos, alguns acima mencionados, persistem, dentre eles, a ausência de equidade no modelo de cobertura de um Cerest para cada Região de Saúde, pois há Cerest Regional com responsabilidade por uma população economicamente ativa (PEA) de 2 milhões e outros de 50 mil, sendo que cada um recebe o mesmo valor mensal (R\$ 30.000,00); o gestor municipal utiliza o recurso exclusivamente para ações no município sede e não há prioridade nas ações em saúde do trabalhador, porquanto, vários municípios não conseguem executar o recurso destinado aos Cerest ou utilizam em ações que não são de vigilância em saúde do trabalhador.⁴⁷

Em relação ao repasse de recursos financeiros obedecendo a um único critério de valor igual para todos os Cerest, só potencializa as diferenças existentes em cada região, eis que alguns Cerest tem uma extensão de área de cobertura muito maior do que outra ou mesmo entre Cerest que são responsáveis pelo mesmo número de população, um pode requerer mais atenção por conta dos agravos à saúde do trabalhador predominantes naquela região. Assim, é necessário repensar uma forma de que a distribuição dos recursos financeiros aconteça de forma equilibrada entre os Cerest, conforme as necessidades de cada um, havendo ainda necessidade de atualizar o valor desse repasse, já que foi estabelecido com a Portaria nº 2.437/2005, isto é, há mais de 17 anos, sem que houvesse qualquer atualização.

É inegável as conquistas obtidas no campo da saúde do trabalhador, em especial pelo reconhecimento constitucional como área contida no âmbito da saúde pública. Apesar de suas ações nessa área serem ainda insuficientes, haja vista o cenário do mundo do trabalho em matéria de saúde, os avanços obtidos nesses 30 anos de SUS foram grandiosos.⁴⁸

Para dar continuidade nesses avanços, o Cerest, enquanto órgão executor das ações em promoção e prevenção em saúde do trabalhador, precisa melhorar a sua gestão, criando novas parcerias para articulação de suas ações, reestruturação das áreas de abrangência, melhor distribuição e atualização dos recursos financeiros, capacitação técnica de seus profissionais, redução de vínculos precários de profissionais da saúde e ampliação da contratação de servidores, prevendo carreira, progressões e promoções, melhorar a participação dos trabalhadores em sua gestão, dentre outras diretrizes, para que então seu papel seja cumprido efetivamente e com isso contribuir para concretização do direito fundamental ao meio ambiente do trabalho saudável.

5. CONCLUSÃO

As mudanças no trabalho desde a Revolução Industrial, acarretaram agravos à saúde do trabalhador, e desde então, a saúde do trabalhador recebeu atenção,

47 BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do Trabalhador. **Situação atual da organização, distribuição e financiamento dos Centro de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest)**, 2018.

48 MINAYO-GOMEZ, Carlos; VASCONCELLOS, Luiz Cardel Fadel; MACHADO, Jorge Mesquita Huet. Saúde do trabalhador: aspectos históricos, avanços e desafios no Sistema Único de Saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, 23(6):1963-1970, 2018, p. 1.969.

com a instituição da Medicina do Trabalho, depois passando para a fase da Saúde Ocupacional seguida pela fase da Saúde do Trabalhador e atualmente se encontra na fase da Qualidade de Vida do Trabalhador, sendo que há trinta anos, solidificaram-se as ações de saúde do trabalhador, que se deu com a redemocratização do Brasil, por meio da promulgação da CRFB de 1988.

A partir daí, houve avanços significativos, já que antes da instituição do SUS, as ações de saúde do trabalhador eram predominantemente assistenciais, contudo, com a criação da VISAT foram promovidas ações preventivas, e, posteriormente, criou-se a RENAST para fortalecer as já existentes ações em saúde do trabalhador, que por meio dos Cerest, executa as ações que visam promover esse direito fundamental, caminhando numa perspectiva a partir da compreensão processo de saúde-doença resultante das condições de trabalho e de vida dos trabalhadores, visando contribuir para transformar a realidade da saúde dos trabalhadores.

É certo que a política de saúde do trabalhador aumentou depois da promulgação da atual CRFB, com a criação de órgãos e programas voltadas para essa área, no entanto, pelos altos índices de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais/profissionais que ainda são registrados, demonstram que é preciso efetivá-la integralmente, pois entre a previsão nas normas e aquilo que é colocado em prática há um grande descompasso.

As dificuldades encontradas no Cerest fazem com que não haja efetivação das políticas públicas de saúde do trabalhador no SUS. A questão central do conjunto da produção científica realizada em várias regiões do país, deixa evidente que o principal obstáculo para os Cerest cumprirem o seu papel consiste na dificuldade dos gestores em reconhecer o trabalho como um dos determinantes do processo saúde/doença, ou a sua relevância para considerar as ações em saúde do trabalhador como prioridade, o que por consequência acaba influenciando em todas as ações que devem ser realizadas por este órgão.

Dessa forma, o Cerest deve continuar em busca da efetivação integral das políticas em saúde do trabalhador, superando os desafios e deficiências ainda tão presentes em sua estrutura. Contudo, para alcançar esse êxito e ao mesmo tempo auxiliar para efetivação do direito fundamental ao meio ambiente do trabalho equilibrado é necessária uma transformação, que será possível, com um maior controle social, isto é, participação da sociedade na gestão das políticas públicas, capacitação adequada dos gestores e profissionais, distribuição equânime dos recursos financeiros, reestruturação das áreas de abrangência dos Cerest, dentre outras práticas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ana Paula Marques. O meio ambiente do trabalho seguro e saudável como um dos caminhos para concretização da sustentabilidade. 2020. 181 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Estado de Mato Grosso, Cuiabá, 2020.

Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho: **AEAT 2017**/Ministério da Fazenda ... [et al.]. – vol. 1 (2009) – Brasília: MF, 2017. 996 p. Disponível em: <<http://sa.previdencia.gov.br/site/2018/09/AEAT-2017.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância em Saúde Ambiental e Saúde do Trabalhador. **Situação atual da organização, distribuição e financiamento dos Centro de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest)**, 2018.

_____. _____. _____. 1º Inventário de Saúde do Trabalhador, 2008- 2009. **Avaliação da Rede Nacional de Atenção Integral em Saúde do Trabalhador**, 2009.

_____. _____. _____. 2º Inventário de Saúde do Trabalhador, 2010-2011. **Avaliação da Rede Nacional de Atenção Integral em Saúde do Trabalhador**, 2013.

_____. _____. _____. Coordenação Geral de Saúde do Trabalhador. Relatório da Renast 2016: Implantação da Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora, avaliação das ações desenvolvidas no período de janeiro de 2015 a março de 2016. Brasília, DF: Coordenação Geral de Saúde do Trabalhador, 2016. 60 p. Disponível em: <<http://Renastonline.ensp.fiocruz.br/recursos/relatorio-Renast-2016>>. Acesso em: 15 abr. 2022.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Processo nº TST-ARR-389-35.2012.5.15.0094**. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&_format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR%20-%20389-35.2012.5.15.0094&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAOWyAAJ&data-Publicacao=12/02/2016&localPublicacao=DEJT&query=>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

DATAPREV. Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho. Ministério da Fazenda. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-sst/>>. Acesso em 12 out. 2022.

DIAS, Elizabeth Costa; CHIAVEGATTO, Cláudia Vasques; SILVA, Thais Lacerda e; REIS, Juliana do Carmo; SILVA, Jandira Maciel. Construção da RENAST em Minas Gerais: a contribuição dos Centros de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest), 2002-2007. **Rev Med Minas Gerais** 2010; 20 (2 Supl 2): S66-S74, 2010.

DIAS, Elizabeth Costa; HOEFEL, Maria da Graça. O desafio de implementar as ações de saúde do trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. **Ciência e Saúde Coletiva**, 10 (4): 817-828, 2005.

FACCHINI, Luiz Augusto; NOBRE, Letícia Coelho da Costa; FARIA, Neice Muller Xavier; FASSA, Anaclaudia Gastal; THUMÉ, Elaine; TOMASI, Elaine; SANTANA, Vilma. Sistema de Informação em Saúde do Trabalhador: desafios e perspectivas para o SUS. **Ciência & Saúde Coletiva**, 10(4):857-867, 2005.

JACQUES, Camila Côrrea; Milanez, Bruno; MATTOS, Rita de Cássia Oliveira da Costa. Indicadores para Centros de Referência em Saúde do Trabalhador: proposição de um sistema de acompanhamento de serviços de saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, 17(2):369-378, 2012.

LACAZ, Francisco Antônio de Castro. O campo Saúde do Trabalhador: resgatando conhecimentos e práticas sobre as relações trabalho-saúde. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 23(4):757-766, 2007.

LEÃO, Luís Henrique da Costa; CASTRO, Alexandre de Carvalho. Políticas públicas de saúde do trabalhador: análise da implantação de dispositivos de institucionalização em uma cidade brasileira. **Ciência & Saúde Coletiva**, 18(3):769-778, 2013.

LEÃO, Luís Henrique da Costa; VASCONCELLOS, Luiz Cardel Fadel. Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (Renast): reflexões sobre a estrutura da rede. **Epidemiol. Serv. Saúde**. Brasília, 20(1), p. 85-100, jan-mar 2011.

MACHADO, Jorge Mesquita Huet; SANTANA, Vilma Sousa; CAMPOS, Augusto; Ferrite, Silva; PERES, Maria Claudia; GALDINO, Adriana; NETO, Renata Vasconcelos; VEIGA, Roque Manoel Perusso da; LISBOA, Maria Cláudia; SANTOS, Ana Paula Lopez. Situação da Rede Nacional de Atenção Integral em Saúde do Trabalhador (Renast) no Brasil, 2008-2009. **Rev. bras. Saúde ocup.**, São Paulo, 38 (128): 243-256, 2013.

MARANHÃO, Ney. Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual. **R. Direitos, trabalho e política social**, Cuiabá, v. 2, n. 3, p. 80-117, Jul./dez. 2016.

MENDES, Jussara Maria Rosa; WÜNSCH, Dolores Sanches; MACHADO, Fabiane Konowaluk Santos; MARTINS, Juliana; GIONGO, Carmem Regina. Saúde do trabalhador: desafios na efetivação do direito à saúde. **Argumentum**, Vitória (ES), v. 7, n. 2, p. 194-207, jul./dez. 2015.

MINAYO-GÓMEZ, Carlos. Avanços e entraves na implementação da Política Nacional de Saúde do Trabalhador. **Rev. bras. Saúde ocup.**, São Paulo, 38 (127): 01-15, 2013, pp. 21-25.

MINAYO-GOMEZ, Carlos; LACAZ, Francisco Antônio de Castro. Saúde do trabalhador: novas-velhas questões. **Ciência & Saúde Coletiva**, 10(4):797-807, 2005.

MINAYO-GOMEZ, Carlos; VASCONCELLOS, Luiz Cardel Fadel; MACHADO, Jorge Mesquita Huet. Saúde do trabalhador: aspectos históricos, avanços e desafios no Sistema Único de Saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, 23(6):1963-1970, 2018.

NEIVERTH, Elisabeth Mônica Hasse Becker. **O papel estratégico do Centro de Referência em Saúde do Trabalhador (Cerest) Macrorregional Campos Gerais do Paraná (2008-2016):** dificuldades e superações na implementação de políticas públicas relativas à saúde do trabalhador. [tese]. Ponta Grossa, Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2017.

PONTES, Andrezza Graziella Veríssimo; RIGOTTO, Raquel Maria. Saúde do Trabalhador e Saúde Ambiental: potencialidades e desafios da articulação entre universidade, SUS e movimentos sociais. **Rev. bras. Saúde ocup.**, São Paulo, 39 (130): 161-174, 2014.

PRATA, Marcelo Rodrigues. **O direito ambiental do trabalho numa perspectiva sistêmica:** As causas da inefetividade da proteção à ambiência laboral e o que podemos fazer para combatê-la. São Paulo: LTr, 2013.

SANTANA, Vilma Sousa; SILVA, Jandira Maciel. Os 20 anos da saúde do trabalhador no Sistema Único de Saúde no Brasil: limites, avanços e desafios. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Análise de Situação em Saúde. **Saúde Brasil 2008: 20 anos de Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2009, p.175-204. (Série G. Estatística e Informação em Saúde).

VASCONCELLOS, Luiz Carlos Cardel de; MINAYO-GOMEZ, Carlos; MACHADO, Jorge Mesquita Huet. Entre o definido e o por fazer na Vigilância em Saúde do Trabalhador. **Ciência e Saúde Coletiva**. 19(12) p. 4617-4626, 2014.

VIANNA, Lorena Cristina Ramos; FERREIRA, Aldo Pacheco; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel; BONFATTI, Renato José; OLIVEIRA, Maria Helena Barros. Vigilância em Saúde do Trabalhador: um estudo à luz da Portaria nº 3.120/98. **Saúde Debate | Rio de Janeiro**, V. 41, N. 114, P. 786-800, jul-set 2017.

HARD CASE IN THE LAW APPLIED IN MOZAMBIQUE: BETWEEN LEGAL REALISM AND HARTIAN THEORY**O HARD CASE NO DIREITO APLICADO EM MOÇAMBIQUE: ENTRE REALISMO JURÍDICO E TEORIA HARTIANA**artigos
científicos**Jeremias Arone Donane¹**

¹Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Paraná-UFPR. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – Brasil, Graduado em Direito pela Universidade Zambeze – Moçambique, Graduado em ensino de Francês com habilitações literárias ao ensino de Inglês pela Universidade Pedagógica – Moçambique, Advogado – Estagiário e Membro da Ordem dos Advogados de Moçambique. E-mail: jeremiasrone90@gmail.com

Recebido/Received: 13.05.2022/ May 13th, 2022.
Aprovado/Approved: 05.10.2022/ October 5th, 2022.

RESUMO

A obediência a ordem constitucional representa um lençol freático de visibilidade incontestável na construção do imaginário coletivo, tem como resultado a irradiação da vontade da Constituição perante os aplicadores da lei e a sociedade dos intérpretes, gerando estímulos que purificam o gatilho do respeito pela supremacia da norma superlativa e absoluta do ordenamento jurídico. A crise do positivismo jurídico decorre da incompletude do sistema, com foco em um sistema lacunoso na resolução de determinadas demandas. A confecção do direito por intermédio de integração de pautas morais, fundamentos do pós-positivismo, concebe instrumentos poderosos ao serviço do direito e da justiça. Os casos difíceis são reflexos de pragmatismo que perpassam o direito posto e que a sua correlação de força obstrui o juiz passivo, aquele, disposto a vincular - se literalmente a lei. A falta da cobertura legal diante de um caso concreto, fulmina o poder de adjudication do juiz positivista, em face da sua passividade. A busca pelo esclarecimento legal, através do princípio da motivação das decisões, constitui um verdadeiro banco de prova e a purificação do sistema democrático, do modo que, o seu antagonismo, como o recurso a discricionariedade pressupõe um enorme perigo ao castelo legal e, portanto, a Constituição. O presente artigo propõe refletir sobre a teoria das decisões judiciais em face dos casos difíceis em Moçambique, demonstrando a ingestão da discricionariedade proposta por Herbert Hart, no realismo jurídico como um verdadeiro atentado à ordem constitucional.

Palavras-chave: Casos difíceis; positivismo; decisões judiciais; direito.

ABSTRACT

Obedience to the constitutional order represents a water table of undeniable visibility in the construction of the collective imaginary, it results in the irradiation of the will of the Constitution before the applicators of the law and the society of interpreters, generating stimuli that purify the trigger of respect for the supremacy of the superlative and absolute norm of the legal system. The crisis of legal positivism stems from the incompleteness of the

system, focusing on the system in the resolution of certain demands. The preparation of law through the integration of moral agendas, foundations of post-positivism, conceives powerful instruments at the service of law and justice. The difficult cases are reflections of pragmatism that permeate the right put and that their correlation of force obstructs the passive judge, the one willing to bind - if literally the law. The lack of legal cover in the face of a specific case, fulminate power of adjudication of the positivist judge, in the face of its passivity. The search for legal clarification, through the principle of the motivation of decisions, constitutes a real bank of proof and the purification of the democratic system, in such a way that its antagonism, as the use of discretion presupposes a huge danger to the legal castle and, therefore, the Constitution. This article proposes to reflect on the theory of judicial decisions in the face of difficult cases in Mozambique, demonstrating the intake of discretion proposed by Herbert Hart, in legal realism as a true attack on the constitutional order.

Keywords: *Hards cases; positivism; judicial decision; law.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. REALISMO JURÍDICO: UMA ANÁLISE NECESSÁRIA. 3. PARADOXO DA TEORIA DAS DECISÕES JUDICIAIS ENTRE RONALD DWORKIN E HERBERT HART. 4. APLICAÇÃO DOS HARD CASES - CASOS DIFÍCEIS EM MOÇAMBIQUE. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A vida social é um complexo de intervalo de certeza sobre ocorrência de conflitos intermitentes, cujo eixo dinamiza a evolução da Constituição, através de novas aspirações que corporificam regras e princípios estabilizadores da ordem constitucional. Os diferentes hábitos introjetados no seio da sociedade política, podem gerar profunda deflagração moral, com sequência de episódios violentos ou que possam complexificar as configurações sociais. Daí, a experiência legislativa torna - se um retrato nítido na busca de possibilidades e pontos de contato sobre a consagração de novos direitos ou mesmo pelos tentáculos de reconfiguração em face do novo universo e do clima de tensão.

A sociedade é a principal beneficiária das normas jurídicas, do modo que a sua ação é um crepúsculo gerador de redimensionamento de novos direitos, descrito em tentativas de reordenar as relações sociais anômalas, a partir de inserção de arquétipos jurídicos, pois o direito visa por outro lado, restaurar a ordem do que seria desordenado. Entretanto, uma observação pedagógica ecoando essa análise, decorre do próprio estágio da evolução social, que permeia autonomamente uma saída do microcosmo para responder aos anseios que percorrem a nova atmosfera social.

Numa sociedade resguardada pela supremacia constitucional, a interpretação é o método epistêmico correspondente a uma metafísica da liberdade. Portanto, a interpretação jurídica insiste que a lei é um produto de nossa liberdade. Nesse sentido, é propedêutico reafirmar que o direito está ao serviço da coletividade,

o direito é e deve ser uma terapia, cuja sustentação deve buscar corporificar um ambiente democrático transparente, do ponto de vista de obediência a ordem constitucional e protegida pela segurança jurídica¹.

Destarte, a aplicação do direito formal tem o valor impresso na Constituição e na lei, a preocupação pela teoria das decisões judiciais ou pela forma que os juízes julgam, torna – se uma grande exigência para os operadores de direito, principalmente quando que lhe são confrontados com *hards cases*², aqueles em que cuja solução não está pré-estabelecida pelo sistema jurídico, suscitando uma complexidade ao aplicador do direito em face da ausência da cobertura legal. As nuances sobre o recurso à tomada de uma decisão justa, e, consecutivamente a fundamentação, são uma verdadeira testa de ferro para juízes positivistas, conforme descrevemos na fase perfunctória do presente trabalho.

Conforme nos chega, às profundezas do positivismo jurídico tocam a uma concepção do juiz passivo, sem a possibilidade de refletir a extensa rede de evolução do direito, é um juiz asfiziado a literalidade, que facilmente perde - se diante de casos difíceis, por ausência de instrumentos, como disse Lincoln: um juiz completamente previsível é um mau juiz, porque não nos dá nenhuma prova de que é capaz de pensar. Por conseguinte, todo caso submetido à tutela legal é um caso, e, portanto, tem a sua complexidade.

A decisão judicial é a exteriorização da função jurisdicional, nesse processo prolixo busca - se por uma decisão justa as partes, daí que, é irrelevante o recurso ao mecanismo discricionário dos aplicadores do direito, conforme sustenta Hart. Interpretar é uma questão de persuasão, e não de demonstração. As decisões judiciais devem ser pautadas por critérios transparentes e em plena conformação com os protótipos democráticos, capazes de extraírem a sua validade na Constituição, partindo de uma norma geral (abstrato) para o individual (concreto). Contudo, na concepção Dworkiana, a melhor interpretação é aquela do Direito - *Law as integrity* vinculado a força de conexão entre a jurisprudência e adjudicação.

É tangencialmente inconcebível a valorização excessiva do formalismo jurídico, como prega a corrente positivista, por esta mostrar – se como um verdadeiro nó de estrangulamento ao desenvolvimento do próprio direito, com assunção de um papel paradoxal a defesa da Democracia e das instituições, no que toca a priorização da discricionabilidade como substrato de manipulação por parte do aplicador da lei no âmbito da tomada de decisão, conforme defende Neves Castanheira.³ Entretanto,

1 Afirmar que a segurança constitui um destes fins, ou um dos elementos materiais de compreensão do princípio, significa dizer que, para os cidadãos, a atuação dos poderes públicos deve ser sempre uma atuação ante visível, calculável e mensurável. Num Estado de direito, as pessoas devem poder saber com o que contam. As relações entre o poder e os seus destinatários têm por isso que ser fundadas a partir da ideia segundo a qual o comportamento dos poderes públicos deve ser um comportamento confiável. AMARAL, Maria Lúcia. A forma da república: uma introdução ao estudo do direito constitucional. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 177/178, com grifos do original.

2 Os casos difíceis se apresentam, para qualquer juiz, quando sua análise preliminar não fizer prevalecer uma entre duas ou mais interpretações de uma lei ou de um julgado." (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 306) "(...) quando juristas competentes se dividem quanto qual a decisão se exige, porque as únicas leis ou precedentes pertinentes são ambíguos ou não há nenhuma opinião firmada com pertinência direta, ou porque o direito, por alguma razão, não está assente." (DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio, trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 109)

3 A propósito Castanheira Neves nos diz que: "ao juiz há que «dar-se lhe o poder e o papel que exige a nossa modernidade» ... o poder judicial, a função judicial e, sobretudo, é melhor, a jurisdição tornaram-se um tema e uma problemática centrais no universo jurídico dos nossos dias... pelo que é fundamental ter presente a impossibilidade de compreendermos hoje o direito pela perspectiva exclusiva de um estrito legalismo... o positivismo jurídico está definitivamente morto – devemos dar substância a uma razão jurídica alargada".

fica cada vez mais agudo que, no plano da interpretação do direito, principalmente em casos difíceis, o aplicador da lei deve assumir um papel cada vez mais ativo⁴ e criativo.

Portanto, conforme a expressão popularmente difundida, *“uma norma jurídica que não se aplica por si só”* é conformável. Entre o estado de direito e o julgamento, há inevitavelmente uma lacuna que apenas um ato livre pode preencher. Cabe então ao juiz decidir o que a lei significa. Não pode haver nenhum método pelo qual um juiz possa determinar a correta aplicação de uma regra em um caso controverso, suscita um amplo terreno de arbitrariedade e autoritarismo no exercício da democracia⁵.

Do ponto de vista metodológico, o texto pauta por uma pesquisa teórica e exploratória, buscando investigar a dimensão jurídica sobre as decisões judiciais em casos difíceis, mas também se propõe em buscar descrever o atual estado da arte sobre o tema, mas também esclarecer eventuais obscuridades, uma visão prescritiva e pragmática para um novo cenário.

2. REALISMO JURÍDICO: UMA ANÁLISE NECESSÁRIA

O mais destacado precursor do Realismo Jurídico foi o juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes Jr, o qual presidiu a Corte entre os anos de 1902 a 1932. Esta importantíssima corrente pragmática direito surgiu para criticar o método de Langdell, ao qual teve como precursor Christopher Columbus Langdell, que estabelecia perfunctoriamente, que o direito deve ser tratado como uma ciência objetivamente lógica, ou seja, que o aplicador do direito deve apenas aplicar a lei, posicionamento este, em contradição com o movimento do Realismo Jurídico, que ulteriormente foi apresentado tanto como uma teoria do direito, bem como um método de ensino jurídico. (GODOY, 2013).

O realismo jurídico na seara da atmosfera doutrinária, está intrinsecamente ligada a duas grandes correntes, a destacar, o realismo norte americano e o realismo escandinavo, esta última encabeçada dentre vários, por Alf Ross. Entretanto, na sua dinâmica gestacional, apresenta dissemelhanças pontuais, porém, com um diálogo lógico pautado numa teoria de interpretação jurídica, em meio às premissas da heterogeneidade do direito.

De acordo com esta corrente, quando a interpretação é emanada de uma autoridade competente, que não seja necessariamente o juiz, ocorre que as decisões dessa autoridade não são passíveis de recurso, ela vincula - se e produz efeitos no ordenamento jurídico para qualquer que seja o seu conteúdo, ainda que vá contra o

4 A missão confiada ao juiz de resolver os litígios com base nos textos em vigor inclui inevitavelmente um elemento de interpretação. Como mostrou Kelsen, a atividade judiciária, que faz parte do “processo de crescente individualização e concretização” do direito, já não advém de uma simples constatação: a determinação da norma a ser aplicada tem caráter “constitutivo”. simplesmente declarativa”; e a indeterminação dos textos implica sempre que se faça uma escolha entre os diferentes significados possíveis. A interpretação é, assim, inerente ao exercício da função judiciária.

5 O estado democrático é aquele em que, com maior adequação ao modelo ideal, se alcança a liberdade na convivência, ou seja, a convivência dos seres livres, e, portanto, é o que mais se aproxima da realização [...] o ideal de justiça. Norberto. Bobbio, *Autobiografia*, ed. A. Papuzzi, Bari, Editori Laterza, 1999, p. 87.

senso comum, a intenção do autor do texto interpretado ou as regras da linguagem comum daquela comunidade política. Em primeiro lugar, a interpretação é uma função da vontade e não do conhecimento, porque o sentido de um texto é produto de uma prescrição. Por outro lado, o texto não tem, antes da interpretação, nenhum significado passível de ser descoberto. Portanto, se a norma é definida como o sentido prescrito de um texto, o verdadeiro autor da norma não é o autor do texto, mas o intérprete.

Holmes afasta - se de qualquer conteúdo formal e metafísico do direito, a sua abordagem pragmática, preconiza fundamentalmente, que o Direito não é a lógica, mas experiência⁶. Fazendo - se valer da metáfora do *bad man*, que pressupõe uma análise sobre a eventual sanção jurídica a quem se dispusesse em violar uma norma, daí que o autor, apresenta a sua "teoria da previsão", para demonstrar a possibilidade de se antever as decisões proferidas pelos tribunais. Este caminho da decisão judicial proposto por Holmes, seria passível de ser antecipada, buscando-se conhecer como os juízes decidiram em outros casos semelhantes. E, como objeto de seus estudos, reuniu tratados, leis e estatutos vigentes em 600 anos de História e os denominou oráculos da lei.

É certo que este reduto vivo do pensamento de Holmes⁷, tem observações que diretamente convergem no processo de formação das decisões nos tribunais americanos, nas chamadas teorias de precedentes judiciais. O seu ponto original baseado na previsão como condão do pragmatismo, tem um compromisso direto com a segurança jurídica e estabelece um horizonte de expectativa com a dicção:

[...] As pessoas querem saber sob que circunstâncias e até que ponto correrão o risco de ir contra o que é tão mais forte que elas mesmas, e, portanto, torna-se um objetivo descobrir quando esse perigo deve ser temido. O objeto do nosso estudo, então, é a previsão, a previsão da incidência da força pública através do instrumento dos tribunais. As profecias que os tribunais farão, de fato, e nada de mais pretensioso, são o que quero designar como Direito⁸.

O realismo nada mais é senão uma tendência da teoria geral do direito, que se define como uma atitude ou, como diria Norberto Bobbio, uma abordagem, que consiste em querer descrever a lei como ela realmente é no plano do pragmatismo jurídico. Como é e não como deveria ser de acordo com esta ou aquela filosofia moral ou política. Nesse sentido, o realismo está ligado ao positivismo jurídico, sem necessariamente negar a existência de um direito natural, afirma que não é possível descrevê-lo de qualquer forma como se descreve o direito vigente ou o direito positivo.

6 The life of the law has not been logic: it has been experience. Cf. HOLMES, Oliver Wendell. **The path of law and the common law**. New York: Kaplan, 2009, p. 31; LATORRE, Angel. **Introdução ao Direito**. Coimbra: Almedina, 1979, p. 175.

7 Quando estudamos direito não estamos tratando de um mistério, porém de uma profissão muito conhecida. Estudamos o que devemos buscar ao falarmos com um juiz, ou como aconselhar as pessoas de modo que elas evitem problemas e fiquem distantes dos tribunais. A razão pela qual o direito é uma profissão, os motivos pelos quais as pessoas paguem advogados que as representem junto aos juízes, reside no fato de que em sociedades como a nossa o comando da força pública está concentrado em juízes, que movimentam toda força do Estado, se necessário, para o implemento das decisões judiciais. As pessoas querem saber sob que circunstâncias e até onde elas correm riscos de se encontrarem em face do que é muito mais forte do que elas, e conseqüentemente isso se torna um negócio a resolver, quando tal perigo é fonte de temor. O objeto de nosso estudo, então, é a previsão, é a previsão da incidência da força pública como instrumento das cortes de justiça (HOLMES, 1992, p.160).

8 HOLMES, Oliver Wendell. The path of the law. In: FISHER, William; HORWITZ, Morton; REED, Thomas (edt.). **American Legal realism**. New York: Oxford University Press, 1993, p. 16.

No entanto, o realismo jurídico escandinavo diz respeito a uma corrente do pensamento jurídico cujo um dos grandes precursores foi o jusfilósofo dinamarquês Alf Ross. Os realistas escandinavos eram diametralmente opostos ao pensamento partilhado pelos realistas americanos, que eram, em sua maioria, advogados, juízes e professores de direito. Os escandinavos, por outro lado, eram filósofos e juristas dedicados à academia ou à pesquisa do direito e da filosofia do direito. Entretanto, os escandinavos estudam o Direito como norma e como fenômeno jurídico. A norma assinala o sentido do comportamento do juiz e o fenômeno jurídico da sua submissão às regras, o que faz com que seu estudo corresponda, simultaneamente, à Ciência Jurídica e à Sociologia Jurídica.

Os realistas escandinavos pretendem a total exclusão de todo elemento afastado da realidade tangível, observável e objetiva, eliminando todos os juízos axiológicos da jurisprudência. A escola escandinava tende a considerar com sentido somente enunciados que forneçam informações sobre o que é real. Assim, todo enunciado que não tiver uma referência empírica e não constituir uma menção à realidade será considerado metafísico, o que não é absolutamente rejeitado pelo realismo.

3. PARADOXO DA TEORIA DAS DECISÕES JUDICIAIS ENTRE RONALD DWORKIN E HERBERT HART

Numa observação mais metódica, o estudo da teoria das decisões judiciais terá como pressuposto a harmonia para o equilíbrio da sociedade, em função desse órgão ser independente, à luz dos três poderes tradicionais. As decisões judiciais tornam-se ortodoxas nas sociedades democráticas, pós, traduzem - se na manifestação do raciocínio desenvolvido pelo aplicador da lei, a demonstração do *inter* lógico do magistrado quer na construção da lei ou na evolução da jurisprudência e, portanto, a sua ausência geraria desconfiança e a insegurança que o julgamento secreto causaria a comunidade.

A decisão corporifica o que se chama de exteriorização da função jurisdicional, o ofício magistral deve ser exercido para o alcance da pacificação social, autocontrole, com segurança e limites substanciais impostos pelo direito. Muito embora, o direito em si se sustente e se retroalimente, ele depende de técnicas de interpretação para cumprir com o seu papel social de justiça, como destaca peremptoriamente Dworkin, o direito é uma ciência eminentemente interpretativa⁹.

No âmbito da sua das suas reflexões, Ronald Dworkin, defensor da corrente chamada juspositivismo, em contraposição ao Hart, Dworkin estabelece critérios comparativos entre o Direito a uma atividade literária, em que o texto passa de mãos em mãos, formando uma única história. Numa primeira perspectiva, é sobre os sentidos que se atribui às proposições de Direito que compõem esta história,

⁹ O direito é um conceito interpretativo. Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que é o direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit., p. 488

quando o intérprete tem em seu poder o texto para dar continuidade a trama. Com as proposições claras, que não deixam dúvidas interpretativas, o intérprete continua a redigir o texto sem dificuldades, mas quando ele se depara com casos difíceis que exigem que ele recorra a proposições gerais e abstratas, como os princípios, que não indicam uma resposta imediata, fica em dúvida sobre o melhor caminho para dar continuidade à história.

A decisão do magistrado (aplicador da lei), deve se fundamentar nos paradigmas principiologistas, a moralidade política da comunidade¹⁰, em situações que não haja uma regra determinada, em virtude dessa última ser aplicada no modo *tudo ou nada*. Nas suas próprias palavras, Dworkin (2002, p. 36):

Denomino "política" que será "aquele" tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política e social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.

Nesse sentido, Dworkin rejeita a tese do positivismo jurídico proposta por Herbert Hart, quando alega que, para os casos, "casos difíceis", ou seja, aquele que não tenha uma previsão legal preestabelecida no ordenamento jurídico, o juiz estaria apoiado - legitimado a usar a discricionariedade para lhes dar a solução. Com isso, o juiz seria naquele em caso concreto, um legislador. Como deve se ter no intelecto, o juiz não deve e não pode usurpar a função do legislador. Nessa particularidade, Hart, não fez a apresentação de formulações ou critérios cristalinos que devessem purificar um sistema democrático.

Uma possível solução, decorrente da inexistência de cobertura legal, na visão de Dworkin, ocorre a utilização de um conjunto de princípios para a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade, embora nessa tentativa também tivesse arrecadado grandes críticas¹¹. Nessa construção teórica, Dworkin destaca três concepções três distintas as etapas da interpretação. A primeira etapa

¹⁰ O conceito de Direito enunciado por Dworkin, enquanto interpretação, exige que se recorra à moralidade política de uma comunidade, seja isso realizado de maneira explícita, ou velada, como fazem os originalistas. Há um descompasso, portanto, entre o que a moralidade efetivamente representa nas decisões judiciais e a sua reputação perante os intérpretes do Direito.

¹¹ Há críticas de comentaristas dirigidas a Dworkin sobre esta questão da limitação da história, segundo a qual há dois "Dworkins", um que prezaria pela adequação histórica e outro que busca a resposta certa e que, com esse objetivo em mente, passaria por cima da história, se fosse necessário, para encontrar a melhor resposta. A esse respeito, menciona-se MICHAEL W. MCCONNELL o qual argumenta que: "Running through Dworkin's account is a profound ambivalence toward arguments based on history (text, history, practice, and precedent). It is not too much to say that there are two Dworkins, with two quite different versions of «The Moral Reading.» I will call these «the Dworkin of Fit» and «the Dworkin of Right Answers.» According to the Dworkin of Fit, judges are, and should be, seriously constrained by what has come before by text, history, tradition, and precedent- and should exercise their moral-philosophical faculties only within the limits set by history. The Dworkin of Fit recognizes that the constraints of history are an indispensable part of the «principle» that governs judicial decision making. The Dworkin of Right Answers, by contrast, distinguishes sharply between «the party of history» (bad) and «the party of principle»(good). He insists that text, history, and unwelcome precedent must be interpreted at a sufficiently abstract level that they do not interfere with the judge's ability to make the Constitution «the best it can be.»The «best reading» is the reading that, in the judge's own opinion, will produce the best answers, defined philosophically and not historically." (MCCONNELL, Michael W. *The Importance of humility in judicial review: a comment on Ronald Dworkin's Moral Reading of the Constitution*, Fordham Law Review, vol. 65, 1997, p. 1270) Esta crítica parece se equivocar. Explica-se. Dworkin, realmente, admite que a história é um importante fator de limitação na construção de sua decisão judicial, todavia, em momento algum afirma que há um dever de coerência com todos os elementos dela. Se um deles se apresentar anacrônico, incoerente, poderá ser afastado, porque a aplicação dele implicaria em uma resposta que menos se justificaria diante de toda prática jurídica. Essa questão de afastamento de uma decisão política passada é melhor esclarecida no Capítulo II.3.1., referente às etapas da interpretação e o método de Hércules.

diz respeito à fase pré - interpretativa; a segunda, na fase interpretativa; e a terceira, na fase pós- interpretativa. Ocorre que, em um primeiro momento, busca -se analisar em que consiste cada uma delas como uma introdução conceitual necessária, inclusive, ao método de Hércules.

Na fase (*pré-interpretativa*), traduz -se na identificação dos pressupostos que conectam - se aos consensos da comunidade política. Essa fase, ainda que se denomine pré- interpretativa, também envolve certa interpretação, ainda que mínima de acordo com Dworkin. Procura-se encontrar as bases comuns, os padrões com que todos concordam, isto é, visa-se encontrar o consenso, para então poder caminhar à fase seguinte e as pessoas se entenderem minimamente quando dialogam. A esse respeito Dworkin esclarece que:

“O direito não pode florescer como um empreendimento interpretativo em qualquer comunidade, a menos que haja suficiente consenso inicial sobre quais práticas são práticas jurídicas, de tal modo que os advogados discutam sobre a melhor interpretação a ser aplicada, *grosso modo*, aos mesmos dados. Essa é uma exigência prática de qualquer empreendimento interpretativo: seria inútil que dois críticos discutissem sobre a melhor interpretação de um poema se um deles tivesse em mente o poema *Sailing to Byzantium* e o outro estivesse pensando em *Mathilda Who Told Lies*. Não quero dizer que todos os advogados, sempre e em todos os lugares, devam estar de acordo sobre exatamente quais matérias devem considerar como matérias jurídicas, mas apenas que os advogados de qualquer cultura na qual a atitude interpretativa seja bem-sucedida devem, em grande parte, estar de acordo em qualquer época dada. Todos entramos na história de uma prática interpretativa em um determinado momento; nesse sentido, o necessário acordo pré-interpretativo é contingente e local”¹²

Na fase (*interpretativa*), o intérprete da lei irá estabelecer qual a melhor justificativa geral aos elementos da prática jurídica sobre os quais se encontrou consenso na fase anterior. Essa justificativa não precisa ser absolutamente convergente com todos os elementos da prática jurídica, até porque nem tudo sobre o que há consenso, quando analisado em conjunto, produz um resultado interpretativo uníssono. Dworkin destaca que a interpretação realizada nesta etapa, todavia, precisa ser fruto genuíno daquilo que se coletou enquanto característica e aspecto da prática jurídica na fase pré-interpretativa e não uma mera criação de algo novo.

Na fase (*pós-interpretativa*), o intérprete da lei deve chegar à concretização das normas aplicadas mediante um acordo com as exigências que a prática requer em consideração à justificativa geral da prática jurídica estabelecida na fase interpretativa. Nessa fase o intérprete deve definir que tipo de decisão concreta melhor atende à justificativa estabelecida na fase anterior. Há uma reformulação daquilo que se mostra inadequado na prática para que se atenda da melhor maneira possível à justificativa encontrada na etapa interpretativa. Essa fase apresenta o elemento mais dinâmico na interpretação, pois não exige consenso quanto ao que

12 DWORIKIN, Ronald. *O império do direito*, cit. p. 113

seria a decisão sob sua melhor luz, apenas que se observe à justificativa aceita na etapa interpretativa.

O desenho de construção do caso difícil ou *hard case*, apresentado por Dworkin, tem fio condutor na personificação da mitologia grega Hércules, com características genuínas, um herói forte, justo, muito respeitado, possuidor de além de sua força física, uma moral inabalável. Ocorre, porém, que Hércules é castigado com a maldição de Hera e afirma – em contraposição à construção de Dworkin do perfil desse juiz – que o mesmo não consegue vencer a culpa pelo fato de Hera ter cometido um infanticídio incitado pela sua existência.¹³

Na sequência, movido pela culpa Hércules, evocou para si todo o trabalho de julgar e através de seus braços, alterar a realidade social que, em última instância, origina-se de sua culpa. Hércules age como um engenheiro social, deslocando o centro do direito para o juiz. A tarefa de Hércules é justamente encontrar os princípios aplicáveis que façam parte do direito vigente e que justifiquem a história jurídica da comunidade, evitando assim, criar direitos e aplicá-los retroativamente, utilizando o direito como integridade. Nesse sentido, Ost há uma força gravitacional dos precedentes atuando nas decisões judiciais, e que esta é construída pelos argumentos de princípio que lhe fornecem sustentação, apresentando aí, a ideia da “teia inconsútil”.

Para Dworkin, o juiz Hércules deve buscar uma coerência global, deve verificar se a aplicação de um precedente, em um caso específico, não viola outros precedentes, isto é, outros argumentos de princípio que também deveriam ser levados em consideração para se chegar a uma solução equânime. A visão de Hércules, nesse sentido, deve ser a mais global possível, exige-se que ele conheça e compreenda um grande repertório jurisprudencial a fim de tomar a melhor decisão:

“(...) tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda¹⁴.”

Fica claro que a integridade, na construção de Dworkin, procura atribuir um suporte de padrões para as decisões pelo julgador nos casos concretos. A integridade, então, é a chave da melhor interpretação construtiva das diferentes práticas judiciais, especialmente quando os julgadores estão diante de uma decisão para um caso difícil. Herbert Hart, na demonstração da tese da separabilidade entre e a moral, procura refletir sobre qual *deveria ser* o objeto de estudo do direito. Na sua visão, Hart propõe um apelo é ao poder discricionário dos juízes, com base nas palavras do próprio Hart, a fim de para se evitar eventuais distorções:

¹³ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez*. DOXA, Cuadernos de Filosofía Del Derecho, Alicante, n. 14, 1993. P. 169-194. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 19 de outubro de 2008, p. 176.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, cit., p. 273

“A interpretação que apresento neste livro é a de que as normas e princípios jurídicos, identificados em termos gerais pelos critérios oferecidos pela norma de reconhecimento, muitas vezes têm o que costume chamar de “textura aberta”. Assim, quando se quer saber se certa norma se aplica a um caso específico, a lei não oferece resposta em nenhum dos dois sentidos, mostrando-se, portanto, parcialmente indeterminada. Esses não são simples “casos difíceis”, casos polêmicos no sentido de que juristas sensatos e bem-informados podem discordar sobre qual a resposta juridicamente correta; o direito é, nesses casos, fundamentalmente *incompleto*: não oferece *nenhuma* resposta aos problemas em pauta. Estes não são regulamentados juridicamente; e, para chegarem a uma decisão em tais casos, os tribunais precisam exercer a função legislativa limitada que denomino “discricionariedade”. Dworkin rejeita a ideia de que a lei possa ser assim incompleta, deixando lacunas a serem preenchidas pelo exercício dessa discricionariedade criativa.

O positivismo jurídico, diante dos casos difíceis, os juízes possuem na sua esfera decisória o poder discricionário. Diferente do Dworkin, para Hart, Casos difíceis são aqueles que não podem ser decididos apenas com base em regras, ou porque essas não são claras, ou porque não foram escritas. Em virtude dessa similitude de termos, Ikawa (2004) explica que o termo *hard cases* utilizado por Dworkin, é sinônimo de lacuna da lei. Para ser um pouco mais modesto e suave, argumenta (GARDNER, 2002. p. 199-227):

A razão pela qual essa tese central de identificação do juspositivismo é tão frequentemente mal compreendida é que ela é relativamente inerte do ponto de vista normativo. Por si só, não leva a nenhuma conduta particular. Isso não significa apenas que não fornece orientação moral. Também não fornece nenhuma orientação sobre a lei. Os advogados, portanto, acham difícil aceitar essa inércia normativa; eles esperam encontrar na filosofia do direito as bases que iluminam e orientam sua prática. Mas aqui a filosofia do direito se limita a identificar o que eles fazem e nada diz sobre encorajar ou criticar o que eles fazem .

Hart sustenta que, nos ordenamentos jurídicos, há situações claras reguladas por regras e cuja solução será derivada diretamente delas, mas também há situações insuscetíveis de aplicação das regras, delas não podendo derivar-se uma solução incontroversa. Haverá sempre situações para as quais as regras não fornecerão uma solução única e, nesses casos, será inevitável que o juiz busque critérios extrajurídicos para as soluções dos casos. Trata-se dos casos de lacuna, em que se abre uma zona de penumbra, que permite - e, em certos termos até obriga - ao juiz criar o direito, já que não há como ditar a decisão correta. Segundo o autor, ainda que os juízes afirmem decidir de acordo com o direito, ou, melhor dizendo, dentro do direito nesses casos, tratar-se-ia de mera retórica comum ao processo judicial.

Hart (1994, p. 147), ainda que não adepto do ceticismo, reconhece o papel significativo que os tribunais terão na aplicação do direito e, sob a ótica do sistema da *common law* no qual estava inserido, analisa, sustentando que “não há nenhuma formulação dotada de autoridade ou unicamente correta (sic) de qualquer regra que deva extrair-se dos casos”, que:

[...] seja qual for o estatuto dotado de autoridade que uma regra extraída de um precedente possa ter, é compatível com o exercício pelos tribunais por ela vinculados dos dois tipos seguintes de atividade (sic) criadora ou legislativa: por um lado, os tribunais que decidem um caso posterior podem chegar a uma decisão oposta à contida em um precedente, através da interpretação restritiva da regra extraída do precedente e da admissão de alguma exceção (sic) a ela que não foi antes considerada ou, se foi considerada, foi deixada em aberto. [...] Por outro lado, ao seguir um precedente anterior, os tribunais podem afastar uma restrição descoberta na regra, tal como foi formulada a partir do caso anterior, com o fundamento de que tal restrição não é exigida por qualquer regra estabelecida por lei ou por precedente anterior. Fazer isto significa ampliar a regra (HART, 1994, p. 148).

4. APLICAÇÃO DOS HARD CASES - CASOS DIFÍCEIS NA JUSTIÇA APLICADA EM MOÇAMBIQUE

Evidentemente, o realismo jurídico seja americano ou escandinavo está na pauta de reflexão jurídica no sistema normativo moçambicano, porém, a ausência do debate oral sobre a temática retira algum prestígio à vida jurídica e toda "*impressão digital*" do Direito, principalmente quando se trata de uma época de crescente saber legal por parte dos beneficiários autênticos do direito, a comunidade. Nesse sentido, são necessários fatos providos de grandes questionamentos e debates acesos sobre a temática assente na forma como os juízes julgam fundamentalmente os casos difíceis. Nesta linha temática, prelecionou (FLAVIN, 1617, p. 542):

É conveniente, mesmo necessário a qualquer república, estado ou monarquia, que os magistrados estejam unidos na mesma vontade; para que todos juntos com coração e consentimento abracem o bem público (...). A república bem ordenada deve assemelhar-se ao corpo humano, ao qual todos os membros estão unidos e unidos por um vínculo maravilhoso (...). E como poderíamos esperar tal união se os Magistrados, que são os principais súditos, e que devem aliar os demais, estão em divórcio? (...) E que resultado podemos esperar de um exército onde os capitães discordam? Que justiça se pode esperar de juízes divididos em facções? (...) É certo que as dissensões e as guerras civis, flagelam a capital das repúblicas, pegam pé, enraízam, alimentam e aumentam as inimizades e ódios dos Magistrados. Isso é necessário,

O impacto positivo da eficácia constitucional, destila a reflexão premente de que o direito está arraigado à possível solução dos problemas sociais. Conclusivamente sim, o direito tem o seu grande contributo na solidificação das instituições democráticas, fundamentalmente quando disso resultar nas boas práticas e decisões judiciais, ou seja, sem contaminação dos aplicadores da lei pelo poder político, pela influência social de determinados grupos ou mesmo por outros males que enfermam a justiça em Moçambique.

Um dado relevante e que merece destaque nos julgados é a controvérsia da textura aberta, todavia destaca -se aqui que o conceito de textura aberta

não pressupõe um conceito vago que dê margem a autoritarismo, mas que a imprecisão na aplicação desse conceito é possível, ou seja, a textura aberta não é imprecisão, mas a ausência de determinação de significado, ou seja, a possibilidade de discordâncias que poderão ser colmatadas em sede da audiência e julgamentos sobre as aplicações corretas de uma palavra.

O julgar de casos difíceis não faz com que o direito perca a sua consistência ontológica, como muito é cimentado pelos defensores do positivismo jurídico com Jürgen Habermas, ao frisar que:

O sopesamento, além de irracional, implica um enorme risco para a garantia dos direitos fundamentais, que perderiam o seu caráter vinculante. Ainda em sua perspectiva, os direitos fundamentais perderiam o seu caráter deontológico e passariam a ter um caráter sobretudo axiológico e teleológico. As normas deixariam de veicular o que deve ser, e passariam a ser um material para se decidir o que é bom ou o que é ruim¹⁵.

Essa principal técnica propugnada pelo pós positivismo, o uso da racionalidade fundamentada e o uso do ativismo por parte dos aplicadores da lei, diferentemente dos juízes positivistas, característica fundante dos juízes moçambicanos, que em meio a ausência de uma dicção legal, recorrem a arbitrariedade proposta Herbert Hart. O ceticismo das regras, descrito por esse autor, não fornece critérios cristalinos para distinguir proposições jurídicas oficiais das não oficiais.

Entende - se desde logo, e pelas razões previamente expostas, que a discricionariedade é uma proposta autoritária, literalmente contra as democracias, pois quanto a última, uma das suas principais características é a transparência, prestação de contas fundamentadas pelas Leis e pela Constituição. Ante o exposto, podemos compreender que, no cerne da democracia, ponto de partida para qualquer reflexão acerca da necessidade de invocação da lei e da interpretação criativa¹⁶ fundada em critérios demonstráveis, palatáveis e consistentes com a lógica¹⁷. A democracia é, portanto, o tabuleiro de ordem.

Entretanto, o sistema normativo impõe legalmente o juiz a decidir e motivando as suas decisões (princípio da fundamentação das decisões), mesmo em face da ausência duma cobertura legal, pois, um ato contrário seria um atropelo aos fundamentos da denegação da justiça ou *non liquet*, cujo pragmatismo é inegável, pois que na ausência de uma cobertura legal é papel do aplicador da lei reside em

¹⁵ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998, p. 311.

¹⁶ Essa interpretação criativa é uma atividade legítima do órgão jurisprudencial no processo de aplicação e reconhecimento do direito, sendo que não devemos vê-la como um procedimento situado à margem da lei, nem aplicado segundo uma vontade subjetiva e individualizada do juiz. Acrescenta o autor que esse ativismo judicial, nesse sentido, não é incompatível com o sistema jurídico do Estado, e nem contrário ao regime democrático. VIANA, Leilson Soares. *Interpretação constitucional e ativismo do poder judiciário: Os limites da interpretação criativa dos tribunais constitucionais*. Coimbra, Dissertação de mestrado, 2010, p.38. não será em função da interpretação da lei, tomada abstratamente ou em si, que havemos de compreender a realização do direito. NEVES, A. Castanheira. *O atual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra Editora, 2003, p.98-100.

¹⁷ A interpretação das normas pelos juízes deve obedecer a determinados princípios, sendo que estes se apresentam como ponto inicial para o exercício da atividade interpretativa, pois estes são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins, princípios estes que hoje se apresentam com status de norma jurídica, sendo inquestionável a sua aplicabilidade direta e imediata, tendo assim força normativa. VIANA, Leilson Soares. p 53. Reconhecimento da normatividade dos princípios de interpretação constitucional é atual.

suprir a lacuna, tendo de encontrar a panaceia mais justa ao caso concreto, tal como o legislador o faria, a doutrina chama a isto de caso difícil (Hard Case). Contudo, é um erro crasso inculcar a ideia de que os conceitos jurídicos são fechados no sentido de que seria possível defini-los integralmente na forma de um conjunto de condições necessárias e suficientes. Portanto, o estado de direito é fixado e pré-determinado antes que qualquer questão concreta relativa à sua aplicação.

Diante dessa avalanche crítica, sempre baseada no conceito de objetividade, é óbvia a necessidade de refletir em torno do possível *gouvernement de juges*, onde o autoritarismo era perene na manifestação dos aplicadores da lei, representa o princípio do fim do Estado de Direito. A linha hermenêutica dos magistrados judiciais, obedece a um critério de reflexão inicial ao sopesamento dos interesses e culmina com a falta de descrição dos critérios que norteiam essa esfera, propiciando a discricionariedade intersticial, autoritarismo, da qual discordamos pela impossibilidade de aproximação democrática, portanto, teses equiparadas a Hart e Hans Kelsen.

Uma abordagem de textura aberta sem levantamento de critérios demonstrativos, cristalinos e convincentes, afasta posturas como a do formalismo e substitui pelo campo do ceticismo, parece merecer uma consagração defasada e autoritária. Esse parâmetro de ação dos aplicadores da lei no direito moçambicano, tem afinidade refletora com a fundamentação das decisões, onde o poder de esgotamento argumentativo e lógico-jurídico escapam ao raio dos critérios proposto por Dworkin.

Portanto, no que diz respeito à aplicação de Casos difíceis ou simplesmente hard cases, o princípio da proporcionalidade, constitui-se em ferramenta jurídica imprescindível para a decisão de questões heterogêneas do direito em caso concreto, viabilizando a acomodação dos diversos princípios de modo a maximizar os valores consagrados pela Constituição, como norma superlativa e absoluta do ordenamento jurídico e pela lei. Entretanto, todo pragmatismo jurídico contém uma dose de novidade que desencadeia ao aplicador da lei uma perspectiva macro com o pretexto de melhor consagrar o direito na aplicação da justiça,

O crescente papel atribuído ao juiz na elaboração de um direito concreto e efetivo torna cada vez mais obsoleta a oposição entre direito positivo e direito natural, apresentando-se o direito efetivo como resultado de uma síntese onde, de forma variável, elementos emanados da vontade do legislador, a construção de juristas, e considerações pragmáticas, de natureza social e política, moral e econômica¹⁸.

Por último, contentamo-nos em levantar o facto de que, sob a influência deste fundamento, somos declinados a optar por um juiz passivo e profundamente positivista, por desencadear no sistema normativo um apocalipticismo democrático

¹⁸ "Direito positivo e direito natural", publicado inicialmente em *Mixtures Baugniet*, Bruxelas, Bruylant, 1976, p. 607-617, reproduzido em C. Perelman, *Ethics and Law*, pág. 461-467. Se isso não for uma resposta direta a Villey, também pode não ser pura coincidência. A experiência ensina aos demais que há pouco lugar para eles nos debates acadêmicos.

mediante a discricionariedade. Neste diapasão, propõem-se aqui estabelecer um olhar ao juiz Hércules, um juiz semi-deus, magistrado judicial que seria distinguível pelo progressismo, todavia, dentro dos limites democráticos, como propõe Dworkin.

O critério da liberdade e da discricionariedade do juiz no exercício da hermenêutica judicial, direciona-se à filosofia da evolução do direito, e a sua medida pretensiona eliminar injustiças sociais e defender o atalho democrático. No entanto, a discricionariedade é o modo adequado de raciocínio judicial nos casos difíceis, um mal que desabona e esvazia a funcionalidade das normas jurídicas, por conseguinte, a sua caracterização deve ser tida como inflexível e irracional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do presente artigo, ficou destacado que o direito não existe em abstrato, mas apenas como uma prática jurídica de argumentação e decisão, e nessa prática prolixa, é fundamental que o aplicador da lei e os demais operadores de direito sejam partes da completude do sistema, porém, em última *ratio* caberá o intérprete por excelência dizer o direito. Entretanto, a transição do argumento para a decisão não se baseia em um método: uma vez persuadidos, descobrimos que nossa decisão foi tomada, todavia, destaca - se a fundamentalidade de apresentação de critérios na tomada da decisão.

As considerações expostas na construção teórica do presente artigo, resta claro que as parafernalias jurídicas de um determinado ordenamento jurídico, como moçambicano no caso em particular, traduzem - se como um dos elementos primordiais que influenciam a tomada da melhor decisão e no restabelecimento da justiça. Entretanto, essas disposições legais não são os únicos, pelo que os juízes valem se da sua consciência para a tomada de decisão em caso concreto, no entanto, esse exercício não significa um subterfúgio para a aplicação de arbitrariedade, contanto que, ao aplicador da lei lhe é imposto a demonstração de critérios transparentes como pretexto da manutenção da ordem democrática.

Depreende - se, porém, que a regra de reconhecimento proposta por Herbert Hart é duramente criticada e refutada, em virtude da mesma ser incapaz de fechar o direito como um todo, reconhecendo apenas as regras como fonte do mesmo, que segundo Dworkin possui uma composição maior que a concebida pelo positivismo, pois este último não abrange os princípios como parte integrante do direito, juntamente com a moral, contrariando a separação entre estes que Hart propõe.

Para concepção Dworkiana da qual nos alinhamos, propõe a existência de princípios que se relacionam diretamente com as pautas morais, permitindo deste modo, a resolução de quaisquer casos que se apresentem no exercício função jurisdicional, diferentemente de uma posição de total neutralidade decorrente da aplicação da discricionariedade. Conforme o autor, os princípios na ordem normativa, são a expressão do relacionamento entre Direito e moral; correspondem aos direitos

fundamentais, base moral que torna o direito obrigatório. Além disso, na medida em que consubstanciam um sistema de valores, os princípios se irradiam por todo o sistema jurídico, com força conformadora.

Quando o aplicador da lei reconhece aos petionários a existência de um direito, estará neste ato lançando mão de sua moralidade pessoal, daí que justifica - se implicitamente o seu argumento de princípio. O recurso a precedentes na construção da melhor resposta, indica também a recurso à moralidade institucional neles contida. A dimensão jurídica de um princípio, torna-se o efeito de uma interpretação de valor simbólico com comportamentos constitutivos da história jurídica e esta interpretação consiste, em um dado momento, na melhor história possível que expressa a moralidade política e a prática passada.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Maria Lúcia. **A forma da república: uma introdução ao estudo do direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *Autobiografia*, ed. A. Papuzzi, Bari, Editori Laterza, 1999.
- CASTANHEIRA, Neves, **O actual problema metodológico da interpretação jurídica**, Coimbra Editora, Coimbra, 2003
- DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**, trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2010
- _____. **Hard cases**, Harvard Law Review, vol. 88, abril, 1975
- _____. **A virtude soberana: A teoria e prática da igualdade**, trad. Jussara Simões, São Paulo, Martins Fontes, 2005.
- _____. **O império do direito**, trad. Jefferson Luiz Camargo, São Paulo, Martins Fontes, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- _____. **Uma questão de princípio**, trad. Luís Carlos Borges, São Paulo,
- HOLMES JR., Oliver Wendell. **The path of the law**. In: FISHER, William; HORWITZ, Morton;
- DE LA ROCHE-FLAVIN, Bernard, **Treze Livros dos Parlamentos da França**, Livro VIII, Paris.
- REED, Thomas (edt.). **American Legal realism**. New York: Oxford University Press, 1993.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. New York: Kaplan, 2009, Martins Fontes, 2005.
- Gardner, John (2001) **"Positivismo jurídico: 5 ½ mitos"**, 46 American Journal of Jurisprudence 199.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez**. In: Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 14, Alicante, 1993.
- VIANA, Leilson Soares. - **Interpretação constitucional e ativismo do poder judiciário: os limites da interpretação criativa dos tribunais constitucionais**, Coimbra, Dissertação de mestrado -2010.

orientações para envio de artigos

O Conselho Editorial da Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná (MPC/PR) convida servidores, pesquisadores, docentes e estudantes de pós-graduação, mestrado e doutorado, a apresentarem artigos para publicação.

A linha editorial da Revista é centrada no Controle Externo da Administração Pública, admitindo-se à publicação artigos alinhados às seguintes disciplinas: direito administrativo, direito constitucional, direito financeiro, direito econômico, políticas públicas, planejamento.

Os artigos serão submetidos à dupla revisão cega por pares (*double blind peer review*), de modo que a publicação estará condicionada à aprovação pelos avaliadores.

Os artigos deverão ser submetidos diretamente no site da Revista (<https://revista.mpc.pr.gov.br/>), no campo “Enviar Submissão”. Para tanto, basta fazer simples cadastro no site e seguir as etapas que serão indicadas.

As “Diretrizes para Autores” podem ser acessadas na página: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/information/authors>.

Destacam-se, de antemão, as seguintes orientações:

- O texto deve possuir preferencialmente entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 - 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas; as margens utilizadas são: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm; no corpo do texto deve ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos; nas notas de rodapé deve-se utilizar Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas; no desenvolvimento do texto, os parágrafos devem conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda; títulos e subtítulos estão alinhados à margem esquerda, sem recuo; as figuras e tabelas estão inseridas no texto, não no final do documento na forma de anexos;
- As citações deverão seguir o sistema numérico (em notas de rodapé). Os artigos devem vir acompanhados de título em português e inglês, resumo e abstract, palavras-chave e Keywords, amoldando-se, também, ao estabelecido nas normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas.

Para o esclarecimento de dúvidas, é possível enviar e-mail para a Revista (revista@mpc.pr.gov.br) ou diretamente para o Editor-Chefe (saulo.pivetta@tce.pr.gov.br).

Todas as edições encontram-se disponíveis no seguinte endereço: <https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/issue/archive>.

orientações

